



ANKARA  
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**HAKSIZ TAKİP NEDENİNE DAYANAN TAZMİNAT  
SORUMLULUĞU**

**Nurullah BAL**

**Tez Danışmanı  
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK**

**DOKTORA TEZİ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MART - 2020**



**HAKSIZ TAKİP NEDENİNE DAYANAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU**

**Nurullah BAL**

**DOKTORA TEZİ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**MART 2020**

Nurullah Bal tarafından hazırlanan “Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Özel Hukuk Bilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

**Danışman:** Doç. Dr. İbrahim ERMENEK

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

**Başkan:** Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

**Üye:** Prof. Dr. Murat ATALI

Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

**Üye:** Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

**Üye:** Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~

Tez Savunma Tarihi: 12/03/2020

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Prof. Dr. Figen ZAİF

Enstitü Müdürü

## ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



Nurullah Bal

12.03.2020

# Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu

Doktora Tezi

Nurullah BAL

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Mart 2020

## ÖZET

Haksız takip nedenine dayanan tazminat sorumluluğu, hukukun genel bir ilkesi olarak icra ve iflâs hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Ancak icra ve iflâs hukuku bağlamında dürüstlük kuralı, maddî değil, usûlî mahiyet arz etmektedir. Zira icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkiler, usûlî işlem niteliğindedir. Bu bakımdan kötüye kullanımı, usûlî dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Usûlî dürüstlük kuralı, kamu düzenine ilişkindir ve icra organları tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Çünkü cebrî icra süreci, taraflarla icra organları arasında oluşan ve kamusal niteliği bulunan üçlü bir ilişkidir. İcra ve iflâs hukukunun kişilerin özel, sosyal ve ekonomik alanlarına yönelik cebrî etkisi dikkate alındığında, icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin usûlî dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması, kaçınılmaz olarak zararlara neden olacaktır. Bu bağlamda Türk icra ve iflâs hukukunda kötü niyetle mücadele amacıyla icra tazminatları öngörülmüştür. Ancak yalnızca ilâmsız icraya özgü ve sınırlı olarak kabul edilen icra tazminatları, zararların karşılanması için yeterli değildir. İcra ve iflâs hukuku mevzuatında, sorumluluğu ilişkin genel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, genel hükümlere göre belirlenecektir. Bu durumda, cebrî icra ilişkisi, sözleşme veya sebepsiz zenginleşme ilişkisi olmadığından, tazminat sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir. Zira hak ve yetkilerin kötüye kullanılması, hukuka aykırı fiil teşkil edecektir. Uğranılan zararların tazmini, hukuka aykırı fiiliyle zarara sebep olan karşı taraf veya üçüncü kişiden talep edilebilir. Bununla birlikte cebrî icra süreci, cebrî müdahale içermesi nedeniyle insan haklarıyla da doğrudan ilişkilidir. Devletin temel hakların korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğu de dikkate alındığında, ihlâl tehlikesini önlemek için kötüye kullanıma müsaade etmeyen bir icra ve iflâs hukuku sistemi öngörmesi gerekmektedir. Bu bakımdan anayasa şikâyetinde de bulunulabilir.

Bilim Kodu : 51101

Anahtar Kelimeler : Haksız Takip, Haksız Takip İşlemi, Usûlî Dürüstlük Kuralı, Tazminat

Sayfa Adedi : 303

Tez Danışmanı : Doç. Dr. İbrahim Ermenek

# Compensation Liability Caused By Unfair Enforcement Proceedings

Ph. D. Thesis

Nurullah BAL

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

March 2020

## ABSTRACT

Compensation liability based on the cause of unfair execution proceedings is based on the principle of honesty, which is also valid in enforcement and bankruptcy law as a general principle of law. However, the principle of honesty in enforcement and bankruptcy law is procedural, not material. Because the rights and powers in enforcement and bankruptcy law are procedural actions. In this respect, abuse constitutes a violation of procedural honesty principle. The procedural honesty principle relates to public order and it is spontaneously taken into account by executive organs. Because the execution process is a tripartite relationship between the parties and the executive organs and it is of public nature. When the executive effect of enforcement and bankruptcy law on private, social and economic spheres of people is considered, the misuse of the rights and powers regulated in enforcement and bankruptcy law inevitably causes harm. In this context enforcement compensations are regulated in Turkish enforcement and bankruptcy law to combat against bad faith. However, these enforcement compensations are accepted just in the field of proceedings without judgement and limited, so they are not sufficient to cover losses. In the enforcement and bankruptcy legislation, there is no general regulation regarding responsibility. Therefore, the liability for the damages shall be determined according to general provisions. In this case the enforcement process is not a contractual relationship or unjust enrichment, so liability for compensation is an unfair act liability. Because the abuse of rights and powers constitutes an illegal act. Compensation for damages incurred can be requested from the counterparty or third party who caused the loss in an unlawful manner. However, the enforcement process is also directly related to human rights, because of its enforcement effects. Given the positive obligation of the state to protect fundamental rights, it is necessary to envisage a system of enforcement and bankruptcy law that does not allow abuse to prevent the risk of violation. In this regard, it is also possible to make an individual application.

Science Code : 51101

Key Words : Unfair Execution Proceeding, Unfair Proceeding Action, Procedural Honesty Principle, Compensation

Page Number : 303

Supervisor : Assoc. Prof. Dr. İbrahim Ermenek

## TEŞEKKÜR

“*Haksız Takip Nedenine Dayanan Tazminat Sorumluluğu*” başlığı altında aşağıda okuyacağımız satırlar, kolektif bir çalışma sürecinin ürünüdür. Bu bakımdan, yeterli olmayacağı bilinciyle;

Akademide göreve başladığım ilk günden bu yana, maddi ve manevi desteğini hiçbir zaman esirgemeyen ve bu tez özelinde değerli görüş, tecrübe ve tavsiyelerini benimle paylaşarak bana yol gösteren danışmanım, kıymetli Hocam, Sayın Doç. Dr. İbrahim Ermenek’e minnettarım.

2006 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde başladığım lisans eğitimimden itibaren kendisinden çok şey öğrendiğim ve özellikle akademik hayatımdaki manevi desteğiyle her zaman yanımda olan kıymetli Hocam, Sayın Prof. Dr. İhsan Erdoğan’a teşekkürü borç bilirim.

Lisansüstü eğitimim süresince değerli tecrübe ve tavsiyelerini benimle paylaşarak akademik gelişimimde büyük katkısı olan, desteğini her daim yanımda hissettiğim kıymetli Hocam, Sayın Prof. Dr. Murat Atalı’ya şükranlarımı sunarım.

Ticaret hukuku alanında bana sağladığı büyük katkı için değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Mehmet Özdamar’a ve tezimi kısa zamanda okuyarak sunduğu değerli görüş ve önerileriyle Sayın Doç. Dr. Ersin Erdoğan’a teşekkürü borç bilirim.

Akademik çalışmalarımda bilgi ve tecrübelerinden faydalandığım, tezin yazım sürecindeki her türlü sorum için büyük bir özveriyle yardımcı olan değerli Hocam, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Göksu’ya ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’ndaki değerli çalışma arkadaşlarımdan her birine ayrı ayrı teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışma, TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı tarafından sağlanan 2214A Doktora Sırası Yurtdışı Araştırma Bursu ile desteklenmiştir. Bu çerçevede TÜBİTAK’a ve sağladıkları destekle Almanya Trier Üniversitesi’nde yapma fırsatı bulduğumuz araştırmalar sırasında yardımlarını esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Diederich Eckart ve meslektaşım Kushtrim Zumeri’ye teşekkür ederim.

Nihayet, beni yetiştiren ve bugünlere gelmemi sağlayan aileme ve özellikle, bu uzun ve yoğun çalışma sürecinde her türlü fedakârlığı gösteren sevgili eşim Av. Sibel Bal ile canım kızım Ece’ye sonsuz teşekkürlerimi sunarım.



## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI, “HAKSIZ TAKİP” VE “HAKSIZ TAKİP İŞLEMİ” KAVRAMLARI

<b>§ 1. GENEL OLARAK İCRA VE İFLÂS HUKUKU VE İCRA TAZMİNATLARI.....</b>	<b>5</b>
I. Genel Olarak İcra ve İflâs Hukuku Sistemi.....	5
II. İcra ve İflâs Hukukunun Amacı, Hukuk Dalları Arasındaki Yeri ve İcra ve İflâs Hukuku Kurallarının Niteliği.....	8
A. Genel Olarak .....	8
B. İcra ve İflâs Hukukunun Amacı .....	8
C. İcra ve İflâs Hukukunun Hukuk Dalları Arasındaki Yeri ve İcra ve İflâs Hukuku Kurallarının Niteliği.....	11
III. Haksız Takip ve Haksız Takip İşlemi Çerçevesinde İcra ve İflâs Hukukuna Hâkim Bazı Temel Hak ve İlkeler .....	14
A. Genel Olarak .....	14
B. Hukuk Devleti İlkesi ve Hak Arama Özgürlüğü .....	16
C. Eşitlik İlkesi.....	19
D. Ölçülülük İlkesi.....	22
E. Menfaat Dengesi.....	25
IV. Haksız Takip ve Haksız Takip İşleminin Yaptırımını Olarak İcra Tazminatı?.....	26
A. Genel Olarak .....	26
B. İcra Tazminatının Hukukî Niteliği .....	27
C. İcra Tazminatı Olarak Öngörülen Tazminatlar .....	31
1. İcra inkâr tazminatı.....	31
2. Kötü niyet tazminatı .....	32
3. Haksız çıkma tazminatı .....	33
D. İcra Tazminatlarının Konunun Sınırları Bakımından Değerlendirilmesi .....	34
<b>§ 2. İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI.....</b>	<b>36</b>
I. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı .....	36

A. Genel Olarak .....	36
B. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı .....	37
1. Maddî dürüstlük kuralı .....	38
2. Usûlî dürüstlük kuralı .....	44
II. İcra ve İflâs Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması.....	52
III. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Hukukî Niteliği ve Sonuçları .....	58
<b>§ 3. “HAKSIZ TAKİP” VE “HAKSIZ TAKİP İŞLEMİ” KAVRAMLARI .....</b>	<b>68</b>
I. Haksız Takip Kavramı.....	68
A. Genel Olarak .....	68
B. Takip Hakkı.....	69
C. Takip Hakkı Bağlamında Hukukî Yarar .....	73
II. Haksız Takip İşlemi Kavramı .....	79
A. Takip İşlemi ve Türleri .....	79
1. Takip işlemi.....	79
2. Takip işleminin türleri.....	79
a. Taraf takip işlemi .....	79
b. İcra takip işlemi .....	82
B. Haksız Takip İşlemi .....	84
1. Genel olarak .....	84
2. Haksız takip işlemi .....	85
3. Takibin ilgilileri açısından haksız takip işlemi .....	90
a. Alacaklı açısından.....	90
b. Borçlu açısından .....	93
c. Üçüncü kişiler açısından.....	95

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**HAKSIZ TAKİP VE HAKSIZ TAKİP İŞLEMİNDEN DOĞAN ZARARLARA**  
**İLİŞKİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN ESASLARI**

<b>§ 4. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....</b>	<b>99</b>
<b>§ 5. SORUMLULUĞUN UNSURLARI .....</b>	<b>108</b>
I. Hukuka Aykırılık.....	108
A. Haksız Takipten Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Hukuka Aykırılık .....	115
1. Genel olarak .....	115
2. İcra hukukunda.....	116
a. İlâmsız icrada.....	116
aa. Alacaklının kötü niyetle takip yapması .....	116

<i>bb. Alacaklının kısım kısım takip yapması</i> .....	124
b. İlâmlı icrada .....	127
3. İflâs hukukunda .....	135
4. İhtiyati hacizde .....	141
5. Tasarrufun iptali davasında .....	146
B. Haksız Takip İşlemlerinden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Hukuka Aykırılık ....	148
1. İcra hukukunda .....	148
a. İlâmsız icrada .....	148
<i>aa. İtirazın iptali davasında</i> .....	148
<i>bb. İtirazın kaldırılmasında</i> .....	153
<i>cc. Menfi tespit davasında</i> .....	156
<i>dd. Borçtan kurtulma davasında</i> .....	163
<i>ee. İstihkak davasında</i> .....	166
<i>ff. İstirdat davasında</i> .....	173
<i>gg. Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczinde</i> .....	175
b. İlâmlı icrada .....	182
2. İflâs hukukunda .....	185
3. İhtiyati hacizde .....	192
4. Tasarrufun iptali davasında .....	199
II. Zarar .....	201
A. Genel Olarak .....	201
B. Zararın Hukukî Niteliği .....	201
C. Zararın Kapsamı .....	202
III. Kusur .....	210
A. Genel Olarak .....	210
B. İcra ve İflâs Hukuku Çerçevesinde .....	211
IV. İlliyet Bağı .....	216

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

## HAKSIZ TAKİP VE TAKİP İŞLEMİNE DAYANAN TAZMİNAT DAVASI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR

<b>§ 6. TAZMİNAT DAVASI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR</b> .....	<b>223</b>
I. Haksız Takip ve Haksız Takip İşleminde Doğan Zararlara İlişkin Tazminat Davası ...	223
A. Genel Olarak .....	224
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	224
C. Davanın Tarafları .....	229
D. Yargılama Usûlü .....	231

E. Mahkemenin Kararı ve Kanun Yolları .....	237
II. İcra Tazminatları Bakımından Kanun'da Öngörülen Orandan Fazla Olan Zararlardan Sorumluluk .....	238
A. Genel Olarak .....	238
B. Maddî Hukuk Problemleri.....	239
C. Usûl Hukuku Problemleri.....	243
III. Tazminat Talebinin Arabuluculuk Karşısındaki Durumu .....	247
IV. Tazminat Talebinin Tahkim Yoluyla İleri Sürülüp Sürülemeyeceği .....	257
V. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru .....	263
A. Genel Olarak Bireysel Başvuru ve İcra ve İflâs Hukuku Bağlamında İhlâli Söz Konusu Olabilecek Temel Haklar.....	263
B. Haksız Takip ve Takip İşleminde Doğan Tazminat Sorumluluğu Bağlamında Bireysel Başvuru Yolunun Mümkün Olup Olmadığı .....	275
<b>SONUÇ.....</b>	<b>285</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>291</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>303</b>

## KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

### Kısaltmalar

### Açıklamalar

**AATUHK**

Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun

**AİHM**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

**AİHS**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

**Art.**

Artikel

**aşa.**

Aşağıda

**AY**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

**AYM**

Anayasa Mahkemesi

**BAM**

Bölge Adliye Mahkemesi

**BGB**

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch

**bkz.**

Bakınız

**c.**

Cümle

**C.**

Cilt

**Çev.**

Çeviren

**dn.**

Dipnot

**E.**

Esas numarası

**Ed.**

Editör

**E.T.**

(Son) Erişim Tarihi

**HD**

Hukuk Dairesi

**HGK**

Hukuk Genel Kurulu

<b>HMK</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>HUAK</b>	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
<b>İBK</b>	İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İBGK</b>	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
<b>İİK</b>	İcra ve İflâs Kanunu
<b>İMİK</b>	İş Mahkemeleri Kanunu
<b>K.</b>	Karar numarası
<b>karş.</b>	Karşılaştırınız
<b>m.</b>	Madde
<b>RG</b>	Resmî Gazete
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>S.</b>	Sayı
<b>s.</b>	Sayfa
<b>SchKG</b>	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
<b>SJZ</b>	Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>T.</b>	Tarih
<b>TBK</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	Türk Medenî Kanunu
<b>TTK</b>	Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	ve devamı/ve diğerleri
<b>Vol.</b>	Volume
<b>yuk.</b>	Yukarıda
<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

**ZZP**

Zeitschrift für Zivilprozess

**ZPO**

Zivilprozessordnung







## GİRİŞ

Hukukun temel amacı, adaletin sağlanması, bu surette gerek bireysel gerekse de sosyal hukuk barışının tesisidir. Bu amaca yönelik olarak, ilkel toplumlardan modern toplum yapısına kadar geçen süreçte, adaletin sağlanması çok çeşitli şekillerde olmuştur. Modern hukuk sistemlerinde, bireylerin kendi haklarını tesis etmesi anlayışına son verilmiş ve adaletin tesisi ve toplumsal ölçekte korunması, devletin en önemli görevlerden birisi hâline gelmiştir. Bu bağlamda, gerek bireyler arasındaki somut olay adaletinin gerekse de toplumda adaletle duyulan güvenin tesis edilip korunması, etkin ve verimli bir icra ve iflâs hukuku sistemi ve uygulamasını zorunlu kılmaktadır.

Bu amaca binaen icra ve iflâs hukukunda hak ve borçların yerine getirilmesi, devletin cebri icra organları vasıtasıyla belirli ölçüde zor kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu durum, kaçınılmaz olarak bireylerin kişisel, sosyal ve ekonomik alanlarına hem hukuken hem de fiilen müdahale edilmesini gerektirmektedir. Bu noktada icra ve iflâs hukukunda öngörülen cebri icra kurumlarına ilişkin olarak taraflara ve ilgili üçüncü kişilere tanınan hak ve yetkilerin, dürüstlük kuralına aykırı ve kötü niyetli olarak kullanılmaması özel önem arz etmektedir. Zira icra ve iflâs hukukunun doğasında yer alan cebri etki, karşı taraf veya ilgili üçüncü kişiler nezdinde zarar verilmesinin aracı olarak kullanılamaz. Aksi takdirde, maddî hukuk tarafından öngörülen hak ve borçların gerçekleştirilmesi suretiyle adaletin sağlanması bir yana; bizzat cebri icra marifetiyle yeni hak ihlâllerine ve zararlara yol açılmış (müsaade edilmiş) olur. Kuşkusuz bu durum, özelde taraflar arasındaki menfaat çatışmasının daha da derinleşmesine, genelde ise toplumsal hukuk barışının daha da bozulmasına neden olur.

İcra ve iflâs hukukunda öngörülen cebri müdahaleler neticesinde ortaya çıkabilecek hak ihlâllerinin ve zararların önlenmesi amacıyla, gerek hukukun genel ilkelerinin gerekse de ulusal ve uluslararası düzeyde kabul edilen temel hak ve ilkelerin icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda İcra ve İflâs Kanunu'nda (İİK, Kanun) da haksız ve kötü niyetli işlemleri önlemeye yönelik özel düzenlemeler sevk edilmiştir. Ancak bu temel hak ve ilkeler ile Kanun'daki özel düzenlemelerin dürüstlük kuralına aykırı ve kötü niyetli girişimleri önleyici etkisi her ne kadar yadsınamaz ise de, bu konuda uygulamada ortaya çıkan sorunların da gösterdiği üzere, yine de haksız ve kötü niyetli girişimler söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin kötü niyetli olarak kullanılması suretiyle cebri icra ilişkisinin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler nezdinde ortaya çıkan zararlar ve bu zararların tazmini hususları önemli bir mesele teşkil etmektedir.

Ortaya çıkabilecek hak ihlalleri ve gerçekleşen zararların tazmini amacı doğrultusunda haiz oldukları önem itibariyle; icra ve iflâs hukukuna hâkim olan temel ilkeler ve Kanun'da icra tazminatlarına ilişkin özel düzenlemeler, çalışmanın kapsamı dâhilindedir. Bununla birlikte, haksız ve kötü niyetli davranışların önlenmesine yönelik olarak kabul edilen icra tazminatları, Kanun'da yalnızca bazı hâllerle sınırlı olmak üzere ve özel olarak düzenlenmiştir; cebrî icra müesseselerinin genelinde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla icra tazminatlarının düzenlenmediği durumlar bakımından dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek kötüye kullanım hâlleri de çalışma kapsamında incelenecektir. Buna karşılık Kanun'da kötü niyetle mücadele edilmesi amacıyla kabul edilen disiplin hapsi, tazyik hapsi ve icra iflâs suçları, çalışma konumuz tazminat sorumluluğu olduğundan, kapsam dışında bırakılmıştır.

İcra ve iflâs hukuku çerçevesinde hak ve borçlar, devlet adına cebrî müdahalenin kullanılmasıyla yetkilendirilmiş resmî (veya Kanun'da yer alan açık düzenlemeler uyarınca özel) cebrî icra organları tarafından yürütülen süreç dâhilinde yerine getirilmektedir. Cebrî icra organlarının (icra iflâs memurları, hâkimler, iflâs idaresi üyeleri gibi) sorumluluğu, işin niteliği gereği farklı esaslar dairesinde kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin kötü niyetli işlem veya dürüstlük kuralına aykırı davranışları nedeniyle ortaya çıkan hak ihlalleri ve zararlar ile bu zararların tazmini bakımından devletin sorumluluğuna ilişkin esaslar, çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu anlamda çalışma konumuz, münhasıran tarafların ve bazı hâllere ilişkin olarak üçüncü kişilerin haksız takip veya takip işlemleri ve bu çerçevede ortaya çıkan zararların tazmini ile sınırlıdır. Ancak dürüstlük kuralına aykırı işlemler nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırılıklar ve zararlardan sorumluluğun süjesinin tespit edilebilmesi bağlamında, devletin sorumluluğuna ilişkin esaslara yeri geldikçe değinilecektir. Ayrıca bu vesileyle belirtmek gerekir ki, taraf ve üçüncü kişilerin haksız ve kötü niyetli işlemleri nedeniyle ortaya çıkan temel hak ihlalleri bakımından, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru çerçevesinde devletin sorumluluğunun söz konusu olup olamayacağı da çalışmanın kapsamına alınmıştır. Zira günümüzde temel hak ve hürriyetlerin korunması bağlamında devletin sadece tanıma ve müdahalede bulunmama şeklinde negatif değil, bilakis müdahalelerin önlenmesine yönelik gerekli hukukî, idarî ve adli tedbirlerin alınması şeklinde pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. İşte bu noktada devletin, cebrî icra kurumlarında öngörülen hak ve yetkilerin özel kişiler tarafından kötüye kullanılması suretiyle gerçekleşen temel hak ihlallerinden dolayı ortaya çıkan zararları tazmin sorumluluğunun olup olmadığı da, zararların tazminine yönelik esaslar bakımından önem arz etmektedir.

Çalışma kapsamındaki konular, prensip itibariyle Türk icra ve iflâs hukuku öğretisinde yer alan eserler ve mevzuat hükümleri çerçevesinde teorik olarak ele alınmış olmakla birlikte, uygulamada tespit edilen mahkeme kararlarının değerlendirilmesi suretiyle pratik açıdan da incelenmiştir. Çalışma konusu itibariyle meselenin maddi hukuk bağlamında ortaya konulması amacıyla, medeni hukuk ve borçlar hukuku başta olmak üzere özel hukukun diğer alanları ile anayasa ve insan hakları hukuku esasları da değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, çalışma, esas itibariyle bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmamakla birlikte, Türk icra ve iflâs hukuku öğretisi ve uygulamasının geliştirilmesine yönelik katkısı olacağı düşüncesinden hareketle, konuya ilişkin yabancı hukuk öğretilerinden de faydalanılmıştır.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, konuya ilişkin genel bir bakış açısı ortaya koymak amacıyla öncelikle, Türk icra ve iflâs hukukunun genel sistemi ve konu ile sınırlı olduğu ölçüde icra ve iflâs hukukuna hâkim olan ilkeler ve kötü niyetli davranışların önlenmesine yönelik hukukumuza özgü bir kurum olarak icra tazminatları ele alınmıştır. Ardından, icra ve iflâs hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu incelemeye istinaden, haksız takip ve haksız takip işlemleri, kavramsal olarak ortaya konulmuştur. Söz konusu hususlara ayrı bir bölüm altında yer verilmiş olmasının sebebi, çalışma konusunun teorik altyapısını teşkil edecek konuların, ayrıntılı bir şekilde tek bir bölümde ele alınmasının faydalı olacağı düşüncesidir.

İkinci bölümde ise, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğunun esasları incelenmiştir. Öncelikle sorumluluğun hukuki niteliği tespit edilmiştir. Ardından, hukuki niteliğin tespiti bağlamında vardığımız sonuca binaen sorumluluğun esasları, Türk icra ve iflâs hukukunda öngörülen cibrî icra yolları ve birtakım diğer kurumlar özelinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise birinci ve ikinci bölümde teorik altyapısını ve esaslarını ortaya koyduğumuz haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğundan doğan uyuşmazlığın çözümüne yer verilmiştir. Bu bağlamda tazminat davası, arabuluculuk ve tahkim yolları değerlendirilmiştir. Ardından, ortaya çıkabilecek birtakım problemler ile haksız takip ve takip işlemi nedeniyle bireysel başvuru çerçevesinde devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği ele alınmıştır.

Nihayet çalışmamız, işaret ettiğimiz hususlarda ortaya çıkan sorunlara yönelik çözüm önerileri ortaya koyduğumuz sonuç kısmı ile tamamlanmıştır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI, “HAKSIZ TAKİP” VE “HAKSIZ TAKİP İŞLEMİ” KAVRAMLARI

#### Ş 1. GENEL OLARAK İCRA VE İFLÂS HUKUKU VE İCRA TAZMİNATLARI

##### I. Genel Olarak İcra ve İflâs Hukuku Sistemi

Türk icra ve iflâs hukuku sistemi, İsviçre'nin 1889 tarihli Borç İçin Takip ve İflâs Federal Kanunu'nun iktibas niteliğindeki 1929 tarihli 1424 sayılı Kanun'a dayanmakla birlikte, anılan Kanun'un başarısız olması nedeniyle kısa süre sonra yerini alan 1932 tarihli 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu (İİK) ile düzenlenmiştir. Ancak İİK da ülkemizin sosyal ve ekonomik şartları doğrultusunda çeşitli dönemlerde pek çok kez değişikliğe uğramış ve bugünkü hâline ulaşmıştır<sup>1</sup>. Bu bağlamda her ne kadar icra ve iflâs hukuku mevzuatımızın temeli İsviçre'ye dayansa da, Türk icra ve iflâs hukuku sistemi, yapılan değişiklikler sonucunda İsviçre'den oldukça ayrılan pek çok yönüyle, adeta kendine özgü bir sistem hâlini almıştır<sup>2</sup>. Yapılan bu değişiklikler çerçevesinde gelişen sistem, öğretide, özellikle bazı alacaklıların borçlu ve üçüncü kişilere karşı çok üstün konuma getirilmesi sebebiyle takibin tarafları açısından menfaatler dengesinin bozulması, çok fazla özel usûl öngörülmesi suretiyle sistem bütünlüğünün kaybedilerek karmaşık bir hâle gelmiş olması nedenleriyle eleştirilmektedir<sup>3</sup>. Hâl böyle olmakla birlikte çalışmanın konusu itibariyle bu eleştirilere, bu aşamada ayrıntılarıyla yer vermekten ziyade, haksız takip ve bu nedenle ortaya çıkabilecek zararlara ilişkin tazminat sorumluluğu bakımından işaret etmekle yetiniyoruz. Ancak şu kadarını ifade etmek gerekir ki Türk icra ve iflâs hukukunun, yapılan değişiklikler neticesinde mehz İsviçre hukukundan

<sup>1</sup> İcra ve İflâs Kanunu'nun tarihçesi ve geçirdiği değişiklikler ve bu çerçevede Türk icra ve iflâs hukukunun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 3-4 (2003): 9 vd.; Saim Üstündağ, *İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü* (İstanbul: Evrim, 1990), 5 vd.; Bilge Umar, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi, 1973), 136-170; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8. B., 2004), 11-12; İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. B., 1982), 10-20; Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul: On İki Levha, 6. B., 2019), 35-38; Murat Atalı vd., *Geçmişten Bugüne İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Yetkin, 2. B., 2019), 21 vd.

<sup>2</sup> Yılmaz, “Dünden Bugüne”, 45; Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 161 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 38.

<sup>3</sup> Muhammet Özekes, “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme”, *Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII – İlmâsız İcra, 24-25 Ekim 2008 İzmir* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009), 266-287; Muhammet Özekes, “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan C. 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, Özel Sayı (2009): 925-929.

ayrılarak bugünkü hâle gelmesine yol açan nedenler arasında, toplumumuzda dürüstlüğe dayalı erdem ve ahlâkî altyapının yeterince gelişmemiş olması da önemli bir yer tutmaktadır<sup>4</sup>. Nitekim anılan değişikliklerin hemen hepsinde, doğrudan veya dolaylı olarak, icra ve iflâs hukukunda dürüstlük kuralına aykırı davranışların, kötü niyetli girişimlerin engellenmesi amacı da bulunmaktadır<sup>5</sup>. Buna rağmen bugün gelinen noktada, bizi bu konuyu çalışmaya sevk eden sebepler de dikkate alındığında, haksız takip ve takip işlemlerinin önlenmesi bakımından yeterince iyi noktada olunmadığı ortadadır.

Türk icra ve iflâs hukuku sistemi, her şeyden önce alacağın özel hukuk ve kamu hukuku alacağı olmasına göre temelde ikili bir sistem üzerine inşa edilmiştir. Bu anlamda özel hukuk kaynaklı alacaklar için genel kanun olarak İİK ve ilgili tali düzenlemeler<sup>6</sup>; kamu hukuku kaynaklı alacaklar için ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun<sup>7</sup> hükümleri dairesinde iki farklı sistem öngörülmüştür<sup>8</sup>. Bununla birlikte AATUHK kapsamına, kamu alacakları bakımından yalnızca cüzî icra takibi girmekte, buna karşılık kamu alacaklarına ilişkin küllî takipler, yine İİK ve ilgili mevzuat hükümleri kapsamına dâhildir. Kamu alacaklarına ilişkin AATUHK çerçevesinde öngörülen cebrî takip yollarında, alacaklı konumundaki ilgili devlet makamları, yine takibin gerçekleştirilmesinde yetkili icra organları olarak hak ve yetkilerle donatılmıştır<sup>9</sup>. Alacaklının, aynı zamanda alacağın cebrî icra yoluyla tahsilinde yetkili icra organı olarak hak ve yetkilerle donatılmış olmasının; kamu alacağı dahi olsa, bugünkü hukuk devleti anlayışı karşısında kabul edilmesi mümkün değildir. Zira âdil ve

<sup>4</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 162-165.

<sup>5</sup> Nitekim icra tazminatları, esas itibarıyla 1929 tarihli Kanun öncesinde de hukukumuzda kabul edilmiş olmakla birlikte, İİK değişiklikleriyle, dönemin sosyal ve ekonomik yapısı göz önünde bulundurularak icra tazminatlarının oranının değiştirilmiş ve bazı müesseseler bakımından da ilk kez kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra disiplin ve tazyik hapsi gibi yaptırımlar ile icra suçlarına ilişkin de değişiklikler yapılmıştır. Yılmaz, “Dünden Bugüne”, 13 vd.; Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 169-170; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 14 vd.

<sup>6</sup> İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatına Dair Nizamname, RG T. 02.10.1932, S. 2215. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği, RG T. 11.04.2005, S. 25783.

<sup>7</sup> RG T. 28.07.1953, S. 8469.

<sup>8</sup> Bununla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümleri uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na (TMSF, Fon) devredilen alacakların tahsiline ilişkin olarak 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik hükümleri ile AATUHK çerçevesinde yürütülecek özel takip sistemi de öngörülmüştür. Amme alacaklarının tahsiline ilişkin özel ve ayrıcalıklı takip usullerinin düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmekteyken; özellikle banka alacaklarının tahsilinde eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve menfaat dengesi gibi temel hak ve ilkelere aykırı şekilde çok daha özel usullerin öngörülmesi, eleştirilen noktalardaki problemleri daha da derinleştirmektedir. Fon alacaklarına ilişkin özel takip esas ve usulleri hakkında ayrıntılı bilgi ve öğretide ileri sürülen eleştiriler hakkında bkz. Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Ankara: Adalet, 2010), 194 vd.; Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Ankara: Adalet, 2009), 192-193; Özekes, “Sorunlar”, 267.

<sup>9</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2. B., 2019), 11; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 38-40, 345 vd.

hakkaniyete uygun bir cebrî icra, her şeyden önce cebrî icranın bağımsız ve tarafsız organlar tarafından yapılmasını gerektirir<sup>10</sup>.

Özel hukuktan doğan alacakların cebrî icra yoluyla tahsilinde de pek çok müessesesinin öngörüldüğü karmaşık bir sistem söz konusudur. Bu anlamda genel olarak Türk icra ve iflâs hukuku sistemi, cüzi ve külli icra olmak üzere ikili ayrıma tâbi tutulmaktadır. Cüzi icra, kural olarak sadece takip alacaklısının alacağına konu edildiği ve borçlunun yalnızca alacağa yetecek miktarda malvarlığına başvurulabilen takip usullerini içermektedir. Külli icra ise iflâsa tâbi borçlu hakkında iflâs kararının verilmesiyle, dileyen bütün alacaklıların tasfiyeye katılarak alacaklarını ileri sürebildiği ve borçlunun kural olarak bütün malvarlığıyla sorumlu olduğu cebrî süreci ifade etmektedir<sup>11</sup>. Cüzi icra da, kendi içinde, alacağa ilişkin bir ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye dayanılıp dayanılmamasına göre ilâmlı ve ilâmsız icra şeklinde iki temel takip yolu şeklinde düzenlenmiştir. Kural olarak<sup>12</sup> para ve teminat alacaklarına yönelik ilâmsız icranın içinde ayrıca kambiyo senetlerine ilişkin alacaklara özel bir takip usulü öngörülmüş, söz konusu alacaklar hakkında takiplerde sürelerin kısaltılması, ödeme emrine itirazın şekli ve incelenme usulü ile takibe etkisine yönelik olarak özel birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Diğer taraftan rehinli alacaklara ilişkin olarak da ilâmlı ve ilâmsız olmak üzere başvurulabilen rehlin paraya çevrilmesi yoluyla özel takip yolları da düzenlenmiştir.

Öte yandan, küreselleşen dünyada yaşanan ekonomik ve ticari gelişmelerin artması neticesinde borçların belli şartlar altında cebrî icraya tâbi tutulmaksızın ifa edilmesi imkânının tanınarak, sosyal ve ekonomik düzenin korunması amacıyla konkordato ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma gibi müesseseler de icra ve iflâs hukuku sistemimize dâhil edilmiştir<sup>13</sup>. Yine alacakların tahsiline yönelik olarak tasarrufun iptali davası ve icra ve iflâs hukukuna özgü

---

<sup>10</sup> Nitekim öğretilde ÖZEKES, bu durumu, Ziya Paşa'dan aktardığı "*Kadı ola davacı ve muhızır (mübaşir) dahi şahit. Ol mahkemenin hükmüne denir mi adalet?*" veciz ifadeyle eleştirmektedir. Bkz. Özekes, *İlkeler*, 195.

<sup>11</sup> Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 5. B., 2019), 42-46; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 20-24; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 7 vd.

<sup>12</sup> Kanun koyucu, sosyal ve ekonomik birtakım mülahazalarla kiralanın taşınmazların tahliyesine yönelik taleplerin, birtakım şartların varlığı hâlinde ilâmsız takip çerçevesinde gerçekleştirilmesine ilişkin İİK m. 269 ilâ 276 hükümlerinde özel bir ilâmsız takip yolu da öngörmüştür. Bu özel durum dışında ilâmsız icra, yalnızca para ve teminat alacakları bakımından geçerlidir.

<sup>13</sup> Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (İstanbul: Vedat, 2018), 1-7; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku* (İstanbul: Yaylacık, 8. B., 2009), 227-229; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet, 2. B., 2013), 1443-1445. Aslında konkordato, İİK öncesinde yürürlükte olan 1929 tarihli Kanun'da da kabul edilmiştir. Ancak bu zamana dek pek çok değişikliğe uğramıştır. Konkordatonun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk Öztekin, *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed. Selçuk Öztekin, (Ankara: Adalet, 2018), 29-101. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumunun tarihçesi ve genel esasları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, *İcra İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Ankara: Yetkin, 2005), 217 vd.; Nurullah Bal, *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2013, 3 vd.

bir geçici hukukî himaye tedbiri olarak ihtiyati haciz müesseseleri de sistemimizde yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, icra ve iflâs hukuku sistemimizde oldukça karmaşık bir yapı mevcuttur. Bu durum, icra ve iflâs hukukunun sistematik bütünlüğünün ve iç ahenginin kaybedilmesine neden olmuştur<sup>14</sup>. Kuşkusuz bu yapısal sorunların yol açtığı problemlerin her birisi başlı başına önemlidir ve ayrıntılı bir şekilde incelenmeye değerdir. Ancak bütün bu hususların incelenip değerlendirilmesi, çalışmanın maksat ve kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte cebrî icra sistemimizin (sistemsizliğinin) yol açtığı problemler bağlamında önemle vurgulamak gerekir ki; sistemimizde yer alan bu çok sayıdaki ve her biri kendi içinde çeşitli sorunlar içeren müesseseler, toplumumuzun dürüst davranma yükümlülüğüne ilişkin değer yargıları da dikkate alındığında<sup>15</sup> takip hakkı ve takip işlemi yapma yetkisinin kötüye kullanılmasının önünü açmaktadır.

## **II. İcra ve İflâs Hukukunun Amacı, Hukuk Dalları Arasındaki Yeri ve İcra ve İflâs Hukuku Kurallarının Niteliği**

### **A. Genel Olarak**

Cebrî icra hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması hakkında aşağıdaki bölümlerde yapacağımız ayrıntılı incelemelerin faydalı olabilmesi, öncelikle birtakım genel hususların ortaya konulmasını gerektirmektedir. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenecek olan hak ve yetkiler, icra ve iflâs hukuku düzenlemelerine dayanmaktadır. Bir hukuk kuralının düzenlenmesini gerektiren genel amacın ve ilgili kuralın niteliği tespit edilmeden, o hukuk kuralına aykırı davranışın hangi hâllerde dürüstlük kuralına aykırı ve kötüye kullanım teşkil edip etmeyeceğini belirleyebilmek mümkün değildir. Bu nedenle, cebrî icra hukukunun amacı ve hukuk dalları arasındaki yeri ve bu çerçevede de ilgili hukuk kurallarının niteliğinin genel hatlarıyla belirtilmesi faydalı olacaktır.

### **B. İcra ve İflâs Hukukunun Amacı**

Hukuk kuralları, toplumsal barışın sağlanması ve adaletin temini amacıyla yaptırım gücüyle donatılmış olup, bu yönüyle örf ve âdet veya ahlâk kuralları gibi toplumsal ilişkileri

<sup>14</sup> Özekes, “Sorunlar”, 277-278; Özekes, “Öneri”, 926-928.

<sup>15</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 162-164.



düzenleyen diğer kurallardan ayrılmaktadır<sup>16</sup>. Zira hukuk kuralları çerçevesinde tanınan hakların, her zaman muhatapları tarafından kendiliğinden yerine getirilmesi, gerçekleştirilmesi imkânsız bir tasarı veya düşünceden ibarettir<sup>17</sup>. Dolayısıyla ihtiyaç hâlinde hakların zorla yerine getirilmesine imkân tanınması, kişilere hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir. Bu çerçevede hukukun temel amacı, hukuk kuralları uyarınca tanınan hakların ihlâl edilmesiyle bozulan adaletin tekrar sağlanmasıdır<sup>18</sup>.

İcra ve iflâs hukukunun amacı da hukukun temel amacından farklı olmayıp, alacaklının hakkının ihlâl edilmesiyle bozulan menfaat dengesinin ve bu çerçevede adaletin tesisidir<sup>19</sup>. Bu anlamda icra ve iflâs hukuku, borçlunun, borç konusu edimi kendi iradesiyle yerine getir(e)memesi üzerine, alacaklının ihlâl edilen hakkının, devletin (kural olarak) resmî cebri icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi faaliyetinden ibarettir. Şu hâlde icra ve iflâs hukukunun amacının, öncelikle alacaklının tatmini<sup>20</sup> olduğu ifade edilebilir<sup>21</sup>.

Esas itibariyle icra ve iflâs hukukunun alacaklının alacak hakkının gerçekleştirilmesi yönündeki amacının, teorik olarak tartışılabilir olduğu söylenemez<sup>22</sup>. Zira icra ve iflâs hukukunun varlık sebebi, kendiliğinden hak almanın yasaklanmasıyla birlikte, hakkı ihlâl edilenin hakkının gerçekleştirilmesi suretiyle hukuk barışının teminidir. Amaç noktasında

---

<sup>16</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz, 6. B.,1992), 4, 8-9; Richard Honig, *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, Çev. M. Yavuz, (İstanbul: Burhaneddin, 2. B, 1935), 9-10; Richard Honig, *Hukuk Felsefesi*, Çev. M. Yavuz, (İstanbul: Burhaneddin, 2. B, 1935), 27-28; Andreas Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, Çev. Hıfzı Veldet, (İstanbul: Üniversite, 1942), 58-60.

<sup>17</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 3.

<sup>18</sup> Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (İstanbul: Vedat, 2. B., 2017), 67-83.

<sup>19</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 42.

<sup>20</sup> İcra ve iflâs hukukunun öncelikli amacının toplumsal hukuk barışının sağlanması ve adalet anlayışının korunması olması gerektiğine ilişkin görüş, günümüzde kabul edilmemektedir. Zira bu görüş, en başta günümüzün ekonomik ve sosyal ilişkilerinde özgürlüğü esas alan hukuk düzenine ve bu düzen ekseninde oluşan özgürlükçü toplumsal yapıya aykırıdır. Bir başka ifadeyle özel hukuk ilişkilerinden doğan uyumsuzluklara, kamu menfaatinin sağlanması amacıyla müdahale edilerek, bireyler arasındaki sübjektif hakların, özel hukukun temel esasını teşkil eden tasarruf özgürlüğünü ortadan kaldırarak gerçekleştirilmesi kabul edilemez. Evren Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri* (İstanbul: Arıkan, 2005), 40.

<sup>21</sup> Bu yönüyle icra ve iflâs hukukunun, alacaklının sübjektif olarak tatmin edilmesi amacına uygun olarak prensip itibariyle tek taraflı düzenlendiği ifade edilebilir ve bu anlayış yerinde kabul edilmektedir. Ancak yalnızca alacaklı menfaatine odaklanmış bir cebri icra düşüncesi de kabul edilemez. Borçlu lehine, özellikle ilâmsız takipler bakımından maddî hukuka ilişkin savunma imkânları ve her hâlde icra ve iflâs hukukuna ilişkin korunma talepleri de öngörülmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, 38. Ancak Türk icra ve iflâs hukukunda menfaat dengesinin alacaklı lehine bozulduğu durumlar da vardır. Örneğin İİK m. 68b ile m. 150ı hükmü çerçevesinde banka ve kredi kuruluşlarına sağlanan ayrıcalıklar, bu kapsamda özellikle ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunmamasına rağmen ilâmli icra takibi yapma imkânı öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 175 vd.

<sup>22</sup> Esasen cebri icranın amacı konusu oldukça tartışmalı olmakla birlikte, ileri sürülen bütün görüşlerde alacaklının tatmin edilmesi amacı ifade edilmektedir. Görüşlerin ayrıldığı nokta, cebri icra faaliyetinin düzenlenmesinde, taraflardan hangisinin veya taraflardan önce kamunun menfaatlerinin üstün tutulması konusundaki yaklaşım farklılıklarıdır. Cebri icra hukukunun amacı konusunda öğretideki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri* (Ankara: Turhan, 2006), 16-19.

kanımızca asıl önemli olan, cebrî faaliyetin sınırlarının çizilmesidir. Nitekim icra ve iflâs hukukunun amacına ilişkin öğretilerdeki görüşler, daha çok bu bakış açısıyla yapılan değerlendirmelere binaen ortaya konmuştur<sup>23</sup>. Bu bağlamda icra ve iflâs hukukunun tarihi süreç içerisindeki gelişimi de göstermektedir ki, cebrî müdahalenin ölçüsü ve sınırları, dönemin sosyal ve ekonomik koşullarına bağlı olarak gelişen hukuki düzen çerçevesinde her dönemde farklı mahiyette tezahür etmiştir<sup>24</sup>. Gerçekten de roma hukuku döneminde borçlunun canı veya özgürlüğü üzerinde dahi cebrî müdahale kabul edilmekteyken, bugün gelinen noktada cebrî müdahalenin konusunu borçlunun malvarlığı oluşturmaktadır<sup>25</sup>. Dahası, sosyal hukuk devleti anlayışı ile temel hak ve hürriyetler konusunda yaşanan gelişmelerin de etkisiyle, icra ve iflâs hukukunun amacı, ne pahasına olursa olsun alacaklının hakkının gerçekleştirilmesi olarak algılanmamaktadır<sup>26</sup>. Alacaklının alacak hakkının yerine getirilmesinin yanı sıra, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatleri de gözetilmektedir<sup>27</sup>. Bu itibarla icra ve iflâs hukukunun amacı, hakkın ihlâl edilmesi suretiyle bozulan adaletin, cebrî icra organları vasıtasıyla yeniden tesis edilmesi sürecinde, yalnızca ihlâl edilen hakkın yerine getirilmesi bağlamında alacaklının menfaatinin sağlanması değil; bilakis alacaklının menfaati karşısında borçlu ve üçüncü kişilerin de menfaatinin gözetilmesi suretiyle menfaatlerin dengelenmesidir<sup>28</sup>. Bu bakımdan, icra ve iflâs hukukunda düzenlenen kurumların, kötü niyetli borçluya yönelik cezalandırma araçları olarak anlaşılmalıdır. Aksine, hak ihlâli hâlinde mağdur olan kişilerin haklarını gerektiğinde zorla yerine getirmeye yönelik hukukî koruma araçları olarak kabul edilmelidir<sup>29</sup>.

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, icra ve iflâs hukukunun öncelikli amacının alacaklı ile borçlu ve üçüncü kişilerin çatışan menfaatlerinin dengelenmesi olarak kabul edilmesi; toplumsal hukuk barışının sağlanmasına ve korunmasına yönelik hiçbir amacının

---

<sup>23</sup> Hans Friedhelm Gaul, “Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi”, Çev. Nevhis Deren Yıldırım, *İcra Hukuku Analizleri*, (İstanbul: Beta, 4. B., 2014), 25-34.

<sup>24</sup> Cebrî icra hukukunun tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 60 vd. Menfaat dengesi bağlamında cebrî icra hukukunun gelişimi hakkında bkz. Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 12-29.

<sup>25</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 60-63.

<sup>26</sup> Nitekim Belgesay, 2004 sayılı İİK'nın kabul edilmesinden çok da uzun olmayan süre sonra değişiklik yapılması gerektiği yönündeki görüşlerin etkisiyle Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen Alman Hukukçu Leeman'ın hazırladığı rapor hakkındaki görüşlerini açıkladığı makalesinde cebrî icranın amacını “... *İcra Kanunu'nun gayesi ne pahasına olursa olsun hak sahibinin hakkını cebrî vasıtalarla istifa etmesini temin olmadığı gibi, borçluya da az çok şiddetle takibine karşı himaye olamaz...*” şeklinde belirtmektedir. Mustafa Reşit Belgesay, “Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflâs Kanununun Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 5, (1939): 34.

<sup>27</sup> Umar, bu hususun icra ve iflâs hukukunun değişmez amaçlarından olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 39-41.

<sup>28</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 41.

<sup>29</sup> Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku* (İstanbul: Beta, 6. B., 2015), 1 vd.; Gaul, “Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi”, 25-34; Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, 21.

olmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira cebrî icra, hiç kuşkusuz toplumdaki sosyal ve ekonomik düzenin bir parçasıdır<sup>30</sup>. Bu bakımdan taraflar ve üçüncü kişiler, her ne kadar subjektif hakların gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetin süjesi olsalar da, aynı zamanda içinde buldukları toplumun sosyal ve ekonomik düzeninin birer parçasıdır. Dolayısıyla taraf ve ilgililerin subjektif haklarının gerçekleştirilmesi suretiyle menfaatlerinin dengelenmesi amacına yönelik faaliyetler gerçekleştirilirken; bu faaliyetlerin, taraf ve ilgililerin içinde bulduklarının toplumun sosyal ve ekonomik düzenini de etkileyecek olması kaçınılmazdır<sup>31</sup>. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunun ikincil bir amaç olarak toplumsal hukuk barışı ve adalet inancının gerçekleştirilmesi amacının da bulunduğu ifade edilebilir.

### **C. İcra ve İflâs Hukukunun Hukuk Dalları Arasındaki Yeri ve İcra ve İflâs Hukuku Kurallarının Niteliği**

İcra ve iflâs hukukunun taraflar arasındaki bozulan menfaat dengesinin yeniden kurulmasına ilişkin öncelikli amacı, ilişkin olduğu maddî hukuktan bağımsız düşünülemez. Zira cebrî icranın kaynağı taraflar arasındaki maddî hukuk uyumsuzluğu olmakla birlikte nihaî hedefi de taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisinin gerçekleştirilmesidir. Bu anlayış çerçevesinde günümüzde icra ve iflâs hukuku, maddî hukuka uygun şekilde ve fakat usul hukuku niteliği de göz önünde bulundurularak kendi içerisinde değiştirilemeyen ve genişletilemeyen sınırlı sayıdaki müesseselerle düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

İcra ve iflâs hukukunun öncelikli olarak subjektif hakların gerçekleştirilmesi, ikincil olarak ise toplumsal hukuk barışı ve adalet anlayışının sağlanması ve korunmasına yönelik amaçları çerçevesinde yapılan bu değerlendirmeler neticesinde, hukukî nitelik olarak hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin yönleri bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu amaçlara uygun olarak düzenlenen cebrî icranın, özel hukuk veya kamu hukuku alanlarından hangisine dâhil olduğu tespit edilmelidir.

Belgesay, icra ve iflâs hukukunun, kendiliğinden hak almanın yasaklanması dolayısıyla hakların devlet tarafından yerine getirilmesi gereğinden hareketle, devletin cebrî icraya memur makamları ve bu makamların cebrî icrayı nasıl yürüteceklerini, alacaklılar ile borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla düzenleyen hukuk dalı olarak ifade etmektedir<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Kılıçoğlu, 41; Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, 18-19.

<sup>31</sup> Kılıçoğlu, 41.

<sup>32</sup> Kılıçoğlu, 42; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 32-34; Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 4-5.

<sup>33</sup> Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1* (İstanbul: M. Sıralar, 4. B., 1954), 9-11.

Yazar, icra ve iflâs hukukunun, devletin cebrî icraya yetkili memurları vasıtasıyla yürütülen müesseselerden teşekkül ettiğinden hareketle kamu hukukuna dâhil olduğunu belirtmekle birlikte, cebrî icra faaliyetlerinin kişilerin özel hukuka ilişkin haklarının gerçekleştirilmesi ve idare hukukunda devletin kendiliğinden harekete geçebilmesi kural olduğu hâlde cebrî icra organlarının ancak başvuru üzerine işlemler tesis etmesi nedeniyle daha ziyade usûli muhakemenin bir bölümü olduğunu belirtmektedir. Netice itibariyle yazar, kamu hukukundan ziyade özel hukuk prensiplerine daha yakın olduğundan özel hukuk alanına dâhil olduğu görüşündedir<sup>34</sup>.

Postacıoğlu'na göre cebrî icra hukuku, bir taraftan maddî hukuk, diğer taraftan da medenî usûl hukukunun doğal ve zorunlu bir tamamlayıcısıdır<sup>35</sup>. Zira maddî hukuk, hakkın geçerli bir şekilde doğup doğmadığına; medenî usûl hukuku ise hakkın muhatabı tarafından inkârı hâlinde usulüne uygun olarak ispat edilmesine yöneliktir. Bu bakımdan hakkın maddî hukuka göre hiç doğmamış olması ile doğmuş ve fakat usulüne uygun olarak mahkemeler önünde ispat edilememiş olması arasında netice bakımından bir fark bulunmamaktadır<sup>36</sup>. Nihâyetinde cebrî icra müesseseleri vasıtasıyla hakkın geçerli bir şekilde gerçekleştirilmesi sağlanmadığı sürece hak yine nazari kalmaya mecburdur. Dolayısıyla Postacıoğlu icra hukukunun alacaklıyı hakkın ekonomik muhtevasına kavuşturan yetkilerin toplamı olarak ifade eder<sup>37</sup>. Bu yetkilerin devletin resmî cebrî icra organları vasıtasıyla kullanılması, cebrî icra hukukunun idare hukuku yönünü; cebrî icra hukukunun prensipte borçlunun malları üzerinde uygulanan yaptırımlar öngörmesiyle birlikte, bazı hâllerde şahsına yönelik de cebir uygulanabilmesi imkânı ise icra hukukunun ceza hukuku yönünü ifade eder. Ancak netice itibariyle icra ve iflâs hukukunun kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı dâhil olduğu konusu pratikte önemsizdir<sup>38</sup>.

Üstündağ ise cebrî icranın maddî hukuka dayanan taleplerin devlet eliyle yerine getirildiği, bu yönüyle yargılama faaliyeti gibi kamusal bir faaliyet olduğunu, bu çerçevede

---

<sup>34</sup> Belgesay, *Şerh*, 12-13.

<sup>35</sup> Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 20.

<sup>36</sup> Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 20.

<sup>37</sup> Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 20-21.

<sup>38</sup> Ancak yazar, her ne kadar icra ve iflâs hukukunun bir bütün olarak hangi hukuk dalına dâhil olduğunu pratikte önemsiz bulsa da, medenî hukuk ve borçlar hukuku hükümlerinin icra ve iflâs hukuku hükümlerinin yorumlanmasında olan etkisini, ilgili olduğu konularda münferit başlıklar hâlinde değerlendirmiştir. Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 21.

cebrî icra muhakemesi dâhilinde yapılan işlemlerin de birer kamu hukuku tasarrufu olduğunu ifade etmektedir<sup>39</sup>.

Umar ise icra ve iflâs hukukunun borçlusu tarafından kendi arzusuyla yerine getirilmedikçe veya yerine getirilmeye amade olduğu belirtilmedikçe, devletin cebrî icra teşkilâtı içindeki organlarına başvurmak suretiyle işlerlik kazanan müesseselere ilişkin hukuk dalı olduğunu vurgulamaktadır<sup>40</sup>. Bu çerçevede icra ve iflâs hukukunun, özel hukuktan doğan istemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak amacından hareketle, medenî usûl hukuku ile bir bütün teşkil ettiğini ifade etmekte; bu çerçevede de icra ve iflâs hukukunu, medenî usul hukukunun uzantısını teşkil eden bir bölüm niteliğinde kabul etmektedir<sup>41</sup>.

Berkin ise cebrî icranın devlet adına kesin yetkili organlarca yapılmasının icra ve iflâs hukukunu kamu hukukuna yaklaştırdığını; buna karşılık amacının genel menfaatten önce ihlâl edilen sübjektif hakkın gerçekleştirilmesi olduğunu, dolayısıyla alacaklının bu haklar üzerinde serbest iradesinin bulunduğundan hareketle icra ve iflâs hukukunun özel hukuk yönünün olduğunu belirtmektedir. Buna göre süreç, başladıktan sonra alacaklının tasarrufları doğrultusunda yön bulacaktır; ancak alacaklı, cebrî icranın şekli ve sınırlı yapısı gereğince, emredici düzenlemelerin aksine hareket edemeyecektir. Yalnızca takibin tek taraflı olarak veya sulh yoluyla sona erdirilmesini sağlayabilir. Bu gerekçelerle Berkin, icra ve iflâs hukukunun hem özel hem de kamu hukukuna dâhil yönlerinin bulunduğundan hareketle kendine özgü bir hukuk dalı olduğunu ifade etmektedir<sup>42</sup>.

Atalı/Ermenek/Erdoğan ise icra ve iflâs hukukunun karma nitelikli bir hukuk dalı olduğunu kabul etmektedir. Yazarlara göre icra ve iflâs hukukuna asli karakterini kazandıran husus, ne cebrî icra kurumlarının kişiler arasındaki özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne yönelmesi ne de cebrî faaliyetin devletin resmî cebrî icra organları tarafından gerçekleştirilmesidir. Her iki unsur da bir denge içerisinde olduğundan, icra ve iflâs hukuku karma nitelikli bir alan olarak kabul edilmelidir<sup>43</sup>.

Kanımızca da icra ve iflâs hukuku, karma nitelikli bir hukuk dalıdır. Zira öngörülen kural ve müesseselerde, hem özel hukuk hem de kamu hukukunun etkisi görülmektedir. Bu anlamda icra ve iflâs hukuku, yargılama hukukuyla birlikte bir bütünün parçası olarak, maddi

---

<sup>39</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 9.

<sup>40</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 1-3.

<sup>41</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 32.

<sup>42</sup> Necmettin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz, 1980) 14.

<sup>43</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 6.

hukuka ilişkin hak ve yükümlülüklerin ihlâli hâlinde, ihlâlin giderilerek bu hak ve yükümlülüklerin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Bir başka ifadeyle, tarafların ve taraflar dışında üçüncü kişilerin özel hukuk kuralları temelinde ortaya çıkan menfaatlerini korumalarına yönelik bir alandır. Dolayısıyla, takip yollarına başvuru, taraflar veya üçüncü kişiler tarafından takibe yön veren işlemlerin yapılması ve takibin sona erdirilmesinde özel hukukta kabul edilen irade serbestisi ve tasarruf yetkisi geçerli olduğundan icra ve iflâs hukuku kurallarının bu yönleriyle özel hukuk niteliği bulunmaktadır<sup>44</sup>. Bununla birlikte, icra ve iflâs hukukunun toplumsal hukuk barışının korunması amacı doğrultusunda birtakım kamu hukuku nitelikli kuralları da bulunmaktadır. Özellikle icra ve iflâs suçları ve iflâsın hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelerde, bu durum belirginlik kazanmaktadır. Bunun yanı sıra maddi hukuka ilişkin hak ve yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi, devletin yetkili dairelerine başvurmak suretiyle ve bu organlar eliyle yürütülen bir faaliyettir. Dolayısıyla, icra ve iflâs hukuku içerisinde öngörülen müesseselere ilişkin işlemler, adli yargı teşkilatı içerisinde örgütlenmiş icra ve iflâs organları tarafından gerçekleştirildiğinden, icra ve iflâs hukuku kuralları bu yönüyle de kamusal nitelik taşımaktadır<sup>45</sup>.

### **III. Haksız Takip ve Haksız Takip İşlemi Çerçevesinde İcra ve İflâs Hukukuna Hâkim Bazı Temel Hak ve İlkeler**

#### **A. Genel Olarak**

İcra ve iflâs hukuku, zor kullanma yetkisiyle donatılmış cebrî icra organları vasıtasıyla işleyen çeşitli kurumların öngörüldüğü bir alan olarak, bireylerin kişilik hakları ile malvarlığı haklarını doğrudan ilgilendiren bir hukuk disiplini. Bu anlamda niteliği gereği temel hak ve hürriyetlerle gerek hukuken gerekse de fiilen yakın bir ilişki içerisinde<sup>46</sup>. Kişilik hakları ile malvarlığına ilişkin hakların korunmasına dair anayasal temel hak ve hürriyetlerle, cebrî icranın müdahaleci niteliği arasındaki dengenin, insan haklarına saygılı hukuk devleti tarafından her

---

<sup>44</sup> İcra ve iflâs hukukunun bu karma niteliğine istinaden, cebrî icraya hâkim olan ilkeler iki başlık altında toplanarak incelenmektedir. İcra ve iflâs hukukunun özel hukuk niteliğinden hareketle, medeni yargılama hukukuna hâkim temel ilkeler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde cebrî icra hukukunda da geçerlidir. Aynı şekilde kamu hukuku niteliğinden kaynaklanan, cebrî icranın kendine özgü ilkeleri de bulunmaktadır. Bununla birlikte bu ilkelerin ayrıntılı olarak incelenmesi, mahiyeti itibarıyla bu çalışmanın kapsamını aşacağından, ilkelerin takip eden başlıkta, yalnızca haksız takip ve takip işlemi bağlamında (kuşkusuz bütün ilkeler önem taşısa da) doğrudan etkili olan birtakım ilkeleri değerlendirmeyi uygun bulduk. Cebrî icra hukukuna hâkim ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, *İlkeler*, 65-108; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 23-35.

<sup>45</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 4 vd.

<sup>46</sup> Özekes, *İlkeler*, s. 22.

zaman dikkate alınması zorunluluk arz etmektedir<sup>47</sup>. Bu bağlamda icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin, hem düzenlenmesi hem de uygulanması bakımından, başta Anayasa olmak üzere uluslararası hukukî metinlerle düzenlenerek koruma altına alınmış temel hak ve hürriyetlerin göz önünde tutulması gerekir.

Anayasa'nın 12'nci maddesinde; herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ifade edilmiştir. Anayasal güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından muhatap, ilk olarak şüphesiz demokratik hukuk devleti çerçevesinde, yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. Bununla birlikte, Anayasa'nın bağlayıcılığına ilişkin 11'inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamları ve diğer kuruluş ve kişileri de bağladığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın bağlayıcılığı, yasama, yürütme ve yargı gibi devlet organlarının yanı sıra, bütün diğer kişi ve kuruluşları da kapsamaktadır<sup>48</sup>.

İnsan hakları alanında yaşanan gelişmeler, icra ve iflâs hukukunu da doğrudan etkilemiştir. Zira geçmişte, örneğin alacaklının borçluyu öldürme hakkı gibi günümüz insan hakları anlayışına oldukça uzak düzenlemeler, insan hakları alanındaki gelişime paralel olarak değişmiş ve gelişmiştir<sup>49</sup>. Anayasa'nın 38'inci maddesinde de ifadesini bulan, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle özgürlüğünden alıkoyma yasağı, bu gelişimin somut örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Modern cebrî icra sistemlerinde, zor kullanma yetkisinin devlete tanınması suretiyle borçlu, alacaklının insafına bırakılmamış; borçlunun şahsı yerine malvarlığı ile sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>50</sup>.

Bütün bu gelişmeleri gerçekleştiren düşünce, insan hakları öğretisi çerçevesinde, “insan onuru” mefhumundan hareket etmiştir<sup>51</sup>. Dolayısıyla insan haklarına ilişkin uluslararası

---

<sup>47</sup> Walter Gerhardt, “Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell – Zwangsvollstreckung”, *Zeitschrift für Zivilprozess* 95 (1982): 467 vd., (Özekes, *İlkeler*, 21'den naklen). Bu bağlamda Alman cebrî icra hukukunun, temel haklar bağlamında incelenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf Dietrich Walker, “Grundrechte in der Zwangsvollstreckung – eine Skizze”, *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, Hrsg. Jens Damann, Wolfgang Grunsky, Thomas Pfeiffer, (München: C.H. Beck, 2011): 561 vd.; Johannes Behr, “Vollstreckungsschutz: Gläubiger- oder Schuldnerschutz?”, *Kritische Justiz*, 13, 2, (1980): 157 vd.

<sup>48</sup> Aynı şekilde, Anayasa'nın başlangıç kısmında da, “...hiçbir kişi veya kuruluşun, bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı...” ifadelerine yer verilerek; Anayasa'nın bağlayıcılığı, gerek yasama, yürütme, yargı gibi devlet organları gerekse de diğer kuruluş ve kişiler açısından da özel olarak vurgulanmıştır.

<sup>49</sup> Yıldırım ve Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs*, 5.

<sup>50</sup> Konuya ilişkin tarihi süreç ve Alman cebrî icra hukukundaki gelişim için bkz. Dieter Keip, *Umfang und Grenzen eines sozialen Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung*, (Hamburg: Dr. Kovac, 2000), 4-15; Ekkehard Becker-Eberhard, “Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı”, *20'nci Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları*, Çev. Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım, Der. Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım, (İstanbul: Alkım, 2. B., 2003): 41 vd.

<sup>51</sup> Becker-Eberhard, 45.

düzenlemeler de icra ve iflâs hukuku bakımından oldukça önem arz etmektedir. Hatta bu düzenlemeler, temel haklar olarak Anayasal güvence altına alınmış insan haklarının yanı sıra, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi çerçevesinde tanınan öncelik kapsamında da dikkate alınmalıdır.

Netice itibariyle gerek Anayasa'da gerekse de uluslararası hukukî düzenlemelerde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin, icra ve iflâs hukuku bakımından da mutlaka dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, Anayasa'nın bağlayıcılığının özel hukuk ilişkilerine de olan etkisinin; Anayasa'nın 12'inci maddesinin ikinci fıkrasında, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Böylelikle, icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin düzenlenmesinde ve uygulanmasında temel hak ve hürriyetlerin, aynı zamanda taraflar ve dahi üçüncü kişiler açısından diğer kişilere ve topluma ilişkin ödev ve sorumluluk teşkil ettiği ortaya konulabilir. Bir başka ifadeyle, kişiler açısından, temel hak ve hürriyetlerin aynı zamanda topluma ve diğer kişilere yönelik ödev ve sorumluluk niteliği, icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin uygulanmasında önem arz eder. Zira haksız olarak icra ve iflâs hukuku müesseselerine başvurulması veya takip çerçevesinde haksız işlem yapılması, temel hak ve hürriyetlerin bu niteliğine de aykırılık oluşturmaktadır<sup>52</sup>.

Genel olarak ifade edilen bu ilişki bağlamında icra ve iflâs hukukuna hâkim birçok ilke kabul edilmekte ise de, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü, eşitlik ilkesi, oranlılık ilkesi ve menfaatler dengesi, çalışmanın konu ve kapsamı bakımından haksız takip ve haksız takip işlemi ile doğrudan ve daha yakın ilişki içerisindedir. Dolayısıyla aşağıda, bu ilkelerle sınırlı bir değerlendirme yapılmıştır.

## **B. Hukuk Devleti İlkesi ve Hak Arama Özgürlüğü**

Anayasa'nın genel esaslar başlıklı birinci kısmında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne ilişkin temel düzenlemeler yapılmış; bu anlamda Cumhuriyet'in nitelikleri başlıklı ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "*...adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı... sosyal bir hukuk devleti...*" olduğu vurgulanmıştır. Keza, Anayasa'nın 5'inci maddesinde devletin temel amaç ve görevleri çerçevesinde devlete; "*...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya... çalışma...*" ödevi yüklenmiştir. Anayasa'nın 10'uncu maddesinin ilk fıkrasında,

---

<sup>52</sup> Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 6, V, B.



herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında da devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etme zorunluluğu düzenlenmiştir. Anayasa'nın genel esaslar çerçevesindeki bu hükümleri, Anayasa'nın 11'inci maddesi bağlamında yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlamaktadır. Buna göre, insan hak ve hürriyetlerine saygılı sosyal hukuk devletinin, devletin tüm organları ile birlikte diğer kuruluş ve kişiler nezdinde de gerçekleştirilmesi, doğrudan Anayasal düzenlemelerle belirtilmiştir.

Anayasal temellerine işaret ettiğimiz hukuk devleti ilkesi; devletin bizatihi kendisi de dâhil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel kişi veya kuruluşlar nezdinde hukukun üstünlüğünün esas alındığı ve kanun önünde eşit bir şekilde temel hak ve hürriyetlerinin tanındığı, gerçekleştirildiği ve korunduğu bir toplumsal düzeni amaçlar<sup>53</sup>. Özellikle hukuk devletinin maddi anlamı bağlamında ifade edilen bu amaç doğrultusunda insan hakları ile temel hak ve ilkelere saygı duyulan ve bu hak ve ilkelerin gerçekleştirildiği bir toplumsal düzen öngörülür. Bu minvalde hukuk devleti ilkesinin özünde, devletin tüm organlarıyla birlikte demokratik bir anayasaya bağlı kalmasına ilişkin temel ilke ve kurallarla birlikte bu uygunluğun kontrol edildiği bağımsız bir yargı denetimi ve bu denetim çerçevesinde hukukun genel bir ilkesi olarak âdil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi gibi birtakım olmazsa olmaz unsurlar bulunur<sup>54</sup>. Zira salt şekli anlamda hukuk devletinin kabul edilmesi, tek başına insan hakları ile temel hak ve ilkelere saygı duyulan ve bu hak ve ilkeleri gerçekleştiren bir toplumsal düzeni sağlayamaz<sup>55</sup>.

Hukuk devletinin ifade edilen maddi anlamı çerçevesindeki önemi, bilhassa icra ve iflâs hukuku alanında ortaya çıkar. Zira icra ve iflâs hukuku, bireylerin özel hukuk ilişkilerinde ortaya çıkan hak uyuşmazlıklarının gerek mahkemeler nezdinde yapılan yargılama sonrasında gerekse de doğrudan cebrî icra organları nezdinde giderilmesine ilişkin kurallar bütünü olarak,

---

<sup>53</sup> Hukuk devleti ilkesi ve gerekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin, 2018), 82-88.

<sup>54</sup> Gözler, *Türk Anayasa*, 83-84; Özekes, *İlkeler*, 121.

<sup>55</sup> Aksi takdirde, salt şekli anlamda hukuk devletinin benimsenmesi, yalnızca hukukî düzenlemelerin hukukî güvenliği sağlayacak şekilde belirli olmasını, keyfiliğe dayanmamasını ifade eder. Bu ise iktidarın ve aynı zamanda devlet ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, hukukun üstünlüğüne dayanan meşruiyetinden ziyade kanunun üstünlüğüne dayanan bir meşruiyete zemin hazırlar. Bu durumda ise kanuna uygun diktatörlüklerin meşruiyeti hukuk devleti ilkesiyle açıklanabilir ki bunun kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesi bakımından kanuna uygunluk tek başına yeterli değildir. Özekes, *İlkeler*, 120 vd. Sonuç itibarıyla hukuk devleti ilkesinin, insan hak ve hürriyetleri ile temel ilkelere saygılı devlet ile bu hak ve ilkelerin korunduğu bir toplumsal düzenin sağlanmasına ilişkin maddi anlamıyla birlikte ele alınması elzemdir.

devletin cebrî icra organları vasıtasıyla bireylerin doğrudan temel hak ve hürriyetlerine yönelik yaptırımlar içermektedir. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunun düzenlenmesinde hukuk devleti ilkesi çerçevesinde özellikle hukukî güvenlik ve âdil yargılanma kavramları önemle değerlendirilmeli, düzenlenmelidir<sup>56</sup>. Bu çerçevede, örneğin takip yollarının kanun ve yönetmelik gibi düzenlemelerle şekli olarak düzenlenmesi suretiyle sınırlı, belirli ve öngörülebilir olması hukukî güvenlik ilkesinin yansımasıdır. Cebrî icra sürecinde tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyabilmeleri için tebligat yoluyla bilgi sahibi olma, itiraz ve şikâyet yollarıyla açıklama ve ispat ve takip sonucunda oluşacak sonuca kendi lehine etki edebilme imkânları ise âdil yargılanma hakkının somut görünümüdür. Hukuk devletinin, maddi anlamda gerçekleştirilmemesi hâlinde, devletin üstlenmiş olduğu adalet hizmetleri ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların giderilerek toplumsal hukuk barışının sağlanması bir kenara dursun, doğrudan icra ve iflâs hukuku kural ve müesseseleri ile bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmesi sonucunda yeni mağduriyetler ve zararlar ortaya çıkma tehlikesi gündeme gelir<sup>57</sup>. Dolayısıyla kapsam ve sınırları belli olmayan, bu anlamda tarafların ve ilgililerin menfaatlerini koruyabilmek bakımından gerekli imkânların öngörülmediği veya yeterince tanınmadığı icra ve iflâs hukuku müesseseleri, bireyler tarafından uyuşmazlığın diğer tarafının aleyhine olarak haksız şekilde kullanılabilir. Sonuç olarak icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin takibin tarafları veya ilgili üçüncü kişilerce haksız bir şekilde kötüye kullanılmalarına imkân tanımayacak bir icra ve iflâs hukuku sisteminin oluşturulması, mutlak surette hukuk devleti ilkesi bağlamında hukukî güvenlik ve âdil yargılanma hakkının dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesi, hakların bizzat güç kullanılarak elde edilmesi yasağı ile birlikte değerlendirildiğinde; bağımsız ve âdil bir yargı teşkilâtının oluşturularak etkili bir şekilde hak arama özgürlüğünün tanınması ve geliştirilmesini de zorunlu kılmaktadır. Nitekim hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde açık bir şekilde ve genel olarak; temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından ise Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin ihlâli hâlinde herkesin yetkili makamlara başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu bakımından özel olarak Anayasa'nın 40'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu noktada ise etkin hukukî korunmanın sağlanarak hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda

---

<sup>56</sup> Nitekim hukuk kurallarının bilinmediği veya bilirse de uygulanmadığı, bu yönde bağlayıcı yaptırımların öngörülmediği bir devlette, kimse hukuki güvenlik içinde değildir. Kişilerin her zaman her türlü şeyle karşılaşması an meseledir. Gözler, *Türk Anayasa*, 88.

<sup>57</sup> Ayrıca bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, § 6, V.

uygulanabilmesi, hukukî zorlama olmaksızın mümkün değildir. Dolayısıyla hakların gerçekleştirilmesi açısından hukukî zorlamanın uygulama alanı olan cebrî icra müesseseleri, hak arama özgürlüğünün somut görünümünü teşkil etmektedir.

Bu çerçevede hak arama özgürlüğü, icra ve iflâs hukukunda özellikle önem arz etmektedir. Buna göre cebrî icraya ilişkin düzenlemelerle alacaklıların haksız yere takip yapmaları engellenmeli, borçlular alacaklının insafına bırakılmamalıdır. Borçluya tanınan hukukî imkânlar ile de alacaklının alacak hakkına kavuşmasını haksız yere engelleme veya geciktirmesinin önüne geçilmelidir. Bu hususlar, takip çerçevesinde üçüncü kişileri ilgilendiren durumlarda üçüncü kişiler açısından da dikkate alınmalıdır. Cebrî icra müesseseleri çerçevesinde bu şekilde haksız yere yapılan iş veya işlemler ile doğrudan bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilebileceğinden, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hak arama özgürlüğü anlamında çeşitli imkânların öngörülmesi gerekir. Bu noktada Anayasa'nın 36 ve 40'ıncı maddelerinde soyut bir şekilde ifade edilen hak arama özgürlüğünün somutlaştırılarak, bireylere hukukî korunma talebinde bulunma imkânı tanınmalı; nihayetinde de tanınan imkânlar ile bireylerin menfaat ihlâllerinin giderebilmeleri için etkin ve verimli bir şekilde adalete erişmeleri sağlanmalıdır<sup>58</sup>. Bu noktada cebrî icra hukukuna özgü bir hukukî çare olarak şikâyet, cebrî icra sürecinde icra organı tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemlerin, icra mahkemesince denetlenerek hukuka aykırı olan işlem veya eylemlerin önlenmesini amaçlamaktadır<sup>59</sup>.

### C. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde, “kanun önünde eşitlik” başlığı altında, herkesin herhangi bir sebep dolayısıyla ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin son fıkrasında bütün devlet organlarının her türlü işleminde eşitlik ilkesine uygun hareket etme zorunluluğu belirtilmiştir. Buna göre eşitlik ilkesi çerçevesinde ayrımcılık ve keyfilik yasaklanmış olup, devlete eşitliği sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki ayrımcılık yasağı, keyfilikle birlikte değerlendirilmelidir. Bir başka ifadeyle keyfilğe dayanmadığı sürece, ayrımcılık bazı hâllerde mümkündür. Özellikle sosyal ve fiilî birtakım engeller nedeniyle eşitsizliğin ortaya çıktığı

<sup>58</sup> Özkes, *İlkeler*, 124 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 15.

<sup>59</sup> Bu çerçevede şikâyet, cebrî icra müdahalelerinin hukuka aykırı olduğunun iddia edilmesine ilişkin olarak adalete erişim hakkı ve hak arama özgürlüğünün somut bir örneğidir. Şikâyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, *İcra İflâs Hukukunda Şikâyet* (İstanbul: Vedat, 2. B., 2017), 12 vd.

hâllerde, pozitif ayrımcılık yapılması kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık, pozitif ayrımcılık hâli dışında, haklı gerekçelere dayanmaksızın bireyler arasında belli kesimlere ayrımcılık yapılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Eşitlik ilkesi bağlamında devletin eşitliği sağlama yükümlüğü, yasama, yürütme ve yargı hizmetlerinin tümünde geçerlidir<sup>61</sup>. Bu bağlamda yargı fonksiyonu içerisinde yer alan hizmetlerin düzenlendiği bir hukuk dalı olarak icra ve iflâs hukukunda da, herkes için eşit bir şekilde uygulama oluşturulması zorunludur.

Buna göre ilk olarak icra ve iflâs hukuku mevzuatının oluşturulması bakımından yasama organının eşitliği sağlama yükümlüğü, cebrî icranın temel haklara müdahale yetkisini içermesi de dikkate alındığında oldukça önem arz etmektedir<sup>62</sup>. İcra ve iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerde, âdil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde, icra ve iflâs hukukunun usûl hukuku karakterinin vazgeçilmez bir unsuru olarak silahların eşitliğinin sağlanması gerekir<sup>63</sup>. Bir başka ifadeyle icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerine ilişkin mevzuatın oluşturulmasında, silahların eşitliği ilkesine uygun hareket edilmeli; taraflar ve ilgililer açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir<sup>64</sup>. Bu anlamda basit bir örnek olarak, genel haciz yoluyla takip bakımından nasıl

---

<sup>60</sup> Esasında pozitif ayrımcılık, devletin, Anayasa'nın 5'inci maddesi çerçevesinde sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlandırılan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığını gelişmesi için gerekli şartları sağlamaya çalışmak görevinin somut görünümüdür. Zira pozitif ayrımcılık, bir anlamda devletin işaret edilen amacı gerçekleştirmeye yönelik sosyal hayata müdahalesidir.

<sup>61</sup> Gözler, *Türk Anayasa*, 98.

<sup>62</sup> Konuya ilişkin olarak eşitlik ilkesine aykırı ve oldukça sakıncalı sonuçlar doğurabilecek bir düzenleme TMSF için söz konusudur. Öyle ki TMSF, alacağa ilişkin hem karar alma hem de tahsil etme yetkisiyle donatılmış, hatta yargı organlarının karar vermeleri bile önceden engellenmiştir. Bireyler açısından âdil yargılanma, hukukî dinlenilme ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilecek bu olağanüstü yetkilerin, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kabul edilecek bir yönü bulunmamaktadır. Özkes, *İlkeler*, 192-193.

<sup>63</sup> Bu noktada öğretide özellikle işçinin korunması ilkesi gibi yargılama hukukunda ve yargılama hukukunun uzantısı olarak icra ve iflâs hukukunda da borçlu lehine yorum ilkesinin mevcudiyeti tartışılmıştır. Ancak yargılama hukukunda, âdil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı çerçevesinde silahların eşitliğinin mutlak anlamda geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, medenî usûl hukukunda veya icra ve iflâs hukukunda borçlu lehine yorum ilkesi gibi bir anlayışın kabul edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde düzenlemelerin doğrudan alacaklı menfaatine yönelik yapılmasından da kaçınılmalıdır. Bu noktadaki dengeye ilişkin ince çizgi, ölçülülük ve menfaat dengesi esasları çerçevesinde belirlenmeli ve neticede usûl hukuku düzenlemelerinde silahların eşitliği sağlanmalıdır. Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin, 2016), 42; Özkes, *İlkeler*, 191.

<sup>64</sup> Nitekim icra ve iflâs hukuku mevzuatında yer alan kredi kuruluşlarına yönelik imtiyazlı düzenlemeler öğretide eleştirilmektedir. Örneğin İİK m. 150'ü hükmü bağlamında kredi kuruluşu, hesap kesimine veya hesap özetine ilişkin borçluya gönderdiği ihtarı noter tasdikli örneğini icra dairesine ibraz etmek suretiyle, ortada bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge veya kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren bir ipotek akıt tablosu bulunmasa dahi İİK m. 149 çerçevesinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapabilir. Her ne kadar borçlunun sekiz gün içinde aynı vasıtalarla itiraz ettiğini icra mahkemesine şikâyet hakkı bulursa bile kredi kuruluşlarına yönelik bu düzenleme, açık bir şekilde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 180. Keza kamu alacaklarının takibine ilişkin olarak 6183 Sayılı AATUHK çerçevesinde kamu idaresinin hem alacaklı hem de

ki alacaklının elinde para veya teminat alacağına ilişkin bir belge olması zorunlu değilse, borçlunun da herhangi bir sebep ve/veya belge göstermeden ödeme emrine itiraz ederek takibi durdurma imkânı verilebilir. Şayet borçluya bu durumda takibe itiraz ederek takibi durdurma imkânı tanınmaması, alacaklıları gerçekte hiç mevcut dahi olmayan alacaklar iddia ederek takibe koyarak, borçluların mallarının haksız yere haczedilerek satılması suretiyle borçluların zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkarır. Esasen icra tazminatlarının kabul edilme gerekçelerinden birisi de bu gibi durumlara ilişkin olarak kötü niyetli girişimlerin engellenmesidir<sup>65</sup>.

İkinci olarak, yargı hizmetleri çerçevesinde cebrî icra organları eşitliğin sağlanması bakımından muhatap konumunda bulunmaktadır. Bu anlamda takip çerçevesinde yapılan iş ve işlemlerde, cebrî icra organlarının eşitliği sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Özellikle takdir yetkisinin tanındığı hâllerde takdir yetkisinin, ilgili merci tarafından eşitlik ilkesine aykırı olarak taraflardan birisi veya ilgili üçüncü kişi açısından lehe veya aleyhe sonuçlar doğuracak şekilde kullanılmasından kaçınılması gerekmektedir<sup>66</sup>. Diğer taraftan, takdir yetkisinin öngörülmediği hâllerde cebrî icra organlarına tanınan yetkilerin, eşitliğin sağlanması amacıyla medenî usûl hukukunda kabul edilen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafların bilgilendirilmesine yönelik olarak kullanılmalıdır. Bu anlamda eşitlik ilkesine aykırı olmayacak şekilde, takip çerçevesindeki hak ve yetkilerini bilmeyen bireylere bilgi sahibi olma ve haklarının tam olarak kullanılması imkânının tanınması gerekmektedir. Esasen bu husus, Anayasa'nın özellikle 40'ıncı maddesinde düzenlenen temel hakların korunmasının da bir gereğidir<sup>67</sup>.

Sonuç olarak icra ve iflâs hukukunun gerek yasama faaliyeti çerçevesinde düzenlenmesinde gerekse de yargı faaliyeti çerçevesinde uygulanmasında, eşitlik ilkesine aykırılık, haksız takip ve takip işlemleri ile karşı tarafın aleyhine sonuçların ortaya çıkarılmasına neden olabilir. Örneğin, İİK m. 82 çerçevesinde, borçlunun hâline münasip evinin

---

bizzat takibi gerçekleştiren icra makamı olması, hatta yargı kararı olmaksızın ihtiyati haciz kararı alabilme yetkisi yine icra ve iflâs hukuku mevzuatı açısından eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Özekes, *İlkeler*, 194 vd.

<sup>65</sup> Bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 1, IV. A.

<sup>66</sup> Örneğin haczedilmezlik konusunda takdir yetkisi bulunan icra memuru, bu yetkisini somut bir şekilde kullanmalı; malın haczedilmesinin borçlu açısından ortaya çıkaracağı zarar ile alacaklının alacak hakkına ulaşma konusundaki menfaatini değerlendirerek karar vermelidir. Ancak ne var ki uygulamada bu konuda çoğu zaman takdir yetkisi hiç kullanılmamakta; alacaklının belirlediği/talep ettiği malvarlığı unsurları üzerinden doğrudan haciz işlemi yapılmaktadır. Dolayısıyla icra iflâs organlarının eşitlik ilkesine aykırı davranışları, uygulamada netice itibarıyla haksız işlemler yapılarak zararların doğmasına sebebiyet verebilir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2004/12-202, K. 2004/196, T. 31.03.2004, (Kazancı, E.T. 17.02.2020).

<sup>67</sup> Özekes, *İlkeler*, 202.

haczedilmezliği, yalnızca borçlu ve ailesi için geçimine uygun evin haczedilmezliğini kapsamaktadır. Buna karşılık hâline uygun bir ev alabilmek için birikim yapmış borçluların tüm birikimi haczedilerek elinden alınabilmektedir. Eşitlik ilkesine açık bir şekilde aykırılık teşkil eden bu durum<sup>68</sup>, alacaklının yasal olarak haksız olmasa da hakkaniyete aykırı olarak haksız bir şekilde henüz ev almamış/alamamış borçluların ev almak için birikimlerini haczederek alacağını alabilmesine imkân tanımaktadır. Keza İİK m. 265/2 çerçevesinde ihtiyati haciz kararına üçüncü kişinin itirazı hâlinde, üçüncü kişinin mahkemenin yetkisine itiraz edemeyeceğine ilişkin düzenleme de kanaatimizce eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira yetkinin kesin olmadığı hâllerde ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği dikkate alındığında ve borçlunun ihtiyati haciz yargılamasında veya dinlenmemişse sonradan ihtiyati hacze itiraz etmemesi hâlinde; üçüncü kişinin sonradan yetki itirazında bulunamaması, alacaklı tarafından kötü niyetli olarak kullanılmaya müsaittir. Örneklerde de görüldüğü üzere temel haklara müdahale etme yetkisini bünyesinde barındıran sistemin düzenlenmesinde ve cebrî icra organları tarafından uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık, bireyler tarafından haksız takip ve takip işlemi yapılmak suretiyle karşı tarafın veya üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebep olabilir.

#### **D. Ölçülülük İlkesi**

Oranlılık ilkesi, hukukî temelini hukuk devleti ilkesinden alan ve esasen temel hakların sınırlandırılmasında ifade edilen temel bir ilkedir. Oranlılık ilkesinin değerlendirilmesinde üç nokta ön plana çıkmaktadır. İlk olarak temel hakka yapılan müdahale ile ortaya çıkarılan durumun amaca uygun olup olmadığı bakımından “elverişlilik” mevcut olmalıdır. İkinci esas, temel hakka müdahale edilmesinin şekline ilişkin olarak en uygun olan yöntemin belirlenmesi ve bunun yeterli olmasını ifade eden “gereklilik” esasıdır. Üçüncüsü ise yapılan müdahale sonucunda ortaya çıkan durum ile müdahale amacının karşılıklı ilişkisi bakımından “ölçülülük” esasıdır<sup>69</sup>.

Ölçülülük ilkesi, icra ve iflâs hukukunda, tarafların maddî hukukta öngörülen haklarının gerçekleştirilmesi noktasındaki karşılıklı çatışan menfaatlerinin, cebrî icra müesseseleri çerçevesinde dengelenmesi açısından önem arz eder. Cebri icra, tarafların özel hukuk temelli hukukî ilişkilerini ortadan kaldırmamakla birlikte, devletin cebrî icra organları vasıtasıyla tarafların temel haklarına müdahalede bulunulmasını gerektirir. Zira alacaklının hakkını kendisinin temin etmesinin yasaklanarak hakların devlet eliyle gerçekleştirilmesi

---

<sup>68</sup> Özekes, *İlkeler*, 200.

<sup>69</sup> Gözler, *Türk Anayasa*, 131-134.

öngörüldüğünden, borçlu ve belirli durumlarda üçüncü kişilerin temel haklarına müdahale edilmesi kaçınılmazdır. Bu bakımdan, cebrî müdahalenin, ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi elzem olup, icra ve iflâs hukuku müesseselerinin düzenlenmesi, yorumlanması ve uygulanmasında ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmelidir<sup>70</sup>.

İcra ve iflâs hukukunda ölçülülük ilkesi, bir yandan alacaklının alacak hakkı, mülkiyet hakkı, hak arama hürriyeti gibi temel haklarının, diğer yandan borçlunun kişilik ve malvarlığına ilişkin temel haklarının karşılıklı olarak en uygun düzeyde dengelenmesi olarak ifade edilen “konkordanz ilkesi” ile birlikte değerlendirilmektedir<sup>71</sup>. Zira cebrî icrada, salt devlet tarafından bireylerin temel haklarına müdahale edilmesi gibi iki taraflı bir ilişki değil, taraflar arasındaki özel hukuk temelli ilişki ortadan kaldırılmaksızın yürütülen takip süreci çerçevesinde takibin tarafları ve devletin yer aldığı üçlü bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla, ölçülülük ilkesi, icra ve iflâs hukukunda alacaklının da temel haklarının içinde yer aldığı ve borçlunun temel haklarıyla karşılıklı olarak en uygun şekilde dengelenmesini öngörmek durumundadır. Bir başka ifadeyle konkordanz ilkesi, ölçülülük ilkesini bir adım daha ileriye taşıyarak, çatışan temel haklar üzerinde müdahalenin en uygun düzeyde sonuç doğurmasını sağlar<sup>72</sup>.

Ölçülülük ilkesinin cebrî icradaki işlevi, konkordanz ilkesi ile birlikte, hem takip talebi hem de icra ve iflâs hukuku kurallarının uygulanması ve süreç içerisinde taraflar ve ilgili üçüncü kişilerin temel haklarına müdahale edilmesi çerçevesinde ortaya çıkar.

İlk olarak alacaklının alacak hakkının talep edilmesine sınırlama getirilip getirilememesi bakımından ölçülülük ilkesi önem arz eder. Bir başka ifadeyle, ölçülülük ilkesi gereğince alacaklının alacak hakkının gerçekleştirilmesi bakımından, borçlunun temel haklarına müdahale sonucunu doğurmayacak şekilde çeşitli imkânlar varsa, bunların kullanılması; eğer müdahale edilmeksizin bu mümkün değilse de en az zarar veren yöntemin tercih edilmesi gerekir<sup>73</sup>. Dolayısıyla icra ve iflâs hukuku müesseselerine başvurunun uygun ve gerekli olup olmadığı değerlendirilir. Bu, bir anlamda takip yapabilmek bakımından hukukî yarar şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi olarak da ifade edilebilir.

---

<sup>70</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 18; Özkes, *İlkeler*, 207 vd. Cebrî icra hukukunda oranlılık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Weyland, *Der Verhältnismaßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, (Berlin: Duncker und Humblot, 1987), 26 vd.; Meral Sungurtekin Özkan, “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, *Prof. Dr. Tufan Turhan Yüce'ye Armağan*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001), 177 vd. Keip, 207 vd.

<sup>71</sup> Sungurtekin Özkan, “Oranlılık”, s. 194.

<sup>72</sup> Sungurtekin Özkan, “Oranlılık”, s. 194 vd.

<sup>73</sup> Nitekim bu husus, alacaklı bakımından bir yükümlülük teşkil etmektedir. Weyland, 97 vd.

İkinci olarak ölçülülük ilkesi, icra ve iflâs hukukunda, alacaklının alacak hakkına ulaşması bakımından yapılacak cebrî işlemlerin amaca uygun olup olmadığı noktasında önem arz eder<sup>74</sup>. Bu anlamda örneğin haciz işleminin borçlunun mülkiyet hakkına olan müdahalesi, alacaklının alacak hakkıyla orantılı bir şekilde gerçekleşmelidir. Buna yönelik olarak da hacizde tertip ilkesi kabul edilmiştir. Keza, üçüncü kişilerde bulunan malların haczi bakımından üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılmasında alacaklının rızasının aranmaması<sup>75</sup>, alacaklının alacak hakkının, üçüncü kişinin zilyet olduğu mallara karşı orantısız şekilde korunmaması gerekliliğinden ileri gelmektedir.

Sonuç olarak, icra ve iflâs hukukunda oranlılık ilkesi, tarafların temel haklarına en uygun düzeyde (en az zararlar) müdahale edilmesini ifade eder. Kuşkusuz cebrî icra faaliyeti nedeniyle kişilerin menfaatlerine müdahalede bulunulacaktır. Ancak önemli olan, bu müdahalelerin ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Bu bakımdan, gerek takip yapabilmek gerekse de takip içerisinde cebrî işlemlerde bulunabilme bakımından ölçülü düzenlemeler yapılmalıdır<sup>76</sup>. Cebrî müdahale imkânları ile taraflar arasında orantısız bir temel hak dengelenmesinin yapılması hâlinde, icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin haksız ve kötü niyetli olarak yürütülmesine imkân tanınmış olur. Bu durumda da icra ve iflâs hukukunun maddî hukukta öngörülen hakları gerçekleştirme amacını aşan, icra ve iflâs hukuku araçlarıyla karşı tarafa yeni zararlar verilmesine yol açan bir uygulama ortaya çıkar<sup>77</sup>. Dolayısıyla, icra ve iflâs hukuku kurallarının haksız yere ve kötü niyetli olarak işletilmesi ve bu yüzden ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi, ölçülülük ilkesiyle doğrudan ilişkilidir.

---

<sup>74</sup> Weyland, 68 vd.

<sup>75</sup> İcra ve İflâs Kanunu m. 88/2 çerçevesinde üçüncü kişi elinde haczedilen mallar üzerinde alınabilecek muhafaza tedbirlerine ilişkin olarak 4949 sayılı Kanun ile birlikte alacaklının muvafakatının olması şartı getirilmiştir. Düzenleme, değişiklik sonrası oluşan durumun üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan mallar bakımından mülkiyet karinesi dolayısıyla mülkiyet hakkının, ölçülülük ilkesine aykırı şekilde ihlâline neden olduğundan sert şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nesibe Kurt Konca, “Üçüncü Kişi Elinde Haczedilen ve Üçüncü Kişinin Üzerinde Mülkiyet İddiasında Bulunduğu Taşınır Mallar Üzerinde Alınacak Muhafaza Tedbirlerinin Kapsamı”, *Ankara Barosu Dergisi* 67, 2, (2009): 37 vd.; Oğuz Atalay, “Taşınırın Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınmasına (İİK m. 88, II Üzerine Bir Eleştiri)”, *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi* 1, (2005): 17 vd.; Hakan Pekcanitez, “4949 Sayılı Kanun’la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 49, (2003): 147-148.

<sup>76</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 128.

<sup>77</sup> Nitekim icra ve iflâs hukukunda ölçülülük ilkesi bağlamında dürüstlük kuralına istinaden, alacaklının korunmasının kapsamı daraltılmaktadır. Bu anlamda örneğin amaca uygun olmayan veya zarar vermeye yönelik cebrî icra takipleri, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilerek, ölçülülük ilkesi çerçevesinde alacaklının korunmasını sınırlandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Weyland, 148 vd.



## E. Menfaat Dengesi

İcra ve iflâs hukuku, kişilerin maddî hukuk kuralları gereğince sahip olduğu hakların gerçekleştirilmesini amaçlayan şekli bir hukuk dalı olarak, maddî hukuk kuralları çerçevesinde korunan menfaatlerle doğrudan ilişkilidir. Bu çerçevede icra ve iflâs hukuku kural ve müesseselerinin düzenlenmesi, yorumlanması ve uygulanmasında; bir taraftan şekli hukuk-maddî hukuk ilişkisi açısından, diğer taraftan da takip süreci bağlamında taraflar ve/veya üçüncü kişiler ile devletin cebrî icra organları arasında ortaya çıkan üçlü ilişki açısından menfaat dengesinin gözetilmesi önem arz etmektedir<sup>78</sup>.

İcra ve iflâs hukukunda, alacaklı açısından hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel haklar ile borçlu açısından kişilik ve malvarlığı değerleri arasında, işin niteliği gereği bir çatışma söz konusudur. Bu çatışma, hemen bütün icra ve iflâs hukuku müesseselerinde az veya çok kendisini göstermektedir. Ancak hangi müessese olursa olsun, cebrî müdahale içeren düzenlemelerle, her iki tarafın ve ilgili üçüncü kişilerin temel haklarına aykırı davranılmaması gerekir. Bu anlamda, ne alacaklının alacak hakkına ulaşması bakımından borçlu veya üçüncü kişiler tamamen korumasız bırakılmalı, ne de borçlu veya üçüncü kişileri, alacaklının alacak hakkı karşısında gereğinden fazla koruyarak<sup>79</sup> kötü niyetli davranışlara zemin hazırlanmalıdır. Takibin tarafları ve üçüncü kişiler bakımından, hassas bir menfaat dengesi oluşturulmalıdır<sup>80</sup>.

İcra ve iflâs hukuku bakımından menfaat dengesinin bozulması, varlık sebebi taraflar arasındaki özel hukuk ilişkisine dayanan menfaatlerin dengelenmesi<sup>81</sup> olan icra ve iflâs hukuku dolayısıyla, bizzat taraflar veya üçüncü kişiler bakımından zararların doğmasına sebep olur. Dolayısıyla, icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseselerin, menfaat dengesini bozacak şekilde kötü niyetli ve haksız olarak işletilmesinin önüne geçilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu anlamda icra ve iflâs suçları, bir yandan caydırıcılık etkisiyle menfaat dengesinin korunmasına bir yandan da ceza yaptırımları suretiyle menfaat dengesinin bozulması üzerine başvurulabilecek bir yol olarak menfaat dengesinin sağlanmasına hizmet etmektedir<sup>82</sup>. Keza Kanun'da pek çok müessese bakımından öngörülen icra tazminatları da, kötü niyetle mücadele amacı çerçevesinde dolaylı olarak menfaat dengesinin korunmasında etkilidir. Netice itibariyle haksız şekilde ve kötü niyetli olarak yapılan işlemler ile menfaat dengesinin bir tarafın aleyhine

---

<sup>78</sup> Özkes, *İlkeler*, 35.

<sup>79</sup> Belgesay, "Mütalaa", 34.

<sup>80</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 11-13; Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 12-14.

<sup>81</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 42-43.

<sup>82</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 371 vd.

bozulması engellenmeli, bu şekilde menfaat dengesinin bozulması hâlinde ise ihlâl edilen menfaat nedeniyle ortaya çıkan zararlar giderilmelidir.

#### **IV. Haksız Takip ve Haksız Takip İşleminin Yaptırımını Olarak İcra Tazminatı?**

##### **A. Genel Olarak**

İcra ve iflâs hukuku, bireylerin maddî hukuk kuralları çerçevesinde sahip oldukları hakların; kimi zaman medenî usûl hukuku kuralları çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda dolayısıyla, kimi zaman da icra ve iflâs hukuku kuralları çerçevesinde doğrudan, gerçekleştirilmesine ilişkin takip usûl ve esaslarını düzenler. Bu yönüyle icra ve iflâs hukuku, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahip olduğu şeklinde düzenlenen hak arama hürriyetinin doğrudan somutlaştığı bir mecradır<sup>83</sup>.

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti, düzenlemeden de anlaşılacağı üzere meşru vasıta ve yollar ile sınırlandırılmıştır. Bir başka ifadeyle kişiler, ancak meşru vasıta ve yollarla haklarını arayabilirler; meşru olmayan vasıta ve yollarla ileri sürülen taleplerin hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu noktada, meşru olmayan vasıta ve yolların belirlenmesi açısından, ilk olarak temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasına ilişkin Anayasa'nın 14'üncü maddesi önem arz etmektedir<sup>84</sup>. Buna göre bir temel hak ve özgürlük olarak hak arama hürriyeti de kötüye kullanılamaz. Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasına ilişkin Anayasa'nın 14'üncü maddesinin yanı sıra 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 2'de ifade edilen dürüstlük kuralı da dikkate alınmalıdır. Zira dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, temel bir hukuk ilkesi olarak hukukun her alanında geçerlidir<sup>85</sup>. Bu doğrultuda, icra ve iflâs hukuku kuralları içerisinde, hak arama hürriyetinin somut görünümü olarak öngörülen hak ve yetkilerin kötüye

<sup>83</sup> Ejder Yılmaz, "İcra Tazminatı", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 2 (Ankara: Yetkin, 2009), 678. Hükümde yer alan "yargı mercii" ifadesi, geniş anlamda kullanılmakta, dolayısıyla adalet teşkilâtına dâhil olan icra ve iflâs dairelerini de kapsamaktadır. Zira icra ve iflâs daireleri, bireylerin haklarını aramak amacıyla başvurdukları ve adli nitelikte görev ifa eden yetkili makamlardır.

<sup>84</sup> Esasen Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasına ilişkin 14'üncü maddesi, içerik itibarıyla Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, insan haklarına dayalı demokratik ve laik cumhuriyet niteliğine, Anayasa'da belirtilen temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasa'da öngörülenden daha geniş şekilde sınırlandırılmamasına yöneliktir. Bu bakımdan Anayasa'nın 14'üncü maddesinin, icra ve iflâs hukuku kurallarının hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi açısından bir sınırlandırma konusunu oluşturmadığı düşünülebilir. Ancak Anayasa'da yer alan hükümlerin ve bu arada temel bir hak ve özgürlük olarak hak arama hürriyetinin kötüye kullanılması hâlinde kanunlarla yaptırımlar düzenlenebilir.

<sup>85</sup> Bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 2, I, B, 1.

kullanılmasını önlemek amacıyla borçlu, alacaklı ve bazı hâllerde de üçüncü kişilere ilişkin olarak birtakım tazminatlar öngörülmüştür<sup>86</sup>.

## **B. İcra Tazminatının Hukukî Niteliği**

Kötü niyetle mücadele amacıyla Türk icra ve iflâs hukukuna özgü bir müessese olarak kabul edilen icra tazminatlarının hukukî niteliği, hüküm ve sonuçlarının doğru bir şekilde tespit edilerek uygulamaya yön vermesi bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda öğretilerde icra tazminatlarının hukukî niteliğine ilişkin olarak pek çok görüş belirtilmiştir. Hâl böyle olmakla birlikte, tezimizin konusu haksız takip ve haksız takip işleminden doğan tazminat sorumluluğu olarak esas itibarıyla Türk icra ve iflâs hukukunda icra tazminatlarının doğurabileceği sorunlara ve icra tazminatı olarak herhangi bir yaptırımın öngörülmeyeceği problemleri noktalara ilişkindir<sup>87</sup>. Dolayısıyla icra tazminatlarının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretilerde ifade edilen görüşler bakımından detaylı bir incelemeden ziyade, genel olarak bir değerlendirme yapılması, konunun kapsamı bakımından daha uygun görülmüştür.

İcra tazminatlarının hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretilerde ileri sürülen görüşlerden ilki, icra tazminatlarının tipik birer borçlar hukuku tazminatı olduğu yönündedir<sup>88</sup>. Bu görüş doğrultusunda icra tazminatları, uğranılan zararların tazminine yöneliktir. Dolayısıyla zararın olmaması hâlinde tazminata hükmedilemez. Bu görüş Kanun'da icra tazminatlarının şartları arasında zarardan bahsedilmemiş olması nedeniyle gerek öğretilerde gerekse de uygulamada kabul edilmemiştir. Diğer taraftan icra tazminatlarında, aşağıda, bir alt başlıkta da ifade edileceği üzere, kural olarak “yüzde yirmiden az olmamak üzere” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır ve tazminata esas olan miktarın likit olması kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Hâlbuki borçlar hukuku açısından tazminatın belirlenmesi, hâkim tarafından zarar dikkate alınarak yapılır ve alacağın likit olup olmaması önem taşımamaktadır<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Hemen belirtmek gerekir ki belirtilen tazminatlara ilişkin düzenlemeler, Türk icra ve iflâs hukukuna özgüdür. Zira icra ve iflâs hukuku kurallarının gerek borçlu, gerek alacaklı ve gerekse de üçüncü kişiler tarafından kötü niyetli kullanılmasının önüne geçmek amacıyla kabul edilmiş bu tazminatlar; 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun mehzazı olan İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almamaktadır. Öğretilerde bu farklılığın, Türkiye'nin sosyal, ekonomik ve kültürel özellikleri sebebiyle kabul edildiği ifade edilmektedir. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 138 vd.

<sup>87</sup> Bkz. aşa. Birinci Bölüm, § 1, IV, D.

<sup>88</sup> Belgesay, *Şerh*, 137.

<sup>89</sup> İcra tazminatları bağlamında alacağın likit olmasıyla kastedilen, tazminata esas teşkil etmek üzere takibe konu edilen alacağın, herhangi bir mahkeme kararına veya tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın açık ve belirlenebilir olmasıdır. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 157; Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 700.

<sup>90</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961), 13 vd.; Hıfzı Veldet, “Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat”, *Ebül'ula Mardin'e Armağan*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1944), 747 vd.

İcra tazminatlarının hukukî niteliği bakımından ifade edilen bir diğer görüş, icra tazminatlarını munzam zarar olarak ifade etmektedir<sup>91</sup>. Ancak ne var ki bu görüş de isabetli değildir. Zira munzam zarar, borcun ifasında yaşanan gecikme dolayısıyla alacaklının faiz alacağı ile karşılayamadığı zararları karşılamaya yönelik olup, borçlu kusursuzluğunu ispat ederek munzam zararların tazmininden kaçınabilir<sup>92</sup>. Buna karşılık icra tazminatlarında zararın varlığı, miktarı ve bunun ispatı önemli değildir. Kusur ise yalnızca alacaklının kötü niyeti bakımından aranmaktadır. Borçlu veya üçüncü kişi açısından öngörülen tazminatlarda kusur şartı bulunmamaktadır<sup>93</sup>. Keza munzam zararda indirim yapılabilecek hâller söz konusu iken, icra tazminatlarında asgari yüzde yirmilik oran öngörülmüş olup hâkim tarafından daha azına hükmedilmesi mümkün değildir<sup>94</sup>.

İcra tazminatlarının hukukî niteliği, cezai şart ile de karşılaştırılabilir. Bu bağlamda, cezai şart, borçlunun gerçekleştirmek üzere üstlendiği ekonomik değere sahip edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda gerçekleşecek zararların tazminine yönelik olup, bir anlamda teminat fonksiyonunu haizdir<sup>95</sup>. Buna karşılık icra tazminatlarının kaynağı, bir edimin yerine getirilmemesinden ziyade en genel ifadesiyle icra ve iflâs hukuku müesseselerinin kötüye kullanılmasıdır<sup>96</sup>. Ayrıca cezai şart, belli bir miktar para ödenmesi veya para dışı bir edimin gerçekleştirilmesi şeklinde kararlaştırılabilir ve cezai şartın aşırı olması hâlinde hâkim tarafından indirilmesi mümkündür<sup>97</sup>. İcra tazminatları ise yalnızca belirlenen miktarda paranın ödenmesi şeklinde olabilir ve hâkim tarafından Kanun'da öngörülen asgari orandan daha az bir orana hükmedilemez<sup>98</sup>.

İcra tazminatının hukukî niteliği bakımından karşılaştırma yapılabilecek bir diğer kurum da gecikme tazminatıdır. Gecikme tazminatı borçlunun temerrüdünün sonuçlarından birisi olarak, edimi ifada geciken borçlunun, alacaklının gecikme dolayısıyla ortaya çıkan zararlarını karşılamasına ilişkin borçlar hukuku tazminatıdır<sup>99</sup>. Bu anlamda icra tazminatlarından farklı olarak borçlunun kusuruna ve alacaklının zarara uğramasına dayanan

---

<sup>91</sup> Senai Olgaç, *İcra İflâs Birinci Cilt* (Ankara: Olgaç, 1978), 501.

<sup>92</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (İstanbul: Vedat, 13. B., 2015), 494-496.

<sup>93</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 676 vd.

<sup>94</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 707.

<sup>95</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (İstanbul: Vedat, 12. B., 2016), 529 vd.

<sup>96</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 111-113; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 156-159.

<sup>97</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 547.

<sup>98</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 676 vd.

<sup>99</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 468 vd.

bir maddî hukuk müessesesidir. Dolayısıyla icra tazminatı, gecikme tazminatı niteliğinde değildir.

İcra tazminatlarının hukukî niteliği bakımından, karşılaştırma yapılabilecek bir diğer borçlar hukuku kavramı da temerrüt faizidir. Temerrüt faizi, para borcunun ödenmesinde gerçekleşen gecikmeler dolayısıyla borçlunun, gecikme süresince hesaplanarak alacaklıya ödemesi gereken faizdir<sup>100</sup>. Temerrüt faizi, alacaklının zararından bağımsız olarak, taraflar arasında kararlaştırılan veya kanunen öngörülen oran üzerinden gecikme süresi boyunca hesaplanan götürü bir tazminattır. Bu çerçevede zarardan bağımsız olma ve Kanun'da asgari bir oranın belirlenmesi bakımından temerrüt faizi ile icra tazminatlarının benzer olduğu ifade edilebilir. Ancak icra tazminatlarına, para ve teminat alacaklarına ilişkin ilâmsız takiplerde, Kanun'da öngörülen şartların varlığı hâlinde, süreye ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın karar verilir. Bu bakımdan her ikisinde de zararın varlığı önem taşıyorsa da, miktarı belirlenmesinde, temerrüt faizinde gecikme süresi dikkate alınırken, icra tazminatında bu bağlamda bir değerlendirme yapılmamaktadır.

İcra tazminatlarının karşılaştırılabileceği bir diğer müessese de “cezalandırıcı tazminat” müessesesidir. Esasen Anglosakson hukuk sistemlerinde kabul edilen cezalandırıcı tazminat, zarara uğrayanın zararının giderilerek telafi edilmesinin yanı sıra, zarar görenin adalete olan inancının iyileştirilmesi ve toplumsal özel hukuk düzeninin korunması amacına da hizmet etmek üzere cezalandırma ve caydırma anlayışına dayanmaktadır. Buna göre medeni cezanın telafi, cezalandırma ve caydırma olmak üzere üç işlevi vardır<sup>101</sup>. Cezalandırıcı tazminatta, kişiye atfedilebilecek ağır kusurun varlığı hâlinde, deyim yerindeyse kişiye ders verilmesi ve başkaları tarafından da aynı davranışların gerçekleştirilmesinin önüne geçebilmek amacıyla ibret olması amaçlanmaktadır<sup>102</sup>. Cezalandırıcı tazminatın bu amaç ve işlevinin, icra tazminatları bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten de icra tazminatları cebri icra müesseselerinin kötüye kullanımını engellemek amacıyla öngörülmüştür. Ancak cezalandırıcı tazminat ile icra tazminatları arasındaki temel farklılık, cezalandırıcı tazminat için

<sup>100</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 485-487.

<sup>101</sup> İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Ankara: Yetkin, 2015), 198 vd.; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (Ankara: Yetkin, 2013), 87 vd.; Murat Erdem, *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2010, 194.

<sup>102</sup> Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, *Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan*, C. 3, (İstanbul: Beta, 2011), 2696; Tuba Birinci Uzun, “An Unfamiliar Legal Institution For Turkish Law: Punitive Damages”, *Ankara Law Review* 10, 1 (2013): 24 vd.

ağır kusur ve zarar zorunlu iken<sup>103</sup>, icra tazminatlarında kural olarak kusur aranmadığı gibi zararın varlığı ve miktarı da önemli değildir<sup>104</sup>. Örneğin alacaklının takibinin haksızlığı hâlinde aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun zarara uğramış olması şart değildir. Ayrıca gerçekte uğranılan zarar % 20’den az olsa bile % 20 oranında tazminata, diğer şartların da varlığı hâlinde doğrudan hükmedilmektedir. Buna karşılık zararın % 20’den fazla olması hâlinde ise, kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılığın ayrıca ispatlanması kaydıyla tazminata hükmedilmektedir<sup>105</sup>. Dolayısıyla, icra tazminatlarında, kişiyi cezalandırıcı tazminattan farklı olarak zararın ötesinde bir tazminata mahkûm etme amacı bulunmamakta, Kanun’da öngörülen orandan fazla olan zararlar da haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminata hükmetme anlayışı bulunmaktadır. Aynı fiil bakımından hükümlenilecek tazminatın bir kısmını (% 20’lik kanuni oranı için) cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirmek, buna karşılık fazla olan zararlar ile ilgili kısmını haksız fiil tazminatı olarak nitelendirmek ise çelişkili bir tutum olacaktır. O hâlde, her ne kadar amaç bakımından ortak noktaları haiz olsalar ve bu çerçevede öğretide bazı yazarlarca cezalandırıcı tazminatın Türk hukukuna ilişkin örneği olarak kabul edilseler<sup>106</sup> de, icra tazminatının hukukî niteliğinin, cezalandırıcı tazminat olmadığı kanısındayız<sup>107</sup>.

Sonuç olarak icra tazminatları, Kanun’da öngörülen asgari oran açısından zararın aranmadığı, kural olarak talep üzerine hükmedilen ve bu sayede tarafların ve çeşitli durumlarda ilgili üçüncü kişilerin, haksız olarak işlem yapmalarını engelleyerek ve cebri icra organlarının gereksiz yere meşgul edilmesinin önüne geçerek özel hukuk alanında toplumsal barışın sağlanmasına ve korunmasına hizmet eden, kanaatimizce Türk icra hukukuna özgü bir yaptırımdır.

---

<sup>103</sup> M. Tarık Güleriyüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 141, (2019): 333; Özden Merhacı, 134-146; İstemi, 2696.

<sup>104</sup> Ayşe Kılınç, “İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, 1, (2019): 214-215. Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 676 vd.

<sup>105</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 111-112.

<sup>106</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 157; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz, 347-348; İstemi, 2710. İcra tazminatının cezalandırıcı tazminattan ziyade Amerikan hukukundaki misli cezaya benzediği yönünde Gül, 340.

<sup>107</sup> Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 684. Aynı yönde Kılınç, 215; Erdem, s. 196.

## C. İcra Tazminatı Olarak Öngörülen Tazminatlar

### 1. İcra inkâr tazminatı

İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde icra hukukuna ilişkin takip yolları, alacaklının alacak hakkını dayandırdığı bir ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin varlığına göre ilâmlı-ilâmsız takip olarak düzenlenmiştir. Alacaklının alacak hakkına ilişkin bir ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye dayanarak takip yapması hâlinde, alacağın varlığı, mahkeme kararı ile sabit olduğundan veya mahkeme kararı hükmünde kabul edilen birtakım belgeler ile kuvvetle muhtemel addedildiğinden, borçluya ilâmlı icra takiplerinde itiraz ederek takibe karşı koyma hakkı tanınmamıştır<sup>108</sup>. Buna karşılık ilâmsız takiplerde, alacağın varlığına ilişkin mahkeme kararı veya mahkeme kararı hükmünde kabul edilen belgelerden olmadığından, borçlu, ilâmsız takiplerde takibe itiraz ederek karşı koyabilir. Esasen bu durum, yukarıda da ifade edilen âdil yargılanma-hukukî dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ve menfaatler dengesi gibi temel ilkelerin doğrudan sonuçlarından biridir. Zira borçluya ilâmsız takipler bakımından alacaklının ileri sürdüğü hakkı inkâr ederek karşı koyma imkânının tanınmamış olması hâlinde, dileyen bütün alacaklılar, herhangi bir karara veya belgeye dayanmaksızın diledikleri kişilerden gerçekte mevcut dahi olmayan alacakların tahsil edilmesini sağlayabilir. Bu durumun yaratacağı hakkaniyetten uzak sonuçlar, kişilerin adalet duygusuna olan güven ve inançlarının zedelenmesine sebep olacağı gibi nihayetinde toplumsal hukuk barışını da bozacaktır. Dolayısıyla ilâmsız takiplerde borçluya, ödeme emrine karşı yapacağı itirazla birlikte kural olarak takibi doğrudan durdurma imkânı tanınmıştır.

İlâmsız icrada âdil yargılanma-hukukî dinlenilme hakkı ve menfaat dengesi gibi temel ilkelerden hareketle borçluya tanınmış olan itiraz ederek takibi durdurma imkânı, amacıyla birlikte değerlendirilmelidir. Burada amaç, en kısa ve öz hâliyle kötü niyetli alacaklılara karşı borçlularını koruyabilmektir. Ancak borçlu lehine kabul edilen itiraz ederek takibi durdurma imkânı, öngörülen amacın tam aksine kötü niyetli olarak da işletilme tehlikesini barındırmaktadır. Borçlular tarafından, alacaklıları alacağın tahsili için uğraştırmak veya takibin uzamasını sağlayarak zaman kazanmak gibi amaçlarla kötü niyetle takibe itiraz edilebilir. Dolayısıyla ilâmsız takiplere yönelik itiraz etme imkânının, dürüstlük kuralına aykırı

---

<sup>108</sup> Bununla birlikte ilâmlı icrada teknik olarak “takibe itiraz” çerçevesinde takibe karşı koyma hakkı tanınmamış ise de borçlu, itfa, imhâl ve zamanaşımı sebeplerine dayanarak icra takibinin iptal veya tâlikini isteyebilir. Diğer taraftan yine ilâmlı takiplerde, kural olarak ilâmların icrası için kesinleşme şartı aranmadığından, takibe konu edilen ilâma ilişkin olarak kanun yoluna başvurulmuş veya başvurulacak olması hâlinde, borçluya teminat karşılığında icranın durdurulması veya iadesi imkânları tanınmıştır.

şekilde kötü niyetli olarak kullanılmasının önüne geçmek amacıyla icra inkâr tazminatı kabul edilmiştir<sup>109</sup>.

## 2. Kötü niyet tazminatı

Daha önce de ifade edildiği üzere icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün somut görünümüdür. Nitekim hak arama özgürlüğü çerçevesinde, herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair Anayasa'nın 13'üncü maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler başlıklı ikinci kısmının, kişinin hakları ve ödevleri başlıklı ikinci bölümünde düzenlenen hak arama özgürlüğü, temel bir hürriyet olarak, “meşrû vasıta ve yollardan faydalanma” kısıtıyla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı, hukukun bütün alanlarında uygulanan bir kural olarak, icra ve iflâs hukukunda da hak arama özgürlüğünün Anayasa'nın 13'üncü maddesi çerçevesinde kanunla sınırlandırılmasının somut bir örneğini teşkil etmektedir<sup>110</sup>. Başka bir ifadeyle, icra ve iflâs hukukunda düzenlenen takip yolları ve müesseseler, ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde hak arama özgürlüğünün konusunu oluşturmaktadır; zira dürüstlük kuralına aykırılık, meşruiyeti ortadan kaldıracaktır.

Hâl böyleyken icra ve iflâs hukukunda özellikle ilâmsız icrada alacaklıya tanınan herhangi bir ilâm veya ilâm hükmünde belgeye bağlı olmaksızın takip yapabilme hakkı, dürüstlük kuralı bağlamında büyük önem arz etmektedir. Zira alacaklıya tanınan bu imkân, alacakların tahsilinde yargılama yapılmaksızın kolay ve hızlı bir şekilde sonuca ulaşılabilmesi için kabul edilmiş olmakla birlikte, gerçekte alacaklı dahi olunmayan hâllerde kötü niyetli

---

<sup>109</sup> İcra tazminatlarının Türk hukukuna özgü bir kurum olarak ilk defa pozitif hukukumuzda dâhil edildiği 15 Mart 1928 tarihli ve 1215 sayılı “İcra Kanunu’na Bazı Mevat İlavesi Hakkında Kanun” ile 1330 (Miladi 1914) tarihli “İcra Kanunu Muvakkati”ne eklenen hükümlere ilişkin gerekçede şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Borçlunun işi uzatmak maksadiyle uluorta borcunu inkâr ile meseleyi mahkemeye düşürmesine mümkün mertebe meydan vermemek için... borç mahkeme huzurunda tebeyyün ettiği takdirde mahkemeye borcun faik ve kanunen lazım gelen bilumum masarifinden maada alacaklı lehine münasip bir tazminata da hükmolunması kabul olunmuştur.*” Keza dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt tarafından TBMM görüşmeleri sırasında ifade edilen “... *Borçlu inkâr ederse icra dairesinin salahiyeti o andan itibaren durur ve mahkemeye gider. Yalnız mahkemede münkirin haksız olduğu sabit olursa hakkı inkârından dolayı yüzden ondan aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm olur. Bu da gayet muhiktir ve memleketin yalnız hukukiyatı üzerinde değil, ahlâkiyatı üzerinde terbiyevî bir tesiri vardır. İnsanın borcunu inkâr etmemesi lâzım gelir...*”, Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 682.

<sup>110</sup> Özkes, *İlkeler*, 88.



olarak takip başlatılması tehlikesini de içermektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla ilâmsız takipler bakımından borçluların, kötü niyetli alacaklılara karşı korunması gerektiği anlayışından hareketle, takip yolları dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmıştır.

Alacaklının herhangi bir belgeye dayanmaksızın para ve teminat alacakları için ilâmsız takip yapabilme hakkına karşılık, borçluya da ilâmsız takibe ilişkin gönderilen ödeme emrine, herhangi bir gerekçe göstermeksizin basit bir itirazda bulunarak takibi kendiliğinden durdurma imkânı tanınmıştır. Borçlu bakımından yukarıda ifade edilen takibe karşı koyma hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla icra inkâr tazminatının kabul edilmesindeki düşünce, alacaklının takip hakkını kötüye kullanmasının engellenmesi bakımından da benimsenmiş ve bu amaçla kötü niyet tazminatı kabul edilmiştir<sup>112</sup>. Buna göre alacaklının, ilâmsız takibinde kötü niyetli olması hâlinde, diğer şartların da varlığıyla birlikte aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilebilecektir. Böylelikle ilâmsız takiplerde takibin taraflarının kötü niyetli girişimlerde bulunmasını önlemek için, hak ve yetkiler açısından denge yaratılmıştır<sup>113</sup>.

### 3. Haksız çıkma tazminatı

Kanun koyucu, takibin tarafları dışında üçüncü kişilerin de ilgili olduğu durumlarda kötü niyetli girişimleri engellemek amacıyla, bazı hâllerde üçüncü kişiler aleyhine de tazminat hükümleri öngörmüştür. Zira bu hâllerde üçüncü kişi, esas itibariyle takibin tarafı olmamasına rağmen, cebrî müdahalenin yöneldiği kişi olarak kendisini de doğrudan etkilenmektedir. Dolayısıyla kendisine, menfaatlerini koruyabilmesi amacıyla hukukî dinlenilme hakkı tanınmak durumundadır. Üçüncü kişinin bu çerçevede ileri sürebileceği iddialarında/açtığı davalarda haksız çıkması hâlinde, alacaklının alacağının gecikmesine yol açılmış olması şartıyla, aleyhine tazminata hükmolunacağı düzenlenmiştir. Haksız çıkma tazminatı olarak ifade edilen bu tazminatlar bakımından üçüncü kişinin iddialarında haksız olması yeterli olup, alacaklının talep etmiş olmasına gerek yoktur<sup>114</sup>.

Bu yönde İİK m. 89/3 çerçevesinde, üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine cevap vermeyerek, daha sonra süresinde menfi tespit davası açması hâlinde, davayı kaybetmesi

---

<sup>111</sup> Oğuz Atalay, “İlâmsız İcra Yargısız İnfaz Olur Mu?”, *Hukukî Perspektifler Dergisi* 1, (2004): 69. Yazar, bu makalesinde, ilâmsız icra sürecinin kötü niyetli kullanımını günlük hayattan verdiği örnekle trajikomik bir şekilde ifade etmektedir.

<sup>112</sup> Bununla birlikte kanun koyucu, kötü niyet tazminatına hükmedilmesinin şartları bakımından, alacaklının kötü niyetinin borçlu tarafından ispat edilmiş olması şartını aramıştır. Esasen bu durum, taraflar arasındaki menfaat dengesine ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159.

<sup>113</sup> Özkes, *İlkeler*, 89; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 12-13.

<sup>114</sup> Kılınç, 220 vd.; Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 737-740.

üzerine tazminat ödemesi öngörülmüştür. Böylece üçüncü kişinin, alacaklının alacağını elde etmesini geciktirmesinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>115</sup>. Üçüncü kişi aleyhine tazminatın düzenlendiği bir diğer hâl de istihkak davaları bakımındandır. Üçüncü kişi, istihkak iddiasına itiraz edilmesi üzerine istihkak davası açar ve fakat açtığı davayı kaybederse İİK m. 97/13 uyarınca tazminata mahkûm edilir. Ancak bunun için istihkak konusu mallar bakımından takibin ertelenmiş, bir başka ifadeyle alacaklının alacağına kavuşması gecikmiş olmalıdır<sup>116</sup>.

#### **D. İcra Tazminatlarının Konunun Sınırları Bakımından Değerlendirilmesi**

Görüldüğü üzere Kanun'da ilâmsız icra bağlamında pek çok hâlde, kötü niyetle mücadele amacıyla icra tazminatları düzenlenmiştir. Ancak bu tazminatlar arasında bir insicam olduğu söylenemez. Zira bazı hâllerde talep veya kötü niyet şartının gerekli olup olmadığı arasında fark yaratılmış, bazı hâllerde ise tazminatların oranı farklı öngörülmüştür.

Bununla birlikte icra tazminatları bakımından 6352 sayılı Kanun ile birlikte eklenen İİK m. 67/son ile genel bir hüküm olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen icra inkâr, kötü niyet ve benzeri tazminat taleplerinde takip talebindeki veya davadaki talebin esas alınacağı düzenlenmiştir. Anılan kanunun hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere, öngörülen tazminatın tespit ve tertibinde takip veya dava talebindeki alacağın niteliğinden hareketle farklı bir çözüme varılamaz. Bu bakımdan, söz konusu tazminata hükmedilebilmesi anlamında Kanun'da öngörülen sebebin (örneğin İİK m. 67/2'de düzenlenen itirazın iptal edilmesinin, İİK m. 68/7'de öngörülen itirazın kaldırılmasının veya İİK m. 97/13'te düzenlenen istihkak davasında davanın reddedilmesinin) gerçekleşmesi yeterlidir. Dolayısıyla, şartların gerçekleşmesi hâlinde, öngörülen oran üzerinden tazminata hükmedilmesi kanun gereği zorunludur. Bunun üzerindeki zararlara ilişkin olarak ise tazminata engel bir düzenleme bulunmamaktadır, ancak aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, zarar gören tarafından iddia ve ispat edilerek hükmolunabileceği kabul edilmektedir. Kanun'da öngörülen oranın altında kalan zararlarda herhangi bir inceleme/değerlendirme yapılmaksızın tazminata hükmedilebilecekken; aynı dürüstlük kuralına aykırı/kötü niyetli işlem nedeniyle gerçekleşmiş olmasına rağmen, anılan orandan fazla kısmın talep ve ispat şartına bağlı tutulması, hem maddi hukuk hem de usul hukuku problemlerine yol açabilecektir<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 737; Kılınç, 215; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 241; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 178; Kuru, *El Kitabı*, 478.

<sup>116</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 740; Kuru, *El Kitabı*, 566-567; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 272; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 196.

<sup>117</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Üçüncü Bölüm, § 6, II.

Diğer taraftan, icra tazminatları Kanun'da yalnızca bazı hâllerde açıkça düzenlenmiştir. Oysa Kanun'da icra tazminatına dair düzenleme bulunmayan pek çok müessese bakımından da dürüstlük kuralına aykırı, kötü niyetli girişim söz konusu olabilmektedir. Bu durum hem ilâmsız icra takipleri ve bu çerçevede öngörülmüş diğer birtakım müesseseler bakımından hem de ilâmsız icra dışındaki takip yolları ve diğer bazı özel müesseseler bakımından geçerlidir. Örneğin haciz ihbarnamesine itiraz etmeyerek menfi tespit davası açmak durumunda kalan üçüncü kişinin bu davayı kaybetmesi hâlinde veya üçüncü kişinin İİK m. 89/4 hükmü çerçevesinde gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu alacaklı tarafından icra mahkemesinde ileri sürülerek kazanılması hâlinde üçüncü kişi tazminata mahkûm edilmektedir. Ancak bu süreçlerin üçüncü kişinin lehine sonuçlanması hâlinde alacaklının tazminata mahkûm edilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Hatta bu noktada, üçüncü kişinin borçlu ve kötü niyetli alacaklıya karşı ödediği paranın veya teslim ettiği malın geri alınmasını sağlama imkânına ilişkin İİK m.89/5 hükmünde de uğradığı zararların tazminine yönelik bir düzenleme yoktur<sup>118</sup>. Keza üçüncü kişinin elinde haczedilmiş mallar bakımından istihkak davasına ilişkin İİK m. 99 uyarınca da icra tazminatı düzenlenmemiştir. İlâmsız icra dışındaki diğer takip yollarında da icra tazminatı öngörülmemiştir. Gerçekten de ilâmlı icra ve iflâs yollarında icra tazminatı düzenlenmemiştir. İlâmlı icra bakımından örneğin icranın iadesi müessesesi ile ilgili olarak; hüküm Yargıtay tarafından lehine olarak bozulan ve bu şekilde kesinleşen karar üzerine icranın iadesini isteyen borçlunun, bu sırada gerek gecikmeden gerekse de hükmolunanın alacaklı tarafından kullanılmış veya başkasına devredilmiş olmasından kaynaklanan zararlarının tazminine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanun'da kendine özgü bir hukukî çare olarak cebrî icra sürecinin tamamı için geçerli olan şikâyet kurumunda da icra tazminatı öngörülmemiştir. İcra takibinin iptali ve talikinde de herhangi bir tazminat düzenlemesi mevcut değildir.

Sonuç olarak icra ve iflâs hukukunda kötü niyetle mücadele etmek amacıyla kabul edilen icra tazminatlarının önemi yadsınamaz. Ancak, icra tazminatlarında bir insicamın olmaması, kapsam itibariyle tazminat taleplerinin incelenme ve değerlendirilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek maddi ve usul hukuku problemleri, pek çok hâl ve cebrî icra müessesesi bakımından herhangi bir düzenlemenin mevcut olmaması, konunun icra tazminatlarıyla sınırlı olmaksızın, daha geniş bir bakış açısıyla incelenmesi ihtiyacını doğurmaktadır<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, I, B, 1, a, gg.

<sup>119</sup> Esasen yukarıda da değinildiği üzere bizi bu konuyu yazmaya sevk eden temel hareket noktası da bu ihtiyaçtır. Zira dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması, cebrî icra hukukuna ilişkin hemen her hâl ve

## § 2. İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

### I. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı

#### A. Genel Olarak

Hukukun genel bir ilkesi olarak dürüstlük kuralı ve onu tamamlayan hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukun her alanında geçerliliği bulunan ve yargısal uygulamalarda da sıkça uygulanan genel ilke niteliğinde kurallardır. Bu bakımdan medenî usûl hukukunun yanı sıra, bir anlamda onun bir tamamlayıcısı olarak icra ve iflâs hukukunda da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır<sup>120</sup>. Ancak özellikle Anayasa'nın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi çerçevesinde, TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, icra ve iflâs hukuku kuralları açısından özel önem arz etmektedir. Zira hakların devlet eliyle gerçekleştirilmesine yönelik cebrî icra müesseseleri, niteliği gereği temel hak ve özgürlüklere müdahale içermektedir. Bu bağlamda cebrî icra sürecinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak için yapacakları işlemlerde, karşı tarafı haksız olarak zarara uğratma tehlikesi barındırması, icra ve iflâs hukuku kurallarının kötüye kullanılmamasını bir zorunluluk olarak ortaya çıkarmaktadır. Nitekim bu zorunluluk karşısında kanun koyucu, daha önce de ifade edildiği üzere birtakım hak ve yetkilerin takibin tarafları ve ilgili olduğu durumlarda üçüncü kişiler tarafından dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla çeşitli tazminat yükümlülükleri ve hapis cezaları düzenlemiştir. Örneğin icra tazminatları, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma hâlinde borçlunun veya haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı olarak itiraz eden üçüncü kişinin hapisle cezalandırılması gibi hükümler bu yöndedir. Ancak ne var ki icra ve iflâs hukuku kurallarının kötüye kullanılmasına ilişkin olarak bütün durumların önceden öngörülerek bu yönde ayrı ayrı düzenleme yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla kötüye kullanılması söz konusu olan hükümlere ilişkin olarak genel bir çerçevenin çizilmesi ve bu bağlamda tazminat sorumluluğuna ilişkin esasların ortaya konulabilmesi bakımından icra ve

---

kurum bakımından söz konusu olabilir. Dolayısıyla yalnızca icra tazminatları kapsamında değerlendirme yapılması, eksik ve hatalı sonuçlara yol açacaktır.

<sup>120</sup> Heinrich Honsell, *Basler Kommentar ZGB I*, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., 2010), Art. 2, Rn. 54, 75 ff.; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: S Yayınları, 1989), 135; Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 216 vd.; Belgesay, *Şerh*, 17 vd.; Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 11-12; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 132 vd.

iflâs hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının, haksız takip ve haksız takip işlemi kavramlarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

## **B. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı**

Dürüstlük kuralı, TMK başlangıç hükümlerinde “*B. Hukukî İlişkilerin Kapsamı*”, “*I. Dürüst Davranma*” başlığı altında 2’nci maddenin ilk fıkrasında “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>121</sup>. Bu bağlamda dürüstlük kuralı, hakların kullanılmasına ve borçların ifasına kanun tarafından getirilmiş bir sınırdır ve tüm özel hukuk ilişkilerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır (TMK m. 5). Bununla birlikte dürüstlük kuralı, sadece özel hukuk ilişkilerinde değil, kamu hukuku da dâhil olmak üzere hukukun her alanında uygulanması gereken genel bir hukuk ilkesidir<sup>122</sup>. Bu çerçevede dürüstlük kuralının medenî usûl hukuku ve icra iflâs hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>123</sup>.

Hâl böyle olmakla birlikte dürüstlük kuralının uygulama alanları ve her bir uygulama alanındaki işlevleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle dürüstlük kuralının, maddi hukukta uygulanma alanı ve bu alandaki işlevi ile medenî usûl ve icra iflâs hukukundaki uygulanma alanı ve işlevleri farklı olacaktır. Keza dürüstlük kuralının, hukukî niteliği bağlamında, kamu düzeninden kabul edilip edilmeyeceği ve emredici olup olmadığı da öğretilerde tartışmalıdır. Medenî usûl ve icra iflâs hukuku alanında dürüstlük kuralının taraflarca aksinin öngörülüp öngörülemeyeceği veya hâkimler ile icra iflâs hukuku özelinde icra iflâs memurları ve icra iflâs işlerinde görevli diğer organlar tarafından dikkate alınıp alınamayacağı gibi hususlar ayrıca değerlendirilmelidir. Kısacası dürüstlük kuralının uygulanma alanı, işlevi ve hukukî niteliği

---

<sup>121</sup> Maddenin ikinci fıkrasında ise “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmüne yer verilerek hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme tarzı itibariyle öğretilerde hakkın kötüye kullanılmasının, dürüstlük kuralına uyulmamasının yaptırım niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bu yaptırım ise, istenen sonucun hukuken korunmamasıdır. Bu yönüyle hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralından ayrı ve bağımsız değildir ve “bir madalyonun iki yüzü” gibidir. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (İstanbul: Vedat, 22. B., 2016), 263; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku C. 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri*, (İstanbul: Filiz, 7. B., 2012), 225-226. Hakkın kötüye kullanılması, aşağıda icra ve iflâs hukuku bağlamında ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması arasındaki ilişkinin belirtilmesi, icra ve iflâs hukuku çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılığın sonuçlarının ortaya konulması bakımından önem arz etmektedir.

<sup>122</sup> Oğuzman ve Barlas, 265.

<sup>123</sup> Wolfgang Brehm, *Stein/Jonas ZPO, Band 1* (Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2003), 81, Rn. 221; Adolf Baumbach vd. *Beck’sche Kurz-Kommentare: Zivilprozessordnung* (München: C.H. Beck, 48. Aufl., 1990), 15; Folker Bitmann, “Treu und Glauben in der Zwangsvollstreckung”, *Zeitschrift für Zivilprozess* 97, 1, (1984), 39; Walter Zeiss, “Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 16, (1967): 707; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. B., 1997), 303-304; Özekes, *İlkeler*, 87; Pekcantez vd. *İcra ve İflâs*, 28; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 133; Oğuzman ve Barlas, 267.

itibariyle, dürüstlük kuralının ilişkin olduğu somut uyuşmazlığa maddi hukuk yönünden etkileri ile usûl hukuku yönünden etkileri farklı olacaktır<sup>124</sup>. Dolayısıyla dürüstlük kuralını, maddi dürüstlük kuralı ve usûlî dürüstlük kuralı olarak ayrı başlık altında değerlendirmek faydalı olacaktır.

## 1. Maddî dürüstlük kuralı

Roma hukukunda “*Kötülüğe müsamaha edilemez*<sup>125</sup>” olarak benimsenen dürüstlük kuralı, hukukun, yalnızca doğru olanla yetinemeyeceği, hakkın yerine getirilmesinin yanı sıra âdil sonuca ulaşmasının zorunlu olduğu anlayışıyla gelişmiştir. Bu çerçevede hukuk, kurallara uygun olanı değil, bilhassa kurallara uygun olursa bile başkasına haksızlık ve/veya kötülük olmayanı da desteklemektedir<sup>126</sup>. Hukukun, âdil olanı gerçekleştirme noktasında, doğruluk ve güven kurallarının amacı, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi veya diğer ilişkilerde dürüst, namuslu, makul ve eyleminin sonucunu bilebilecek orta zekâlı birinin benzer durumlardaki davranışı gibi davranılmasını sağlamaktır<sup>127</sup>. Bu bakımdan modern hukuk sistemlerinde dürüstlük kuralı, hakların kullanımı ve borçların ifa edilmesinde dürüst davranılmasını ifade eden bir davranış yükümlülüğüdür<sup>128</sup>. Bu anlayış çerçevesinde kabul edilen dürüstlük kuralı, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, toplumda benimsenen genel ahlâk anlayışına, örf ve adet kuralları ile doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili diğer hak sahipleri ile hukukî ilişkinin diğer tarafı nezdindeki güven duygusunun zedelememeyi öngören kural olarak ifade edilebilir<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Brehm, *Stein/Jonas ZPO*, 81, Rn. 223.

<sup>125</sup> “Neque malitiis indulgendum est” Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: Vedat, 2. B., 2006), 1 ve oradaki dn. 1. Dürüstlük kuralının tarihi gelişimi ve roma hukukundaki “*bona fides*” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 135, (2018): 337 vd.

<sup>126</sup> Akyol, 2.

<sup>127</sup> Seyfullah Edis, “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’ya 70. Yaş Armağanı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), 448; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Yetkin, 2014), 262 vd.; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Beta, 10. B., 2013), 163 vd.; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Legal, 3. B., 2017), 392; Schwarz, 188.

<sup>128</sup> Ozan Tok, “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, 1, (2015): 240.

<sup>129</sup> Kudret Aslan ve Leyla Akyol Aslan, “İlâma Bağlı Para Alacağı İçin İlâmsız Takip Yapılması Dürüstlük Kuralı ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 1* (Ankara: Yetkin, 2015), 226; Kemal Oğuzman, “Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı* (Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988), 407; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat, 6. B., 2015), 278 vd.; Arslan, *Dürüstlük*, 23; Edis, “Doğruluk ve Güven”, 459.

Dürüstlük kuralına ilişkin TMK m. 2/1 düzenlemesinin genel ilke niteliği ve hükmün konuluş amacı uyarınca dürüstlük kuralının objektif olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de dürüstlük kuralı, somut hukukî ilişkileri düzenleyen bir hüküm olmayıp, bütün hukuki ilişkilerde dikkate alınması gereken objektif nitelikte kurallardır<sup>130</sup>. Zira ne kadar kazuistik düzenleme yapılmış olursa olsun, somut hukukî ilişkilere ilişkin hükümlerin, önceden öngörülemeyen durumları düzenlemede yetersiz kalmaları her zaman imkân dâhilindedir. Bu noktada dürüstlük kuralı, somut hukuki ilişkilere ilişkin düzenlemeleri tamamlama, dahası o düzenlemelerin önüne geçme özelliklerine sahip temel kurallardır<sup>131</sup>. Bu bağlamda hukukî ilişkilerde dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespitinde, kişilerin subjektif olarak duygu ve düşünceleri değil; toplumda genel olarak aynı hukukî ilişki karşısında makul olarak beklenen davranış dikkate alınır<sup>132</sup>. Netice itibarıyla dürüstlük kuralı, objektif nitelikte olup kişilerin dışında oluşmaktadır.

Dürüstlük kuralının, genel ilke niteliğinde bir kural olarak hâkim tarafından somut hukukî ilişkide kendiliğinden uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre HMK m. 33'te de açıkça düzenlenen hâkimin Türk hukukunu resen uygulaması yönündeki temel yargılama ilkesi çerçevesinde, TMK m. 2/1'de düzenlenen ve bütün hukuk alanlarına yönelik uygulanma kabiliyetini haiz olan dürüstlük kuralının, hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>133</sup>. Zira dürüstlük kuralı, bütün hukuk kurallarında olduğu gibi hâkime, kuralın uygulanmasına yönelik bir görev ve sorumluluk yüklemektedir<sup>134</sup>. Hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak hakkın kullanılması veya borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı hususunu, dürüstlük kuralını dikkate alarak resen değerlendirmek zorunda olduğu ifade edilmektedir<sup>135</sup>.

Bununla birlikte dürüstlük kuralı, genel bir hüküm olarak, somut uyuşmazlıkta uygulanması gereken soyut kanun hükmünün mevcut olmaması hâlinde dikkate alınabilecektir<sup>136</sup>. Bir başka ifadeyle dürüstlük kuralı, hayatta karşılaşılabilecek tüm

<sup>130</sup> Edis, "Doğruluk ve Güven", 449.

<sup>131</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 26.

<sup>132</sup> Edis, "Doğruluk ve Güven", 449; Arslan, *Dürüstlük*, 27; Aslan ve Akyol Aslan, 227.

<sup>133</sup> Dürüstlük kuralının hâkim tarafından resen uygulanabilmesi için, somut olayda uygulanması gündeme gelen hukuk normunun, dürüstlük kuralına açıkça atıf yapmış olması şart değildir. Edis, "Doğruluk ve Güven", 450.

<sup>134</sup> Altaş, 267; Edis, "Doğruluk ve Güven", 450.

<sup>135</sup> Dürüstlük kuralının hâkim tarafından yargılamada resen dikkate alınabilmesinin usûl hukuku bağlamında itiraz niteliğinde olduğu, dolayısıyla, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, yargılama dosyasında mevcut bulunan dürüstlük kuralına aykırılığın, hâkim tarafından resen dikkate alınabileceği yönünde bkz. Altaş, 267.

<sup>136</sup> Leyla Keser, "Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001), 257.

ihmallerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesinin mümkün olmamasından hareketle kabul edilmiştir<sup>137</sup>. Dolayısıyla dürüstlük kuralı, somut olaya uygulanabilecek özel kanun hükmünün bulunmaması hâlinde başvurulabilecek genel nitelikte kurallardır. Zira aksinin kabulü, özel kanun hükümlerinin dürüstlük kuralıyla bertaraf edilerek, genel kuralın özel kurala tercih edilmesi anlamına gelecektir. Bu durum ise tehlikeli ve hukuka aykırıdır; bu tehlikenin ortadan kaldırılması için hâkim tarafından dürüstlük kuralına, özel hükümlerle bağdaştırılabildiği ölçüde başvurulmalıdır<sup>138</sup>.

Dürüstlük kuralının hâkim tarafından somut uyuşmazlığa ilişkin özel kanun hükmü bulunmaması hâlinde uygulanması noktasında, dürüstlük kuralının iki önemli işlevi ortaya çıkmaktadır: İlk olarak dürüstlük kuralı, hukuk kurallarının genel ve soyut olmasından kaynaklı sertliğin esnetilmesini sağlar<sup>139</sup>. Bu anlamda kişilerin haklarını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken hukuk kuralının konuluş amacına aykırı hareket etmesi hâlinde hâkim, ilgili kurala ilişkin hakların kapsamını ve içeriğini dürüstlük kuralına göre belirleyecektir. Zira her hukuk kuralı, konuluş amacına uygun olarak kullanıldığı ölçüde, tanınmış olan hakkı kullanan kişiyi korur. Dürüstlük kuralı bu yönüyle hakların ve borçların içerik ve kapsamının belirlenmesinde rol oynar. Bu etki, kişiler arasındaki hukuki işlemlerin ve sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanmasında, tamamlanmasında, yeniden gözden geçirilmesinde veya değiştirilmesinde kendisini gösterir<sup>140</sup>. İkinci olarak dürüstlük kuralı, yazılı hukuk kurallarının yorumlanması, açıklanması veya tamamlanmasında da rol oynar. Kanun koyucunun her hukukî durumu önceden öngörerek karşılayacak şekilde düzenleme yapması mümkün değildir<sup>141</sup>. Bir başka ifadeyle hayata ilişkin her olayın deyim yerindeyse sonsuz değişik hâli ile ortaya çıkabilmesi karşısında, kişiler tarafından her durumda gösterilmesi

<sup>137</sup> Antalya ve Topuz, 393; Schwarz, 191.

<sup>138</sup> Oğuzman, 408; Edis, *Medeni Hukuk*, 293; Altaş, 269; Akyol, 16-17; Antalya ve Topuz, 393.

<sup>139</sup> Aslan ve Akyol Aslan, 227.

<sup>140</sup> Gerçekten de dürüstlük kuralı, kişiler arasındaki hukukî işlemlerde açıklık bulunmaması veya boşluk bulunması hâllerinde, hâkim tarafından hukukî işlemlerin taraflarının ortak amacının tespit edilerek açıklığın sağlanması veya boşlukların doldurulması bağlamında hukukî işlemlerin yorumlanmasında dikkate alınır. Keza tarafların hukukî işlemleriyle yükümlendikleri edimlerin gerçekleştirilmesinin, objektif olarak tarafların durumunu önceden öngörülemez şekilde ağırlaşması hâlinde kendilerinden beklenememesi hâlinde de hâkim, söz konusu hukukî işlem veya sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesinde dürüstlük kuralından faydalanacaktır. Buna göre dürüstlük kuralı çerçevesinde borç ilişkisinin kısmen değiştirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması gündeme gelebilecektir. Arslan, *Dürüstlük*, 29-30. Dürüstlük kuralının hukukî işlemlerin ve sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi veya değiştirilmesi gibi hususlardaki işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, 26 vd.; Altaş, 269-270; Edis, *Medeni Hukuk*, 308 vd.; Dural ve Sarı, 227 vd.; Serozan, *Medeni Hukuk*, 279 vd.; Yalçın Kavak, *Medeni Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (İstanbul: Legal, 2. B., 2019), s. 270 vd.

<sup>141</sup> Aslan ve Akyol Aslan, 227.



gereken davranışın önceden öngörülerek soyut kurallarla düzenlenebilmesi imkânsızdır<sup>142</sup>. Bu durumda kanun hükümlerindeki eksikliğin, yorum yoluyla açıklanması veya tamamlanmasında dürüstlük kuralı etkili olacaktır. Hâkim, kanun hükümlerindeki eksikliğin yorum yoluyla giderilmesinde ve tamamlanmasında, kamu menfaati ile karşı tarafın yararı ve üçüncü kişilerin haklarını gözetecektir. Bu yararların dengelenmesinde de dürüstlük kuralından yararlanılacaktır<sup>143</sup>.

Maddi dürüstlük kuralının kamu düzeninden olup olmadığı, bu çerçevede dürüstlük kuralının emredici olup olmadığı tartışmalıdır<sup>144</sup>. Bir görüş dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının kamu düzenine ilişkin olmadığını, bu çerçevede emredici nitelik taşımadığından, taraflarca aralarındaki hukukî ilişkiye dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri yönündedir. Bu görüşe göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, sözleşme özgürlüğünün kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin TBK m. 26 ve m. 27 ile özgürlüklerden vazgeçme veya hukuka ve ahlâka aykırı sınırlandırılma yasağına ilişkin TMK m. 23 düzenlemeleri gibi kamu düzenine ilişkin değildir. Keza dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması amacı da bulunmamaktadır<sup>145</sup>. Aksine somut hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması gereken yükümlülükleri tespit etme amacı taşır. Dolayısıyla taraflar, aralarındaki hukuki ilişkilerin yorumlanması veya tamamlanmasında dürüstlük kuralının uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Yeter ki sözleşme özgürlüğünün TBK m. 27 uyarınca ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya TMK m. 23 çerçevesinde özgürlüklerden vazgeçme veya hukuka ve ahlâka aykırı sınırlandırılması niteliğinde olmasın<sup>146</sup>. Buna karşılık diğer bir görüş dürüstlük kuralının kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu çerçevede emredici nitelik taşıdığını; dolayısıyla taraflarca aksinin kararlaştırılmayacağını ifade

<sup>142</sup> Edis, “Doğruluk ve Güven”, 451.

<sup>143</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 30-31. Kanun hükmünün esas anlamının tespit edilmesinde, hükmün lafzı ile özü birlikte değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede ise dürüstlük kuralı dikkate alınacaktır. Bu anlamda dürüstlük kuralı her türlü hukuk kuralının genel sınırını oluşturduğundan, bir kanun hükmünün yorumlanmasında da kanun hükmünün içeriğine dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek anlam atfedilemez. Keza bir hukukî müessesenin kanun koyucunun amacından farklı ve bu amaca aykırı şekilde kullanılması da dürüstlük kuralına uygun değildir. Aslan ve Akyol Aslan, 228.

<sup>144</sup> İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Gazi, 2. B., 2019), 156.

<sup>145</sup> Edis, “Doğruluk ve Güven”, 456; Derya Ateş, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 72, (2007): 84-85; S. 72, 2007, s. 75-93, s. 84-85; Edis, *Medeni Hukuk*, 298-299; Erdoğan ve Keskin, 156.

<sup>146</sup> Edis, “Doğruluk ve Güven”, 456; Edis, *Medeni Hukuk*, 298-299; Oğuzman ve Barlas, 319.

etmektedir<sup>147</sup>. Belirtmek gerekir ki Yargıtay da bu görüşte kararlar vermektedir<sup>148</sup>. Bu görüşe göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, anılan TBK m. 26, m. 27 ve TMK m. 23 hükümleri gibi kamu düzeninden olup, aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Dürüstlük kuralının emredici olmadığını ileri süren görüşte belirtilen istisnaların, esasında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının emredici nitelikte olduğuna yönelik dönüş niteliğinde olduğu ifade edilmektedir<sup>149</sup>.

Bu noktada, dürüstlük kuralının yargılamada itiraz niteliğinde olup olmadığı da tartışmalıdır. Dürüstlük kuralının kamu düzeninden olmadığı ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini savunanlara göre dürüstlük kuralı teknik olarak itiraz niteliğinde değildir. Zira itiraz kapsamında, hakkın doğumuna engel olan veya sona ermesine neden olan vakıalar söz konusudur. Oysa dürüstlük kuralında böyle bir durum söz konusu olmayıp, hakların kullanılması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik sınırlandırma söz konusudur<sup>150</sup>. Dürüstlük kuralının ihlâl edilmesinin görünümü olarak hakkın kötüye kullanılmasına bağlanan yaptırım da, kötüye kullanımla öngörülen amacın hukuken korunmamasından ibarettir. Buna karşılık dürüstlük kuralının emredici nitelikte olduğu ve taraflarca aksinin kararlaştırılamayacağı görüşünde olanlar ise, dürüstlük kuralının itiraz

<sup>147</sup> Akyol, 10; Antalya ve Topuz, 400-401; Kavak, s. 249.

<sup>148</sup> “... Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden ( resen ) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır...” Yargıtay HGK, E. 2010/11-333, K. 2010/406, T. 22.9.2010 sayılı Kararı, (Kazancı, E.T. 17.02.2020). “... Vakıta ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniiyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağına ve dava hakkının doğumunu sağlayan veya bertaraf eden iyi ve kötüniiyetin bu durumda mahkemece resen nazara alınabileceğine...”, Yargıtay İBGK, E. 1949/17, K. 1951/1, T. 14.2.1951 sayılı İBK, (Kazancı, E.T. 17.02.2020). “... dava açma iradesinin iktisabın kötüniiyete dayalı olduğu iddiasını da taşıdığına; kaldı ki öyle olmasa bile buradaki kötüniiyet iddiasının hukuki mahiyeti itibariyle itiraz niteliğinde bulunduğu ve bu nedenle de yargılama sona erinceye kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan her zaman ileri sürülebileceğine...”, Yargıtay İBGK, E. 1990/4, K. 1991/3, T. 8.11.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 K. sayılı İBK, (Kazancı, E.T. 17.02.2020). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, E. 1964/2-953, K. 1964/640, T. 04.11.1964.

<sup>149</sup> Akyol, özellikle sözleşme ile dürüstlük kuralına aykırılığın uygulanmayacağına ilişkin tarafların anlaşmasının, devamlı nitelik taşıması hâlinde TMK m. 23 uyarınca kişilik haklarının ihlâl edilmiş olacağı istisnasını eleştirmektedir. Aynı şekilde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının altında yatan temel düşüncenin ahlâkî boyutundan hareketle, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâlinin aynı zamanda TBK m. 26 ve m. 27 çerçevesinde ahlâka da aykırılık sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Öte yandan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, tarafların yanı sıra üçüncü kişiler bakımından da güven ilişkisinin korunması gerekliliğini, özellikle temel edimsiz borç ilişkilerinde üçüncü kişiler bakımından dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması hükümlerinin uygulanmasından vazgeçilmesinin geçersiz olacağını ifade etmektedir. Akyol, 7-10.

<sup>150</sup> Edis, “Doğruluk ve Güven”, 454; Edis, *Medeni Hukuk*, 297-298.

niteliğinde olduğunu ve yargılamada taraflarca ileri sürülmesine bile hâkim tarafından yargılama dosyasında mevcut olması şartıyla kendiliğinden dikkate alınabileceğini belirtmektedir<sup>151</sup>.

Kanımızca dürüstlük kuralının kamu düzeninden ve emredici olup olmadığı meselesine, dürüstlük kuralının ortaya çıkış amacı ve bu çerçevede şekillenen niteliğinden hareket edilerek yaklaşılmalıdır. Buna göre dürüstlük kuralı, hayatın sonsuz ihtimaline karşı düzenleme yapılmasının imkânsız olması nedeniyle; hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde, hakların kullanımı ve borçların yerine getirilmesinde kişilerin uymaları gereken objektif nitelikte davranış yükümlülüğü öngörmektedir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı, hukuk kurallarının uygulanmasında yol gösterici nitelikte genel bir ilke olup, bu niteliği gereği her duruma özgü somut yaptırım öngörülebilecek bir kural değildir. Bilakis, ilişkin olduğu hukukî uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken, bu anlamda somut yaptırım öngörülen bir düzenlemenin mevcut olmaması hâlinde dikkate alınabilecek ikincil nitelikte bir kuraldır. Bu bağlamda kamu düzeninin korunması amacıyla kabul edilen emredici hukuk kurallarından farklı bir mahiyet arz etmektedir. Zira emredici hukuk kuralları, ihlâlî hâlinde ortaya çıkan sonuçlar bakımından kamu düzeninin korunması gerekçesiyle, doğrudan doğruya önleyici nitelikte yaptırım öngörülen somut düzenlemelerdir. Oysa dürüstlük kuralı, emredici olsun olmasın, somut olaya/hukukî ilişkiye yönelik uygulanabilecek herhangi bir düzenlemenin bulunmaması veya mevcut düzenlemenin yorumlanmasında, tamamlayıcı ve açıklayıcı rol oynayan, bu bakımdan içi boş ve objektif nitelikte bir genel ilkedir. Şu hâlde, dürüstlük kuralının bizatihi kendisinin kamu düzenini koruma amacı olmadığı ve dolayısıyla emredici olmadığı, bu bakımdan taraflarca, kişilik haklarının sınırlandırılması veya kamu düzenine, genel ahlâka aykırı sonuçlar doğurmadığı sürece aksinin kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Zira bu durumlarda, TMK m. 23, TBK m. 26-27 gibi doğrudan doğruya kanun koyucunun emredici olarak düzenlediği hukuk kurallarına aykırılık ortaya çıkacaktır.

Öte yandan dürüstlük kuralının, hâkim tarafından hukukun resen uygulanmasına yönelik (emredici nitelikteki) genel kuraldan (HMK m. 33) hareketle emredici olarak kabul edilemeyeceğini de önemle belirtmek gerekir. Hâkimin, hukuk kurallarını kendiliğinden uygulaması, söz konusu hukuk kurallarının emredici nitelikte olduğunu göstermez. Bir başka ifadeyle, her hukuk kuralı hâkim tarafından kendiliğinden uygulanacak ise de, bu durumdan hareketle uygulanması gereken her hukuk kuralının emredici olduğu sonucuna varılamaz. Bu bakımdan hukuk kurallarının uygulanmasında, ilgili hukuk kurallarının niteliğinin dikkate

---

<sup>151</sup> Akyol, 10-11; Altaş, 267.

alınması gerekir. Dolayısıyla dürüstlük kuralının yargılamada dikkate alınabilmesi, ikincil ve emredici olmayan niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Buna göre maddi dürüstlük kuralının resen uygulanması, ancak somut uyuşmazlıkta uygulanacak bir hükmün bulunmaması ve taraflarca (kamu düzeni ve genel ahlakın korunması gibi amaçlarla emredici olarak kabul edilen düzenlemelere aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla) aksinin kararlaştırılmamış olması hâlinde mümkündür. Aksinin kabulü, yukarıda da belirtildiği üzere, her türlü uyuşmazlığın dürüstlük kuralına dayandırılarak çözülmesine yol açar. Her somut olayın özelliğine göre, dürüstlük kuralına aykırılık özel olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda kişilik haklarına, kamu düzenine veya genel ahlâka aykırılık teşkil eden bir husus mevcut değilse, dürüstlük kuralı ve yaptırımı olarak hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hüküm doğrudan uygulanmadan önce, taraflarca dürüstlük kuralının bertaraf edilmiş olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

## 2. Usûlî dürüstlük kuralı

Maddî dürüstlük kuralı, genel ilke niteliğinde bir maddi hukuk kuralı olarak, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde, hukuka, toplumda benimsenen genel ahlâk anlayışına, örf ve adet kuralları ile doğruluk ilkelerine uygun davranmayı, kullanılan hakla ilgili diğer hak sahipleri ile hukukî ilişkinin diğer tarafı nezdindeki güven duygusunu zedelememeyi amaçlamaktadır. Dürüstlük kuralı, taraflar arasındaki hukukî ilişkiler ve kanun hükümlerinin her somut olay için önceden öngörülmesinin imkânsızlığı nedeniyle kanun hükümlerinin yorumlanması ve tamamlanmasında işlev gösteren, ikincil nitelikte bir kuraldır.

Genel ilke niteliğindeki dürüstlük kuralının, hukukun her alanında uygulanması gerektiği kabul edilmekte ise de, dürüstlük kuralının usûl hukukunda uygulanması, maddi hukukta uygulanmasından farklılık göstermektedir. Usûl hukukunda, tarafların arasındaki ikili maddi hukuk ilişkisinden farklı olarak, uyuşmazlığın yargı mercileri önüne taşınmasıyla yargı mercilerinin de dâhil olduğu üçlü bir usûlî ilişki ortaya çıkar<sup>152</sup>. Bu usûl ilişkisi devam ettiği sürece tarafların birbirleriyle ve yargı mercii ile olan ilişkilerinde dürüst davranmaları ve usûl kurallarının kendilerine sağladığı yetkileri amacına uygun kullanmaları gerekir<sup>153</sup>. Zira usûl hukukunda, taraflar arasındaki hak mücadelesi, karşılıklı olarak her şeyin serbest görüldüğü,

---

<sup>152</sup> Gerhard Lüke, "Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis", *Zeitschrift für Zivilprozess* 108, 4, (1995): 436; Hakan Pekantez, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 9, 33, 433.

<sup>153</sup> Gottfried Baumgärtel, "Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren", *Zeitschrift für Zivilprozess* 69, 2-3, (1956): 101 vd.; Zeiss, 707. Arslan, *Dürüstlük*, 48.

tarafının adeta birbirinin insafına bırakıldığı bir yarış olarak görülemez<sup>154</sup>. Devletin resmî yargı mercileri önünde bu şekildeki bir yargılamaya müsaade edilmesi, adil bir yargılamanın yapılması ve maddi gerçeğe ulaşılmasını engeller. Kişilerde mahkemelere karşı güvensizlik oluşur ve nihayetinde kendiliğinden hak almanın yasaklanarak, yargı faaliyetlerinin devletin aslî görevlerinden birisi olarak devlet tarafından yerine getirilmesinde, toplumda adalete olan güvenin temini ve korunması amacını sekteye uğratar. Dolayısıyla yargılamaların usûl ve esaslarının düzenlendiği hukuk kurallarının, taraflarca dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasına müsaade edilemez<sup>155</sup>. Bu bakımdan usûlî dürüstlük kuralı kavramı, maddi dürüstlük kurallarının, tarafların uymakla yükümlü olduğu yargılama hukukundaki yansıması olarak ifade edilebilir.

Bugün için dürüstlük kuralının usûl hukukunda da geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır<sup>156</sup>. Nitekim “*Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü*” başlıklı HMK m.29/1’de, “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*” düzenlemesi yapılmıştır. Her ne kadar dürüstlük kuralının usûl hukukunda da geçerli olduğu konusunda 1086 sayılı mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) döneminde de tereddüt bulunmasa da, HUMK’ndan farklı olarak dürüstlük kuralı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı usûl hukukunda da geçerlidir<sup>157</sup>.

<sup>154</sup> Ben Findeisen, *Verschulden in der Zwangsvollstreckung*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2014), 220; Brehm, *Stein/Jonas ZPO*, 81, Rn. 221.; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 912.

<sup>155</sup> Honsell, *ZGB I Kommentar*, Art. 2, Rn. 56. Bununla birlikte, tarihsel süreç içerisinde usûl hukukuna egemen olan anlayış farklılıkları dolayısıyla dürüstlük kuralının usûl hukukundaki geçerliliği, maddi dürüstlük kurallarına nispeten oldukça yenidir. Gerçekten de 20’nci yüzyıla kadar usûl hukukunda egemen olan liberal anlayış gereği, tarafların hak mücadelesine zorunlu olmadıkça yargı mercileri tarafından müdahale edilmemesi gerektiği, dürüstlük kuralına aykırı ve hileli davranışların usûl hükümleri çerçevesinde engellenmesi, buna karşılık usûl hükümlerini aşar şekilde genel ilke olarak dürüstlük kuralının yargılamalarda dikkate alınmasının hukukî güvenlik ilkesine zarar vereceği ifade edilmiştir. Ayrıca liberal usûl hukuku anlayışında, usûl hükümlerinin şekli ve emredici olduğundan hareketle, ilgili hükümlerde öngörülen sonucun ortaya çıkması için bu şekilde uyulmasının yeterli olduğu, şekle uyulduğu sürece dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması hükümlerine ihtiyaç duyulmadığı, ahlâkî nitelik taşıyan dürüstlük kurallarına usûl hukuku düzenlemelerinde yer verilmemiş olması nedeniyle yargılamalarda dürüstlük kurallarına ihtiyaç duyulmadığı savunulmuştur. Ancak usûl hukukundaki bu liberal anlayış, 21’inci yüzyılda etkisini kaybetmiş ve usûl hukukunun amaçları arasında zamanda kamu yararının da gözetildiği, usûl hukukunun sosyal niteliğinin ön plana çıkarıldığı anlayış hâkim olmaya başlamıştır. Buna göre taraflar arasındaki hak mücadelesinin yürütüldüğü devletin resmî organları önünde, tarafların uymakla yükümlü olduğu birtakım temel kurallara bağlanması gerekmektedir. Zira bunda özelde adil bir yargılama yapılarak maddi gerçeğin tespit edilmesi suretiyle tarafların, genelde ise toplumda yargı mercileri ve adalete olan güvenin korunması suretiyle de kamunun menfaati vardır. Gottfried Baumgärtel, “*Treu und Glauben im Zivilprozeß*”, *Zeitschrift für Zivilprozess* 86, 4, (1973): 355 vd.; Lüke, 428-435; Arslan, *Dürüstlük*, 49 vd.

<sup>156</sup> Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü* (Ankara: Yetkin, 2016), 139-140; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2. B., 2019), 119 vd.; Oğuzman ve Barlas, 267; Edis, *Medenî Hukuk*, 303; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 912.

<sup>157</sup> Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, *Zivilprozeßrecht* (München: C. H. Beck, 16. Aufl., 2004), § 2, Rn. 16 ff., § 65, Rn. 49; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 912; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*,

Hâl böyle olmakla birlikte, icra ve iflâs hukuku bağlamında usûlî dürüstlük kuralına ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, usûl hukukunda dürüstlük kuralının geçerli olmayacağına yönelik öğretilerde ifade edilen hususlara<sup>158</sup> dair bazı noktaların açıklanmasında fayda vardır. Zira usûl hukuku bağlamında dürüstlük kuralına ilişkin olarak belirtilen hususlar, icra ve iflâs hukukunun niteliği ve kuralları bağlamında da geçerli olabilecek tartışmalara ilişkindir.

Bu noktada ilk olarak, tarafların usûlî hak, yetki ve yükümlülüklerinin katı kurallarla açık ve yorum veya kıyasa meydan vermeyecek şekilde ve emredici olarak düzenlendiği, bu bakımdan dürüstlük kuralının usûl hukukunda geçerli olmayacağı ileri sürülmüştür<sup>159</sup>. Ancak usûl hukuku kurallarının niteliği bakımından bu hususlar doğru kabul edilebilirse de, usûl hukuku kurallarının bu şekilde düzenlemiş olması, onların dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılması hâlinde bu hususun hâkim tarafından resen dikkate alınmasına veya karşı tarafça ileri sürülmesine engel değildir<sup>160</sup>. Zira usûl hukuku kurallarının kanun koyucu tarafından düzenlenmesinde de yargılamaların âdil bir biçimde ve maddî gerçeğe ulaşmak ile toplumda mahkemelere ve adalet duygusuna olan güvenin korunmasını sağlamak amacı bulunmaktadır<sup>161</sup>. Dolayısıyla kanun koyucunun, usûl hükümlerini düzenlerken öngördüğü amaca aykırı olarak usûl hukuku hükümlerinin dürüstlük kurallarından ayrı olarak değerlendirilmesi kabul edilemez.

İkinci olarak usûl hukuku müesseselerinin düzenlenmesinde, usûlî şekilcilik ve hukukî güvenlik ilkelerinin geçerli olduğundan hareketle, dürüstlük kuralının usûl hukuku bağlamında geçerli olmayacağı da ileri sürülmüştür<sup>162</sup>. Gerçekten de şekilcilik, medenî usûl hukukunda hukuka uygun bir yargılamanın yapılması ve mahkemenin keyfi davranışlarda bulunmamasının teminatıdır<sup>163</sup>. Ünlü hukukçu Rudolf von Jhering'in de veciz bir şekilde ifade ettiği üzere “*şekil, keyfiliğin yeminli düşmanı, özgürlüğün ikiz kardeşidir*”. Ancak şekle

---

120; Edis, *Medeni Hukuk*, 303; Dürüstlük kuralının davada, taraflar arasında ve mahkeme ile taraflar arasında uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, *Dürüstlük*, 47-134.

<sup>158</sup> Usûl hukukunda dürüstlük kuralının geçerli olup olmadığı konusundaki tartışmalara yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, *Dürüstlük*, 49-59.

<sup>159</sup> Baumgärtel, “Treu und Glauben”, 356; Baumgärtel, “Schikaneverbot”, 91. Bu bağlamda usûlî hükümlerin, kişiler bakımından ahlâkî bir davranış yükümlülüğü doğurmadığı, dolayısıyla usûlî hak ve yetkilerin kullanımında açıkça yükümlülük öngörülmediği sürece, usûl hükümlerine aykırılığın hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki görüşler ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için Zeiss, 703 vd.

<sup>160</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 52-53.

<sup>161</sup> Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, C. 1* (Ankara: Yetkin, 2. B, 2018) 125-128; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 11-13.

<sup>162</sup> Baumgärtel, “Treu und Glauben”, 356; Baumgärtel, “Schikaneverbot”, 91; Arslan, *Dürüstlük*, 50.

<sup>163</sup> İbrahim Ermenek, “Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, 1-2, (2000): 159.

bağlılık, maddî gerçeğe ulaşılması ve taraflar arasında âdil bir karar verilmesi amacından vazgeçilmesi olarak değerlendirilemez. Zira şekilcilik de taraflar arasında adaletin tesisi ve hakkaniyete uygun karar verilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Sadece şekle uyulması, yargı mercilerinin tarafların usûlî yetkilerin kullanılmasında dürüstlük kuralına aykırı davranılmasına kayıtsız kalması sonucunu doğurmamalıdır. Zira böyle bir sonuç, yargı merciinin maddî gerçeğin tespit edilerek gerçekleştirilmesinin engellenmesine neden olabilir; usûl hükümleri, hakların elde edilmesinin aracı olmaktan çıkarak, bilakis hakların elde edilmesine engel olabilir<sup>164</sup>. Gerçekten de usûl hukukunda şekil kurallarına çok sıkı şekilde bağlı kalınması, şekli bir amaç hâline getirerek; maddi hukukun tanıdığı hakkın gerçekleştirilmesini ortadan kaldırılabılır<sup>165</sup>.

Üçüncü olarak dürüstlük kuralının usûl hukukunda geçerli olamayacağı yönündeki gerekçelerden bir diğeri de dürüstlük kuralının maddi hukuk düzenlemesi olarak medeni kanunlarda yer aldığı, bu anlamda usûl hukuku düzenlemelerinde yer almadığıdır. Buna göre kanun koyucunun dürüstlük kuralının usûl hukukunda da geçerli olmasını istemesi hâlinde, usûl kanunlarında açık düzenleme yapacağı ifade edilmiştir<sup>166</sup>. Ancak dürüstlük kuralının sadece maddi hukuk çerçevesinde medeni kanunlarda düzenlenmesi, bu kuralların yalnızca maddi hukukta geçerli olduğu sonucunu doğurmaz. Esasen dürüstlük kuralına aykırılığın somut görünümü olarak hakkın kötüye kullanılması için subjektif hakkın varlığı kuraldır. Ancak hakkın kötüye kullanılması, yalnızca subjektif hakkın kullanılması hâlinde geçerli olacaktır denemez<sup>167</sup>. Bu bağlamda usûl hukuku hükümlerinin, taraflara maddi hukuk anlamında hak bahşedecek nitelikte subjektif hak tanımadığından hareketle, usûl hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının geçerli olmadığı kabul edilemez<sup>168</sup>. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukun temel bir ilkesi olarak her hukuk dalında

---

<sup>164</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 57.

<sup>165</sup> Ermenek, “Şekilcilik”, 160. Bu noktada usûl hukukunda dürüstlük kuralının uygulanması, şekilciliği nedeniyle eleştirilen usûl hukukunda faydalı olacaktır. Max Guldener, “Treu und Glauben im Zivilprozess”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 25-26, (1943), Çev. Tahir ÇAĞA, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, (1946): 667.

<sup>166</sup> Belirtmek gerekir ki bu düşünce, yukarıda da ifade edildiği üzere dürüstlük kuralının HMK m. 29/1 hükmünde açıkça düzenlenmesiyle zaten geçerlilik taşımamaktadır. Ancak HUMK döneminde açık düzenleme bulunmasa dahi, çeşitli müesseselere ilişkin olarak HUMK hükümlerinde dürüstlük kuralına aykırılığın hüküm ve sonuç doğuramayacağına ilişkin düzenlemeler de mevcut idi. Aynı şekilde Almanya ve İsviçre hukukunda da usûl kanunlarında 21. yüzyılda dürüstlük kuralına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla açık bir hüküm bulunmasa da dürüstlük kuralının usûl hukukunda da geçerli olduğu hem yargı kararlarında hem de öğretilerde kabul edilmekteydi. Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, *Dürüstlük*, 49 ve oradaki dn. 141 ve ayrıca 83 vd.

<sup>167</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 55.

<sup>168</sup> Guldener, 650.

geçerlidir; sübjektif hak veya yetkinin, durumun kötüye kullanılması, hükmün kanun koyucu tarafından öngörülen amacına uygun kullanılmaması her zaman mümkündür<sup>169</sup>.

Görüldüğü üzere usûl hukukunda dürüstlük kuralının geçerli olmadığına dair görüşlerin gerekçeleri hakkında genel olarak ifade ettiğimiz hususlar icra ve iflâs hukuku bağlamında dürüstlük kuralının geçerli olup olmadığı noktasında da dikkate alınabilir. Gerçekten de, icra ve iflâs hukuku da tıpkı usûl hukuku gibi tarafların hak, yetki ve yükümlülüklerinin katı bir şekilde düzenlendiği emredici nitelikte hükümler içermektedir. Hatta icra ve iflâs hukuku, medenî usûl hukukunun da bir adım ötesinde, devletin cebrî icra organları vasıtasıyla hakların sağlanması ve borçların yerine getirilmesini sağladığından, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahaleyi de öngörmektedir. Dolayısıyla usûl hukukundan daha da katı bir şekilde düzenlendiği ifade edilebilir. Ancak yine de bu husus, dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukukunda geçerli olmayacağı anlamına gelmez. Zira icra ve iflâs hukukunda da amaç yargı mercilerinin kararları çerçevesinde tespit edilen maddi gerçek doğrultusunda veya ilâmsız takip yollarında olduğu gibi doğrudan kişilerin haklarının gerçekleştirilmesi ve borçların yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından bu amaç doğrultusunda öngörülen düzenlemelerin, taraflar veya üçüncü kişiler tarafından dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılması kabul edilemez.

Keza icra ve iflâs hukuku kuralları da usûl hukuku kuralları gibi şekilci anlayış çerçevesinde düzenlenmiştir. Gerçekten de icra ve iflâs hukuku kuralları ile öngörülen müesseseler, tarafların hak, yetki ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde oldukça şekilci bir anlayışla düzenlenmiştir<sup>170</sup>. Ancak icra ve iflâs hukukunda da şekle aşırı bağlılığın, hakların gerçekleştirilmesi ve borçların yerine getirilmesinin sağlanması amacını bertaraf edecek şekilde, dürüstlük kurallarının icra ve iflâs hukukunda geçerli olmayacağı yönünde değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Aksi takdirde yine şeklin sağlanması icra ve iflâs hukukunun amacı hâline gelebilecek ve maddi gerçeğe uygun şekilde hakların gerçekleştirilmesi ve borçların yerine getirilmesine engel olunabilecektir.

Öte yandan icra ve iflâs hukuku kuralları içerisinde, dürüstlük kurallarının usûl hukukunda da geçerli olduğuna dair HMK m. 29'da olduğu gibi temel ilke niteliğinde bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum, her ne kadar pozitif hukuk karşısında artık geçerli değil ise de, usûl hukukunda dürüstlük kuralının geçerli olmayacağına yönelik az önce ifade ettiğimiz

---

<sup>169</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 55.

<sup>170</sup> İcra ve iflâs hukukunda şekilciliğin etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, "Şekilcilik", 154-159.



tartışmanın, aynı gerekçeyle dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukukunda da uygulanamayacağı izlenimi verebilir. Ancak her ne kadar açık düzenleme yapılmamış olsa da, dürüstlük kuralının maddî hukuk düzenlemesi olarak icra ve iflâs hukukunda geçerli olamayacağı ifade edilemez. Zira icra ve iflâs hukukunda pek çok hususa ilişkin olarak dürüstlük kuralına aykırı davranışa müsaade edilmemiştir<sup>171</sup>. Bu noktada icra ve iflâs hukukunda taraf ve ilgililerin ileri sürebileceği bir sübjektif hakkın bulunmadığı, bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılık çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağı düşüncesi de yerinde değildir. Zira dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, yalnızca sübjektif hak taleplerinin ihlâlîne münhasır değildir; hak ve yetkilerin kullanılması, somut olayda taraflar arasındaki hukukî ilişkinin ve kanun hükümlerinin amaca uygun yorumlanması ve tamamlanmasına yönelik olarak hukukun her alanında geçerlidir.

Bu çerçevede dürüstlük kurallarının icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu şüpheden uzaktır. Dürüstlük kurallarının, diğer hukuk dallarında olduğu gibi icra ve iflâs hukukunda da düzeltici ve sınırlandırıcı işlevine ihtiyaç duyulmaktadır<sup>172</sup>. Zira icra ve iflâs hukukunda, devletin cebrî icra organlarının hâkimiyeti vasıtasıyla alacaklının haklarının borçluya karşı yerine getirilmesi amacıyla düzenlenen kuralların, önceden bütün hususları kapsayacak şekilde öngörülmesi mümkün değildir<sup>173</sup>. Dolayısıyla burada dürüstlük kuralları devreye girer<sup>174</sup>. İcra ve iflâs hukukunda takibin taraflarının, Kanun tarafından kendilerine tanınan hak ve yetkileri dürüstlük kurallarına uygun kullanmaları gerekir. Bu anlamda dürüstlük kurallarına uygun davranma, icra ve iflâs hukukunun tarafları için yükümlülük teşkil etmektedir. Nitekim özel hukuka ilişkin hak ve borçların gerçekleştirilmesi anlamında medenî usûl hukukuna paralel olarak, icra ve iflâs hukukunda da tasarruf ilkesi geçerlidir<sup>175</sup>. İcra ve iflâs hukukunda da maddî gerçeğin tespit edilmesi ve âdil bir sonuca ulaşılabilmesi için, tarafların hak ve borçları üzerinde

---

<sup>171</sup> Gerçekten de özellikle icra tazminatlarına yönelik düzenlemeler (İİK m. 67/2, m. 68/7, m. 68a/8, m. 69/5, m. 72/4,5, m. 97/13,15, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte ödeme emrine itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin olarak m.150a/1 hükmünün m. 62 ilâ 72 hükümlerine yaptığı atf, İİK m. 169a/6, m. 170/3) ile ihalenin feshi hâlinde öngörülen para cezası (İİK m. 134/2), gerçeğe aykırı beyanda bulunma (İİK m. 338) cezası gibi düzenlemeler, dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu somut hâllerden bazılarını teşkil etmektedir.

<sup>172</sup> Arslan, *Dürüstlük*, 135; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 133; Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 11; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 28.

<sup>173</sup> Bitmann, 39.

<sup>174</sup> Wolfgang Bernhardt, "Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung", *Zeitschrift für Zivilprozess* 66, 2, (1953): 99.

<sup>175</sup> Cebrî icra hukukunda tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlama ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, *İlkeler*, 71-78.

tasarruf yetkilerini kullanırken ve maddi vakıaları takip sürecine dâhil ederken de dürüst davranmaları gerekir<sup>176</sup>.

İcra ve iflâs hukukunda tarafların dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü, usûl hukuku bağlamında yargılamalardan daha kapsamlı ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu anlamda örneğin doğruyu söyleme yükümlülüğü, yargılamadakinden daha katıdır. Borçlunun mal beyanında bulunma yükümlülüğünün (İİK m. 74 ve m. 75) yerine getirilmemesi hâlinde alacaklının şikâyeti üzerine 3 aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılabilir (İİK m. 76). Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunulması hâlinde ise yine alacaklının başvurusu üzerine İİK m. 338 uyarınca üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilebilir. Diğer bir örnek olarak üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı itiraz ettiği gerekçesiyle alacaklı tarafından üçüncü kişinin İİK m. 338/1 çerçevesinde cezalandırılması istenebilir (İİK m. 89/4). Doğruyu söyleme yükümlülüğünü de kapsayan dürüstlük kuralı da usûl hukukundan daha kapsamlı ve katı şekilde uygulanmaktadır. Özellikle itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin hükümlerde dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımını olarak icra tazminatları ve/veya para cezalarının amacı; borçlunun itirazında, alacaklının da başlattığı takipte haksız olduğu gerekçesiyle cezalandırmaktır<sup>177</sup>. İcra ve iflâs hukukunda dürüstlük kuralı, takibin tarafları dışında üçüncü kişiler bakımından da geçerli olup çeşitli müesseselerde üçüncü kişilerin dürüstlük kuralına aykırı davranışlarının önlenmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin İİK m. 97/13 uyarınca istihkak davacısı üçüncü kişinin, takibin istihkak konusu mal bakımından ertelenmesi hâlinde icra tazminatına mahkûm edilebilmesi de bu yöndedir. Keza İİK m. 134/2 uyarınca ihalenin feshinin esastan reddedilmesi halinde tahmin edilen bedelin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edilmesi, feshin ihalenin feshinin borçlu ve satış isteyen alacaklılar dışında üçüncü kişiler tarafından istemiş olmasında da söz konusu olacaktır. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları bakımından İİK m. 89 uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin İİK m. 89/4 uyarınca gerçeğe aykırı itirazda bulunması hâlinde tazminata mahkûm edilebilmesi de icra ve iflâs hukukunda üçüncü kişilerin de dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olduğuna örnektir.

İcra ve iflâs hukukunda da, medenî usûl hukukunda davanın açılmasında olduğu gibi, takip sürecinin başlatılmasıyla alacaklı, borçlu ve devletin cebri icra organları arasında üçlü bir

---

<sup>176</sup> Bitmann, 39; Bernhardt, 99-100.

<sup>177</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, IV, C. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, *Dürüstlük*, 135 vd.

usûlî ilişki ortaya çıkmaktadır<sup>178</sup>. Bu ilişki çerçevesinde, icra ve iflâs hukuku hak ve yetkilerinin kullanılmasında, tarafların ve mevcut olması hâlinde üçüncü kişilerin dürüstlük kuralına uygun davranması önem kazanır. Zira takibin cebrî icra organları marifetiyle adil bir şekilde yürütülmesi ve maddî gerçeğe uygun olarak hak ve borçların gerçekleştirilmesi, dürüstlük kuralına uygun davranılmasına bağlıdır. Bu anlamda üçlü ilişki içerisinde tarafların kendi aralarında ve taraflarla cebrî icra organları arasındaki işbirliği ne kadar sağlıklı olursa, temel haklara hukuka aykırı olarak müdahale edilmemiş olur<sup>179</sup>. İcra ve iflâs hukukunda dürüstlük kurallarının uygulanması, bu açıdan da gerekli ve zorunludur.

Öte yandan yürütülecek takipte, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının, her türlü davranışın yapılabildiği bir surette yürütülmesi, menfaat dengesine de aykırı olacaktır<sup>180</sup>. Alacaklının hak arama özgürlüğü, her istediğini yapabileceği şekilde sınırsız olmayıp, sırf borçluya zarar verme kastıyla kullanılamayacağı gibi; borçlunun da savunma hakkı çerçevesinde takip sürecindeki içindeki hak ve yetkilerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanması mümkün değildir<sup>181</sup>. Bu bakımdan icra ve iflâs hukukunda tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının sınırlandırıcı ve düzeltici işlevi de olacak; dürüstlük kuralına aykırılık hâlinde ilgili taraf veya üçüncü kişinin hukukî durumdan menfaat veya hak elde etmesi engellenecektir<sup>182</sup>.

Sonuç olarak dürüstlük kuralı, icra ve iflâs hukukunda da geçerlidir. Taraflar ve ilgili üçüncü kişiler, gerek kendi aralarındaki ilişkilerde gerekse de cebrî icra organları ile aralarındaki ilişkilerde, takibin başından sonuna kadar hak ve yetkilerin kullanılmasında dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür. Takipte maddî gerçeğe uygun sonuç alınabilmesi ve temel hak ve hürriyetlere hukuka aykırı şekilde müdahale edilmeden âdil bir takip süreci uygulanarak özelden taraflar ve ilgililer, genelde ise kamusal menfaatin sağlanması, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının icra ve iflâs hukukunda da geçerli olmasına bağlıdır.

---

<sup>178</sup> Laura Riebau, *Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus dem Vollstreckungsrechtsverhältnis* (Köln: Carl Heymanns, 2013), 5.

<sup>179</sup> Özekes, *İlkeler*, 88.

<sup>180</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 132 vd.

<sup>181</sup> Özekes, *İlkeler*, 88.

<sup>182</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 133.

## II. İcra ve İflâs Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılması, TMK m. 2/2’de “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılığa bağlanan yaptırımdır<sup>183</sup>. Kanun koyucu, bireylere tanınan hakların, başkalarını zarara uğratmak için kullanılmasını engellemek istemiştir<sup>184</sup>. Ancak hakkın kanun koyucu tarafından çizilen sınırları içerisinde kullanılması hâlinde, sonuç olarak başkalarına zarar verse dahi, herhangi bir haksızlıktan bahsedilemez. Zira bireyler arasındaki menfaat uyumsuzluğunun, işin doğası gereği bir tarafın hakkını gerçekleştirirken diğer tarafın aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde çözümlenmesi kaçınılmazdır. Bu anlamda TMK m.2/2 çerçevesinde bütün hakların kullanılmasına ilişkin genel bir ahlâkî sınır çizilmiş olup; hakkını kullanan kimse, kanun koyucunun çizdiği sınırlar içerisinde hakkını koruyabilir<sup>185</sup>. Hak sahibinin kanun koyucu tarafından tanınan hakkını kullanmasında, bu sınırın aşılması hâlinde hukuk düzeni tarafından korunmama yaptırımı ile karşılaşılacaktır. O hâlde hakkın her kullanımında başkalarının aleyhine sonuçlar doğmasına neden olunması ile MK m. 2/2 anlamında “*hukuk düzenince korunmama*” yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağının tespiti bakımından, hakkın kötüye kullanılmasının şartları ortaya konulmalıdır.

Öğretide, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, öncelikle ortada bir hakkın mevcut olması gerektiği, buna göre kötüye kullanılan bir hak yoksa hakkın kötüye kullanılması da söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir. Bu anlamda hiçbir hakka dayanmayan bir davranış; sınırları aşılmış ve amaç dışında kullanılmış bir hak dahi mevcut olmadığından hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilemeyecektir<sup>186</sup>. Buna karşılık *Umar*, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olarak mutlaka bir hakkın mevcut olmasının gerekli olmadığı görüşündedir. Yazara göre örneğin kefilin alacaklıyı kandırarak şekil şartına uyulmadan kefalet sözleşmesi yapılması hâlinde, davacı alacaklının kefilin hilesini ispat etmesiyle birlikte, hâkim tarafından hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı kendiliğinden dikkate alınarak somut olayda TMK m.2/2 hükmü uygulanabilecektir. Zira bu durumda geçerli

<sup>183</sup> Bkz. yuk. dn. 121.

<sup>184</sup> Hıfzı, Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. B., 1951), 339; Schwarz, 193.

<sup>185</sup> Dural ve Sarı, 238.

<sup>186</sup> Veldet Velidedeoğlu, 341; Oğuzman ve Barlas, 269-270. Örneğin bir kişinin sahibi olduğu arsa üzerinde 5 katlı bir bina inşa etmesi, mülkiyet hakkı kapsamında doğal bir tasarruf olarak değerlendirilir. Ancak bu yapının, sırf komşu bina malikinin manzarasını kapatmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde mülkiyet hakkı kötüye kullanılmış olacaktır. Oysa malikin imar mevzuatına göre 4 kata izin verilen bir bölgede yer alan arsasına 5 katlı bir bina inşa etmesi hâlinde arsa malikinin fazla kat yönünden kötüye kullandığı bir hakkı dahi mevcut değildir; bu durumda hakkın kötüye kullanılmasından değil, tamamen haksız bir davranıştan söz edilir. Dural ve Sarı, 238.

bir kefalet sözleşmesinin davacı alacaklı tarafından ispat edilmesi gereği, TMK m. 6 ve HMK m. 190/1 hükümleri uyarınca doğrudan kanundan doğmakta; bunun için davalı kefilin, şekil şartının gerçekleşmediği yönünde savunma yapması gerekmemektedir. Dolayısıyla “hak” olarak kötüye kullanılan bir savunma dahi olmaksızın TMK m.2/2 yaptırımının uygulanması söz konusu olabilecektir<sup>187</sup>. Bu bakımdan TMK m. 2/2 ile kanun koyucu her ne kadar “hak” kavramından bahsetmiş ise de, bu hükmün uygulanabilmesi için esasında hak veya yetkinin, hatta bir tasarrufun bulunması dahi aranmamıştır; kanun koyucunun yasakladığı, hukuk kurallarının kötüye kullanılmasından ibarettir. Kötüye kullanım, bir hakkın ileri sürülmesi, yetkinin kullanılması veya genel olarak bir serbestlikten yararlanılması şeklinde de söz konusu olabilir<sup>188</sup>.

Görüldüğü üzere kötüye kullanım, mutlaka bir hakka dayanmak zorunda değildir; serbestliğin kötüye kullanılması şeklinde de gerçekleşebilir. Buna karşılık Yargıtay’ın hakkın kullanılması niteliğinde olmayan tasarruflar bakımından hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği yönünde kararları mevcuttur<sup>189</sup>. Bununla birlikte serbestliğin kötüye kullanılması hâlinde de esasen ilgili serbestliği sağlayan hak veya yetkiye dayanıldığı, fakat bu durumun hak veya yetkinin kullanılmaması (olumsuz bir biçimde kullanılması) suretiyle gerçekleştirildiği; bu bakımdan hakka dayanmayan tasarrufun, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği yönündeki düşüncenin teyit edildiği ifade edilebilir<sup>190</sup>.

Gerçekten de hakkın kötüye kullanılması için mutlaka bir hakka dayanılması gerekliliği, her durumda ihtiyacı karşılamayabilir. Örneğin İİK m. 89 hükmü uyarınca kendisine yapılan haciz ihbarnamelerine itiraz etme hakkı olan üçüncü kişilerin, itiraz etmeyip menfi tespit davası açmaları hâlinde icra tazminatına hak kazanabilmeleri mümkün değildir. Zira aksinin kabul hâlinde gerçekte takip borçlusuna hiç veya ileri sürüldüğü kadar borcu olmayan üçüncü kişiler, kendilerine yapılan bildirimlere kötü niyetli olarak itiraz etmemek suretiyle menfi tespit davası açarak, davayı kazandıklarında lehlerine icra tazminatı elde etmiş olabilecekti. Bu durumu öngören kanun koyucu, alacaklı lehine icra tazminatını düzenlemişken, bilinçli olarak üçüncü

---

<sup>187</sup> Veldet Velidedeoğlu, (s. 340) tarafından verilen kefalet örneğini değerlendiren *Umar*, davalının hiçbir hak veya yetkiyi, hatta savunmaya ilişkin taraf işlemi yapma yetkisini dahi kötüye kullanmadığını, hâkimin kefalet sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğine ilişkin gerekli incelemeyi yapmakla birlikte TMK m. 2/2’yi uygulayabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla davalının alacaklıyı kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasına gerek olmadığı şeklinde inandırdıktan sonra borcunu ödememek suretiyle gerçekte sadece bir serbestliği kötüye kullandığını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Umar, Tarihi Gelişme ve Teori*, 217-218.

<sup>188</sup> *Umar, Tarihi Gelişme ve Teori*, 217.

<sup>189</sup> Yargıtay 21. HD, E. 2002/4968, K. 2002/5920, T. 18.06.2002, (HukukTürk, E. T. 17.02.2020).

<sup>190</sup> Feyzi Necmeddin Fezyioğlu, “Medeni Kanun’un 50’nci Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması”, *Medeni Kanun’un 50’nci Sempozyumu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), 168.

kişi lehine bu yönde düzenleme yapmamıştır<sup>191</sup>. Aynı şekilde hacizli menkul malların satışını isteme yetkisi, kural olarak alacaklıda olmakla birlikte, satış talep etme hakkının, alacaklı tarafından kullanılmamak suretiyle kötüye kullanılmasını engellemek için borçluya da satış talep etme yetkisi verilmiştir<sup>192</sup> (HMK m. 113/1). Hacizli malların alacaklı tarafından satışının belli süre içinde istenmemesi hâlinde hacizlerin düşmesi gibi hükümler de hakkın kullanılmaması suretiyle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeye yöneliktir<sup>193</sup>. Bu bakımdan özellikle icra ve iflâs hukuku çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için mutlaka kötüye kullanılan bir hak veya yetkinin mevcut olması zorunlu değildir. Kural olarak taraf ve ilgililerin usulüne uygun talepleri üzerine icra memurluğu tarafından yapılan işlemler ile ilerleyen icra ve iflâs hukuku müesseselerinde, kişiye tanınan hak veya yetkinin kullanılmaması yoluyla da hakkın kötüye kullanılması gerçekleşebilecektir<sup>194</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması bakımından ikinci şart, kötüye kullanımın dürüstlük kuralına açıkça aykırı olmasıdır. Bu kapsamda hakkın, objektif nitelikteki dürüstlük kuralına uygun olarak, kanun koyucu tarafından belirlenen amacına, içeriğine, kapsam ve sınırlarına açıkça aykırı şekilde kullanılması gerekmektedir. Zira hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin TMK m. 2/2 hükmü, birinci fıkrada düzenlenen dürüstlük kuralından bağımsız olmayıp, bilakis birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, dürüstlük kuralına paralel olarak objektif esaslar dâhilinde her somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir<sup>195</sup>. Kötüye kullanılan hak veya hukukî müessese ile amaçlanan menfaatin

<sup>191</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 241.

<sup>192</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 288.

<sup>193</sup> Malların haczedilmesinden sonra borçlunun İİK m. 111’de öngörülen şartları sağlayan taksitle ödeme teklifinde alacaklının rızasının aranmaması; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, alacaklının borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina etmesi hâlinde borçlunun borcu icra dairesine yatırmak suretiyle icra mahkemesinden ipotek kaydının terkinini sağlaması (İİK m. 153) gibi örnekler de icra ve iflâs hukukunda hakkın kötüye kullanılmasının, hakkın kullanılmaması yoluyla da gerçekleştirilebileceğini göstermektedir.

<sup>194</sup> Benzer şekilde kanun koyucunun iradi taraf değişikliği talebinin, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilebilmesine yönelik HMK m. 124/3 ve m. 124/4 ile bir yönüyle karşı tarafın geçerli bir sebebi olmaksızın izin vermemek suretiyle hakkını kötüye kullanmasının önüne geçebilmeyi amaçladığı söylenebilir. Her ne kadar takipte taraf değişikliği kural olarak kabul edilmese de, dürüstlük kuralına aykırı olmayan veya maddi hata nedeniyle takipte taraf değişikliğinin de karşı tarafın rızası aranmaksızın sağlanabileceği kabul edilmektedir. Pekantez vd., *İcra ve İflâs*, 85. Gerçekten de icra veya iflâs takiplerinde dürüstlük kuralına aykırı olmayan veya maddi hata nedeniyle taraf değişikliği yapılması gündeme geldiğinde karşı tarafının izninin aranması, bu hakkın kötüye kullanılmasına müsait olabilecektir. Kanun’da iradi taraf değişikliğine yönelik hüküm bulunmaması nedeniyle, HMK m. 124 düzenlemesinin kıyasen uygulanabileceği, ancak bu durumun karşı tarafın iznine tabi olacağı kabul edilmesi hâlinde, karşı taraf bu izni vermemek, sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla veya kabul edilebilir herhangi bir sebebe dayanmaksızın takibin sona erdirilmesini engelleyebilir. Hülya Taş Korkmaz, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 625 vd. Taraf değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği* (Ankara: Yetkin, 2014), 144 vd.

<sup>195</sup> Dural ve Sarı, 239.

bulunmaması, hakkın kullanılmasındaki menfaattle, başkasının uğrayacağı zarar arasında aşırı oransızlık bulunması, çelişkili davranış ve hakkın kanun koyucu tarafından öngörülen amaca aykırı kullanılması gibi durumlar, hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak verilebilir.

Bu noktada hakkın dürüstlük kuralına açıkça aykırı olması bakımından kişinin kötüye kullanma iradesinin aranıp aranmadığı üzerinde ayrıca durmak gerekir. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi<sup>196</sup> m. 2/2 hükmünde, “*Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez*” şeklindeki düzenlemenin lafzi yorumu suretiyle, kötüye kullanma veya zarar verme iradesinin arandığı ifade edilmekteydi<sup>197</sup>. Ancak yürürlükteki TMK m. 2/2’de yer alan “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” ile öğretideki tartışmalı durum ortadan kalkmıştır. Buna göre hakkın kötüye kullanılmasında, kişinin zarar verme iradesi veya kusurunun olup olmadığı önem taşımamaktadır<sup>198</sup>. Kanun koyucunun korumadığı, hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasıdır. Bu sonuca ulaşmak için, duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açık kötüye kullanımların aranması, hukukî güvenliğin korunması bakımından elzemdir. Bunun dışında kişinin zarar verme iradesinin veya kusurunun aranması, kanun koyucu tarafından amaçlanmamıştır.

Hakkın kötüye kullanılması bakımından zarar veya zarar tehlikesinin varlığının aranıp aranmayacağı da öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, zarar veya zarar tehlikesinin varlığının hakkın kötüye kullanılması için zorunlu olmadığını ifade etmektedir<sup>199</sup>. Buna karşılık diğer bir görüş, zarar veya zarar tehlikesinin mevcut olması gerektiği görüşündedir<sup>200</sup>. Bu görüş uyarınca hakkın kötüye kullanılmasının amacı, adil olmayan sonuçları engellemektir. Dolayısıyla adil olmayan sonuçlar söz konusu olmadıkça, kamunun müdahalesi de gerekmemektedir<sup>201</sup>. Keza pozitif TMK düzenlemesi karşısında hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanan kişinin amaç veya niyeti önem taşımamaktadır. Burada önemli olan böyle bir amaç taşımaya da bir başkası nezdinde zarar veya zarar tehlikesine neden olmasıdır. Zarar veya zarar tehlikesi mevcut değilse, hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemeyecektir<sup>202</sup>.

---

<sup>196</sup> RG, T. 4.4.1926, S. 339.

<sup>197</sup> Feyzioğlu, 157; Veldet Velidedeoğlu, 341; Edis, *Medenî Hukuk*, 328.

<sup>198</sup> Oğuzman ve Barlas, 271; Akyol, 22.

<sup>199</sup> Oğuzman ve Barlas, 272; Dural ve Sarı, 240. Belirtmek gerekir ki mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde, kanun koyucunun “hakkın sırf zarar veren kötüye kullanımı” ifadesiyle, zarar veya zarar tehlikesinin şart olduğu belirtilmekte iken, yürürlükteki TMK düzenlemesinde yalnızca “hakkın açıkça kötüye kullanımı” ifadesinin yer aldığından hareketle zarar veya zarar tehlikesinin aranmadığı ileri sürülebilir.

<sup>200</sup> Altaş, 156.

<sup>201</sup> Bu doğrultuda öğretide kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki fark da ifade edilmektedir. Akyol, 15-16.

<sup>202</sup> Oğuzman ve Barlas, 273.

Kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmasında zarar veya zarar tehlikesinin aranması gerekir. Zira dürüstlük kuralı ve yaptırımı olan hakkın kötüye kullanılması yasağının ardında yatan düşünce, bireylerin yalnızca objektif olarak haklarını dürüstlük kuralına uygun kullanmalarına zorlamak olmayıp; aynı zamanda hakların kullanılmasıyla başkalarına zarar verilmesini de engellemektir. Kaldı ki zarar veya zarar tehlikesinin şart olmadığı kabul edilirse, hakkın kötüye kullanılması durumunda kanun koyucunun öngördüğü dikkate alınmama yaptırımının uygulanabilmesi için hukukî korunma talebinde bulunabilmek, hukukî yarar yokluğu nedeniyle mümkün olmayacaktır. Gerçekten de hakkın kötüye kullanılmasından kimseye zarar gelmemişse veya kimse zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşmamışsa, hakkın kötüye kullanıldığının ileri sürülmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda kanun koyucunun öngördüğü yaptırım da uygulanamayacaktır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir norm olarak hukukun her alanında geçerlidir. Zira TMK m. 2/2 ile bütün hakların kullanımının yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Dolayısıyla kötüye kullanılan hak, maddi hukuka veya usûl-icra ve iflâs hukukuna ilişkin olabileceği gibi kamu hukukuna ilişkin de olabilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, sadece hakların kullanılmasında değil, hukukî kurumların kötüye kullanılmasında da geçerlidir<sup>203</sup>. Nitekim dava veya takip hakkının kötüye kullanılması, esasında ilgili dava veya takip yolunun bir müessese olarak kötüye kullanılmasını ifade etmektedir. Örneğin davalı veya borçluya sırf zarar vermek, ticari itibarını zedelemek gibi amaçlarla dava açılması veya takip başlatılması veya ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi geçici hukukî korumalara başvurulması bir müessese olarak hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde hakkın kötüye kullanılması yasağına bağlanan yaptırım, "hukuk düzeni tarafından korunmama" olarak düzenlenmiştir. Ancak bu yaptırımın uygulanabilmesi, kanun koyucu tarafından özel düzenlemenin yapılmamış olmasına bağlıdır. Zira hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralı gibi genel ilke niteliğinde olup, her durumda doğrudan uygulanması hâlinde hukukî güvenliğin ortadan kalkmasına ve keyfi kararlar verilmesine neden olabilir. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması yasağı, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilecek ve ilgili uyumsuzluk bakımından hakkın kötüye kullanılmasına bağlanan özel yaptırım olmaması hâlinde uygulanacak ikincil nitelikte bir kuraldır<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> Dural ve Sarı, 239.

<sup>204</sup> Schwarz, 190-191.



Hakkın kötüye kullanılmasının hâkim tarafından resen dikkate alınıp alınamayacağı da öğretide tartışmalıdır. Bir görüş hakkın kötüye kullanılmasının hâkim tarafından resen dikkate alınamayacağını, bu durumun taraflarca ileri sürülmesi gerektiğini benimsemektedir<sup>205</sup>. Diğer görüş ise hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralı gibi kamu düzeninden ve emredici olduğunu ifade ederek, hakkın kötüye kullanılmasının hâkim tarafından resen dikkate alınabileceğini belirtmektedir<sup>206</sup>. Kanaatimizce burada da meseleye dürüstlük kuralına benzer şekilde, hükmün amacı ve fonksiyonundan hareketle yaklaşılmalıdır. Buna göre hakkın kötüye kullanılması yasağı, hayatın sonsuz ihtimali dikkate alındığında, hak ve yetkilerin kanun koyucu tarafından öngörülen amacını aşacak şekilde açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmamasını, kabul görmemesini ifade eden ve ikincil nitelikte uygulama alanı bulan, dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımını olarak genel ilke niteliğindedir. Bu itibarla esasen hâkim tarafından uygulanabilmesi, her somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirme neticesinde mümkün olabilecektir. Buna göre hakkın kötüye kullanımı yasağına ilişkin TMK m. 2/2'nin uygulanması, somut olay bakımından uygulanabilecek herhangi bir hükmün bulunmaması ve taraflarca dürüstlük kuralının bertaraf edilmemiş olması hâlinde gündeme gelebilecektir. Somut olay bakımından bu yönde bir husus mevcut değilse, kanun koyucunun “hukuk düzeni tarafından korunmama” yönündeki açık ifadesi karşısında hâkim, hakkını kötüye kullanan kişinin beklediği menfaatin hukuk düzeni tarafından korunmamasını sağlamak üzere kötüye kullanımı kendiliğinden dikkate almalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin buraya kadar belirttiğimiz hususlar doğrultusunda, icra ve iflâs hukukunda hakkın kötüye kullanılması, cebrî icra süreci çerçevesinde taraf ve ilgili üçüncü kişilere tanınan hak ve yetkilerin, kanun koyucu tarafından öngörülen amacına aykırı veya bu amacı aşar şekilde kullanılması suretiyle ortaya çıkar. Ancak hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin TMK m. 2/2 hükmü, şekli bir hukuk dalı olarak sıkı şekilde düzenlenen ve kötü niyetle mücadele kapsamında pek çok yaptırımını haiz icra ve iflâs hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmaması hâlinde dikkate alınabilecektir. Bununla beraber, usûlî dürüstlük kuralı kamu düzenine ilişkin ve emredici olduğundan, taraf veya ilgili üçüncü kişilerin, cebrî takip çerçevesinde öngörülen hak ve yetkiler bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir.

---

<sup>205</sup> Veldet Velidedeoğlu, 345.

<sup>206</sup> Dural ve Sarı, 243-244; Edis, *Medeni Hukuk*, 330; Akyol, 25. Resen dikkate alınacak ise de taraflarca kural olarak aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Oğuzman ve Barlas, 321.

### III. İcra ve İflâs Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Hukukî Niteliği ve Sonuçları

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dair yukarıda yaptığımız incelemeler neticesinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, maddî hukukun yanı sıra usûl hukuku ve icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Bununla birlikte dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, maddî hukuktaki etkisi ile usûl hukuku ve icra ve iflâs hukukundaki etkisinin farklı olduğunu ifade etmiştik<sup>207</sup>. Zira maddî hukukta kural olarak yalnızca hukukî ilişkinin taraflarının menfaatleri gözetilirken, usûl hukuku ve icra ve iflâs hukukuna ilişkin hükümler, âdil bir yargılama ve takip süreci neticesinde bireylerin adalete olan güven duygusunun toplum vicdanında gerçekleştirilmesini de amaçlamaktadır. Bu yönüyle usûl hukuku ve icra ve iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerin öngörülmesinde, kanun koyucu kamusal menfaati de gözetmektedir. Usûl hukukunda ve icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler, hukukî ilişkinin taraflarının yanı sıra devletin yargı mercileri ve cebrî icra organlarının da dâhil olduğu üçlü bir hukukî ilişki niteliği taşırlar. Bu üçlü hukukî ilişki içerisinde usûl hukuku ve icra ve iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerin, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kötüye kullanılmasının yargı mercileri ve cebrî icra organları tarafından ne ölçüde dikkate alınıp alınamayacağı ortaya konulmalıdır.

Maddî dürüstlük kuralının kamu düzeninden ve emredici olup olmadığı, bu anlamda taraflarca aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı ve hâkim tarafından resen dikkate alınıp alınamayacağı, yukarıda<sup>208</sup> da ifade edildiği üzere tartışmalıdır. Buna karşılık usûlî dürüstlük kuralında anılan hususlar farklıdır. Her şeyden önce maddî hukuk ile usûl hukuku nitelik itibarıyla birbirinden farklıdır. Gerçekten de devletin yargı mercileri nezdinde yürütülecek faaliyetlerin usûl ve esasları kural olarak emredici hükümlerle düzenlenmiştir<sup>209</sup>. Dolayısıyla usûl hukuku kurallarının dürüstlük kuralına aykırı şekilde yorumlanması ve uygulanması söz konusu olamaz. Zira adil bir yargılamanın yapılması ve maddî gerçeğe ulaşılabilmesi, yargı faaliyetinde tarafların ve ilgililerin dürüstlük kuralına uygun hareket etmesiyle sağlanabilir. Keza yargılamaların usûl ekonomisi ilkesi çerçevesinde mümkün merteye hızlı bir şekilde sonuçlandırılarak devletin yargı mercilerinin gereksiz yere meşgul edilmemesi için de dürüstlük kuralının uygulanması gerekir. Dolayısıyla usûl hukukunda öngörülen yargı faaliyetlerinin, şekilci bir anlayışla ve emredici kurullarla düzenlenmesi elzemdir. Bu husus, aynı zamanda

<sup>207</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, I, B, 2.

<sup>208</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, I, B, 1.

<sup>209</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 912.

yargı faaliyetlerinde özeldede taraflar ve ilgililer, genelde de kamu açısından hukukî güvenliğin sağlanması için de gereklidir. Aksinin kabulü, yargı mercilerine güvensizlik oluşmasına neden olur ve nihayetinde kişilerin kendiliğinden hak elde etme girişimlerine dolaylı olarak müsaade edilmesi anlamına gelir<sup>210</sup>.

Bu çerçevede yargı faaliyetlerinde taraflar, usûlî yetkilerin kullanılmasında dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır (HMK m. 29/1). Devletin resmî yargı mercileri olarak mahkemeler nezdindeki faaliyetlerin, haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde yürütülmesine izin verilemez. Dolayısıyla usûlî dürüstlük kuralı, kamu düzeninden olup, emredici niteliktedir<sup>211</sup>. Dürüstlük kuralına aykırılık, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabileceği gibi, taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir<sup>212</sup>. Dahası, dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığına, HMK çerçevesinde pek çok müessesede özel sonuçlar bağlanmıştır. Bu bakımdan ilgili düzenlemelerde, kötü niyetin var olup olmadığı hâkim tarafından özel olarak incelenmelidir<sup>213</sup>.

Netice itibariyle usûlî dürüstlük kuralı, usûl hukuku bağlamında kamu düzeninden ve emredicidir. Hâkim tarafından, tarafların usûlî ilişkilerinde dürüstlük kuralına aykırı davranılıp

<sup>210</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 912.

<sup>211</sup> Yargı faaliyetlerini düzenleyen usûl hükümleri, kanunilik prensibi çerçevesinde şekilci bir anlayışla oluşturulmuştur. Taraflar kendi aralarında anlaşarak yargılamalarda kendi usûllerinin uygulanmasını kararlaştıramazlar. Gerçekten de taraflar, sadece kanunun kendilerine izin verdiği konularda ve öngörülen sınırlar dâhilinde usûl sözleşmeleri yapabilirler. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 440 vd. Örneğin delil sözleşmesine ilişkin HMK m. 193/2 hükmü, taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerini geçersiz kılmaktadır. Bunun gibi, taraflar kendi aralarında anlaşarak, aralarındaki usûlî ilişkilerde dürüstlük kuralının uygulanmayacağını da kararlaştıramazlar. Zira bu durum, yargılamanın Kanun'a uygun olarak hâkim tarafından sevk ve idaresine ilişkin temel ilkenin de ihlâli sonucunu doğuracaktır. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 815.

<sup>212</sup> Kurt Konca, *Doğruyu Söyleme*, 142; Arslan, *Dürüstlük*, 49 vd.

<sup>213</sup> Örneğin HMK m. 7/2 çerçevesinde davalıların birden fazla olması hâlinde davacının, dürüstlük kuralına aykırı olarak davalılardan birini sırf başka bir mahkemeye getirmek amacıyla dava açması hâlinde mahkeme, ilgili davalı yönünden itiraz üzerine ayırma kararı verecektir. Keza HMK m. 42/4 uyarınca ret talebinin kötü niyetle yapılması hâlinde para cezası öngörülmüştür. Vekâletname olmaksızın dava açılması veya işlem yapılması durumunda, avukatın kötü niyetle ilgili işlemleri yapması hâlinde, ceza ve disiplin soruşturması açılmak üzere Cumhuriyet savcılığına ve ilgili baroya bildirim yapılmasına ilişkin HMK m. 77/2, c.2 düzenlemesi de bir başka örnektir. Aynı şekilde HMK m. 145 çerçevesinde sonradan delil gösterilmesinin kabul edilebilmesi ve HMK m. 182 çerçevesinde ıslahın dikkate alınabilmesinde de kötü niyetin olmaması gerekir. Sahtelik iddiasının kötü niyetle yapılması hâlinde de ilgili taraf, ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmeye mahkûm edilir (HMK m. 213/1). HMK m. 327 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak davanın uzamasına veya gereksiz masrafa sebep olan taraf, lehine kadar verilmiş olsa bile, karar ve ilâm harcı dışındaki yargılama giderlerine mahkûm edilebilir. Aynı maddede davada sıfatı olmadığı hâlde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltıp, kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verilmesi durumunda davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi hâlinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca kötü niyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları başlıklı HMK m. 329 hükmüne göre kötü niyetli tarafın yargılama giderlerinin yanı sıra karşı tarafla vekili arasındaki avukatlık ücretine mahkûm edilmesi söz konusu olabilir ve ayrıca para cezasına da mahkûm edilir. Anılan hüküm, HMK m. 351 uyarınca istinaf ve HMK m. 368 uyarınca temyiz kanun yollarında da geçerlidir. Görüldüğü üzere pek çok müessesede kötü niyetin varlığına çeşitli sonuçlar bağlandığından, bu hâllerde hâkim kötü niyetin var olup olmadığını da özel olarak değerlendirmelidir.

davranılmadığı resen incelenmelidir. Taraflar da dürüstlük kuralına aykırılığı her zaman ileri sürebilir. Ayrıca tarafların aralarında anlaşarak, usûlî dürüstlük kuralının, aralarındaki usûl ilişkilerinde uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir.

İcra ve iflâs hukukunun amacı, bireyler arasındaki maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif haklara ilişkin hak ve borçların, devletin cebrî icra organları tarafından yerine getirilmesidir. Bu yönüyle usûl hukukuyla bağlantılı ve bir anlamda usûl hukukunun devamı niteliğindedir. Dolayısıyla usûl hukukunda yargılamaya hâkim ilkelerin pek çoğu, icra ve iflâs hukuku bakımından da geçerlidir. Ancak usûl hukukundan farklı olarak, icra ve iflâs hukukunun cebrî niteliği, icra ve iflâs hukuku bakımından birtakım özel ilkelerin de kabul edilmesini gerektirmiştir. Bu anlamda icra ve iflâs hukukunun, kanunilik ilkesi çerçevesinde cebrî icra yollarının ve tedbirlerinin sınırlı ve belirli olması ilkesi gibi kendine özgü ilkeleri de mevcuttur<sup>214</sup>. Zira icra ve iflâs hukukunda devletin egemenliği daha fazla hissedilmekte ve devletin, tarafların haklarını gerçekleştirmeye yönelik cebrî faaliyeti bulunmaktadır. Bu faaliyet esnasında taraf menfaatlerinin yanı sıra, kamunun menfaatleri de korunmalıdır<sup>215</sup>. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunda devletin cebrî icra organları vasıtasıyla yürütülen süreçte, bireylerin temel haklarına müdahalede bulunulabilmesi nedeniyle, kanunilik prensibine uyulması ve takip yolları ile tedbirlerin sınırlı ve belirli olması zorunludur. Aksi takdirde kanuna aykırı keyfî uygulamalarla haklarına müdahale edilen kişilerin zarar görmesi kaçınılmaz olur. Bu bakımdan icra ve iflâs hukukunda, usûl hukukundan daha katı bir şekilde şekle sıkı bağlılık geçerlidir<sup>216</sup>.

Bu itibarla icra ve iflâs hukukuna ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden ve kural olarak emredici olduğu ifade edilebilir. Cebrî icra organları, kanun ve diğer mevzuat hükümleriyle kendilerine çizilen sınırlar dâhilinde takip sürecini yürütmekle yükümlüdür. Taraflar ve ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı olarak, icra ve iflâs hukuku çerçevesinde kendilerine tanınan hak ve yetkileri kötüye kullanmaları mümkün değildir. Dolayısıyla usûlî dürüstlük kuralı, icra ve iflâs hukuku bağlamında da kamu düzeninden ve emredicidir. Bununla birlikte icra ve iflâs hukuku da esas itibarıyla bireylerin özel hukuktan doğan hak ve borçlarının gerçekleştirilmesini temin ettiği için, sınırlı şekilde de olsa tarafların cebrî icra süreci bakımından etkili olmak üzere icra sözleşmeleri yapmaları mümkündür. Ancak icra sözleşmeleri de, sözleşme özgürlüğü, kamu düzeni ve koruyucu hükümler bakımından emredici

<sup>214</sup> İcra ve iflâs hukukunun kendine özgü ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, *İlkeler*, 89 vd.

<sup>215</sup> Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, 63-67; Kılıçoğlu, 55 vd.

<sup>216</sup> Özkes, *İlkeler*, 101.

hükümlerle ve icra ve iflâs hukukunun amaç ve ilkeleriyle sınırlandırılmıştır<sup>217</sup>. Bu çerçevede taraf ve ilgililerin, aralarındaki icra ve iflâs hukuku faaliyetinde kendilerine tanınan hak ve yetkilerin kullanımına ilişkin olarak usûlî dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmayacağına dair sözleşme yapmaları mümkün değildir. Usûlî dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukukundaki geçerliliği, taraflarca bertaraf edilemez<sup>218</sup>.

Bu noktada usûlî dürüstlük kuralının takip sürecinde cebrî icra organları tarafından hangi esaslar dairesinde dikkate alınıp alınamayacağı da ortaya konulmalıdır. Bilindiği gibi usûl hukukunda, yargı faaliyeti kural olarak mahkemeler nezdinde gerçekleşmektedir. Yargı faaliyeti çerçevesinde tarafların usûlî hak ve yetkilerini dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı şekilde kullanıp kullanmadığının, hâkim tarafından, taraflarca ileri sürülmesi bile resen dikkate alınabileceği açıktır<sup>219</sup>. Ancak icra ve iflâs hukuku bağlamında, cebrî icra organları arasında mahkemelerin yanı sıra icra ve iflâs daireleri gibi resmî organlar ile konkordato komiseri, iflâs idaresi gibi çeşitli resmî olmayan merciler de mevcuttur. Dolayısıyla taraf ve ilgililerin takip sürecinde kendilerine tanınan hak ve yetkilerini dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanmaları hâlinde, bu hususun söz konusu organlar tarafından dikkate alınıp alınamayacağı, yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı meselesi önem arz etmektedir.

İlk olarak icra ve iflâs hukukunda, İİK ve diğer icra ve iflâs hukuku mevzuatı çerçevesinde kendilerine verilen görevleri yerine getirmek üzere özel mahkeme niteliğinde icra mahkemeleri kurulmuştur. İİK ve diğer mevzuat hükümleriyle pek çok çeşitli görevleri<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 24-25. Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 15-14. İcra sözleşmeleri bağlamında icra hukukunda irade serbestisinin sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, 60-73; Kılıçoğlu, 54 vd.

<sup>218</sup> Bununla birlikte, icra ve iflâs hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gerekçesiyle kabul edilmiş icra tazminatlarının pek çoğunun talebe bağlı olması, ilk bakışta zımnî olarak dürüstlük kuralının ve sonuçlarının mutlak olarak uygulanmayabileceği izlenimi verebilir. Ancak kanımızca bu durumda, alacaklının takibinde kötü niyetli veya itiraz eden borçlunun haksız olmadığına yönelik bir anlaşmadan ziyade, tazminat hakkından feragat söz konusudur. Bir başka ifadeyle taraflar, aralarında anlaşarak icra tazminatının şartlarının oluşmayacağını kararlaştıramazlar. Örneğin itirazın kaldırılması yargılaması neticesinde borçlunun itirazında haksız bulunması hâlinde tazminatın şartları kanun gereği oluşmuştur, alacaklı tazminat talep etmeyerek sadece tazminat hakkından feragat etmiş olmaktadır. Kaldı ki icra tazminatları yalnızca tarafları kötü niyetli takip veya haksız itirazlara karşı korumayı değil, kötü niyetle takip başlatarak veya haksız olarak takibe itiraz ederek cebrî icra organlarının gereksiz yere meşgul edilmesini de engellemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla icra tazminatlarına dair düzenlemeler de emredici olup, taraflarca aksi kararlaştırılamaz.

<sup>219</sup> Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 913-915; Kurt Konca, *Doğruyu Söyleme*, 142.

<sup>220</sup> İcra mahkemelerinin şikâyet dışındaki görevleri genel olarak şu şekilde ifade edilebilir: alacaklının takibine borçlu tarafından itiraz edilmesi hâlinde, itirazın kaldırılması taleplerini inceleyip karara bağlamak (İİK m. 68, m. 68/a, m. 147, m. 150/a, m. 269/c, m. 275), istihkak davaları görmek (İİK m. 97-99, m. 228), şikâyet yoluyla ihalenin feshi taleplerini incelemek (İİK m. 134), ilâmlı icrada icranın geri bırakılması taleplerine bakmak (İİK m. 33), icra takibinin iptal ve taliki taleplerini incelemek (İİK m. 71), icra ve iflâs suçlarının pek çoğunun yargılamasını yapmak (İİK m. 331 vd.). Bunlar dışında da İİK ile pek çok konuda icra mahkemeleri görevlendirilmiştir.

düzenlenmiş olsa da, icra mahkemelerinin icra ve iflâs hukuku bağlamında temel görevi, asıl olarak icra ve iflâs daireleri ile istisnai olarak resmî niteliği olmayan cebrî icra organlarının işlemlerine karşı şikâyetleri incelemektir<sup>221</sup>. Esasen, bir mahkeme statüsünde olan icra mahkemelerinin, yaptıkları yargı faaliyetinde usûlî dürüstlük kuralına aykırılığı ve hakkın kötüye kullanılmasını resen dikkate alabileceği ifade edilebilir. Ancak icra mahkemelerinin, her durumda usûl hukuku bağlamında teknik olarak dava niteliğinde yargılama faaliyeti yürüttükleri söylenemez<sup>222</sup>. Bu nedenle icra mahkemelerinde yapılan yargılamalarda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının incelenmesi, İİK ve icra ve iflâs hukuku mevzuatı çerçevesinde öngörülen müesseseler bakımından icra mahkemelerine dair özel usûllere göre değerlendirilmelidir.

Bu noktada şikâyet müessesesi önem arz etmektedir. Zira şikâyet, “*icra takibinin taraflarına veya hukukî yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflâs dairelerinin (veya diğer icra organlarının) kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları veya geciktirdikleri işlemlerinin yapılmasını sağlayan hukukî çare*<sup>223</sup>” olarak tanımlanan, icra ve iflâs hukukuna özgü bir hukukî çaredir<sup>224</sup>. Şikâyetin konusu, icra ve iflâs dairelerinin veya işlemleri şikâyete tâbi diğer icra organlarının işlemleridir (İİK m. 16). Bu bakımdan, tarafların veya ilgililerin işlem veya taleplerinin, kanuna aykırı olsa dahi, doğrudan şikâyete konu olması mümkün değildir<sup>225</sup>. Cebrî icra organlarının, kural olarak tarafların veya ilgililerin talepleri doğrultusunda veya kendiliğinden yaptıkları işlemlerin kanuna veya hadiseye aykırı olması veya yapmaları gereken işlemleri yapmamaları hâlinde şikâyet yoluna gidilebilir. Bu bakımdan taraf veya ilgililerin işlemleri, şikâyet incelemesinde ancak dolaylı incelenebilir. Örneğin ödeme emri henüz kesinleşmemiş olmasına rağmen alacaklının, sırf borçlunun itibarını zedelemek amacıyla kesin haciz uygulanması talebi, borçlu tarafından icra mahkemesine şikâyet edilemez. Borçlu, ancak bu talebin icra memuru tarafından yerine getirilmesi hâlinde, icra memurunun haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurabilir. Bu durumda da haciz işlemi kanuna aykırı olduğundan icra mahkemesi tarafından

<sup>221</sup> İflâsta iflâs idaresinin ve alacaklılar toplantısı ile malvarlığının terki suretiyle konkordatoda alacaklılar kurulu kararlarına karşı da icra mahkemesine şikâyet yoluyla başvurulabilir.

<sup>222</sup> Gerçekten de icra mahkemesinde görülen istihkak davaları veya İİK m. 89/4 uyarınca alacaklının haksız itiraz eden üçüncü kişiye yönelik tazminat talepleri, ilgili hükümlerde yapılan atf gereği dava olarak nitelendirilebilirse de; şikâyet, itirazın kaldırılması incelemeleri gibi birtakım faaliyetleri teknik anlamda bir dava niteliğinde değildir. Bu bakımdan icra mahkemesinin verdiği kararlar, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği de taşımaz. Kuru, *El Kitabı*, 66-67.

<sup>223</sup> Pekcanitez ve Simil, 49.

<sup>224</sup> Şikâyetin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez ve Simil, 12-48.

<sup>225</sup> Pekcanitez ve Simil, 61.

iptal edilir. Alacaklının talebi dolaylı olarak değerlendirilmiş olur. Bir diğer örnek olarak borçlunun gerçekte alacağı yetecek kadar malı olmasına rağmen, kötü niyetli olarak hiçbir malının olmadığı yönündeki mal beyanı da cebrî icra organı işlemi olmadığından şikâyete konu edilemez. Bununla birlikte icra memurunun bu mal beyanını dikkate alarak alacaklının geçerli haciz talebi üzerine haciz işlemi yapmaması hâlinde alacaklı şikâyet yoluna başvurarak haciz işlemi yapılmasının emredilmesini isteyebilir. Dolayısıyla taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı işlem ve talepleri, icra mahkemesi nezdinde doğrudan şikâyete konu olamayacaktır.

İcra ve iflâs hukukunda taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı işlem ve taleplerinin doğrudan şikâyete konu edilememesi, şu soruyu gündeme getirir: acaba icra mahkemesi, cebrî icra organının işlemlerine yönelik şikâyet incelemelerinde, tarafların dürüstlük kurallarına aykırı işlemlerini dikkate alabilecek midir? Örneğin, haczedilmezlik şikâyetine ilişkin incelemede icra mahkemesi takip dosyasından takip talebinde alacaklının kötü niyetli olarak gerçekte var olmayan bir alacağı dayandığını göz önünde bulundurup takibi iptal edebilecek midir? Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki icra mahkemelerinin şikâyet incelemesinin kapsamı, kural olarak şikâyet yoluna başvuranın talebiyle sınırlıdır. Ancak kamu düzeni gerekçesiyle konulmuş emredici nitelikteki hükümlere aykırı olarak yapılmış işlemler, taraflarca ileri sürülme bile icra mahkemesi tarafından resen değerlendirilerek iptal edilebilir<sup>226</sup>. Örneğin kambiyo senedi vasfında olmayan bir senede ilişkin başlatılan takipte ödeme emrine karşı şikâyet yoluna gidilmesi hâlinde, icra mahkemesi senedin niteliğini de göz önünde bulundurarak takibin iptaline karar verebilir<sup>227</sup>. Bir diğer örnek olarak ihalenin feshine ilişkin bir şikâyet incelemesi esnasında, satışa konu malların haciz talebi olmaksızın haczedilmesi hâlinde icra mahkemesi, haciz işleminin iptaline karar verebilmelidir. Ancak dikkat edilirse, bu durumlarda da taraf takip işlemlerine ilişkin bir değerlendirme yapılmamakta, dolayısıyla taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı talep veya işlemleri, doğrudan şikâyet incelemesinin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte tarafların ve ilgililerin takip süreci içerisinde hak ve yetkilerini dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanma girişimleri, ilgili işlem veya talebe binaen cebrî icra organı tarafından yapılan işlemin şikâyet yoluyla iptal edilmesi, düzeltilmesi veya işlemin yapılmasının emredilmesi hâlinde dolaylı olarak amacına ulaşmamış olacaktır<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> Pekcanitez ve Simil, 332.

<sup>227</sup> Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Pekcanitez ve Simil, 335 ve oradaki dn. 1034.

<sup>228</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 220.

Bu noktada İsviçre’de öteden beri öğreti ve uygulamada kabul edilen ve 1 Ocak 1997’de yürürlüğe giren SchKG Art. 22 ile pozitif olarak düzenlenen “*hükümsüz işlem*” kavramı çerçevesinde sırf zarar vermek amacıyla hakkın kötüye kullanılması sayılan veya taciz niteliğindeki takiplerin, kamu düzeni gerekçesiyle baştan itibaren hükümsüz olduğu kabul edilmektedir<sup>229</sup>. Bu durum icra memuru ve icra mahkemesi tarafından resen dikkate alınabilecektir<sup>230</sup>. Türk icra ve iflâs hukuku bağlamında benzer yönde herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Kanun’da düzenlenmemiş olsa bile kamu düzenine aykırılık hâlleri, öğreti ve Yargıtay tarafından tereddütsüz şekilde şikâyet sebebi olarak öngörülmüştür<sup>231</sup>. Türk icra ve iflâs hukukunda da kamu düzenine aykırılık hâlinde, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile icra mahkemesi, resen inceleme yaparak cebri icra organı tarafından yapılan işlem hakkında iptal, düzeltme veya işlemin yapılmasının emredilmesi kararı verebilir. Bu bakımdan, usûlî dürüstlük kuralının icra ve iflâs hukuku bağlamında emredici nitelikte ve kamu düzeninden olduğundan hareketle icra mahkemesi tarafından resen dikkate alınabileceği; tarafların veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı işlem ve taleplerinin doğrudan değilse de, bu işlem ve taleplere istinaden cebri icra organlarıncı yapılan (veya yapılmayan) işlemin de bu kapsamda değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Ancak aşağıda ayrıntılarıyla incelenecek olsa da, şikâyet yoluyla zararların tazmini mümkün olmadığından, tazminat sorumluluğunun şikâyet müessesesi çerçevesinde gündeme gelmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla zararlarının tazmini bağlamında şikâyet müessesesiyle zarara görene etkin bir koruma sağlandığı söylenemez.

Takip sürecinde usûlî dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, icra mahkemesinin yanı sıra icra (ve iflâs) daireleri bakımından da değerlendirilmelidir. Zira İİK ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde kendilerine tanınan hak ve yetkiler çerçevesinde takibin yürütülmesinde birinci derecede görevli organ icra (ve iflâs) daireleridir<sup>232</sup>. Taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı talep ve işlemlerinin, cebri icra memurları tarafından hakkın

<sup>229</sup> Markus Dieth ve Georg J. Wohl, *SchKG Kurzkommentar*, Hrsg. Daniel Hunkeler (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014), 100, Art. 22, Rn. 2d ff.; Franco Lorandi, *Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG)* (Zürich: Dike, 2. Aufl., 2014), 9-10; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar* (Bern: Orell Füssli, 19. Aufl., 2015), 81, Art. 22, Rn. 5 ff. Bu çerçevede hakkın kötüye kullanılmasına dayanan hükümsüzlük hâlinin her zaman ileri sürülebilir. Thomas Bauer ve Daniel Staehelin, *Basler Kommentar SchKG*, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2017), 13, Art. 8a, Rn. 24, k.

<sup>230</sup> Staehelin, *Basler Kommentar SchKG*, 34, Art. 22, Rn. 14, a; Karl Spühler, *Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht* (Zürich: Schulthess, 2014), 36, Rn. 127 ff.; Dieth ve Wohl, 103, Art. 22, Rn. 12.

<sup>231</sup> Şikâyet bağlamında başlıca kamu düzenine aykırılık hâlleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez ve Simil, 145-222.

<sup>232</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 40-42; Kuru, *El Kitabı*, 61 vd.



kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, takibin cebrî icra işlemleri suretiyle ilerlemesi açısından önem arz etmektedir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, niteliği gereği cebrî icra müeyyidesi içeren icra ve iflâs hukuku müesseseleri, kanunilik prensibine uygun olarak şekilci bir anlayışla sınırlı ve ölçülü bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla esasen taraf veya ilgililerin, dürüstlük kuralına aykırı işlem veya taleplerinin önüne geçmek bakımından, TMK m. 2/2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının müeyyidesinin uygulanmasına gerek duyulmayacak şekilde koruyucu hükümler sevk edildiği söylenebilir. Örneğin sırf satışı geri bırakma amaçlı istihkak iddialarına karşı, takip istihkak iddia edilen malvarlığı unsurları bakımından durdurulmayacaktır (İİK m. 97/2). Bir diğer örnek olarak, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kötüye kullanması hâlinde, tasarrufun iptali yoluyla alacaklıların hakları korunmuştur (İİK m. 277 vd.). Keza hacze iştirak müessesesi de, dürüstlük kurallarına aykırı girişimleri engellemek amacıyla oldukça daraltıcı hükümlerle düzenlenmiştir (İİK m. 100).

Öte yandan icra ve iflâs dairesi memurlarının görevleri dairesindeki hak ve yetkileri, esasen tarafların talep ve işlemlerine istinaden kullanılacak şekilde düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, icra ve iflâs memurlarının icra işlemi yapması, kural olarak taraf veya ilgililerin taleplerinin bulunmasına bağlıdır. İcra ve iflâs memurlarının cebrî icra işlemleri, devlet eliyle alacaklıların haklarının gerçekleştirilmesi, borçların yerine getirilmesi ve takibin ilerlemesinde etkisini gösterir; ancak cebrî icra organları, kural olarak kendiliğinden işlem yapamaz. Takip süreci, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının kaynağı özel hukuk ilişkileri olduğundan, esas itibarıyla tarafların talep ve işlemleriyle yön bulmaktadır. Bu bakımdan taraf ve ilgililer arasındaki menfaat dengesi, icra ve iflâs hukuku müesseseleri çerçevesinde özel düzenlemelerle sağlanmıştır. Özel düzenlemelerin varlığı hâlinde, icra ve iflâs dairesi memurlarının yetkisi bağlı yetkidir. Örneğin usûlüne uygun bir takip talebi karşısında icra memuru, takibin niteliğine göre icra veya ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğe çıkarmak zorundadır. Alacaklının gerçekte hakkı olmadığını tespit etse dahi, icra memurunun takip talebini TMK m. 2 hükmü uyarınca dikkate almama yetkisi yoktur. Borçlu takibin türüne göre ödeme emrine itiraz ederek veya icranın geri bırakılması veya takibin iptal veya taliki müesseseleriyle kendisini korumak durumundadır. Görüldüğü üzere alacaklının gerçekte alacaklı olmaksızın veya sırf kötü niyetle borçlunun itibarını zedelemek için başlattığı takipte, borçlunun kendisine tanınan imkânlarla ilişkin özel düzenlemeler mevcut olduğundan icra memurları dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye

kullanılması yasağını kendiliğinden dikkate alamaz<sup>233</sup>. Bir diğer örnek olarak alacaklının alacağına geç kavuşabilmesi amacıyla borçlunun gerçekte borçlu olmasına rağmen ödeme emrine itiraz etmesi hâlinde de icra memuru, TMK m. 2 gerekçesiyle itirazı dikkate almaksızın takibe devam etme hak ve yetkisine sahip değildir. Zira kanun koyucu, bu durumda takibin duracağı, alacaklının takibe devam edebilmek için itirazı hükümden düşürmek amacıyla itirazın iptali davası veya itirazın geçici veya kesin kaldırılması yollarına başvurması yönünde özel düzenlemeler yapmıştır.

Görüldüğü üzere, cebrî icra memurlarının, taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı işlem ve talepleri karşısında TMK m. 2 kapsamında işlem yapmasını gerektirebilecek hâller, oldukça sınırlıdır<sup>234</sup>. Zira icra ve iflâs hukuku, niteliği gereği temel haklara müdahale sonucunu doğuracak müesseseleri düzenlendiğinden, dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin girişimleri önlemek maksadıyla şekilci bir anlayışla çoğu duruma ilişkin özel düzenlemeler öngörmüştür. Dolayısıyla icra ve iflâs dairesi memurlarının, dürüstlük kuralını, ancak özel düzenleme bulunmadığı durumlarda dikkate alabileceği ifade edilebilir.

Bazı hâllerde ise icra ve iflâs memurlarına, takdir hakkı tanınmıştır. Örneğin borçlunun malvarlığına dâhil unsurlardan hangilerinin haczedilebilir haczedilemeyeceği, haczedilen malların değerinin belirlenmesi, haczedilebilecek mallar arasında borçluya en az zarar verecek şekilde haciz işlemi yapılması (hacizde tertip ilkesi) gibi birtakım hususlarda icra memuruna takdir hakkı tanınmıştır. İcra memuru, haciz işleminde borçlu ve alacaklının arasındaki menfaat dengesini, kendisine tanınan takdir hakkı çerçevesinde korumakla yükümlüdür<sup>235</sup>. Alacaklının kötü niyetli olarak borçlunun lüzumlu ev eşyalarının veya cüzi bir alacağa ilişkin takipte doğrudan borçlunun evinin haczedilmesini talep etmesi hâlinde icra memuru, bu talepleri, alacaklının borçlunun malları üzerinde haciz işlemi yapılmasını sağlama hakkının usûlî dürüstlük kuralına aykırı olduğundan hareketle dikkate almayabilecektir<sup>236</sup>. Keza satış aşamasında icra memurunun bazı hâllerde resen satış kararı verebilmesi (İİK m. 113/2), yine

---

<sup>233</sup> Sema Taşpınar Ayvaz, “İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 2 (Ankara: Yetkin, 2015), 1552.

<sup>234</sup> Bununla birlikte Alman Hukukunda bütün cebrî icra organlarının dürüstlük kuralına aykırılığı kendiliğinden dikkate alabileceği, bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki talepleri geri çevirebileceği ifade edilmektedir. Bitmann, 42.

<sup>235</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 269 vd.

<sup>236</sup> Hatta uygulamada borçlunun ev veya işyerinde haciz işleminin yapılması esnasında, sırf borçlunun itibarının zedelenmesi için alacaklı tarafından çevredekilere duyurulması şeklindeki haciz uygulamalarıyla karşılaşmaktadır. Kuşkusuz, haczin tatbik usûlü icra memurunun takdiri ve sorumluluğunda olduğundan, alacaklının bu yöndeki girişimleri, icra memuru tarafından usûlî dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmeli ve engellenmelidir.

aynı hâllerde taşınırın pazarlık yoluyla satılabilmesi (İİK m. 119/1, b. 4) veya satış hazırlıkları çerçevesinde artırma ilânının gazeteyle yapılıp yapılmayacağı gibi birtakım hususlarda da takdir hakkı (İİK m. 114/2, 3; m. 124/1; m. 126/6) mevcuttur. Bu durumlarda da icra memuru, ilgililerin menfaatine en uygun olacak şekilde işlem yapmalıdır. Alacaklının kendi menfaatine aykırı da olsa kötü niyetli olarak borçlunun mallarının pazarlık yoluyla satışı suretiyle daha düşük bedelden satılmasını sağlamak istemesini engellemelidir. Aynı şekilde borçlunun sırf alacaklı alacağına kavuşmasını diye artırma ilânının gazeteyle yapılmamasını istemesi gibi talepler karşısında icra memuru, usûlî dürüstlük kuralına aykırılığı resen dikkate alarak talepleri kabul etmeme hakkına sahiptir. Hatta tüm bu örnek verdiğimiz durumlarda talebi kabul etmemelidir. Zira işlemi, takdir hakkının hadiseye uygun kullanılmadığı gerekçesiyle şikâyet konusu olabileceği gibi (İİK m. 16); icra memurunun işleminden dolayı devlete karşı sorumluluk davası yoluna da gidilebilir. Bu son durumda da, devletin tazminat ödemesi durumunda, kusurunun varlığı hâlinde icra memuruna rücu etmesi dolayısıyla icra memuru, hukukî sorumlulukla da karşılaşabilecektir (İİK m. 5).

Sonuç olarak icra ve iflâs hukukunda kanunilik prensibi ve şekilci anlayış gereğince cebrî icra memurlarının hak, yetki ve görevlerinin kural olarak bağlı yetki niteliğinde ve taraf ve ilgililerin menfaatleri özel olarak koruyucu hükümlerle düzenlendiğinden, usûlî dürüstlük kuralının cebrî icra memurları tarafından kendiliğinden dikkate alınması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Ancak icra ve iflâs hukukunda usûlî dürüstlük kuralının kendiliğinden dikkate alınamayacağına ilişkin engelleyici nitelikte bir hüküm de bulunmadığından, özel düzenleme bulunmayan ve icra ve iflâs dairesi memurlarına takdir hakkı tanınan hâllerde, usûlî dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının kendiliğinden dikkate alınabileceği kanaatindeyiz<sup>237</sup>. Hatta bu son durumda, cebrî icra memurunun tarafların menfaatlerini eşit ve tarafsız bir şekilde gözetmesine ilişkin yükümlülüğünden hareketle, dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki talepleri yerine getirmemesi gerektiğini belirtmekteyiz. Buna göre, icra memuruna takdir hakkı tanınan hâllerde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasını resen göz önünde bulundurması gerekmektedir. Cebrî icra memurunun bu hususa aykırı davranması hâlinde, ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun, İİK m. 5 çerçevesinde devlete yöneltmesi gerekecektir. Şu hâlde dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması nitelik taşıyan taleplerin, cebrî icra memuruna takdir yetkisinin tanındığı hâllerde engellenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun, haksız

---

<sup>237</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 221 vd.

takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğu çerçevesinde karşı taraf veya üçüncü kişiye yöneltilmesi mümkün değildir.

### § 3. “HAKSIZ TAKİP” VE “HAKSIZ TAKİP İŞLEMİ” KAVRAMLARI

#### I. Haksız Takip Kavramı

##### A. Genel Olarak

Türk icra ve iflâs hukuku öğreti ve uygulamasında haksız takip kavramı, büyük ölçüde icra tazminatları çerçevesinde değerlendirilmiş olup, özellikle monografik bir çalışmaya konu olmuş değildir. Gerçekten de “haksız takip”, alacaklının yönelttiği ilâmsız icra takibine borçlunun karşı koyması üzerine gündeme gelen itirazın hükümden düşürülmesine veya borçlunun genel mahkemelere başvurmasına ilişkin yargılamalar neticesinde borçlunun haklı çıkması hâlinde, talebi üzerine ve alacaklının da kötü niyetinin ispatlanmasıyla “kötü niyet tazminatı” bağlamında değerlendirilmiştir. Oysaki haksız takip kavramı, yalnızca kanun koyucu tarafından icra tazminatlarının öngörüldüğü hâllerle sınırlı değildir. Nitekim ilâmlı icra ve iflâs yolunda, icra tazminatı çerçevesinde değerlendirilebilecek bir tazminat öngörülmüş değildir. Ancak aşağıda da ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, dürüstlük kuralına aykırı olarak bu takip müesseselerinin de haksızlığı her zaman söz konusu olabilmektedir<sup>238</sup>. Bu bakımdan, haksız takip kavramının incelenmesi elzemdir.

Haksız takip, kısaca, “*alacaklının, icra ve iflâs hukuku çerçevesinde öngörülen müesseselere ilişkin takip hakkını, kanun koyucunun amacını aşacak şekilde kullanması*” olarak ifade edilebilir. Daha önce de ifade edildiği üzere icra ve iflâs hukukunda, bireylerin subjektif haklarının gerçekleştirilmesi, tarafların karşılıklı olarak menfaatlerinin dengelenmesinin yanı sıra, toplumda adalete duyulan güvenin korunması ve toplumsal barışın temin edilmesi amacı da mevcuttur. Dolayısıyla öngörülen müesseseler çerçevesinde tanınan imkânların belirli ölçü ve sınırlar içerisinde kullanılması gerekmektedir. Bu ölçülerden birisi de dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olup, alacaklının takip hakkını kanun koyucunun amacını aşar şekilde kullanması hâlinde, takip, haksız olarak değerlendirilecektir.

---

<sup>238</sup> Örneğin alacaklı, sırf borçlunun itibarının zedelenmesi amacıyla iflâs takibi başlatılabilmekte veya elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge olan alacaklının, borçluyu manevi olarak rahatsız etmek amacıyla dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak surette takip başlatılabilmektedir.

## B. Takip Hakkı

“Haksız takip” kavramı, “takip hakkı” kavramının da ortaya konulmasını gerektirmektedir. Ancak ne var ki “takip hakkı” da, tıpkı haksız takip kavramı gibi icra ve iflâs hukuku öğretisinde doğrudan incelenmiş değildir. Keza uygulamada da takip hakkı kavramını ortaya koyan ve esas alan kararlar pek mevcut değildir. Kanımızca takip hakkı kavramı da medenî usûl hukuku bağlamında dava hakkıyla paralel olarak açıklanabilir.

Dava hakkı, özel hukukta öngörülen sübjektif haklara ilişkin hukukî talepler bakımından, yargı mercilerine başvurma ve karar alabilme hakkıdır<sup>239</sup>. Ancak dava hakkının sübjektif hakla birlikte değerlendirilmesi, her durumda mutlak olmayabilir. Nitekim öğretilde, dava hakkının hukukî niteliği tartışmalıdır<sup>240</sup>. Bir görüşe göre dava hakkının sübjektif haktan bağımsız olamayacağı, sübjektif hakkın hiç olmaması veya bir şekilde sonradan sona ermesi hâlinde, dava hakkının da mevcut olamayacağı, dava hakkının sübjektif hakla birlikte ve ona bağlı fer’i bir hak olduğu ifade edilmektedir<sup>241</sup>. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, dava hakkı çoğu zaman sübjektif hakka dayanmakta ise de, sübjektif haktan daha geniş ve bağımsız niteliktedir<sup>242</sup>. Buna göre dava hakkı, esasen bireylerin taleplerinin, yargı mercileri önüne götürülebilmesini ifade eden usûlî bir yetki niteliğinde olup, kaynağını sübjektif haktan bağımsız bir şekilde, hukukî yararın varlığından almaktadır<sup>243</sup>. Bu bakımdan dava hakkı, kural olarak devletin resmî yargı mercilerine yönelik, maddî hukuktan bağımsız bir sübjektif haktır ve nitelik itibariyle kamu hukukuna dâhildir. Dava hakkı, kaynağını hak arama özgürlüğünden alan, temel bir özgürlüğün ifadesidir<sup>244</sup>.

Dava hakkının maddî hukuka ilişkin sübjektif haktan bağımsız olduğu, gerçekten medenî usûl hukukunun niteliğine de daha uygundur. Bağımsız bir hak olarak dava hakkı, kullanılmasıyla birlikte taraflar ve yargı mercii arasında ortaya çıkan üçlü usûlî ilişki

---

<sup>239</sup> Schwarz, 161.

<sup>240</sup> Dava hakkının hukuki niteliği ve sübjektif hakla ilişkisine dair teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Reşit Belgesay, *Dava Teorisi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1943), 5-16; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul: Filiz, 7. B., 2000), 265 vd.

<sup>241</sup> İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. B., 1975), 179 vd.

<sup>242</sup> Tanrıver, *Medenî Usûl*, 464 vd.; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, 268-270; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 205; Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 12 vd.; Belgesay, *Teori*, 13.

<sup>243</sup> Özlem Tüzüner, “Dava Hakkı Unsuru Olarak Hak”, *Prof. Dr. Aydın AYBAY Armağanı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, (2007): 499.

<sup>244</sup> Bu çerçevede dava hakkı, İnsan hakları Evrensel Beyanamesi’nin (İHEB) 8’inci, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6’ncı ve Anayasa’nın 36’ncı maddesi düzenlemeleri uyarınca evrensel bir temel hak olarak hak arama özgürlüğü çerçevesinde hakların tanıtılması ve korunması anlamında temel bir güvencedir. Dava hakkının hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Ankara: Yetkin, 2009), 45 vd.

çerçevesinde, iddiaların dayandığı maddî hukuka ilişkin sübjektif hakkın varlığından bağımsız olarak, talebin muhatabı olan yargı merciî tarafından inceleme yapılmasını gerektirir. Zira davacının maddî hukuka ilişkin hakkının mevcut olup olmadığı, kural olarak esasa ilişkin inceleme neticesinde ortaya konulabilecektir. Dolayısıyla dava hakkının maddî hukuka ilişkin sübjektif hakka dayanması hâlinde, sübjektif hakkın yokluğu veya sona erdiği durumlarda, yargılamanın yapılabilmesi daha en başından mümkün olamayacaktır. Oysa dava hakkı, bağımsız bir sübjektif hak olarak değerlendirildiğinde, yargı merciine yöneltmiş usûlüne uygun her taleple birlikte yargı faaliyeti başlayacak ve yapılacak inceleme neticesinde talebin dayanağını teşkil eden maddî hukuka ilişkin sübjektif hakkın mevcut olup olmamasına göre karar verilecektir.

Dava hakkı, maddî hukuka ilişkin sübjektif haktan bağımsız olsa da; hukukî yarardan bağımsız değildir, dayanağını hukukî yarardan alır. Bir başka ifade ile dava hakkı, hukukî yararlarla sınırlıdır; hukukî yararın mevcut olmaması veya sonradan ortadan kalkması hâlinde, dava hakkının varlığından söz edilemez<sup>245</sup>. Davacının dava hakkının kullanılmasıyla yargı merciine yönelttiği talebine ilişkin iddiası, hukukî yarar ile birlikte değerlendirilecektir. Hukukî yarar, HMK m. 114 uyarınca dava konusuna ilişkin dava şartlarından biri olarak, yargılamanın her aşamasında, gerek hâkim tarafından kendiliğinden gerekse de tarafların talebi üzerine dikkate alınacaktır. Dolayısıyla davacının hukukî korunma talebi, hukuken korunmaya değer menfaatin yokluğu veya menfaatin sonradan ortadan kalkması hâlinde, iddiasını dayandırdığı maddî hukuka ilişkin sübjektif hak var olsa dahi, usûlden reddedilecektir.

Dava hakkının hukukî niteliği bakımından işaret ettiğimiz bu hususlar, takip hakkının hukukî niteliğinin tespit edilmesi bakımından da yol göstericidir. Zira icra ve iflâs hukuku, medenî usûl hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olmakla birlikte, onunla amaç ve nitelik yönünden bir bütünlük içerisindedir. Nitekim icra ve iflâs hukuku da, medenî usûl hukuku gibi şeklî bir hukuk dalı olarak esasen bireylerin özel hukuka ilişkin sübjektif haklarının, devletin resmî cebrî icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmesini ve bu doğrultuda takip yollarını düzenlemektedir. Keza icra ve iflâs hukukunun toplumsal adaletin sağlanması ve korunması amacı da mevcuttur. Dolayısıyla, alacaklının icra ve iflâs hukuku çerçevesinde takip hakkını kullanması da, tıpkı medenî usûl hukukunda dava hakkının kullanılması gibi, hukukî korunma

---

<sup>245</sup> Hukukî yarar ise, davacının dava hakkını kullanmaktaki yararının hukuken korunmaya değer, doğmuş ve güncel olmasını gerektirir. Örneğin güncel olmayan veya kişisel ve doğrudan değil de genel bir menfaat, hukukî yarar kapsamında değerlendirilemez. Bu noktada özellikle ekonomik yararın varlığı da tek başına yeterli değildir. Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*, 947; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 470; Hanağası, *Menfaat*, 345 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 320-322.

talebi olarak değerlendirilebilir. Alacaklı, nasıl ki maddî hukuka ilişkin bir hakkının ihlâl edilmesi veya bu yönde bir tehlikenin mevcut olması hâlinde, dava hakkını kullanarak yargı mercilerinden hukukî korunma talep ediyorsa; takip hakkını da kullanarak sübjektif hakkının, kural olarak mahkeme kararına rağmen karşı tarafça rıza ile yerine getirilmemesi hâlinde, devletin cebrî icra organlarıncı cebrî gerçekleştirilmesine ilişkin hukukî korunma talebinde bulunmaktadır.

Takip hakkı, “*alacaklının, özel hukuka ilişkin sübjektif haklarının, devletin cebrî icra organları marifetiyle, gerektiğinde zor kullanılarak gerçekleştirilmesine yönelik hukukî korunma talebinde bulunma hakkı/yetkisi*” olarak tanımlanabilir. Takip hakkı, icra ve iflâs hukukunda sınırlı ve belirli olarak şekli düzenlemelerle öngörülen müesseselere başvurulabilmesi, devletin cebrî icra organlarına yönelik kullanılması ve takip hakkının kullanılmasıyla birlikte tarafların kendi aralarında ve taraflar ile cebrî icra organları arasında kurulan üçlü ilişkinin oluşması bakımından hak arama özgürlüğünün somut görünümünden birisi olup, kamusal niteliktedir. Takip hakkının hukukî niteliğinin, bu yönüyle, dava hakkıyla aynı olduğu kolaylıkla ifade edilebilirse de, takip hakkının maddî hukuka ilişkin sübjektif haktan bağımsız olup olmadığı değerlendirilmesinde, icra ve iflâs hukukunun niteliği gereği bazı farklılık yaratan durumların da dikkate alınması gerekecektir.

İlk olarak, icra ve iflâs hukukunun niteliği gereği, öngörülen her takip yolunda, cebrî müdahale söz konusudur. Dolayısıyla hukuken veya fiilen, cebrî müdahalenin konusunu oluşturmaya elverişli olmayan alacaklar, takip hakkının konusunu oluşturamaz. Örneğin alacaklının bir işin yapılmasına veya yapılmamasına yönelik alacağı, niteliği gereği eda kabiliyetini gerektirdiğinden, ilâmlı icra yoluna ilişkin takip hakkı bakımından maddî hukuka ilişkin sübjektif haktan bağımsız olamaz. Bir başka örnek olarak bir para alacağına ilişkin genel haciz yoluyla takip hakkının kullanılabilmesi için, para alacağının doğumuna ve borçlu tarafından para borcunun ödenmesine neden olan maddî hukuka ilişkin sübjektif hakka dayanılması zorunludur. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, para ve teminat alacaklarına yönelik öngörülen genel haciz yoluyla takip hakkının kullanılabilmesi bakımından, alacaklının gerçekten alacaklı olup olmadığıнын öneminin bulunmaması ile İİK m. 58 uyarınca takip talebinde alacaklının alacağının sebebini belirtmesi zorunluluğu karıştırılmamalıdır. Para ve teminat alacakları için genel haciz yoluyla takip çerçevesinde alacaklının iddia ettiği alacağına dair, elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge, hatta hiçbir belge dahi ortaya koymaksızın, bu anlamda gerçekten de alacaklı olup olmadığı belli olmaksızın başvurabilmektedir. Ancak bu

durum alacağına maddî hukuka ilişkin ve cebrî icraya elverişli bir sübjektif hakka dayanmak zorunda olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İcra ve iflâs hukukunda hangi takip yolu olursa olsun, takip hakkının kullanılması, usûlüne uygun takip talebinin icra dairesine sunulmasıyla gerçekleşecektir<sup>246</sup> ve takip talebinde, alacağına ilişkin sübjektif hak belirtilmemişse, icra memuru tarafından takip talebi işleme koyulmayacaktır. Nitekim alacaklı, ilâmlı icrada ilâm veya ilâm niteliğindeki belgenin konusuna, para ve teminat alacakları bakımından genel haciz yoluyla takipte para veya teminat alacağına, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde kambiyo alacağına, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde rehin hakkına, iflâs yoluyla takiplerde ise iflâs alacağına ilişkin olarak maddî hukuktaki sübjektif hakkına dayanmak zorundadır. Bu takip yollarında belgeye dayanıp dayanmama ve takip talebine ekleyip eklememe zorunluluğu noktasındaki farklılıklar, yalnızca alacaklının takip başında ve takip süreci içerisinde menfaatinin korunması bakımından ne derece üstün tutulacağını, buna karşılık borçlunun da takip sürecinde menfaatlerin dengelenmesi bakımından alacaklıya karşı nasıl ve hangi ölçüde korunacağını belirlemesi açısından önem arz etmektedir. Yoksa alacaklının takip hakkının, sübjektif hakka dayanmaksızın kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir.

İkinci olarak, takip hakkının kullanılmasıyla birlikte, icra daireleri nezdinde yürütülecek faaliyet, alacaklının gerçekten alacaklı olup olmadığına değil; bilakis, esas itibariyle alacaklının alacağına gerçekleştirilmesine yönelmektedir. Bu bakımdan icra daireleri nezdinde alacaklının takip hakkıyla birlikte dayandığı maddî hukuka ilişkin sübjektif hakkının, gerçekte mevcut olup olmadığı incelenmemektedir. Bu yöndeki inceleme, borçlunun, alacaklının başvurduğu takibin türüne göre kendisine tanınmış savunma imkânlarını kullanması üzerine mahkemeler nezdinde yapılacaktır. Burada bir ihtimal kambiyo senedinin niteliğine ilişkin olarak icra memuru bakımından denetleme zorunluluğundan hareketle, kambiyo senedi niteliği taşımayan belgeyle takip başlatılmak istenmesi hâlinde, sübjektif hakkın gerçekte olmadığı tespit edilmiş olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu durumda dahi, icra memurun anılan hususu denetleme yükümlülüğü, kambiyo senetlerine ilişkin olarak kambiyo hukukunun maddî hukuk özellikleri dikkate alınarak öngörülen özel takip yolundan faydalanabilip faydalanamayacağını tespiti amacını

---

<sup>246</sup> Bu husus, mahkeme önünde yargılama ile cebrî icra organları nezdinde yürütülen sürece ilişkin hukukî ilişkinin, birbirinden farklı olmasına yol açmaktadır. Bu anlamda cebrî icra ilişkisi usûl hukuku ilişkisi veya yargılamanın devamı anlamında bir ilişki değildir. Zira cebrî icra sürecinde, cebrî icra organının temsil ettiği devlet ile taraflar arasındaki ilişkiyi, alacaklının takip hakkıyla birlikte somutlaştırdığı maddî hak talebi belirler. Hatta icra edilebilir bir belgeyle doğrudan başlatılan takiplerde, yargılama hukuku çerçevesinde bir hukukî ilişki dahi olmayabilir. Hans Friedhelm Gaul, "Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff", *Zeitschrift für Zivilprozess* 110, 1, (1997): 26-27.



taşımaktadır. Örneğin kanun koyucunun aradığı şartları haiz bir kambiyo senediyle başlatılan bir takipte de borçlu, senede ilişkin borcun ödendiği veya senedin sahte olduğu gibi iddialarla, alacaklının sübjektif hakkının mevcut olmadığını ileri sürebilir; bu hususların icra memuru tarafından kendiliğinden denetlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, takip hakkının kullanılmasyla icra memurluğu tarafından sübjektif hakkın varlığı, maddî anlamda araştırılmayacağından, takip hakkının sübjektif haktan bağımsız olmadığı görülmektedir. Dava hakkının sübjektif haktan bağımsız olduğuna ilişkin, sübjektif hakkın mevcudiyetinin mahkemece yürütülecek yargılama çerçevesinde kural olarak esasa ilişkin inceleme ile tespit edileceği, bu nedenle de dava hakkının sübjektif haktan bağımsız bir usûlî talep yetkisinden ibaret olduğu hususundan farklılık arz etmektedir. Sonuç olarak, hem dava hakkı hem de takip hakkının her ikisi de hak arama özgürlüğünün somut görünümü olarak kamusal nitelikte usûlî talep yetkisinden ibaret olmakla birlikte; takip hakkının, dava hakkından farklı olarak, alacaklının takip yoluyla borçluya karşı yönelttiği talebini dayandırdığı maddî hukuka ilişkin sübjektif haktan bağımsız olmadığı kanaatindeyiz<sup>247</sup>.

### **C. Takip Hakkı Bağlamında Hukukî Yarar**

Hukukî yarar, yargı faaliyeti çerçevesinde talepte bulunanın, hakkının devlet eliyle korunması ihtiyacının bulunmasını ve bu koruma ihtiyacının hukukî olması gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla yargı faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından ilgililerce yapılacak her işlemde var olması gerekir. Nitekim Anayasal bir temel hak olarak hak arama özgürlüğü, Anayasa'nın 36'ncı maddesi uyarınca, "...meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle ..." şeklinde sınırlandırılmıştır. Buna göre hukukî yarar mevcut olmaksızın hak arama özgürlüğünün kullanılması, hukuken meşru kabul edilemez. Talebin dayanağını oluşturan sübjektif maddî hak bakımından tercih edilen korunma talebinin, bir diğer ifadeyle kullanılan usûlî talep yetkisinin; amaçlanan korumanın sağlanması açısından gereksiz, masraflı, fazla emek ve zaman gerektiren bir müessese olması hâlinde hukukî yararın varlığından bahsedilemez. Öte yandan, hak arama özgürlüğü kapsamında yapılacak her talebin, muhatabı olan yargı mercileri tarafından karşılanması, devletin aslî görev ve yetkisi olarak yargı hizmetlerinin sunulmasını zorlaştırabilir veya engelleyebilir. Daha somut bir ifadeyle, devletin yargı mercilerine yapılacak başvurularda,

---

<sup>247</sup> Esasen medenî usûl hukuku bağlamında yargı süreciyle ortaya çıkan hukukî ilişkinin, cebri icra ilişkisi bakımından da kabul edilebilmesi kolay değildir. Zira cebri icra süreciyle birlikte borçluya (ve dahi duruma göre üçüncü kişiye) yönelen takip hakkını karakterize eden husus, öncelikle maddi hukuka ilişkin hak talebidir. Bu bağlamda cebri icra sürecinde ileri sürülen usûlî sübjektif hakkın, işin niteliği gereği maddi boyutu da mevcuttur. Lüke, 437.

hukukî yararın aranmaması hâlinde, her türlü talebin karşılanması gerekecek, bu durum da kaçınılmaz bir şekilde yargı hizmetlerinin aksamasına neden olacaktır. Dolayısıyla hukukî yararın varlığı, hak arama özgürlüğü kapsamında yapılacak faaliyete ilişkin her talebin, hukuken korunmaya ve karşılanmaya değer olması bakımından meşru kabul edilebilmesinin şartlarından birini teşkil etmektedir<sup>248</sup>. Bu itibarla takip hakkının da, tıpkı dava hakkı gibi hukukî yararlarla sınırlı olduğu, şüpheden uzaktır. Takip hakkının kullanılması, hukukî yararın varlığına bağlıdır. Ancak dava hakkı bağlamında hukukî yararın değerlendirilmesi ile takip hakkı bağlamında hukukî yararın değerlendirilmesi farklılık arz etmektedir.

Bu noktada ilk olarak belirtmek gerekir ki, hukukî yarar bakımından icra ve iflâs hukukunda doğrudan düzenleme yapılmış değildir. Gerçekten de medenî usûl hukukunda HMK m. 114 hükmünde hukukî yarar bir dava şartı olarak düzenlenmişken, Kanun'da ne genel olarak dava şartlarına paralel şekilde takip şartlarına ne de özel olarak takip hakkının kullanılması bakımından hukukî yarara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla, esasen usûl hukuku müessesesi olan dava şartlarının, gerek genel olarak icra ve iflâs hukukunda, gerekse de özel olarak hukukî yararın, takip hakkı bağlamında uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Hâl böyle olmakla birlikte, dava şartları gibi icra ve iflâs hukukunda da takibin başından sonuna kadar varlığı veya yokluğu aranacak “*takip şartları*” müessesesinin uygulanıp uygulanamayacağı yeterince incelenmiş değildir.

Konuya her iki hukuk dalının hukukî niteliği ve birbiriyle olan ilişkisinden hareketle yaklaşılabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, icra ve iflâs hukuku, medenî usûl hukukuyla paralel şekilde subjektif hakların gerçekleştirilmesi noktasında bireylerin hukukî korunma taleplerinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle her iki hukuk dalı da adaletin gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır<sup>249</sup>. Bununla birlikte icra ve iflâs hukuku, bireylerin haklarına ilişkin hukukî korumanın gerektiğinde devletin cebri müdahalesiyle gerçekleştirilmesini konu edindiğinden, medenî usûl hukukunun da ötesinde koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla icra ve iflâs hukuku düzenlemeleri, medenî usûl hukukundan daha katı ve şekilci anlayışla, daha sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buradan hareketle, ilk bakışta, her ne kadar icra ve iflâs hukuku ile medenî usûl hukuku birbiriyle sıkı ilişki içerisinde olsa da, açıkça düzenleme yapılmadığı sürece icra ve iflâs hukuku mevzuatıyla öngörülenin dışına çıkılamayacağı ve dolayısıyla dava şartlarının icra ve iflâs hukukunda takip şartları olarak

<sup>248</sup> Tanrıver, *Medeni Usûl*, 470 vd.

<sup>249</sup> Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. 2, (Ankara: Yetkin, 2015), 1839.

uygulanamayacağı söylenebilir. Gerçekten de icra ve iflâs hukuku uyuşmazlıklarında, kanun koyucunun takip yollarının sınırlı ve belirli tutulmasındaki amacının dışına çıkılmaması ve bu surette cebrî müdahalenin sınırlarının aşılmasına dikkat edilmelidir. Ancak bu husus, icra ve iflâs hukuku mevzuatında hüküm bulunmayan hâllerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK ve dahi diğer usûl hukukuna ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasına engel olmamalıdır. Önemli olan, takip yollarının sınırlı ve belirli tutulmasındaki amacının dışına çıkılmaması ve bu surette cebrî müdahalenin sınırlarının aşılmasıdır. Nitekim öğretilerde de medenî usûl hukukunda yargılamaya hâkim olan ilkelerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde icra iflâs hukukunda da geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>250</sup>. Ayrıca Kanun'da herhangi bir düzenleme olmasa da, takip ehliyeti, takip arkadaşlığı, temsil, gibi müesseseler için de HMK hükümleri uygulanma kabiliyetini haizdir<sup>251</sup>. Dolayısıyla dava şartlarının, niteliğine uygun düştüğü ölçüde takip şartları olarak uygulanabileceği, ancak uygulamada yaşanacak tereddütlerin giderilmesi amacıyla, İİK çerçevesinde genel bir atıf düzenlemesinin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz<sup>252</sup>.

İkinci olarak ise medenî usûl hukukunda kural olarak mahkemeler nezdinde yürütülen yargı faaliyetlerinde, mahkemeler dava şartları hakkında gerek kendiliğinden gerekse de tarafların talebi üzerine her zaman karar verebilir. Oysa icra ve iflâs hukukunda takip hakkının muhatabı, cebrî faaliyet bakımından kural olarak<sup>253</sup> icra dairesleridir. Alacaklının takip hakkını kullanmasının icra ve iflâs hukukundaki somut karşılığı, seçilen takip yoluna uygun takip talebinin, ilgili icra dairesine sunulmasıdır. Bu surette takip süreci başlar ve alacaklının alacağının tahsil edilmesine yönelik icra işlemleri, icra dairesi memurları tarafından gerçekleştirilir, bu bakımdan icra memurları pek çok yetkiyle donatılmıştır. Ancak kuşkusuz nitelik itibarıyla mahkeme statüsünde olmayan bu organlar nezdindeki memurların hak, görev ve yetkileri de icra ve iflâs hukukunun cebrî niteliği karşısında, kural olarak bağlı yetkiyle düzenlenmiştir; icra-iflâs dairesi memurlarına sınırlı hâllerde takdir yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla icra dairesi memurlarının dava şartları arasında yer alan hususları, takip şartı olarak kendiliğinden dikkate alıp alamayacağı da önem arz etmektedir. İfade etmek gerekir ki, her ne

---

<sup>250</sup> Özekes, *İlkeler*, 67 vd.; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 114 vd.

<sup>251</sup> Kuru, *El Kitabı*, 156; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 80 vd.

<sup>252</sup> Nitekim mehz İsviçre Federal İcra ve İflâs Yasası'nda bu yönde düzenleme de mevcuttur. Markus Schott, *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar*, Hrsg. Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haar, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014), Art 1, Rn. 17-18; Yılmaz, "Uygulanabilirlik", 1866.

<sup>253</sup> Doğrudan doğruya iflâsta ve ihtiyati haciz müessesesinde, takip hakkının muhatabı mahkemelerdir. Bir başka ifadeyle icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler, bu iki istisna dışında icra dairesine sunulacak takip talebi ile başlamaktadır.

kadar Kanun'da açık düzenleme olmasa da, dava ehliyeti, taraf ehliyeti, dava takip yetkisi gibi bazı dava şartları, niteliği gereği cebrî icra takiplerinde de taraf ehliyeti, takip ehliyeti, takip yetkisi olarak icra memuru tarafından resen dikkate alınmakta ve her zaman icra mahkemesine şikâyet olunabilmektedir<sup>254</sup>. Ancak diğer dava şartları bakımından ne öğretisi ne de uygulamada çözüme ulaşılmıştır<sup>255</sup>.

Dava şartlarının, takip şartları olarak niteliğine uygun düştüğü ölçüde icra memuru tarafından resen dikkate alınabilmesi gerektiğini, nitekim taraf ehliyeti, takip ehliyeti, takip yetkisi gibi hususların açık düzenleme olmasa da icra ve iflâs hukuku bakımından uygulanabildiğini ifade ettikten sonra, hukukî yararın icra memuru tarafından dikkate alınıp alınamayacağını ortaya koymak gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hukukî yararlar sınırlı olan takip hakkının kullanılması üzerine icra memuru, hukukî yararın varlığını kendiliğinden değerlendirebilecek midir? Yukarıda da ifade edildiği üzere İİK, hukukî yarar bakımından herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dahası, icra ve iflâs hukukunda öngörülen takip yolları bakımından, alacaklının usûlüne uygun takip talebinde bulunulmasıyla, icra memurunun

---

<sup>254</sup> Kuru, *El Kitabı*, 158. Hatta Kuru, “taraf ehliyeti, icra ve iflâs takibinin önemli bir şartıdır” ifadesini kullanarak, taraf ehliyeti olmayanların başlatıldığı veya taraf ehliyeti olmayanlara karşı başlatılmış veya devam edilmiş takipler ile bu takiplerde yapılan işlemlerin geçersiz olduğu, geçersizliğin icra memurluğu tarafından resen dikkate alınabileceği ve her zaman şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurulabileceğini belirtmektedir. Kuru, *El Kitabı*, 163.

<sup>255</sup> Bu noktada özellikle derdestlik bakımından değerlendirme yapılabilir. Zira derdestlik HUMK döneminde ilk itiraz iken (HUMK m. 187/1, b.4), HMK ile birlikte dava şartı hâline gelmiştir (HMK m. 114/1, (1)). Bu çerçevede derdest bir takip varken, tekrar takip başlatılması hâlinde, icra memuru bu hususu kendiliğinden gözeterek takip talebini geri çevirebilecek midir? Belirtelim ki öğretisi ve uygulamada, derdestliğin borçlu tarafından ödeme emrine itiraz yoluyla ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), 99. Bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2016/18076, K. 2017/9687, T. 21.06.2017, (<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/810828/yargitay-12-hukuk-dairesi-e-2016-18076-k-2017-9687/?v=list&aranan=m%FCkerrer>, E.T. 17.02.2020). Hatta Yargıtay, başka bir kararında yalnızca mükerrer takip nedeniyle derdestlik itirazında bulunulması hâlinde alacaklının itirazın iptali davası açamayacağı, itirazın kaldırılması yoluyla icra mahkemesine başvurulması, bu sebeple itirazın iptali davasına bakan mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2011/535, K. 2011/3127, T. 10.03.2011, (HukukTürk, E.T. 17.02.2020). Ancak kanımızca derdestlik artık dava şartı niteliğinde olduğundan, yargılamada hâkim tarafından kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine her aşamada dikkate alınarak karar verilebilecektir. Bu bakımdan kanun koyucunun derdestlik kurumuna bakış açısının değiştiği ortadadır. Hâl böyle iken, Kanun'da derdestlik hâlinin itiraz yoluyla ileri sürülmesine yönelik açık bir düzenleme de mevcut değildir. Oysa derdestlik HUMK döneminde ilk itiraz niteliğindeki de İİK'da herhangi bir düzenleme mevcut değildi ve fakat takipte borca itiraz yoluyla ileri sürülmemesi hâlinde, daha sonradan ileri sürülemeyeceği kabul edilmekteydi. Buna yönelik İİK'da herhangi bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen, itirazın hükümden düşürülmesi aşamasında derdestliğin ileri sürülmesi, HUMK uyarınca ilk itiraz olarak kabul edildiğinden mümkün görülmemekteydi. Bu durumda derdestlik bakımından İİK'da hâlâ bir düzenleme mevcut değildir, fakat usûl hukuku bağlamında HMK ile birlikte derdestlik savunmasının niteliği değişmiştir. Dolayısıyla icra memurunun resen değerlendirme yapip, derdestlik hâlinde takip talebini kabul etmemesi gerektiği; şayet kabul edilmiş ve borçluya ödeme emri tebliğ edilmişse, borçlunun süresiz şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurarak takibin iptal edilmesini sağlayabileceği kanaatindeyiz. Aynı yönde Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 122; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 96; Pekcanitez ve Simil, 39.

borçluya takibin türüne göre ödeme veya icra emri gönderme yükümlülüğü doğmaktadır<sup>256</sup>. Bu husus bağlı yetki niteliğinde olup<sup>257</sup>, alacaklının alacağıın var olup olmadığı noktasındaki maddi hukuka ilişkin değerlendirmeye, hukukî yararın varlığı hakkında icra memurunun herhangi bir inceleme yapması mümkün değildir. Kanımızca takip talebi üzerine icra memurunun hukukî yararı değerlendirip değerlendiremeyeceği bu esastan hareketle açıklanmalıdır. Buna göre usulüne uygun takip talebinde bulunulmasıyla, icra memuru, alacaklının alacaklı olup olmadığını dikkate almaksızın ödeme veya icra emri düzenleyip göndermelidir. Zira her takip yolunda, menfaatlerin dengelenmesi amacıyla borçluya, takibin türüne göre karşı koyma imkânları tanınmıştır. Örneğin alacaklının gerçekte alacaklı olmaksızın başlattığı genel haciz yoluyla takipte, borçlu ödeme emrine itiraz yoluyla alacaklıya karşı koyabilir. Keza ilâmlı icrada da borcun takipten önce veya sonra yerine getirilmiş olması hâlinde, İİK m.33 ve m. 33/a uyarınca borçlunun icra mahkemesinden takibin iptal ve talikini isteme hakkı mevcuttur. Dolayısıyla alacaklının alacaklı olmadığı ve bu bağlamda takip hakkının kullanılmasında, maddi hukuka dayanan hususlardan hareketle hukukî yararın mevcut olmadığı icra memuru tarafından bilirse bile kendiliğinden dikkate alınamaz. Buna karşılık, usûlî talep yetkisi niteliğinden hareketle, takip hakkının hukukî yararı haiz olup olmadığı icra memuru tarafından değerlendirilebilmelidir. Buna göre alacaklı, takip hakkını, doğmuş ve güncel korunmaya değer menfaatine, en az emek ve masrafla koruyabileceği, amaca uygun takip yolunu seçmelidir<sup>258</sup>. Örneğin alacaklının, alacağı ilâma bağlı bir para alacağı olmasına rağmen takip hakkını ilâmsız icra yoluyla kullanmasında hukukî yararı mevcut olmadığından,

---

<sup>256</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 95.

<sup>257</sup> Belirtmek gerekir ki bu konuda mehaz İsviçre’de icra memuruna takdir hakkı tanınmıştır. Taraflar, bu takdir hakkına karşı gerekirse şikâyet yoluna başvurabilmektedir. Ingrid Jent Sorensen, *SchKG Kurzkommentar*, Hrsg. Daniel Hunkeler, (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014), 178, Art. 38, Rn. 20; Aslan ve Akyol Aslan, 210, dn. 46.

<sup>258</sup> Belirtmek gerekir ki Kanun’da kambiyo senetlerine mahsus takip ile genel haciz veya genel iflâs yoluyla takip, alacaklının ihtiyarında olarak birbirine alternatif olacak şekilde düzenlenmiştir. Ancak kambiyo senedinin varlığı hâlinde daha avantajlı olan kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurmama konusunda, inceleyebildiğimiz kadarıyla öğretisi ve uygulamada hukukî yarar değerlendirmesi yapılmamaktadır. Kanımızca bu noktada, hukukî yarar bağlamında, alacaklının elinde ilâm olmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapıp yapamayacağına ilişkin tartışmanın benzeri yapılabilmelidir. Zira elinde kambiyo senedi olan alacaklının, daha avantajlı yol dururken genel haciz yoluyla takip yapabilmesi hukukî yarar açısından tartışılabilir. Keza borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olması hâlinde de borçlu hakkında iflâs yoluyla takip veya genel haciz yoluyla takip yapılması birbirine alternatif olarak mümkün kılınmıştır. Prensip itibarıyla bu durumun hak arama hürriyeti çerçevesinde uygun olduğu açık olsa da, sırf borçlu tacirin zararına olacak şekilde ciddiyetsiz iflâs takipleri yapılması da imkân dâhilinde olduğundan, somut olayın özelliğine göre iflâsa tâbi borçlu hakkında genel haciz yoluyla takip yapılması, hukukî yarar bakımından değerlendirilebilmelidir. Esasen bu durum, icra ve iflâs hukuku sistemimizde birden fazla takip yolunun birbirine alternatif olarak düzenlenmesinin neden olduğu olumsuzluklardan birisi olarak kötü niyetli girişimlere müsait yapıda olduğuna da işaret etmektedir.

hatta dürüstlük kuralıyla da bağdaşmadığından, takip talebi kabul edilmemelidir<sup>259</sup>. Keza derdest bir takip söz konusuysen, aynı alacağa ilişkin yeniden takip talebinde bulunulması hâlinde, icra memurunun hukukî yarar yokluğundan takip talebini kabul etmemesi gerekir<sup>260</sup>.

Buna karşılık icra memurunun hukukî yarara ilişkin olarak, alacaklının takip hakkını kullanmaktaki amacının, kanun koyucunun ilgili takip yolunu düzenlemekteki amacını aşacak surette olmasını dikkate alarak değerlendirme yapması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, alacaklı, usûlüne uygun olarak takip hakkını kullanmış ise, alacaklının alacağına ulaşmak amacıyla beraber veya sadece başka amaçlarla hareket etmesi hâlinde hukukî yarar değerlendirmesi yapamayacaktır. Örneğin alacaklının, borçludan sözleşmeye dayalı on liralık alacağına ilişkin genel haciz yoluyla takip hakkını kullanması hâlinde, icra memurunun alacaklının gerçek amacı olarak borçlusunu taciz etmek, onu maddî ve manevî olarak zor duruma sokmak amacıyla takip başlattığını bilse bile, takip talebini hukukî yarar yokluğundan dolayı reddetmesi mümkün değildir. Hatta alacaklının hiç alacaklı olmasa bile sırf iflâsa tâbi borçlusunun itibarını zedelemek için takip başlatması hâlinde dahi icra memuru takip talebini geri çeviremeyecektir. Bu durumda kuşkusuz takip hakkı dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir, ancak haksız da olsa usulüne uygun bir takip talebi mevcuttur ve icra memuru, İİK ve diğer icra ve iflâs hukuklu mevzuatı çerçevesinde kendisine verilen görevi yerine getirmek ve takibi gerçekleştirmek durumundadır<sup>261</sup>.

Bütün bu açıklamalar ışığında, alacaklının takip hakkı, sübjektif hakka dayanan ve fakat ondan bağımsız bir usûlî talep yetkisi niteliğindedir ve hukukî yararla sınırlıdır. Takip hakkının hukukî yararla sınırlandırılmasının kapsamına, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkeleri de girmektedir. Takip hakkının dürüstlük kuralına aykırı ve kötüye kullanımı, hukuken meşru kabul edilemez. Bu durumda hukukî yararın varlığı da söz konusu olamaz. Zira hukukî yarar, hukuken korunan meşru menfaati ifade eder. Dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki fiillerin, hukuk düzeni tarafından korunmayacağı da genel bir ilkedir. Bu çerçevede takip hakkı, dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılmalıdır. Takip hakkının alacaklı tarafından kanun koyucunun amaçladığının dışında kullanılması hâlinde, hukuken

---

<sup>259</sup> Nitekim bu konuda her iki yönde de mevcut olan uygulama, Yargıtay'ın 26.05.2017 tarih ve E. 2017/2, K. 2017/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla ilâma dayalı alacak için ilâmlı icra takibi yapılamayacağı yönünde çözüme kavuşturulmuştur. Şu hâlde artık icra memurunun ilâma dayalı alacak için ilâmsız icra takip talebini kabul ederek ilâmsız takip sürecini işletmesi mümkün değildir. Konu aşağıda İkinci Bölüm § 5, I, A, 2, b. başlığında ayrıntılarıyla inceleneceğinden, şimdilik değinmekle yetiniyoruz.

<sup>260</sup> Derdest takiplerde, hukukî yararın varlığından bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Pekcanitez ve Simil, 38-39.

<sup>261</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm § 2, III.

korunmayacak, dolayısıyla meşru kabul edilmeyecektir. Bu bakımdan da hukukî yararın mevcut olmadığı takipler, haksız takip teşkil edecektir.

## II. Haksız Takip İşlemi Kavramı

### A. Takip İşlemi ve Türleri

#### 1. Takip işlemi

Hakların gerçekleştirilmesi amacı çerçevesinde medenî usûl hukukunun devamı niteliğinde kabul edilen icra ve iflâs hukuku, devletin cebrî icra organları vasıtasıyla yürütülen çeşitli müesseselerin düzenlendiği kurallar bütünü olarak, kuşkusuz şeklî bir hukuk dalıdır. Bu bakımdan icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseselere ilişkin süreç, çeşitli işlemlerden oluşan bir bütün olup; takip süreci, takibin tarafları, icra organları ve ilgili olduğu konular bakımından üçüncü kişiler tarafından yapılan çeşitli hukukî işlemlerle ilerlemekte ve sonuçlanmaktadır. Etkilerini esas itibarıyla icra ve iflâs hukukunda doğurarak takibe yön ve şekil veren söz konusu hukukî işlemler, “takip işlemi” olarak adlandırılmakta ve icra ve iflâs hukukunun temelini teşkil etmektedir<sup>262</sup>. Takip işlemleri bakımından öğretide, usûl hukukundaki usûl işlemlerine ilişkin mahkeme usûl işlemi-taraf usûl işlemi şeklindeki ayrıma paralel bir şekilde taraf takip işlemi-icra takip işlemi şeklinde ikili değerlendirme yapılmıştır<sup>263</sup>.

#### 2. Takip işleminin türleri

##### a. Taraf takip işlemi

İcra ve iflâs hukuku, maddi hukukta öngörülen hakların devlet eliyle gerçekleştirilmesine ilişkin müesseselerin düzenlendiği şekli bir hukuk dalı olarak konusunu kural olarak maddi özel hukuk kaynaklı talepler hak ve borçlar oluşturur. Bu açıdan maddi özel hukuktaki irade serbestisi ve tasarruf ilkesi, medeni usûl hukukunda olduğu gibi icra ve iflâs hukukunda da geçerlidir<sup>264</sup>. Dolayısıyla takip içerisinde, takibe yön ve şekil veren işlemlerin taraflarca yapılması esas kabul edilmektedir. Takip süreci, taraflarca gerçekleştirilen işlemler çerçevesinde yön bulur. Örneğin, takip talebi, ödeme emrine itiraz, kesin, geçici veya ihtiyati haciz talebi, ihtiyati hacze itiraz, satış talebi gibi işlemler takibin taraflarınca gerçekleştirilen ve

<sup>262</sup> Nilüfer Boran Güneysu, “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 101, (2012): 34; Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri* (Ankara: Yetkin, 2018), 22 vd.

<sup>263</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 171; Arslan A. S., 28-31.

<sup>264</sup> Eberhard Wieser, “Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 41, 11, (1988): 665.

takibin yönünü belirleyen işlemlerdir. Buna göre takip içerisinde taraflarca yapılan ve takibe yön ve şekil veren işlemler, taraf takip işlemi olarak adlandırılır.

Bununla birlikte, öğretide Umar tarafından, taraf takip işlemleri içerisinde de ikili bir sınıflandırma yapılmıştır. Buna göre taraf takip işlemleri, ilk olarak işlemin sonuncuna göre incelenebilir<sup>265</sup>. Bu çerçevede taraf takip işlemlerinin büyük kısmı, cebrî icra organlarının takip işlemi yapmasını sağlamak için bir başvuru veya onay niteliğindedir. Örneğin ilâmlı veya ilâmsız takip yollarına ilişkin takip talebinde bulunulması, haciz veya hacze iştirak talepleri, satış talebi, alacaklılara İİK m. 120 uyarınca yetki verilmesi, geçici rehin açığı belgesi verilmesi talebi (İİK m. 150f/1), iflâs takip talebi gibi işlemler cebrî icra organınca takip işlemi yapılmasını sağlamaya yönelik taraf takip işlemleridir. Buna karşılık yine taraflarca cebrî icra organlarına yönelik yapılmasına ve takibe yön ve şekil vermesine rağmen, cebrî icra organının takip işlemi yapması için başvuru veya onay niteliğinde olmayan taraf takip işlemleri de bulunmaktadır. Örneğin borçlunun ödeme emrine itirazı, İİK m. 111 uyarınca borçlunun taksitle ödeme teklifi, istihkak iddiasına karşı borçlu veya alacaklı tarafından yapılan itirazlar (İİK m. 96/2, 97/2, 128/1) gibi işlemler, cebrî icra organının takip işlemi yapması sonucunu doğurmaz.

Umar tarafından taraf takip işlemlerine yönelik yapılan ikinci sınıflandırma ise, işlemi yapan kişiye göredir. Buna göre ilk olarak takibin alacaklısı ve borçlusu tarafından yapılan ve yukarıda örnekleri verilen işlemler, taraf takip işlemleridir. İkinci olarak da esasen takibin alacaklısı ve borçlusu dışında üçüncü kişilerce yapılan işlemler de taraf takip işlemi olarak nitelendirilebilir. Nitekim UMAR, bu hususu, “*asıl takibe aşılanmış fer’i takip alacaklısı*” ve “*asıl takibe aşılanmış fer’i takip borçlusu*” olarak ifade etmektedir<sup>266</sup>. Buna göre hacze iştirak etmek isteyen alacaklıların İİK m. 100 ve 101 uyarınca iştirak talepleri, keza bu çerçevede ilâve hacizler yapılmasına yönelik talepler, iştirak eden alacaklıların kendi derecelerine yönelik satış talebinde bulunması (İİK m. 107) gibi işlemler, takibin tarafları dışındaki üçüncü kişilerce (diğer alacaklılarca) yapılan taraf takip işlemleri olarak örneklendirilebilir<sup>267</sup>. Aynı şekilde hacizli veya iflâs masasına girmiş bir mala yönelik istihkak iddiası (İİK m. 96/1, 97/12, 99/1, 228/1), haciz ihbarnamesine itiraz ( İİK m. 89/2), haczedilen taşınmaz üzerindeki ipotek hakkı

<sup>265</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 171 vd.

<sup>266</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 174-175.

<sup>267</sup> Bununla birlikte *Umar*, iflâsta, iflâs alacaklılarının alacaklarını iflâs idaresine bildirmesini, asıl takibe aşılanmış bir fer’i takip alacaklısının taraf işlemine benzeyen, ancak iflâsın her bir alacaklının ayrı takibine özgü bir prosedür olmadığından hareketle, gerçekte öyle olmayan taraf takip işlemi olarak ifade etmektedir. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 175.



sahipleri ile diğerk ilgililerin İİK m. 126/3 uyarınca yaptıkları bildirim<sup>268</sup>, tahliyesi istenen taşınmazdaki üçüncü kişilerin İİK m. 276/2 uyarınca beyanı gibi işlemler de asıl takip borçlusu dışında kendisine talep yöneltilen fer'i borçlular olarak takibin tarafları dışındaki üçüncü kişiler tarafından yapılan taraf takip işlemlerine örnek olarak gösterilebilir.

Görüldüğü üzere taraf takip işlemleri bakımından öne çıkan hususlar, takibin taraflarınca veya ilgili üçüncü kişilerce yapılan işlemin takibe yön ve şekil vermesi ve cebrî icra organlarına hitaben yapılmasıdır. Takibin tarafları ve ilgililer tarafından cebrî icra organına yönelik yapılmasına rağmen takibe yön ve şekil vermeyen işlemler ile cebrî icra organlarına yönelik yapılmayan işlemler, taraf takip işlemi niteliğinde değildir. Örneğin mal beyanında bulunulması (İİK m. 77) veya cebrî icra organı tarafından kendiliğinden yapılması gereken işlemlere yönelik talepler (İİK m. 58/4 takipte bulunulduğuna dair makbuz verilmesi, İİK m. 139 uyarınca tamamlama haczinin yapılması, İİK m. 152 çerçevesinde kesin rehin açığı belgesi verilmesi) taraf takip işlemi değildir. Keza cebrî icra organının takip işlemi niteliğinde olmayan işlemlerine yönelik talepte bulunulması veya onay verilmesine ilişkin işlemler de taraf takip işlemi olarak kabul edilmemektedir. Örneğin icra tutanaklarının örneğinin talep edilmesi (İİK m. 8/3), alacaklıya ödeme emrinin tasdikli nüshasının verilmesi (İİK m. 60/3), borçlunun elinde haczedilen malların borçlu yedinde veya üçüncü kişi nezdinde bırakılabileceğine yönelik alacaklının muvafakati (İİK m. 88/2, c. 2) gibi işlemler, taraf takip işlemi değildir. Diğer taraftan cebrî icra organlarına yönelik yapılmayan işlemler, takibe yön ve şekil verse bile taraf takip işlemi olarak değerlendirilemez. Bu anlamda cebrî icra organları nezdinde dilekçeyle veya tutanağa geçirilmeksizin, ezcümle usûlüne uygun olarak yapılmayan ödeme, ibra, süre verme, takipten feragat etme veya borcu kabul etme gibi işlemler de taraf takip işlemi olarak kabul edilmemektedir<sup>269</sup>.

Sonuç olarak taraf takip işlemleriyle, her bir taraf takip işlemi için kanunda düzenlenen surette takibe yön ve şekil verilir. Dolayısıyla taraf takip işlemleri, aynı zamanda medeni hukuk anlamında hukukî işlem niteliğinde bulunsa da, pratikte taraf takip işlemleri sonucunda ortaya çıkan aslî etki, taraf iradelerine bakılmaksızın kanundan doğar. Bu nedenle taraf takip işlemlerinin takibe ilişkin etkisinin, özellikle irade fesadı hâllerine dayanılarak ortadan kaldırılması mümkün değildir<sup>270</sup>. Bununla birlikte, kanunda düzenlenen belli taraf takip

<sup>268</sup> Bu durumda haczedilen taşınmaz üzerindeki ipotek hakkı sahipleri ile diğerk ilgililerin bildirim, İİK m. 128/1 uyarınca istihkak prosedürüne tâbi tutulur.

<sup>269</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 177.

<sup>270</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 182. Yine taraf takip işlemlerinin geçerliliği de usûl hukuku (icra ve iflâs hukuku) işlemi niteliğinde olduğundan, kanunda öngörülen esaslara tâbidir.

işlemlerinin maddi hukuk etkileri de söz konusu olabilir. Özellikle borcun usulünce icra dairesinin banka hesabına veya haciz sırasında elden ödenmesi, maddi hukuk açısından da borcun sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Keza alacaklı tarafından borçluya icra tutanağına bağlanacak şekilde süre verilmesi veya takip konusu alacağın bir kısmından veya tamamından feragat edilmesi de yine maddi hukukta da etki gösterecektir. Bununla birlikte icra veya iflâs takibinde bulunulması, borçlar hukuku bağlamında zamanaşımının da kesilmesi sonucunu doğurmaktadır (TBK m. 154/2). Bu durumda kesilen zamanaşımı, TBK m. 157/2 uyarınca alacağın takibine ilişkin her işlemten sonra yeniden işlemeye başlar. İflâs masasına alacak için başvurulması hâlinde ise, iflâs hükümlerine göre alacağın yeniden istenme imkânının ortaya çıkmasından itibaren yeniden işlemeye başlar (TBK m. 157/3)<sup>271</sup>.

## b. İcra takip işlemi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nda "icra takip işlemi" tanımlanmadığı gibi öğretilerde de hemen bütün genel eserlerde "süreler" bahsinde "tatil ve tâlik hâlleri" başlığı altında incelenmiştir. Keza yargı kararlarında da icra takip işlemi kavramına

<sup>271</sup> Bu noktada alacağın takibine ilişkin her işlem ile kastedilenin ne olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bir başka ifadeyle, zamanaşımının kesilmesi sonucunun, taraf takip işlemleri çerçevesinde alacaklının her taraf takip işlemi ile mi ortaya çıktığının yoksa cebri icra organınca yapılan icra takip işlemleri ile mi kesildiği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki çoğunluk görüşü, cebri icra organınca yapılan takip işlemleri ile zamanaşımının kesildiği ve yeniden işlemeye başladığı yönündedir. Öğretilerde *Umar*, bu görüşte olup, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu m. 136/2'de ifade edilen "takibe müteallik muamele" (TBK m. 157/2) kavramından kanun koyucunun kastının, İİK m. 51'deki "takip muameleleri" ifadesindeki kastından farklı olarak yalnızca cebri icra organlarının takip işlemleri olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca anılan mülga Borçlar Kanunu m. 136/2 hükmünün (TBK m. 157/2) lafzının, bu düşünceye engel olmadığını düşünmektedir. Buna göre kanun koyucunun, mülga BK m. 136/1'de (TBK m. 157/1) zamanaşımını kesen usûl işlemlerinde hem taraf hem de mahkeme usûl işlemlerini açıkça belirtmişken; takip işlemleri bakımından bu ayrıma giderek de aynı sonucu isteyebileceğini belirtmektedir. Oysa kanun koyucu, anılan hükmün ikinci fıkrasında taraf takip işlemi-icra takip işlemi şeklinde ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun buradaki kastı, ancak cebri icra organı tarafından yapılan icra takip işlemleri olabilir. Detaylı bilgi için bkz. *Umar, Tarihi Gelişme ve Teori*, 179-181. Buna karşılık ikinci fikirde olanlar, zamanaşımının taraf takip işlemi ile kesildiği ve yeniden işlemeye başladığını ifade etmektedir. *Özekes* bu görüşte olup, mülga Borçlar Kanunu m. 136/2'deki icraî takibat kavramının (TBK m. 157/2), icra takibinden de takip işleminden de daha geniş anlama sahip olduğunu, zira hükümde ayırım yapılmaksızın takip muamelesinden bahsedildiği, dolayısıyla yalnızca icra takip işlemiyle değil alacaklının talebiyle de zamanaşımının kesileceğini ve yeniden işlemeye başlayacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Muhammet Özekes, İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz* (Ankara: Seçkin, 1999), 263. Bununla birlikte *Boran Güneysu* ise, taraf takip işleminin TBK'da alacaklı veya borçlunun fiiliyle zamanaşımını kesen sebeplere dâhil edilebilmesi hâlinde zamanaşımını keseceğini düşünmektedir. Örneğin takip talebi, taraf takip işlemi olmakla birlikte TBK çerçevesinde zamanaşımını kesmektedir. *Boran Güneysu, "Takip İşlemleri"*, 54. Kanımızca da ikinci görüş isabetli olup, taraf takip işlemleri ile de zamanaşımı kesilecektir. Bu anlamda örneğin takip talebinde bulunma gibi, yenileme talebi, haciz talebi, itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvurulması gibi işlemlerin de takipte zamanaşımını kesen alacaklı taraf takip işlemi olarak kabul edilmesine engel bulunmamaktadır. Zira zamanaşımı kurumunun temelinde, alacaklının talep hakkını uzun süre kullanmamasının, alacağına ulaşma konusundaki ihmâlinin sonuçlarına katlanarak, çok eski taleplere karşı kişileri korumaktır. Alacağını uzun süre talep etmekten kaçınan veya ihmâl eden kişinin hakkının büyük ihtimalle sona erdiği veya hiç ortaya çıkmadığı kabul edilir. *Özekes, İhtiyati Haciz*, 263. Nitekim borçlar hukuku müellifleri tarafından zamanaşımı, dar anlamda borcu sona erdiren sebepler arasında değerlendirilir. *Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin, 21. B., 2017), 1307 vd.

ilişkin değerlendirmelere pek yer verilmemektedir<sup>272</sup>. Bununla birlikte takip işlemlerinin birtakım şartları taşıması hâlinde, icra takip işleminin varlığı kabul edilmektedir.

İcra takip işleminin ilk şartı, işlemin cebrî icra organları tarafından yapılmasıdır. Cebrî icra organları ise, “*maddî hukuktan kaynaklanan hakkın yerine getirilmesini sağlayan, bu çerçevede zor kullanma yetkisi de olan ve yetkileri kanun tarafından belirlenmiş organlar*”<sup>273</sup> olarak tanımlanmakta olup, asıl ve yardımcı organlar olarak ikiye ayrılır<sup>274</sup>. Yalnızca icra-ıflâs işleri için kurulmuş organlar asıl icra organları; asıl görevlerinin yanında icra-ıflâs işlerine de bakan organlar ise yardımcı icra organlarıdır<sup>275</sup>. Buna göre icra-ıflâs dairesi, icra mahkemesi ve Yargıtay’ın icra ıflâs işlerine bakan daireleri asıl organlar; genel mahkemeler, cumhuriyet savcılığı ve Adalet Bakanlığı müfettişleri ise yardımcı organ niteliğindedir<sup>276</sup>.

Buna göre icra takibinin asıl organı olarak icra dairelerinin takip sürecindeki pek çok işlemi, diğer şartları da sağlaması kaydıyla icra takip işlemi niteliği taşır. Keza özellikle icra-ıflâs dairelerinin işlemlerinin kanuna uygunluğunu şikâyet yoluyla incelemek (İİK m. 16-18) başta olmak üzere istihkak davalarını görmek (İİK m. 97-99, m. 228), itirazın kaldırılması taleplerine (İİK m. 68, m. 68a) bakmak, bazı hâllerde satış usulüne karar vermek (İİK m. 121) gibi kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan icra mahkemelerinin işlemleri de diğer şartların da varlığı hâlinde icra takip işlemidir. Genel mahkemeler de takip sürecinde itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat, ıflâs davaları gibi davalara bakmakla görevli olduğundan, işlemleri pek çok hâlde icra takip işlemi olarak kabul edilir. Buna karşılık yardımcı organlardan cumhuriyet savcılığı ve adalet müfettişlerinin işlemleri, cebrî icra bakımından denetim etkisi gösterdiğinden, icra takip işlemi olarak nitelendirilmemektedir<sup>277</sup>.

Görüldüğü üzere, ancak icra-ıflâs daireleri, icra mahkemeleri ve genel mahkemeler tarafından yapılan işlemler icra takip işlemi olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık takipte taraflar veya ilgili üçüncü kişiler tarafından yapılan işlemler icra takip işlemi niteliğinde değildir. Özellikle cebrî icra organına yönelik anılan kişiler tarafından yapılan talepler, icra takip işlemi niteliği taşımamaktadır. Örneğin takip, haciz veya satış talepleri (İİK m. 58, m. 78,

<sup>272</sup> Boran Güneysu, “Takip İşlemleri”, 35.

<sup>273</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 40.

<sup>274</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 25 vd.

<sup>275</sup> Boran Güneysu, “Takip İşlemleri”, 37; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre İcra İflâs*, 27 vd.

<sup>276</sup> Bununla birlikte ıflâs hukuku bakımından resmî ve özel organlar ayrımı da yapılmaktadır. Buna göre ıflâs tasfiye sürecinde oluşturulan ıflâs idaresi, birinci ve ikinci alacaklılar toplantısı ve ıflâs bürosu, ıflâsın özel organları olup devlet ile organik bağı bulunmamakta, bu anlamda resmî nitelik taşımamaktadır. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 367 vd.

<sup>277</sup> Boran Güneysu, “Takip İşlemleri”, 39.

m. 106), ödeme emrine itiraz (İİK m. 62), istihkak iddiaları (İİK m. 96-99), haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi (İİK m. 89) gibi işlemler icra takip işlemi değil, taraf takip işlemidir. Dolayısıyla özellikle alacaklı tarafından yapılan işlemlerin, borçluya yönelik yapılma ve takibi ilerletici nitelikte olma şartlarını taşıyalar da icra takip işlemi niteliği bulunmamaktadır.

Cebrî icra organları tarafından yapılan işlemlerin icra takip işlemi olarak kabul edilebilmesi için gereken diğer şartlar ise işlemin borçluya yönelik yapılması ve takibi ilerletici nitelikte olmasıdır. Bir başka ifadeyle alacaklıyı, borçluya karşı takip konusu yaptığı alacağına kavuşmak bakımından, borçlunun hukukî durumunda cebrî icra takibinin sonucuna yaklaştıracak nitelikte etki yapması gerekir. Buna göre cebrî icra organları tarafından yapılmasına rağmen, örneğin paylaşırma işlemi, takibi ilerletici nitelikte olmadığından icra takip işlemi niteliği taşımamaktadır. Keza ödeme emrine itirazın, haciz ihbarnamesine itirazın veya istihkak iddiasının alacaklıya tebliği gibi işlemler de icra organı tarafından yapılırsa da alacaklıya yönelik olduğu için icra takip işlemi niteliğinde değildir.

## **B. Haksız Takip İşlemi**

### **1. Genel olarak**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, icra ve iflâs hukukunda gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak öğretide yapılan tasnifler, takip işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirildiği, takibin borçlusuna yönelik olup olmadığı ve takibi ilerletici etkisinin olup olmadığı noktalarından hareketle taraf takip işlemi-icra takip işlemi şeklinde ikili ayırım çerçevesinde yapılmıştır.

Bununla birlikte aşağıda ayrıntılarıyla incelenecek olsa da sorumluluğun esaslarından birisi olarak zararın ortaya çıkabilmesi açısından pek çok durumda icra organı tarafından, icra niteliğini haiz bir işlemin yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla haksız takip işlemi açısından, kuşkusuz icra takip işlemleri çerçevesinde değerlendirme yapmak elzemdir. Ancak her ne kadar takipte yapılan işlemlerin haksızlığı dolayısıyla zararların ortaya çıkması, çoğu durumda icra organlarınca gerçekleştirilen icra takip işlemlerine bağlı olsa da, durum her zaman böyle olmayabilir. Bu anlamda özellikle borçlu veya üçüncü kişiler tarafından yapılan işlemler, nitelik itibarıyla icra takip işlemleri olmamasına rağmen takibin diğer ilgilileri nezdinde zararlara yol açabilir. Bu bakımdan haksız takip işlemi bahsinde konuyu sadece icra takip işlemi çerçevesinde değerlendirmek, eksik ve hatalı sonuçlara yol açabilir. Haksız takip işlemi, icra organının icra niteliğini haiz bir karar veya işlemine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın taraf takip işlemi çerçevesinde de incelenmelidir.

Diğer taraftan, icra organlarının, görev ve yetkilerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kullanması, en azından ilke olarak kabul edilemez. Böyle bir durumun olması hâlinde ise, tarafların veya ilgili üçüncü kişilerin zararlarına ilişkin tazminat davaları, icra memurunun görevlerine ilişkin kusurlu işlem veya eylemlerinden doğan sorumluluk çerçevesinde idare aleyhine açılabilir (İİK m.5). Bu anlamda tez kapsamına uygun olarak, bu başlık altında ve aşağıdaki değerlendirmelerde esas olarak taraf takip işleminin haksızlığı üzerinde durulacaktır.

## 2. Haksız takip işlemi

Cebrî icra süreci, yukarıda da ifade edildiği üzere, icra ve iflâs hukukunda da geçerli olan tasarruf ve taraflarca hazırlama ilkeleri uyarınca, takibin tarafları, ilgili üçüncü kişiler ve cebrî icra organları tarafından yapılan çeşitli işlemlerle yürütülmektedir. Bütün bu işlemlerde amaç, esasen alacaklı ile borçlu ve istisnai bazı hâllerde üçüncü kişilerin sübjektif haklarının gerçekleştirilmesi; bozulan menfaatlerin devletin cebrî icra organları tarafından zor kullanılmak suretiyle yeniden tesis edilmesidir. Bu bakımdan cebrî icra hukukunda öngörülen süreç çerçevesinde taraflar, üçüncü kişiler ve cebrî icra organlarına tanınmış hak, yetki ve yükümlülüklerle ilişkin düzenlemeler, cebrî müdahalenin sınırlı ve belirliliğinin sağlanması ve keyfi talep ve işlemlerin engellenmesi amacıyla oldukça şekli bir anlayışla yapılmıştır<sup>278</sup>. Dolayısıyla, takip işlemlerinin, kanun koyucunun öngördüğü usûl ve esaslar ile amacın dışında kötüye kullanılması kabul edilemez<sup>279</sup>. Aksi takdirde, cebrî icrada bireylerin temel haklarına doğrudan müdahale edilmesi de dikkate alındığında, öngörülen hak ve yetkilerin, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilere zarar verme amacıyla kullanılmasının yolu açılmış olur. Kuşkusuz böyle bir sonuç ne kanun koyucu tarafından kabul edilebilir ne de devletin yargı faaliyetlerinin yürütülmesi bağlamında toplumsal hukuk barışının ve adalete duyulan güvenin sağlanması amacına hizmet eder<sup>280</sup>.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, icra ve iflâs hukukunda öngörülen cebrî icra yollarına ilişkin takip işlemlerinin kötüye kullanılmasının engellenmesine dair genel bir düzenleme mevcut değildir. Bir başka ifadeyle icra ve iflâs hukuku mevzuatında, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına yönelik genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak icra

<sup>278</sup> Ermenek, “Şekilcilik”, 155 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 33-34.

<sup>279</sup> Bu bağlamda cebrî takibin yürütülmesine ilişkin olarak, özellikle alacaklı bakımından, tasarruf yetkisi çerçevesinde icra memuruna talepte bulunarak talimat verebileceği, ancak bunun icra memurunun alacaklının kölesi olduğu anlamına gelmeyeceği vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, cebrî icra sürecine bakımından tarafların tasarruf yetkisinin sınırlarından birisi de dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağıdır. Wieser, 665, 669.

<sup>280</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, II, B.

tazminatları bağlamında alacaklının haksız ve kötü niyetle takibi, borçlunun veya üçüncü kişinin itirazında haksız çıkması gibi hâllerde düzenlemeler yapılmıştır. Keza bazı hâllerde para cezasına yönelik düzenlemeler ile icra ve iflâs suçlarına yönelik düzenlemeler de dürüstlük kuralına riayet edilmesi ve hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesini amaçlamıştır. Ancak maalesef bu düzenlemeler, yalnızca ilişkin olduğu hususlarla sınırlı olarak uygulanabilmekte; buna karşılık, gerek düzenleme bulunmayan hususların gerekse de genel olarak icra ve iflâs hukuku müesseselerinin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılmasına engel olamamaktadır<sup>281</sup>.

Bununla birlikte, cebrî icra organları tarafından yapılan işlemler, kural olarak, takibin taraflarının ve ilgili olduğu hâllerde üçüncü kişilerin işlemlerine binaen yapılmaktadır<sup>282</sup>. Bu bağlamda icra memurunun, taraf ve ilgili üçüncü kişiler tarafından, takip işlemlerinin usulüne

---

<sup>281</sup> Belirtmek gerekir ki icra ve iflâs hukuku, takip işlemi yapma yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik pek çok düzenleme içermektedir. Hatta öğretide Umar'ın da ifade ettiği üzere icra ve iflâs hukuku, bütün hukuk dalları arasında, kötüye kullanmayı en çok engelleyen, bu konuda önleyici düzenlemelerle en çok özen gösteren hukuk dalıdır. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 221. Yazar, takip işlemlerinin kötüye kullanılmasının bu önleyici düzenlemeler nedeniyle oldukça sınırlı hâllerde söz konusu olabileceğini ifade etmekte, şikâyet, icra tazminatları, para cezaları, tasarrufun iptali davası, hacze iştirak hükümlerinin sıkı olması, icra ve iflâs suçları gibi düzenlemelerin, kötüye kullanımı büyük ölçüde engellediğini belirtmektedir. Belirtilen örneklerin pek çoğu bakımından yazara katılmakla birlikte, şikâyet müessesesinin, taraf veya ilgililerin kötüye kullanımını engellediği, en azından kural olarak söylenemez. Zira şikâyet, cebrî icra organlarının takip işlemlerinin hukuka aykırılığı iddiasıyla düzeltilmesi, iptal edilmesi veya yapılmasının emredilmesi gibi amaçlara yönelmektedir. Bir başka ifadeyle şikâyetin konusu cebrî icra organının hukuka aykırı olarak yaptığı veya yapmaktan kaçındığı takip işlemleridir. Yazar, şikâyet yoluyla cebrî icra organının işleminin iptal edilmesiyle, şikâyetin dolaylı olarak takip işlemi yapma yetkisinin kötüye kullanılmasını engelleyebileceğini belirtmektedir. Bkz. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 220. Ancak taraf veya ilgililerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanım teşkil eden işlemleri üzerine cebrî icra organı tarafından yapılan işlemin hukuka aykırı olmaması hâlinde şikâyet talebi reddedilecektir. Bir başka ifadeyle, cebrî icra organının işlemine ilişkin şikâyet incelemesinde, yalnızca icra organının işleminin hukuka aykırılığı değerlendirilir; işlemin yapılmasına ön ayak olan taraf veya ilgili üçüncü kişi tarafından yapılan takip işleminin kötüye kullanım olup olmadığı incelenmemektedir. Dolayısıyla yukarıda da ifade edildiği üzere her durumda şikâyet talebi kabul edilemeyecek, icra organının işleminin hukuka aykırı olmaması hâlinde, şikâyet müessesesi kural olarak taraf takip işlemi yapma yetkisinin kötüye kullanımını engelleyemeyecektir. Örneğin borçlu gerçekte haricen borcunu ödemiş olmasına rağmen, alacaklının yine de haciz istemesi hâlinde, haciz işleminin şikâyet yoluyla incelenmesi sırasında icra memurunun işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından şikâyet talebi reddedilecektir. Bu durumda alacaklının haciz isteme yetkisinin kötüye kullanımı engellenmemiş olacaktır. Bu bakımdan şikâyet müessesesinin, taraf veya ilgili üçüncü kişilerce takip işlemi yapma yetkisinin kötüye kullanılmasını engellediği fikrinin her durumda mutlak olarak geçerli olduğu söylenemez.

<sup>282</sup> Gerçekten de bugünkü icra ve iflâs hukuku sistemlerinde, tasarruf ilkesi geçerli olup, cebrî icra organları tarafından tarafların ve ilgili üçüncü kişilerin talebi olmadıkça kendiliğinden işlem yapılması kural olarak mümkün değildir. İcra ve iflâs hukuku, bireyler arasında bozulan menfaatlerin, devletin cebrî icra organları vasıtasıyla gerektiğinde zor da kullanılarak dengelenmesini öngördüğünden, devletin cebrî icra organlarının, cebrî icra sürecinde kendiliğinden işlem yapması kabul edilmemiş; tasarruf ilkesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda, takibin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler, İİK ve diğer icra ve iflâs hukuku mevzuatı uyarınca öngörülen hak ve yetkilerini, tasarruf ilkesi çerçevesinde kendileri kullanacaklar; buna karşılık cebrî icra organları, ancak her iki tarafın da menfaatinin gözetilmesi amacıyla ve sadece öngörülen sınırlı hâllerde kendiliğinden işlem yapabilecektir. Örneğin, ödeme emrinin tebliği, ödeme emrine itiraz, tamamlama haczi hariç olmak üzere haczin yapılması, istihkak iddiaları gibi işlemleri için mutlaka alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin talebi gerekirken; icra memuru, haczedilen malların kıymetinin süratle düşmesi veya muhafaza masraflarının fazla olması gibi hâllerde resen satış işlemi yapabilecektir.

uygun talepte bulunmak suretiyle yapılması karşısında, kural olarak herhangi bir takdir yetkisi bulunmayıp, talebe uygun takip işlemini gerçekleştirmesi gerekmektedir. İcra memuru, görevini, İİK ve diğer icra ve iflâs hukuku mevzuat hükümleri çerçevesinde kendisine tanınan hak ve yetkileri, kural olarak taraf ve ilgililerin talepleri doğrultusunda, tarafsız bir şekilde ve her iki tarafın da menfaatlerini gözetererek kullanmak suretiyle gerçekleştirecektir. Bu bakımdan haksız takip işlemi kavramı, esasen taraf ve ilgili üçüncü kişiler bakımından söz konusu olabilecektir. Bir başka ifadeyle takip işleminin haksızlık unsuru, esas itibariyle taraf ve ilgili üçüncü kişilerin takip işlemleri bağlamında dikkate alınmalıdır. İcra memuru tarafından gerçekleştirilen işlemin, kural olarak tek başına, takipte karşı tarafın sorumluluğunu doğuracak şekilde haksızlık teşkil etmesi mümkün değildir. Örneğin, alacaklı 1.000 TL'lik alacağı için başlattığı takibini kesinleştirmiş ve haciz talebinde bulunmuştur. Talep üzerine icra memuru haciz işlemini uygulamış, ancak malların kıymetini düşük takdir ettiğinden, gerçekte 10.000 TL'lik mal haczetmiştir. Bu durumda kuşkusuz aşkın haciz söz konusudur, fakat alacaklıya izafe edilebilecek nitelikte haksızlık içeren bir takip işlemi mevcut değildir. Bu durumda şikâyet yoluyla (İİK m. 16; m.17) işlemin iptali veya düzeltilmesinin yanı sıra, borçlunun uğradığı zararlar bakımından da icra memurunun eyleminden dolayı devlete karşı tazminat davası (İİK m. 5) açılması gerekecektir. Dolayısıyla haksız takip işlemi kavramı, alacaklı, borçlu ve ilgili üçüncü kişilerin takip işlemleri bakımından değerlendirilmelidir<sup>283</sup>.

Haksız takip işleminin, takibin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler tarafından yapılmış işlemler bakımından değerlendirilebileceğini belirttikten sonra, icra memurunun anılan kişiler tarafından yapılan takip işlemlerinin haksızlığını dikkate alıp alamayacağı da incelenmelidir. Zira icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler bakımından icra memuru tarafından yapılan işlemler, kural olarak takibin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler tarafından talep edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, icra memurunun tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki takip işlemlerini dikkate alıp alamayacağı ortaya konulmalıdır. Kanımızca icra memurunun bu yönde değerlendirme yapmasına, kanun koyucunun öngördüğü cebrî takip müesseseleri bakımından olumlu yanıt vermek, kural olarak mümkün değildir. Zira takip süreci, pek çok durumda icra memurunun hak, görev ve yetkileri, bağlı yetki niteliğinde düzenlenmiştir. Örneğin icra memuru, alacaklının usulüne uygun takip talebi üzerine borçluya ödeme emri göndermek veya alacaklının haciz veya satış talebi üzerine İİK ile öngörülmüş sürelerde haciz veya satış işlemlerini yapmak zorundadır. Bu noktada alacaklının gerçekte

---

<sup>283</sup> Bu konu, bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak inceleneceğinden, şimdilik sadece belirtmekle yetinilmiştir.

alacaklı olup olmadığı veya alacaklı tarafından kötü niyetle zamanlama itibariyle borçlunun ekonomik ve ticari olarak oldukça zor durumda kalacak şekilde haciz veya satış talep edildiğini dikkate alamayacaktır. Aynı şekilde borçlunun gerçekte borçlu olduğu ve kötü niyetle sırf takibi uzatmak için itiraz ettiği belli olsa bile, genel haciz yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itirazıyla birlikte takibe devam edemeyecektir. Bir diğer örnek olarak üçüncü kişinin istihkak iddiasının sırf satışı geciktirmek için borçluyu muvazaalı şekilde yapıldığı belli olsa bile, icra memuru istihkak iddiasını dikkate almak durumundadır. Dolayısıyla icra memurunun, kanun koyucu tarafından bağlı yetkiyle düzenlendiği her durumda taraf veya ilgili üçüncü kişilerin takip işlemlerinin, dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu dikkate alması mümkün değildir. Bu noktada takip işlemi yapma hak ve yetkisinin kötüye kullanılması hâline ilişkin olarak icra ve iflâs mevzuatı çerçevesinde özel bir yaptırım olmasa bile, icra memurunun TMK m. 2 hükmünü genel ilke olarak uygulaması da mümkün değildir. Böyle bir durumda, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle işlem yapmaktan kaçınan icra memurunun bu tutumu, şikâyete konu edilebilir; hatta icra mahkemesi de şikâyeti hukukî yarar yokluğundan reddetmelidir<sup>284</sup>.

Buna karşılık icra memurunun işlem yapma yetkisinin, takdir yetkisi çerçevesinde olması hâlinde, icra memuru hakkın kötüye kullanılmasını dikkate alabilecektir. Zira takdir yetkisinin varlığı hâlinde, icra memuru bağlı yetkili olmayıp, tarafların menfaatlerinin dengelenmesini de gözeterek şekilde hareket etmelidir. Örneğin haciz bakımından icra memurunun bir malın haczedilmez olup olmadığını takdir etme yetkisi, kıymet takdir yetkisi ve hacizde tertip ilkesi gibi birtakım yetkileri, bağlı yetki niteliğinde değildir. Haciz sırasında borçlunun kötü niyetli olarak bir malın haczedilmez olduğunu ileri sürmesi hâlinde, bunun dikkate alınmaması mümkündür. Keza kıymet takdirinde de alacaklının kötü niyetli olarak haczedilen malın değerinin daha düşük olduğunu ileri sürmesi, bu surette borçlunun daha çok malının haczedilmesini sağlamaya çalışması da dikkate alınmayabilir. Yine borçlunun, alacak miktarı düşük olsa da borçluya zarar vermek amacıyla doğrudan konutunun haczedilmesinin istenmesi de hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle icra memuru tarafından reddedilebilir/reddedilmelidir<sup>285</sup>. Örneklerden de görüldüğü üzere icra memuru, takdir yetkisi

---

<sup>284</sup> Her nasılsa şikâyet kabul edilmiş ise, icra memurunun, kötüye kullanım nedeniyle yapmaktan kaçındığı icra işlemi nedeniyle uğranılan zararlardan dolayı tazminat talebiyle karşılaşması mümkündür (İİK m. 5). Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 223.

<sup>285</sup> Esasen borçlunun haczedilecek mallarına karar verme yetkisi icra memurunda olmakla birlikte, uygulamada, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların da etkisiyle alacaklının gösterdiği malların doğrudan haczedilmesine yönelik bir fiili durum mevcuttur. Kanımızca icra memurunun bağımsız ve tarafsızlığını ortadan kaldıran bu durum, adil



tanınan hâllerde, icra ve iflâs mevzuatı açısından açık düzenleme mevcut olmasa da TMK m. 2 hükmünü dikkate alarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasını dikkate alabilir; hatta taraf menfaatlerinin dengelenmesi bağlamında dikkate alınmalıdır.

Haksız takip işlemi nedeniyle tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, kuşkusuz haksız takip işlemi neticesinde uğranılan zarar veya zarar tehlikesi de mevcut olmalıdır. Oysa icra ve iflâs hukukunda öngörülen takip süreçlerinde, taraf veya ilgililerin takip işlemleri, kural olarak karşı taraf nezdinde tek başına icra etkisi doğurmazlar. Bir başka ifadeyle taraf veya ilgili üçüncü kişiler tarafından yapılan takip işlemleri, kural olarak icra organı tarafından işlem yapılmasına yönelik talep niteliğindedir. Dolayısıyla taraf veya ilgili üçüncü kişilerin haksız takip işlemi söz konusu olsa da, icra organı tarafından ilgili işlem üzerine herhangi bir işlem yapılmadıkça veya yapılsa bile bu işlem üzerine zarar ortaya çıkmadıkça, kural olarak tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Örneğin alacaklının kötü niyetli olarak, borçlu açısından pek elverişsiz bir zamanda satış talep etmesi, tek başına zarara neden olmadığından tazminat sorumluluğuna esas olacak şekilde bir haksız takip işleminden söz edilemez. Keza üçüncü kişi tarafından borçluluyla anlaşarak satış geri bırakmak amacıyla hacizli mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunmuş olsa da, icra mahkemesi tarafından söz konusu mallar üzerinde takibin durmasına karar verilmedikçe alacaklının zararı olmaz. Hatta bu durumda icra mahkemesi, istihkak iddiasının satış geri bırakmak amacıyla yapıldığı gerekçesiyle istihkak konusu mallar üzerinde takibin devamına karar vermelidir. Dolayısıyla pek çok durumda zararın ortaya çıkabilmesi ve bu anlamda haksız takip işleminden bahsedilebilmesi için, kötü niyetli olarak yapılan taraf takip işlemi ile bu işleme binaen icra organınca yapılan takip işleminin bir arada bulunması gerekir. Bununla beraber bazı istisnai hâllerde doğrudan taraf veya ilgililerin takip işlemiyle de tazminat sorumluluğu bakımından haksız takip işleminin varlığından söz edilebilir. Örneğin borçlunun ödeme emrine kötü niyetli olarak itiraz etmesi, üçüncü kişilerin haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı olarak itiraz etmesi gibi hâllerde, icra memurunun işlem yapması söz konusu değildir. Bu durumlarda doğrudan taraf veya ilgili üçüncü kişilerin işleminin kötü niyetli olarak yapılması, doğrudan zarara neden olabilmektedir.

Haksız takip işlemi bakımından, konunun yalnızca icra-iflâs dairesi nezdinde bunlara yönelik olarak yapılan işlemler bakımından değerlendirilmesi de yanıltıcı olabilir. Takip süreci

---

bir cebri icra sürecinden bahsedilmesini imkânsız kılar. Bkz. Özekes, *İlkeler*, 91 ve oradaki dn. 196 ve ayrıca bkz. s. 200.

bakımından asıl organlar icra-ıflâs daireleri olduğundan, çoğu durumda haksız takip işlemi, bu organlar nezdinde yapılırsa da, özellikle şikâyet bağlamında icra mahkemesinde veya genel mahkemelerin görevine bırakılan birtakım hususlar da dürüstlük kuralına aykırı olarak kötü niyetli kullanımlara konu olabilir. Örneğin sırf süreci uzatmak için icra mahkemesinde haczedilmezlik şikâyetinde bulunulması veya ihalenin feshinin talep edilmesi de kötü niyetli haksız takip işlemleridir. Yine her ne kadar icra inkâr tazminatı öngörülmüş olsa da, sırf süreci uzatmak için menfi tespit veya borçtan kurtulma davası açılması da haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla geniş anlamda haksız takip işlemi kavramına, taraf veya ilgili üçüncü kişiler tarafından icra mahkemeleri veya genel mahkemelerin görevli kılındığı hususlarda, bu mahkemeler nezdinde yapılan işlemler de dâhildir<sup>286</sup>.

Sonuç olarak, takip süreci, esas itibariyle taraf ve ilgili üçüncü kişilerin gerek icra-ıflâs daireleri gerekse de icra mahkemesi ve/veya genel mahkemeler nezdinde yaptıkları işlemlerle yürütülür. Takip süreci nezdinde taraf ve ilgili üçüncü kişilere tanınan usûlî hak ve yetkilerin, her ne kadar İİK ve yan mevzuatta açık düzenlemesi olmasa da dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekir. Zira sübjektif hakların gerçekleştirilmesi noktasında bozulan menfaat dengesinin, gerektiğinde devletin cibrî icra organları marifetiyle tekrar sağlanması amacıyla öngörülen takip süreçlerinde, usûlî hak ve yetkilerin kanun koyucunun amacına uygun şekilde kullanılması gerekir. Aksi takdirde icra ve iflâs hukuku, kişilerin karşılıklı olarak birbirine zarar vermelerinin hukuka uygun araçları hâline gelmiş olur. Bu bakımdan, haksız takip işlemi, “*taraf veya ilgililerin, takip süreci içerisinde kendisine tanınan usûlî hak ve yetkilerin, kanun koyucunun amacının dışında veya bu amacı aşar şekilde kötüye kullanılması*” olarak ifade edilebilir.

### **3. Takibin ilgilileri açısından haksız takip işlemi**

#### **a. Alacaklı açısından**

Haksız takip işleminin, tazminat sorumluluğu bakımından esasen taraf takip işlemi bağlamında değerlendirilmesi, fakat zararın da ortaya çıkabilmesi açısından cibrî icra organları tarafından kural olarak icra takip işleminin yapılmış olması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. Ancak alacaklı tarafından yapılan taraf takip işlemlerinin, tazminat sorumluluğunu gerektirecek nitelikte zarara yol açabilmesi, bu anlamda haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilmesi için,

---

<sup>286</sup> Kuşkusuz bu durumda söz konusu merciler, mahkeme niteliğinde olduğundan, kendileri nezdinde yapılan işlemler bakımından dürüstlük kuralına aykırılığı ve hakkın kötüye kullanılmasını resen denetleyebileceklerdir. Bkz. yuk. Birinci Bölüm § 2, III.

kural olarak cebrî icra organı tarafından icra takip işlemi yapılması gerekmektedir<sup>287</sup>. Bir başka ifadeyle, alacaklı açısından haksız takip işlemi, prensip itibarıyla cebrî icra organının da borçlu veya ilgili üçüncü kişiye yönelik bir cebrî icra işleminde bulunmasıyla birlikte tazminat sorumluluğunu gerektirecek bir zarara neden olması hâlinde söz konusu olur. Zira takip süreci, alacaklının talebi üzerine başlamakta ve esas itibarıyla alacaklının alacağına kavuşmak amacıyla yapması gereken talepler (taraf takip işlemleri) ile yön bulmaktadır. Bu süreç içerisinde alacaklı tarafından yapılan işlemlerin, dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması, tazminat sorumluluğunu gerektirecek nitelikte haksız takip işlemi olarak değerlendirilmesi için tek başına yeterli değildir. Örneğin alacaklının, gerçekte alacaklı olmamakla birlikte sırf borçlunun itibarını sarsmak için veya alacaklı olsa bile sırf borçluyu kötü niyetli olarak zora sokmak amacıyla takip talebinde bulunması, tek başına borçlunun nezdinde zarar doğurmamaktadır. Borçlu açısından bu örnekte hiç değilse manevi zararın ortaya çıkması, takip talebi üzerine icra memuru tarafından borçluya takibin türüne göre ödeme veya icra emrinin gönderilmesiyle gerçekleşebilir<sup>288</sup>. Bir başka örnek olarak, borçlu için pek uygunsuz bir zamanda haciz uygulaması yaptırmak isteyen alacaklının haciz talebi, talep doğrultusunda icra memuru tarafından haciz işlemi yapılmadıkça borçlu bakımından herhangi bir zarara neden olmayacaktır.

Bu itibarla alacaklı açısından haksız takip işlemi, alacaklının haksız olarak yapmış olduğu taraf takip işlemi niteliğindeki talebinin yanında, cebrî icra organı tarafından da cebrî

---

<sup>287</sup> Burada 06.12.2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun'un 11'nci maddesiyle İİK m. 78/1 düzenlemesine birinci cümleden sonra gelmek üzere eklenen "*Ancak, alacaklı dilerse haciz talebinde bulunmaksızın Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden, bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağı olup olmadığını sorgulayabilir. Sorgulama sonunda sistem mal, hak veya alacağın mahiyeti ve detayı hakkında bilgi veremez; sadece mal, hak veya alacağın genel olarak olup olmadığı konusunda bilgi verebilir. Borçlunun mal, hak veya alacağının varlığının tespiti hâlinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden de haciz talep edilebilir.*" hükmü, alacaklının talebi üzerine cebrî icra organının herhangi bir işlem yapmaksızın borçlu hakkında zarar doğuracak nitelikte haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de söz konusu düzenleme, kötü niyetli alacaklılar tarafından, somut olayın özelliklerine göre borçlunun malvarlığının veya ekonomik ilişkilerinin, hatta kişisel verilerinin öğrenilmesine kadar geniş bir yelpazede bilgi edinmek amacıyla kullanılabilir. Örneğin, bir kişi hakkında bilgi edinmek isteyen bir kişi, özellikle genel haciz yoluyla takip bağlamında basit bir alacak iddiasıyla takip süreci başlatarak, takibin kesinleşmesiyle birlikte UYAP üzerinden kötü niyetli olarak bilgi edinebilir. Bu durumda kuşkusuz alacaklının taraf takip işlemi üzerine icra memuru tarafından cebrî nitelikte herhangi bir işlem yapılmamaktadır, ancak yine de borçlu nezdinde, alacaklı tarafından kötüye kullanılan bir hak dolayısıyla zarar ortaya çıkabilmektedir.

<sup>288</sup> Ancak somut olayın özelliğine göre salt takip veya ihtiyati haciz talebinde bulunulması dahi borçlunun zarar görmesine neden olabilir. Örneğin bir tacir hakkında yalnızca takip başlatılması veya ihtiyati haciz talebinde bulunulmasıyla birlikte tacirin ticari çevresinde itibarının zarar görmesi veya kredi imkânlarının olumsuz yönde etkilenmesi, hâli hazırdaki kredi borçlarının tahsiline yönelik girişimlere maruz kalması gibi zararların ortaya çıkması mümkündür. Dolayısıyla prensip olarak takip talebine binaen borçluya yönelmiş icra takip işleminin yapılması gerekmekte ise de, somut olayın özelliğine göre salt alacaklının takip veya ihtiyati haciz talebiyle de zararların ortaya çıkması söz konusu olabilir.

nitelikte bir işlemin yapılmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bu noktada ise cebrî icra organının, alacaklının haksız talebi karşısında icra ve iflâs mevzuatı çerçevesinde öngörülen hak ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler önem arz etmektedir. İcra memurunun, alacaklının haksız talebi karşısında yapması gereken işlem bakımından bağlı yetkili olması hâlinde, alacaklının haksız takip işlemi, tazminat sorumluluğunu gerektirebilecektir. İcra memurunun yapması gereken işlem bakımından bağlı olmayan yetkiyle, bir başka ifadeyle takdir yetkisiyle düzenlenmiş olması hâlinde ise, her durumda alacaklının tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyebilecektir. Aynı örnekler üzerinden açıklanacak olursa, alacaklının kötü niyetli olarak başlattığı takipte ve istediği hacizde, icra memurunun alacaklının takip veya haciz talebinin haksızlığını dikkate alarak ödeme (veya icra) emri göndermeme veya haciz yapmama gibi bir imkânı yoktur; usûlüne uygun talep üzerine İİK ile öngörülen işlemleri yapmak zorundadır. Oysa borçlunun hangi mallarının haczedilebileceği konusunda icra memurunun takdir yetkisi (İİK m. 82/4) bulunduğundan, örneğin borçluya en çok zarar vereceğini düşündüğü malların haczini veya alacak miktarından fazlasının haczedilmesini<sup>289</sup> talep etmesi gibi alacaklı işlemleri karşısında, icra memuru taleple bağlı olmadığından, her ne kadar bu talepler haksız takip işlemi niteliğinde olsalar da, tazminat sorumluluğunu doğurma anlamında haksız takip işlemi söz konusu olmayacaktır<sup>290</sup>. Bu durumda icra memurunun

---

<sup>289</sup> Alacaklının alacak miktarının fazlasının haczini talep etmesi veya alacak miktarından fazlasının haczedilmesi, her ne kadar İİK bağlamında hacze ilişkin özel düzenlemelerde veya genel bir hükümle yasaklanmamış olsa da, cebrî icra hukukunun temel esasları doğrultusunda işin niteliği gereği mümkün değildir. Zira alacaklının takip talebinde belirttiği alacak miktarı, takibe esas teşkil edip, takibin ilerleyen aşamalarının kapsamını da belirleyecektir. Takip talebinde belirtilen miktarın, sonradan ıslah yoluyla dahi olsa artırılması mümkün değildir. Alacak miktarı, ancak faiz gibi asıl alacağa bağlı fer'i haklar ve takip masrafları çerçevesinde artabilir ve artan miktar takibin ileriki aşamalarında yapılacak işlemlerde esas teşkil edebilir. Dolayısıyla burada alacaklının alacak miktarından fazlasının haczedilmesini talep etmesi, şu durumda aşkın hacze sebebiyet verememelidir. Zira bu durumda icra memurunun bu talebi doğrudan reddetmesi veya aşan miktar için dikkate almaması gerekir, aksi takdirde şikâyet yolu işletilmeli ve hukukî sorumluluğuna gidilmelidir. Bu bakımdan alacak miktarından fazla olacak şekilde haciz talep edilmesi, haciz konulan mallara takdir edilen kıymet bakımından değerinden az miktar için haczedilmesinin talep edilmesi ve bu surette borçlunun daha fazla mallarının haczedilmesinin sağlanmak istenmesi olarak anlaşılmalıdır. Haczedilen mallara kıymet takdir edilmesi ise, İİK m. 87 uyarınca icra memurunun takdir yetkisi kapsamındadır. Şu hâlde alacaklının bu yöndeki talebi doğrultusunda borçlunun mallarına alacak miktarını aşacak şekilde haciz uygulanması, esas itibarıyla icra memurunun işleminin şikâyet yoluyla iptal edilmesi ve uğranılan zararların, icra memurunun hukukî sorumluluğu çerçevesinde devlet aleyhine tazminat davasının açılması suretiyle giderilmesi gerekir. Özellikle aşkın haciz bakımından, doğrudan alacaklının tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesinin, pek olası olmayacağı kanısındayız. Aşkın haciz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20, 4, (2016): 25 vd.

<sup>290</sup> Öte yandan bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, alacaklının İİK çerçevesinde kendisine verilmiş hak ve yetkileri kötüye kullanması, bu anlamda herhangi bir haksız takip işlemi bulunmasa bile, özellikle icranın iadesi bakımından ortaya problemler çıkarabilir. Şöyle ki elindeki ilâmı, ilâmların icrasına dair hükümler marifetiyle henüz kesinleşmeden icra ettiren alacaklı, hükmün daha sonra borçlu lehine bozularak kesinleşmesi hâlinde, ilâm konusu alacağı icranın iadesi çerçevesinde borçluya geri vermekle yükümlüdür. Bu durumda ilâm konusunu cebren ifa etmiş olan borçlu, ilâm konusunun niteliğine göre aynen iadeyi çoğu zaman sağlayamayabilecektir veya o arada kullanamamasından dolayı zarara uğramış olabilecektir. İcranın iadesine ilişkin İİK'da herhangi bir hüküm

alacaklının talebi doğrultusunda işlem yapması hâlinde, söz konusu işlemlerin şikâyet yoluyla iptali sağlanabilecek, borçlunun uğradığı zararlar ise icra memurunun hukukî sorumluluğu çerçevesinde kusurunun bulunması şartıyla kendisine rücu edilmek üzere devlet tarafından tazmin edilebilecektir<sup>291</sup>.

## **b. Borçlu açısından**

Borçlu açısından haksız takip işleminin değerlendirilmesinde, borçlunun taraf takip işlemlerinin, tazminat sorumluluğu bağlamında haksız takip işlemi olarak kabul edilebilmesi için, cebrî icra organı tarafından herhangi bir işlem yapılması kural olarak gerekmeyecektir. Zira borçlunun konumu gereği yapabileceği birtakım temel işlemler, esasen alacaklının takibine karşı koymaya yönelik olup, takip süreci bakımından doğrudan etki göstermektedir. Borçlu tarafından yapılan taraf takip işlemlerinde, cebrî icra organının kural olarak herhangi bir işlemine ihtiyaç duyulmaksızın, alacaklının alacağına ulaşabilmesi bakımından takibin niteliğine göre doğrudan engelleyici veya erteleyici etki doğmaktadır. Örneğin genel haciz yoluyla takipte borçlunun ödeme emrine itirazı, kendiliğinden takibi durdurmaktadır. Kötü niyetli olarak takibe itiraz edilmiş olması hâlinde alacaklı itirazı hükümden düşürmelidir, aksi takdirde takibe devam edilemeyecektir. Başka bir örnek olarak borçlunun mal beyanında bulunması, her ne kadar icra memuru bakımından bağlayıcı niteliği olmasa da, alacaklının talebi üzerine haciz uygulanacak malvarlığı değerlerinin tespiti bakımından doğrudan etki gösterebilmektedir<sup>292</sup>.

---

de bulunmamaktadır. Bu durumda esas itibarıyla alacaklının ilâmlı icra çerçevesinde alacaklının dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması niteliğinde herhangi bir takip işlemi söz konusu olmasa da, borçlunun uğradığı zararlar bakımından tazminat sorumluluğunun değerlendirilmesi yine de gündeme gelebilir. bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, I, B, 1, b. Dolayısıyla tazminat sorumluluğu bakımından alacaklının haksız takip işlemiyle sınırlı bir inceleme yapmak da hatalı ve eksik sonuçlara yol açabilir.

<sup>291</sup> Bu noktada, alacaklı tarafından yapılan taraf takip işlemlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olsa bile her durumda alacaklının tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyebilecektir. Konu hakkında cebrî icra müesseseleri bakımından ayrıntılı incelemeler aşağıda ikinci bölümde ayrıca yapılacak olduğundan, şimdilik bu hususa değinmekle yetiniyoruz.

<sup>292</sup> Benzer şekilde borçlunun üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunması hâlinde de, borçlunun bu işlemi, alacaklının alacağına geç kavuşması bakımından doğrudan etki doğurabilecektir. Zira bu durumda icra memuru, iddiayı alacaklıya bildirmek zorundadır ve istihkak konusu malvarlığı değeri üzerinde alacaklının istihkak iddiasına itiraz etmesi gerekecektir. İşin doğası gereği itiraz etmesi gereken alacaklının itirazı üzerine söz konusu mal hakkında satışın geri bırakılmasına da karar verilebilme ihtimali gündeme gelebilecektir. Hatta bu durumda alacaklının kötü niyetle istihkak iddiasında bulunulduğunu ispat etmesi de oldukça zor olduğundan, özellikle borçlu ve üçüncü kişinin, istihkak iddiası bakımından birlikte kötü niyetle hareket etmeleri de mümkündür. Her ne kadar borçlu ve üçüncü şahsın istihkak iddiası hususunda birleşmeleri, alacaklı bakımından etkili olmasa da (İİK m. 97/12), neticede mahkeme nezdinde yürütülecek istihkak davası süresince alacaklının alacağına kavuşmasına doğrudan etki doğurmuş olabilecektir. Nitekim kanun koyucu, istihkak iddiasında bulunma hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla alacaklı lehine yüzde yirmiden az olmamak üzere tazminata hükmedilmesini öngörmüştür (İİK m. 97/13). İstihkak müessesesi bakımından söz konusu hususlar, aşağıda İkinci

Bununla birlikte, alacaklının takibine karşı koymaya yönelik borçlunun yaptığı taraf takip işlemleri, bazı durumlarda alacaklının alacağına ulaşmak bakımından takibi doğrudan engelleyici veya erteleyici etkiye sahip değildir. Bu çerçevede borçlunun şikâyet yoluna başvurması, genel mahkemelerde menfi tespit davası veya istirdat davası açması, ilâmlı icra bakımından kanun yolları suretiyle icranın durdurulması yoluna başvurması veyahut da icra takibinin iptali veya taliki yollarına başvurması hâlleri dikkate alınmalıdır. Zira bu hâllerde icra memurları dışında, mahkeme niteliğindeki cebrî icra organları nezdinde (geniş anlamda) takibe karşı koyulmaktadır. Borçlunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak bu yollara başvurması, takip sürecinde tek başına etki doğurmamakta, alacaklının alacağına geç kavuşma nedeniyle zarara uğramasına neden olmamaktadır. Bütün bu müesseselerde borçlunun talebi üzerine ancak ilgili mahkeme tarafından verilecek bir karar ile takibe etki edilebilmektedir. Bu durumda borçlunun dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde bu yollara başvurma hakkını kötüye kullanması hâlinde, esas itibarıyla mahkeme nezdinde usûlî dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı kendiliğinden denetlenebileceğinden<sup>293</sup>, borçlunun haksız takip işleminde bulunma anlamındaki girişimleri, alacaklı nezdinde esasen başarılı sonuç doğurmayacaktır. Ancak bu müesseselere başvurulmuş olması dahi, alacaklının alacağına ulaşma bakımından mahkeme nezdinde yapılacak yargı faaliyeti çerçevesinde birtakım iş ve işlemler yapmasına neden olacak, bu bakımdan takip sürecinde uzatıcı ve zorlaştırıcı etki doğurabilecektir. Nitekim kanun koyucu, itirazın hükümden düşürülmesinde, menfi tespit davalarında, istihkak davalarında buna yönelik önlemler almış ve icra tazminatı öngörmüştür. Buna karşılık ihalenin feshi hariç olmak üzere şikâyet yolunda, icranın durdurulmasında<sup>294</sup> veya takibin iptal ve taliki müesseselerinde tazminata yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin alacaklının takibine karşı süreci uzatmak isteyen borçlunun kötü niyetli olarak şikâyet yoluna başvurması hâlinde, takip süreci kendiliğinden durmayacak, ancak satış duracaktır. Oysa şikâyet bakımından kötü niyetli hareket eden borçlu aleyhine tazminata dair herhangi bir düzenleme yoktur. Aynı şekilde icra

---

Bölüm § 5, I, B, 1, a, v. başlığı altında ayrıntılı bir şekilde inceleneceğinden, burada sadece borçlunun istihkak iddiasında bulunmasının da haksız takip işlemi olarak değerlendirilebileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

<sup>293</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, III.

<sup>294</sup> Esasen ilâmlı icrada icranın durdurulması (İİK m. 36) bağlamında öngörülen teminat şartının, alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle yaşayabileceği hak kayıplarını engellemek amacıyla öngörüldüğü, bu bakımdan borçlunun kötü niyetli olarak icranın durdurulması girişimlerine engel olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de kanun koyucunun icranın durdurulmasını teminat şartına bağlamış olması, hatta hükmolunan para veya eşyanın yerine başka teminat gösterilmesini icra mahkemesinin onayına tabi tutmuş olması, gerçekten de alacaklının alacağına kavuşmak bakımından tehlikeyi bertaraf etme amacına matuftur. Ancak öngörülen teminat, kanun yolu incelemesi neticesinde kesinleşecek ilâmın konusuna yöneliktir. Alacaklının alacağına geç kavuşmuş olması nedeniyle uğrayabileceği zararlara yönelik herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan icranın durdurulması bağlamında borçlunun haksız takip işlemi olarak değerlendirilmesi mümkündür.

takibinin iptal veya talikinde de kötü niyetli girişimleri engellemek amacıyla tazminat öngörülmüş değildir<sup>295</sup>. Dolayısıyla haksız takip işleminin borçlu bakımından değerlendirilmesinde, borçlu tarafından yapılan taraf takip işlemlerinin takibe etkisinin, doğrudan veya mahkeme nezdinde yargı faaliyeti yapılması gerekmekte ise dolaylı olarak ortaya çıkacağına da göz önünde bulundurulması gerekir.

### c. Üçüncü kişiler açısından

Bilindiği üzere icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler, esas itibariyle alacaklı ile borçlu arasındaki hak mücadelesinin, devletin cebrî icra organları nezdindeki iş ve işlemlerle yürütülmesine yöneliktir. Takip süreci de, tıpkı medenî usûl hukukunda olduğu gibi iki taraf sistemi üzerine kuruludur; ancak davacı-davalı kavramlarının yerini, alacaklı-borçlu kavramları alır<sup>296</sup>. Dolayısıyla takip sürecinde üçüncü kişilerin doğrudan hak mücadelesi içinde yer almaları, teknik olarak takibin tarafları konumunda olmaları söz konusu değildir<sup>297</sup>. Bununla birlikte alacaklı ve borçlu arasındaki bir takipte, yapılan iş ve işlemler neticesinde ortaya çıkan cebrî etkinin, söz konusu takip bakımından üçüncü kişilerin menfaatleri üzerinde de gerçekleşmesi mümkündür. Bir başka ifadeyle, alacaklı ile borçlu arasındaki takipten, özellik arz eden birtakım hâllerde, üçüncü kişilerin de etkilenmesi gündeme gelebilir. Örneğin borçlunun mallarının haczi bakımından üçüncü kişilerin mallarının borçlu hakkında yürütülen takipte haczedilmesi, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczedilmesi, satışı yapılan malvarlığı değerleri üzerinde üçüncü kişilerin haklarının mevcut olması hâlinde ihalenin feshinin talep edilebilmesi, borçlunun mallarının haczinden önce üçüncü kişi tarafından konulmuş olan hacizlere iştirak edilmesi, sıra cetvelinde birbirinin takipleri bakımından üçüncü kişi konumunda olan alacaklıların durumları, tahliye taleplerinde kiracıların durumu, iflâs takiplerinde borçlunun veya iflâsın açılması hâlinde müflisin diğer alacaklılarının durumlarının etkilenmesi gibi pek çok müessesede üçüncü kişilerin de hukukî durumları etkilenebilmektedir. Bütün bu özel durumlara ilişkin olarak, takip sürecinde üçüncü kişilerin de menfaatlerini koruyabilmeleri için, kendilerine çeşitli hak ve yetkiler tanınmıştır. Dolayısıyla, üçüncü kişilerin bu hak ve yetkilerinin kullanılabilmesi, işin niteliği gereği birtakım iş ve işlemlerin yapılmasını gerektirdiğinden, üçüncü kişiler tarafından yapılan bu iş ve işlemler her

---

<sup>295</sup> Her ne kadar icra takibinin iptali ve taliki için borçlunun iddiaları sınırlandırılmış ve iddialarının ispatı zorlaştırılmış olsa da, bu hususlar icra takibinin iptal veya taliki süreciyle uğraşmak durumunda bırakılan alacaklı için kuşkusuz bir maddî manevî bir yük oluşturacaktır. Fakat buna karşılık aleyhine karar verilene yönelik bir tazminat sorumluluğu öngörülmüş değildir.

<sup>296</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 14; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 4.

<sup>297</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 80.

ne kadar teknik anlamda taraf takip işlemi olarak değerlendirilemese de<sup>298</sup>, haksız takip işlemi olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, üçüncü kişi tarafından haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı itiraz edilmesi, kötü niyetli olarak ihalenin feshinin talep edilebilmesi mümkündür.

Bu çerçevede üçüncü kişiler tarafından, menfaatlerinin korunması bağlamında ilgili oldukları hususlarda kendilerine tanınan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması her zaman mümkündür. Nitekim bunu öngören kanun koyucu, çeşitli hükümlerde engelleyici tedbirler almıştır<sup>299</sup>; ancak bazı durumlarda herhangi bir engelleyici düzenleme mevcut değildir. Örneğin, iflâs takibinin kesinleşmesi üzerine asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılan ilâna kötü niyetli olarak sürecin uzaması amacıyla itiraz edilmesi hâlinde, itiraz reddedilse bile bundan dolayı iflâs yoluna başvuran alacaklının uğrayabileceği zararların<sup>300</sup> tazmini noktasında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Keza sıra cetveline karşı koyma yollarının kötü niyetli olarak kullanılma ihtimaline karşı da herhangi bir engelleyici düzenleme mevcut değildir. Özellikle sıra cetveline karşı şikâyet yoluna gidilmesi hâlinde bütün diğer alacaklılar bakımından da sonuç doğuracak nitelikte karar söz konusu olacağından, sıra cetvelinin kesinleşmesi ve paylaşımın yapılabilmesi, kötü niyetli olarak ertelenebilecektir<sup>301</sup>.

Öte yandan, takip sürecinde üçüncü kişiler tarafından yapılan iş ve işlemler, kimi zaman doğrudan, kimi zaman ise ilgili cebrî icra organının kararıyla alacaklı veya borçlu açısından sonuç doğurur. Dolayısıyla, üçüncü kişilerin haksız takip işleminin, alacaklı, borçlu veya diğer üçüncü kişiler nezdindeki etkisinin, doğrudan veya cebrî icra organı tarafından bir işlemin gerçekleştirilmesi suretiyle ortaya çıkması önem arz etmektedir. Bu noktada da icra memuruna yönelik talep niteliğindeki işlemler bakımından icra memurunun takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirme yapıp yapamamasına; bir mahkeme nezdinde yürütülecek yargı faaliyetine yönelik işlemler bakımından ise mahkemenin usûlî dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye

---

<sup>298</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 175 vd.; Boran Güneysu, "Takip İşlemleri", 35.

<sup>299</sup> Örneğin ihalenin feshi talebinin esastan reddedilmesi hâlinde öngörülen para cezası, haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı itiraz edilmesi hâlinde alacaklının şikâyet yoluyla üçüncü kişinin hapisle cezalandırılmasıyla birlikte tazminat talebinde de bulunabilmesi, istihkak davasının reddedilmesi hâlinde üçüncü kişi aleyhine tazminata hükmedilmesi gibi hususlar, ilgili üçüncü kişilerin kötü niyetli işlemlerinin engellenmesine yöneliktir.

<sup>300</sup> Esasen burada dava süresince malların defterinin tutulması gibi birtakım tedbirler düzenlenmiş ve bu bakımdan iflâs yoluna başvuran alacaklının zararının söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Ancak her hâlde alacaklı alacağına daha da geç kavuşacaktır ki zamanlamanın özellikle önem arz ettiği iflâs yolunda, kaybedilecek her vakit, alacaklı açısından zararlara yol açma potansiyelini barındırmaktadır.

<sup>301</sup> Burada da sıra cetvelindeki diğer alacaklıların, teminat göstererek alacaklarını sıra cetveli kesinleşmeden alabilmelerinin sağlanması suretiyle herhangi bir zarar uğramayacağı düşünülebilir. Ancak ne var ki teminat gösterilmesi bile, diğer alacaklıların kuşkusuz bir ekonomik yük altına girmesi anlamına gelecektir; hiç değilse teminat imkânını bağlamış olacaktır. Bu bakımdan sıra cetveline karşı koyma müessesesinde, talepte bulunan kişilerin, talebinin reddedilmesi hâlinde diğer alacaklılar veya borçlu bakımından gecikmeden veya teminat göstermek mecburiyetinde bırakılmasından dolayı tazminat sorumluluğunun öngörülmesi gerektiği kanısındayız.



kullanılmasını resen dikkate alabileceğine ilişkin yukarıda, alacaklı ve borçlu açısından haksız takip işlemlerinin değerlendirilmesi başlığı altında yaptığımız açıklamalar, üçüncü kişilerin işlemleri için de aynen geçerlidir.





## İKİNCİ BÖLÜM

### HAKSIZ TAKİP VE HAKSIZ TAKİP İŞLEMİNDEN DOĞAN ZARARLARA İLİŞKİN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN ESASLARI

#### § 4. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Tezimizin giriş ve birinci bölümlerinde belirttiğimiz üzere, icra ve iflâs hukuku, bireyler arasındaki özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklara dair hak ve borçların, devletin cebrî icra organları nezdinde yürütülen cebrî icra faaliyetiyle gerçekleştirilmesini amaç edinmektedir. İcra ve iflâs hukukunun konusu ve cebrî niteliği dikkate alındığında, cebrî takip yolları çerçevesinde yapılan işlemler, takibin taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin kişisel, sosyal ve ekonomik alanlarında doğrudan etki doğurur. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanımı suretiyle taraflar ve bazı hâllerde üçüncü kişilerin zarara uğraması kaçınılmazdır. Bu bakımdan, kötü niyetli takip ve takip işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini önem arz etmektedir. Zararların tazmini bakımından uygulanacak esasların belirlenmesi ise, sorumluluğun hukukî niteliğinin ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Türk icra ve iflâs hukukunda haksız takip ve haksız takip işlemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğu, yukarıda da ifade edildiği üzere ne öğretide doğrudan inceleme konusu yapılmış ne de yargı kararlarında etraflıca ortaya konmuştur. Bu bakımdan alanında ilk olma özelliği taşıyan bu çalışmada, sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin yapacağımız değerlendirmeler de, esas itibarıyla öğretide ileri sürülen görüşlerin ortaya konularak tartışılmasından ziyade, benzer şekilde sorumluluk öngörülen çeşitli müesseselere ilişkin sorumluluk hâlleriyle karşılaştırılarak yapılmak durumundadır.

Bu noktada ilk olarak haksız takip ve takip işleminden doğan zararların tazmini, icra tazminatları ile karşılaştırılabilir. İcra ve iflâs hukukumuzda özgü bir kurum olarak icra tazminatları da, cebrî icraya ilişkin taraf ve ilgili üçüncü kişilerin kötü niyetli davranışlarını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Bu yönüyle inceleme konumuz olan haksız takip ve takip işlemine dayanan tazminat sorumluluğu ile aynı amacı paylaşmaktadır. Ancak icra tazminatları, hukukî niteliği itibarıyla, yukarıda da ifade edildiği üzere, şartları, hüküm ve sonuçları bakımından haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğundan farklıdır. Zira her şeyden önce icra tazminatları, yalnızca kanun koyucu tarafından özel düzenlemelerle öngörülen hâllerde, alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin iddiasında haksız

çıkması hâlinde, ilgili merci tarafından kural olarak talep üzerine ve yine kural olarak en az %20 olarak öngörülür<sup>302</sup>. Bu bağlamda icra tazminatlarında aleyhine karar verilenin kural olarak kusuru aranmamakta ve zarar görenin zararına yönelik bir inceleme yapılmamaktadır<sup>303</sup>; icra tazminatları doğrudan kanundan doğmaktadır.

Buna karşılık haksız takip ve haksız takip işlemleri bakımından buraya kadar örnek olarak değindiğimiz ve aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz hâller bakımından Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğunun, icra tazminatları gibi doğrudan kanundan doğan, icra ve iflâs hukukuna özgü bir sorumluluk olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Keza özel düzenleme bulunmadığından, ilgili kişinin iddiasında haksız çıkması yeterli görülemez; bilakis, kişinin icra ve iflâs hukuku çerçevesinde kendisine tanınan hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması söz konusu olduğundan, doğal olarak kusur sorumluluğu olacaktır. Bir başka ifadeyle davranışın, sonuçları bilinmeyerek veya öngörülemeyerek gerçekleştirilmesi, mantıken mümkün değildir. Tam aksine, icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin, bilerek (veya en azından bilmesi gerekerek) ve isteyerek kötüye kullanımı söz konusudur. Kaldı ki haksız takip veya takip işlemi olarak değerlendireceğimiz bazı hâllerde, kişi maddi hukuk bakımından haklı olmakla birlikte sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla hareket etmektedir. Örneğin alacaklının ilâma dayalı alacağını parça parça takibe koyarak, borçluyu sürekli cebri icra tehdidiyle rahatsız etmesinin veya alacağını elde etmekten öte, sırf borçlunun itibarının sarsılması amacıyla, oldukça cüzi bir alacak için iflâs takibinde bulunmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla haksız takip ve takip işlemleri bakımından, maddi olarak haksızlık değil, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında hukuka aykırılık belirleyici olmaktadır. Öte yandan haksız takip ve takip işlemlerinden doğan tazmin sorumluluğu bakımından icra tazminatlarında olduğu gibi kanunen öngörülmüş belirli bir tazminat oranının uygulanması da söz konusu değildir. Gerçekten de icra tazminatlarında, şartların varlığı hâlinde merci tarafından kural olarak %20 oranı üzerinden tazminata doğrudan hükmolunmaktadır. Bunun üzerindeki zararlar bakımından ise, ancak iddia ve ispat edilmesi hâlinde tazminat kararı verilmektedir<sup>304</sup>. Haksız takip ve takip işlemlerinde ise kanuni düzenleme mevcut olmadığından, böyle bir uygulama yapılması

<sup>302</sup> Kılınç, 213-215; Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 684 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 156 vd.

<sup>303</sup> Cenk Akil, “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, 1, (2012): 321; Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 426.

<sup>304</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 111-112.

mümkün değildir. Bütün bu değerlendirmeler karşısında, haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunun hukukî niteliğinin, icra tazminatlarının hukukî niteliğine paralel olarak icra ve iflâs hukukuna özgü bir tazminat sorumluluğu niteliğinde olmadığı kanısındayız.

Haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunun hukukî niteliğinin, icra tazminatlarının hukukî niteliği bakımından öğretilen ileri sürülen<sup>305</sup> cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu da düşünülebilir. Gerçekten de borçlu veya üçüncü kişi tarafından takibe vaki itirazların, herhangi bir kusur olmasa da haksızlığına karar verilmesi veya alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli çıkmış olması hâlinde, kural olarak % 20' den az olmamak üzere ve kural olarak talep üzerine öngörülen icra tazminatlarının, cezalandırıcı tazminat olarak düşünülmesi mümkündür<sup>306</sup>. Zira cezalandırıcı tazminatın telafi, cezalandırma ve caydırma işlevlerinin<sup>307</sup>, icra tazminatları bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Ancak haksız takip ve takip işlemlerinden doğan zararlara ilişkin sorumluluğun, cezalandırıcı tazminat sorumluluğu niteliğinde olduğu söylenemez. Zira her şeyden önce cezalandırıcı tazminat, kıta Avrupası hukuk sistemlerine olduğu gibi Türk sorumluluk hukuku için de yabancıdır. Buna göre kıta Avrupası hukuk sistemlerine dâhil olan Alman-İsviçre-Türk hukukunda tazminatın işlevi, yalnızca telafiden ibarettir. Bu anlamda tazminat, kural olarak zarar miktarını geçemez; amaç, zarar görenin maddi durumunu, zarar verici fiilden önceki hâline getirmek olup, zarar görenin zenginleşmesini sağlamak değildir<sup>308</sup>. Oysa cezalandırıcı tazminatın en önemli özelliği, ağır kusurun varlığı hâlinde, zarardan fazla miktarda tazminata hükmedilmesidir. Bu yönüyle cezalandırıcı tazminat, telafi işlevinden ibaret olmayıp, aynı zamanda caydırma ve cezalandırma işlevlerini de haizdir<sup>309</sup>. Öte yandan cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği Anglosakson hukuk sistemlerinde dahi cezalandırıcı tazminata karar verilebilmesi için açık kanuni düzenleme gerekir<sup>310</sup>. Oysa haksız takip ve takip işlemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğu bağlamında ortaya çıkan problemler, esasen herhangi bir kanunî düzenlemenin olmadığı hâllere ilişkindir. Bu anlamda kötüye kullanımı engellemeye yönelik herhangi bir usûlî düzenleme veya kötüye kullanım hâlinde sorumluluğa ilişkin maddi

---

<sup>305</sup> Özden Merhacı, 216-217.

<sup>306</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, IV, B.

<sup>307</sup> Gül, 198 vd.; Özden Merhacı, 88 vd.

<sup>308</sup> Haluk Nami Nomer, *Haksız Fîil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (İstanbul: Beta, 1996), 33; Gül, 272, 290; Özden Merhacı, 160.

<sup>309</sup> Bu bağlamda cezalandırma işlevi, İngiliz hukukunda insafsızca (oppressive), kazanç elde etmek amacıyla kasten (conduct calculated to result in profit); Amerikan hukukunda ise kasten (willfully), umursamadan (recklessly) veya herhangi bir sebep yokken keyfî olarak (wantonly) gibi kavramlarla açıklanmaktadır. İstemi, 2695-2696.

<sup>310</sup> Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz, 332.

düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapacağımız incelemeler çerçevesinde ifade edeceğimiz zararların tazmini bakımından sorumluluğun hukukî niteliğinin, Türk sorumluluk hukuku sistemine tam olarak uymayan ve pozitif mevzuatımız karşısında genel olarak kabul edilmesi mümkün olmayan cezalandırıcı tazminat sorumluluğu niteliğinde olamayacağı kanaatindeyiz.

Haksız takip ve takip işleminden doğan sorumluluğun hukukî niteliğinin, haksız ihtiyati hacizden doğan tazminatın hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretide ileri sürülen fedakârlığın denkleştirilmesi niteliğinde olduğu da değerlendirilebilir. Bu görüşe göre haksız ihtiyati hacizde, kusur veya kusursuz sorumluluktan ziyade, kanun koyucu tarafından, taraflar arasındaki kaçınılması mümkün olmayan menfaat çatışmasında bir tarafa öncelik tanınmakta, üstün değer uğruna düşük değer; bir başka ifadeyle daha büyük zararların önlenmesi amacıyla, daha düşük tutulan menfaat feda edilmektedir<sup>311</sup>. Bu surette taraflardan biri lehine bozulan menfaat dengesinin yeniden düzeltilmesi için, fedakârlıkta bulunan kimsenin zarar görmesi durumunda lehine tazminat hakkı öngörülmektedir. Fedakârlıkta bulunanın zararı, bu surette giderilerek fedakârlık denkleştirilmektedir<sup>312</sup>. Bu bakımdan kanun koyucunun öngördüğü müdahale imkânı, işin niteliği gereği hukuka uygun addedilmektedir. Oysa haksız takip ve takip işlemlerinde, kanun koyucunun taraf veya üçüncü kişinin menfaatini üstün tutması söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle haksız takip ve takip işlemi olarak değerlendirilebilen hususlarda, icra ve iflâs hukuku bakımından kanun koyucunun menfaat dengesi ilkesini de gözeterek öngördüğü müesseseler çerçevesinde tanınan hak ve yetkiler kötüye kullanılmaktadır. Gerçekten de ihtiyati haciz, bir geçici hukukî himaye tedbiri olarak niteliği gereği alacaklı menfaatinin üstün tutulmasını gerektirir<sup>313</sup>; ancak bu yaklaşım istisnai olup, icra ve iflâs hukukunun geneline hâkim değildir. İcra ve iflâs hukukunda asıl olan menfaatlerin dengelenmesidir; icra ve iflâs hukuku müesseseleri, bu ilkeyle şekillenmiştir<sup>314</sup>. Dolayısıyla haksız takip ve takip işleminden doğan zararların tazminine ilişkin sorumluluğun hukukî niteliği, kanun koyucunun taraf veya üçüncü kişinin menfaatini düşük tuttuğundan hareketle, aleyhine yapılan işlemlerin hukuka uygun addedilmesi veya kusursuz kabul edilmesi ve fakat haksızlığın ortaya çıkması ve zararın meydana gelmesi hâline ilişkin fedakârlığın denkleştirilmesi değildir.

---

<sup>311</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 396.

<sup>312</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 396-397.

<sup>313</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 348 vd.; Özkes, *İhtiyati Haciz*, 18 vd.

<sup>314</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 11-13.

Haksız takip ve takip işleminden doğan hukukî sorumluluk, sözleşmeden doğan bir sorumluluk olarak da değerlendirilemez<sup>315</sup>. Zira takipte taraflar ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki, daha önce de ifade olunduğu üzere sürecin cebrî icra organları nezdinde yürütülmesinden hareketle üçlü bir ilişki olup, kamusal niteliktedir. Taraf ve ilgili üçüncü kişiler, ancak kendilerine kanun koyucu tarafından öngörülen surette hareket edebilir<sup>316</sup>; bu bakımdan cebrî icra müesseselerinde, taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla taraf ve üçüncü kişiler bakımından, cebrî icra sürecinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılması, sözleşmeden doğan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması niteliğinde olmadığından<sup>317</sup>, haksız takip ve takip işleminden doğan hukukî sorumluluğun, sözleşmeden doğan sorumluluk olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>318</sup>.

Haksız takip ve takip işleminden doğan sorumluluk, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde öngörülen sorumluluk ile de örtüşmemektedir. Zira sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sebepsiz zenginleşme borçlusunun malvarlığında bir zenginleşme olmalı, bu zenginleşme bir başkasının malvarlığı veya emeğinden kaynaklanmalı, zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağı olmalı ve nihayet zenginleşme haklı bir sebebe dayanmamalıdır<sup>319</sup>. Bu noktada, prensip itibarıyla, haksız takip veya takip işlemi bağlamında ortaya çıkan zenginleşmenin diğer tarafın malvarlığından

---

<sup>315</sup> Bununla birlikte Alman hukukunda *Lücke*, cebrî icra ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu sözleşme benzeri sorumluluk olarak nitelendirmektedir. Yazar, tarafların cebrî icra ilişkisinde uymaları gereken dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün sözleşme ilişkisinde de bulunduğunu, bu sebeple usûlî yükümlülüklerin uygulanmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Lücke, 441, 445 vd. Buna karşılık *Gaul*, cebrî icra ilişkisinin, niteliği gereği çatışan menfaatler içerdiğini, taraflara tanınan hak ve yetkilerin çeşitli usûl ilkeleri çerçevesinde kanun ile öngörülen sınırlar içerisinde kullanılabilirdiğini belirtmektedir. Bu bakımdan söz konusu yükümlülüklerin taraflar arasında sözleşme benzeri ilişkiyle açıklanmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla sorumluluğun sözleşme benzeri sorumluluğa dayandırılmayacağını ifade etmektedir. Gaul, “Haftung”, 25. Benzer şekilde tarafların usûlî ilişki çerçevesinde uymakla olduğu davranış yükümlülüklerinin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden bağımsız bir nitelik taşıdığı, bu bakımdan usûlî davranış yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi hâlinde doğan zararların sözleşmeye aykırılık temeline dayandırılmayacağı yönünde bkz. Zeiss, 704 vd. Bununla birlikte *Hellwig* ise, sorumluluğun hukukî niteliğinin, somut olayın özelliğine göre kimi zaman usûl veya maddî hukuk sözleşmeleri uyarınca yan yükümlülükler veya doğrudan dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü gibi usûlî davranış yükümlülüğüne veyahut da doğrudan haksız fiil esaslarına dayandırılabilirliğini ifade etmektedir. Hans Jurgen Hellwig, “Schadensersatzpflichten aus prozessualen Verhalten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 23, (1968): 1076.

<sup>316</sup> Gaul, “Haftung”, 26 vd.

<sup>317</sup> Takip işlemi yapma yetkisinin hukukî dayanağı hakkında bkz. Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 206-209.

<sup>318</sup> Bununla birlikte, icra ve iflâs hukuku çerçevesinde, icra sözleşmelerinin kabul edildiği hâllerde, icra sözleşmelerine aykırı şekilde yapılan haksız takip nedeniyle ortaya çıkan zararlara ilişkin sorumluluk, sözleşmeye aykırılığa ilişkin hukukî sorumluluk niteliğinde değerlendirilebilir. Zira bu durumda taraflar arasında icra sözleşmesiyle doğan hukukî ilişki ön plandadır. Örneğin taksitle ödeme hükümleri geçerliyken, alacaklının borçluya karşı takibe devam etmesi hâlinde alacaklı, sözleşmeye aykırı hareket etmiş olacaktır. Keza yalnızca icra sözleşmesiyle sınırlı olarak değil, maddî hukuk çerçevesinde alacaklı ile borçlu aralarında anlaşarak da borçluya süre verilmiş olabilir. Bu durumda da alacaklının sözleşmeye aykırı hareket ederek takip başlatması hâlinde haksız takip nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini, sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilecektir.

<sup>319</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 879 vd.

kaynaklandığı ve zenginleşme ile zenginleştirici olay arasında illiyet bağının mevcut olduğu söylenebilir. Ancak haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin sorumluluk, zenginleşmenin haklı sebebe dayanmaması unsuru bakımından farklılaşmaktadır<sup>320</sup>. Zira ilk olarak haksız takip ve takip işlemlerinde, cebrî takip çerçevesinde yapılan işlemin, usûlî dürüstlük kuralına aykırılığı esastan hareket edildiğinden, maddi olarak haklı olursa bile karşı tarafın zararları gündeme gelebilmektedir. Bu durumda temeldeki hukukî ilişki bakımından “haksız” bir zenginleşmenin varlığından bahsedilemez. Örneğin alacaklının alacağını bölümlere ayırmak suretiyle icra ettirmek istemesi, sebepsiz zenginleşme sorumluluğu anlamında haksızlık teşkil etmez; zira maddi olarak mevcut olmayan, haksız bir

---

<sup>320</sup> Sebepsiz zenginleşme bağlamında kazandırma, edimin ifası, sebepsiz zenginleşme borçlusunun müdahalesi ve umulmayan bir olaydan kaynaklanmaktadır. Bu üç durum bakımından da haksızlık (haklı sebebe dayanmama unsuru) farklı değerlendirilmektedir. İlk olarak edimin ifasından doğan zenginleşmenin haksızlığı, hukukî sebebin geçersiz olması, hukukî sebebin gerçekleşmemiş olması, hukukî sebebin sona ermiş olması ve nihayet borçlanılmayan bir edimin yanlışlıkla ifa edilmiş olması hâllerinde söz konusu olur. Eren, *Borçlar Genel*, 876-879; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Gazi, 4. B., 2019) 176-177. Bunlardan özellikle borçlanılmayan edimin yanlışlıkla ifa edilmiş olması, haksız takip çerçevesinde yerine getirilen edimler bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki bu durumda sebepsiz zenginleşmenin haksızlığı ve bu çerçevede sorumluluğun gündeme gelebilmesi, ifa edilmesi gereken bir borcun bulunmamasına, ifa edenin ifa kastıyla hareket etmesine, ifa edenin borçlanılmamış olan edimi isteyerek yerine getirmesine ve ifa edenin borcun varlığı hakkında yanlış olmasına bağlıdır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 327 vd. Ancak cebrî icra tehdidi altında yapılan ifanın, istemeyerek yapıldığı dikkate alındığında, yapılan ifanın istirdat davasına konu edilmemesi hâlinde geri alınmasının sebepsiz zenginleşme hükümleriyle esasen örtüşmediği ifade edilmelidir. Dolayısıyla, gerçekte borçlu olunmadığı hâlde haksız takip çerçevesinde gerçekleştirilen bir edimin ifasının, istirdat davasına konu edilmediği takdirde sebepsiz zenginleşme değil, haksız fiil hükümlerine göre uğranılan zararın tazminat sorumluluğu bağlamında giderilmesi suretiyle tazminat olarak geri alınmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun müdahalesi bakımından haksızlık ise borçlar hukuku öğretisinde yeni görüşler olarak ileri sürülen “hukuk alanının ihlâli” ve “müdahalenin hukuka aykırılığı” görüşleri bağlamında değerlendirilebilir. Buna göre zenginleşmeye neden olan fiil, sebepsiz zenginleşme alacaklının hukukten korunan alanının ihlâl edilmesi nedeniyle hukuka aykırı olduğu veya doğrudan müdahalenin bizatihi kendisinin hukuka aykırı olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun doğacağını kabul edilmektedir. Bu bakımdan her iki görüş de zenginleşmeyi doğuran fiilin haksız fiil olmasına dayandırdığından ve dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu ile karıştırılmasına neden olduğundan eleştirilmektedir. Eren, *Borçlar Genel*, 888 vd. Haksız takip ve takip işlemine dayanan tazminat sorumluluğunun hukukî niteliği, müdahale nedenine dayanan sebepsiz zenginleşme sorumluluğunun işaret edilen bu iki yeni görüş bağlamında haksızlık teşkil etmesi bakımından benzerdir. Zira müdahale çerçevesinde ister hukukten korunan menfaatlerin ihlâli dolayısıyla hukuka aykırılığı isterse de doğrudan müdahalenin bizatihi kendisinin hukuka aykırılığından hareket edilsin, her hâlükârda davranışın haksız fiil niteliği, kanun koyucunun takip çerçevesinde taraflara ve üçüncü kişilere tanıdığı hak ve yetkilerin usûlî dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması ile örtüşmektedir. Hatta müdahalenin haksızlığı bakımından öngörülen üçüncü yeni görüş olarak “hak sahibine özgülünen yetki içeriği” görüşünde de durum aynıdır. Zira burada da cebrî icra müesseseleri çerçevesinde hak sahiplerine tanınan yetkilerin içeriğinin dışına çıkılmakta, bu içeriğe aykırı olarak menfaat (zenginleşme) elde edilmektedir. Eren, *Borçlar Genel*, 890-891. Dolayısıyla müdahale nedenine dayanan zenginleşmenin haksızlık niteliğinden hareketle, esasen haksız takip ve takip işleminden doğan sorumluluğun sebepsiz zenginleşme sorumluluğu olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanımızca, haksız takip ve takip işleminde karşı tarafın zararı olsa da nihayetinde her durumda zenginleşme sağlanmamış olabileceğinden, bu durum dahi sorumluluğun hukukî niteliğinin haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmesinden ayrılarak sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluk olarak kabul etmeyi gerektirecek bir durum teşkil etmemektedir. Son olarak sebepsiz zenginleşmenin umulmayan durumlara dayanması hâli ise, işin niteliği gereği haksız takip ve takip işlemi bağlamında değerlendirilebilecek bir durum değildir. Zira haksız takip ve takip işlemi, kişinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde cebrî icrada düzenlenen hak ve yetkilerini kötüye kullanımına dayandığından, haksız takip ve takip işleminin umulmayan hâl şeklinde ortaya çıkması mantıken mümkün değildir.



alacak söz konusu değildir. Buna paralel ve ikinci olarak, haksız takip ve takip işlemi çerçevesinde ortaya çıkan sonuç, her ne kadar haksız takip veya takip işleminin karşı tarafı açısından zarara yol açsa da, bu durum haksız takip veya takip işlemini gerçekleştiren kişi bakımından gerçek anlamda bir zenginleşme niteliğinde olmayabilir. Örneğin alacağını sırf borçlusunun itibarını zedelemek için iflâs yoluyla takibe konu eden alacaklı, tasfiye söz konusu olmuşsa, tasfiyenin sonucunda yine alacak miktarı kadar tatmin edilecektir. Hatta hiç iflâsın açılmadığı varsayılsa bile, zenginleşme olarak kabul edilebilecek bir maddi kazancı dahi olamayacaktır<sup>321</sup>. Alacaklı alacağını temin etmekten ziyade borçlusunu zarara uğratmak için haciz yoluyla takip yaparak borçlunun mallarının haczini sağlamış ve hukuken geçerli bir sebep olmaksızın borçlunun mallarının satışını istememişse, yine herhangi bir zenginleşme söz konusu olmamasına rağmen, borçlunun zararı gündeme gelebilecektir. Görüldüğü üzere haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğun hukukî niteliği, sebepsiz zenginleşmeden doğan hukukî sorumluluğun unsurlarını da karşılamamaktadır<sup>322</sup>. Dolayısıyla sorumluluğun hukukî niteliğinin, sebepsiz zenginleşme sorumluluğu olmadığı kanısındayız.

Haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğunun hukukî niteliği, buraya kadar incelediğimiz diğer müesseselere ilişkin hukukî sorumlulukla örtüşmemektedir. Dolayısıyla sorumluluğun hukukî niteliğinin tespiti için, haksız takip ve takip işlemine esas teşkil eden dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından hareket edilmesi gerektiği kanısındayız. Bir başka ifadeyle usûlî dürüstlük kuralının da temel dayanağını oluşturan, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının kanun koyucu tarafından ele alınış biçimi dikkate alınmalıdır.

Söz konusu düzenlemede, kanun koyucu, bir taraftan “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*” hükmüyle objektif bir genel ilke olarak dürüstlük kuralını, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” ifadesiyle de dürüstlük kuralına aykırı şekilde hakkın kötüye kullanılmasının, hukuk düzeni tarafından korunmayacağı yaptırımını öngörmüştür. Kanun koyucu tarafından ne

---

<sup>321</sup> Esasen bu son durumda düşük de olsa bir ihtimal, borçlusunun ticari itibarının zedelenmesi nedeniyle bir ticari kazanç sağlanmış olabilir. Ancak bu durumda bile bu husus, haksız takip veya takip işleminden doğan zararların tazmini sorumluluğu noktasında sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilemez. Her şeyden önce sağlanan zenginleşme, doğrudan fakirleşen kişinin malvarlığındaki azalmadan kaynaklanmış değildir. Bu durumda olsa olsa haksız rekabet hükümleri dikkate alınabilir.

<sup>322</sup> Alman hukukunda, haksız takip nedeniyle ortaya çıkabilecek sebepsiz zenginleşme davasının açılacağı hâller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Johann W. Gerlach, *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1986), 12 vd.

dürüstlük kuralına aykırılık ne de hakkın kötüye kullanılması hâlinde sorumluluğa ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Genel ve soyut bir şekilde, dürüstlük kuralı ve buna aykırılık hâlinde hukuk düzeni tarafından korunma sağlanmayacağı vurgulanmıştır<sup>323</sup>. Bu itibarla, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması, somut vakıa “*Tatbestand*” ve buna bağlı olarak sonuç (yaptırım) öngörülen kural niteliğinde değildir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin anılan düzenlemeler, hukuk kurallarının tatbikine ilişkin olarak düzenleyici ve yol gösterici “*Rechtsanwendungsnorm*” nitelikte genel ilkelerdir<sup>324</sup>. Dolayısıyla aykırılık hâlinde sorumluluğa ilişkin düzenleme yapılması, esasen, hükmün niteliği gereği mümkün değildir; dürüstlük kuralına aykırılığın ve hakkın kötüye kullanımının söz konusu olduğu somut durumlara göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>325</sup>. Buna göre hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmamasının kapsamı, yalnızca kötüye kullanım ile amaçlananın sağlanmaması olarak değil, aynı zamanda kötüye kullanım nedeniyle uğranılan zararların tazminini de içermelidir. Zira ancak bu şekilde dürüst olmayan davranışlara karşı etkin bir korunma sağlanabilir. Örneğin taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması hâlinde, sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde karşı tarafın uğradığı zararlar tazmini gündeme gelecektir.

Dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması hâlinde öngörülen yaptırım, hukuken korunmama olarak belirlenmiştir. Bu itibarla, hakkın kullanımıyla amaçlanan menfaat, kötüye kullanımla birlikte artık meşru olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin, kanun koyucunun öngördüğü amacın dışına çıkılarak kötüye kullanılması, hukuken korunmama yaptırımına binaen hukuka aykırı hâle gelecektir. Ancak haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin sorumluluk bakımından, borç ilişkisinin kaynağı olarak özel bir düzenleme de bulunmadığından, hukuka aykırılığa dayanan genel sorumluluk sebebi olarak kusur sorumluluğu ele alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, cebri icra sürecinde öngörülen hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması hâlinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun, borç ilişkisinin kaynağı olarak haksız fiil sorumluluğu teşkil edip etmeyeceği değerlendirilebilir.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki dürüstlük kuralına aykırı davranışın aynı zamanda haksız fiil de teşkil etmesi hâlinde, haksız fiil sorumluluğunun uygulanabileceği kabul

---

<sup>323</sup> Edis, *Medeni Hukuk*, 292-294.

<sup>324</sup> Hans Mertz, *Berner Kommentar ZGB, Band 1*, Hrsg. Arthur Meier-Hayoz, (Bern: Stämpfli & Cie., 1966), Art. 2, 234, Rn. 29 vd.

<sup>325</sup> Oğuzman ve Barlas, 273.

edilmektedir<sup>326</sup>. Nitekim İsviçre hukukunda *Mertz*, somut olayda dürüstlük kuralına aykırılığın (ZGB Art. 2) aynı zamanda haksız fiil hükümlerine (OR Art. 41 vd.) ilişkin şartları da içermesi hâlinde, haksız fiil sorumluluğunun dikkate alınması gerektiğini, bu durumda her iki müesseseye dair hükümlerin birlikte değerlendirilebileceğini ifade etmiştir<sup>327</sup>. Buna göre dürüstlük kuralına aykırı fiil neticesinde zarar ortaya çıkmış ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı da mevcut ise, ortaya çıkan zararların tazmini, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde sağlanabilir. Gerçekten Türk hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin TMK m. 2 hükmü ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 49 vd. hükümlerinin birlikte uygulanabilirliğine engel bir durum da bulunmamaktadır<sup>328</sup>. Bu çerçevede, cebrî icra sürecinde öngörülen hak ve yetkilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması hâlinde, karşı taraf veya ilgili üçüncü kişilerin uğradığı zararlar bakımından tazminat sorumluluğunun hukukî niteliğinin, haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olduğu kanısındayız<sup>329</sup>. Bu tespitimiz neticesinde sorumluluğun şartları, haksız fiil sorumluluğunun şartlarına paralel şekilde; hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağı başlıkları altında incelenecektir.

Son olarak, ulaştığımız bu kanaat bakımından önemle vurgulamak gerekir ki, sorumluluğun hukukî niteliğinin haksız fiil sorumluluğu olması, haksız takip çerçevesinde ortaya çıkan zararlar bakımından prensip itibariyle her zaman geçerlidir<sup>330</sup>. Zira takip hakkının usûlüne uygun kullanılması üzerine cebrî icra memurunun herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Alacaklının sunduğu takip talebi üzerine, cebrî icra memurunun seçilen takip

<sup>326</sup> Akyol, 14; Edis, *Medeni Hukuk*, 331.

<sup>327</sup> *Mertz*, Art. 2, 249, Rn. 84. Keza Alman hukukunda da dürüstlük kuralına aykırı olarak usûlî ilişki çerçevesinde öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranış nedeniyle ortaya çıkan zararların BGB § 823 çerçevesinde haksız fiil uyarınca tazminata konu edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. *Zeiss*, 707.

<sup>328</sup> Oğuzman ve Barlas, 281, 287-289.

<sup>329</sup> Nitekim cebrî icra ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk bakımından, Alman hukukunda da sorumluluğun hukukî niteliği haksız fiil esaslarına dayandırılmaktadır. Hans Fisher Fisherhof, *Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung* (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1934), 42 vd. Buna göre özellikle alacaklı bakımından takip hakkının kötüye kullanılması hâlinde, § 823 BGB hükmü uyarınca haksız fiil sorumluluğu kabul edilmektedir. Ancak haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması için, tazminata ilişkin özel düzenleme bulunmaması gerekir. Örneğin geçici olarak icra edilebilir bir hükmün sonradan kaldırılması veya değiştirilmesi üzerine, icra edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin § 717 ZPO Abs 2 hükmü özel düzenleme niteliğindedir. Keza cebrî müdahalenin veya ihtiyati tedbirin baştan itibaren haksızlığının kanıtlanması hâlinde uğranılan zararların tazminine ilişkin ZPO § 945 hükmü de haksız fiil sorumluluğunu bertaraf etmektedir. Findeisen, 301 vd. Ayrıca bkz. Eberhard Schilken, “Grundfragen zum Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe Aus Der Wissenschaft Band III*, Hrsg. Karsten Schmidt, (München: C.H. Beck, 2000), 599 vd.; Wolfgang Grunsky, *Stein/Jonas ZPO, Band 9*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2002), § 945, Rn. 1 vd.

<sup>330</sup> Buna karşılık haksız takibin alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeye aykırı olarak başlatılması hâlinde haksız takipten doğan zararlardan sorumluluk, sözleşmeye aykırılığa ilişkin tazminat sorumluluğu olacaktır. Keza haksız ihtiyati haciz çerçevesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluk da, haksız ihtiyati haciz bakımından kabul edilen fedakârlığın denkleştirilmesi sorumluluğu niteliğindedir.

türüne göre borçluya ödeme veya icra emri göndermesi zorunludur. İcra memurunun bu noktada dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasını değerlendirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla haksız takip bakımında dürüstlük kuralına aykırı, bu bakımdan hukuka aykırı olarak zarara neden olan fiil, alacaklının kötü niyetli olarak takip talebinde bulunmasıdır. Buna karşılık haksız takip işlemlerinden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğunun hukukî niteliği, dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılan takip işlemi bakımından cebrî icra organının bağlı yetkili olması veya takdir hakkının olmasına göre farklılık arz edecektir. Cebrî icra organının kötüye niyetli talepler bakımından takdir yetkisinin olması hâlinde, dürüstlük kuralına aykırılığı kendiliğinden göz önünde bulundurarak talebi yerine getirmemesi gerektiğinden, bu durumda ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, cebrî icra organının kusurlu işlem veya davranışı nedeniyle devletin sorumluluğu (İİK m. 5) çerçevesinde olacaktır. Bu durumda karşı tarafın haksız fiil çerçevesinde sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

## § 5. SORUMLULUĞUN UNSURLARI

### I. Hukuka Aykırılık

Haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı, hukuka aykırılıktır. Ancak hukuka aykırılık, kanun koyucu tarafından tanımlanmamış, TBK m. 49 hükmünde “... *hukuka aykırı olarak...*” denilmekle yetinilmiştir. Hukuka aykırılık, öğretide “*hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması hâlinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranış, hukuka aykırıdır*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>331</sup>. Buna göre haksız fiil sorumluluğu bağlamında hukuka aykırılık, her hukuk normunun ihlâlini kapsamamakta; zarar doğuran fiilin, bireylerin hukuk düzeni tarafından korunan değerlerine müdahale etmeyi yasaklayan veya müdahaleden kaçınmayı emreden hukuk normunun ihlâliyle sınırlıdır<sup>332</sup>. Bu çerçevede Türk borçlar hukuku öğretisinde hukuka aykırılık unsurunun dar ve teknik anlamda anlaşılması gerektiği; bu bakımdan her hukuka aykırılığın, somut olayda haksız fiilin diğer şartları mevcut olsa dahi, haksız fiil

<sup>331</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 608.

<sup>332</sup> Haksız fiil sorumluluğu bakımından hukuka aykırılığa ilişkin olarak iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk olarak subjektif teoriye göre, başkasına zarar veren fiil, niteliği gereği hukuka aykırıdır. Buna göre fiil, esasında genel bir ilkenin ihlâli teşkil etmekte, zarara neden olan kişi söz konusu fiili gerçekleştirmeye dair subjektif hakkı olduğunu ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir. İkinci görüş ise bugün için çoğunlukla kabul edilen, Türk-İsviçre hukukuna hâkim olan objektif teoridir. Objektif teoriye göre zarar verici eylem, doğrudan doğruya haksız olarak kabul edilemez. Zira günümüz toplumsal yaşam ilişkileri içerisinde, her türlü olağan davranışın başkalarına zarar vermesi doğaldır. Dolayısıyla fiil, ancak başkasının hakkını koruyan bir normun mevcut olması hâlinde, bu normun ihlâline binaen hukuka aykırı olarak addedebilecektir. Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir, (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983), 41.

sorumluluğuna esas teşkil edemeyeceği ifade edilmektedir<sup>333</sup>. Dar ve teknik anlamda hukuka aykırılıktan ise haksız fiil sorumlusunun davranışının, mutlak veya özel koruma normunun ihlâli teşkil etmesi anlaşılmaktadır<sup>334</sup>. Bununla birlikte mutlak veya özel koruma normunun ihlâli niteliğinde olmasa da TBK m. 49/2 hükmü çerçevesinde ahlâk kurallarının kasten ihlâl edilmesi de haksız fiil sorumluluğunu doğuracaktır. Şu durumda yalnızca ya mutlak koruma normu veya özel koruma normunun ihlâli ya da kasten ahlâk kurallarının ihlâli suretindeki fiiller bakımından haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık mevcut olabilecektir.

Haksız takip ve takip işleminden doğan haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık hâllerinin tespit edilebilmesi için, bir şekli hukuk dalı olarak ve niteliği gereği kamu hukuku yönü ağır basan icra ve iflâs hukuku normların, mutlak veya özel koruma normu özelliği taşıyıp taşımadığının ortaya konulması gerekmektedir. Hatta icra ve iflâs hukuku normlarının ihlâlinin ahlâk kurallarının ihlâli olarak da değerlendirilebilecek nitelikte ahlâkî yönünün olup olmadığı da belirlenmelidir. Zira aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz hukuka aykırılık hâllerinde ihlâl edilen icra ve iflâs hukuku normları, normun koruma amacına göre her somut olayda farklı nitelikteki hakların ihlâlinin vasıtası olmaktadır.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından haksız fiil sorumluluğunu gerektiren ilk ihlâl hâlinin konusu olarak mutlak koruma normları, hukuk düzeni tarafından öngörülen emir ve yasaklarla, doğrudan koruma amacının güdüldüğü, bu çerçevede herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlâl edilebilen hukukî varlıklardır<sup>335</sup>. Herkesin, aynî haklar, fikrî haklar ve kişilik hakları olarak üç başlık altında kabul edilen mutlak haklara saygı duyması gerekmektedir; başkalarının mutlak haklarına saldırı ve müdahalelerde bulunma yasağı, herkes için geçerlidir. Bu yönüyle temel koruma normları olarak da ifade edilen mutlak haklar, gerek bedensel gerekse de ruhsal anlamda vücut bütünlüğü, aynî hak ve zilyetliğin korunması, kişilik hakları ve dürüstlük kuralı<sup>336</sup> gibi alt normlara ayrılmaktadır<sup>337</sup>.

Buna göre icra ve iflâs hukuku normlarının bizatihi kendisinin, doğrudan mutlak koruma normu niteliğinde olmadığı açıktır. Zira bu değerlerin herkese karşı korunmasının, kimse tarafından müdahale edilememesinin dayanağı maddi hukuk düzenlemeleridir. Mutlak koruma normları, maddi hukukta dahi sınırlıyken, bir usûl hukuku dalı olarak icra iflâs hukuku

<sup>333</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 619; Erdoğan İ., 120.

<sup>334</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 613 vd.

<sup>335</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 18 vd.

<sup>336</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 615.

<sup>337</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 614-615.

normlarının doğrudan ve teknik anlamda mutlak koruma normu niteliğinde olması mümkün değildir<sup>338</sup>. Zira usûl hukuku dalları ve özelde icra ve iflâs hukuku, kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasının maddi esaslarını düzenlememektedir; bilakis maddi hukuk kuralları çerçevesinde öngörülen korumanın usûlî esaslarını düzenlemektedir. Örneğin vücut bütünlüğü, kişilik hakları, aynî haklar, fikrî haklar gibi mutlak koruma konusu normlar, maddi hukukta düzenlenmektedir. İcra ve iflâs hukukunda olsa olsa sadece bu değerlere yönelik müdahale girişimlerinden korunma sağlanmaktadır. Bu anlamda bilindiği üzere icra iflâs hukukunda cebrî etkinin uygulama konusu, kişinin bizatihi kendisi değil, doğrudan ve yalnızca malvarlığıdır. Bir başka ifadeyle cebrî takiplerde, borçlunun kişiliği ve vücut bütünlüğü üzerinde herhangi bir cebrî faaliyet gerçekleştirilemez<sup>339</sup>. İcra ve iflâs hukukunda cebrî müdahale konusu borçlunun malvarlığı olduğundan, burada belki bir ihtimal, icra ve iflâs hukuku normlarının, özellikle mülkiyet çerçevesinde aynî haklar bakımından mutlak koruma normu olduğu ve haksız takip ve takip işlemleri çerçevesinde ihlâlinin söz konusu olabileceği düşünülebilir<sup>340</sup>.

<sup>338</sup> Haksız fiil sorumluluğu bakımından usul normlarının davranış yükümlülüğü yüklememesi nedeniyle usul normlarını ihlâl eden fiillerin hukuk aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde Bkz. Tandoğan, *Mes'uliyet*, 18.

<sup>339</sup> Bu noktada icra ve iflâs hukuku sistemimizde, haczin uygulanmasında icra memurunun borçlunun üstünü arama ve kapalı yerleri açtırma gibi yetkilerinin, cebrî müdahalenin ölçülülük sınırını aştığı ve dolayısıyla borçlunun şeref, özel hayatın gizliliği, sırların korunması gibi hakları bağlamında kişilik haklarının ihlâli potansiyelinin olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, *İlkeler*, 207 vd. Ancak bu durumda dikkat edilirse alacaklıya izafe edilebilecek bir davranış değil, bilakis haczin uygulanması bakımından icra memuru tarafından kanunun verdiği yetkiye dayanarak gerçekleştirilen işlemler söz konusudur. Burada belki bir ihtimal, alacaklının kötü niyetli bir şekilde borçlunun kişilik haklarına müdahale etme amacıyla haczin bu şekilde uygulanmasını talep etmesi söz konusu olabilir. Bu hâlde dahi icra memuru haczin uygulanması bakımından takdir yetkisini haiz olduğundan, bu yöndeki taleplerde alacaklının kötü niyetinin olup olmadığını değerlendirmeli ve reddetmelidir. Öte yandan icra ve iflâs hukukundaki hapis (tazyik hapsi, disiplin hapsi veya hapis cezaları) düzenlemeleri açısından da ilk bakışta borçlu (veya üçüncü kişinin) takip konusu alacak hakkının gerçekleştirilmesi için kişinin hapisle cezalandırıldığı düşünülebilir. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hapis yaptırımlarına ilişkin düzenlemelerinin Anayasa m. 38 hükmüne aykırılığı pek çok kez ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa mahkemesi, söz konusu taleplere ilişkin hapisle tazyik ve hapis cezaları düzenlemelerinde korunan hukukî yararın, borcun yerine getirilmesinin sağlanması değil, "kişiler tarafından kamu mercileri nezdinde yürütülen takiplerde öngörülen kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması", "kanunla getirilen ve cebrî icranın etkinliğinin sağlanması" yönündeki gerekçelerle ret kararları vermiştir. Bkz. AYM E. 2000/415, K. 2002/166, T. 21.11.2002, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); AYM, E. 2006/96, K. 2008/65, T. 28.02.2008, (Kazancı, E.T. 18.02.2020). Karş. AYM, E. 2006/71, K. 2008/69, T. 28.02.2008, (Kazancı, E.T. 18.02.2020). Nitekim konu hakkında bireysel başvuruda da bulunulmuştur. Bkz. Erdinç Engin Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/695, T. 12.2.2013,

(<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/695?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=695>, E.T. 18.02.2020). Bu çerçevede icra ve iflâs hukuku normlarında, kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı yaptırımlara tâbi tutulması, cebrî icra konusu borcun yerine getirilmesini sağlamak olmadığından, kişilik haklarına yönelik bir müdahale kabul edilmemektedir.

<sup>340</sup> Bu noktada cebrî icra hukukunda doğrudan mülkiyet hakkına müdahale niteliği bulunan hacedilmezlik hükümlerin, mutlak koruma normu olarak değerlendirilebilmesi düşünülebilir. Zira anılan hükümlerde kanun koyucu, borçlunun insan onuruna yaraşır şekilde yaşam hakkını sürdürebilmesi amacıyla, borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede malvarlığının tamamından sorumlu tutulmasını istememektedir. Bu bakımdan borçlu, hacedilmezlik müessesesi çerçevesinde kişilik hakları ve ruhsal anlamda vücut bütünlüğü hakkı

Öte yandan icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler, kural olarak alacaklı ve borçlu olarak somutlaşmış (şekli taraf teorisi uyarınca takibin tarafları olan alacaklı ve borçlu) kişiler arasındaki hak ve borçların gerçekleştirilmesini konu edinir. İcra ve iflâs hukuku düzenlemeleri, korumanın süjesi itibariyle gerek alacaklı gerekse de borçlu açısından karşılıklı hak ve menfaatlerin yarıştığı, bu anlamda her iki tarafın da haklarının korunmasına yönelik normlardan ibarettir. Dolayısıyla herkes tarafından ihlâl edilebilen nitelikte mutlak koruma normları söz konusu değildir<sup>341</sup>. Sonuç olarak icra ve iflâs hukuku normları mutlak koruma normları niteliğinde olmadığından, icra ve iflâs hukuku hükümlerinin ihlâli hâlinde hukuka aykırılığın, mutlak koruma normu ihlâli teşkil ettiği söylenemez.

Hukuka aykırılığın, özel koruma normlarının ihlâli olarak ortaya çıkması hâlinde ise kanun koyucunun zarar görenin mutlak hakları dışındaki menfaatlerini korumak amacıyla koymuş olduğu davranış kuralları, bir kanun hükmü ihlâl edilmektedir. Bu nitelikteki davranış kurallarında, kişilerin mutlak hakları dışındaki veya hak niteliği taşımayan ekonomik veya ticarî menfaatlerini koruma amacı söz konusudur<sup>342</sup>. Özel koruma normlarının ihlâli hâlinde

---

bakımından dolayı olarak korunmaktadır. Bir başka ifadeyle, haczedilmezlik hükümlerinin, mutlak koruma normu olarak değerlendirilebilmesi mümkündür.

<sup>341</sup> Buna karşılık yine de iki durumda herkes tarafından ihlâl gerçekleştirilebileceği söylenebilir. İlk olarak gerçekte hiçbir alacağı yokken bir kimseye karşı takip başlatılması hâlinde, borçlu maddi hukuk anlamında gerçek alacaklısı tarafından değil, tamamen yabancı bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen takibe karşı korunmaktadır. Bu durumda borçlunun korunmasına yönelik ödeme emrine itiraz, şikâyet, icra takibinin iptal ve taliki gibi icra ve iflâs hukuku normları, sonuç itibariyle herkes kavramı içinde olan birisi tarafından girilen bir müdahaleye karşı koruma sağlamış olmaktadır. Dolayısıyla teknik anlamda olmasa da fiili olarak mutlak koruma normu özelliği kazandığı düşünülebilir. İkinci olarak ise takibin tarafları dışındaki üçüncü kişilerin korunmasına yönelik icra ve iflâs hukuku normları belirtilebilir. Gerçekten de takibin cebrî etkisinin, taraflar dışındaki üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde ortaya çıktığı, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacakların haczi (İİK m. 89), iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar üzerinde haciz (İİK m. 94), istihkak (İİK m. 96 vd.), hacze iştirak (İİK m.100-101), ihalenin feshi (İİK m. 133-134), iflâs takibinin kesinleşmesinin (İİK m. 158) ve iflâs kararının ilanı (İİK m. 166) gibi müesseselerde üçüncü kişilerin korunmasına yönelik anılan normların, mutlak koruma normu niteliği taşıdığı düşünülebilir. Çünkü bu durumlarda kişinin malvarlığı unsurlarına yönelik müdahale girişimi, kendisine göre üçüncü kişi konumunda olan takibin tarafları, bir başka ifadeyle “herkes” tarafından ihlâl edilmiş olmaktadır. Örneğin alacaklı ve borçlu arasındaki takipte malları haczedilen üçüncü kişinin, mülkiyet hakkının ihlâli tehlikesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda istihkak prosedürüne ilişkin icra ve iflâs hukuku normları, mutlak koruma normu olarak da değerlendirilebilir.

<sup>342</sup> Özel davranış normlarının ihlâline ilişkin hukuka aykırılığın belirlenmesinde, borçlar hukuku öğretisinde üç görüş ileri sürülmektedir. Hukuka aykırı sonuç teorisinde ise fiilin sonucundan hareket edilmekte, bu çerçevede hukuka aykırılık, üçüncü bir kişinin hakkının ihlâl edilerek zarar verilmesinden sonra zarar verenin davranışının hukuka aykırılık sonucuna ulaşılmaktadır. Davranış kurallarına aykırılığın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için, öncesinde karşı taraf nezdinde zararın olup olmadığı tespit edilmelidir. Buna tepki olarak ileri sürülen hukuka aykırı davranış teorisinde ise hukuka aykırılığın belirlenmesinde, sonuç bakımından değil, kullanılan araç ve gerçekleştirilen davranış esas alınır. Bir başka ifadeyle zarar görenin durumundan değil, zarar veren kişinin davranışından hareket edilir. Bu nedenle hukuk düzeninin emir ve yasaklarının ihlâli niteliğindeki davranış, her durumda hukuka aykırıdır. Bununla birlikte karma görüşte ise, mutlak hakları ihlâl eden her davranış işin doğası gereği zarar meydana getirmiş olduğundan, hukuka aykırı sonuç teorisinden; bunun dışında malvarlığına ilişkin menfaatleri koruma amacı olan normların ihlâlinde ise hukuka aykırı davranış teorisinden hareket edilmektedir. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 617-618.

mutlak bir hak çiğnenmemekte, ancak bir zarar meydana gelmektedir. Mutlak hakların ihlâlinde doğrudan bir kişiye veya şeye verilen zarar söz konusuysen, özel koruma normlarının ihlâlinde, bunun dışındaki diğer malvarlığı menfaatleri üzerinde zarar ortaya çıkar. Özellikle malvarlığının üzerinde mutlak hak olmadığından, ihlâli hâlinde mutlak bir hak değil, ekonomik bir menfaat ihlâl edilmiş olur. Bu durumlarda hukuka aykırılık, ancak ihlal edilen hukuk kuralının, diğer amaçlar yanında kişilerin yararını koruma amacı gütmesi halinde mevcut olabilir. Bu noktada normun koruma amacı da önem arz etmektedir. Nitekim haksız fiil sorumluluğunda Türk-İsviçre borçlar hukukunda dar ve teknik anlamda hukuka aykırılık kabul edilmekte, hukuka aykırılık normun koruma amacıyla birlikte açıklanmaktadır<sup>343</sup>. Bu bağlamda görülüyor ki icra ve iflâs hukuku kurallarının ihlâli, özel koruma normu ihlâli çerçevesinde hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Zira bilindiği gibi icra ve iflâs hukuku kuralları ile devletin cebri icra organları nezdinde yürütülen faaliyet çerçevesinde kişilerin mameleki değerler üzerindeki karşılıklı menfaat çatışmasının giderilmesine ilişkin usûl ve esaslar düzenlenmektedir<sup>344</sup>.

Bu noktada şu hususa da parantez açmak gerekir: hukuka aykırılık için hukuk düzeni tarafından temel veya özel koruma normlarıyla veya ahlâk kuralları uyarınca öngörülen bir davranış normu mevcut olmalıdır. Eğer davranış normu yoksa hukuka aykırılığın da söz konusu olamayacağı; bu nedenle usûl kuralları davranış normu yüklediğinden, ihlâli hâlinde hukuka aykırılık olmayacağı ifade edilmektedir<sup>345</sup>. Gerçekten de dava açılırken görev kurallarına riayet edilmemesi hâlinde, davacının haksız fiil sorumluluğu anlamında hukuka aykırı davranışından bahsedilemez. Keza borçlunun ödeme emrine itiraz ederken eksik veya hatalı itiraz etmesi veya haciz mahallinde hazır bulunmaması doğrudan hukuka aykırı olarak addedilemez. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir ilke olarak usûl hukukunda da geçerlidir. Dolayısıyla dürüstlük kuralı ve hakkı kötüye kullanım yasağıyla birlikte değerlendirildiğinde, usûl hukuku kurallarının bireysel ve toplumsal adaletin tesis edilmesi amacıyla haiz olduğu kamusal karakteri gereği, haklarını gerçekleştirmek ve kendisini savunmak için öngörülmüş hak ve yetkiler bakımından herkes, usûlî dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü altındadır. Dahası icra ve iflâs hukuku gibi niteliği gereği doğrudan cebri müdahale sonuçları doğuran bir alanda öngörülen hak ve yetkilerin kullanılmasında, dürüst davranma yükümlülüğü usûl hukukundan da ileridedir. Bu bağlamda,

---

<sup>343</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 620.

<sup>344</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 8 vd.

<sup>345</sup> Bkz. Tandoğan, *Mes'uliyet*, 18; Eren, *Borçlar Genel*, 610.



cebrî takip çerçevesinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılmasında, esasen TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâl edildiği söylenebilir. Bir başka ifadeyle ihlâl edilen normun, bizatihi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının kendisi olarak kabul edilmek suretiyle mutlak koruma normunun ihlâl edildiği ifade edilebilir.

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için hukuka aykırılığın olumsuz unsuru olarak hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasına da değinmek gerekir. Gerçekten kanunen verilmiş bir yetkiye dayanılması veya özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması hâllerinde hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğundan, hukuka aykırılıktan bahsedilemez<sup>346</sup>. Ancak kanunen verilmiş bir yetkiye dayanılması hâlinde, esasen kamu menfaatinin üstünlüğü çerçevesinde bir davranışın gerçekleştirilmesi kastedilmektedir. Bir başka ifadeyle bu hâllerde kanun ile verilen yetkinin muhatabı, kamu adına hareket eden kişidir. Kamu menfaatinin üstünlüğü çerçevesinde davranış gerçekleştiren kişinin bu davranışı özel menfaate üstün tutulduğundan hukuka aykırı addedilmemektedir. Dolayısıyla konumuz bakımından icra memuru veya diğer icra organlarının fiil ve kararları, kanunen kendisine verilen yetkinin sınırları dâhilinde kaldıkça hukuka uygun kabul edilecek, hukuka aykırılığı söz konusu olmayacaktır<sup>347</sup>. Örneğin icra memurunun borçlunun mallarını haczetmesi, kamu gücü sayesinde kendisine verilen yetkiye dayandığından; bu yetkinin sınırlarını aşmadığı sürece hukuka uygun addedilecektir. Buna karşılık takibin tarafları veya ilgili üçüncü kişiler bakımından kamu menfaatinin üstün tutulması suretiyle kendilerine yetki verilmesi söz konusu olmadığından, bilakis tarafların eşitliği kabul edildiğinden, taraf veya üçüncü kişilerin davranışlarının kamu menfaatinin üstünlüğü bağlamında kanunen verilen yetkiye dayanmaları mümkün değildir. Dolayısıyla bu nitelikte bir hukuka uygunluk sebebi, anılan kişiler için geçerli olamaz. Buna karşılık özel hukuktan doğan yetkinin kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk sebebi, taraf veya üçüncü kişiler için geçerli olabilir<sup>348</sup>. Bu çerçevede örneğin alacaklının takip başlatması, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi, üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunması gibi davranışlarda, söz konusu kişiler kanunen kendilerine verilen yetkiyi kullanmaktadır. Bu bakımdan anılan işlemler, her ne kadar karşı taraf menfaatlerinin aleyhine zarar verici sonuçlar doğursalar da hukuka aykırılık teşkil etmezler<sup>349</sup>. Ancak özel hukuktan

---

<sup>346</sup> Erdoğan İ., 123.

<sup>347</sup> Erdoğan İ., 123; Tandoğan, *Mes'uliyet*, 30 vd.

<sup>348</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 625.

<sup>349</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 625.

doğan yetkinin kullanılması hâlinde de, yetkinin dayanağı olan kuralın amaç ve kapsamının dışına çıkılmamalıdır<sup>350</sup>. Bu noktada dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, en önemli sınırlamalardan birisidir<sup>351</sup>. Dolayısıyla alacaklının sırf fazla vekâlet ücreti almak için alacağını parça parça takibe koyması, borçlunun haksız olsa da süreci uzatmak için ödeme emrine itiraz etmesi, üçüncü kişinin borçluyla anlaşarak muvazaalı istihkak iddiasında bulunması gibi hâllerde artık hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğundan bahsedilemez.

Son olarak icra ve iflâs hukuku kurallarının ihlâlinin, hukuka aykırılık bakımından ahlâka aykırılık teşkil edip etmediğini kısa da olsa değerlendirmekte fayda vardır. Bir başka ifadeyle icra iflâs hukuku kurallarının ihlâlinin, TBK m. 49/2 anlamında haksız fiil sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık niteliğinde olup olamayacağı ortaya konulmalıdır. Kanun koyucu, TBK m. 49/2 hükmüyle adalet ve ahlak duygularına saygı duyulmasını ve bu yolla toplumsal vicdanın tatmin edilmesini sağlamak amacıyla kasıtlı bir şekilde ahlâka aykırı bir davranış işlenerek zarar verilmesini de hukuka aykırılık ile bir tutmuştur. Ancak burada mutlak bir hak veya kişilerin ekonomik menfaatini koruyan bir hukuk kuralına aykırılık mevcut olmayıp, ahlak kurallarına aykırılık söz konusudur. Bu bağlamda icra iflâs hukuku normlarının, her ne kadar icra ve iflâs hukukunun kamusal amaçları da dikkate alındığında toplumsal adalet duygusunu da tatmin etme amacı olduğu ifade edilebilirse de, temel amaç, bireylerin karşılıklı yarışan menfaatlerinin dengelenmesidir<sup>352</sup>. Dolayısıyla icra ve iflâs hukuku kurallarının ahlâk kuralları niteliğinde olduğu söylenemez. Öte yandan haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde icra ve iflâs hukuku kurallarının ihlâlinin de ancak kasıtlı yapılması hâlinde haksız fiil sorumluluğu doğacak olsa da, bunun sebebi, cebrî icra kurallarının ahlâk kuralları niteliğinde olması değildir. Usûlî dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılmasına aykırı hareket edilmesidir. Usûlî dürüstlük kuralına aykırı davranışın ve hakkın kötüye kullanılmasının kusursuz şekilde gerçekleştirilmesi, mantıken mümkün değildir. Kaldı ki özellikle dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının pozitif düzenlemesi karşısında ahlâka aykırılık hâlleri daralmıştır. Artık dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık, başlı başına kanuna-hukuka aykırılık (temel koruma normlarının ihlâli<sup>353</sup>) sayılmaktadır<sup>354</sup>. Sonuç olarak icra ve

---

<sup>350</sup> Erdoğan İ., 123.

<sup>351</sup> Özekes, *İlkeler*, 88.

<sup>352</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 40 vd.

<sup>353</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 614 vd.; Deschenaux ve Tercier, 40.

<sup>354</sup> Hatta bu nedenle TBK m. 49/2 hükmü gereksiz dahi kabul edildiği hakkındaki görüşler için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 621-622.

iflâs hukuku kurallarının ihlâli hâlinde, ahlâka aykırılık (TBK m. 49/2 sorumluluğunu gerektirecek) niteliğinde bir hukuka aykırılık söz konusu değildir.

## **A. Haksız Takipten Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Hukuka Aykırılık**

### **1. Genel olarak**

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere icra ve iflâs hukukunda, alacaklının alacak hakkının gerçekleştirilmesini sağlamak için öngörülen takip yolları, Anayasa'nın 36'ncı maddesi uyarınca hak arama hürriyetinin somut görünümünü teşkil etmektedir. Takip hakkı, dürüstlük kuralı ve hukukî yararlarla sınırlıdır; takip hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak ilişkin olduğu müessese bakımından kanun koyucunun amacını aşacak şekilde kötüye kullanılması hâlinde haksız takip söz konusu olacaktır.

Hâl böyle olmakla birlikte icra ve iflâs hukukunda, icra memuru, kendisine yöneltilen takipte alacaklının takip hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını inceleme yetkisini haiz değildir. Usûlüne uygun takip talebi üzerine kural olarak herhangi bir inceleme yapmadan borçluya ödeme veya icra emri göndermek durumundadır. Alacaklının talebine ilişkin olarak maddi yönden veya hukukî yararın varlığı yönünden inceleme yapması mümkün değildir<sup>355</sup>. Bu durumda takip hakkının kullanılması suretiyle borçlu bakımından cebri takip sürecinin başlaması herhangi bir denetime tâbi olmadığından, alacaklının kötü niyetli takip talebinde bulunma işlemine karşı doğrudan bir korunma imkânı bulunmamaktadır.

Kanun'un kendine özgü<sup>356</sup> bu sistemi uygulamada maalesef kötüye kullanılmakta ve öğretilde eleştirilmektedir<sup>357</sup>. Her ne kadar kötü niyetli takiplere karşı borçlunun korunmasına yönelik çeşitli müesseseler mevcut olsa da, anılan düzenlemeler yetersizdir. Bu itibarla aşağıda çeşitli müesseseler itibarıyla alacaklının takip hakkının ve geniş anlamda takip hakkı çerçevesinde kabul edilebilecek ihtiyati haciz talep etme ve tasarrufun iptali davası açma

<sup>355</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 42, 95.

<sup>356</sup> Nitekim İsviçre hukukunda alacaklının takip talebi üzerine icra memurunun takdir yetkisi çerçevesinde takip talebine uygun ödeme emri düzenleyip gönderme konusunda hukukî yarar incelemesi yapması mümkündür. Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht* (Basel: Schulthess, 2. Aufl., 2014), 13, Rn. 47 vd., 61, Rn. 241; Josef Studer ve Markus Zöbeli, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht* (Freiburg: Orell Füssli, 4. Aufl., 2015), 24 vd.; Jent-Sorensen, 178, Art. 38, Rn. 20. Keza Alman hukukunda da ilâmsız takip prensip itibarıyla kabul edilmemekle birlikte, mahnverfahren müessesesiyle, para alacaklarının mahkemeden alınan icra edilebilirlik şerhiyle takibe konulabilmesi suretiyle denetim sağlanmaktadır. Hartmann, *Beck'sche Kurz-Kommentare: Zivilprozessordnung*, 1612-1644, § 688 ff. Mahnverfahren usûlü hakkında bkz. Abdurrahim Karslı, "Alman Hukukundaki Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlamsız İcra Usulü ile Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, (Ankara: Adalet, 2009), 313 vd.

<sup>357</sup> Özkes, "Sorunlar", 271 vd.; Özkes, "Öneri", 925 vd.; Atalay, "Yargısız İnfaz", 67-69.

hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hukuka aykırılık incelenecektir. Ancak bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, herhangi bir şekilde hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaksızın gerçekleştirilen cebrî icra takiplerinin alacaklı aleyhine sonuçlanması hâlinde, borçlunun maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin hukuka aykırılık hususu değerlendirilmeyecektir. Zira bu hâllerde dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasından kaynaklanan bir durum olmadığından, alacaklı yalnızca maddi bakımdan haksız çıktığından, bu hususlar, tez konumuz itibarıyla kapsam dışı kalmaktadır<sup>358</sup>.

## 2. İcra hukukunda

### a. İlâmsız icrada

İlâmsız icra, bilindiği üzere icra ve iflâs hukukunun, alacaklının elinde alacağına ilişkin ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunmaması hâlinde başvurulabilen takip yollarını içeren kısımdır. İlâmsız icraya ilişkin takip yollarında alacaklının alacağının varlığı, bir mahkeme kararı veya mahkeme kararı hükmünde bir belgeyle kesinlik derecesinde ortaya konulmadan cebrî takibe başlanmaktadır. Hatta genel haciz yoluyla takipte, herhangi bir belgeye dahi dayanılmaksızın takibin başarıyla sonuçlandırılma ihtimali vardır. Buna karşılık borçlunun da ilâmsız icraya karşı koyabilmek bakımından, takibin türüne göre itiraz hakkı tanınmış ve bu surette tarafların menfaatleri dengelenmeye çalışılmıştır. Ancak yine de ilâmsız icra ve özellikle genel haciz yoluyla takip, maalesef icra ve iflâs hukukumuzun kötüye kullanıma en müsait kısmını oluşturmaktadır<sup>359</sup>.

#### *aa. Alacaklının kötü niyetle takip yapması*

İlâmsız icrada alacaklının kötü niyetle takip yapması bakımından ortaya çıkabilecek ilk ihtimal, alacaklının gerçekte alacak hakkı olmaksızın takip başlatmasıdır. Ancak bu durumda hukuka aykırılığa esas teşkil edecek kötü niyetin tespiti bakımından alacaklının takip hakkını kullanma konusundaki amacının/iradesinin de tespiti gerekmektedir. Zira ancak alacaklının alacaklı olmadığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu hâllerde alacaklının kötü niyeti

---

<sup>358</sup> Nitekim uygulamada haksız icra takibinden doğan tazminat davalarının pek çoğunda, yalnızca maddi bakımdan alacaklının takibinde haksız çıkmış olmasına dayanılmaktadır. Alacaklının kötü niyetli takip yapıp yapmadığı dikkate alınmamaktadır. Bu konuya aşağıda, kusur başlığı altında ve üçüncü bölümde ayrıca yer verileceğinden, şimdilik yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

<sup>359</sup> Nitekim ilâmsız icra takiplerinde öngörülen icra tazminatlarının tarihçesine bakıldığında, ilâmsız icra müesseselerinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla getirilmiş ve hukuk politikası gereği çeşitli zamanlarda yapılan düzenlemelerle sürekli oranı değiştirilmiştir. Bu da gösteriyor ki ilâmsız icra müesseseleri, icra ve iflâs hukukumuzda, İcra ve İflâs Kanunu'ndan önce dahi kötüye kullanılmış ve sürekli kötüye kullanılmaya da devam etmiştir. Kılınç, 214; Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 136 vd., 162-164; Yılmaz, "İcra Tazminatı", 681 vd.

söz konusu olabilecektir<sup>360</sup>. Buna karşılık alacaklının alacağının var olmadığını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması hâlinde, kötü niyetten bahsedilemeyecektir. Bu durumda alacaklı takip sonucunda haksız çıksa bile kötü niyetli olmadığından, tazminat sorumluluğuna esas teşkil edecek hukuka aykırılık mevcut değildir. Nitekim Yargıtay da alacaklının, icra tazminatları çerçevesinde borçlu lehine kötü niyet tazminatına mahkûm edilebilmesi için haksız olduğunu bilmesi veya bilmesi gerektiği hâlde takip başlatmış olmasını kabul etmektedir<sup>361</sup>. Aksinin kabulü hâlinde alacaklılar haksız çıkma endişesiyle takip yapmaktan kaçınabilecektir ve kuşkusuz bu durumda da hak arama hürriyeti önemli ölçüde engellenmiş olacaktır.

Bu çerçevede alacaklının alacaklı olmadığını bilerek başlattığı takipler doğrudan doğruya kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin alacaklının, gerçekte hiç alacağı olmamasına rağmen kimlik bilgilerini tespit ettiği bir kimseye karşı hukukî bilgisizliğinden de faydalanabileceği düşüncesiyle takip başlatması hâlinde takibin kötü niyetli olduğu aşikârdır. Kuşkusuz bu örnek, daha ziyade genel haciz yoluyla takip bakımından geçerli olabilir. Zira genel haciz yoluyla takipte alacaklının takip talebiyle birlikte alacağın dayandığı bir belge ibraz etme mecburiyeti yoktur. İcra memuru da alacağın varlığını gözetemeyeceğinden borçluya doğrudan ödeme emri tebliğ edilecektir. Borçluların hiç tanımadıkları birisinin alacak iddiasını ciddiye almayarak veya hukukî bilgisizliği nedeniyle ödeme emrine itiraz etmemesi durumunda takip de kesinleşmekte ve haciz aşamasına geçilebilmektedir. Bu durumda bir de haciz baskısıyla karşılaşan borçlunun, gerek mallarının haczedilmemesi gerekse de hacizli mallarının satışına engel olmak amacıyla gerçekte borçlu olmadığı parayı ödeyerek takibe son vermesi söz konusu olabilecektir.

Bu örnekte, borçlu tarafından takibe karşı koyarak kötü niyetli girişimleri engelleyebileceği ihtimaller de düşünülebilir. Öncelikle borçluya yapılan ödeme emri tebliği işlemi hukuka uygun olduğundan, borçlu şikâyet yoluna başvurarak takibin iptalini sağlayamayacaktır. Bu durumda borçlu tarafından ödeme emrine itiraz edilse bile, takip kendiliğinden duracak ve duran takibe devam edilebilmesi için alacaklının itirazı hükümden

---

<sup>360</sup> İbrahim Ercan, “Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170’te Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Düşünceler”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, Özel Sayı, (2014): 2213.

<sup>361</sup> Yargıtay 13. HD, E. 2019/2299, K. 2019/7816, T. 18.06.2019, (<https://metinpolat.av.tr/icra-takibinde-kotu-niyet-tazminati-takibin-kotu-niyetle-yapilmis-olmasi.html>), E.T. 18.02.2020); HGK E. 2005/19-286, K. 2005/268 T. 27.04.2005, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 22. HD, E. 2014/16803, K. 2015/30488, T. 09.11.2015, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 15. HD, E. 2005/1339, K. 2005/2024, T. 05.04.2005, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 11. HD, E. 2011/201, K. 2011/619, T. 24.01.2011, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 19. HD, E. 2009/10007, K. 2010/5693, T. 10.05.2010, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 11. HD, E. 2004/1456, K. 2004/10665, T. 01.11.2004, (Kazancı, E.T., 18.02.2020) .

düşürmesi gerekeceğinden, kötü niyetli alacaklı da aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmemesi için doğal olarak itirazın hükümden düşürülmesini istemeyecektir. Aynı şekilde borçlunun menfi tespit davası açabilme ihtimali düşünülebilirse de, takipten sonra açılan menfi tespit davasında teminat karşılığında ancak hacizli malların satışı sonucu elde edilen paranın alacaklıya verilmesi engellenebileceğinden<sup>362</sup> (İİK m. 72/3), bu durum da borçlular tarafından pek tercih edilmeyebilecektir. Zira düşük bir meblâğ için dahi olsa mallarının haczedilerek neredeyse yarı fiyatından satılması tehlikesi hâlâ mevcut olacaktır. Ödeme emrine itiraz etmemiş borçlu için en uygun yöntemin alacağı ödeyip istirdat davası açmak olduğu da düşünülebilir. Ancak bu durumda da alacaklı aleyhine tazminat hükmü düzenlenmediğinden, borçlunun uğramış olduğu zararları tazmin etme imkânı bulunmamaktadır<sup>363</sup>. Böylelikle borçlunun her ne kadar belirtilen savunma imkânlarını kullanması suretiyle alacaklının kötü niyetli girişimi sonuçsuz kalsa da, alacaklının aleyhine herhangi bir kötü niyet tazminatına hükmedilme ihtimali oldukça düşüktür. Görüldüğü üzere kötü niyetli alacaklılar için bu yönteme başvurmanın hemen hiçbir olumsuz yönü, riski yoktur. Bu nedenle bu yöntem, maalesef uygulamada sıklıkla karşılaşılan dolandırıcılık yöntemlerinden birisi hâline gelmiştir<sup>364</sup>.

Alacaklının, borçluya karşı yönelttiği alacak bakımından alacaklı olmadığını bilebilecek durumda olması hâlinde de kötü niyetli takip gündeme gelebilir. Ancak bu durumda hiç kuşkusuz, alacaklının kötü niyetinin varlığı, alacaklının alacaklı olmadığını bildiği hâlde takip başlatmasındaki kadar aşikâr değildir. Esasen bu durum, büyük çoğunlukla bir belgeye veya

---

<sup>362</sup> Bununla birlikte Kanun'da açıkça düzenlenme bulunmasa da, uygulamada, henüz haciz yapılmamış veya yapılmış olup da satış gerçekleşmemişse, borçlunun takip masrafları ve faizle birlikte alacağın tamamını icra dairesine ödeyerek ve % 15 oranında teminat yatırarak mahkemeden tedbir yoluyla mallarının haczedilmemesini, haczedilmişse hacizlerin kaldırılmasını sağlayabileceği kabul edilmektedir. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 135; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 357. Bu durumda borçlu takipten sonra menfi tespit davası açarak belirtilen şekilde mallarının haczedilmesini ve satılmasını engelleyebilir. Menfi tespit davasını da kazanarak takip konusu alacağın % 20'sinden az olmamak üzere tazminata hak kazanabilir. Ancak örneğimiz bakımından bu ihtimalin, borçlunun bu küçük miktarda alacaklar için böyle zahmetli bir sürece katlanma eğilimi göstermemesi; kaldı ki katlansa bile lehine hükmedilecek tazminatın oranı dikkate alındığında, ödeme ve teminat nedeniyle uğrayabileceği zararları ancak karşılayabileceği dikkate alındığında, gerçekleşmesi pek mümkün görünmemektedir.

<sup>363</sup> Kanun'da her ne kadar açıkça düzenlenmemiş olsa da, öğretide, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi hâlinde borçlu lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 141. Ancak örneğimizde menfi tespit davası açılma ihtimali düşük olduğundan, alacaklının tazminata mahkûm olma ihtimali yine de düşük olacaktır.

<sup>364</sup> Gerçekten de kötü niyetli alacaklılar tarafından genel haciz yoluyla takip sisteminin bu surette kötüye kullanılması uygulamada oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Bir şekilde bir kimsenin kimlik ve adres bilgilerini ele geçiren kötü niyetli alacaklılar, özellikle yüksek olmayan, bu sayede borçlu tarafından ciddiye alınmama ihtimalini de arttıracakları miktarlarda genel haciz yoluyla takip başlatmaktadırlar. Alacaklı aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmesi ihtimalleri ve harç miktarının da düşüklüğü dikkate alındığında, bu dolandırıcılık yöntemi, uygulamada maalesef kötüye kullanılabilir. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 141.

talebin dayanağı olan hukukî olayın varlığını gerektirmektedir. Zira bir kimsenin herhangi bir hukukî olgu var olmadan alacaklı olduğu zannıyla takip başlatması pek olası değildir; bu, her şeyden önce mantık kurallarıyla örtüşmez. Örneğin bir kimsenin ortada herhangi bir hukukî ilişki dahi yokken, deyim yerindeyse “*alacaklı olduğumu düşünüyorum*”, “*bana borcun olabilir*” güdüsüyle bir kimseye karşı takip başlatması hâlinde, alacaklının alacaklı olmadığını bilebilecek durumda olması sebebiyle kötü niyetli takipten söz edilemeyecek; bilakis, takibin kötü niyetli addedilebilmesinin dayanağının, doğrudan alacaklı olmadığını bildiği hâlde takip başlatması hâli olarak kabul edilmesi gerekecektir. Buna karşılık örneğin alacaklının evinin camına verilen zarar nedeniyle, zarar verenin pek de iyi geçinemediği komşusu olduğunu düşünerek kendisinden haksız fiil alacaklısı olabileceği zannıyla takip başlatması hâlinde, takibin komşusundan alacaklı olmadığını bilebilecek durumda olması nedeniyle kötü niyetli addedilmesi mümkündür.

Belirttiğimiz bu farklılığın, takibin kötü niyetli olarak kabul edilmesi, bu bağlamda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından sonuç itibariyle etkisi yoktur. Gerçekten her iki durumda da alacaklı takibinde kötü niyetlidir ve bu sebeple tazminat sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiştir. Ancak bu fark, kendisini kötü niyetli takip bakımından açılacak maddi-manevi tazminat davasında alacaklının aleyhine hükmedilecek tazminatın belirlenmesi açısından davalı alacaklıya izafe edilebilecek kusurun belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bu nedenle, alacaklının alacaklı olmadığını bilebilecek durumda olması hâlinde, takibin kötü niyetli takip olarak addedilebilmesi için somut olayın özelliklerinin dikkate alınması elzemdir. Bu kapsamda alacaklı ile borçlu arasında herhangi bir hukukî ilişkinin var olup olmadığı, varsa bu hukukî ilişkinin kapsam ve niteliği, tarafların durumları ve hukukî ilişki içerisinde taraflara ve özellikle alacaklıya atfedilebilecek kusurun varlığına kanaat getirilebilecek yükümlülüklerin mevcut olup olmadığı gibi pek çok husus dikkate alınmalıdır<sup>365</sup>. Nitekim Yargıtay da alacaklının kötü niyetli takipte bulunduğu kabul edilebilmesi için somut olayda hukukî ilişkinin var olup olmadığı, bu çerçevede alacaklının alacaklı olmadığını bilebilecek durumda olmasını, alacaklının niteliği uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülükler bağlamında incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>366</sup>.

<sup>365</sup> Yargıtay HGK, E. 2012/12-62, K.2012/142, T. 14.03.2012, (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 12. HD, E. 2003/16002, K. 2003/20271, T. 17.10.2003, (Legalbank, E.T. 18.02.2020); 12. HD, E. 2003/16128, K. 2003/19895, T. 13.10.2003, (Lexpera, E.T. 18.02.2020)

<sup>366</sup> Örneğin Yargıtay 4. HD T. 27.10.2014, E 2014/12811 K. 2014/13983 sayılı kararına konu olayda, kredi alacağına dayanan takibin haksızlığının menfî tespit davası çerçevesinde kredi sözleşmesindeki imzanın davacı borçluya ait olmadığını tespit edilmiştir. Buna istinaden davacı borçlu tarafından davalı banka aleyhine, davalı banka ile aralarında kredi sözleşmesi bulunmadığı, üçüncü şahıslar tarafından davacı adına atılan imza bakımından

Aynı alacak için birden fazla takip başlatılması da kötü niyetli takip çerçevesinde değerlendirilmesi gereken hususlardan birisidir. Alacaklının bir alacak için takip talebinde bulunmasıyla birlikte, takip derdest hâle gelir. Alacaklının aynı alacak için başka bir takip başlatması, kural olarak mümkün değildir<sup>367</sup>. Zira bu durumda, her şeyden önce ikinci takip bakımından hukukî yararın varlığından söz edilemez<sup>368</sup>. Ayrıca bu durum takip ekonomisi ilkesinin de ihlâli anlamına gelecektir. Şu hâlde aynı alacak için birden fazla takip başlatılması, evleviyetle takip şartlarına ve icra ve iflâs hukukunda da geçerli olan usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır.

Bununla birlikte aynı alacak için birden fazla takip başlatılması, Kanun'da doğrudan yasaklanmış değildir. Dolayısıyla alacaklının birden fazla takip başlatmasının önünde Kanun'un lafzına bakıldığında herhangi bir engel yoktur. O hâlde alacaklının aynı alacak için birden fazla başlattığı takiplerde, ilk takipten sonra başlattığı takipler, kötü niyet bağlamında hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecek midir? Uygulamada Yargıtay, kimi kararlarında tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla birden fazla takibin aynı anda yürütülmesini kabul ederken<sup>369</sup>, kimi kararlarında ise derdest bir takip varken, aynı alacağa ilişkin sonradan başlatılan takibi haksız bulmuş ve alacaklının kötü niyetli olduğuna hükmetmiştir<sup>370</sup>. Öğretide ise aynı alacağa ilişkin iki farklı takip yapılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>371</sup>.

Kanımızca aynı alacak için birden fazla takip başlatılması, tahsilde tekerrür ilkesine aykırılık olmasa da mümkün kabul edilmemelidir. Zira alacaklının ilk takipten sonraki takipleri bakımından hukukî yararının olmadığını ve takip ekonomisinin ihlâline neden olacağını bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen takip başlatması, borçlu üzerinde birden

---

davalı bankanın gerekli özen ve itina gösterilmeden kredi kullandırılması, bu sebeple kendisine karşı başlatılan takip nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğü gerekçesiyle açtığı manevi tazminat davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından davacının dava dışı kardeşi G.'ın, davacıya ait kimlikteki fotoğrafı kendi fotoğrafı ile değiştirmek suretiyle sahte kimlik düzenleyerek davalı bankadan bireysel kredi kullanarak bankayı dolandırdığı, davalı bankanın kimlik belgesindeki mührün ve fotoğrafın sahteliğini ayırt etmesinin mümkün olmadığı, yapılan işlemlerde herhangi bir dikkatsizliği ve özensizliğinin bulunmadığı, davacının mağduriyetinin kardeşinin dolandırıcılığı sonucu meydana geldiği, bu mağduriyetinden kaynaklanan manevi zararının tazminini davalı bankadan isteyemeyeceği gerekçesiyle verilen ret kararı vermiştir. Yargıtay ise davacı borçlunun temyiz talebini kabul ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Buna karşılık Yargıtay'ın kambiyo senetleri bakımından lehdarın keşideciye yönelik takiplerde, keşidecinin imza itirazının kabul edilmesi hâlinde, alacaklı lehdarın imzanın keşideciye ait olup olmadığını tespitini yapabileceği ve dolayısıyla bu özeni göstermediğinden takibinde kötü niyetli ve ağır kusurlu olduğunun ve bu uygulamanın adeta karine gibi kabul edilerek istikrar kazanmış uygulamasının eleştirisi hakkında bkz. Ercan, 2217 vd.

<sup>367</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 96; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 121-122.

<sup>368</sup> Pekcanitez ve Simil, 35.

<sup>369</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2014/13938, K. 2014/15699, T. 02.06.2014, (Lexpera, E.T. 18.02.2020); 12 HD, E. 2011/3662, K. 2011/19138, T. 18.10.2011, (Lexpera, E.T. 18.02.2020).

<sup>370</sup> Yargıtay 11. HD, E. 2015/6969, K. 2015/10464, T. 14.10.2015, (Lexpera, E.T. 18.02.2020).

<sup>371</sup> Kuru, *El Kitabı*, 205; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 122.



fazla takip baskısı yaratmak suretiyle cebrî icra imkânlarını kötüye kullanmasından başka bir anlam taşımamaktadır. Alacaklının bu hususu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması, hayatın olağan akışı içerisinde kabul edilebilir olmadığından, sonraki takiplerin kötü niyetli kabul edilmesi gerekir. Aksinin kabulü hâlinde alacaklılar tarafından aynı alacağa ilişkin olarak deyim yerindeyse “*hangisinden tahsil edilirse edilsin*” anlayışıyla pek çok takip başlatma imkânının önü açılmış olur ki, bunun hukuk düzeni tarafından kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki borçlunun böyle bir durumda pek çok takip baskısı altında kalması bir yana, borçlu olmadığı iddiasıyla bütün takiplere itiraz etmesinin gerekmesi veya her bir takip bakımından şikâyet yoluna başvurusu gibi savunma vasıtalarını her bir takipte ayrı ayrı kullanmak zorunda kalması gibi usûlî pek çok problem de ortaya çıkacaktır.

Öte yandan bu noktada sonraki takiplerin derdestlik nedeniyle iptalinin ne suretle sağlanacağı da değerlendirilmelidir. Zira derdestlik hâlinin icra memuru tarafından gözetilme zorunluluğuna ilişkin Kanun’da herhangi bir hüküm mevcut değildir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere derdestlik, icra memuru tarafından resen gözetilmelidir ve aykırılığın süresiz şikâyete tabi olması gerekir<sup>372</sup>. Bu sebeple alacaklının aynı alacak için birden fazla takip başlatması hâlinde borçlu, icra mahkemesinden şikâyet yoluyla takibin iptalini sağlayabilecek ve fakat uğradığı zararları şikâyet müessesesiyle tazmin edemeyecektir. Buna karşılık, derdestliğin itiraz sebebi olduğu kabul edilse bile, bu durumda da borçlu sonraki takiplere derdestlik itirazında bulunarak, esasen sonraki takipleri durdurabilecektir. Ancak duran takiplerde alacaklı, aleyhine karar verileceği açık olduğundan, kötü niyet tazminatına mahkûm edilmemesi için menfaatine aykırı olacak olan itirazın hükümden düşürülmesi yollarına başvurmayacaktır. Bu durumda da alacaklının kötü niyetli takibi yaptırımsız kalacak ve borçlu uğradığı maddi baskı nedeniyle tazminata hak kazanamayacaktır. Dolayısıyla haksız ve kötü niyetli bu girişimi nedeniyle alacaklıya karşı tazminat davası açılması gerekecektir.

Kötü niyetli takip olarak değerlendirilmesi gereken bir başka husus, borçlunun borcunu icra dairesi nezdindeki hesaba değil ve fakat haricen ödeme yapmış olması hâlidir. İcra ve İflâs Kanunu kapsamında haricen yapılan ödeme, takipten önce gerçekleşmişse borçlu başlatılan takibe karşı, takibin niteliğine göre öngörülen usulde itiraz ederek takibe karşı koyabilecektir. Bu bakımdan takipten önce yapılan ödemelerde problem bulunmamaktadır. Problem, takip

---

<sup>372</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, III. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 96; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 122. Derdestliğin itiraz olarak ileri sürülmesi yönünde bkz. Kuru, *El Kitabı*, 223; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre*, 99; Yıldırım ve Deren Yıldırım, 77. Derdestliğin itiraz sebebi teşkil ettiğine ilişkin Yargıtay Kararları hakkında bkz. Kuru, *El Kitabı*, 223, dn. 3.

başladıktan ve kesinleştikten sonra yapılan harici ödemeler bakımından söz konusudur. Zira borçlunun yapmış olduğu ödemenin icra takibine doğrudan herhangi bir etkisi olmayacak, takibin sona ermesi için alacaklının takibini geri alması gerekecektir<sup>373</sup>. Şayet alacaklı kötü niyetli hareket ederek takibini geri almazsa, takip derdest kalmaya devam edecektir. Bu durumda borçlu menfi tespit davası açmak veya icra takibinin iptalini istemek zorunda kalacaktır. Oysa bilindiği üzere menfi tespit davasında borçlu İİK m. 72/3 gereği teminat karşılığında ancak hacizli malların satışı sonucu elde edilen paranın alacaklıya ödenmesi veya uygulamada % 115 teminat karşılığında haciz yapılmamışsa haczin istenememesi, yapılmışsa da hacizlerin kaldırılmasını sağlayabilecektir. İcra mahkemesinin kararıyla icra takibinin iptali ise İİK m. 71 uyarınca noter tasdikli veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile sağlanabileceğinden, herhangi bir belgeye bağlanmadan yapılan haricen ödemelerde borçlunun korunmasını sağlamayacaktır. Kaldı ki anılan nitelikte bir belgeyle takibin iptali sağlansa bile, açık düzenleme olmadığından, borçlunun uğradığı maddi-manevi zararlarını karşılaması da mümkün değildir. Dolayısıyla borçlunun alacaklının iyi niyetine güvenerek yaptığı harici ödemelere rağmen alacaklının takibe devam etmesi hâlinde takip kötü niyetli olacaktır<sup>374</sup>.

Kötü niyetle ilâmsız icra takibi bakımından değerlendirilmesi gereken son bir ihtimal, alacaklının, maddi hukuk bakımından gerçekten alacaklı olmakla birlikte, sırf borçluyu maddi olarak zor duruma düşürmek veya manevi olarak yıpratmak amacıyla takip başlatması hâlidir. Bir başka ifadeyle alacaklının her ne kadar alacaklı olsa da sırf borçluya zarar verme amacıyla takip hakkını kullanması hâlinde takibin kötü niyetli olduğu kabul edilebilecek midir? Örneğin alacaklı ve borçlunun esnaf olduğu bir takipte, alacaklı esnafın sırf borçlusunun maddi olarak zor durumda kalması veya ticari itibarının zedelenmesi amacıyla takip yapabilecek midir? Bir başka örnek olarak, doğumu yaklaşan hamile borçlunun, alacaklı kiraya veren tarafından ilâmsız tahliyesi gerçekleştirilebilecek midir? Bir başka örnek olarak alacaklının borçlu

---

<sup>373</sup> Belirtelim ki medeni usûl hukukunda davanın geri alınmasından farklı olarak, alacaklının takibini geri alması için borçlunun onayı gerekmemektedir. Bu anlamda takipten vazgeçilmesi, maddi olarak alacağından da vazgeçilmesi anlamına gelmez. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 95.

<sup>374</sup> Haricen yapılan ödeme üzerine alacaklının takibe devam etmesi bakımından bir diğer problem de itirazın iptali davası bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki borçlunun takibe itirazı alacaklı tarafından itirazın iptali suretiyle hükümden düşürülmüşse, borçlunun itirazın iptali davasında hükmolunan takip tutarı ve inkâr tazminatını haricen ödemesi üzerine alacaklının itirazın iptali davasının dayanağı olan takibe devam etmemesi gerekmektedir. Alacaklının itirazın iptalinde hükmolunan ödemeyi borçludan aldıktan sonra takibe devam etmesinin önünde bir engel yoktur. Bu durumda alacaklının kötü niyetli olarak itirazın iptalinde hükmolunan inkâr tazminatıyla birlikte takibe devam etmesi mümkündür. Bu durumda borçlunun kesin hüküm nedeniyle menfi tespit davası açması da mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla iki kez ödeme yapmak zorunda kalabilecek veya malları haczedilip satılarak alacaklının alacağı ödenebilecektir.

nezdinde bir süre takipte bulunmama konusunda haklı güven oluşturmasına rağmen sonradan bu güveni sarsacak ve borçlusunun zararına olacak şekilde takip başlatması verilebilir.

Hemen belirtmek gerekir ki bu konuya ilişkin Kanun'da herhangi bir dzenleme mevcut değildir. Öte yandan, borçlu maddi bakımdan borçlu da olduğundan, ilâmsız icra takibine de karşı koyamayacaktır. Aksi hâlde hem itirazı hükümden düşürülebilecek hem de inkâr tazminatına mahkûm edilebilecektir. Keza menfi tespit davası da aleyhine sonuçlanacaktır. İcra takibinin iptali veya taliki müessesesi de sıkı şartlara tâbi tutulduğundan ve verilen örnekler bu kapsamda bulunmadığından, borçlu tarafından işletilemeyecektir. Bu durumda işletilebilir tek bir ihtimal olarak kötü niyetle takip yapıldığı iddiasıyla şikâyet yoluna başvurulabilir. Ancak bilindiği üzere şikâyetin konusu icra organı tarafından yapılan takip işlemleridir<sup>375</sup> ve icra memuru tarafından bağlı yetki nedeniyle takibin dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapıldığı dikkate alınamayacaktır. şu hâlde meseleye pozitif icra iflâs hukuku mevzuatı çerçevesinde doğrudan çözüm getirilememektedir.

Bu nedenle meseleye genel hükümler ve kamu dzenini açasından yaklaşılması gerekmektedir. Öncelikle şikâyet müessesesinde şikâyet sebebi olarak kanuna aykırılık, geniş yorumlanmaktadır<sup>376</sup>. Yalnızca İcra ve İflâs Kanunu'na aykırılık değil, diğer yazılı ve hatta yazılı olmayan kurallara aykırılık da kanuna aykırılık kapsamında düşünölmelidir<sup>377</sup>. Nitekim Yargıtay da hakkın kötüye kullanılması hâlinde kanuna aykırılık hâlini kabul etmektedir<sup>378</sup>. Öte yandan bu örnekte takip hakkının kötüye kullanılması sebebiyle, icra iflâs hukuku bağlamında usûlî dürüstlük kuralının emredici niteliği ve kamu menfaatinin de gözetildiği dikkate alındığında; takibin kamu dzenine aykırılık sebebi kapsamında iptal edilmesinin mümkün olduğu kanısındayız. Ancak burada şikâyete konu edilen işlem, alacaklının taraf takip işlemi olarak takip talebi değil, bu talebe binaen icra memuru tarafından gönderilen ödeme emri olacaktır. Zira şikâyetin konusuna cebrî icra organlarının işlemleri girmektedir, oysa burada kötü niyet, alacaklının takip talebi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla burada alacaklının kötü niyetli takibinin iptali, şikâyet konusu olarak Kanun'un dzenlemesi nedeniyle ancak dolaylı olarak sağlanabilecektir<sup>379</sup>.

---

<sup>375</sup> Kuru, *El Kitabı*, 104.

<sup>376</sup> Yıldırım ve Deren Yıldırım, 31; Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 61-62.

<sup>377</sup> Pekcanitez ve Simil, 86.

<sup>378</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2014/29180, K. 2015/5582, T. 12.03.2015, (Lexpera, E.T. 18.02.2020); 8. HD, T. 09.03.2015, E. 2014/5221, K. 2015/5534 (Kazancı, E.T. 18.02.2020); 12. HD, E. 1978/7193, K. 1978/7154, T. 18.09.1978 (HukukTürk, E.T. 18.02.2020).

<sup>379</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, ř 2, III.

Görüldüğü üzere alacaklının, gerçekte alacaklı olsa bile sırf kötü niyetli olarak zarar verme amacıyla başlattığı takiplere karşı Türk icra ve iflâs hukukunda açık düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda ise ZPO Art. 765a hükmü çerçevesinde genel bir hüküm olarak, borçlunun ahlâka aykırı olacak şekilde zararına neden olacak takiplere karşı takibi durdurma, erteleme ve dahi iptal ettirme imkânı tanınmıştır. Cebrî müdahale özellikle borçlunun temel hakları üzerine önemli ölçüde zarara yol açacak nitelikteyse ve kanunda buna engel olabilecek herhangi başka bir düzenleme yoksa anılan hüküm sayesinde mahkemeye başvurarak kendisini koruyabilecektir<sup>380</sup>. Bununla birlikte kötü niyetli takipler bakımından esasen Alman hukukunda “das *Schikaneverbot*” başlıklı BGB Art. 226 hükmü gereği borçlunun bu nitelikteki kötü niyetli takiplerden korunması da mümkündür<sup>381</sup>. Ancak ZPO Art. 765a uyarınca müdahalenin ahlâka aykırı kabul edilebilecek sonuçlar doğuracak olması yeterli görüldüğünden, alacaklının kötü niyetli olarak takip yapmasının dahi şart olmaması<sup>382</sup>, borçluya sağlanan koruma bakımından oldukça dikkat çekicidir. Buna göre alacaklı takibinde iyi niyetli dahi olsa, anılan düzenlemeyle borçlu korunmaktadır. Keza İsviçre hukukunda da alacaklının her ne kadar alacak hakkı sabit olsa da sırf kötü niyetle yaptığı takipler, SchKG Art. 22 ile şikâyet yoluyla iptal edilebilmektedir<sup>383</sup>.

#### **bb. Alacaklının kısım kısım takip yapması**

Maddi hukuktaki tasarruf ilkesi, aynı zamanda temel bir yargılama ilkesi olarak icra ve iflâs hukukunda da geçerlidir. Cebrî icra takiplerinin başlatılması, takibin konusunu belirlenmesi, takibin sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda taraflar yekti sahibidir. Bu çerçevede alacaklı, esasen alacağının bir kısmını takip edebilir; alacağının tamamının takip edilmesine zorlanamaz<sup>384</sup>. Ancak tasarruf ilkesi, kamu yararının bakımından bazı durumlarda

<sup>380</sup> Wolf Dietrich Walker, “Alman Hukukunda Cebrî İcrada Temel Hakların İhlâli ve Korunması”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII – İlâmsız İcra, 24-25 Ekim 2008 İzmir* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009), 167. Walker, “Grundrechte”, 574. Keip, 45 vd., 143.

<sup>381</sup> Rosenberg, Schwab ve Gottwald, § 65, Rn. 50. Keza Alman hukukunda BGB Art. 826 hükmü uyarınca ilâmın kötü niyetli olarak takibe konulması nedeniyle borçlunun tazminat talebinde bulunabileceği de kabul edilmektedir. Walker, “Korunma”, 163.

<sup>382</sup> Gerçekten de anılan ZPO § 765a hükmü bağlamında öngörülen şartlar arasında, alacaklının kötü niyetli olması yer almamaktadır. Bu yönüyle söz konusu düzenleme, esas itibarıyla alacaklının mülkiyet hakkının, borçlunun ahlâka aykırı olarak zor duruma düşmesine neden olabilecek nitelikte (özellikle yaşam ve sağlık hakkı) temel hak ihlâllerine yol açılması tehlikesi karşısında sınırlandırılmasını içermektedir. Walker, “Grundrechte”, 574-575; Hartmann, *Beck’sche Kurz-Kommentare: Zivilprozessordnung*, 1755 vd, Art. 765a, B., 2.; Wolfgang Münzberg, *Stein/Jonas ZPO, Band 7*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2002), 549, § 765a, II, Rn. 5 ff. Alman hukukunda borçlunun korunmasına yönelik Art. 765a ZPO hükmünün geniş uygulandığı yönündeki eleştirisi hakkında bkz. Behr, 165 vd.

<sup>383</sup> Taşpınar Ayvaz, “Hükümsüzlük”, 1544. Lorandi, 9-10; Dieth ve Wohl, 100, Art. 22, Rn. 2d ff.; Kren Kostkiewicz, *SchKG*, 78, Art. 22, Abs. 1, Rn. 2 ff.

<sup>384</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 24.

kaldırılmıştır. Örneğin icra iflâs hukukunda öngörülen sınırlı takip yollarından başka surette bir takip, icra sözleşmeleri çerçevesinde de olsa kararlaştırılmaz. Yine tasarruf ilkesi çerçevesinde taraflar, her şeyi istedikleri gibi yapamaz, icra ve iflâs hukuku düzenlemelerinin sıkı şekil şartlarına riayet edilmelidir. Dolayısıyla tasarruf yetkisi, ancak Kanun ve hukuk düzeni tarafından izin verildiği ölçüde geçerlidir<sup>385</sup>.

Tasarruf yetkisi kapsamında alacaklı, prensip olarak alacağının bir kısmını takip edebilir; tamamını takip etmek zorunda değildir<sup>386</sup>. Takip talebinde alacak miktarı olarak alacağın bir kısmı ile takip başlatılabilir; aynı şekilde borçlu da tasarruf yetkisi çerçevesinde takip konusu alacağın bir kısmına itiraz edebilir. Ancak icra ve iflâs hukukunda takip talebinde belirtilen miktarın sonradan artırılması mümkün değildir. Gerek talep edilen alacak kalemlerine yeni alacakların eklenmesi, gerekse de doğrudan alacak miktarının artırılması, ıslah yoluyla veya karşı tarafın rızasıyla dahi olsa mümkün değildir<sup>387</sup>. Dolayısıyla alacaklı alacağının bir kısmını takibe konu etmişse, alacağının kalan kısmını aynı takipte isteyemeyecektir. Şu hâlde alacaklının takip talebinde ileri sürmediği kısım veya alacak kalemleri için ancak yeni takip başlatması gerekecektir<sup>388</sup>. Bunun için alacağın kalan kısmının saklı tutulmasına da gerek yoktur<sup>389</sup>.

Görüldüğü üzere alacaklının alacağını kısımlara ayırarak takip başlatması prensip itibarıyla mümkündür, ancak her ne kadar Kanun'da açıkça düzenlenmese de, tasarruf yetkisinin hukukî yararlar birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira hukukî yarar, yargı

<sup>385</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 25.

<sup>386</sup> Öğretide *Kuru*, HMK m. 109/2 hükmüne kıyasen takip konusu alacağın likit olması (belli veya belirlenebilir) hâlinde kısmi takip yapılamayacağını, bu durumda hukukî yararın mevcut olmayacağı, takip ekonomisine uygun olmayacağı ve kötü niyetli kullanılabileceğini de gerekçe göstererek ileri sürmekteydi. *Kuru*, *El Kitabı*, 195 vd. Ancak HMK m. 109/2 hükmünün 01.04.2015 tarihli 6644 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle ilga edilmesiyle birlikte, sonraki eserlerinde kısmi takip yapılamayacağı görüşünden vazgeçtiği görülmektedir. Bkz. *Kuru*, *İstinaf Sistemine Göre İcra ve İflâs*, s. 90-91.

<sup>387</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 94; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 120.

<sup>388</sup> Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki alacaklı sadece asıl alacağı talep etmiş, asıl alacağa bağlı fer'i hakları talep etmemişse, örneğin faizi talep etmemişse, asıl alacağa ilişkin takipte alacak tahsil edildikten sonra faizin yeni takip konusu yapılması mümkün değildir. Zira asıl alacağın sona ermesi, fer'i hakların da sona ermesi sonucunu doğurur. Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 94.

<sup>389</sup> Esasen bu husus tartışmalıdır. Zira Kanun'da açık düzenleme olmamakla birlikte, HMK m. 109/3 hükmü öncesinde, Yargıtay kararlarıyla alacaklının dava açarken dava konusu dışında bıraktığı kısmı açıkça saklı tutması gerektiği yönündeki öğretide de haklı olarak eleştirilen uygulama, HMK'nın anılan hükmü ile ortadan kalkmıştır. Ancak o dönem icra ve iflâs hukuku bakımından da kabul edilen bu durumun, İİK'da açık düzenleme yapılmadığından, hâlâ devam ettiği, buna göre alacaklının alacak miktarının kalan kısmını açıkça saklı tutmaması hâlinde kalan kısmından feragat ettiği, ayrı bir takip konusu yapamayacağı yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Ancak kanımızca feragat bakımından HMK uygulamasıyla kanun koyucunun bakış açısı tam aksine açıkça feragat edilmedikçe kalan kısımdan feragat edilmiş olmayacağı yönündedir. Hâl böyleyken ve feragatin maddi hukuk bakımından da sonuç doğurması nedeniyle açık irade beyanı tabii tutulması daha uygunken, kanımızca artık icra ve iflâs hukukunda da takipte alacak miktarının bir kısmının takibe konulması hâlinde açıkça feragat edilmedikçe kalan kısımdan feragat edilmiş sayılamaması gerekir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 120.

mercilerinden istenecek her türlü talebin kabul edilebilir olmasında arandığı gibi, icra iflâs hukuku bakımından da geçerli olup, tarafların her türlü talep ve işleminde aranan genel bir şarttır. Buradan hareketle, alacaklının alacağının tamamını küçük kısımlara ayırarak takibe koymasının sınırı çizilmelidir.

Hukukî yararın belirlenmesi ise her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin alacaklının gerçekte 100.000 TL alacaklı olduğu inancıyla başlattığı bir takipte, takibin başarısız olması ihtimaline binaen alacağının 10.000 TL'lik kısmına ilişkin takip başlatmasında hukukî yararı vardır. Alacaklı bu durumda takibini başarılı şekilde sonuçlandırır veya takibe itiraz çerçevesinde mahkemede alacaklının takip konusu ettiği alacağın varlığına karar verilirse, artık alacağından emin olan alacaklı kalan kısmını da ayrı bir takip başlatarak ileri sürebilir. Bu takiplerin borçluyu kötü niyetli olarak zor durumda bırakmak amacıyla yapıldığı ileri sürülemez. Buna karşılık aynı örnekte alacaklının 100.000 TL olan toplam alacağının, kalan 90.000 TL'lik kısmını 1.000'er TL olarak doksan ayrı takiple ileri sürmesi mümkün değildir. Zira her ne kadar Kanun'da bunu yasaklayan bir düzenleme olmasa da, takibin bu kadar kısımlara ayrılarak yapılmasında, hayatın olağan akışı içerisinde hukuken korunmaya değer menfaat yoktur. Alacaklının hukukî yararı yokken bu örnekte olduğu gibi alacağın küçük küçük kısımlara ayırarak ileri sürmesi, borçlu aleyhine kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilecektir. Alacaklının aynı vakiadan doğan alacağa ilişkin alacak kalemlerini ayrı ayrı takibe koyması da kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilir<sup>390</sup>. Örneğin bir sözleşmede borçlunun temerrüdü hâlinde gecikme cezası, temerrüt faizi ve asıl alacak gibi kalemlerin ayrı ayrı takibe konulması; farklı nitelikte birden fazla mal satımında, her bir malın bedelinin ayrı ayrı takibe konulması veya işçilik alacaklarının ayrı ayrı takibe konulması gibi ihtimallerde, kötü niyetli takip söz konusu olabilir. Keza, alacaklının örneğin altı aylık birikmiş kira alacağını, ayrı ayrı takiplere konu etmesi verilebilir. Bu durumda alacaklının takibini hiçbir somut ve güncel menfaati yokken ayrı ayrı açması, hukukî yarar mevcut olmadığından kötü niyetli olarak değerlendirilebilir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki esasen bu durumlar, özellikle kötü niyetli olarak birden fazla vekâlet ücreti elde etmeyi amaçlanması hâlinde mantıklı olabilecektir. Zira alacaklının alacak kalemlerini tek bir takibe konu etmesi ile birden fazla takibe konu etmesi arasında Kanun'a aykırı olarak menfaat elde edebileceği bir durum bulunmamaktadır.

---

<sup>390</sup> Yargıtay 8. HD, E. 2014/5221, K. 2015/5534, T. 09.03.2015, (Kazancı, E.T. 18.02.2020). Aksi yönde bkz. Yargıtay HGK, E. 2010/12-138, K. 2010/169, T. 24.03.2010, (Kazancı, E.T. 18.02.2020).

Alacaklının kendisini vekille temsil ettirmeksizin bu şekilde takip başlatması, kötü niyet bakımından olsa olsa borçluyu birden fazla icra takibi ve her bir takip bakımından işlemlerin ayrı ayrı yapılacak olması suretiyle rahatsız etmek istemesi olabilir. Ancak bu durumda alacaklının kötü niyetli olduğu ifade edilerek, takibinde hukuka aykırılık söz konusu olabilecektir. Nitekim uygulamada da daha ziyade birden fazla vekâlet ücretine hak kazanılması amacıyla aynı vakiya ilişkin alacak kalemleri ayrı ayrı takibe konulmaktadır<sup>391</sup>. Bu durumda borçlu da eğer gerçekten borçluysa, aleyhine olacağından takibe de karşı koymayacak, hâliyle borcu her bir icra dosyası bakımından vekâlet ücreti ile birlikte ödemek zorunda kalabilecektir. Bu durumda borçlunun şikâyet yoluyla takibi iptal ettirmesinden başka bir imkânı bulunmamaktadır. Ancak bilindiği üzere şikâyet yoluyla takip iptal edilse dahi, şikâyet müessesesinde işlemin iptali ile yetinilebileceğinden, tazminata karar verilemeyeceğinden, borçlunun birden fazla takip nedeniyle zarara uğraması hâlinde zararlarını şikâyet müessesesi ile tazmin ettirmesi mümkün değildir. Öte yandan alacak kalemlerinin ayrı ayrı takibe konulması, her ne kadar tasarruf ilkesi çerçevesinde Kanun karşısında mümkün görünse de, gerek hukukî yarar gerekse de usûl ekonomisi açısından da hukuka aykırılık teşkil edecektir.

## **b. İlâmlı icrada**

İlâmlı icra, para veya para dışı alacaklar için alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge olması hâlinde başvurulabilen takip türüdür. Alacaklının alacağı, maddi hukuk bakımından kural olarak kesin kabul edilir. Dolayısıyla ilâmlı icrada borçluya itiraz ederek takibe karşı koyma imkânı tanınmamıştır. Ancak borçlunun takibe karşı koyma imkânları tamamen de ortadan kaldırılmamıştır. Nitekim icranın durdurulması ve icranın iadesi ile takibin iptal ve taliki müesseseleri, borçlunun ilâmlı takipler bakımından korunmasına yönelik olarak düzenlenmiştir.

Alacaklının elinde alacaklı olduğuna dair ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunduğundan, alacaklının alacaklı olmamasına rağmen takip başlatması kural olarak mümkün değildir. Bu bakımdan alacaklının alacaklı olmadığını bildiği hâlde ilâmlı takip başlatması, prensip itibarıyla mümkün değildir. Zira alacaklının bu yola başvurabilmek için ilâmlı takip talebiyle birlikte ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeyi de takip talebine eklemesi gerekmektedir. Bu husus icra memuru tarafından resen gözetileceğinden, alacaklının ilâm veya ilâm niteliğinde belge sunmaksızın veya sunduğu belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde belge

---

<sup>391</sup> Kuşkusuz bu durumda alacaklının sorumluluğunun doğabilmesi için alacaklıya izafe edilebilecek bir kötü niyet, kusur bulunmalıdır. Aksi takdirde alacaklının sorumluluğu söz konusu olmaz.

olmaması hâlinde yapılan talep icra memurluğu tarafından reddedilecektir. Her nasılsa takip talebi kabul edilmiş ve borçluya icra emri gönderilmişse, borçlu süresiz şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurabilecektir<sup>392</sup>. Dolayısıyla esas itibariyle alacaklının, elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge olmamasından ötürü alacaklı olmadığını bildiği hâlde ilâmlı takip başlatması şu durumda mümkün değildir. Başlatılmışsa bile buradaki hukuka aykırılık, bu duruma rağmen icra memurunun talebi kabul edip borçluya icra emri tebliğ etmesinde ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte alacaklının elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunmasına rağmen alacaklı olmadığını bilerek takip başlatması yine de mümkün olabilir. Örneğin ilâm veya ilâm niteliğinde belge uyarınca borç, borçlu tarafından ödenmiş olabilir. Bu durumda olması gereken, alacaklının elindeki belgeye dayanarak artık takip başlatmamasıdır. Zira ilâmlı icra, borcun ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye rağmen borçlu tarafından ödenmemesi hâlinde alacaklının cebrî icra marifetiyle alacağını icra ettirmesini düzenleyen takip yoludur; borç ifa edilmişse alacaklının ilâmlı icra takibine başvurmasında hukukî yararı yoktur. Ancak ne var ki Kanun'da ilâm veya ilâm niteliğinde belgenin konusu olan eda hükmü, borçlu tarafından yerine getirilmiş olmasına rağmen ilâmlı takip yapılmasını yasaklayan bir hüküm mevcut değildir. İcra memurunun da ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeye istinaden borcun daha önceden ödenip ödenmediğini inceleme yetkisi de imkânı da bulunmamaktadır<sup>393</sup>. Bu itibarla elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge olan alacaklının, alacaklı olmadığını bilerek takip başlatmasının ve borçluya icra emri gönderilmesini sağlamanın önünde engel bulunmamaktadır.

Dolayısıyla ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeye dayanan borç, borçlu tarafından takip öncesinde ödenmesine rağmen alacaklının, ilâmlı icra takibi başlatması kötü niyet nedeniyle hukuka aykırı olacaktır. Zira takip konusunun borçlu tarafından yerine getirilmiş olması hâlinde alacaklı, alacaklı olmadığını bilmektedir. Uyuşmazlık konusu borcun alacaklının bilgisi dışında yerine getirilmiş olması hâlinde dahi alacaklı kötü niyetli sayılabilecektir; çünkü takibe başlamadan önce borcun yerine getirilmiş olup olmadığını dürüstlük kuralı çerçevesinde ve dürüst, makul, orta zekâlı ve iyiniyetli bir kimsenin araştırması gerektiği kanısındayız. Örneğin bedeli ödenmediği için ilâm konusu olarak piyanonun iadesi söz konusuysa, borçlu tarafından

---

<sup>392</sup> Pekcanitez ve Simil, 183.

<sup>393</sup> İlâmlı icra takip talebine istinaden ilâm veya ilâm niteliğinde belgeyi alan icra memuru, söz konusu belgeyi sadece ilâm veya ilâm niteliğinde belge olup olmadığı bağlamında değerlendirebilir. İcra memurunun ilâmın yorumlanması, eksiklik veya çelişkili hususlar barındırması hâlinde bunların düzeltilmesi, maddi bakımdan ilâmın hukuka uygun olup olmadığı, ilâm konusu alacağın mevcut olup olmadığı gibi hususları değerlendirme yetkisi yoktur. Sunulan belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde belge olduğunun tespit edilmesi, nitelik itibariyle içeriğinin ilâmlı icra takibine elverişli olması ve eksiklik veya çelişki barındırmaması hâlinde, hüküm fıkrasına uygun olarak icra emri gönderilmesi zorunludur. Pekcanitez ve Simil, 183.vd.



sözleşmenin kurulduğu sırada piyanonun bulunduğu alacaklının ticari işletmesine piyanonun teslim edilmesi hâlinde, alacaklı borcun ifa edildiğini bilebilecek durumdadır. Bu durumda TMK m. 3/2 uyarınca iyiniyetli olduğu iddiasına dayanamayacaktır. Dolayısıyla alacaklı olmadığını bilebilecek durumdayken ilâmlı takip başlatılması da kötü niyetli takip olarak gündeme gelebilecektir.

Alacaklının takip konusu borç yerine getirilmiş olmasına rağmen takip başlatması hâlinde, icra emrine itiraz hakkı tanınmadığından, borçlu, icra emrine itiraz ederek takibe karşı koyamayacaktır. Öte yandan, icra memurunun ilâm veya ilâm niteliindeki belgeye dayanarak yapılan takip talebinde alacağın varlığını gözetmesi de mümkün olmadığından, teknik olarak icra memurunun icra emri gönderilmesi işleminde de hukuka aykırılık mevcut değildir<sup>394</sup>. Bu durumda borçlu, İİK m. 33/1 uyarınca icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde icra takibinin itfa nedeniyle iptalini talep etmelidir. Ancak iptal talebinin kabul edilebilmesi için itfanın yetkili mercilerce resen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle tevsik edilmesi gerekmektedir. Bu surette itfayı ispatlayamayan borçlu, icra mahkemesinin kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden İİK m. 33/4 uyarınca ya ilâm konusunu yerine getirerek istirdat davası açmalı ya da yerine getirmeyerek menfi tespit davası açmalıdır<sup>395 396</sup>. Kuşkusuz buradaki menfi tespit davasındaki iddiası, borcun hiç olmadığı, bir başka ifadeyle alacaklının takibine dayanan ilâmın verildiği yargılamadaki vakıalara dayandırılmaz<sup>397</sup>; zira bu durumda kesin hüküm engeliyle karşılaşılır.

<sup>394</sup> Burada bir ihtimal, alacaklının ödeme yapılmasına rağmen takip başlatmakta kötü niyetli olduğu iddiasıyla takip hakkının kötüye kullanıldığı, bu sebeple şikâyet yoluyla takibin iptal edilebileceği düşünülebilir de, kanun koyucunun açıkça düzenlediği İİK m. 33 hükmü karşısında bu imkânın kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

<sup>395</sup> Burada ayrıca borçlu İİK m. 33/3 hükmüne göre icra mahkemesinin kararını teminat karşılığında kanun yoluna götürerek takibin durdurulmasını da sağlayabilir.

<sup>396</sup> Esasen anılan İİK m. 33/4 hükmünde borçlunun sadece istirdat davası açabileceği düzenlenmekle birlikte, gerek uygulama gerekse de öğretide haklı olarak borçlunun menfi tespit davası da açabileceği belirtilmektedir. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 370; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 259; Kuru, *El Kitabı*, 955. Zira istirdat davası, atf yapılan İİK m. 72/7’de tek fıkrada düzenlenmiştir. Oysa İİK m. 33/4’te “... borçlunun 72 nci madde mucibince istirdat davası açarak paranın geriye verilmesi istemek hakkı saklıdır.” ifadesi yer almaktadır. Atf yapılan 72’nci madde ise menfi tespit ve istirdat davaları başlıklı olarak her iki davayı da düzenlemiştir. Şu hâlde, yorum yoluyla, kanun koyucunun yalnızca istirdat davası açma imkânı olduğunu kastetmek istemesi hâlinde, doğrudan tek fıkrada düzenlenen “İİK m. 72/7 mucibince” ifadesini kullanması gerektiği sonucuna varılabilir. Öte yandan kanun koyucunun İİK m. 33/4 hükmünün “... paranın geriye verilmesini istemek hakkı saklıdır.” şeklindeki ifadesinden, icra takibinin iptali talebinin borçlu aleyhine sonuçlanması hâlinde davanın sonucu olarak ilâm konusunun yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, dolayısıyla ancak istirdat davası açılacağı, menfi tespit davası açılarak teminat yoluyla takibe engel olunamayacağını kastettiği ileri sürülebilir de, borçlunun alacaklının kötü niyetli ilâmlı icra takipleri bakımından korunabilmesi açısından bu yorumun hatalı olacağı kanısındayız.

<sup>397</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 370.

Bu durumda borçlu tarafından istirdat davası açılmış ve lehine sonuçlanmışsa, Kanun'da açıkça tazminat düzenlemesi olmadığından, uğradığı zararları ancak genel hükümler çerçevesinde kötü niyetli ilamlı takibe dayanarak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazmin edebilecektir<sup>398</sup>. Şayet menfi tespit davası açmışsa, % 115 teminat karşılığı icrayı durdurabilecektir. Menfi tespit davasında haklı çıkması hâlinde ise, alacaklının haksız ve kötü niyetli takibi uyarınca uğramış olduğu zarara yönelik %20'den az olmamak üzere tazminat alabilecektir.

Alacaklının ilâmlı takip bakımından kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilecek bir diğer ihtimal, alacaklının ilâmın hüküm fıkrasında belirtilen alacakları ayrı ayrı ilâmlı takibe koymasındadır. Öğretide Kuru, alacak kalemlerinin farklı takiplerle ilâmlı icra takibine konu edilebileceğini ifade etmektedir<sup>399</sup>. Uygulamada özellikle birden fazla vekâlet ücretine hak kazanabilmek için ilâmlı takiplerin hüküm fıkrasında belirtilen alacak kalemlerinin ayrı ayrı takibe konulduğu görülmektedir. Ancak Yargıtay tarafından bu durum, haklı olarak dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmekte ve *“ilâmın bir bütün olduğu, ayrı ayrı takibe konulamayacağı”* yönünde kararlar verilerek kabul edilmemektedir<sup>400</sup>.

Bu noktada ilâmlı icra bağlamında kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus da, borçluya aleyhine verilen ilâm konusu edimin borçlu tarafından kendiliğinden yerine getirebilmesine ilişkin belli bir sürenin öngörüldüğü herhangi bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, bilindiği üzere ilâmlı icra yoluna başvurulabilmesi için kural olarak ilâmın kesinleşmesi şart değildir<sup>401</sup>. Dolayısıyla yargı mercii tarafından verilen ilâm, derhâl ilâmlı takibe konulabilmektedir. Kaldı ki kesinleşmesine ihtiyaç bulunan ilâm söz konusu olsa bile, kararın kanun yolu mercii tarafından verilen karara binaen kesinleşmesinden sonra da ilâmın hemen icra takibine konu edilmesi mümkündür. Bu durumda kesinleşme şartı bulunmayan ilâmlar bakımından ilk derece yargı merciinin karar vermesinden sonra veya kesinleşme şartı olan ilâmlar bakımından kanun yolu merciinin kararı üzerine

<sup>398</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 367.

<sup>399</sup> Kuru, *El Kitabı*, 933.

<sup>400</sup> *“...Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yukarıda belirtilen yasa maddeleri gereğince yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun şikayetinin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır...”* Yargıtay 12. HD, E. 2012/18690, K. 2012/25539, T. 10.9.2012, (Kazancı, E.T. 18.02.2020).

<sup>401</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 442 vd.

kesinleşmeden sonra, borçluya ilâm konusu edimi kendi rızasıyla yerine getirebileceğine ilişkin herhangi bir süre tanınmamaktadır. Dolayısıyla uygulamada, çifte vekâlet ücretine hak kazanmak için özellikle kesinleşme şartı bulunmayan ilâmlar bakımından ilk derece mahkemesinin kararı alınır alınmaz derhâl ilâmlı takip başlatılmaktadır. Bu durum ise, kuşkusuz pozitif mevzuat karşısında mümkün olsa da, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bakımından eleştiriye açıktır. Zira burada borçluya ilâm konusu edimi yerine getirmek için imkân dahi tanınmadan, aleyhine bir de ilâmlı icra takibine girişilmesi suretiyle borçlu, bir vekâlet ücretine daha katlanmakla karşı karşıya bırakılmaktadır. Ayrıca ilâmlı icra takibinin yaratacağı maddî manevî baskı da borçlunun zarara uğramasına neden olabilecektir. Kaldı ki bu durumun, takip ekonomisi ve icra organlarının iş yoğunluğu da dikkate alındığında hukuk düzeni açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı da şüpheden uzaktır. Dolayısıyla ilâmlı icra bağlamında işaret ettiğimiz sorunun ve zararların önlenmesi amacıyla, borçluya aleyhine verilen ilâm konusu edimi kendi rızasıyla yerine getirebileceği bir süre öngörülmesi yönünde bir Kanun değişikliği yapılmasının uygun olacağı kanısındayız.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 34'üncü maddesine göre alacaklı, ilamli icra takibini Türkiye'deki herhangi bir icra dairesinde başlatabilir. Buna göre ilâmlı icrada yetki açısından Türkiye'deki bütün icra daireleri yetkilidir<sup>402</sup>. Dolayısıyla borçlunun yetkisizlik itirazında bulunması mümkün değildir. O hâlde alacaklının sırf borçluya zarar vermek için tamamen ilgisiz bir yerde takip başlatmasının önünde Kanun'un lafzı bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda takip talebinin sunulduğu icra dairesi de kötü niyeti tespit etse bile dikkate alamayacaktır. Zira icra memurunun bağlı yetkiyle donatıldığı hâllerde, kendisine karşı yapılan başvurularda dürüstlük kuralına aykırılığı, kötü niyeti tespit etse bile dikkate alması mümkün değildir<sup>403</sup>. Bu bakımdan icra memurunun usûlüne uygun takip talebini kabul etmesi zorunlu olup, bu kabule binaen icra emri tebliği işlemi teknik olarak hukuka aykırılık bulunmadığından şikâyet yoluna gidilmesi mümkün görünmemektedir. Şu durumda alacaklının sırf borçlusuna zarar vermek için tamamen ilgisiz bir yerde takip başlatması durumunda, takip kötü niyetli olacağından, borçlunun zarar görmesi mümkün olup, Kanun hükümleri çerçevesinde bu zararının tazmini mümkün değildir.

Öte yandan taraflar arasında yetki sözleşmesi (HMK m. 17) yapılmışsa, buna rağmen İİK m. 34 hükmü uyarınca belirlenen yer dışında başka bir yerde ilâmlı takip yapılıp

<sup>402</sup> Belirtmek gerekir ki bu hüküm öğretilerde eleştirilmektedir. Özellikle taşınmazların tahliyesi bakımından doğru olmadığı hakkında bkz. Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, s. 628.

<sup>403</sup> Bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 2, III.

yapılamayacağı, yapılması hâlinde takibin kötü niyetli olup olmayacağı da tartışılmalıdır. HMK ile birlikte yetki sözleşmeleri bakımından açıkça tarafların aksini kararlaştırmaması hâlinde davanın sadece belirlenen yer mahkemesinde açılabileceği düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle HMK ile birlikte, eskiden tartışmalı olan münhasır-olumsuz yetki sözleşmesi, asıl hâle getirilmiştir<sup>404</sup>. Bu durumda aksi kararlaştırılmadıkça davanın yetki sözleşmesiyle belirlenen yer dışında açılması mümkün değildir<sup>405</sup>. Ancak yetki sözleşmesiyle kesin yetki hâli oluşturulmuş olmadığından<sup>406</sup> taraflarca belirlenen yer dışında dava açılması hâlinde yetkisizliğin yine ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Görüldüğü üzere yetki sözleşmesiyle genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisi kaldırılabilmektedir. O hâlde tarafların yetki sözleşmesi yapmaktaki amaçlarının, karşılıklı olarak kendileri için en uygun olan yerde uyuşmazlığın çözümünü sağlamaları olduğu dikkate alındığında, dava bakımından bunu mümkün kabul edip; sonrasındaki aşama olarak ilâmlı takipler bakımından kabul etmemek, pek doğru görünmemektedir. Dolayısıyla kanımızca yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde<sup>407</sup>, ilâmlı takipler bakımından genel yetki öngören İİK m. 34 hükmünün artık uygulanamayacağı, alacaklının belirlenen yerde ilâmlı takip başlatması gerektiği kanısındayız. Bu durumda alacaklının yetki sözleşmesinde belirlenen yerde değil de İİK m. 34'e göre başka bir yerde takip başlatması hâlinde de kötü niyet gündeme gelebilecektir<sup>408</sup>.

Bir para veya teminat alacağına ilişkin elinde ilâm bulunmasına rağmen genel haciz yoluyla takip yapıp yapılamayacağı da dürüstlük kuralı ve kötü niyetli takipler bakımından değerlendirilmelidir. Zira bu konuda hem öğretide<sup>409</sup> hem de Yargıtay daireleri arasında<sup>410</sup>

---

<sup>404</sup> Nur Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi* 85, 5, (2011): 141 vd.

<sup>405</sup> Yetki sözleşmesiyle birlikte kesin yetki hâli oluşmaz. Yetki sözleşmesine aykırılık, yine ilk itiraz yoluyla ileri sürülmelidir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 192.

<sup>406</sup> Karşı yönde bkz. Tanrıver, *Medenî Usûl*, 255-256.

<sup>407</sup> Aynı yönde bkz. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 357, dn. 161.

<sup>408</sup> Bu durumda taraflar yetki sözleşmesiyle uyuşmazlık için yetki kuralı belirlediklerinden, borçlunun yetki sözleşmesinde belirlenen yerde takip başlatılmadığını ileri sürerek ilâmlı icra takibine karşı koyabilmesi gerekir. Zira borçlunun kötü niyetli ilâmlı takiplere karşı korunması açısından uygun olacaktır. Aksi durumda yetki sözleşmesiyle belirlenen yetki kuralı kesin nitelikte olmadığından yetki sözleşmesine aykırı takibin başlatıldığı icra memuru, yine de yetki hükmünü dikkate alamayacaktır. Dolayısıyla teknik olarak kanuna aykırı işlem de tesis etmemiş olacağından, icra memurunun işlemi şikâyet konusu edilemeyecektir. Kesin olmayan yetki hâllerinde de itiraz, ilk itiraz niteliğinde olduğundan; her ne kadar yürürlükteki İcra ve İflâs Kanunu hükümleri karşısında bu mümkün olmasa da borçlunun ilk itirazını ileri sürebileceği bir imkânın tanınmasının uygun olacağı kanısındayız.

<sup>409</sup> Öğretideki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan ve Akyol Aslan, 199 vd.

<sup>410</sup> Söz konusu İBK öncesinde ilâma dayalı alacaklar için ilâmsız takip yapılabileceği yönünde görüş sahibi olan daireler Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı, 4, 9 ve 13'üncü hukuk daireleridir. Anılan daireler görüşlerinde özetle alacaklının ilâmsız takibe başvurabilmek için alacaklının elinde herhangi bir belge bulunmasının yeterli olduğu, elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunmayan alacaklının ilâmsız takip yapabilmesi Kanun'da engelleyen bir hüküm bulunmadığı, ilâm alacaklısının esasen kendisi için daha avantajlı olan ilâmsız takip yapmasıyla doğrudan icra inkâr tazminatı almak için kötü niyetli olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ve borca itiraz

görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Hukuk Genel Kurulu tarafından 26.05.2017 tarih ve E. 2017/2 K. 2017/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla<sup>411</sup> içtihatların "... ilama dayalı bir alacağın ilâmsız takip konusu yapılamayacağı" yönünde birleştirilmesine karar verilmiştir. İçtihadı birleştirme kararları kanun hükmünde olduğundan, artık ilâma dayanan alacaklarda ilâmsız takip yapılması mümkün değildir. Bu bakımdan alacaklının ilâm olmasına rağmen kötü niyetli olarak ilâmsız icra takibi başlatması prensip itibarıyla mümkün değildir. Ancak İBK olsa da aşağıda ayrıca değinilecek çeşitli ihtimallerde, yine de kötü niyetli ilâmsız icra takiplerinin yapılıp yapılamayacağı tartışılabilir niteliktedir. Bu hususlara geçmeden önce anılan İBK'nın değerlendirmesinin yapılmasını uygun bulmaktayız.

Kararın gerekçesine bakıldığında teorik temeller bakımından konu takip talebi, hukukî yarar, yargılama usûlü ve menfaatler dengesi çerçevesinde ilâma bağlı alacaklarda ilâmsız icra takibine olanak bulunmadığı görüşünde olan dairelerin gerekçeleri çerçevesinde değerlendirilmiştir<sup>412</sup>. Gerekçenin uygulama sorunları bakımından değerlendirilmesinde ise iki önemli soruna dayanılmıştır. İlk olarak borçlunun ilâmsız takibe borçlu olduğu gerekçesiyle itiraz edemeyecek olması durumunda, aleyhine yürütülecek takibe katlanacak ve daha fazla giderden sorumlu olacaktır. Fakat bu durumda ilâma karşı kanun yoluna başvurmuş olması hâlinde, takibe karşı icranın durdurulmasını da sağlayamamış olduğundan, kanun yolu incelemesinin lehine sonuçlanması hâlinde hem borçlunun ödediği meblağı geri alması gerekecek hem de icra organı bu kez haksız çıkan alacaklıdan parayı tahsil etmekle meşgul olacaktır. İkinci sorun ise kararın sırf şekli anlamda kesinleşmesi sürecinde takip baskısından kurtulmak için takibe itiraz etse de, bu durumda itirazın hükümden düşürülmesinde (her ne kadar usûlî açıdan problem olsa da) % 20 oranında tazminata mahkûm edilmesi haksızlığı ve bu durumun dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığıdır. Belirtmek gerekir ki anılan kararın gerek teorik temeller kapsamındaki usûl problemleri gerekse de uygulama sorunları bakımından borçlunun durumunun her açıdan dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüleştirilmesine ilişkin

---

etmesi hâlinde itirazın hükümden düşürülmesi neticesinde icra inkâr tazminatına mahkûm edileceği açık olan borçlunun bu durumu bilebileceğinden hareketle ilâm olmasına rağmen ilâmsız takip yapılabileceğini belirtmektedir. Aksi görüşte olan daireler ise 8 ve 12'nci hukuk daireleridir. Bu daireler ise özetle İİK'nın ilâmlı icraya dair hükümleri uyarınca alacaklının ilâm sunması hâlinde icra memurunun icra emri düzenlemek zorunda olduğu, ilâmsız icraya başvurunun kabul edilmesi hâlinde icranın durdurulması (İİK m. 36) imkânının borçlunun elinden alınmış olacağı, ayrıca ilâmsız takibe itiraz etmeye ilişkin tek imkânı kalan borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edileceği, dolayısıyla ilâmsız takip yapılmasının dürüstlük kuralına (HMK m. 29/1) aykırı olacağı gerekçesiyle ilâm varken ilâmsız takip yapılmasının mümkün olmadığı görüşündedirler.

<sup>411</sup> RG T. 21.07.2017, S. 30130.

<sup>412</sup> Bkz. yuk. dn. 410.

gerekçelerine katılmaktayız. Dahası bu problemlere ek olarak, uygulama sorunlarından ilki olarak ifade edilen borçlunun kanun yoluna başvurusu neticesinde kararın lehine olması durumunda, kanun yolu esnasında takibi durduramadığından, takip nedeniyle uğradığı zararları için haksız fiil sorumluluğuna ilişkin dava açması veya genel haciz yoluyla takip başlatması gerekecektir. Ayrıca, kanun yolu incelemesi neticesinde lehine verilen kararın ayrıca hükme hâcet kalmaksızın icra dairesi tarafından yerine getirilmesine ilişkin Kanun'da herhangi bir imkân öngörülmemiş olduğundan, bir de icranın iadesini bu kez borçlunun alacaklıya karşı başlatacağı takip çerçevesinde sağlaması gerekecektir. Kuşkusuz bu problemler de borçlunun ayrıca maddi-manevi açıdan zarar görmesine sebep olacaktır.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde alacağın ilâma bağlı olmasına rağmen ilâmsız icra takibi yapılmasının uygulama ve teori bakımından pek çok soruna yol açtığı şüpheden uzaktır. Ancak Kanun'da alacaklı tarafından ne ilâma rağmen ilâmsız takip yapılamamasına yönelik engelleyici bir hüküm ne de ilâm varken ilâmlı takip yapılması zorunluluğuna ilişkin açık düzenleme mevcuttur. Bu bakımdan her ne kadar belirtilen problemler yadsınamaz ise de, kanun koyucu tarafından herhangi bir sınırlamanın getirilmediği bir durumda, hak arama özgürlüğüne içtihatla sınırlama getirilmesi de doğru değildir<sup>413</sup>.

Öte yandan belirtilen İBK ile para ve teminat alacaklarına ilişkin ilâm olması hâlinde ilâmsız icra takibi yapılamayacağı artık açık bir şekilde mümkün değilse de, acaba ilâm niteliğinde belgeler için de aynı sonuç uygulanacak mıdır? Başka bir deyişle elinde alacağına ilişkin ilâm niteliğinde belge bulunan alacaklı, İBK doğrultusunda sadece ilâmlı icra takibine başvurmak zorunda mıdır? Kanımızca bu soruya, ilâm niteliğinde belge varken ilâmsız takip yapılmasının dürüstlük kuralı bağlamında uygun olmayacağı yadsınamaz ise de, olumsuz cevap vermek gerekir. Zira her şeyden önce söz konusu İBK gerekçesinde, borçlunun icranın durdurulması (İİK m. 36) imkânının elinden alınması hususu, ilâm niteliğinde belgeler için zaten mevcut olmadığından, bu gerekçe ilâm niteliğinde belgelerde ilâmlı takip yapılma zorunluluğu görüşü için geçerli olmayacaktır. Ayrıca ilâm ile ilâm niteliğinde belgeler arasında kesin hüküm teşkil etme bakımından da fark vardır. Her ne kadar ikisi de ilâmlı takip imkânı sunsalar da, ilâm niteliğinde belgeler kesin hüküm teşkil etmediğinden; borçlunun, örneğin ilâm niteliğinde belgenin sahte olduğunu veya irade fesadı hâllerinin mevcut olduğunu ileri sürmesi mümkündür. Dolayısıyla ilâm niteliğinde belgeyle ilâmsız takip yapıldığında, borçlunun takibe

---

<sup>413</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 282 vd. Yazarlar, ayrıca elinde ilâm olmayan alacaklının bile ilâmsız takip yapabilmesine rağmen alacağına ilişkin ilâm sahibi alacaklının başvuramamasının düşündürücü olduğuna haklı olarak vurgu yapmaktadır.

karşı koyması hâlinde kesin hüküm engeli de mevcut olmayacak, bu bakımdan teorik problemler de ortaya çıkmayacaktır. Borçlunun takibe karşı koyma iddiasında haklı çıkması söz konusu olabileceği için, aleyhine hükmedilebilecek bir inkâr tazminatının haksızlık niteliği de bulunmayacaktır. Nihayet hak arama hürriyetine kanun koyucu tarafından açıkça sınırlama yapılmamışken İBK ile sınırlama getirilmesi tartışılabilirken; İBK’da yalnızca ilâmdan söz edilmişken, ilgili İBK’nda bile yer almayan bir hususun, yorum yoluyla genişletilerek hak arama hürriyetine engel olunması evleviyetle kabul edilmemelidir<sup>414</sup>.

Anılan İBK çerçevesinde alacaklının ilâm varken kötü niyetli olarak ilâmsız icra takibi yapabilmesi prensip itibariyle mümkün değildir. Ancak yine de bazı ihtimaller tartışmaya açıktır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, anılan İBK’na rağmen, alacaklının takibe ilâmı eklememe veya ilâm hakkında bilgi vermeme suretiyle genel haciz yoluyla takibe başvurusu hâlinde durum ne olacaktır? Esasen ilk durumda alacaklının borcun sebebi olarak bir belgeye dayanmasına rağmen, belgenin aslını veya onaylı örneğini takip talebiyle birlikte sunması gerekir. Eklenmemesi hâlinde, Kanun’da açık düzenleme bulunmasa da icra memurunun ödeme emri tebliğ etmemesi gerektiğinin kabulü uygun bir çözüm olabilir<sup>415</sup>. Bu durum, her ne kadar icra memurunun yetkisi olmasa da alacağın varlığı hakkında inceleme yapması gibi görünse de, aksinin kabulü hâlinde İBK ile varılan sonuç bertaraf edilmiş olabilecektir. Takip dayanağı hakkında hiçbir bilgi sunulmaması hâlinde ise, örneğin alacağın sebebi olarak haksız fiil davasının lehe hükmü değil de haksız fiil alacağı şeklinde başlatılan takipte, icra memurunun alacağın ilâma bağlı olup olmadığını denetlemesi ve bilgi sahibi olması mümkün değildir. Bu bakımdan icra memurunun ödeme emri göndermesi gerekecektir. Ancak bu durumda İBK ve yukarıda işaret ettiğimiz problemler tekrar ortaya çıkacağından, borçlunun gönderilen ödeme emrine karşı şikâyet yoluyla takibi iptal ettirebilmesinin uygun olacağı kanısındayız. Bu hâlde şikâyetin süresi de usûlî dürüstlük kuralına aykırılık olduğundan, süresiz olmalı; icra mahkemesi önüne gelen başka bir hususa ilişkin talepte de kendiliğinden dikkate alınmalıdır.

### 3. İflâs hukukunda

İflâs, borçlunun iflâsa tâbi şahıslardan olması hâlinde, borcundan ötürü, kural olarak tüm malvarlığının tasfiyesi suretiyle, tasfiyeye katılan tüm alacaklıların alacaklarının tatmin

---

<sup>414</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 282.

<sup>415</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 91.

edilmesini öngören cebrî takip türüdür<sup>416</sup>. Bu bakımdan iflâs müessesesi, cüzi icraya nazaran çok daha ağır sonuçlar doğurmaktadır<sup>417</sup>. Ancak esasen iflâs müessesesinde, iflâsın hüküm ve sonuçlarını doğurarak tasfiye aşamasına geçilebilmesi için mutlaka borçlunun muamele merkezindeki asliye ticaret mahkemesi tarafından iflâs kararı verilmelidir; iflâs kararı verilmedikçe borçlu hakkında tasfiye işlemlerinin yapılması mümkün değildir<sup>418</sup>. Ayrıca kanun koyucu, iflâs müessesesini herkes bakımından geçerli kabul etmemiş, yalnızca iflâsa tâbi olanlar için öngörmüştür<sup>419</sup>. İflâs sebepleri ise genel iflâs sebebi olarak vadesi gelmiş bir para (ve teminat) borcunun ödenmemesi, özel iflâs sebebi olarak ise Kanun'da ve diğer özel düzenlemelerde öngörülen sebeplerin gerçekleşmiş olmasıdır. Bu çerçevede genel iflâs sebebinde borcun miktarı önem arz etmeksizin ödenmemiş olması yeterliyken, özel iflâs sebeplerinde, Kanun'da ve diğer özel düzenlemelerde öngörülen sebeplerin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>420</sup>.

İflâsın gerek hukuki gerekse de sosyal olarak ağır sonuçları dikkate alındığında dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılmasının, cüzi icradakinden daha fazla zarar verici olacağını söylemek mümkündür. Bununla birlikte iflâsın açılması suretiyle hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi ve tasfiye aşamasına geçilebilmesi için mutlaka mahkeme kararının mevcut olması gerektiğinden ve iflâs davasında genel hükümlere göre inceleme yapıldığından, alacaklının kötü niyetli takip yapmasının mümkün olamayacağı düşünülebilir. Gerçekten de alacaklının alacaklı olmadığını bilmesi veya bilmesi gerektiği hâllerde kötü niyetli takipleri, iflâs davası sırasında alacaklının alacaklı olmadığı tespit edilerek büyük ölçüde engellenebilecektir; o hâlde alacaklının kötü niyetli olarak bu davaya başvurmayacağı söylenebilir. Ancak yine de kötü niyetli takipler gündeme gelebilecektir. Zira özellikle, iflâsa tâbi olanlar kural olarak tacirler olduğundan, iflâs takibine başlanması bile başlı başına borçlu tacirin, ticari ilişkilerinde güven kaybetmesine; dolayısıyla da zarara uğramasına neden olabilecektir. Şu hâlde alacaklının iflâs yoluna başvurmamasının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmesi önem kazanmaktadır.

Alacaklının kötü niyetli iflâs takibi bakımından ortaya çıkabilecek bir ihtimal olarak, alacaklının alacağı yokken borçlu tacir hakkında iflâs takibine başlaması değerlendirilebilir.

---

<sup>416</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 24.

<sup>417</sup> İflâsın hüküm ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 564 vd.

<sup>418</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 13.

<sup>419</sup> Bu bağlamda kişinin iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığı, kamu düzeninden olup, asliye ticaret mahkemesi tarafından kendiliğinden gözetilir.

<sup>420</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 374 vd.



Örneğin ticari olarak rakip gördüğü bir tacirin, sektörde güven kaybetmesi veya kredi kuruluşları nezdinde tacirler hakkında takiplerin görünmesi nedeniyle kredi imkânlarının düşürülmesi, bu surette ekonomik olarak zayıflatılması amacıyla iflâsının istenmesi hâlinde durumun, öngörülen iflâs hükümlerinin, borçluyu yeterince koruyup korumadığı noktasında değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, kötü niyetli alacaklının, alacak ödenmiş veya hiç yokken tacirin doğrudan zararına iflâs takibi başlatması hâlinde borçlu, gönderilen iflâs ödeme emrine karşı üç şekilde davranabilir. 1. Borca itiraz edebilir. 2. Borca itiraz etmeyebilir. 3. Borcu ödeyerek takibi sona erdirebilir ve iflâs davasının açılmasını doğrudan engelleyebilir. Ancak bu üç durumda da esasen alacaklının borçluya zarar vermesine tam anlamıyla engel olunabildiğinin söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

Şöyle ki, ilk ihtimal olarak borçlunun borca itiraz etmiş olması hâlinde, alacaklı genel haciz yolundan farklı olarak itirazın hükümden düşürülmesini istemekten kaçınmayabilir<sup>421</sup>; kötü niyetinde ısrar edip iflâs davası açabilir. Çünkü borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş olması hâlinde, iflâs davasında öncelikle borcun var olup olmadığı genel hükümlere göre inceleneceğinden her ne kadar alacaklının alacaklı olmadığı tespit edilerek davanın reddine karar verilecek olsa da; bu davada kötü niyet tazminatına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, alacaklının aleyhine herhangi bir durum oluşmamaktadır. Bu konuda belki HMK m. 329 uyarınca davalı borçlu ile vekili arasında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamının veya bir kısmının ödenmesine ve disiplin para cezasına mahkûm edilebileceği düşünülebilir. Ancak HMK m. 329 hükmünün, alacaklının kötü niyetli takibi neticesinde davalı taciri uğratabileceği zararlar (ve belki de duruma göre bu sayede sağlayabileceği gelirler) karşısında, alacaklıyı bu yola başvurmaktan alıkoyacak bir yaptırım olmadığı açıktır<sup>422</sup>. Dolayısıyla alacaklının bu yöndeki bir girişimi karşısında borçlunun takibe itiraz etme imkânı, uğradığı

---

<sup>421</sup> Hatta kötü niyetli bir alacaklı, bir tacire karşı genel haciz yoluyla takip başlatması hâlinde de kredi kuruluşları nezdinde takipli görünmesini sağlayarak zarara uğramasını sağlayabilir. Şöyle ki, bu durumda borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine, zaten kötü niyetli olduğundan, itirazın hükümden düşürülmesini istemeyecektir. Zira istemesi hâlinde hem kötü niyet tazminatına mahkûm edilebilecek hem de takip mahkeme kararıyla sona erecektir. Oysa itirazın hükümden düşürülmesini istemeyerek takibin derdest kalmasını sağlamak suretiyle daha da amacına ulaşabilecektir. Bu noktada kanımızca çözüm, her ne kadar öğreti ve uygulamada ödeme emrine itiraz etmiş olan borçlunun menfi tespit davası açmakta hukukî yararının olmadığı kabul edilse de, borçluya menfi tespit davası açma imkânının tanınmasıdır. Ayrıca verdiğimiz örnekte olduğu gibi özellikle elektronik sistemler üzerinden çeşitli kurum ve kuruluşlarca yapılabilen denetimler suretiyle kişiler hakkında bilgi sahibi olunması imkânını tanıyan düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesinde fayda vardır. Hatta bu örnekte söz konusu olan durum itibariyle, öncesinde bütün kredi kurum ve kuruluşlarının, dilediği herkes için bilgi sahibi olabilmesi mümkün iken, artık sistem sınırlandırılmıştır.

<sup>422</sup> Kaldı ki bu yaptırım, maalesef uygulamada hâkimler tarafından uygulanmamaktadır. Hatta Yargıtay, uygulanmış olmasına ilişkin kararları bozmaktadır. Bu yönde bkz. Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C. 3, (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 2395-2396 ve oradaki dn. 24.

veya uğrayacağı zararlar karşısında kendisini koruyabilmek bakımından yetersiz görünmektedir.

İkinci ihtimal olarak borçlunun itiraz etmemesi ise borçlunun daha da aleyhinedir. Zira takibin kesinleşmesiyle birlikte alacaklının iflâs davası açması hâlinde, takibe itiraz edilmediğinden, durum en kısa sürede İİK m. 166 uyarınca ilân edecektir. Bu ilân, borçlunun hakkında iflâs takibi yapıldığı ve kesinleştiği, borçlunun diğer alacaklılarının varsa itirazlarını 15 gün içerisinde ileri sürmelerine yönelik çağrı amacı taşımaktadır. Hâl böyle olunca, iflâs takibi herkes tarafından öğrenilmiş olacağından, borçluya duyulan güven daha da azalacak, belki de hiç kalmayacaktır. Öte yandan borçlunun itiraz etmemiş olması hâlinde, iflâs davasında alacaklının talebi üzerine İİK m. 159/1, c. 2 hükmü uyarınca borçlu malları üzerinde muhafaza tedbiri uygulanmasına karar verilmek zorundadır. Üstelik bu tedbirler için, ileride haksız çıkması ihtimaline karşılık alacaklıdan teminat göstermesi de istenemeyecektir. Görüldüğü üzere bu imkân, borçlunun çok daha aleyhinedir.

Nihayet üçüncü ihtimal ise borçlunun, takip konusu alacağı ödeyerek takibi sona erdirmesi ve alacaklının iflâs davası açma imkânını engellemesi olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen bu ihtimalin itiraz etme veya etmeme imkânına göre daha uygun olduğu söylenebilir. Ancak bu durumda da borçlunun istirdat davası açıp açamayacağı değerlendirilmelidir. Bu noktada genel iflâs yoluyla takip bakımından Kanun'da herhangi bir düzenleme yapılmış değildir. Buna karşılık, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluyla takipte, ödeme emrine itiraz etmemesi nedeniyle borçlu olmadığı bir parayı ödeyen borçlunun İİK m. 72 uyarınca istirdat davası yoluyla ödediği parayı geri alabileceği açıkça düzenlenmiştir (İİK m. 175). Öğretide borçlunun genel iflâs yolunda takibe itiraz etmeyerek takip konusu parayı ödemek zorunda kalan borçlunun istirdat davası açabilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığı, hatta İsviçre hukukunda bu hususun her iki takip bakımından da açıkça düzenlendiği, bu durumun kanun koyucu tarafından unutulma sonucu olduğu ifade edilmektedir<sup>423</sup>. Kanımızca da genel iflâs yoluyla takipte borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmeyerek borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalması hâlinde, her ne kadar açıkça düzenlenmiş olmasa da, istirdat davası açabileceğinin kabul edilmemesi için hiçbir engelleyici düzenleme de bulunmamaktadır. Burada belki bir ihtimal İİK m. 72'de düzenlenen istirdat davasının, ödemenin cebri icra tehdidi altında yapılması hâlinde açılabileceği, bu sebeple, borçlunun ödeme emrine itiraz süresi içinde

---

<sup>423</sup> İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkleri Cilt: 1. İflâs* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), 24-25.

ödediği (veya ödeme emrine itiraz süresinden sonra ve fakat iflâs davasından önce) paranın hukukî yarar yokluğu nedeniyle açılmayacağı ileri sürülebilir. Ancak iflâs yolunun kendine özgü yapısı bakımından, borçlu ödeme emrine itiraz etse de etmese de alacaklı iflâs davası açacağından, güncel cebri icra tehdidinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim gönderilen iflâs ödeme emrinin “... yedi gün içinde borç ödenmediği takdirde alacaklının mahkemeye müracaatla iflas talebinde bulunabileceği...” şeklindeki içeriği (İİK m. 155) de bu durumu göstermektedir. Zira alacaklının iflâs davası açması hâlinde, borçlu bakımından davanın kaybedilmesinin ağır sonuçları karşısında<sup>424</sup>; ödeme emri üzerine borç ödenip alacaklının iflâs davası açmasının engellenmesi, gerçekte borçlu olunmayan ve fakat ödenen bu paranın da istirdat davasıyla ileri sürülerek kaybedilmesinin riski bulunmamaktadır. Zira birinde kaybetmesi hâlinde iflâs açılıp, tasfiye başlayacakken; diğerinin kaybedilmesi hâlinde ise borçlu olmadığını düşündüğü bir parayı kaybetmiş olacaktır.

Öte yandan bir diğer ihtimal olarak borçlu, kötü niyetli iflâs takipleri bakımından iflâs ödeme emrine karşı şikâyet yoluna da başvurabilir. Ancak icra memurunun alacağın varlığına veya alacaklının kötü niyetli olduğuna dair bir inceleme yapması mümkün değildir. Bu sebeple iflâs ödeme emri gönderilmesi, esas itibarıyla Kanun’a uygundur. Dürüstlük kuralına aykırı olan, alacaklının iflâs yoluyla takip talebidir. O hâlde şikâyet incelemelerinde, teknik olarak cebri icra organı tarafından yapılan işlemler konu edinildiğinden; borcun var olup olmadığı, bu çerçevede alacaklının kötü niyetli olup olmadığına yönelik maddi hukuk incelemeleri yapılamadığından; kaldı ki yapılırsa bile herhangi bir tazminata hükmedilemediğinden, şikâyet yolu da etkili bir koruma sağlamamaktadır.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, hiç alacaklı olunmaksızın başlatılan kötü niyetli iflâs takiplerine karşı iflâsa tâbi borçlunun gerek doğrudan uğrayabileceği zararlara, gerekse de (ve bizce daha önemlisi) dolaylı olarak uğrayacağı zararlara karşı etkin bir hukukî korunma imkânının bulunmadığı söylenebilir. Bu bakımdan alacaklı olunmaksızın başlatılan kötü niyetli iflâs takipleri çerçevesinde, diğer şartların da varlığı hâlinde alacaklının haksız fiil ile sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Bu bağlamda kanımızca iflâs bakımından kötü niyetli takiplere ilişkin olarak tazminat yaptırımını öngörülmalıdır.

---

<sup>424</sup> Burada iflâs davasında depo kararı üzerine ödeyerek de bu ağır sonuçları engelleyebileceği düşünülebilirse de, bilindiği üzere iflâs davasında muhafaza tedbirleri alınarak borçlunun malvarlığına el konulabilmektedir. Bu durum ise kuşkusuz borçlunun istemeyeceği bir durumdur.

Genel iflâs yoluyla takipte bulunabilmek için, herhangi bir belge olmaksızın para alacağı yeterli olup, alacak miktarının herhangi bir önemi yoktur. Çok küçük bir alacak, örneğin 1 kuruş için dahi iflâs yoluna başvurulabilir. Esasen genel haciz yoluyla takipte de alacağın miktarının önemi olmamakla birlikte, genel haciz yoluyla takipte, borçlunun malvarlığı üzerinde ancak alacak miktarı kadar cebri müdahale yapılabildiğinden, bu durumun kötüye kullanılması pratikte mümkün değildir. Oysa iflâs yoluyla takipte, bir kuruş alacağı karşılık borçlunun tüm malvarlığından, dileyen tüm alacaklılarının tatmin edilmesi söz konusudur. Şu hâlde acaba düşük alacak miktarıyla iflâs takibi yapılması hâlinde, bu durumun kötü niyetli addedilebilmesi mümkün müdür? İnceleyebildiğimiz kadarıyla ne öğretide ne de uygulamada bu konuya ilişkin bir açıklama mevcuttur. Kanımızca bu soruya prensip itibariyle olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira kanun koyucu iflâs takipleri bakımından herhangi bir sınır öngörmemişken, yorum yoluyla hak arama hürriyetinin kısıtlanmaması gerekir. Ancak başlı başına alacak miktarı açısından değilse de, borçlunun kişiliğini ve/veya ticari itibarını zedelemek gibi çeşitli emarelerin de varlığı hâlinde takibin kötü niyetli olduğu söylenebilir. Örneğin zengin bir tacire karşı bir kuruluşluk alacak iddiasıyla iflâs takibi başlatılması hâlinde, alacaklının kötü niyetli olduğu aşikârdır.

Genel iflâs sebebi olarak bir para (veya teminat) borcunun ödenmemesinin yanı sıra İİK m. 177 ilâ 179 arasında ve diğer özel kanunlarda düzenlenen hâllere istinaden doğrudan doğruya iflâs bakımından da kötüye kullanım olabilecektir. Örneğin alacaklı, sırf borçlusunun ticari itibar veya ekonomik olarak değer kaybetmesi amacıyla veya borçluyla anlaşıp diğer alacaklıların takiplerini erteletmek amacıyla doğrudan iflâs talebinde bulunabilir. Borçlu dahi alacaklıların takiplerini erteletmek amacıyla kendi iflâsını isteyebilir. Bir diğer ihtimal ise sırf borçlunun mali durumunu öğrenmek, bu çerçevede ticari sır olarak değerlendirilebilecek birtakım bilgi ve belgelere vâkıf olabilmek için borçlusunun aciz hâlinde veya borca batık olduğu iddiasıyla doğrudan iflâs istenebilir. Örneğin yakında yapılacak bir ihalede rakip olarak gördüğü şirketin verebileceği teklifi öğrenebilmek için şirket aleyhine doğrudan doğruya iflâs yoluna başvurulabilir. Bununla birlikte doğrudan doğruya iflâsta, kötü niyetli başvuruların önlenmesi amacıyla iflâs talebinin ilân edilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>425</sup>. Bu ilân üzerine menfaatleri etkilenen alacaklılar, on beş gün içinde davaya müdahale ederek talebe itiraz edebilirler. Dolayısıyla prensip itibariyle kötü niyetli girişimler engellenebilir. Ancak yine de borçlu veya diğer alacaklıların zarar görmüş olması mümkündür. Örneğin günümüz ekonomi

---

<sup>425</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 385-386.

düzeninde, bir tacir hakkında iflâs davası açılması, hayatın olağan akışı içerisinde kaçınılmaz olarak tacirin ticari itibar ve ekonomik değer kaybına neden olacağından, davanın açılmasıyla alacaklı amacına ulaşabilmektedir. Hâl böyleyken, iflâs davasının reddine karar verilse bile borçlunun veya alacaklıların zararlarının tazminine yönelik bir hüküm de verilemediğinden, zarara uğrayanlar korunamamaktadır. Dolayısıyla kötü niyetli doğrudan doğruya iflâs davası nedeniyle uğranılan zararlar, ancak haksız fiilden doğan tazminat davası yoluyla giderilebilecektir.

#### 4. İhtiyati hacizde

İhtiyati haciz, icra ve iflâs hukukunda düzenlenmiş özel bir geçici hukukî himaye tedbiri olarak, rehinle temin edilmemiş ve kural olarak vadesi gelmiş para alacakları için, görülmekte olan veya ileride görülecek dava veya takibin sonucunu güvenceye almayı amaçlamaktadır<sup>426</sup>. İhtiyati haciz imkânıyla alacaklı, yürütmekte olduğu veya ileride yürüteceği dava veya takibin sonucunu güvence altına almak için önceden borçlunun mallarına el konulmasını sağlar. Bu anlamda teknik olarak bir hukukî himaye tedbiri olan ihtiyati haciz, geçici hukukî himaye tedbirlerine ilişkin karakteristik iki özelliğe sahiptir: İlk olarak işin niteliği gereği çabuk yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiğinden karşı taraf dinlenmeden de ihtiyati haciz kararı verilebilir. İkinci olarak ise yaklaşık ispat yeterli kabul edilmektedir.

Görüldüğü üzere ihtiyati haciz, henüz alacaklının iddiasına ilişkin dava veya takip yapılmadan veya görülmekte olan davada hüküm verilmeden veya takip kesinleştirilmeden, yaklaşık ispatla ve üstelik aleyhine ihtiyati haciz talep edilen kişi dinlenmeden de verilebilen bir ihtiyati haciz kararı üzerine, borçlunun malvarlığı üzerinde cibrî müdahale sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple alacaklının alacak iddiasında henüz haklı olup olmadığı bilinmeksizin işlem yapıldığından, ileride haksız çıkması hâlinde borçlunun uğrayabileceği zararlar karşısında kural olarak teminat yatırması gerekmektedir. Ayrıca ihtiyati haciz taleplerinde ciddiyetin sağlanması için alacaklıya karardan itibaren 10 gün içinde uygulatması, uygulatmadan itibaren de 7 gün içinde asıl alacağına ilişkin davasını açması veya takibini başlatması zorunluluğu getirilmiştir. Keza borçlunun ihtiyati haciz kararına karşı itiraz ve kanun yoluna başvurma (İİK m. 265), teminat karşılığında ihtiyati haczi kaldırabilme (İİK m. 266) ve yine teminat karşılığında ihtiyaten haczedilen mal ve alacakların kendilerinde bırakılmasını sağlama imkânı (İİK m. 263) da bulunmaktadır. Nihayet alacaklının ihtiyati

---

<sup>426</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 320; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 490.

haczinin haksız çıkması hâlinde borçlu, ihtiyati hacizden doğan zararlarını tazmini davası açarak alacaklının tazminata mahkûm edilmesini de isteyebilir (İİK m. 259/1, 4). Bu düzenlemeler, borçlunun ihtiyati haciz bakımından düşük tutulan menfaatinin dengelenmesi amacına yönelmekte ve alacaklının ciddiyyetden uzak ihtiyati haciz talep ve uygulamalarına karşı borçlunun korunmasına hizmet etmektedir<sup>427</sup>. Görüldüğü üzere alacaklının kötü niyetli olarak ihtiyati haciz müessesesine başvurmasının pek de mümkün olmadığı, başvurulup karar alınsa bile borçlunun haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davası yoluyla zararlarını karşılayabileceği, bu sebeple borçlunun etkin bir şekilde korunduğu söylenebilir. Ayrıca alacaklının, ihtiyati haciz müessesesinde borçlunun zararına yönelik tazminat sorumluluğu açıkça düzenlendiği için, kötü niyetli girişimlerin haksız ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davası çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir<sup>428</sup>.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, haksız ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davasında sorumluluğun hukukî niteliği, fedakârlığın denkleştirilmesi olduğundan<sup>429</sup>, kusurun önemi bulunmamaktadır. Zira alacaklı, kanun koyucu tarafından, ihtiyati haciz müessesesi çerçevesinde borçlunun menfaatine nazaran üstün tutulmaktadır. Dolayısıyla bu durum nedeniyle borçlu nezdinde oluşan zararlardan, fedakârlığın denkleştirilmesi çerçevesinde kusursuz olsa da sorumlu kılınmıştır. Nitekim kanun koyucu, tazminat davasının dayanağı olan İİK m. 259/1 hükmünde, “*İhtiyati haciz istiyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde ...*” ifadesiyle yetinmiş, ne kusur ne de kötü niyet açısından düzenleme yapmıştır. Hatta haksızlığın ölçüsü dahi açıkça belirlenmemiştir. Şu hâlde ihtiyati haciz müessesesinin alacaklı tarafından kötü niyetli olarak işletilmesi sebebiyle ortaya çıkan zararların tazminine yönelik olarak öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davasının şartı olarak haczin “*haksız*” olmasının esasları ve kapsamıdır.

Buna göre ilk olarak haczin hangi durumlarda haksız olacağı üzerinde durulmalıdır. Haczin ne zaman haksız olacağı konusunda kanun koyucu açıkça bir düzenleme yapmamıştır. Ancak kuşkusuz ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine veya tamamlayıcı merasim çerçevesinde başlatılan takip veya dava neticesinde alacaklının aleyhine karar verilmesi hâlinde haciz haksız olacaktır<sup>430</sup>. Burada kötü niyet bağlamında haczin haksız sayılıp sayılmayacağı noktasında problem çıkabilecek nokta, alacaklının ihtiyati haciz kararı alıp uygulattıktan sonra ihtiyati

<sup>427</sup> Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 348 vd.

<sup>428</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Korkmaz, *Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 119 vd.

<sup>429</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 399.

<sup>430</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 400.

haczi tamamlayan merasim çerçevesinde üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi, bu yüzden her ne kadar 7 gün sonra kendiliğinden haciz kalkacak olsa da, alacaklının sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Gerçekten de alacaklının, bir kimse aleyhine ihtiyati haciz kararı uygulayıp kısa süreliğine de olsa malvarlığı üzerinde tasarruf imkânını kısıtlayarak zarar verebilmesi mümkündür<sup>431</sup>. Örneğin ticari olarak rakip gördüğü kişinin tam kredi ihtiyacı hissettiği anda veya ticari faaliyetini geliştirmek için planladığı bir işini bozmak amacıyla ihtiyati haciz kararı uygulatması ve fakat amacına ulaştığı için daha sonra dava veya takip başlatmaması hâlinde durum ne olacaktır? Öğretide hâkim görüş, kanımızca da isabetli bir şekilde bu durumda da ihtiyati haczin haksız olabileceğini kabul etmektedir<sup>432</sup>. Zira haksızlığın tespitinde işin esası dikkate alınarak, özellikle ihtiyati haczin şartları bağlamında her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalı, tazminat davasında tazminat davasının diğer şartları yanında ihtiyati haciz bakımından kimin haklı olup olmadığı tespit edilmelidir<sup>433</sup>. Buna göre alacaklının kötü niyeti, özellikle ihtiyati haciz talebinin şartları çerçevesinde yapılan inceleme neticesinde, talebinde hukuken korunmaya değer menfaatin yokluğundan hareketle tespit edilebilecektir.

Kötü niyet bakımından değerlendirilebilecek bir diğer husus ihtiyati haciz kararının alınmış fakat ihtiyati haczin uygulanmamış olması hâlinde, alacaklının yine de tazminatla sorumlu olup olmadığıdır. Örneğin, bir kişi hakkında ihtiyati haciz talep edilmiş olmasıyla, kişinin ekonomik ilişki içerisinde olduğu çevresinde kendisine karşı duyulan güven sarsılmış, işleri bozulmuş olabilir. Bu durumda sadece ihtiyati haciz talep edilmiş olmasıyla da zarara uğramış olacağında şüphe yoktur. O hâlde bu durumda da alacaklı sorumlu tutulabilecek midir? Kanımızca bu durumda da alacaklının sorumlu tutulabilmesi gerekir. Her ne kadar zararın ortaya çıkması için esasen uygulanmış bir ihtiyati haczin bulunması gerekse de; düşük bir ihtimal olsa da, somut olayın özelliklerine göre sırf ihtiyati haciz talebiyle alacaklının ciddiyyetten uzak ve kötü niyetli girişimlerinin olabileceği hassasiyetle değerlendirilmelidir<sup>434</sup>. Kaldı ki sorumluluğu düzenleyen İİK m. 259/1 hükmünde “*İhtiyati haciz isteyen alacaklı...*” ifadesi kullanılmış olup, açıkça talepten hareket edilmiş; karardan veya kararın

---

<sup>431</sup> Korkmaz, s. 189.

<sup>432</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, s. 400; Korkmaz, s. 189. Karşı yönde Üstündağ, *İcra Hukuku*, s. 421.

<sup>433</sup> Bu durumda tazminat davasının, yalnızca ihtiyati haciz bakımından kimin haklı olup olmadığının tespitini konu edineceği, henüz bir alacak davası açılmadığı için alacak davasının yerine geçmeyeceği, ancak bu sürede bir alacak davası açılırsa, tazminat bakımından bekleme mesele yapılması gerektiği yönünde bkz. Özkes, *İhtiyati Haciz*, 401.

<sup>434</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 398-399 ve oradaki dn. 16’da belirtilen Yargıtay 4. HD, E. 1950/5260, K. 1950/6174, T. 05.12.1950 sayılı kararı.

uygulanmasından hareket edilmemiştir. Dolayısıyla sınırlayıcı olmayan bu düzenleme karşısında, somut olayın özelliklerine göre alacaklının aleyhine karar verilmiş olsa da alacaklının ihtiyati haciz talebi nedeniyle borçlunun uğradığı zararlardan da sorumlu tutulabilmesi kabul edilmelidir<sup>435</sup>.

Buradan hareketle acaba alacaklı tarafından ihtiyati haciz talep edilmeden önce borçlunun zarara uğraması ve alacaklının İİK m. 259/1 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi mümkün müdür? Kuşkusuz hayatın olağan akışı içerisinde borçlunun henüz ihtiyati haciz talep edilmeden zarara uğraması pek ihtimal dâhilinde değildir. Ancak alacaklının vadesi gelmemiş bir alacağı için de ihtiyati haciz talep edebilmek amacıyla, bu nitelikteki alacaklar için ihtiyati haciz şartı olarak İİK m. 257/2’de düzenlenen şartların oluştuğu yönünde ihtiyati haciz yargılamasında hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla çeşitli davranışlar göstermesi mümkün olabilir. Örneğin alacaklı, borçlunun rutin sosyal veya ticari işlerini, borçlunun kaçmaya hazırlandığı veya mallarını elden çıkardığı şeklinde söylemlerde bulunarak, üçüncü kişiler nezdinde manipüle edebilir. Bu durumda özellikle ticari ilişkiler bağlamında borçlunun üçüncü kişiler nezdinde güven kaybı ve zararı söz konusu olabilir. O hâlde borçlunun, alacaklının bu davranışları nedeniyle henüz ihtiyati haciz talep edilmeden dahi bu zararlarını haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat davası yoluyla ileri sürüp süremeyeceği ortaya konulmalıdır. Kanımızca bu durumda borçlunun, Kanun’un 259/1 hükmünün açık ifadesi ve alacaklının ihtiyati haciz talep edip etmeyeceğinin belli olmaması karşısında haksız ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davası açması mümkün değildir.

Öte yandan, borçlunun böyle bir durumda menfi tespit davası açıp açamayacağı da gündeme gelebilir. Zira bilindiği üzere borçlu, alacaklı tarafından takip başlatılmadan evvel korunmaya değer güncel bir menfaatin de bulunması kaydıyla menfi tespit davası açarak, teminat karşılığında takibi durdurabilecektir<sup>436</sup>. Ayrıca menfi tespit davasının konusu, alacağın bulunmadığına yöneliktir; oysa bu durumda alacaklının vadesi gelmemiş bir alacağı için ihtiyati haciz talep edebilmek amacıyla kötü niyetli davranışlarından doğan zararın önlenmesi söz konusudur. Kaldı ki menfi tespit davasına ilişkin İİK m. 72 hükmünde, öngörülebilecek tedbirler açıkça belirtildiğinden ve “*icra takibi*” esas alındığından ihtiyati haciz müessesesinin

---

<sup>435</sup> Korkmaz, s. 187; Özkes, *İhtiyati Haciz*, 399. Karşı yönde Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, s. 506. Bununla birlikte yazarlar, ihtiyati tedbir bakımından benzer şekilde tedbir kararının uygulanmaması veya tamamlayıcı merasimin yerine getirilmemesinde dahi haksızlığın ve zararın söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, s. 715.

<sup>436</sup> Pekcanitez vd. *İcra ve İflâs*, 133.



önlenmesi de mümkün değildir<sup>437</sup>. Zira ihtiyati haciz, teknik olarak bir takip olmayıp, nitelik itibariyle icra iflâs hukuku çerçevesinde düzenlenen kendine özgü bir geçici hukukî himaye tedbiridir. Takipten önce açılan menfi tespit davasında alacaklının hak arama hürriyeti çerçevesinde icra takibi başlatması engellenemezken, alacaklı menfaatinin üstün tutularak kabul edilmiş olan ihtiyati haciz müessesesinin engellenmesi, evleviyetle söz konusu olamamalıdır<sup>438</sup>. Bu sebeplerle borçlunun böyle bir durumda uğradığı zararları menfi tespit davası açarak engellemesinin, Kanun ve icra iflâs hukuku teorisi karşısında mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Şu hâlde borçlunun, eğer gerçekten de alacaklı tarafından ihtiyati haciz talep edilmezse, ancak genel hükümlere göre bir tazminat davası açabileceğinin kabulü gerekir.

Nihayet alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat sorumluluğunun kusura dayanmaması, bu sebeple de ispatının gerekmediğinden hareketle, kötü niyetin de ispatlanmasının gerek olup olmadığı da ortaya konulmalıdır. Ayrıca bu durum, kusurun, sorumluluk kapsamına girecek zararların belirlenmesine etkili olup olmayacağını da ilgilendirmektedir. Zira alacaklının sorumlu olduğu zararın doğrudan zararlar olduğu ifade edilmekle birlikte istisnai olarak dolaylı zararların da mevcut olması hâlinde, bunların da tazminin gerektiği kabul edilmektedir<sup>439</sup>. Ayrıca maddi zararların yanı sıra manevî zararlar da tazminat kapsamına girecektir<sup>440</sup>. O hâlde bu zarar kapsamının belirlenmesinde kusurun varlığının, konumuz özelinde kötü niyetin ispat edilmesinin gerekip gerekmediği de önem arz etmektedir. Gerçekten de alacaklının kötü niyetli olarak ihtiyati haciz müessesesine başvurması, çoğunlukla borçlunun dolaylı zarara uğramasına da neden olacaktır. Zira iyi niyetli olarak ihtiyati hacze başvuran alacaklının, borçlunun dolaylı yönden de zarara uğramasını istediği söylenemez; tam aksine kötü niyetli alacaklı, borçluya ihtiyati haciz hükümlerinin kötüye kullanılması suretiyle verilebilecek en fazla zararın verilmesini amaçlar. Bu bakımdan dolaylı zararların ortaya çıktığı örneklerde, istisnai durumlar olabilsede, alacaklının kötü niyetli olması kuvvetle muhtemeldir. Keza kötü niyetli alacaklılar, borçlunun manevi olarak zarar görmesini de çoğunlukla isteyeceklerdir.

---

<sup>437</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 356; Baki Kuru, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası* (Ankara: Yetkin, 2003), 34-35.

<sup>438</sup> Kuru, menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararının verilmesi, ihtiyati haciz kararından önceyse ihtiyati haczin icrasının durdurulabileceğini belirtmektedir. Kuru, *Menfi Tespit*, 35.

<sup>439</sup> Korkmaz, 246 vd.; Özekes, *İhtiyati Haciz*, 407 vd.

<sup>440</sup> Özekes, *İhtiyati Haciz*, 410; Korkmaz, 238 vd.

Öğretide dolaylı zararlar ve manevi zararlar için kusurun varlığının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Ancak kanımızca ÖZEKES'in de haklı olarak ifade ettiği gibi İİK m. 259/1 hükmünde kusura ve zararın kapsamına dair herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın "... *bütün zararlarından...*" ifadesi kullanıldığı için, gerek doğrudan gerekse de dolaylı zararlarda kusursuz dahi olsa sorumlu olacağını kabul etmek gerekir<sup>441</sup>. Buradan hareketle kötü niyetin var olup olmadığının ve zarar görenin kötü niyeti ispat edip edemediğinin, tazminata hükmedebilmek bakımından herhangi bir etkisi olmayacaktır. Ancak kötü niyetin varlığı hâlinde zarar daha fazla olabileceğinden, somut olayın özelliğine göre kötü niyetin varlığı anlaşılırsa, bütün zararların tespit edilip tazmin edilebilmesi için, kötü niyet, yine de yargılamada önem arz edecektir.

## 5. Tasarrufun iptali davasında

İcra ve iflâs hukukunda prensip, alacaklının, borçlunun malvarlığı ile tatmin edilmesidir. Dolayısıyla borç için cebri müdahalenin konusu, kural olarak borçlunun malvarlığıdır. Bu bakımdan kötü niyetli borçlular tarafından, henüz malvarlıkları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmamışken alacaklıların zararına olarak malvarlığını azaltmaya yönelik tasarruf işlemleri yapılabilir ve cebri takip yapan alacaklının, takibini başarıyla tamamlayarak alacağını elde edememesine neden olunabilir. Borçlunun, alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla üçüncü kişilerle yapmış olduğu birtakım kötü niyetli tasarruf işlemlerinin, alacaklılara karşı, haklarını ihlâl ettiği ölçüde iptal edilerek alacaklının tatmin edilmesini sağlamak amacıyla tasarrufun iptali davası kabul edilmiştir<sup>442</sup>.

Bu bakımdan tasarrufun iptali davası alacaklının menfaatini koruyabilmesi için kabul edildiğinden, kötü niyetli olarak açılması, olağan şartlarda pek muhtemel değildir. Zira alacaklının bu davadaki amacı, zaten yapmış olduğu takip çerçevesinde borçlunun malvarlığının, alacağını tamamen ya da kısmen karşılamaya yetmemiş olması nedeniyle, borçlunun daha önce yaptığı tasarruf işlemlerinin, alacağını alamadığı kısım nispetinde kendisine karşı iptal edilmesini sağlamaktır. Bu sayede söz konusu tasarruflar iptal edilerek, borçlununmuş gibi icra dairesi vasıtasıyla satılarak, elde edilen paradan da daha önceki takibi neticesinde elde edemediği alacak miktarına kavuşacaktır. Dolayısıyla alacaklının bu davayı kötü niyetli olarak açması, mantık kurallarıyla çelişmektedir. Kaldı ki bu dava ile borçlunun geçmişte yapmış olduğu işlemler iptale tabi olduğundan, borçlunun hâlihazırdaki tasarruf

<sup>441</sup> Söz konusu tartışmalar için bkz. Özekes, *İhtiyati Haciz*, 407 vd.

<sup>442</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 726.

yetkisine veya ileride yapacağı işlemlere yönelik herhangi bir etki söz konusu olmadığından, alacaklının bu yönde bir girişimine de imkân sunmayacaktır. Şu hâlde bu dava, esasen alacaklının menfaatine hizmet edip, kötü niyetli olarak açılması, alacaklının kendi zararına veya herhangi bir fayda elde edememesine neden olacağından, prensip itibarıyla mümkün değildir.

Burada bir ihtimal, alacaklının deyim yerindeyse “*ya tutarsa*” anlayışıyla borçlunun yapmış olduğu tüm işlemlere karşı iptal davası açmak suretiyle borçluyu rahatsız etmesi düşünülebilir. Gerçekten de alacaklının İİK m. 278 ilâ 280 arasında düzenlenen iptale tâbi tasarruflardan birini iptal ettirebilmek için o dönemde yaptığı tüm işlemlerin iptalini istemesi, pek rasyonel olmasa da, mümkün olabilir. Özellikle zarar verme kastıyla, haciz veya iflâs takibinden itibaren geriye doğru 5 yıl içinde yapılan tüm işlemler iptal edilebileceğinden, böyle bir girişime konu edilebilmesinin önünde engel bulunmamaktadır. Hatta her bir tasarruf ayrı ayrı davaya konu edilirse, her işlem bakımından dava konusu ayrı olacağından, derdestlik de ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla borçlu aynı anda pek çok iptal davasına maruz bırakılabilecektir. Dahası zarar verme kastından dolayı iptal davasında, üçüncü şahsın İİK m. 280/3 uyarınca borçlunun sosyal hayatında sıkı ilişki içinde olduğu yakınları<sup>443</sup> olması hâlinde, zarar verme kastını bildikleri varsayıldığından, üçüncü şahıs, zarar verme kastının olmadığını ancak İİK m. 279/son uyarınca kendisi ispatlayacaktır. Dolayısıyla bu durumda borçlunun ailesi ve yakın akrabaları da haksızlığa uğrayabilecektir.

Her ne kadar pek rasyonel olmasa da yukarıda ifade ettiğimiz bu durum bakımından, mutlaka somut olayın özelliklerine göre hareket edilmelidir. Alacaklının iptale tâbi olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde açtığı iptal davaları bakımından kötü niyetli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık alacaklı, gerçekten iptale tâbi olma ihtimali söz konusu olduğu sürece, bu nitelikteki bütün tasarrufların iptali için dava açabilecek ve kötü niyetli addedilemeyecektir.

Alacaklının kötü niyetli olarak iptal davası açmasında, usûl hukuku açısından HMK m. 329 hükmü dışında alacaklıyı bu kötü niyetinden alıkoyacak bir düzenleme mevcut değildir. İcra ve iflâs hukukunda da iptal davasında borçlunun uğrayabileceği zararlar bakımından herhangi bir tazminat hükmü öngörülmemiştir. Dolayısıyla burada borçlunun uğrayabileceği zararlar, ancak genel hükümlere göre haksız fiil davasıyla giderilebilecektir.

---

<sup>443</sup> “... borçlunun karı veya kocası, usul veya fîruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı...” İİK m. 280/3.

## B. Haksız Takip İşlemlerinden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Hukuka Aykırılık

### 1. İcra hukukunda

#### a. İlâmsız icrada

##### aa. İtirazın iptali davasında

İtirazın iptali davası, genel haciz yoluyla takipte borçlunun itirazı üzerine duran takibin devamını sağlamak amacıyla, alacaklının genel mahkemelerde dava açarak borçlunun ödeme emrine vaki itirazını hükümden düşürme yollarından biri olup, İİK m. 67’de düzenlenmiştir. Alacaklının elinde, icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etme yetkisi veren İİK m. 68 ve m. 68/b’de düzenlenen belgelerden birisi yoksa bu yola başvurmak zorundadır<sup>444</sup>. Ancak anılan belgelere sahip olsa bile genel mahkemelere başvurarak alacağın varlığını kesin olarak tespit ettirmek ve bu sayede takibe devam etmek isteyebilir. Zira itirazın kaldırılması yargılamasında, icra mahkemesi nezdinde yapılacak olan inceleme sınırlı olduğundan, borçlunun, aleyhine verilen hükme rağmen menfi tespit (veya borçtan kurtulma) davası açarak takibin devam etmesine engel olma imkânı bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklı, eğer alacağın varlığını kesin olarak tespit ettirmek ve bu surette takibe başkaca herhangi bir engel ile karşılaşmaksızın devam etmek istiyorsa, elinde belge olsun olmasın, itirazın iptali davası açabilecektir<sup>445</sup>.

Öğretide itirazın iptali davasının hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte<sup>446</sup>, kanımızca itirazın iptali davası, icra iflâs hukukuna özgü bir dava olup, niteliğini karakterize eden temel

---

<sup>444</sup> Ancak borçlu, yalnızca icra ve iflâs hukukuna ilişkin bir sebebe dayanarak ödeme emrine itiraz etmişse, alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmelidir. Örneğin sadece yetkiye ilişkin itirazda bulunulmuşsa, alacaklının elinde belge olmasa bile icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edecektir. Bununla birlikte, kanımızca yukarıda da ifade edildiği üzere derdestlik takip şartı niteliğinde olduğundan, derdestlik yönünden borçlunun şikâyet yoluna başvurması gerekecektir. Ödeme emrine itiraz yoluyla ileri sürülmesi hâlinde sonuç doğurmamalıdır. Ancak her nasılsa itiraz yoluyla ileri sürülmüş ve icra memuru tarafından işleme alınarak takip durdurulmuşsa, alacaklı bu işleme karşı itirazın kaldırılması değil, şikâyet yoluna başvurmalıdır.

<sup>445</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 105.

<sup>446</sup> Her ne kadar tezimizin konusu itibarıyla doğrudan bu tartışmaya girmek uygun değilse de, itirazın iptali davasına ilişkin haksız (kötü niyetli) takip işlemlerinin ortaya koyulabilmesi, bu davanın hukukî niteliği bağlamında varılacak sonuca göre değişeceğinden, genel olarak değinmek gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre *Kuru*, itirazın iptali davasının aynı zamanda alacak (tahsil) davası olduğunu, bununla alacaklının, hem itirazın iptaline ve lehine icra inkâr tazminatına, hem de hem de alacağının tahsili talebinde bulunabileceğini ifade etmektedir. *Kuru*, *El Kitabı*, 248. *Postacıoğlu* ise itirazın iptalinin mahkemeden talep edilmesinin, ödeme emriyle talep edilen alacağın hüküm altına alınmasını istemek anlamına geldiğini, bu çerçevede alacağın varlığını ortaya koyacak bu davanın tespit davası olduğu kadar tahsil davası da olabileceğini belirtmektedir. *Postacıoğlu*, *İcra Hukuku*, 180 vd. *Çağa* ise itiraz üzerine alacaklının itirazı hükümden düşürmek için itirazın kaldırılması, itirazın iptali ve genel hükümlere göre alacak (tahsil) davası olmak üzere üç imkânı olduğunu, itirazın iptali davası ile tahsil davasının farklı davalar olduğunu, bir yıl içinde açılan davanın tahsil davası da olabileceğini ancak bu durumda inkâr tazminatına hükmedilemeyeceğini, inkâr tazminatının sadece itirazın iptali davasında olduğunu ve bu davanın bir yıl içinde açılan tespit davası niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. *Tahir Çağa*, “Ödeme Emrine

husus, bu davanın amacıdır. İtirazın iptali davası, itirazın haklılığının değerlendirilmesi suretiyle alacağın var olup olmadığının tespiti ve bu surette itirazın hükümden düşürülerek ilâmsız takibe devam edilebilmesini amaçlamaktadır<sup>447</sup>. Dolayısıyla bu dava, davalının bir parayı ödemeye mahkûm edilmesine değil, alacağın varlığı tespit edilerek (itiraz iptal edilerek) takibe devam edilmesine yönelmektedir. Bir yıllık hak düşürücü süreye tabi tutulmasının amacı da budur. Zira süresinde açılmaması hâlinde, icra takibine devam edilmesi mümkün değildir. Bu yüzden bir yıllık sürenin geçmesinden sonra açılan dava, ancak genel hükümlere göre açılan normal eda (alacak-tahsil) davasıdır; itirazın iptali davası olarak nitelendirilemez ve icra tazminatları gündeme gelemez<sup>448</sup>. Alacaklının süresinden sonra açtığı davayı kazanması hâlinde, düşmüş icra takibine devam edilmesi de mümkün değildir<sup>449</sup>.

İtirazın iptali davasının hukukî niteliği bakımından vardığımız bu sonuç uyarınca, hükmün ilâmlı takibe konu edilmesi mümkün değildir, zira alınan hüküm eda hükmü içermemektedir<sup>450</sup>. İtirazın iptaline dair karar, itiraz üzerine duran ilâmsız takip için etkili olacak ve alacaklı ilâmsız takibe devam edecektir. Ancak öğretide itirazın iptali davası sonucunda alınan ilâmla ilâmlı takip de yapılabileceği ifade edilmektedir<sup>451</sup>. Ayrıca hükümde belirtilen faiz, vekâlet ücreti, inkâr tazminatı, diğer masraflar gibi eda hükmü içeren kısımların ilâmlı icraya konu edilebileceği ifade edilmekte ise de, kanımızca hükmün bu kısımlarının da ilâmsız takibe ilişkin alacağa eklenerek takibe devam edilmesi uygun olacaktır. Zira zaten haciz aşamasına geldiğinden, tekrar takip talebi, icra emri gönderilmesi gibi masrafların ve zahmetin olacağı ayrı bir ilâmlı takip, hem takip ekonomisine uygun olmadığı gibi hem de hâlihazırdaki takipte haciz aşamasına geçildiğinden hukukî yarar da bulunmamaktadır<sup>452</sup>. Şu durumda, her ne kadar katılmasak da itirazın iptali davası sonucunda tekrar ve bu kez ilâmlı takip başlatılması veya tazminat, faiz, yargılama giderleri gibi diğer kalemler için ayrı ilâmlı takip yapılması, şartların varlığı hâlinde kötü niyetli olarak addedilebilir. Örneğin alacaklının, sırf borçlu itiraz ettiği için itirazın iptali davasında verilen hükmün yargılama giderleri, vekâlet

---

İtirazın İptaline Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 8, 3, (1976): 21 vd. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre itirazın iptali davası, icra iflas hukukuna özgü bir dava olup, borçlunun itirazının iptali (ve inkâr tazminatına mahkûm edilmesini) ve takibe devam edilmesini sağlamaktan ibarettir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 152. İtirazın iptali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, “İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ’a Armağan*, (Ankara: Adalet, 2009), 597 vd.

<sup>447</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 152 vd.; Pekcantez vd., *İcra ve İflâs*, 107 vd.

<sup>448</sup> Pekcantez vd., *İcra ve İflâs*, 107-108.

<sup>449</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, s. 106.

<sup>450</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 152.

<sup>451</sup> Üstündağ, bu durumda takibe ilâmlı olarak devam edileceğini belirtmektedir. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 106.

<sup>452</sup> Yılmaz, “İtirazın İptali”, 612; Kuru, *El Kitabı*, 261.

ücreti, icra inkâr tazminatı gibi fıkralarına ilişkin kısmını ayrıca takibe koyarak borçluyu tekrar ve ayrı takip işlemlerine maruz bırakması kötü niyetli takip olarak değerlendirilebilir.

Alacaklının kötü niyet tazminatına mahkûm edilebilmesi için kötü niyetinin (alacaklı olmadığını bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin) tespit edilmesi gerekir. Alacaklı, takibinde haksız olsa da, takip başlatmakta kötü niyetli değilse kötü niyet tazminatına mahkûm edilemeyecektir. Örneğin takipten önce senet aslının ödeme üzerine borçluya teslim edilmiş, sözleşmede herhangi bir şekilde ismi ve imzası olmayan kişiye karşı takip başlatılmış, bankanın kefalet sınırının üzerinde kefile karşı takip başlatmış veya gönderilen ihtarnameye borçlu olmadığına dair itiraz eden borçlu hakkında hiçbir araştırma yapmadan takip başlatmış<sup>453</sup> olması gibi hâllerde alacaklı, alacaklı olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği<sup>454</sup> hâlde takip başlattığı için kötü niyetli kabul edilecektir<sup>455</sup>. Buna karşılık örneğin alacağın zamanaşımına uğramış olması<sup>456</sup>, alacağın yalnızca ispatlanamamış olması<sup>457</sup> gibi hâllerde alacaklı takibinde kötü niyetli değildir.

Buna karşılık borçlunun aleyhine inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için borçlunun takibe itirazında haksız olması gerekli ve yeterlidir. Borçlu açısından ayrıca kötü niyetin varlığı aranmamıştır. Borçlunun itirazında haklı olup olmadığının tespitinde ise iddia edilen alacağın niteliği esas alınmaktadır. Öğreti ve uygulamada “*likit alacak*” kavramıyla ifade edilen bu hususta, borçlunun alacağın miktarını alacaklıyla anlaşmaya veya mahkeme kararına gerek duymaksızın belirleyebilmesi söz konusudur<sup>458</sup>. Buna göre örneğin bir sözleşmeden doğan ücret alacağı, kıdem ve ihbar tazminatı, vekâlet ücreti alacağı gibi alacaklarda alacak miktarı belirli veya belirlenebilir olduğundan likit kabul edilmektedir. Buna karşılık haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme alacakları belli veya belirlenebilir olmadığından likit değildir<sup>459</sup>.

<sup>453</sup> 19. HD, E. 2011/3880, K. 2011/5635, T. 27.04.2011, (Kazancı, E.T. 19.02.2020)

<sup>454</sup> Bununla birlikte Yargıtay, alacaklı olunmadığının bilinmesi gerektiği hakkında, somut olayın özelliklerine göre kanımızca uygun olmayan kararlar da vermektedir. Örneğin; “... *Mahkemece, kayıtlarını incelemeyen dava açan bankanın kötü niyetli olduğu kabul edilerek davalı lehine inkâr tazminatına hükmedilmişse de, takip başlatmadan önce kayıtları ile ilgili yeterli ve gerekli inceleme yapmamış olmasının, alacaklı bankanın kötü niyetli olduğunu kabul etmek için yeterli olmadığından, ...*” Yargıtay 13. HD, E. 2005/12431, K. 2005/3945, T. 14.03.2005, (Kazancı, E.T. 19.02.2020). Kanımızca Yargıtay’ın bu kararı yerinde değildir. Banka, iş ve işlemlerinde gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğundan, bankanın alacaklı olmadığını bilmesi gerekir.

<sup>455</sup> Örnekler ve bu örneklere ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Kuru, El Kitabı, 258, dn. 54 vd.

<sup>456</sup> 19. HD, E. 2006/1205, K. 2006/6352, T. 13.06.2006, (Lexpera, E.T. 19.02.2020).

<sup>457</sup> “... *itirazın iptali davasının reddi halinde, borçlu lehine kötüniyet tazminatına hükmedebilmek için, takibinin haksız olması yeterli değildir. Davacı alacaklının, takibe geçmede ve itirazın iptali davasını açıp yürütmekte kötüniyetli olduğunun ayrıca kanıtlanması gerekir. Alacaklının kötüniyetli sayılabilmesi için, haksız olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği halde icra takibine girişmiş olması gerekir...*” Yargıtay 11. HD, E. 2010/1516, K. 2011/10177, T. 12.09.2011, (Kazancı, E.T. 19.02.2020).

<sup>458</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 157-158; Pekcantez vd., *İcra ve İflâs*, 112.

<sup>459</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 158.

Ancak borçlunun itirazının haksızlığının tespit edilebilmesi için yalnızca alacağın likit olup olmadığının dikkate alınması eksik ve hatalı sonuçlar verebilecektir. Örneğin kişinin hesabına yanlışlıkla yapılan ödemenin geri alınması talebi sebepsiz zenginleşmeden doğsa da, yapılan ödemenin miktarı bellidir. Dolayısıyla borçlunun borçlu olduğunu bildiği miktar belirli olduğundan alacak yine de likittir. Keza bir kimsenin arabasının farının kırılması hâlinde alacak haksız fiilden kaynaklansa da alacak miktarı far bedeli uyarınca belirli veya belirlenebilir olduğundan, alacak likittir. Dolayısıyla borçlunun itirazının haksızlığının tespitinde alacağın likit olup olmaması tek başına belirleyici olmamalı, mutlaka dürüstlük kuralları çerçevesinde her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır<sup>460</sup>. Borçlunun, alacak likit olsun olmasın, dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeyle itiraz etmekte kötü niyetli olup olmadığının araştırılması gerekir.

Borçlunun inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için itirazında haksız olması gerekli ve yeterli iken, alacaklının kötü niyet tazminatına mahkûm edilebilmesi için takibinde haksızlığının yanı sıra kötü niyetinin de ayrıca aranmasının, eşitlik ilkesine ve menfaatler dengesine aykırı olduğu kanısındayız<sup>461</sup>. Örneğin sözleşmeden doğan bir borç için yapılan takipte, borçlu iyi niyetli olarak zamanaşımına itiraz etmiş ve fakat zamanaşımını kesen sebeplerin olmadığı konusunda gerçekten yanıltılmış olabilir. Ancak yine de inkâr tazminatına mahkûm edilmektedir. Buna karşılık aynı örnekte alacaklı zamanaşımını kesen sebeplerin olduğu konusunda yanıltıldığında kötü niyetli olmadığından tazminata mahkûm edilmemektedir. Aynı şekilde itirazın iptali talebinin reddinde, alacaklının yalnızca alacağını ispat edememiş olması kendisini kötü niyet tazminatına mahkûm olmaktan kurtarıırken; itirazın iptali talebinin kabulünde, borçlunun, örneğin yalnızca yaptığı ödemeyi ispat edememiş olması hâlinde de tazminata mahkûm edilmesi, hak ve adalet duygusuyla bağdaşmamaktadır. Olması gereken, her iki taraf aleyhine hükmedilebilecek tazminat bakımından, her somut olayın özelliğine göre dürüstlük kurallarından hareketle hakkın kötüye kullanılması hâlinin olup olmadığının araştırılmasıdır. Yalnızca ilâmsız takiplerde öngörölmüş olan icra tazminatları, bu yolda tanınan hak ve imkânların kötüye kullanmasını amaç edinmekteyse, bu kötüye kullanmanın kim tarafından yapıldığının önemi olmaksızın aynı esaslar çerçevesinde sorumlu tutulması gerekir. Bu itibarla takibe itiraz edildikten sonra alacaklının borçludan üstün tutulmasında hak ve adalet duygusunu tatmin eden hiçbir geçerli sebep bulunmamaktadır. Bu yüzden sorumluluk

---

<sup>460</sup> Akil, “İcra İnkâr”, 327.

<sup>461</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159.

bakımından hareket noktasının dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olması gerektiği kanısındayız.

Bu çerçevede itirazın iptali davasında haksız takip işlemi olarak kötü niyetin (hukuka aykırılığın) değerlendirilebileceği bir diğer ihtimal de; alacaklının her ne kadar alacağı belgeye bağlı olmasına rağmen, takip talebinde bunu belirtmeyip belgeyi de talebine eklememesi hâlinde ortaya çıkabilir<sup>462</sup>. Örneğin alacaklı, aralarındaki yazılı sözleşmeye ilişkin alacağına yönelik takip başlatmakta, ancak yazılı sözleşmeden bahsetmeyerek belgeyi de eklememektedir. Böylece, borçlunun itiraz etmeye mecbur bırakılarak ve nasıl olsa belgeyle de ispatlanabileceğinden, kötü niyetli olarak inkâr tazminatı alınabileceğini düşünebilir. Bu durumda borçlu borca itiraz ettiğinde, kanımızca alacaklının itirazın iptali davası açamaması gerekir. Zira itirazın iptali, ilişkin olduğu takiple sıkı ilişki içerisinde olup, genel hükümler çerçevesinde yapılacak inceleme takibe vaki itirazın yerinde olup olmadığı kapsamında yorumlanmalıdır<sup>463</sup>; takip dosyasına girmemiş iddia ve talepler, ıslah veya karşı tarafın açık rızasıyla dahi olsa incelenememelidir. Dolayısıyla burada takip talebinde iddia edilen alacak ile senetle ileri sürülen alacak aynı olarak değerlendirilmemelidir. Her nasılsa dava itirazın iptali davası olarak açılabilir, hâkim davayı itirazın iptali olarak değerlendirmemeli<sup>464</sup>, hele ki borçluyu inkâr tazminatına mahkûm etmemelidir. Aksi hâlde, alacaklının takip başlatırken senetten doğmasına rağmen bundan bahsetmeyip sadece inkâr tazminatı almak için kötü niyetli takip başlatmalarına müsaade edilmiş olur. Burada borçlu kötü niyetli olmadığından itirazında haksız sayılmaz, dolayısıyla da alacaklı inkâr tazminatına hak kazanamaz denilebilirse de; alacak likit olduğundan ve borçlu aleyhine tazminatta borçlunun kötü niyeti aranmadığından, yine de aleyhine tazminata hükmedilme riski bulunmaktadır. Kaldı ki herkes gibi alacaklı da

---

<sup>462</sup> Esasen bu durum, alacağın dayandığı belgenin bulunması hâlinde ilgili belgenin aslının veya fotokopisinin takip talebine eklenmesi gerektiğine ilişkin İİK m. 58 hükmüne de aykırı olacaktır. Dolayısıyla aslında takip talebinde eksiklik bulunduğu icra memurunun talebi kabul etmemesi gerekecektir. Oysa burada alacaklı, alacağının senede dayandığını hiç bildirmemiş olduğundan, icra memurunun bunu bilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla icra memurunun Kanun'a aykırı işlemi de söz konusu olmadığından, bu durumda borçlu teknik olarak şikâyet yoluyla takibin iptalini de sağlayamayacaktır.

<sup>463</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 153.

<sup>464</sup> Kanımızca bu durumda itirazın iptali davası esastan reddedilmelidir. Çünkü teknik olarak alacaklının takipte ileri sürdüğü alacak ile senede bağlı alacak farklı alacak olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla ilgili belge, takip talebine konu edilen alacağı ispata elverişli olmayacaktır. Takip talebine konu edilen alacak ispat edilemediğinden esastan reddedilmeli ve takip sona erdirilmelidir. Bundan sonra alacaklının, istiyorsa belgeyle ilâmsız takip yapması gerekecektir. Çünkü verilen karara ilişkin incelemede senede bağlı alacağın mevcut olup olmadığı değil, yalnızca takip konusu edilen alacağın farklı bir alacak talebi olarak değerlendirilmesi suretiyle, bu alacağın ispata elverişli kabul edilmeyerek, takipte ileri sürülen (farklı) alacağa ilişkin kesin hüküm oluşturacaktır. Ayrıca alacaklının senet var olmasına rağmen takibe eklememiş olmasına ilişkin olarak kötü niyetli olduğu, hakkın kötüye kullanılması da korunamayacağı ve usûlî dürüstlük kuralına (HMK m. 29) aykırılık da bunu gerektirmektedir. Bu sayede alacaklıların icra ve iflâs hukuku hükümleri çerçevesinde tanınan yetkileri kötü niyetli olarak kullanma girişimlerine engel olunarak özelden borçlular, genelde ise kamunun menfaatleri korunmuş olacaktır.



dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olduğundan, alacak senede bağlıysa, bunu bildirmeli ve senedi eklemelidir; kanun koyucunun para (ve teminat) alacakları için öngördüğü özel ve hızlı süreci, kötüye kullanamamalıdır. Sonuç olarak her ne kadar alacaklının elinde belge olsa da olmasa da itirazın iptali davası açabilmesi, alacağın belgeye dayanması hâlinde ve ancak belgenin takip dosyasına girmiş olması hâlinde geçerli olmalıdır.

Son olarak itirazın iptali davasında kötü niyetli bir hareket olarak, davayı kaybedeceğini anlayan alacaklının takibinden feragat ederek davayı konusuz bırakması, böylece kötü niyet tazminatından kurtulmak istemesi haksız bir işlem olacaktır. Aynı şekilde borçlunun da takipte tüm borcu ödeyerek davayı konusuz bırakması, bu surette mahkemeden aleyhine çıkacak karar neticesinde inkâr tazminatına mahkûm edilecek olmaktan kurtulması mümkün değildir. Dolayısıyla davanın konusuz kalması gibi hâllerde de mutlaka alacaklının takibinde kötü niyetli, borçlunun itirazında haksız olup olmadığının araştırılması gerekmektedir<sup>465</sup>.

#### **bb. İtirazın kaldırılmasında**

İtirazın hükümden düşürülmesi için alacaklıya sağlanan ikinci imkân, ödeme emrinin tebliğinden itibaren altı aylık hak düşürücü süre içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep etmektir. İtirazın kaldırılması yolunun düzenlenme amacı, ilâmsız icrayı daha etkin kılmaktır. Zira borçlunun itirazı hâlinde yalnızca genel mahkemelerde itirazın iptali davası açılma imkânı tanınması hâlinde, ilâmsız icranın pratik faydası ortadan kalkacaktır<sup>466</sup>.

Bu çerçevede kanun koyucu, borçlunun itirazının türüne göre iki farklı yol olmak üzere, icra mahkemesinde hızlı ve kolay bir incelemeyle itirazın kaldırılmasını düzenlemiştir. Şayet borçlu, alacaklının dayandığı adî senet altındaki imzasına ayrıca ve açıkça itiraz etmemişse, bir başka ifadeyle borçlunun borca itiraz etmiş olması hâlinde, elinde kanun koyucu tarafından İİK m. 68 ve İİK m. 68/b’de düzenlenen belgelerden bulunan alacaklı, icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılması isteyebilecektir. Bu durumda alacaklı ve borçlunun ibraz edeceği belgeler üzerinden yapılacak hızlı ve kolay bir incelemeyle, uyuşmazlık çözülecektir. Buna karşılık borçlu, alacaklının takibe müstenit adî senedindeki imzasına ayrıca ve açıkça itiraz etmişse, alacaklının başvurması gereken yol, yalnızca imza incelemesinin yapılacağı İİK m. 68/a’da düzenlenen itirazın geçici kaldırılması olacaktır. İtirazın kaldırılması incelemelerinde sınırlı bir inceleme yapıldığından, borçlu ödeme emrine itirazında bildirdiği sebepler dışında kural olarak

<sup>465</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 112; Kuru, *El Kitabı*, 270-271.

<sup>466</sup> Kuru, *El Kitabı*, s. 274; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 114.

başka hiçbir sebebe dayanamaz. Islah veya karşı tarafın açık rızası yoluyla dahi başka sebepler ileri süremez<sup>467</sup>; ancak alacaklının dayandığı senetten anlaşılabilen itiraz sebeplerini ileri sürebilir<sup>468</sup>. Keza itirazın kaldırılması taleplerine ilişkin incelemelerde yemin, tanık gibi delillere başvurulamaz. Bütün bu özellikler çerçevesinde icra mahkemesi tarafından itirazın kaldırılması yargılamalarında somut uyuşmazlık maddi hukuk bakımından incelenmemektedir. Bu bağlamda verilen hüküm maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemekte, yalnızca icra ve iflâs hukuku nezdinde sonuç doğurmaktadır. Bu yüzden bu talep aleyhine sonuçlanan taraf, genel mahkemelere başvurabilir.

Görüldüğü üzere itirazın kaldırılması yargılaması, gerek kesin gerekse de geçici kaldırmada yalnızca belli işlem ve incelemelerin yapılabileceği, icra ve iflâs hukukuna özgü çekişmeli yargı işidir; dava değildir<sup>469</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu, bu yargılamalar neticesinde verilebilen tazminatlar bakımından, alacaklının kötü niyetli takip yapmış olması veya borçlunun itirazının haksızlığı gibi kavramlara yer vermemiş, doğrudan karşı tarafın talebi üzerine % 20'den az olmamak üzere tazminata hükmolunacağını düzenlemiştir (İİK m. 68/7; m. 68a/8) . Bununla birlikte, itirazın kaldırılması yargılamalarında imzaya itiraz üzerine imza incelemelerinin yapılması hâlinde, talep olmasa bile aleyhine karar verilenin % 10 oranında para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüştür (İİK m. 68/5; m. 68/a/6). Bu bakımdan itirazın kaldırılması yargılamalarında tarafların kötü niyetli veya haksız olarak hukuka aykırı (takip veya itiraz) işlem yapmış olup olmamaların pratikte bir önemi yoktur. Öngörülen tazminat ve para cezaları, doğrudan doğruya, maddi hukuk bakımından kesinlik arz etmeyen, yalnızca sınırlı ve şekli bir incelemenin yapıldığı bu sürecin aleyhe sonuçlanmasının yükümlülüğüdür. Nitekim kanun koyucu, bu davayı kaybeden tarafın aleyhine hükmolunacak tazminat ve cezaların, genel mahkemelerde haklılığını ispat etmek amacıyla dava açılması hâlinde bu davanın sonuna kadar erteleneceğini, hatta dava lehine sonuçlanan taraf aleyhine daha önce hükmedilmiş olan tazminatın kalkacağını düzenlemiştir (İİK m. 68/7, son; m. 68/a/8, son).

İtirazın kaldırılması yargılamasında, alacaklının kötü niyeti olarak ortaya çıkabilecek bir problem, alacaklının takip talebinde bulunurken belgeye bağlı alacağını bildirmeyip, dolayısıyla da takip talebine aslını veya onaylı örneğini eklememiş olmasıdır. Bu durumda bilindiği üzere icra memurunun da alacağın kaynağını inceleme yetkisi olmadığından, talep

---

<sup>467</sup> Belirtmek gerekir ki bu husus tartışmalıdır, söz konusu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taylan Özgür Kiraz, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70)* (Ankara: Adalet, 2013), 298.

<sup>468</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 120 vd.

<sup>469</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 114; Karş. Özgür Kiraz, 43.

üzerine üç gün içinde ödeme emri gönderecektir. İşte bu yöntemle borçluların kaynağını bilmediği bir alacağa ilişkin olarak itiraz etmek zorunda bırakılması, ardından bu belgeyle itirazın kaldırılmasını isteyerek lehine tazminata hak kazanmak imkânı, alacaklılar tarafından kötüye kullanılmaya müsaittir. Üstelik aynı meseleye ilişkin olarak yukarıda itirazın iptali davasında da ifade ettiğimizden farklı olarak, burada borçlunun itirazında haksız olup olmamasının da bir önemi yoktur. Şu hâlde itiraz etmek zorunda bırakılan borçlunun, eğer belgeye ödeme emriyle birlikte vakıf olması hâlinde hiç itiraz etmeyerek tazminata mahkûm edilme tehlikesini bertaraf etme imkânı elinden alınmaktadır. Bu nedenle alacaklının, itirazın kaldırılmasını isteyememesi<sup>470</sup>, eğer belgeye bağlı alacağına ilişkin ilâmsız takip yapmak istemesi hâlinde, farklı bir takip talebinde bulunarak belgeyi eklemesinin, borçlunun menfaati bakımından daha uygun olduğu kanısındayız<sup>471</sup>.

İtirazın kaldırılması bakımından bir diğer husus ise, alacaklının takibine karşı borçlunun sırf vakit kazanmak için yalnızca yetki itirazında bulunması hâlidir. Örneğin borçlu, gerçekten de borçlu ise, yalnızca yetki itirazında bulunarak vakit kazanmak isteyebilir. Böyle bir durumda itiraz üzerine duran takip, yetki itirazı alacaklı tarafından kabul edilmezse (ki burada kötü niyetli olarak zaman kazanmak için yetki itirazında bulunulduğundan, çoğu durumda kabul edilmeyecektir), alacaklının itirazın tebliğinden itibaren 6 ay içinde icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılmasını istemesi gerekmektedir. Oysa itirazın kaldırılması yargılamaları neticesinde tazminat mahkûmiyeti, yalnızca esastan verilen kararlar bakımından geçerlidir. Dolayısıyla borçlunun yetki itirazı icra mahkemesi tarafından kaldırılacak olsa da, borçlunun herhangi bir tazminat mahkûmiyeti söz konusu olmayacaktır<sup>472</sup>. Bu nedenle alacaklıları, borçluların bu şekilde kötü niyetli olarak yetki itirazında bulunmalarını engelleyecek herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu durumda borçlunun itirazı üzerine alacaklının gecikme dolayısıyla uğrayabileceği zararların, haksız fiil esaslarınca giderilebilmesi gerekmektedir.

---

<sup>470</sup> Kuru, *El Kitabı*, 281; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 105-106.

<sup>471</sup> Bununla birlikte öğretide ve uygulamada, borçlunun itirazında örneğin “borcumu ödedim” gibi bir ifadeyle hukukî ilişkiyi kabul etmesi hâlinde, artık alacaklının elinde İİK m. 68 ve m. 68/b anlamında belge bulunup bulunmadığının incelenmesine gerek olmadığı, borçlunun ödeme olgusunu aynı kuvvette belge ile ispatlayamaması hâlinde itirazın kaldırılması kararı verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüş ve ilgili Yargıtay kararları için bkz. Yıldırım ve Deren Yıldırım, 81 vd.

<sup>472</sup> Talih Uyar, “Genel Haciz Yolu İle İlâmsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, (2005): 340 ve oradaki dn. 74’te belirtilen Yargıtay 12. HD, E. 2000/3872, K. 2000/4666, T. 28.3.2000 numaralı kararı. Metin Düzgün, “İlâmsız İcra da Yetki İtirazı ve Bunun Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, (1997): 58.

### *cc. Menfi tespit davasında*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106'ncı maddesinde düzenlenen tespit davası, davacının, mahkemeden bir hak veya hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespit edilmesini talep ettiği davadır. Dolayısıyla bir eda veya inşa hükmü talep edilmediğinden, davacının bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2). İcra ve iflâs hukukunda alacaklı ve borçlu arasındaki cebri takip süreci içerisinde, menfaatler dengesini sağlamak için karşılıklı olarak pek çok müessese düzenlenmiş ise de, borçlu, alacaklı tarafından ileri sürülen alacağın bulunmadığı konusunda HMK m. 106 uyarınca hukukî yararı da bulunmak koşuluyla her zaman menfi tespit davası açabilir. Ancak bu davanın çeşitli iş ve işlemlerden oluşan cebri takip sürecine olan etkisi, İİK m. 72'de düzenlenmiştir. Bu çerçevede takipten önce açılan menfi tespit davasında % 15 teminat karşılığında takibin tedbir kararıyla durdurulması (İİK m. 72/2), takipten sonra açılan menfi tespit davasında ise yine % 15 teminat karşılığında tedbir kararıyla icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesi durdurulabilir<sup>473</sup> (İİK m. 72/3). Yine menfi tespit davasının kabul edilmesi hâlinde alacaklı, menfi tespit davasını açmaya zorlayan takibinde haksız ve kötü niyetli ise % 20'den az olmamak üzere kötü niyet tazminatına; reddedilmesi hâlinde ise borçlu, % 20'den az olmamak üzere ihtiyati tedbir nedeniyle alacağına geç kavuşan alacaklının zararlarını karşılamak üzere tazminata mahkûm edilir. Bu hususlar dışında, menfi tespit davasında genel hükümler uygulanır. Görüldüğü üzere menfi tespit davası, borçlu tarafından borçlu olmadığı tespiti amacıyla alacaklıya karşı esas itibariyle şart, hüküm ve sonuçları genel hükümler çerçevesinde değerlendirilen, buna karşılık icra ve iflâs hukuku bakımından da özel şart ve sonuçları düzenlenen bir müessesedir.

Bu bağlamda prensip itibariyle menfi tespit davasının borçlu tarafından kötü niyetli olarak açılması, haksız takip işlemi çerçevesinde hukuka aykırı işlem olarak değerlendirilmesi pek mümkün değildir. Zira her şeyden önce tespit davasının niteliği gereği davacının hukukî

---

<sup>473</sup> Ancak uygulamada, takipten sonra açılan menfi tespit davasında da faiz ve giderlerle birlikte alacağın tamamı ve % 15 teminat (toplamda en az % 115) karşılığında takibin durdurulması, varsa hacizlerin kaldırılması, yoksa da haczin yapılamaması sağlanmaktadır. Kanun'un açık hükmü karşısında uygulamada gelişen bu durum, Yargıtay tarafından da benimsenmiş olmakla birlikte, kanımızca yerinde değildir. Zira böyle bir imkânı olan borçlu, esasen alacağı cebri takip sürecinde ödeyerek mallarının haczedilip satılmasına engel olabilecek ve istirdat davası çerçevesinde zaten alacağını geri alabilecektir. İyi işlemeyen bir sistemin problemleri noktalarına, uygulama tarafından Kanun'da yer almayan bir şekilde çözüm bulunması, sistemin öngörülebilir olmaktan çıkmasına ve dahi daha da aksamasına neden olabilir. Bu durum ise hiç kuşkusuz hakların cebri icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmesine ilişkin kuralları düzenleyen hukuk dalı olarak icra ve iflâs hukukunun kanunilik, sınırlılık ve belirlilik gibi ilkelerine aykırıdır. Bu sebeple problemleri noktalarda, probleme neden olan olguların kanun düzenlemeleriyle ortadan kaldırılmak suretiyle düzeltilmesi, daha etkin bir cebri icra sistemi sağlayacaktır.

yararının bulunup bulunmadığı noktasında inceleme yapılacaktır. Borçlunun kötü niyetli olarak alacaklının hak ve imkânlarını kısıtlamak için bu davayı açmak istemesi, menfaatler dengesi ve silahların eşitliği çerçevesinde alacaklının hak ve imkânları karşısında kendi savunma imkânları da düzenlendiğinden, çoğu durumda hukukî yarar yokluğu nedeniyle evleviyetle mümkün olmayacaktır. Öte yandan hukukî yararı var olsa bile, davanın açılmasıyla borçlu doğrudan amacına ulaşamayacaktır. Zira alacaklının takibinin durdurulabilmesi için teminat karşılığında mahkemeden tedbir kararı alınmalıdır. Mahkemenin tedbir kararı vermesi zorunlu olmadığından<sup>474</sup>, talebin değerlendirilmesi esnasında kötü niyetin (dürüstlük kuralına aykırılığın) varlığını tespit ettiği anda talebi reddedecektir (HMK m. 29). Bu sebeple, menfi tespit davasında kötü niyete ilişkin değerlendirmelerimiz, esas itibariyle menfi tespit davasında hukukî yararlarla birlikte yapılacaktır.

Bu bağlamda ilk olarak akla, borçlunun kötü niyetle takipten önce menfi tespit davası açarak alacaklının takibini durdurmak istemesi gelebilir. Ancak ne var ki takipten önce menfi tespit davası açılması hâlinde, davacının korunmaya değer güncel hukukî yararının bulunması gerekir<sup>475</sup>. Buna göre borçlunun, alacaklının alacağına yönelik menfi tespit davası açması, hukukî yararının varlığını ortaya koyan belli durumlara göre değerlendirilir. Örneğin borçluya tebliğ edilen bir ihtarnamenin bulunması, borçlunun takipten önce menfi tespit davası açmakta hukukî yararının bulunduğunu gösterir; böyle bir durum yokken, yalnızca ileride başlatılabilecek bir takibi durdurmak için menfi tespit davası açılmaz<sup>476</sup>.

Öte yandan borçlunun kendisine karşı başlatılacak takipte sahip olduğu savunma imkânları kapsamında ileri sürebileceği bir nedene dayanarak takipten önce menfi tespit davası açmasında hukukî yararın bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>477</sup>. Zira alacaklının takibine karşı itiraz yoluyla takibi durdurabilecek, ardından alacaklının itirazı hükümden düşürmek için başvuracağı yollarda da savunma sebeplerini ileri sürebilecektir. Örneğin kendisine ihtarname gönderilen borçlu, senetteki imzanın kendisine ait olmadığını tespiti için menfi tespit davası açamayacak; buna karşılık senedin tehdit altında düzenlendiği iddiasıyla menfi tespit davası açabilecektir. Bu noktada öğretide alacaklının elinde Kanun'un 68'inci maddesinde düzenlenen belgelerden bulunmaması hâlinde, tüm savunmalarını itirazın iptali davasında da ileri sürebileceğinden, borçlunun takipten önce menfi tespit davası açamayacağı ifade

<sup>474</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 354.

<sup>475</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 24; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 353.

<sup>476</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 133.

<sup>477</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 133.

edilmektedir<sup>478</sup>. Ancak kanımızca alacaklının elindeki belgelere istinaden yapılacak sınırlı bir değerlendirme, borçlunun menfaatinin korunması bakımından doğru değildir. Kendisine ihtarname çekilen borçlunun, alacaklının elinde söz konusu belgelerden olmasa da, belirsizliği gidermek için alacaklının takip yapmasına mecbur tutulması ve takibe itirazla sınırlandırılması, hak arama hürriyeti bağlamında doğru değildir<sup>479</sup>; bu bağlamda hukukî yararın varlığı, her somut olayın özelliğine göre incelenmelidir.

Hukukî yararın varlığıyla birlikte takipten önce menfi tespit davasında, teminat karşılığında alınabilecek tedbir kararıyla, alacaklının takip başlatması engellenememelidir. Zira Kanun'da yer alan ifade "... *takibin durdurulmasına...*" şeklindedir. Bu kapsamda borçlu, tedbir kararıyla alacaklının takip başlatmasını engelleyemez; hatta bu takipte ödeme emri de gönderilebilir ve itiraz da edilebilir. Alacaklı, derdest olan menfi tespit davası nedeniyle itirazın iptalini isteyemese de itirazın kaldırılmasını talep edebilir. Bu noktada alacaklının gereksiz olduğu ve hukukî yararının yokluğu nedeniyle itirazın kaldırılmasını talep edemeyeceği düşünülebilir. Ancak menfi tespit davası reddedilse bile, teknik olarak alacaklının takibi kesinleşmiş olmayacaktır. Her ikisinin incelemesi ve sonuçları farklıdır; menfi tespit davasının reddi, alacaklının doğrudan takibe devam edebilmesini sağlamaz. İtirazın kaldırılması dava niteliğinde olmadığından, derdestlik de oluşmayacaktır. Bu sebeplerle gerek takipten önce gerekse de takipten sonra açılan menfi tespit davasında tedbir kararı bulunsa bile, itirazın kaldırılması talep edilebilmeli ve görülebilmelidir<sup>480</sup>. Buna karşılık tedbir kararına rağmen alacaklının itirazın iptalini isteyebilmesi derdestlik nedeniyle mümkün değildir; zira her ikisi de dava konusu itibarıyla alacağın var olup olmadığını konu edinmektedir<sup>481</sup>.

Takipten sonra açılan menfi tespit davasında da borçlunun hukuken korunmaya değer menfaati bulunması gerekli ise de, alacaklının takibi başlamış olduğundan artık somutlaşmış bir cebrî icra tehdidi bulunmaktadır, dolayısıyla prensip olarak hukukî yararın olduğu kabul edilmelidir<sup>482</sup>. Burada öncelikle, ödeme emrine itiraz ederek takibi durdurmuş olan borçlunun

<sup>478</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 353; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 134; Kuru, *Menfi Tespit*, s. 26-27.

<sup>479</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 353-354.

<sup>480</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 355; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 135.

<sup>481</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 359. Bununla beraber öğretide hâkim görüş, itirazın iptali davasının hukukî niteliği itibarıyla alacaklıya, takibe devam etmesini sağlayan icra ve iflâs hukukuna özgü alacak (eda) davası olarak değerlendirdiğinden, alacaklının menfi tespit davası varken itirazın iptali davası açmakta hukukî yararının bulunduğunu kabul etmektedir. Mine Akkan, "İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 2, (2010): 21; Kuru, *Menfi Tespit*, s. 87 vd.; Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2012/5824, K. 2012/9451, T. 05.06.2012 (Lexpera, E.T. 19.02.2020).

<sup>482</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 356.

menfi tespit davası açabileceği ifade edilmelidir. Zira takibe itiraz, sadece takibi durdurmakta, ortadan kaldırmamaktadır; cebrî icra takibinden önce dahi borçlunun menfi tespit davası açabileceği kabul edilmişken, durdurulmuş olsa bile takipten sonra açılmasında hukukî yararın bulunmadığından bahsedilemez<sup>483</sup>. Ancak durmuş olan takibe karşı alacaklı, bir üst paragrafta da işaret edilen sebepler uyarınca yalnızca itirazın kaldırılmasını talep edebilir, itirazın iptali davası açamaz. Ödeme emrine itiraz etmemiş olan borçlunun ise kural olarak menfi tespit davası açmakta hukukî yararı bulunmaktadır<sup>484</sup>. Bu noktada zamanaşımı iddiasının menfi tespit davasıyla ileri sürülüp sürülemeyeceği de ortaya konulmalıdır. Kuşkusuz, takipten önce zamanaşımı iddiasıyla menfi tespit davası açılamaz. Buna karşılık takipten sonra zamanaşımı iddiasıyla menfi tespit davasının açılabilmesinin, zamanaşımının itirazın iptali davasında da ileri sürülebilen bir sebep olduğundan hareketle mümkün olduğu ileri sürülse de; kanımızca ödeme emrine itirazında bildirmemiş olan borçlunun, artık zamanaşımına dayalı olarak menfi tespit davası açamayacağı kabul edilmelidir<sup>485</sup>.

Menfi tespit davası, her ne kadar Kanun'un 72'nci maddesinde ilâmsız icra hükümleri arasında düzenlense de, menfi tespit davasının ilâmlı icrada, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ve iflâs yolunda da açılabilmesi kabul edilmektedir. Bu çerçevede menfi tespit davasının, borçlu tarafından kötü niyetli olarak açılabilip açılamayacağı, bu takip yolları açısından da değerlendirilmelidir.

Bilindiği üzere alacaklının ilâmlı icra yoluna başvurabilmesi için, alacağının ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye dayanması gerekmektedir. Alacağın ilâma dayalı olması hâlinde borçlu, kural olarak menfi tespit davası açamaz; zira ilâm kesin hüküm teşkil edecektir. Ancak bu husus, ilâmın verildiği yargılama öncesinde gerçekleşen sebeplere dayanarak menfi tespit davası açılması hâlinde söz konusudur. Buna karşılık borçlunun, ilâmdan sonraki sebeplere dayanarak menfi tespit davası açabilir. Örneğin ilâmın konusu edim yerine getirilmişse, buna

---

<sup>483</sup> Türk, s. 201-202; "... Yapılan bir icra takibine itiraz üzerine, İİK.nun 67. maddesi uyarınca açılmış bulunan itirazın iptali davası devam ederken, borçlunun takibe konu edilen alacakla ilgili olarak ayrıca menfi tesbit davası açmasında hukuki yararı bulunup bulunmadığı tartışılabilir ise de; somut olayda olduğu gibi, kendisine icra takibi ile ilgili ödeme emri gönderilen borçlunun, takibe itiraz etmekle beraber, alacaklının bir yıl içinde itirazın iptali davası ya da genel hükümler çerçevesinde alacak davası açmasını beklemeden borç tahdidinden kurtulmak amacıyla açacağı menfi tesbit davası ile, İİK.nun 72. maddesi çerçevesinde borçlu olmadığının tesbitini isteyebileceğini ve bunda hukuki yararının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Kaldı ki; İİK.nun 72/2. maddesinde, borçlunun icra takibinden önce dahi menfi tesbit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edildiğinden, mahkemece aksine düşüncelerle yazılı şekilde davanın reddinde isabet görülmemiştir..."", Yargıtay 19. HD, E. 1995/7875, K. 1995/10257, T. 27.11.1995, (Kazancı, E.T. 19.02.2020); Yargıtay HGK, E. 2011/19-622, K. 2012/9, T. 18.01.2012, (Kazancı, E.T. 19.02.2020). Karşı yönde bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 135; Kuru, *Menfi Tespit*, 36.

<sup>484</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 135.

<sup>485</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 358-359.

rağmen alacaklı ihtarname çekmiş ve ilâmlı takibe başvuracağını belirtmişse, borçlunun takipten önce menfi tespit davası açabileceği kabul edilmektedir<sup>486</sup>. Her ne kadar borçluya ilâmlı icra takibinden sonra İİK m. 33 uyarınca icra takibinin iptal ve taliki imkânı öngörülmüş olsa da, icra mahkemesinde sınırlı bir inceleme yapılacak ve verilen karar, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımayacaktır. Bu sebeple, borçlunun ilâmlı icrada da takipten önce menfi tespit davası açmasında hukukî yararı bulunmaktadır<sup>487</sup>. Takipten sonra ise borçluya icranın geri bırakılmasını talep etme imkânı tanınmış olmakla birlikte, icranın geri bırakılması icrayı engellemeyeceğinden ve tedbir kararı da düzenlenmediğinden, borçlunun takipten sonra da menfi tespit davası açabilecektir. Borçlunun, özellikle icranın geri bırakılmasını sağlayan belgelerden birine sahip olmaması hâlinde, menfi tespit davası açmakta hukukî yararı mevcuttur. Alacağın ilâm niteliğinde belgeye bağlı olması hâlinde ise, ilâm niteliğinde belge, kesin hüküm oluşturmadığından, borçlunun her hâlde menfi tespit davası açmakta hukukî yararı bulunmaktadır. Zira ilâmlı icrada ilâm niteliğindeki belgelere dayanılarak yapılan takipte borçlunun ne icra emrine itiraz ederek ne de icranın geri bırakılması suretiyle takibe karşı koyması mümkündür<sup>488</sup>.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ise gerek taşınır rehninin paraya çevrilmesi, gerekse de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı ve ilâmsız takiplerde, kanun koyucu, menfi tespit davasının geçerli olabileceğini düzenlemiştir. Gerçekten de taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolunda İİK m. 147/1 hükmü ve ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takiplerde İİK m. 150a/1 hükümleri ile doğrudan, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takiplerde ise İİK m. 149a/1'de m. 33'ün 1, 2 ve 4'üncü fıkralarına yapılan atıf dolayısıyla menfi tespit davası açılacaktır. Ancak burada İİK m. 149 hükmü çerçevesinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapılması hâlinde menfi tespit davasında kesin hüküm engeli söz konusu olamayacağından, borçlunun savunma sebepleri, genel ilâmlı icra yolundaki menfi tespit davasından daha geniş olacaktır. Öte yandan ipoteğin iptaline ilişkin TMK m. 1025'e istinaden dava açılması hâlinde, İİK m. 72 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Sonuç olarak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de, borçlunun (veya ipotek söz konusuysa başkası yararına ipotek tesis eden 3. kişinin ipoteğin fekkine ilişkin) menfi tespit davası açması mümkündür. Kuşkusuz hukukî yararın mevcudiyeti gerekmektedir.

---

<sup>486</sup> Ahmet Türk, *Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası* (Ankara: Yetkin, 2006), 173-174; Kuru, *Menfi Tespit*, 200; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 259-260.

<sup>487</sup> Türk, 174-175.

<sup>488</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 441 vd.



Menfi tespit davasının iflâs yolunda söz konusu olup olamayacağı ise tartışmalıdır. Zira Kanun'un iflâsa ilişkin hükümlerinde, kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolundaki 175'inci madde dışında genel bir atıf düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu itibarla bir görüşe<sup>489</sup> göre kambiyo senetlerine mahsus iflâs yolunda, 538 sayılı Kanun ile 175'inci madde de değişmiş olmasına rağmen, aynı kanun ile değişen 72'nci maddeye uygun düzenleme yapılmamış olması unutkanlık olamayacağından, genel iflâs yolunda ise zaten düzenleme yapılmamış olduğundan menfi tespit davası geçerli değildir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüş<sup>490</sup> ise, anılan kanun değişikliğinden önce 72'nci maddede sadece istirdat davası düzenlenmişken, 175'inci maddenin kaynağı olan 174/1'de 72'nci maddenin tamamına yapılan atıf, 175'inci madde ile tekrar yapıldığından, menfi tespit davasından söz edilmemesi ancak bir unutkanlıktır. Kaldı ki hukukî yararı bulunan herkes menfi tespit davası açabilir ve icra hukukunda borçluya bu imkân tanınırken daha ağır sonuçları olan iflâsta tanınmaması, hak ve adalet duygusunun tatmini açısından da uygun değildir<sup>491</sup>.

Buna göre iflâs yolunda da menfi tespit davasının açılabilmesi kabul edilmektedir. Takipten önce hukukî yararın bulunması koşuluyla menfi tespit davası açılabilir, ancak bu, alacaklının takip başlatmasına ve dahi iflâs davası açılmasına engel değildir<sup>492</sup>. Bununla birlikte açılan menfi tespit davasında ortaya çıkacak sonuç, iflâs davasında bekletici mesele yapılmalıdır<sup>493</sup>. İflâs takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ise borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş olması hâlinde hukukî yararının bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>494</sup>. Zira alacaklı tasfiyenin sonraki aşamasına geçebilmek için iflâs davası açmak zorunda olup, bu davada da genel hükümlere göre tam inceleme yapılacağından, savunma sebeplerini orada da ileri sürebilecektir. Ancak iflâs davasının açılması için öngörülen süre dikkate alındığında, iflâsa tâbi kişilerin konumları gereği bu belirsizliği ortadan kaldırmakta hukukî yararının olabileceği, bu sebeple her somut olaya göre ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>495</sup>. İflâs takibinde borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmemiş olması hâlinde

---

<sup>489</sup> Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 260. İlhan E. Postacıoğlu, "İcra ve İflâs Kanunu'nun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Davası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32, 2-4, (1966): 830.

<sup>490</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 217.

<sup>491</sup> Türk, 185.

<sup>492</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 217; Türk, 184. Karşı yönde Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 260. Postacıoğlu, "Menfi Tespit", 830-831.

<sup>493</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 218, Türk, 184.

<sup>494</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 218, Türk, 185.

<sup>495</sup> Gerçekten de tacirin sürekli iflâs baskısı altında kalması, ekonomik ve ticari düzen içerisinde menfaatini doğrudan etkileyebilecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, tacir hakkında iflâs takibine başlanması bile, borçlu tacir nezdinde zararların ortaya çıkmasına neden olacağından, kötü niyetli alacaklıların iflâs takibi imkânını suiistimal etmelerinin önüne geçilebilmelidir.

ise iflâs davası açıldığında sadece sınırlı inceleme yapılarak borçluya depo kararı verilecektir. Dolayısıyla borçlunun savunmalarını ileri sürebileceği bir yargılama olmayacağından, menfi tespit davası açılabileceği kabul edilmelidir. Cüzi icrada dahi tanınmış olan bu imkânın, iflâsta da tanınması gerekir<sup>496</sup>.

Bir diğer mesele, borçlunun menfi tespit davasıyla ihtiyati haciz müessesesine engel olup olmayacağıdır. Örneğin borçlu, kendisine çekilen ihtar üzerine menfi tespit davası açıp, tedbir kararı alması hâlinde, alacaklı ihtiyati haciz talep edebilecek midir? Öncelikle ifade etmek gerekir ki, takipten önce açılan menfi tespit davasında, tedbir kararı alınmışsa da takip başlatılmasına, ödeme emri gönderilmesine ve hatta itirazın kaldırılması yargılamasının görülmesine engel olunamayacağı kabul edilmektedir<sup>497</sup>. Hâl böyleyken, esas itibarıyla ne icra takibi ne de icra takip işlemi olup, icra iflâs hukukuna özgü bir geçici koruma niteliğinde olan ihtiyati haciz müessesesinin engellenmesi mümkün değildir<sup>498</sup>. Ancak bu durumda menfi tespit davası sırasında ihtiyati haciz talebi söz konusu olacağından, menfi tespit davası devam ederken alacaklının itirazın iptali veya alacak davası açması da mümkün olmadığından, ihtiyati haciz talebinin menfi tespit davasının görüldüğü mahkemede yapılması gerektiği kanısındayız. Zira her ne kadar dava menfi tespit davası olarak borçlu tarafından alacaklıya borçlu olmadığı yönündeki talebiyle açılrsa da, bu davada ispat yükü alacaklıdadır. Alacaklının alacaklı olup olmadığına yönelik ispat faaliyetinin yapıldığı ve genel mahkemelerde görülen menfi tespit davası varken, ihtiyati haciz talebinin de menfi tespit davasının görüldüğü mahkemede ileri sürülmesi gerekir. Bu durumda da ortaya bir yandan teminat karşılığı borçlu lehine takibi durdurma kararı veren mahkemenin, diğer yandan alacaklının ihtiyati haciz talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verip veremeyeceği problemi ortaya çıkacaktır. Kanımızca bu durumda dahi ihtiyati haciz müessesesinin icra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî himaye tedbiri niteliği dikkate alınarak bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi ve şartların varlığı hâlinde ihtiyati hacze karar verilebilmesi gerekmektedir. Zira menfi tespit davasında tedbir yoluyla doğrudan icra takibi başlatılmasına dahi engel olunamazken, ihtiyati haciz talep edilip ihtiyati haciz kararı alınmasına evleviyetle engel olunamamalıdır.

Görüldüğü üzere menfi tespit davası, alacaklının ihtiyati haciz talep etmesine ve şartları varsa mahkeme tarafından ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olamayacaktır<sup>499</sup>. Ancak

---

<sup>496</sup> Türk, 185.

<sup>497</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 28 vd.; Türk, 242-243.

<sup>498</sup> Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, I, B, 3.

<sup>499</sup> Yargıtay 11. HD, T. 23.11.2010, E. 2010/13339, K. 2010/11943; Yargıtay 19. HD, T. 03.02.2005, E. 2004/12608, K. 2004/615; Yargıtay 19. HD, T. 19.11.2009, E. 2009/10350, K. 2009/10950; Yargıtay 19. HD, T.

önemle belirtmek gerekir ki öğretide tedbir kararı karşısında, ihtiyati haciz kararının uygulanamayacağı ifade edilmektedir<sup>500</sup>. Ancak bu durumda menfi tespit davası sonucuna göre alacaklının alacağı kesin hükümle tespit edildiğinde, takibin kesinleşmesi üzerine borçlunun mallarına ihtiyaten uygulanmış haciz olamayacağından, alacaklının menfi tespit davası devam ederken itirazın kaldırılmasını sağlayarak takibi kesinleştirmemiş olması hâlinde ihtiyati haciz kararını uygulatması veya takibi kesinleştirmiş olması hâlinde ise kesin haciz uygulatması gerekecektir. Bu ise menfi tespit davası sırasında borçlunun mallarını kötü niyetli olarak elinden çıkarabilmesi, böylece alacaklının menfi tespit davası reddedilse bile, takip kesinleştiğinde kesin haciz isteme yetkisini elde etmiş olmasının anlamsız kalmasına yol açacaktır. Zira borçlunun haczedilip satılacak hiç veya alacağı karşılayacak kadar malının bulunmaması gündeme gelebilecektir. Bu konu aşağıda<sup>501</sup> ayrıntılarıyla inceleneceğinden, şimdilik borçlunun kötü niyetli menfi tespit davası açarak alacaklının ihtiyati haciz talep etmesine, ihtiyati haciz kararı almasına ve dahi kararı uygulatmasına engel olamaması gerektiğini belirtmekle yetiniyoruz. Ancak her nasılsa tedbir kararıyla ihtiyatî hacze engel olunması yönünde karar verilecekse de bu durumda borçlunun kötü niyetli olarak bu menfi tespit davasına başvurabileceği dikkate alınarak, teminatın % 15'ten fazla hükmedilmesi gerekir<sup>502</sup>. Sonuç olarak menfi tespit davası, alacaklının ihtiyati haciz kararı alıp uygulatmasına engel değildir. Aksinin kabulü, borçluların kötü niyetli olarak menfi tespit davası açmak suretiyle alacaklıların ihtiyati haciz müessesesi çerçevesinde menfaatlerini koruyabilmelerine engel olacaktır.

#### ***dd. Borçtan kurtulma davasında***

İcra ve İflâs Kanunu m. 69/2 hükmü uyarınca itirazı geçici kaldırılan borçlu, geçici kaldırma kararının tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde genel mahkemelerde borçtan kurtulma davası açabilir. Bu sayede borçluya borçlu olmadığı tespitini talep etmek suretiyle geçici kaldırma kararının geçici durdurma etkisinin devam etmesini sağlama imkânı tanınmıştır. Ancak bu etkinin doğması için borçtan kurtulma davasının özel dava şartı olan % 15 teminatın en geç ilk duruşma gününe kadar yatırılması gerekir. Aksi takdirde dava alelade bir menfi tespit davası olacak ve takipten sonra açıldığı için takibi durduramayacaktır<sup>503</sup>.

---

15.7.2009, E. 2009/6110, K. 2009/7161. Kararlar için bkz. Adnan Deynekli ve Mustafa Saldırım, *Öğreti ve Uygulamada İhtiyatî Haciz* (Ankara, Turhan, 3. B., 2011), 905 vd.

<sup>500</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, 35.

<sup>501</sup> Bkz. aşa. İkinci Bölüm, § 5, I, B, 3.

<sup>502</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 260-261.

<sup>503</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 128; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 176.

Borçtan kurtulma davası, niteliği itibariyle özel bir menfi tespit davası olup, itirazın geçici kaldırılmasına özgülenmiştir. Ancak amaç geçici kaldırma kararının denetlenmesi değildir. Borçtan kurtulma davasının amacı borçlunun borcunun olmadığına tespitidir. Bu nedenle genel mahkemelerde genel hükümlere göre yargılama yapılacak, taraflar daha önceki itiraz ve yargılamalarda ileri sürdükleri veya sürmedikleri hususlarla bağlı olmaksızın iddia ve savunmada bulunabilecektir. Bununla birlikte borçtan kurtulma davası, yalnızca itirazın geçici kaldırılması hâlinde gündeme gelebilir. Bu sebeple borçlunun daha önceden açmış olduğu menfi tespit davası var olsa bile, itirazın geçici kaldırılmasına karar verilmedikçe, bundan sonraki ilk duruşma gününe kadar % 15 teminatın yatırılarak bu davaya borçtan kurtulma davası olarak bakılması mümkün değildir<sup>504</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu m. 69/5 hükmü uyarınca borçtan kurtulma davasında haksız çıkan taraf, % 20'den az olmamak üzere tazminata mahkûm edilir<sup>505</sup>. Bu noktada borçtan kurtulma davası bakımından iki husus önem arz etmektedir. İlk olarak, niteliği itibariyle menfi tespit davası olan borçtan kurtulma davasına ilişkin tazminat hükmü ile İİK m. 72'de düzenlenen menfi tespit davasına ilişkin tazminat hükmünün esasları farklıdır. Gerçekten de menfi tespit davasında borçlu lehine tazminata hükmolunabilmesi için alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması şartı aranmışken, borçtan kurtulma davasında böyle bir zorunluluk yoktur. Dolayısıyla borçtan kurtulma davasında alacaklının tazminata mahkûm edilebilmesi için takibinde kötü niyetinin ispatlanması gerekmeyecektir. Şu hâlde bu durum, borçlu tarafından imzaya itiraz edilmek suretiyle borçtan kurtulma davası açma imkânının elde edilmesi, böylece takibinde kötü niyetli olmayan alacaklıların da tazminata mahkûm edilmesini sağlayıp sağlayamayacağı çerçevesinde değerlendirilebilir<sup>506</sup>. Belirtmek gerekir ki ödeme emrinde imzaya itirazda bulunulması hâlinde alacaklının icra mahkemesinden itirazın geçici

<sup>504</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 177.

<sup>505</sup> Bununla birlikte kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, imza itirazı üzerine icra mahkemesi tarafından İİK m. 68a/IV çerçevesinde yapılacak inceleme neticesinde imzanın borçluya ait olmadığına karar verilmesi hâlinde alacaklının borçlu lehine tazminata mahkûm edilebilmesi için kötü niyetli olması aranmaktadır (İİK m. 170/V).

<sup>506</sup> Esasen bu durumun mantıksız olduğu düşünülebilir. Şöyle ki, borçlunun imzaya itirazı hakkında geçici kaldırma kararının verilmesiyle zaten aleyhine % 20'den az olmamak üzere inkâr tazminatı ve ayrıca % 10 para cezasına mahkûm edilme kararı verilecektir. Borçlunun daha sonra borçtan kurtulma davası açarak bu davayı kazandığında ise % 20'den az olmamak üzere lehine tazminata hükmedilecektir. Dolayısıyla önce aleyhine sonra lehine hükmedilecek olan tazminatın birbirini karşıladığı, hatta %10 para cezasıyla borçlunun daha da zararlı çıkacağı düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki borçtan kurtulma davasının açılmasıyla geçici kaldırma kararıyla birlikte hükmedilen inkâr tazminatının ve para cezasının tahsili ertelenecektir. Borçtan kurtulma davasının kazanılmasıyla da bu tazminat ve para cezası ortadan kalkacaktır (İİK m. 68a/5, 6, 8). Dolayısıyla borçlu, itirazın geçici kaldırılması üzerine mahkûm olduğu inkâr tazminatını ve para cezasını ödemek zorunda olmayacaktır. Bu sebeple de borçtan kurtulma davasının lehine sonuçlanmasıyla kötü niyetli olmayan alacaklılardan dahi % 20'den az olmamak üzere tazminat elde edebilme ihtimali değerlendirilebilir.

kaldırılmasını istemesi zorunlu olmayıp, itirazın iptali davası da açılabilceğinden, alacaklının kötü niyetli olmasa da tazminata mahkûm olma riskinden kurtulma imkânı vardır. Diğer ihtimal borçlunun önce menfî tespit davası açıp daha sonra imzaya itiraz ile itirazın geçici kaldırılması sürecini gündeme getirmek istemesi olabilir ki bu da mümkün değildir. Zira takipten önce açılan menfî tespit davası, alacaklının elinde adî senet bulunduğundan yine hukukî yarar eksikliğinden reddedilebilecektir<sup>507</sup>. Görüldüğü üzere borçlunun, alacaklının kötü niyetli olmasa da tazminata mahkûm edilmesini sağlamak için borçtan kurtulma davası açması, pek rasyonel bir ihtimal değildir.

Borçtan kurtulma davasında öngörülen tazminat bakımından menfî tespit davasıyla arasındaki bir diğer farklılık da tazminata hükmedilebilmesi için tarafların talebinin aranmamasıdır. Öğretide borçtan kurtulma davası neticesinde tazminata karar verilebilmesi için talebin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş<sup>508</sup> talep olması gerektiğini ifade ederken, diğer bir görüş<sup>509</sup> Kanun'un açık düzenlemesi karşısında talebin aranmayacağını belirtmektedir. Kanun'un açık düzenlemesi karşısında talebin aranması zor görünse de, bu farklılık eleştiriye de açıktır<sup>510</sup>. Ancak davacı borçlunun tazminata mahkûm edilebilmesi için borçtan kurtulma davasının, her ne kadar Kanun'da düzenlenmemişse de takibin durmuş ve esastan reddedilmiş olması gerekir. Zira burada inceleme borçlunun genel hükümlere göre borçlu olup olmadığının tespiti ve bu süre içerisinde de takibin durdurulması amacına yönelmektedir. Maddi bakımdan incelemenin yapılamadığı usulden ret hâlinde tazminata mahkûm edilmek, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacaktır<sup>511</sup>.

Burada bir diğer husus, menfî tespit davası ile borçtan kurtulma davasının takibe etkisinin oldukça farklı düzenlenmesidir. Menfî tespit davasında takipten önce açılması hâlinde % 15 teminat karşılığı alınan tedbir kararıyla takip durdurulabilmektedir. Takipten sonra açılması hâlinde ise % 15 teminat karşılığı alınacak tedbir kararıyla yalnızca satış sonucu elde edilen paranın alacaklıya verilmesi engellenebilmektedir. Uygulamada ise % 115 teminat karşılığı alınacak tedbir kararıyla hacizler de önlenebilmektedir. Oysa itirazın geçici

<sup>507</sup> Ayrıca bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, I, B. 1, a, cc.

<sup>508</sup> Kuru, *El Kitabı*, 334-335.

<sup>509</sup> Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 223; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 179-180; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 125; Talih Uyar, "İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 58, (2005): 335.

<sup>510</sup> Ancak Kanun'da talepten bahsedilmemiş olsa da kendiliğinden tazminata hükmedilebilmesi eleştiriye açıktır. Aynı amaca hizmet eden icra tazminatlarının bazılarında talep aranırken bazılarında aranmamasının haklı bir dayanağının olduğunu söylemek zordur. Bu sebeple icra tazminatlarının için genel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 130.

<sup>511</sup> Takibin zaten dava şartının da sağlanarak açılmasıyla duracağı ifade edilebilirse de her nasılsa takip durmamışsa, tazminata hükmedilemeyeceği hakkında bkz. Uyar, "Borçtan Kurtulma", 336.

kaldırılması üzerine borçtan kurtulma davasıyla % 15 teminat karşılığında tedbir kararı olmaksızın doğrudan varsa geçici hacizlerin kesin hacze dönüştürülmesi engellenebilmektedir. Bu bakımdan itirazın geçici kaldırılması ve akabinde borçluya tanınan borçtan kurtulma davasının, alacaklının alacağına kavuşmasını uzunca süre sonuçlandıramamasına neden olduğundan, ilâmsız icranın mantığına uymadığı için öğretide eleştirilmektedir<sup>512</sup>. Borçlunun ödeme emrine karşı imzaya itiraz ederek itirazın geçici kaldırılması ve ardından da borçtan kurtulma davası açılması hâlinde söz konusu eleştirilerde haklılık payı olduğu kabul edilebilir. Zira borçlunun borçtan kurtulma davasını da kaybetmesi hâlinde itirazın geçici kaldırılmasında aleyhine hükmedilen % 20 tazminatın yanı sıra bir de borçtan kurtulma davasında % 20 tazminat ödemeye mahkûm edilmesi öngörülse de, alacaklıların bu kadar uzun bir süreç karşısında diğer seçenek olarak yalnızca itirazın iptali davasına başvurma imkânının tanınması uygun değildir. Oysa imzaya itiraz üzerine de kesin kaldırma imkânının tanınması hâlinde borçlu, ancak menfi tespit davası açarak tedbir kararıyla takibe karşı koyabilecek veya borcu ödeyip istirdat davası açarak haklılığını ispat etmeye çalışabilecektir. Böylece alacaklı elindeki belgeye rağmen daha fazla alacağından mahrum kalmayacak; bu surette de ilâmsız icrada bütünlük ve sadeliğe yaklaşılmış olunabilecektir<sup>513</sup>.

### ***ee. İstihkak davasında***

Cebrî icranın temel ilkelerinden birisi de alacaklının alacağının, borçlunun malvarlığının haczedilip satılması suretiyle elde edilen gelirden karşılanmasıdır. Bununla birlikte kimi zaman haczedilen malvarlığı değerleri arasında borçluya ait olmayan mal, hak ve alacaklar veya borçluya ait olmakla birlikte üçüncü kişilerin borçlunun malvarlığı üzerinde alacaklının alacağına üstün hakları olabilir. Bu durum gerek doğal yollarla gerekse de borçlu veya üçüncü kişilerin hatta kimi zaman alacaklının da kötü niyetli girişimleri neticesinde olabilir. O hâlde, cebrî takip çerçevesinde borçlunun mal, hak ve alacaklarının dışına çıkılarak yapılan muameleler neticesinde menfaatleri zedelenen kişilerin haklarının korunması gerekir. İşte bu koruma, kanun koyucu tarafından istihkak müessesesi ile sağlanmak istenmiştir.

---

<sup>512</sup> Baki Kuru, “Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler”, *Makaleler* (İstanbul: Arıkan, 2006), 681 vd.; Uyar, “Borçtan Kurtulma”, 339; Özekes, “Sorunlar”, 272.

<sup>513</sup> Özekes, “Öneri”, 272 vd.

İstihkak davasının amacı ve hukukî niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, bu tartışma, konumuz ile doğrudan ilgili olmadığı için detayına girmemeyi uygun bulmaktayız<sup>514</sup>. Ancak bize göre istihkak davasının amacı, maddi hukuk bakımından kimin ilgili malvarlığı değerine malik olup olmadığının tespiti değil, bilakis haciz işleminin geçerli olup olmadığının icra ve iflâs hukuku bakımından tespitidir. Bu çerçevede istihkak davasında ileri sürülen maddi hak talebi, istihkak davasının ön sorunu olarak değerlendirilecek, bu değerlendirmenin sonucunda da haciz işleminin geçerli olup olmadığına karar verilecektir<sup>515</sup>.

İstihkak davası, taraf ve üçüncü kişilerin haksız ve kötü niyetli takip işlemleri bakımından oldukça önemlidir. Zira bu davadaki menfaat çatışması, gerek tarafların tek başlarına gerekse de birlikte veya üçüncü kişiyle hareket etmek suretiyle diğer kişilerin zararına hareket edebilecekleri bir nitelik taşımaktadır.

İstihkak davasında kanun koyucu, üç ihtimal üzerinden düzenleme yapmıştır: malın borçlunun elindeyken haczedilmesi, malın borçluyla birlikte üçüncü kişinin elindeyken haczedilmesi ve malın üçüncü kişinin elindeyken haczedilmesi. Bununla birlikte malın borçlu ve borçluyla birlikte üçüncü kişinin elindeyken haczedilmesini aynı usûle (İİK m. 96-97a), malın üçüncü kişinin elindeyken haczedilmesini ise farklı usûle (İİK m. 99) tâbi tutmuştur. Ayrıca kanun koyucu, istihkak davasında, kötü niyetli girişimlerin önüne geçmek ve ispat kolaylığı sağlamak için haciz sırasında istihkak konusunun elinde bulunduğu kişiye göre birtakım karineler kabul etmiştir. Dolayısıyla istihkak müessesesi bakımından hareket noktası, haciz sırasında istihkak konusu malvarlığının kimin elinde bulunduğudur. Hemen belirtmek gerekir ki “*elinde bulunma*” kavramı, medeni hukuktaki hukukî bir terim olarak zilyetlik değil, fiilî hâkimiyet, fiilî tasarruf kuvveti olarak anlaşılmaktadır<sup>516</sup>.

Malın borçlu veya borçluyla birlikte üçüncü kişinin elinde haczedilmesi hâlinde, davayı üçüncü kişi açacak ve malı ne surette iktisap ettiğini, neden borçlu elinde bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir. Zira mal, borçluyla birlikte üçüncü kişinin elinde bulunmakta ise de borçlunun elindeymiş gibi kabul edilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet karinesi borçlu lehinedir. Borçlu veya alacaklı, herhangi bir ispat yükü altında değildir. Malın üçüncü kişinin elinde haczedilmesi hâlinde ise, mal yine haczedilir fakat üçüncü kişi istemedikçe muhafaza tedbiri

---

<sup>514</sup> İstihkak davasının amacı ve hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Aslan, *Hacizde İstihkak Davası* (Ankara: Turhan, 2005), 21 vd.

<sup>515</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 190; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 204-205. Nitekim uygulamada da bu davalar, haczin kaldırılması talepli açılmaktadır.

<sup>516</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 209.

alınmaz. Bu durumda icra dairesi tarafından verilen 7 günlük süre içinde davayı alacaklı açacaktır. Mal üçüncü kişinin elinde olduğundan, mülkiyet karanesi üçüncü kişi lehinedir. Dolayısıyla ispat yükü davacı alacaklının üzerinde olup, malın üçüncü kişiye ait olmadığını, borçluya ait olduğunu ispat etmesi gerekecektir.

Öte yandan kanun koyucu, istihkak davaları sonucunda hükmolunacak icra tazminatı bakımından, icra tazminatlarının yer aldığı diğer müesseselerden farklı yönde düzenleme yapmıştır. Gerçekten de yalnızca üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasına ilişkin düzenleme yapılmış (İİK m. 96-97), alacaklı tarafından açılan istihkak davalarında icra tazminatına yer verilmemiştir (İİK m. 99). Buna göre, üçüncü kişinin açtığı istihkak davasının reddedilmesi hâlinde, üçüncü kişi, takibin ertelenmesine karar verilmişse, istihkak iddiası nedeniyle alacaklının alacağına geç kavuşmasından dolayı uğradığı zararlara karşılık olarak talep üzerine<sup>517</sup> % 20'den az olmamak üzere tazminata mahkûm edilir (İİK m. 97/13). Üçüncü kişinin açtığı istihkak davası kabul edilirse, istihkak iddiasına itiraz eden alacaklı (veya borçlu) kötü niyetliyse, üçüncü kişinin talebi<sup>518</sup> üzerine istihkak konusu malın % 15'inden az olmamak üzere tazminata mahkûm edilir (İİK m. 97/15). Belirtmek gerekir ki Kanun'da üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasının sonucunda alacaklı lehine % 20 oranı öngörülmüşken, üçüncü kişi lehine % 15 öngörülmesi, taraflar arasındaki eşitliğe ve menfaat dengesine uygun değildir<sup>519</sup>.

Üçüncü kişinin lehine tazminata hükmedilmemişse, uğradığı zararları, genel hükümlere göre dava edebilecektir<sup>520</sup>. Aynı şekilde alacaklı da lehine tazminata hükmedilmemişse genel hükümlere göre uğradığı zararların tazminine yönelik üçüncü kişiye karşı dava açabilir<sup>521</sup>.

Davanın alacaklı tarafından açılması hâlinde ise, tazminata ilişkin düzenleme hiç yapılmamıştır. Öğretide, İİK m. 97'deki tazminat düzenlemelerinin davanın alacaklı tarafından

---

<sup>517</sup> Esasen Kanun'da talebin aranacağı açıkça belirtilmemiştir. Nitekim öğretide talebin aranıp aranmayacağı da tartışmalıdır. Bir görüş, Kanun'un açık ifadesinin talebe yer vermeyerek emredici şekilde düzenlendiğinden hareketle talebin aranmayacağını, mahkemenin resen karar vereceğini ifade etmektedir. Buna karşılık hâkim görüş, Kanun'da açıkça talepten bahsedilmese de aksi açıkça düzenlenmedikçe taleple bağlılık ilkesinin geçerli olduğunu, bu sebeple talep olmadıkça mahkemenin resen tazminata karar veremeyeceğini ifade etmektedir. Aslan, 602; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 224; Kuru, *El Kitabı*, 567 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 272. Kanun'da talep edilme zorunluluğu yer almamakta ise de, takibin ertelenmesine kendiliğinden karar verebilen mahkemenin, eğer erteleme kararı vermişse tazminata da karar vermesi gerektiği yönünde bkz. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 196.

<sup>518</sup> Kanun koyucu burada da talepten bahsetmemiştir. Ancak davanın reddi hâlinde alacaklı lehine tazminata hükmedilebilmesinde talebin aranıp aranmayacağına ilişkin tartışma, aynı esaslar üzerinden burada da ileri sürülmüştür. Hâkim görüş, talebin aranması gerektiği yönündedir. Aslan, s. 576.

<sup>519</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 196.

<sup>520</sup> Yargıtay İBGK, E. 1974/5, K. 1974/7, T. 24.05.1974, (Kazancı, E.T. 19.02.2020).

<sup>521</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 196.



açıldığı (malın üçüncü kişinin elinde haczedildiği) İİK m. 99 hükmü bakımından da kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Hâkim görüş, açık düzenleme olmadığından ve takibin durdurulmasına karar verilemediğinden veya mal üzerinde muhafaza tedbiri uygulanmadığından tazminata hükümlenemeyeceği yönündedir<sup>522</sup>. Kanımızca davanın alacaklı tarafından açılması hâlinde de her iki taraf lehine tazminata hükmedilebilmelidir. Zira davanın kabulü hâlinde, davanın açılmasıyla birlikte istihkak konusu malın satışı gerçekleşmeyeceğinden, alacaklı her hâlde alacağına geç kavuşmuş olacaktır. Bu durumda üçüncü kişinin istihkak iddiasında haksız ve kötü niyetli olması hâlinde tazminata mahkûm edilebilmesi, kötü niyetli istihkak iddialarına karşı yaptırım olabilecektir. Davanın reddi hâlinde de her ne kadar kural olarak üçüncü kişi elindeki mal üzerinde muhafaza tedbiri uygulanamasa da, malın hacizli olmasından dolayı tasarruf yetkisi kısıtlanacak olduğundan, üçüncü kişinin zararı olabilir. Kaldı ki bu durumda borçlunun veya alacaklının veya her ikisinin birlikte kötü niyetli olarak üçüncü kişinin mülkiyetindeki veya üstün hakkının bulunduğu mal üzerinde haciz işlemi uygulatma ihtimali de yaptırımsız kalmayacaktır. Nihayetinde icra tazminatlarında amaç kötü niyetli ve haksız işlemlerin önlenmesiyken, davanın alacaklı tarafından açılması ihtimalinde bu amaçtan sapılmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığını düşünmekteyiz<sup>523</sup>.

Görüldüğü üzere davayı açacak kişi, ispat yükü ve tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği gibi hususlar malın kimin elinde bulunduğuna göre belirlendiğinden, menfi tespit davası haksız (kötü niyetli) takip işlemlerinde bulunma potansiyelini barındırmaktadır.

İstihkak davasında kötü niyetli olarak değerlendirilebilecek bir işlem olarak, borçlunun haczedilen mal hakkında üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunmaması verilebilir. Örneğin borçlunun evinde yapılan bir hacizde bulunan tablonun veya işyerinde yapılan hacizde bulunan tuğlaların üçüncü kişiye ait olduğunu bildirmemesi, kötü niyetli davranış olarak değerlendirilebilir. Zira İİK m. 85/2 uyarınca borçlu (veya borçluyla birlikte malı elinde bulunduran üçüncü şahıslar) bu beyanı yapmakla yükümlü olmasına rağmen, borçlarına karşılık haczedilip satılmasını sağlamak maksadıyla bildirim yapmamış olabilir. Bu durumda üçüncü kişi, öğrenmeden itibaren 7 gün içinde istihkak iddiasında bulunabilecek olsa da, istihkak iddiasının ancak malın satılması sonucu elde edilen paranın alacaklıya verilmesine kadar ileri sürülebilmesi nedeniyle, belki de hiç istihkak müessesesine başvuramayabilecektir. Öğretide

---

<sup>522</sup> Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, 646 vd.

<sup>523</sup> Aynı yönde bkz. Aslan, 652, 656.

üçüncü kişiye istihkak iddiasında bulunma imkânı verilmemiş olması hâlinde borçluya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak dava açabileceği ifade edilmektedir<sup>524</sup>. Ancak burada borçlunun (veya İİK m. 85/2 uyarınca bildirim yükümlüsü olanların) kötü niyetli fiili söz konusu olduğundan, haksız takip işlemine dayanan tazminat sorumluluğu esaslarınca dava açabilmesi gerektiği kanısındayız<sup>525</sup>. Zira böylece borçlu veya alacaklının zenginleşmesine neden olunmasa da üçüncü kişinin zararları söz konusu olabileceğinden, sebepsiz zenginleşme kapsamında olmayan zararların da tazmini sağlanabilir. Bu örnekte dava malın satışı sonucu elde edilen paranın alacaklıya verilmesinden önce açılabilmiş olsa da istihkak davasının konusu malın satış bedeli olacağından, üçüncü kişi ayrıca zarara da uğramış olacaktır. Zira cebri satışta, ihale şartları dikkate alındığında malın gerçek değerinin neredeyse yarısına satılma ihtimali de bulunmaktadır. Ayrıca söz konusu mal, üçüncü kişi için maddi manevi değeri haiz olabilir. Örneğin tablo, aile yadigârı bir eser olabilir. Özetle, borçlu, alacaklı veya her ikisi birlikte üçüncü kişiye ait olduğunu bilerek veya bilmesi gerekerek, üçüncü kişinin malik veya üstün hak sahibi olduğu bir malın haczedilip satılması suretiyle üçüncü kişi aleyhine zararlara neden olabilir.

Bir diğer haksız (kötü niyetli) davranış olarak borçlunun, malın borçluyla birlikte üçüncü kişinin elinde bulunması hâlinde üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasında, İİK m. 97a/1, c.3 çerçevesinde üçüncü kişi lehine kabul edilmiş olan karineyi manipüle etme imkânıdır. Örneğin borçlunun evinde uygulanan hacizde, evde bulunan ziynet eşyaları üzerinde borçlunun eşinin istihkak iddiası olabilir. Bu durumda mal borçlunun elinde kabul edilip dava üçüncü kişi tarafından açılrsa da, “*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*” hükmü kötüye kullanarak ispat yükünün yer değiştirmesi sağlanabilir. Gerçekten hakkında takip yapılacağını veya hacze gelineceğini öngören borçlu, örneğin nakdini bilezik gibi ülkemizde aynı zamanda yatırım aracı olarak da kullanılan ziynet eşyasına çevirebilir. Böylelikle normalde nakit olarak doğrudan haczedilebilip muhafaza altına alınabilecek (İİK m. 88) malvarlığı değerleri, hayatın olağan akışı içerisinde alacaklının bunu ispatlamasının güçlüğü karşısında alacaklıdan kolaylıkla kaçırılmış olabilecektir. Dolayısıyla alacaklının istihkak davası çerçevesinde lehine netice alması oldukça

<sup>524</sup> Kuru, *El Kitabı*, 555; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 192-193.

<sup>525</sup> Nitekim istihkak davalarına ilişkin olarak herhangi bir tazminat düzenlemesi bulunmayan İsviçre-Alman hukukunda üçüncü kişi bu durumda alacaklı veya borçluya karşı tazminat davası açabilir. Aslan, 574-575.

güç olacak, üstüne bir de üçüncü kişi lehine tazminata mahkûm edilmesi de söz konusu olacaktır.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, kötü niyetli borçlular tarafından malvarlığının üçüncü kişiye devri de çok sık uygulanmaktadır. Buna göre haciz mahalline gidildiğinde, üçüncü bir gerçek kişi veya şirket bulunmaktadır. Böylece, mal üçüncü kişinin elinde hacedilmiş olacağından, davanın İİK m. 99 uyarınca alacaklı tarafından açılması ve üçüncü kişi elindeki mal bakımından malik sayıldığından, malın borçluya ait olduğunun alacaklı tarafından ispatlanması gerekmektedir. Bu noktada iki önemli husus ortaya çıkmaktadır: İlk olarak İİK m. 99'a göre açılan davalarda da alacaklının ispat yükünün konusu, İİK m. 97a/2 çerçevesinde mi belirlenecektir? Zira İİK m. 99'da ispata ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İİK m. 97a/2'de ise kötü niyetli istihkak iddialarının önlenmesi için istihkak davacısı üçüncü kişi malı ne suretle iktisap ettiğini ve borçlunun elinde bulunmasını gerektiren hukuki ve fiili sebep ve hadiseleri göstermek ve bunları ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Ancak burada davayı alacaklı açtığından, İİK m. 97a/2'deki gibi ağırlaştırılmış bir ispat rejimine tâbi tutulursa, malın borçluya ait olduğunu ispat edebilmesi neredeyse imkânsız olacaktır. Dolayısıyla davanın alacaklı tarafından açılması hâlinde, ispat yükü, mal üçüncü kişinin elinde hacedildiğinden alacaklı üzerinde olsa da, alacaklının ispatının konusu yalnızca malın borçluya ait olduğudur. Alacaklı bu hususu her türlü delille ispat edebilecek, mahkeme de dava dosyasına dâhil delilleri serbestçe değerlendirebilecektir<sup>526</sup>. Üçüncü kişinin, istihkak iddiasının konusu olan hakkı borçludan bir tasarruf işlemiyle kazandığını ileri sürmesi hâlinde ise alacaklı, istihkak davasına karşı dava olarak tasarrufun iptalini talep edebilecektir (İİK m. 99). Bu noktada ortaya çıkan ikinci önemli husus ise, ispat yükünün davada taraf rollerine bağlı olmadığıdır<sup>527</sup>. Bir başka ifadeyle malın üçüncü kişinin elinde hacedilmesi hâlinde, her ne kadar İİK m. 99 uyarınca davayı alacaklının açması gerekmekte ise de, davayı üçüncü kişinin açmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>528</sup>. İşte davanın üçüncü kişi tarafından açılması hâlinde dahi, mal üçüncü kişinin elinde hacedildiğinden, mülkiyet karinesi lehine olan taraf üçüncü kişidir ve dolayısıyla ispat yükü davalı alacaklıdır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, istihkak davalarında ispat yükünün belirlenmesinde davayı kimin açtığı değil, malı elinde bulundurma esas alınmaktadır.

<sup>526</sup> Aslan, 545-546; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 410-411.

<sup>527</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usûl*, 477 vd.

<sup>528</sup> Kuru, *El Kitabı*, 557.

Öte yandan, uygulamada bu kötü niyetli devir işlemlerinin neden olduğu ispat sorunlarının çözülebilmesi için “*organik bağ*” kavramından hareketle malın borçluyla birlikte üçüncü kişinin elinde hacedilmiş olduğu, dolayısıyla da davanın üçüncü kişi tarafından açılması ve ispat yükünün de davacı üçüncü kişi üzerinde olması sağlanmaktadır. Ancak ne var ki bu çözüm yoluyla gerçekten kötü niyetli olmayan üçüncü kişiler de dava açmak ve istihkak iddiası konusu haklarını ispat etmek zorunda bırakılabilmektedir. Bu noktada öğretilerde organik bağ kavramının belli unsurlar dâhilinde kabul edilmesi gerektiği, somut olay bakımından bu unsurlardan en az bir veya birkaçının bulunması gerektiği, aksi hâlde malın üçüncü kişi elinde hacedilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>529</sup>. Buna göre organik bağın tespiti için öncelikle dürüstlük kuralından hareket edilmelidir. Özellikle borcun doğumundan sonra borçlu veya üçüncü kişi devir yapılması veya şirketin kurulması, alacaklıdan mal kaçırma kastının varlığı bakımından önemli bir veridir. Diğer yandan şirket yöneticilerinin (hukukî veya fiilî) veya hâkim ortakların aynı kişiler olması da organik bağ anlamında önem arz etmektedir. Organik bağın varlığı için diğer bir emare de borçlu ve üçüncü kişi arasında ticari birliktelik-bağımlılık veya birlikte hareket etme olgusu gibi ortak noktaların bulunmasıdır. Ayrıca borçlu ve üçüncü kişinin malvarlıklarının birbirine karışması, özellikle şirketlerde bir diğerine karşılıksız veya orantısız sermaye aktarımının yapılması da organik bağ için önemli bir göstergedir<sup>530</sup>. Somut olay bakımından bu unsurlardan birisi dahi olmadan organik bağın varlığının kabul edilmesi ve dolayısıyla malın borçluyla birlikte üçüncü kişi elinde hacedilmiş olduğundan hareketle üçüncü kişilerin davaya açmaya zorlanması, ispat yüküne tabi tutulması Kanun’a aykırı olup, üçüncü kişilerin telafisi mümkün olmayan zararlarına neden olabilecektir<sup>531</sup>.

İstihkak davasında haksız takip işlemi olarak ortaya çıkabilecek bir diğer husus da malın dördüncü kişinin elinde bulunması hâlidir. Öğretilerde, malın dördüncü kişide bulunması hâlinde dördüncü kişinin kimin adına elinde bulundurduğuna ilişkin beyanına göre hareket edileceği ifade edilmektedir<sup>532</sup>. Buna göre dördüncü kişi, malı borçlu adına elinde bulundurduğunu beyan etmişse mal borçlunun elinde hacedilmiş, üçüncü kişi adına elinde bulundurduğunu bildirmişse mal üçüncü kişinin elinde hacedilmiş kabul edilecektir. Şu hâlde, borçlu tarafından gerçekte kendisine ait bir mal, kötü niyetli olarak dördüncü bir kişiyle anlaşarak dördüncü

---

<sup>529</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 198.

<sup>530</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 198.

<sup>531</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 199.

<sup>532</sup> Kuru, *El Kitabı*, 575.

kişiyeye bırakılabilir. Haciz sırasında da dördüncü kişinin üçüncü kişi adına elinde bulundurduğunu beyan etmesi durumunda İİK m. 99 uyarınca alacaklı dava açmak zorunda kalacak ve ispat yükü bu şekilde alacaklıya yükletilmiş olabilecektir.

Borçlunun malvarlığının kötü niyetli olarak üçüncü kişilere devri bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da İİK m. 99 ile İİK m. 277 ve devamında düzenlenen iptal davası müessesesi arasındaki ilişkidir. Bilindiği üzere İİK m. 99'da alacaklı, istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiyeye karşı malın borçluya ait olduğunu ispat çabasıdadır. Bir başka ifadeyle İİK m. 99'da malların üçüncü kişiyeye devrinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülmektedir. Oysa iptal davasında temelde işlem geçerli ve fakat öngörülen birtakım sebeplerden ötürü alacaklıya karşı iptal edilmektedir. Özellikle işyeri devirleri bakımından İİK m. 280/3'te düzenlenen bildirim yükümlülüğünün yapılmadığı iddiası, istihkak davasının konusu yapılamaz<sup>533</sup>; ancak iptal davasında ispata ilişkin karinenin çürütülmesi işlevi bulunmaktadır. Bu sebeple mal üçüncü kişi elindeyken haczedilmişse, istihkak davasının konusu yalnızca malın borçluya ait olduğunun ispatıyla haciz işleminin geçerliliğidir; yapılan tasarrufun alacaklıya karşı geçersiz olup olmadığının tespiti değildir. Keza TBK m. 202 (mülga BK m. 179) hükmünün de istihkak davasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Anılan hüküm, yalnızca devralanın borçluya birlikte müteselsil sorumluluğunu düzenlemektedir. İstihkak davasında inceleme konusu yapılması gerek olmadığı gibi inceleme konusu yapılması hâlinde söz konusu ilân yapıldığı için alacaklının istihkak davasının reddedilmesi gibi bir sonuç da söz konusu olmamalıdır. Özetle istihkak davasında devrin geçersizliği, iptal davasında ise devrin geçerliliği ve fakat alacaklıya karşı iptal edilebilirliği konu edinir<sup>534</sup>.

### ***ff. İstirdat davasında***

İcra ve İflâs Kanunu m. 72/7 hükmünde borçlunun, maddi hukuka göre borçlu olmadığı bir parayı cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalması üzerine, ödediği parayı, ödmeden itibaren 1 yıl içinde genel mahkemelerde istirdat davası yoluyla alabileceği düzenlenmiştir. Takip, ödeme emrine itiraz edilmeyerek (veya edilmiş olup da geçersizse) veya edilmiş olup da itiraz icra mahkemesi tarafından kaldırılarak kesinleştiğinde, alacaklının alacaklı olduğu maddi hukuk bakımından kesin olmamasına rağmen, borçlunun malvarlığı üzerinde cebri etki ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun istirdat davasındaki amacı, cebri icra sisteminin, cebri takip

<sup>533</sup> Kuru, *El Kitabı*, 584. Öte yandan İİK m. 99 uyarınca açılan istihkak davasında, üçüncü kişinin devrin geçerli olduğu konusunda savunma ileri sürmesi hâlinde, alacaklının zarar verme kastının varlığını ileri sürüp ispatlayabileceği yönünde Üstündağ, *İcra Hukuku*, 227; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 418 vd.

<sup>534</sup> Kuru, *El Kitabı*, 585.

çerçevesinde maddi anlamda borçlu olup olmadığı kesinleşmemiş olan borçlular üzerindeki olumsuz sonuçlarını bertaraf etmektir<sup>535</sup>. İstirdat davasının temel şartları olarak; maddi hukuka göre borçlu olunmayan bir paranın, cebri icra tehdidi altında ödenmesi gerekmektedir.

Bu anlamda daha önceden itirazın iptali davası, borçtan kurtulma davası<sup>536</sup> veya menfi tespit davası gibi kesin hüküm teşkil eden aleyhe bir kararın bulunması hâlinde, borçlu maddi hukuka göre borçlu olduğundan, ödediği parayı istirdat davası yoluyla geri alamayacaktır. Diğer taraftan ödemenin cebri icra tehdidi altında yapılmış olması gerekmektedir. Henüz takip başlamadan<sup>537</sup>, ödeme emrine itiraz süresi içinde, itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin yargılamalar sürerken veya menfi tespit davasında tedbir yoluyla takip durdurulmuşken yapılan ödemeler, cebri icra tehdidi altında yapılmadığından<sup>538</sup>, istirdat davasına konu edilemez. Bir başka ifadeyle borçlunun, ödeme yapılmazsa mallarının haczedilerek veya hacizli ise satılarak gelirinden alacaklının tatmin edilmesi tehlikesi bulunmalıdır<sup>539</sup>. Ayrıca ödemenin icra takibi çerçevesinde yapılması gerekmektedir, haricen yapılan ödemelerin istirdat davası yoluyla talep edilmesi mümkün değildir<sup>540</sup>.

İstirdat davası, borçlu menfaatine yönelmiş bir davadır ve esasen takibin ödemeye (veya hacizli malların satılması ve alacaklının tatmin edilmesiyle) sona ermesinden sonra gündeme gelebileceği için, alacaklının haklarına zarar verecek herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Davayı borçlunun kazanması hâlinde, alacaklının gerçekte alacaklı olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olacak ve yapılan ödeme kendisinden geri alınacaktır. Bu durum kuşkusuz alacaklının aleyhine olsa da borçlunun kötü niyetli veya haksız bir işlemi değil; bilakis kendisine tanınan, gerçekte borçlu olmasa da yapmak zorunda kaldığı ödeme veya cebri satış suretiyle alacaklıya geçen paranın daha sonra geri alınabilmesindeki haklı menfaatini koruduğu işlemidir. Dolayısıyla borçlunun bu davayı haksız ve kötü niyetli olarak açması pek

---

<sup>535</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 136.

<sup>536</sup> Borçtan kurtulma davası sonunda alacak tahsil edildikten sonra takibe devam edilmek istenmişse, ancak borçlu, ancak borçtan kurtulma davasından sonra olan veya borçtan kurtulma davasında ileri sürülemediği vakıalara dayanarak geri alma davası açabilir.

<sup>537</sup> Hatta Yargıtay bir kararında, bir senet borcu ödenmiş ve buna ilişkin elinde ibraname olan tacirin, alacaklı tarafından senedin tahsil edilmek üzere bankaya verilmesi üzerine, sırf protesto edilmemek için ödediği parayı geri alma davasına konu edebileceğini belirtmiştir. Tacir protesto edildiğinde, protesto keyfiyeti Merkez Bankası kanalıyla tüm bankalar tarafından duyulacağından, ticari itibarının zedelenme ve kredi imkânlarının azalma tehlikesi söz konusudur. Bu tehlike karşısında yapılan ödemenin de zor altında olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 1979/2-317, K. 1979/1315 T. 17.10.1979, (Kazancı, E.T. 19.02.2020). Üstündağ, *İcra Hukuku*, 137.

<sup>538</sup> Yargıtay 4. HD, T. 01.03.2017, E. 2016/16593, K. 2017/1234 (Kazancı, E.T. 19.02.2020).

<sup>539</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 364-365; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 139-140.

<sup>540</sup> Bu durumda TBK çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava edebilir. Ayrıca şartları varsa İİK m. 71 uyarınca icra takibinin iptalini sağlayabilir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 364, 369.

olası değildir. Nitekim kanun koyucu, bu dava sonucunda herhangi bir tazminat öngörmemiştir; ne alacaklı ne de borçlu lehine tazminata hükmedilebilir<sup>541</sup>. Dolayısıyla istirdat davasının kabul edilmesi hâlinde borçlu lehine tazminata hükmedilemez; ancak takip nedeniyle uğradığı zararları genel hükümler çerçevesinde dava edilebilir.

### **gg. Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczinde**

Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczi bakımından kanun koyucu, İİK m. 89 düzenlemesi ile hamiline veya cirosu kabil bir senede dayanmayan<sup>542</sup> alacak veya sair talep hakları için özel bir yol öngörmüştür<sup>543</sup>. Bu çerçevede alacaklı, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarının haczedilmesi üzerine üçüncü kişilere yapılacak bildirimlerle muhafaza altına alınmasını sağlayabilir<sup>544</sup>.

Alacaklının talebi üzerine icra memurluğu tarafından takip borçlusunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye birinci haciz ihbarnamesi gönderilir. Bu ihbarnamede takip borçlusunun kendisinden olan alacağının (mal, hak veya sair talep hakkının) haczedildiği, borcun ancak icra dairesine ifa edilebileceği, takip borçlusuna yapılan ifanın geçerli olmayacağı, aksi takdirde icra dairesine tekrar ifa etmek zorunda kalacağı bildirilir. Ayrıca 7 gün içinde borç ifa edilmez ve itiraz da edilmezse, takip borçlusunun alacağının zimmetinde sayılacağı ihtar edilir. Üçüncü kişi, borcu yerine getirmez ve itiraz da etmezse aynı içerikte ikinci bir ihbarname gönderilir. Üçüncü kişi birinci veya ikinci ihbarnameye itiraz ederse, artık icra memurluğu tarafından haciz ihbarnamesi gönderilmesi mümkün değildir. Alacaklı, itirazın gerçeğe uygun olmadığını ileri sürerek üçüncü kişinin üç aydan bir yıla kadar hapisle cezalandırılması ve tazminat talebiyle icra mahkemesine başvurabilir (İİK m. 89/4). Buna karşılık ikinci ihbarnameye de itiraz edilmez ve borç ifa edilmezse üçüncü bir ihbarname gönderilir. Bu son ihbarnamede, takip

<sup>541</sup> Bununla birlikte öğretide, menfî tespit davası, tedbir yoluyla durdurma kararı alınmadığından ödeme yapılmış ve bu surette istirdat davasına dönüşmüşse (İİK m. 72/5), alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması hâlinde borçlu lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas*, 368.

<sup>542</sup> Alacağın hamiline veya cirosu kabil bir senede dayanması hâlinde İİK m. 89 hükmü uygulanmaz. Zira bu durumda İİK m. 88 uyarınca icra memurluğu tarafından fiilen haciz gerçekleştirilmeli ve söz konusu senet muhafaza altına alınmalıdır.

<sup>543</sup> Belirtmek gerekir ki İİK m. 89 hükmü, öngörülen özel düzenleme (İİK m. 355, m. 356) karşısında borçlunun maaş ve ücret alacakları için uygulanma kabiliyetini haiz değildir.

<sup>544</sup> İİK m. 89 hükmü düzenlemesinde öngörülen işlemlerin hukukî mahiyeti öğretide tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız hâkim görüş, bu düzenlemelerin muhafaza tedbiri niteliğinde olduğu yönündedir. Zira üçüncü kişiye yapılan bildirimlerin, haczin tatbiki veya tamamlanması noktasında herhangi bir etkisi bulunmayıp, yalnızca haciz keyfiyetinin bildirilmesi üzerine üçüncü kişinin artık takip borçlusuna olan borcunu kendisine değil, icra dairesi nezdindeki takip dosyasına ifa etmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu yönüyle haciz işlemine yönelik muhafaza tedbiri niteliğindedir. Nitekim İİK m. 89'un üst başlığı "*Mahcuz malları muhafaza tedbirleri:*" , başlığı ise "*2 – Alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında:*" şeklindedir.

borçlusunun kendisinde olan alacağın varlığının kesinleştiği, bundan sonra itiraz edilemeyeceği, 15 gün içinde borcun ifa edilmesi gerektiği ancak 15 gün içinde menfi tespit davası açıp 20 gün içinde icra dosyasına sunmak suretiyle alacağın cebri icra yoluyla alınmasına engel olunabileceği bildirilir.

Görüldüğü üzere İİK m. 89 hükmü çerçevesinde esasen üçüncü kişilere yükümlülük yüklenmekte, bu anlamda alacaklılar bakımından kolay ve pratik bir yol öngörülmektedir. Ne var ki bu imkân, alacaklı ve/veya borçlu ile birlikte alacaklılar tarafından kötü niyetli olarak da kullanılmaya müsaittir<sup>545</sup>. Keza borçlu ile üçüncü kişinin anlaşması yoluyla da alacaklının haklarının zarara uğratılması mümkündür. Bu sebeple menfaatlerin dengelenmesi bakımından haciz ihbarnameleri müessesesinde çeşitli imkânlar tanınmıştır.

Üçüncü kişinin birinci veya ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesi üzerine cebri takibin artık üçüncü kişiye karşı devam ettirilmesi mümkün değildir<sup>546</sup>. Bu durumda alacaklı, İİK m. 89/4 hükmü uyarınca üçüncü kişinin beyanının aksini ispat etmek suretiyle hapisle cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini istemelidir<sup>547</sup>. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu, bu durumda üçüncü kişinin tazminat sorumluluğuna dair herhangi bir belirleme yapmamıştır. Ancak öğretilerde bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir<sup>548</sup>. Alacaklının üçüncü kişinin beyanının aksini ispat etmekle birlikte TBK m. 49 vd. ile öngörülen haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde haksız fiilin unsurlarını da ortaya koyması gerekecektir. Bu bağlamda üçüncü kişinin, itirazının aksi ispat edilse de kendisine izafe edilebilecek bir kusur olmaması hâlinde tazminata mahkûm edilmesi

---

<sup>545</sup> Gerçekten de uygulamada İİK m. 89 hükmüyle öngörülen imkân kötüye kullanılmıştır. Bu amaçla 4949 sayılı Kanun ile haciz ihbarnamelerinin sayısı artırılmış, böylece üçüncü kişinin bilgisizliği veya ihmâliinden faydalanarak gerçekte borçlu olunmamasına rağmen ödeme sağlamak suretiyle haksız kazanç elde edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ayrıca üçüncü kişiye İİK m. 89/5 hükmüyle daha önce yalnızca borçluya karşı olan dava hakkı, kötü niyetli alacaklıya karşı da açıkça tanınmıştır. Pekcanitez, “Değerlendirme”, 148 vd.

<sup>546</sup> İcra memurunun itiraza rağmen ihbarname göndermeye devam etmesi, herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Üçüncü kişi süresiz şikâyet yoluyla bu ihbarnamelerin iptalini her zaman sağlayabilir. Kuru, *El Kitabı*, 467-468.

<sup>547</sup> Alacaklı dilerse bu yola başvurmayıp İİK m. 120/2 uyarınca takip borçlusunun üçüncü kişiden olan alacağının dava takip yetkisinin devredilmesini de isteyerek üçüncü kişiye karşı takip borçlusu adına dava da açabilir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 320. Ancak üçüncü kişinin itirazının iptalini veya kaldırılmasını talep etmesi mümkün değildir. Ayrıca alacaklı, dilerse üçüncü kişiye karşı doğrudan genel mahkemelerde haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası da açabilir. Bu durumda alacaklı tarafından, haciz ihbarnamesiyle üçüncü kişiden istenebilecek miktar kadar tazminat istenebilecektir. Ramazan Arslan, “Borçlusunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, 4, (2016): 3229.

<sup>548</sup> Bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olmadığı, üçüncü kişinin itirazı üzerine duran feri takibe devam edilmesini sağlamaya yönelik icra ve iflâs hukukuna özgü bir ifaya zorlama davası niteliğinde olduğu yönünde bkz. İbrahim Ermenek, “İcra ve İflâs Kanunu Madde 89/4’e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukukî Analizi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.1*, (Ankara: Yetkin, 2014), 903.



mümkün olmayacaktır<sup>549</sup>. Özellikle sadece itiraz etmiş olması, üçüncü kişiye izafe edilebilecek bir kusur olarak değerlendirilemez. Buna karşılık üçüncü kişi, takip borçlusuna borçlu olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor olmasına rağmen itiraz etmişse, icra mahkemesinin genel hükümler dairesinde yaptığı inceleme neticesinde tazminata mahkûm edilecektir. Bu tazminat, icra tazminatlarından farklı olarak alacaklının uğradığı gerçek zarara yöneliktir<sup>550</sup>.

Alacaklının üçüncü kişinin beyanının aksini icra mahkemesinde ispat edememesi hâlinde ise, üçüncü kişi lehine tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla öğretide de bu yönde herhangi bir görüş bulunmamaktadır. Kanımızca alacaklının İİK m. 89/4 hükmü uyarınca üçüncü kişinin beyanının aksini ispat edememesi durumunda, menfaat dengesinin sağlanması bakımından kusuru bulunan alacaklının da haksız fiil hükümleri uyarınca tazminata mahkûm edilebilmesi gerekir. Örneğin takip borçlusuna borçlu olduğu iddiasıyla kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi, ihbarnameye itiraz etmiş ve fakat üzerine alacaklı tarafından icra mahkemesine başvurulması, üçüncü kişinin özellikle itibarının zedelenmesine neden olabilir. Gerçekten de üçüncü kişi bir tacirin yalan beyanda bulunduğu, borçlarını kabul etmediği gibi iddialarla aleyhine ceza davası ve/veya tazminat davası açılması hâlinde, ticari ilişkilerinin zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple alacaklının üçüncü kişi aleyhine açtığı davayı esastan kaybetmesi hâlinde tazminata mahkûm edilmesinin uygun olacağı kanısındayız. Burada bir ihtimal 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 89/5 hükmüne eklenen üçüncü kişinin kötü niyetli alacaklıya karşı dava açma imkânı düşünülebilirse de, aşağıda ayrıntılarıyla ifade olunacağı üzere söz konusu imkân, üçüncü kişinin borçlu olmamasına rağmen ödemek zorunda kaldığı paranın veya teslim ettiği malın iadesine ilişkindir. Oysa burada doğrudan doğruya İİK m. 89/4 uyarınca üçüncü kişinin itirazında haklılığına karar verilmiş olmasına rağmen uğrayabileceği zararlara ilişkin alacaklının tazminat sorumluluğunun olması gerektiğini ifade etmekteyiz.

---

<sup>549</sup> Öğretide *Ermenek*, İİK m. 89/4 çerçevesinde üçüncü kişinin tazminata mahkûm edilebilmesi için haciz ihbarnamesine itiraz edilmiş olması ve beyanının aksinin ispat edilmiş olmasının yeterli kabul edildiğini, dolayısıyla üçüncü kişinin beyanının aksinin ispatlanması hâlinde itirazında kusurlu olduğunun varsayıldığını belirtmektedir. Yazara göre bu durum, haksız fiil esaslarına uygun olmadığından, İİK m. 89/4 uyarınca alacaklı tarafından icra mahkemesinde dava açılmasının haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilmemesini gerektirmektedir. *Ermenek*, “Hukukî Analiz”, s. 899.

<sup>550</sup> Her ne kadar haksız fiile ilişkin hükümler kıyasen uygulanmakta ise de, burada hükmedilecek tazminat, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanı nedeniyle uğradığı ve takip borçlusundan tahsil edilemeyen zarara göre belirlenmelidir. Eğer alacaklı, üçüncü kişiyi itirazı nedeniyle zarara uğramamışsa, örneğin borçlunun diğer malvarlığından alacağı karşılansamışsa, kural olarak tazminata hükmedilmemelidir. Aksinin kabulü, sözleşme özgürlüğü ve borç ilişkisinin nispliliği ile hukukî güvenlik ilkesinin ihlâli anlamına gelir. Kuşkusuz alacaklı, doğrudan üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanı nedeniyle uğradığı başkaca zararları varsa, bunların tazminini İİK m. 89/4 uyarınca sağlayabilir. Atalı, *Ermenek ve Erdoğan*, *İcra ve İflâs*, 244.

Kaldı ki bu görüşümüz, uygulamada alacaklıların haciz ihbarnameleri yoluyla kendilerine tanınan imkânı kötü niyetli kullanmalarının da önüne geçilmesinde etkili olabilecektir. Şöyle ki az önce ifade ettiğimiz gibi alacaklının talebiyle gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz edildiğinde, alacaklı tarafından İİK m. 89/4 uyarınca üçüncü kişinin beyanının aksinin ispatı için icra mahkemesinde açtığı davanın reddedilmesinde aleyhine tazminat yaptırımını yoktur. Aynı şekilde üçüncü kişi tarafından ihbarnamelere itiraz edilmeyip üçüncü haciz ihbarnamesi uyarınca açılan menfi tespit davasının kabul edilmesi hâlinde de alacaklının aleyhine herhangi bir tazminat yaptırımını bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklıyı takip borçlusunun alacaklı olduğu veya olabileceği üçüncü kişilere ihbarname yollanmasını sağlarken ciddi ve gerçekçi davranmaya sevk edecek hiçbir risk bulunmamaktadır. Alacaklı tarafından borçlu veya üçüncü kişinin itibarını sarsmak veya sırf rahatsız etmek ve bu surette onları baskı altına almak için kötü niyetli olarak haciz ihbarnameleri gönderilmesi sağlanabilir. Nitekim uygulamada, elektronik ortamda borçlunun yakınlarının kişisel bilgileri edinilerek, takip borçlusuna borçlu olup olmadıklarına dair emare dahi bulunmaksızın haciz ihbarnamelerinin gönderildiği vakidir<sup>551</sup>. Dolayısıyla İİK m. 89 çerçevesinde haciz ihbarnamesi gönderilmesi müessesesinin alacaklı (veya vekili) tarafından kötü niyetli olarak kullanılması hâlinde tazminat yaptırımını öngörülmesi uygun olacaktır. Ne var ki bu yönde düzenleme henüz mevcut olmadığından, kuşkusuz haksız takip işlemi olarak değerlendirdiğimiz bu hususun, genel hükümler çerçevesinde tazminat sorumluluğunu doğurması mümkündür.

Üçüncü kişinin haciz ihbarnamelerine itiraz etmemesi hâlinde, üçüncü haciz ihbarnamesi üzerine üçüncü kişi ya 15 gün içinde takip borçlusuna olduğu iddia edilen borcunu yerine getirmeli ya da aynı sürede alacaklıya karşı genel mahkemelerde menfi tespit davası açıp 20 gün içinde bu durumu icra dosyasına bildirmelidir. Aksi hâlde icra dairesi tarafından söz konusu mal, hak veya alacak zorla yerine getirilir. Belirtmek gerekir ki bu menfi tespit davası, İİK m. 72’de düzenlenen menfi tespit davasından farklıdır, bu davada cebri icra işlemlerinin durması için herhangi bir teminata ve tedbir kararına gerek bulunmamaktadır. İspat yükü üçüncü kişide olup, takip borçlusuna borçlu olmadığını ispat etmelidir. Davanın reddi hâlinde üçüncü kişi, takibe konu alacağın % 20’sinden az olmamak üzere alacaklı lehine tazminata mahkûm edilir. Buna karşılık davanın kabulü hâlinde üçüncü kişi lehine tazminata karar

---

<sup>551</sup> Borçlu hakkında yürütülen takibe ilişkin olarak borçlunun yakınlarına mobil operatörler üzerinden kısa mesaj atan avukat, Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 31.05.2019 tarih ve 2019/166 sayılı Kurul Kararı ile idari para cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karar haciz ihbarnamesi gönderilmesi niteliğinde olmasa da uygulamadaki bu gibi problemlerin boyutunu göstermesi açısından çarpıcı bir örnektir.

verilemeyecektir. Bu yönde düzenleme, ilk bakışta menfaatler dengesine ve eşitlik ilkesine aykırı gelebilir. Ancak öğretide de haklı olarak ifade edildiği üzere, üçüncü kişinin menfi tespit davasını kazanması hâlinde lehine tazminata hükmedilebilmesi, üçüncü kişilerin bilerek ihbarnamelere itiraz etmemek suretiyle açacakları menfi tespit davasını kazanıp % 20'den az olmamak üzere haksız kazanç elde etmelerini sağlayabilir<sup>552</sup>. Bununla beraber, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmak suretiyle üçüncü kişi lehine de tazminata hükmedilebilmesi yönünde düzenleme yapılmasının uygun olabileceği kanısındayız. Zira takip borçlusuna karşı borcu olmadığı inancıyla ihbarnamelere itiraz etmemiş ve kötü niyeti olmaksızın dava açmak zorunda kalan üçüncü kişinin, bu durum nedeniyle uğramış olabileceği zararlara karşı lehine tazminata hükmedilebilmesinde hukukî yararı olabilir. Örneğin takip borçlusuna karşı borçlu olup olmadığı kesin olmayan veya borcun varlığı veya miktarı mahkeme kararıyla belirlenebilecek bir husus söz konusuysa, bu durumda üçüncü kişi kusursuz olarak ihbarnamelere itiraz etmemiş ve iyi niyetle dava açmış olabilir. Kuşkusuz bu durumun, her somut olayın özelliğini hassasiyetle dikkate alarak hâkimin takdiri kapsamında olması gerekir. Ayrıca bu yöndeki bir düzenleme, bir üst paragrafta da ifade edilen, alacaklıların haciz ihbarnameleri gönderilmesi müessesesini kötü niyetli olarak kullanmalarında bir kez daha düşüncelerini sağlayabilecektir.

4949 sayılı Kanun<sup>553</sup> ile İİK m. 89/5 hükmüne, üçüncü kişinin ödemek zorunda kaldığı para veya teslim etmek zorunda kaldığı mal için kötü niyetli alacaklıya karşı dava açma hakkının olduğu eklenmiştir. Maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı bir edimi ihbarnamelere itiraz etmeyerek ve menfi tespit davası da açmayarak cebri icra tehdidi altında yerine getiren üçüncü kişi, esasen takip alacaklısına karşı dava açamayacak; takip borçlusundan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilecektir. Bununla birlikte takip borçlusuna borçlu olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle onu cebri icra tehdidi altında ödeme yapmaya zorlayan kötü niyetli alacaklılara karşı dava açarak geri alma imkânı tanınmıştır. Örneğin alacaklı üçüncü kişinin gerçekte takip borçlusuna borçlu olmadığını bilmesine rağmen, üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesini sağlayarak şu veya bu şekilde onların itiraz etmemeleri üzerine haksız kazanç elde edebilir<sup>554</sup>. Bu durumda üçüncü kişilerin kötü niyetli alacaklılara karşı

---

<sup>552</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 241.

<sup>553</sup> RG T. 30.07.2003, S. 25184.

<sup>554</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 172.

korunmaları gerekmektedir. Bu davada da haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılacak, üçüncü kişi alacaklının kötü niyetini (kastını-ağır kusurunu) ispatlayacaktır<sup>555</sup>.

Bu noktada, yukarıda açıkladığımız üzere üçüncü kişinin menfi tespit davası açması hâlinde, alacaklı kötü niyetli dahi olsa kanun gereği aleyhine tazminata hükmedilemeyeceğinden, alacaklının kötü niyetli olduğu durumlarda üçüncü kişinin menfi tespit davası açması lehine olmayacaktır. Zira üçüncü kişi, alacaklı kötü niyetli ise ancak edimi cebri icra tehdidi altında yerine getirerek sonradan İİK m. 89/5 çerçevesinde geri alması hâlinde uğradığı zararların tazminini sağlayabilecektir. Bu durum da göstermektedir ki üçüncü kişinin menfi tespit davası açıp kazanması hâlinde, alacaklı kötü niyetli olsa bile lehine tazminat hükmedilemeyeceğine yönelik düzenlemenin, dolaylı olarak üçüncü kişileri gerçekte borçlu olmadığı bir edimi yerine getirerek sonradan tazminat davası açmak suretiyle geri almaya zorlamaktadır. Dolayısıyla menfi tespit davası açılması hâlinde, alacaklı kötü niyetli olsa bile hiçbir şekilde üçüncü kişi lehine tazminata hükmedilememesi, menfaatler dengesine uygun değildir.

Kanun'un 89/5 hükmü gereğince üçüncü kişiye tanınan haksız fiile dayanarak dava açma imkânı, borçlunun da kötü niyetli olması hâlinde alacaklıyla birlikte borçluya karşı da kullanılabilir. Bir başka ifadeyle haciz ihbarnamelerinin borçlu ve alacaklının birlikte kötü niyetli davranışıyla gönderilmiş olması durumunda üçüncü kişi, borçlu ile alacaklıya karşı birlikte dava açabilir. Bu noktada sadece borçlunun kötü niyetli olarak üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesine neden olması hâlinde, İİK m. 89/5 uyarınca davanın sadece takip borçlusuna karşı açılmasının mümkün olup olmadığı da gündeme gelebilir. Örneğin takip borçlusu, mal beyanında gerçeğe aykırı olarak üçüncü bir kişide bir malının bulunduğunu veya alacağını bildirebilir. 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 89/5'te üçüncü kişiye karşı anılan imkânın getirilmesine kadar borçluya karşı yalnızca sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca dava açılacağı kabul edilmekteydi<sup>556</sup>. Kuşkusuz sebepsiz zenginleşme kusura dayanmadığından, üçüncü kişinin takip borçlusunun kusurunu (kötü niyetini) ispatlaması gerekmeyecektir. Bu bakımdan ödediği paranın veya verdiği taşınırın takip borçlusundan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınması üçüncü kişinin menfaatinedir. Ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadenin kapsamı, zenginleşenin malvarlığındaki artış ile fakirleşenin malvarlığındaki azalışın giderilmesiyle sınırlı olduğundan<sup>557</sup>, kötü niyetli

<sup>555</sup> Ahmet Cahit İyilikli, *Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89)* (Ankara: Yetkin, 2012), 152-153.

<sup>556</sup> Pekcanitez, "Değerlendirme", 149.

<sup>557</sup> İyilikli, 145 vd.

borçlunun sebep olduğu zararların giderimi sebepsiz zenginleşmeyle sağlanamayacaktır. Örneğin üçüncü kişinin üretimde kullandığı bir cihazın, borçlu tarafından kötü niyetli olarak kendisininmiş gibi gösterilmesi ve üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi hâlinde, üçüncü kişinin söz konusu taşınırı teslim etmesi zararına neden olabilecektir. Dolayısıyla kanımızca, üçüncü kişi, sadece takip borçlusunun kötü niyetli olması hâlinde de kendisine karşı haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası açabilmelidir. İİK m. 89/5'te yer alan “... *borçlu ile kötü niyetli alacaklıya karşı dava açarak...*” ifadesi mutlak surette kendilerine karşı birlikte dava açılması şeklinde anlaşılmalıdır. Öte yandan her ne kadar buradaki davanın hukukî niteliği itibariyle istirdat davası<sup>558</sup> olduğu ifade edilmekte ise de, şartları itibariyle haksız fiil sorumluluğu esasları uygulanacak olduğundan, tazminat davası olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz<sup>559</sup>.

Öte yandan borçlunun kötü niyetli davranışı, üçüncü kişinin yanı sıra alacaklıyı da zarara uğratabilir. Örneğin takip borçlusunun mal beyanında gerçeğe aykırı olarak üçüncü kişilerde alacağını veya taşınır malının olduğunu bildirmesi veya bu nitelikteki alacaklarını hiç bildirmemesi de söz konusu olabilir. Bu durumda alacaklı, İİK m. 89 hükmü uyarınca üçüncü kişilere haciz ihbarnameleri gönderilmesini talep edecek ve fakat üçüncü kişinin itirazı üzerine icra mahkemesinde açtığı davayı veya üçüncü kişi itiraz etmeyip menfi tespit davası açtığında aleyhine açılan davayı kaybedebilecektir. Her ne kadar bu iki durumda da alacaklı aleyhine tazminat öngörülmemiş olsa da, her iki durumda da takip borçlusunun kötü niyetli olarak yalan veya eksik mal beyanında bulunması, alacaklının alacağına ulaşmasını uzatacaktır. Dolayısıyla alacaklının alacağına geç ulaşmaktan dolayı da maddi manevi zararları gündeme gelebilecektir.

Hatta takip borçlusunun, üçüncü kişiyle anlaşarak da alacaklıyı zarara uğratması mümkündür. Gerçekten de takip borçlusu, taşınırını veya nakit varlığını üçüncü kişiye verip alacak şeklinde gösterebilir. Üçüncü kişinin de ihbarnamelere itiraz etmeyerek menfi tespit davası açması, böylelikle herhangi bir teminat ve tedbir kararına ihtiyaç duyulmaksızın, genel hükümlere göre görülecek dava süresince taşınır malın veya nakit varlığının alacaklıdan kaçırılarak kullanılması veya nemalandırılması mümkündür. Her ne kadar menfi tespit davası üçüncü kişinin aleyhine sonuçlandığında alacaklı % 20'den az olmamak üzere tazminata hak

---

<sup>558</sup> Ermenek, “Hukukî Analiz”, 889.

<sup>559</sup> Gerçekten de üçüncü kişinin yapmış olduğu ödeme veya teslim ettiği taşınırın geri alınmasından ziyade, uğramış olduğu zararların da tazminat davası kapsamında alınabilecek olması bakımından, davanın tazminat davası olarak nitelendirilmesi üçüncü kişinin korunması anlamında daha uygun olacaktır.

kazanacak olsa da, bu süre boyunca takip borçlusu ve üçüncü kişinin haksız olarak elde ettiği kazanç<sup>560</sup>, somut olayın özelliğine göre bu tazminattan fazla da olabilir. Bu sebeple, kanımızca üçüncü kişi tarafından açılacak menfi tespit davasında, hâkime takdir yetkisi tanınarak, somut olayın özelliklerine göre teminat alınması ve tedbir kararı üzerine fer'i takibin durdurulması yönünde düzenleme yapılması uygun olacaktır.

## **b. İlâmlı icrada**

İlâmlı icrada kötü niyetli takip işlemleri, yukarıda ilâmlı icrada kötü niyetli takip başlığı altında incelenmişti. Burada ise takip içerisinde haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bazı hususlara yer verilecektir.

İlâmlı icra bakımından haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir husus, borçlunun icranın iadesi için sebepsiz zenginleşme davası açması veya ilâmlı takip yapmasıdır. Öğretide icranın iadesi için borçlunun sebepsiz zenginleşme davası açması gerektiği<sup>561</sup> ifade edilmişse de, hâkim görüş<sup>562</sup> Kanun'un açık düzenlemesi karşısında borçlunun sebepsiz zenginleşme davası açmasında hukukî yararının bulunmadığı yönündedir. Keza takip başlatmasına da gerek bulunmamaktadır, aynı dosya üzerinden icra iade edilebilecektir<sup>563</sup>. Dolayısıyla borçlunun icranın iadesi için takip alacaklısına karşı dava açması veya takip başlatması, alacaklı açısından maddi yük oluşturacak, takip ekonomisine de uygun olmayacaktır. Ayrıca bu yönde bir davranış, dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır<sup>564</sup>.

İlâmlı icra çerçevesinde değerlendirilebilecek bir diğer kötü niyetli davranış da özellikle çocuk teslimine (İİK m. 25) ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına (İİK m. 25/a) dair ilâmların icrasında ortaya çıkmaktadır. Maalesef uygulamada eşlerin boşandıktan sonra birbirlerine duydukları kişisel husumet nedeniyle çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasına engel olunabilmektedir. Her ne kadar Kanun'un m. 25/b hükmü uyarınca anılan ilâmların icrasında sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzman personel bulundurulsa ve bu ilâmların icrasının yerine getirilmesine engel olunması hâlinde İİK m. 341 uyarınca altı aya kadar tazyik hapsi öngörülse de kötü niyetli davranışlar

---

<sup>560</sup> Nitekim benzer nitelikteki bir kötüye kullanım hâli olarak, ihale alıcısının ihalenin feshini istemesi hâlinde ödediği ihale bedelini geri alıp nemalandırması ve nihayet ihalenin feshi talebinin reddedilmesi üzerine nemalandırdığı para ile ihale bedelini ödeyerek haksız kazanç elde edilmesi üzerine yapılan kanun değişikliğiyle önlenmiştir. Pekcanitez, "Değerlendirme", 154.

<sup>561</sup> Olgaç, 290.

<sup>562</sup> Süha Tanrıver, *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Ankara: Yetkin, 1996), 184; Kuru, *El Kitabı*, 931.

<sup>563</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 441; Kuru, *El Kitabı*, 930.

<sup>564</sup> Tanrıver, *İlâmlı İcra*, 185.

engellenememektedir. Kaldı ki bu konudaki ilâmlar, borçlunun iradesi dışında yerine getirilmeye zorlanması hâlinde kişilik haklarının ihlâline neden olunacağı, bu sebeple de aynen ifadan vazgeçilebilecek<sup>565</sup> nitelikte de değildir. Şu hâlde çocuğun tesliminin veya çocukla kişisel ilişki kurulmasının engellenmesi hâlinde ilâm alacaklısının özellikle manevi zarara uğrayacağı şüpheden uzaktır. Keza ilâmın icrasının engellenmesi amacıyla çocuğun sürekli kaçırılması hâlinde alacaklının maddî zararları da ortaya çıkacaktır. Kanun'da bu durumda ortaya çıkan zararların tazminine yönelik herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla özellikle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların borçlu tarafından kötü niyetli olarak icrasının engellenmesi hâlinde alacaklının tazminat davası açabilmesi gerektiği kanısındayız.

İlâmlı icrada haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus, icranın iadesi (İİK m. 40) çerçevesinde ortaya çıkabilir. Bilindiği üzere ilâmların icrası için kural olarak kesinleşmesine gerek yoktur; hüküm kesinleşmeden de ilâmlı icra kapsamında icrasına başlanabilir. Borçlu, ancak İİK m. 36 uyarınca kanun yolu merciinden icranın durdurulması kararı alarak icrayı durdurabilir; tedbir yoluyla takibin durdurulması kararı alınamamışsa, hükmün icrası engellenemeyecektir. Buna göre bir yanda kanun yolu incelemesi devam ederken diğer yandan da icra dairesi marifetiyle kararın icrası gerçekleştirilebilmektedir. İşte hükmün kesinleşmesine kadar ilâm kısmen veya tamamen icra edilmiş olup da kanun yolu mercii tarafından borçlu lehine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, borçlu aleyhine yürütülmüş olan takip maddî gerçeğe aykırı, bu anlamda haksız hâle gelmiş olacaktır. Bu sakıncanın bertaraf edilmesi için kanun koyucu, İİK m. 40 ile icranın iadesini düzenlemiştir. Buna göre kanun yolu incelemesi neticesinde borçlunun lehine karar verilmesiyle takip olduğu yerde duracak, hükmün borçlu lehine kesinleşmesiyle ise sona erecektir<sup>566</sup>. Fakat bu arada hükmün icrası kısmen veya tamamen gerçekleştirilmişse, icra dairesi tarafından başkaca bir işleme gerek kalmaksızın aynı takip dosyası üzerinden icra iade edilecektir (İİK m. 40).

İcranın iadesi, icra memuru tarafından para alacağı söz konusuysa alacaklıya verilen paranın doğrudan veya mallarının haczedilip satılması suretiyle alacaklıdan geri alınması; eğer para dışı bir alacak söz konusuysa, ilgili malın geri alınması, şayet mümkün değilse değerinin belirlenerek geri alınması şeklinde gerçekleştirilir. Bu noktada takip borçlusu bakımından bazı problemler ortaya çıkabilir. Şöyle ki borçlunun parası direkt alınmış olabilir ve icranın iadesine

---

<sup>565</sup> Ersin Erdoğan, “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, (2017): 157.

<sup>566</sup> Tanrıver, *İlâmlı İcra*, 173 vd.

kadar olan süreçte ilgili paradan mahrum kalmış olabilir<sup>567</sup>. Borçlunun mallarının haczedilip satılması suretiyle ilâm icra edilmişse, borçlunun malları gerçek değerinden daha düşük bedellerle satılmış olacağından aradaki fark nispetinde zararı olabilir. Hatta icranın iadesinde üçüncü kişilerin iyi niyetli kazanımları da korunduğundan<sup>568</sup>, örneğin borçlunun icra kapsamında teslim ettiği mal, alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmiş olabilir. Bu durumda borçlu için maddi-manevi önem arz eden bir malının geri alınması mümkün olmayacak, ancak bedeli iade edilebilecektir. İcranın iadesinde bu gibi ihtimallerde borçlunun zarara uğraması hâlinde alacaklının tazminat sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Özellikle takip alacaklısının, ilâmı hemen icra ettirip kötü niyetli olarak malı da elinden çıkarması ihtimali karşısında borçlunun bu haksız takip işlemine karşı tazminat davası açmasında hukukî yararı bulunmaktadır<sup>569</sup>. Zira icranın iadesinde işaret ettiğimiz gibi zararların ortaya çıkmış olması hâlinde, Kanun'da kendisine yetki verilmediğinden icra memurunun bu zararları da kapsayacak şekilde icrayı iade etmesi mümkün değildir<sup>570</sup>. Dolayısıyla borçlunun uğradığı zararlara ilişkin olarak haksız takip işlemine dayanan tazminat sorumluluğu kapsamında alacaklıya karşı tazminat davası açabileceği kanısındayız<sup>571</sup>.

---

<sup>567</sup> “... İİK.nun 40/f-II. maddesinde düzenlenen icranın iadesi prosedürü bir ilama dayanılarak takip borçlusundan alınıp takip alacaklısına ödenen tutarın takip dayanağı ilamın bozulması ve takip konusu alacağın haksızlığının daha sonra kurulup kesinleşen bir hükümlerle saptanması halinde ayrıca hükme hacet kalmaksızın takip alacaklısından icra dairesi marifetiyle ve gereğinde cebri icra yoluyla geri alınıp takip borçlusuna iadesini temine matuf bir icra ve iflâs hukuku yöntemidir. Bu prosedür dairesinde takip alacaklısından geri alınabilecek meblağ evvelce kendisine icra dairesince ödenen meblağdan ibaret olup takip borçlusunun takip nedeniyle ödediği paradan bir süre yoksun kalmasından doğan zararının da geri alınmasını icra dairesinden istemesi ve böyle bir talebin icra müdürlüğüne yerine getirilmesi mümkün değildir.

Şu hale göre, davacının icra iadesi için davalıya icra dairesi marifetiyle muhtıra gönderilirken ödediği meblağ dışında bu meblağın faizini de istemesi yerine getirilmesi hukukten imkansız bir talep oluşturacağından davacıyı böyle bir talepte bulunmaması ve geri alınan meblağı icra dairesinden tahsil ederken fazlaya dair hakları için çekince ileri sürmemesi nedeniyle BK.nun 113/f-II maddesi hükmü karşısında tazminat haklarından vazgeçmiş addetmek doğru görülemez...” Yargıtay 11. HD, E. 1989/6774, K. 1990/7483, T. 22.11.1990, (Kazancı, E.T. 19.02.2020); “... İİK. nun 40. maddesi hükmüne göre bir ilam hükmü icra edildikten sonra bozulur ve aleyhine icra yapılmış kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kati bir ilam ile tahakkuk ederse, icranın eski hale getirilmesi istenebilir. Başka bir ifade ile icranın iadesi halinde para, ilamın kesinleşmesi ile istenebileceğinden, alındığı tarihten değil, ilamın kesinleştiği tarihten itibaren faiz yürütülebileceği düşünülmeden, yazılı şekilde ödeme tarihinden itibaren faiz yürütülmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 19. HD, E. 1994/6911, K. 1995/3048, T. 31.3.1995, (Kazancı, E.T. 19.02.2020). Karş. “... Davacının, takip alacaklısı olan davalıya ödediği paradan bir süre yoksun kalmasından doğan zararını davalıdan isteyebilir. Bu zararı davacının parayı icra dairesine yatırdığı 26/1/1998 den, davalının İİK. 40/1-II maddesi prosedürüne uygun olarak iade ettiği tarih olan 6/5/2002 ye kadar faizidir. Bu tarihler arasındaki yasal faize hükmedilmek gerekirken, yazılı gerekçe ile ilamın kesinleşme tarihinden iade tarihine kadar hesaplanan faize hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, karar bu nedenle davacı yararına bozulmalıdır...” Yargıtay 13. HD, E. 2003/3003, K. 2003/7826 T. 12.06.2003, (Kazancı, E.T. 19.02.2020).

<sup>568</sup> Kuru, *El Kitabı*, 932.

<sup>569</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 450.

<sup>570</sup> Kuru, *El Kitabı*, 931.

<sup>571</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 450; Kuru, *El Kitabı*, 931. “... Davalı, davacı aleyhine aldığı ilamı icraya koyarak 402.568.000TL. yi tahsil etmiş, hükmün bilahare temyizden bozulması üzerine, davacının talebiyle



Son olarak ilâmlı icrada haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus da para ve teminat alacağının ilâma dayanmasına rağmen genel haciz yoluyla takip yapılmasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay İBHGK tarafından 26.05.2017 tarih ve E. 2017/2 K. 2017/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla bu durum artık mümkün olmayıp, yukarıda<sup>572</sup> ayrıntılarıyla incelendiğinden, burada tekrara düşmemek için değinilmemiştir.

## 2. İflâs hukukunda

Bilindiği üzere iflâs, borçlunun kural olarak tüm malvarlığından, tasfiyeye katılan tüm alacaklılarının tatmin edilmesine yönelik küllî bir takip yolu olup, cüzî icraya göre ağır sonuçlar içermektedir. Bu çerçevede iflâs bağlamında alacaklının kötü niyetli olarak iflâs yoluna başvurması, yukarıda<sup>573</sup> incelendi. Bu başlık altında daha ziyade borçlu ve üçüncü kişilerin

---

*icra dosyasına İİK. 40/1-II maddesinde öngörülen icranın eski hale iadesi prosedürü içinde haksız tahsil ettiği parayı iade etmiştir.*

*Davacının, takip alacaklısı olan davalıya ödediği paradan bir süre yoksun kalmasından doğan zararını davalıdan isteyebilir. Bu zararı davacının parayı icra dairesine yatırdığı 26/1/1998 den, davalının İİK. 40/1-II maddesi prosedürüne uygun olarak iade ettiği tarih olan 6/5/2002 ye kadar faizidir. Bu tarihler arasındaki yasal faize hükmedilmek gerekirken, yazılı gerekçe ile ilamın kesinleşme tarihinden iade tarihine kadar hesaplanan faize hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, karar bu nedenle davacı yararına bozulmalıdır...”* Yargıtay 13. HD, E. 2003/3003, K. 2003/7826, T. 12.06.2003, (Kazancı, E.T. 19.02.2020). Ancak belirtmek gerekir ki, icranın durdurulması (İİK m. 36) talebinde hiç bulunulmamış olması hâlinde, alacaklının salt ilâmî icra ettirmiş olması, kendisinin kusurlu (kötü niyetli) olduğunu göstermemektedir. “... *Tehir-i icra talebinde bulunulmaması nedeniyle, alacaklının icra takibine devam etmesi ve icra dosyasına yatırılan parayı tahsil etmesi, yasadan kaynaklanan hakkın kullanılması olup bu işlemlerden dolayı alacaklıya kusur izafe edilemeyeceği de açıktır. Alacaklının icra prosedürü içinde aldığı parayı, icra dosyasına yatırmakla yükümlü olduğu tarihten sonra iade etmesi halinde, geç kaldığı dönem itibarıyla kusurlu olduğu ve bu döneme ait zararın alacaklıdan istenebileceği de kabul edilmelidir. Şu halde, İİK'nın 40/2. maddesi gereğince paranın icra dosyasına iade edilmesi konusunda icra dairesince gönderilen muhtıradaki son gün itibarıyla paranın iade edilmesi gerektiği, bu tarihten sonra iade edilmesi durumunda, geç kalınan dönem için zararın oluştuğunun kabulü gerekir...*” Yargıtay 4. HD, E. 2016/3049, K. 2018/97, T. 16.01.2018, (Kazancı, E.T. 19.02.2020); “... *Davacı, bu davada takip konusu paranın icra dosyasına kendisine yatırıldığı tarih ile icra dosyasına iade edildiği tarih arasında "geçen süre içinde paranın faiz gelirinden mahrum kalması, paranın değerinin enflasyon nedeniyle düşmesi sebebiyle faiz ve faizi aşan zararına karşılık paranın ödetilmesini istemektedir. Hemen belirtelim ki para alacağının icra takibine konu edilebilmesi kesinleşme koşuluna bağlı değildir. Davalının bu nitelikteki bir ilamı icra takibine konu yapması temyiz edilmiş olmasına rağmen Yargıtaydan tehiri icra kararı getirilmemesi nedeniyle icra takibine devam etmesi ve sonuçta icra dosyasına giren parayı tahsil etmesi yasadan kaynaklanan haklarının kullanılmasıdır. Tüm bu işlemlerden dolayı kendisine kusur izafe edilmez. Aksine davacı borçlu, aleyhine verilen kararı temyiz etmiş bulunmasına tehiri icra için gerekli teminatı icra dosyasına yatırmış ve İcra Müdürlüğüne 45 günlük izin verilmesine rağmen gerekli dikkat ve özeni göstererek Yargıtaydan tehiri icra kararı alıp takip dosyasına ibraz etmemek suretiyle kusurlu davranarak zararına sebebiyet vermiştir. Davacının davada öne sürdüğü zararının oluşmasında davalı eylemi değil doğrudan kendi eylemi sebep olmuştur. Hiç kimse kendi eylemi ile oluşan zararını diğer bir kimseden isteyemez. Davacı kendi kusurlu eylemi ile oluşan zararına katlanmak zorundadır. Ne var ki davalı, icra prosedürü içinde aldığı parayı en son 25.7.1998 tarihinde icra dosyasına iade etmekle yükümlüdür. Davalı ise Parayı 13.8.1998 de iade etmekle bu dönemde kusurludur. Davacı, bu davada ancak 25.7.1998 tarihi ile 13.8.1998 tarihi arasında oluşan zararını davalıdan isteyebilir. Mahkemenin açıklanan yönleri gözardı ederek yazılı şekilde karar vermesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir...*” Yargıtay 13. HD, E. 2000/8509, K. 2000/9749, T. 09.11.2000, (Kazancı, E.T. 19.02.2020).

<sup>572</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm § 5, I, A, 2. b.

<sup>573</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm § 5, I, A, 3.

davranışlarının haksız takip işlemi teşkil edip edemeyeceği ve diğer bazı özel durumlar değerlendirilecektir.

İflâs bakımından haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir durum, borçlunun, alacaklının iflâs takibine kötü niyetli olarak karşı koyması çerçevesinde ortaya çıkabilir. Bilindiği üzere takipli iflâs yolunda borçlu, kendisine gönderilen iflâs ödeme emrine karşı itiraz ederek takibi durdurabilir. Ancak itiraz edilse de edilmese de alacaklı, bir yıl içinde asliye ticaret mahkemesinde iflâs davası açmalıdır. İflâs ödeme emrine itiraz edilmiş olması, esasen iflâs davasında yapılacak yargılamanın kapsamının belirlenmesinde etkili olacaktır. Borçlu itiraz etmişse, alacaklı iflâs davasının görüleceği mahkemeden borçlunun itirazının kaldırılmasını ve iflâsına karar verilmesini isteyecektir; borçlu itiraz etmemişse, yalnızca şekli bir inceleme yapılacaktır<sup>574</sup>. İşte bu noktada borçlu, iflâs davasındaki yargılamayı uzatmak için kötü niyetli olarak itiraz edebilir. Her ne kadar iflâs davasında basit yargılama usulü uygulansa da, borçlunun itirazlarının incelenmesi kuşkusuz belli bir zaman alacaktır. Hatta iflâs davasında genel hükümlere göre yargılama yapıldığından, borçlunun iflâs ödeme emrine karşı ileri sürdüğü itiraz sebepleriyle bağlı olmadan iflâs davasında yeni veya başka itiraz sebeplerine dayanabilmesinin de mümkün olduğu dikkate alındığında, borçlunun kötü niyetli olarak iflâs yargılamasını uzatma girişimi pekâlâ mümkündür. Oysa iflâsı gündeme gelmiş borçlunun, gerek özel olarak takip alacaklısının menfaati gerekse de diğer alacaklılar dolayısıyla kamunun menfaatinin korunması çerçevesinde, sürecin bir an evvel olumlu veya olumsuz olarak sonuçlandırılması oldukça önemlidir. Hâl böyleyken iflâs davası neticesinde borçlunun itirazları kaldırılarak hakkında iflâs kararı verilmiş olsa bile, cüzi icrada olduğu gibi iflâs sürecinde kötü niyetli girişimlerin önüne geçebilmek amacıyla öngörülmuş bir tazminat da mevcut değildir. Gerçekten de iflâs kararında, alacaklının takip konusu alacağının tahsiline yönelik bir hüküm dahi kurulmamakta, yalnızca borçlunun iflâsına karar verilmektedir. Takip alacaklısı, sadece iflâsın açılmasıyla başlayacak olan tasfiye çerçevesinde iflâs masasına alacağını yazdırabilecektir. Hatta diğer alacaklılar da iflâsın ilânı üzerine tasfiyeye katılarak alacaklarını doğrudan yazdırabilirken, alacağını elde etmek amacıyla iflâs takibi yapıp dava da açan alacaklı, borçlunun kötü niyetli itirazları dolayısıyla uzayan süreç nedeniyle uğrayabileceği zararları karşılayamayacaktır. Bu bakımdan iflâs davası neticesinde, somut olayın özelliğine göre kötü niyetli olarak davanın uzatıldığını tespit eden mahkemenin, tazminat

---

<sup>574</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 539 vd.

kararı da verebilmesi uygun olacaktır<sup>575</sup>. Ancak ne var ki pozitif düzenleme karşısında kuşkusuz bu yönde bir karar verilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ancak haksız takip işleminden doğan tazminat sorumluluğu çerçevesinde ayrı bir dava yoluyla istenebilecektir.

Öte yandan borçlunun kötü niyetli olarak iflâs davasını uzatma girişimi, şikâyet çerçevesinde de mümkün olabilir. Zira öğretide<sup>576</sup>, borçlunun iflâs takibine karşı şikâyet yoluna başvurması hâlinde alacaklının iflâs davası açabileceği, ancak iflâs davasına bakan mahkemenin iflâs davasını, şikâyet hakkında verilecek kararı beklemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>577</sup>. Bu noktada örneğin alacaklının ehliyetli olmadığı, iflâs takip talebinin veya ödeme emrinin usulüne uygun olmadığı gibi bir şikâyet sebebi ileri sürülerek davanın kötü niyetli olarak uzatılması sağlanabilir. Şikâyet yargılaması neticesinde verilecek kararda da kötü niyetli girişimlere engel olabilecek nitelikte herhangi bir yaptırım olamayacağından, şikâyet talebi reddedilse bile borçlunun haksız ve kötü niyetli bu davranışının herhangi bir riski de bulunmamaktadır. Buna karşılık iflâs davasının geciktirilmesi suretiyle alacaklı (ve dolaylı olarak takip yapmamış diğer alacaklılar da) zarara uğratılabilecektir.

Borçlunun kötü niyetli olarak gerek iflâs takip talebine itiraz ederek gerekse de şikâyet yoluna başvurarak iflâs davasını uzatma girişimi, iflâs davasının açılmasıyla birlikte muhafaza tedbirlerine karar verilebileceğinden hareketle alacaklı veya alacaklılar nezdinde zarara yol açmayacağı düşünülebilir. Gerçekten de iflâs davasıyla birlikte mahkemeye tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde borçlunun mallarının defterinin tutulmasından tasarruf işlemleri yapmasının yasaklanmasına veya mallarının yediemine tevdi edilmesine karar verilebilir<sup>578</sup>. Ancak burada borçlunun amacı, kötü niyetli davranışıyla mal kaçırmaktan ziyade zaman kazanma ve alacaklıların alacağına geç kavuşması olduğundan, anılan muhafaza tedbirleri borçlunun amacının gerçekleşmesini engellemekte faydasız kalacaktır. Kaldı ki tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı hâllerde, yalnızca malların defterinin tutulmuş olmasıyla borçlu malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiş olmadığından, kötü niyetli olarak mallarını elinden çıkarma ihtimali de vardır. Bu durumda borçlunun iflâsına karar verildikten sonra iflâs

---

<sup>575</sup> Keza alacaklının kötü niyetli iflâs takibi bakımından da aynı amaçla tazminat sorumluluğuna dair düzenlemenin bulunmaması, hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olmaktadır. Bkz. yuk. İkinci Bölüm § 5, I, A, 3.

<sup>576</sup> Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 27-28.

<sup>577</sup> Bununla birlikte kambiyo senetlerine mahsus iflâs yoluyla takipte, İİK m. 171 ve m. 172 hükümleri kapsamındaki şikâyetleri inceleyecek mercii de asliye ticaret mahkemesidir. Bunlar dışındaki hususlarda şikâyetler icra mahkemesi tarafından incelenecektir. Ancak her hâlde iflâs davasında öncelikle şikâyet başvuruları incelenecektir. Zira şikâyet incelemesi neticesinde takibin iptaline karar verilirse, iflâs davasının da reddi gerekecektir.

<sup>578</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 539.

masası, bir de tasarrufun iptali davası açmak mecburiyetinde kalacaktır. Netice itibariyle borçlunun iflâs takibine/davasına karşı kötü niyetli olarak karşı koyması hâlinde alacaklıların kaçınılmaz olarak zarara uğraması söz konusu olabileceksen, bu zararların tazminine yönelik bir yaptırım da öngörülmemiştir<sup>579</sup>.

İflâs bağlamında haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir diğer problem de iflâs takibinin kesinleştiğinin ilânı üzerine diğer alacaklıların davaya müdahil olarak katılmalarında ortaya çıkabilir. Şöyle ki iflâs davasına müdahale eden alacaklılar da gerek borçluyla birlikte gerekse de bağımsız olarak takip yapan alacaklının veya diğer alacaklıların zararına olacak şekilde kötü niyetli olarak davaya katılabilir. Örneğin üçüncü kişi, borçlu hakkında açılmış olan iflâs davasında, kendisi gerçekten alacaklı olsa dahi, sırf diğer alacaklıların alacaklarına geç kavuşmaları ve zarara uğramaları amacıyla iflâs davasını sürüncemede bırakmak isteyebilirler. Zira iflâsa ilişkin hükümlerde, ilân üzerine davaya müdahale eden alacaklıların itirazları yerinde görülme bile, bundan dolayı diğer alacaklıların veya borçlunun uğrayabilecekleri zararlara ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. O hâlde gerek borçluyla birlikte gerekse de bağımsız olarak diğer alacaklıların davaya kötü niyetli müdahalelerde bulunmaları durumunda karşı karşıya kalacakları bir risk bulunmadığından, iflâs davasının sürüncemede bırakılması muhtemeldir.

Bu durum doğrudan doğruya iflâs hâlleri bakımından da geçerlidir. Gerek alacaklının talebiyle gerekse de borçlunun talebiyle doğrudan doğruya iflâs davası açılması hâlinde, durumun ilân yoluyla diğer alacaklılara bildirilmesi esasen alacaklıların menfaatini korumaya yöneliktir. Gerçekten de alacaklının talebiyle doğrudan doğruya iflâsta borçlunun alacaklıyla anlaşıp davanın muvazaalı olduğu; borçlunun talebiyle doğrudan doğruya iflâsta ise borçlunun hakkındaki takipleri erteletmek veya sonuçsuz bırakmak için iflâsını talep ettiği ihtimallerini dikkate alan kanun koyucu, diğer alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından ilân mecburiyetini düzenlemiştir<sup>580</sup>. Ancak ne var ki ilân üzerine katılan alacaklıların da bu durumu manipüle etme ihtimali bulunmaktadır. Örneğin rehinli bir alacaklının, borçlunun doğrudan doğruya iflâsını talep etmesi hâlinde, özellikle imtiyazsız olan diğer alacaklıların davaya müdahalede bulunarak borçlunun iflâsını gerektiren bir durum olmadığını iddia etmeleri mümkündür. Hatta bu durum borçluyla birlikte anlaşarak da gerçekleştirilebilir. Sonuç olarak

---

<sup>579</sup> Burada borçlunun malvarlığını kötü niyetli olarak eksiltmesi, TCK m. 161 çerçevesinde hileli iflâs suçunu oluşturacaktır. Bu bakımdan ciddi bir yaptırım olarak dikkate alınabilir. Ancak davanın kötü niyetli olarak uzatılması ne hileli ne de taksiratlı iflâs kapsamında değerlendirilebilir. Zira burada davanın uzatılması, iflâsa sebebiyet veren olgular içerisinde kabul edilemez.

<sup>580</sup> Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 34, dn. 9b.

takipli veya doğrudan doğruya iflâsta, gerek borçlunun gerekse de alacaklıların kötü niyetli olarak iflâs davasını sürüncemede bırakmasına engel olabilecek nitelikte bir yaptırım veya diğer ilgililerin uğrayabileceği zararların tazminine yönelik herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

İflâs müessesesine ilişkin haksız takip işlemi olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus da davacı alacaklı ile davalı borçlu arasında davaya son veren taraf usûl işlemleri bağlamında ortaya çıkabilir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki alacaklının, iflâs kararı verilinceye kadar davadan feragat edebilmesi<sup>581</sup> veya borçluyla birlikte sulh yoluyla davayı sona erdirebilmeleri mümkündür<sup>582</sup>. İflâsın açılmasıyla birlikte ise kamusal sonuçlar da doğduğundan, karar verildikten sonra talebin geri alınması, feragat edilmesi veya sulh olunması mümkün değildir. Bu noktada acaba iflâs davasında, diğer alacaklıların davaya müdahalesi üzerine alacaklının veya borçlunun davaya son veren tasarruf işlemi bulunması, haksız takip işlemi çerçevesinde değerlendirilebilecek midir? Örneğin alacaklı borçlu hakkında iflâs davası açmış ve fakat ilân üzerine sıra cetvelinde kendisinden daha önde gelecek alacaklıların davaya müdahalesi sonucunda davasını geri alması veya borçluyla sulh olarak davayı sona erdirmeleri mümkün müdür? Zira iflâsın açılmasıyla birlikte davacı alacaklı alacağını iflâs masasına yazdırarak alabileceğinden, kendisine sıra cetveline göre ödeme yapılacak olması aleyhine olabilecektir. Borçlu da davacı alacaklının alacağını ödeyerek iflâs davasının reddedilmesini sağlamak isteyecektir. Kanımızca bu noktada ilân üzerine diğer alacaklıların davaya müdahalesi sadece itiraz kapsamında sınırlı olarak değerlendirilmemelidir. Somut olayın özelliğine göre buradaki katılmanın niteliği, asli müdahale olarak algılanmalıdır<sup>583</sup>. Bu çerçevede iflâs davasına katılan diğer alacaklıların da bulunması hâlinde, davacı alacaklı ve/veya borçlunun davaya son veren taraf usûl işlemleri yapmaları, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmeli, kanımızca somut olayın özelliğine göre mahkeme tarafından kötü niyetin tespiti hâlinde de sınırlandırılabilir. Kuşkusuz bu durumda diğer alacaklıların talepleri dikkate alınarak menfaatinin zedelenip zedelenmediğinden hareket edilmelidir.

Depo kararı kapsamında da birtakım kötü niyetli davranışlarda bulunulması mümkündür. Bilindiği üzere depo kararı, takipli iflâsa ilişkin iflâs davalarında borçluya tanınan son imkândır<sup>584</sup>. Depo kararının yargılama neticesinde tespit edilen maddi gerçeğe uygun

---

<sup>581</sup> İflâs davasından feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61, 1, (2012): 262 vd.

<sup>582</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 379-380.

<sup>583</sup> Kuru, *El Kitabı*, 1121.

<sup>584</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 539 vd.; Kuru, *El Kitabı*, 1116 vd.

olması gerekmektedir. Bu bağlamda davanın kesinleşmesinden depo kararı verilmesine kadar olan süreçte yapılan ödemeler dikkate alınmak durumunda olduğundan, borçlularca kötü niyetli olarak kısmî ödemelerde bulunulmak suretiyle iflâs davaları uzatılabilmektedir<sup>585</sup>. Depo kararı üzerine ödemenin doğrudan alacaklıya yapılması hâlinde, alacaklıya yapılan ödemenin resmî veya imzası ikrar edilmiş senetle ispatlanması gerekecektir. Alacaklı imzasını inkâr ederse asliye ticaret mahkemesi tarafından imza incelemesi yapılması mümkün değildir. Zira borçlu tarafından kötü niyetli olarak iflâs takiplerinin uzatılması engellenmek istenmiştir<sup>586</sup>.

İflâsta takas da kötü niyet kapsamında değerlendirilebilir. Müflisin alacaklıları, esasen iflâs tasfiyesi çerçevesinde sıra cetveli uyarınca alacağını alabilecekken, aynı zamanda müflisten alacaklı olanlar ise alacağını takas suretiyle tamamen veya sıra cetveline nazaran daha fazla oranda alabilecektir. Bu sebeple iflâsta takas imkânı olan alacaklıların bulunması, diğer alacaklıların aleyhinedir<sup>587</sup>. Dolayısıyla kötüye kullanımların önüne geçebilmek amacıyla; iflâsta takasın itiraz yoluyla geçersiz kılınabilmesi mümkün kılınmış (İİK m. 201), hatta belirli durumlarda iflâsta takas tamamen yasaklanmıştır (İİK m. 200). Buna göre alacakların karşılıklı olarak iflâsın açılmasından sonra doğması, alacaklının alacağının hamile muharrer bir senede dayanması hâlleri ile anonim, limitet ve kooperatif şirket iflâsında esas sözleşmeye göre ödenmesi gereken hisse senedi bedellerinin ödenmemiş kısımları veya taahhüt edilmiş fakat getirilmemiş sermaye borçları ile bu şirketlerin borçlarının takas edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla esas itibarıyla iflâsın açılmasından sonra doğan alacaklar için takas imkânı yoktur. Hatta alacak daha önce doğmuş olsa bile takas hakkı, şu veya bu şekilde iflâsa karar verildiği andan sonra kazanılmış ise yine takas mümkün değildir. Bir başka ifadeyle alacaklar iflâstan önce doğmuş olsa bile önemli olan iflâsın açıldığı an itibarıyla takası ileri sürebilme hakkının bulunmasıdır. İflâs anında takası ileri sürme hakkı yoksa takas yapılamaz. Örneğin hamile yazılı senetlerde ciro gerekmeyp, sadece zilyetliğin devri yeterli olduğundan, alacağın ne zaman alındığının tespit edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple iflâs anında takas ileri sürme imkânının olup olmadığı belirlenemediğinden, bu senetlere dayanan alacaklarda takas yasaklanmıştır<sup>588</sup>. Bununla birlikte iflâs kararından önce müflisin borçlusunun, borçlunun aciz hâlinde olduğunu bilerek masanın zararına kendisine veya üçüncü kişiye takas yoluyla menfaat

---

<sup>585</sup> Özbek, 257.

<sup>586</sup> Özbek, 258.

<sup>587</sup> Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 92.

<sup>588</sup> Aslında bu durum iyi niyetli olarak senedi devralan alacaklıları da zarara uğratabilecek niteliktedir. Bu bakımdan iyi niyetli olduğunun ispatlanması şartıyla takas imkânının getirilmesinin uygun olabileceği kanısındayız. Aynı yönde bkz. Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 95.

sağlamak için müflise karşı bir alacak kazanması hâlinde de takasa itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Öğretide bu davanın tasarrufun iptali davasının özel bir hâli olduğu ifade edilmektedir<sup>589</sup>. Buna göre iflâsın açılmasından önce olsa bile, borçlunun aciz hâlinde olduğunu bilerek masanın zararına olacak şekilde müflisten alacak kazanılması, iflâs masası tarafından açılacak davayla geçersiz kılınabilecektir. Ancak ne var ki borçlunun aciz hâlinde bulunduğu bilmesi ve masaya zarar verme kastı hususlarının soyutluğu karşısında bu durumun ispatı kuşkusuz güç olacaktır. Öte yandan doğrudan iflâs idaresi veya İİK m. 245 hükmü uyarınca alınan yetkiye istinaden alacaklılar tarafından açılan takasa itiraz davası sonuçlanmadan paylaşırmanın yapılamaması, dava sonunda takas geçersiz kılınsa bile gecikmelere ve dolayısıyla diğer alacaklıların zararına yol açabilecektir. Nihayetinde tasarrufun iptali davası niteliğinde olduğundan, dava neticesinde tazminat yaptırımını da öngörülmediğinden, takasa itiraz davasının diğer alacaklıların menfaatini tam olarak koruyabildiğini söylemek güçtür.

İflâs bağlamında dürüstlük kuralına aykırılık, sıra cetveli bakımından da gündeme gelebilir. Bilindiği üzere iflâs tasfiyesinde, alacağını masaya yazdıran alacaklıların yer aldığı sıra cetveli kesinleşmedikçe kesin paylaşırma mümkün değildir. Buna göre sıra cetveline karşı şikâyet yoluna başvurulması veya itiraz davası açılması durumunda, bu yargılamaların da sonuçlanmış olması gerekmektedir<sup>590</sup>. Sıra cetveline karşı başvuru yollarının<sup>591</sup> kötü niyetli kullanılması, pay cetvelinin ve buna göre yapılacak paylaşırmanın geciktirilmesine ve diğer ilgililerin zarar görmesine neden olabilecektir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki teminat mektubu karşılığında sıra cetvelinde ayrılan bedelin ödenebilmesine yönelik 4949 sayılı Kanun ile eklenen m. 142/a hükmünün iflâs tasfiyesinde uygulanması da mümkün değildir. Zira anılan hüküm, cüzi icrada sıra cetveline yönelik itirazlar nedeniyle alacaklıların alacaklarına geç kavuşmalarının doğurduğu sakıncaları bertaraf etme amacındadır. İflâs bakımından ise paylaşırma İİK m. 247 ilâ m. 253 hükümleri arasında düzenlenmiş olup, bu yönde bir düzenleme olmadığı gibi m. 142/a'ya atıf da yapılmamıştır. Hâl böyle olmakla birlikte iflâsta birden çok alacaklı olduğundan, esasen bu sakıncanın bertaraf edilmesine yönelik geçici dağıtma müessesesi bulunmaktadır. Gerçekten de İİK m. 252 uyarınca itiraz süresinin geçmesinden sonra geçici dağıtım yapılabilecektir. Hatta öğretide geçici dağıtımın sadece sıra

<sup>589</sup> Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 96; Kuru, *El Kitabı*, 1261; Yıldırım ve Deren Yıldırım, 428.

<sup>590</sup> Hatta masanın taraf olduğu bütün davalar sonuçlanmış olmalıdır. Kuru, *El Kitabı*, 1359.

<sup>591</sup> Sıra cetveline karşı başvuru yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, *Türk-İsviçre Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları* (Ankara: Yetkin, 2015), 169 vd.

cevveline karşı konulması hâlinde değil, iflâs idaresinin veya m. 245 uyarınca alınan yetkiye istinaden dava açan alacaklıların taraf olduğu ve alacaklıları ilgilendiren diğer davalarda da sonuçlanmasının beklenmeden geçici dağıtma yapılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir<sup>592</sup>. Bu durumda İİK m. 252/2 uyarınca henüz sonuçlanmamış davalara ilişkin ihtilafli alacaklar için İİK m. 250'ye göre pay ayrılarak muhafaza edilir. Ancak geçici dağıtma yapılabilmesi için, yeterli miktarda para olması gerekmektedir. İhtilafli alacakların çokluğuna karşılık masada yeterli miktarda para bulunmamaktaysa, geçici dağıtma yapılamayacaktır<sup>593</sup>. Kaldı ki geçici dağıtma yapılsa bile, İİK m. 196 uyarınca faiz ödemesi de yapılamayacaktır. Sonuç olarak geçici dağıtmanın da esas itibariyle alacaklıları kötü niyetli girişimlere yönelik olarak etkin bir şekilde koruduğunu söylemek güçtür.

Bütün bu hâllerde iflâs sürecinin uzaması veya iflâsta haksız takip işlemlerine karşı yaptırım niteliğinde bir tazminat düzenlemesi bulunmamaktadır. Şu durumda iflâsta haksız takip işlemlerinde, kötü niyetli girişimlere ilişkin olarak ancak genel hükümlere göre tazminat davası açılması gerekecektir.

### 3. İhtiyati hacizde

Yukarıda da ifade edildiği üzere ihtiyati haciz bağlamında kanun koyucu, esas itibariyle alacaklı menfaatini üstün tutmuş ve fakat alacaklının haksız çıkması hâlinde alacaklıya, ihtiyati haciz nedeniyle borçlunun muhtemel zararlarına karşılık fedakârlığın denkleştirilmesi çerçevesinde tazmin sorumluluğu yüklemiştir (İİK m. 259/4). Dolayısıyla alacaklı bakımından ihtiyati haciz müessesesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması mümkün olmakla birlikte, borçlunun zararlarının tazmin edilmesi özel olarak düzenlenmiştir. Oysa ihtiyati hacizde borçlu ve üçüncü kişilerin haksız ve kötü niyetli davranışları karşısında alacaklının uğrayabileceği zararlara yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen buna ihtiyaç olmadığı da söylenebilir. Zira ihtiyati haciz bakımından alacaklı menfaati zaten üstün tutulmuş olup borçlunun ihtiyati hacze karşı sahip olduğu hukukî imkânlar kısıtlıdır. Dolayısıyla ihtiyati haciz müessesesinde borçlu ve üçüncü kişiler tarafından haksız takip işlemi yapılmak suretiyle alacaklının zarara uğratılabilmesi pek mümkün değildir. Ancak yine de özel olarak ihtiyati haciz bağlamında borçlu ve üçüncü kişiye tanınan bu imkânların ve icra iflâs

---

<sup>592</sup> Kuru, *El Kitabı*, 1359.

<sup>593</sup> İbrahim Aşık, “İflâs Tasfiyesinde Geçici Dağıtma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, (2018): 277.



hukukuna ilişkin diğer bazı müesseselerin kötü niyetli olarak kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Bu noktada ilk olarak borçlunun (veya ilgili üçüncü kişinin) ihtiyati haciz kararına karşı itiraz imkânı değerlendirilebilir. İİK m. 265/1 uyarınca borçlu, kendisi dinlenmeden verilmiş ihtiyati haciz kararlarına karşı, kararın uygulanmasında hazırsa uygulanma tarihinden, hazır değilse tutanağın tebliğinden itibaren 7 gün içinde kararı veren mahkemeye<sup>594</sup> itiraz edebilir. Borçlu itirazında ihtiyati haciz sebeplerine<sup>595</sup>, teminata ve yetkiye dayanabilir. Keza menfaati ihlâl edilen üçüncü kişiler de ihtiyati haciz uygulamasının öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde ihtiyati haciz sebeplerine ve teminata yönelik itirazda bulunabilirler (İİK m. 265/2). İtiraz üzerine mahkeme tarafından, itiraz edenin dayandığı itiraz sebepleri ve buna ilişkin deliller üzerinden inceleme yapılır. İtiraz yargılaması duruşmalı yapılır, fakat taraflar gelmese de dosya üzerinden karar verilir. İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir, ancak istinaf başvurusu da ihtiyati haciz uygulamasına durdurmayacaktır (İİK m. 265/5). Şu hâlde borçlunun (veya üçüncü kişinin) kötü niyetli olarak olsa bile ihtiyati haciz kararına karşı itiraz ve/veya istinaf yoluna başvurusu, alacaklının ihtiyati haczi üzerinde doğrudan herhangi bir etki doğurmayacaktır. Zira her hâlde mahkeme tarafından inceleme yapılacağından ve dürüstlük kuralına aykırılık mahkeme tarafından kendiliğinden gözetileceğinden, borçlu veya üçüncü kişinin kötü niyeti karşısında talep reddedilecektir. Bu sebeple alacaklının ihtiyati haciz uygulamasının engellenmesi, bu surette zarara uğraması pek olası değildir. Burada ancak, itiraz ve/veya istinaf başvurusu nedeniyle mahkemelerde yapılacak olan yargılama nedeniyle alacaklının zaman, emek ve masrafları bakımından zararları olabilir.

Aynı şekilde borçlunun İİK m. 266 uyarınca teminat karşılığında ihtiyaten haczedilen malları üzerindeki haczin kaldırılması imkânını da kötü niyetli olarak kullanılması mümkün değildir<sup>596</sup>. Zira burada da zaten ihtiyaten haczedilmiş mallar üzerinde haciz kalksa da, bu kararın verilebilmesinin şartı olarak teminat gösterilmesi gerektiğinden, ihtiyati haciz esas itibariyle kalkmamakta, sadece konusu teminat olarak değişmektedir<sup>597</sup>. Bir başka ifadeyle İİK

---

<sup>594</sup> İhtiyati haciz kararından sonra alacaklı ihtiyati haczi tamamlayan merasim çerçevesinde dava açmışsa davanın görüldüğü mahkemeye başvurulacaktır.

<sup>595</sup> Burada her ne kadar ihtiyati haciz sebepleri olarak ifade edilmekte ise de, bu husus ihtiyati haczin şartları olarak algılanmalıdır. Zira ihtiyati haciz sebepleri, ihtiyati haciz şartlarından yalnızca bazılarını oluşturmaktadır. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 323.

<sup>596</sup> İİK m. 266 uyarınca teminat karşılığında ihtiyati haciz kararının kaldırılması imkânı sadece borçluya tanınmıştır. Bu sebeple üçüncü kişilerin bu yolu kötüye kullanarak alacaklıya zarar verebilmeleri, zaten mümkün değildir.

<sup>597</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 331.

m. 266'da ihtiyati haciz teminat üzerinden devam etmektedir. Dolayısıyla borçlunun dürüstlük kuralına aykırı şekilde bu imkânı kullanması, bu surette alacaklıya zarar verebilmesinin gerçekçi olduğu söylenemez.

Borçlu veya üçüncü kişi tarafından kötü niyetli olarak haksız takip işlemi yapılması, ihtiyati haczin uygulanması noktasında söz konusu olabilir. Kanun koyucu ihtiyati haczin uygulanmasını, kural olarak hacze ilişkin genel hükümlere atf yaparak düzenlemiştir (İİK m. 261/2). Bununla birlikte bazı hâllerde ihtiyati haciz bakımından özel düzenlemeler yapmıştır. Örneğin İİK m. 263 ile teminat karşılığında ihtiyaten haczedilen mallar, teminat karşılığında icra memuru tarafından borçlu veya üçüncü kişilere bırakılabilir. Borçlunun teminatı yatırması gerekmektedirken üçüncü kişinin yalnızca taahhütte bulunması yeterlidir. Bu durumda İİK m. 266'dan farklı olarak ihtiyati haciz mallar üzerinden kalkıp teminat üzerinde devam etmemekte, bilakis mallar üzerinde devam etmektedir. Teminatın işlevi, yalnızca malların borçlu veya üçüncü kişilerde bırakılmasıdır. Esasen borçlu ve üçüncü kişilerin ihtiyati haciz uygulaması bakımından zarar görmemeleri, örneğin ticari faaliyetlerine devam edebilmeleri gibi amaçlarla korunmalarını sağlamak için öngörülmüş bu hükmün kötüye kullanılması mümkündür. Her ne kadar teminat öngörülmüş olsa da, kendilerinde bırakılan mallar üzerinde kötü niyetli olarak tasarruf işlemi bulunabilirler; malların elden çıkarılması, kaçırılması veya değerini azaltıcı şekilde değişiklikler yapılması gündeme gelebilir. Özellikle anılan hükmün son cümlesinde teminatın her hâlde borç ve masrafi geçemeyeceği dikkate alındığında, borçlu veya üçüncü kişilerin kötü niyetli olarak mallar üzerinde iyi niyetli üçüncü kişilerle tasarrufta bulunarak (İİK m. 86/3) alacaklıyı zarara uğratabilmeleri mümkündür. Zira alacaklı satış isteme yetkisini elde ettiğinde borçlunun herhangi bir malı kalmamış olabileceği gibi kalan mallar nitelik ve nicelik itibarıyla alacaklının alacağını karşılamaya yetmeyebilecektir. Bu durumda teminat da faiz ve diğer takip masraflarının eklenmesi nedeniyle, alacaklının alacağını karşılamada yetersiz kalacak; hatta alacaklının alacağını elde etmesinde yaşanan gecikme nedeniyle uğradığı dolaylı zararları da söz konusu olabilecektir.

Bu durumda alacaklı, hayatın olağan akışı içerisinde bu girişimleri geç öğrenebilecektir. Borçlu ve üçüncü kişinin kötü niyetli girişimlerini bir şekilde öğrenebilirse icra dairesine başvurarak malların fiilen muhafaza altına alınmak üzere borçlu ve üçüncü kişilerden istenmesini talep edebilir. Bu şekilde kötü niyetli girişimlere engel olabilir. Ancak öğrenemediğinde veya öğrenmiş olup da icra dairesine yaptığı talep hiç veya zamanında yerine getirilmezse, icra memurunun işlemi şikâyet etse bile büyük ihtimalle zarara uğrayabilecektir.

Bu durumda alacaklı zararlarını, ne ihtiyati hacze ilişkin düzenlemeler çerçevesinde teminattan ne de şikâyet çerçevesinde borçludan (veya üçüncü kişiden) karşılayabilecektir. Genel hükümler çerçevesinde borçlu veya üçüncü kişiye tazminat davası açması gerekecek veya şartları varsa icra memurunun eyleminden dolayı devlete karşı tazminat davası açması (İİK m. 5) gerekecektir<sup>598</sup>.

Öte yandan ihtiyati haczin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek diğer kötü niyetli işlemler üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacakların haczine ilişkin İİK m. 89 çerçevesinde veya istihkaka ilişkin İİK m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde gündeme gelebilir. Örneğin üçüncü kişiyle anlaşarak malın üçüncü kişiye teslim edilmesi suretiyle istihkak davasının alacaklı tarafından açılması sağlanabilir. Keza İİK m. 97/a hükmündeki ispata ilişkin düzenlemeler de manipüle edilebilir. Aynı şekilde İİK m. 89 çerçevesinde kötü niyetli girişimlerin de söz konusu olması mümkündür. Bununla birlikte bu ihtimaller, yukarıda ayrıntılı şekilde değerlendirildiğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla burada tekrar ele almayı, yalnızca belirtmekle yetiniyoruz.

Öğretide, ihtiyati haciz kararına karşı her ne kadar Kanun'da sadece itiraz, istinaf kanun yolu ve teminat karşılığı mallar üzerindeki haczin kaldırılması düzenlenmiş olsa da ihtiyati haciz kararına dayanak teşkil eden durum ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati haciz kararının değiştirilmesi veya kaldırılması amacıyla mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmektedir<sup>599</sup>. Gerçekten de geçici hukukî himaye tedbiri niteliğinde olan ihtiyati haciz kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, karar verilirken mevcut olan amaç ve hukukî yararın, durum ve şartlarda yaşanan değişiklikler sonucunda ortadan kalkmış olmasına rağmen devam ettirilmesi, hukukî korumanın amaç ve niteliğine uygun düşmemektedir. Dolayısıyla borçlunun, durum ve şartların değiştiği, ihtiyati haczin amaç ve hukukî yarardan yoksunluğu nedeniyle mahkemeye başvurusu mümkündür. Bu noktada mahkemeye kötü niyetli başvurularda bulunulması mümkündür. Örneğin durum ve şartlarda herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen, tekrar tekrar ihtiyati haczin kaldırılması veya değiştirilmesi talebiyle mahkemeye başvurularak alacaklı gereksiz zaman, emek ve masrafta bulunmaya zorlanabilir. Bu şekilde alacaklı üzerinde maddi manevi baskı oluşturulmak istenebilir. Belirttiğimiz

---

<sup>598</sup> Burada esasen borçlunun 331 uyarınca altı aydan 3 yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmasını şikâyet yoluyla sağlayabilir. Ancak ne var ki bu durumda da uğradığı zararların tazminini sağlayamayacaktır.

<sup>599</sup> İhtiyati haciz bakımından HMK m. 396 hükmüne paralel bir düzenleme açıkça mevcut olmasa da, ihtiyati haczin amacından hareketle aynı sonuca ulaşılabilir. Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 328.

durumun gerçekleşmesi her ne kadar düşük ihtimalli de olsa, alacaklı zararlarını genel hükümlere göre tazminat davası açarak giderebilmelidir.

İhtiyati haciz bakımından borçlu tarafından kötü niyetli davranış olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus da menfi tespit davası bağlamında gündeme gelebilir. Borçlunun, alacaklının ihtiyati haciz imkânını sonuçsuz bırakmak için menfi tespit davası açıp açamayacağını değerlendirmek gerekmektedir. Bu noktada ihtiyati haciz talebi veya kararından sonra kötü niyetli borçluların menfi tespit davası açması hâlinde, davayı icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası olarak kabul ederek, ihtiyati haczi sonuçsuz bırakamaması gerektiği düşünülebilir. Ancak menfi tespit davasının takibi durdurabilmesi için kanun koyucunun esas aldığı kıstas, icra takibidir. Davanın icra takibinden önce açılması yönündeki İİK m. 72/2 hükmünde yer alan “*icra takibi*” kavramının, kanun koyucunun amacı da dikkate alınarak icra takip işlemi şeklinde geniş yorumlanmaması gerekir. Zira takip talebi olmadan icra takibinden bahsedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla gerek ihtiyati haciz talebi gerekse de ihtiyati haciz kararı icra takibi olarak kabul edilemez. Nitekim kanun koyucu İİK m. 72 ile İİK m. 264 hükümlerinin her ikisinde de icra takibi ifadesini kullanmış, icra takibi ile icra takip işlemi birbirleriyle ve ihtiyati hacizden ayırmıştır. Şu hâlde ihtiyati haciz talebi veya kararı üzerine menfi tespit davası açılması hâlinde takipten sonra açılmış menfi tespit davası olarak değerlendirilemeyecektir<sup>600</sup>.

Bu itibarla borçlunun, ihtiyati haciz talebi veya ihtiyati haciz kararından sonra menfi tespit davası açması hâlinde, davanın icra takibinden önce açıldığının kabul edilmesi gerekir. Bu durumda borçlu, prensip olarak % 15 teminatla takibi durdurabilir. Ancak kuşkusuz bu imkânın kötü niyetli olarak kullanılmasının önüne geçmek amacıyla, öğretide hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde takibin tedbir yoluyla durdurulması için % 15'ten fazla teminat araması gerektiği ifade edilmektedir<sup>601</sup>. Özellikle borçlunun, ihtiyati haciz talebi veya kararından haberdar olup olmadığını tespiti suretiyle, menfi tespit davasını kötü niyetli olarak açıp açmadığı değerlendirilmelidir. Borçlu ihtiyati haciz kararına ilişkin yargılamada dinlendiyse veya kendisine davetiye tebliğ edildiyse, tedbir kararı verilebilmesi için % 15'ten fazla, hatta borçlunun menfi tespit davasına dayanak olarak ileri sürdüğü iddialara göre gerektiğinde % 100 oranında dahi teminata karar verilebilmelidir<sup>602</sup>. Kanımızca bu yöndeki çözüm, borçlunun alacaklının ihtiyati haciz başvurusu sonrasında icra takibi başlatması ihtimalini düşünerek,

<sup>600</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 260-261.

<sup>601</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 261.

<sup>602</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 261.

ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesinin başından engellenmesi, bu surette de alacaklının alacağına geç kavuşmasına neden olması durumunda alacaklının uğrayabileceği zararların karşılanması açısından uygun olacaktır. Zira aksinin kabulü hâlinde alacaklılar, borçlunun menfi tespit davası açmak suretiyle takibi durdurabilecek olmaları nedeniyle, ihtiyati haczi tamamlayan merasim olarak alacak davası açma seçeneğine zorlanmış olacaktır. Ancak ne var ki borçlunun menfi tespit davası açması, menfi tespit davasında dayandığı dava sebebine istinaden alacaklının alacak davası açısından derdestlik oluşturabilecek veya en iyi ihtimalle bekletici mesele yapılmasına neden olabilecektir. Bu durumda borçlunun ihtiyati haciz talebi veya kararı sonrasında menfi tespit davası açması hâlinde, icra takibinin durdurulabilmesi için teminat olarak % 15'in üstünde teminat aranmaması, borçluların kötü niyetli olarak menfi tespit davalarını kolaylıkla açmalarına ve ifade ettiğimiz problemler nedeniyle alacaklıların ihtiyati haciz müessesesine başvurmaktan imtina etmelerine neden olabilecektir.

Menfi tespit davası açılması hâlinde ortaya çıkabilecek bir diğer problem de menfi tespit davasının alacaklının ihtiyati haciz kararının icrasını sağlamasına engel olup olmayacağıdır. Bir başka ifadeyle, borçlu ihtiyati haciz kararından sonra ve fakat kararın icrasından önce kötü niyetli olarak menfi tespit davası açıp tedbir kararıyla ihtiyati haciz kararının uygulanmasına engel olabilecek midir? Öğretide borçlunun, takipten önce menfi tespit davası açarak tedbir kararıyla icra takibine ve bu çerçevede kesin hacze dahi engel olabilirken, kesin haciz imkânı sağlamayan, geçici nitelikteki ihtiyati hacze evleviyetle engel olacağı, buna göre takipten önce açılan menfi tespit davasında tedbir kararı verilmesi hâlinde ihtiyati haczin uygulanamayacağı ifade edilmektedir<sup>603</sup>. Ancak kanımızca bu görüş, menfaatler dengesi ve ortaya çıkabilecek problemler bakımından tartışılmaya müsaittir. Şöyle ki borçlu, alacaklının ihtiyati haciz kararından sonra ve fakat kararın icrasından önce menfi tespit davası açıp tedbir kararı aldığı anda, ihtiyati haczin uygulanmasına da engel olabilirse, kötü niyetli olarak mallarını elinden çıkarabilecektir. Zira alacaklı icra takibi başlatıp kesinleştirebilse bile kesin haciz isteyemeyeceği gibi malların ihtiyati haczini de sağlayamamış olacaktır. Menfi tespit davası alacaklının lehine sonuçlandığında, takip çerçevesinde borçlunun haczedilip satılabilecek malvarlığı hiç veya alacağı karşılayacak kadar kalmamış olabilir. Dolayısıyla alacaklının takibi kısmen veya tamamen sonuçsuz kalabilecektir. Bu durumda alacaklı, ancak tasarrufun iptali davası açabilecektir ki ispat güçlüğü karşısında bu da alacaklının zarara uğramasına engel olmayabilecektir.

---

<sup>603</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 310; Kuru, *Menfi Tespit*, 35.

Buna karşılık alacaklının ihtiyati haciz kararını uygulatabilmesinin mümkün olduğu kabul edildiğinde, menfi tespit davasının borçlu aleyhine sonuçlanması durumunda, alacaklının alacağı kesin hükümle tespit edildiğinden, takibinin kesinleşmesiyle birlikte ihtiyaten haczedilmiş malların da satışının istenmesi mümkün olabilecektir. Böylece alacaklı, borçlunun kötü niyetli olarak menfi tespit davası açması ihtimaline karşı korunmuş olacaktır. Kaldı ki menfi tespit davasını borçlu kazansa bile, haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davası çerçevesinde zararlarının tazminini sağlayabilecektir. Oysa ihtiyati haciz uygulanamaz denilirse, borçlunun menfi tespit davasını kaybetmesi hâlinde alacaklının zararını ancak menfi tespit davasında tedbir kararı için gösterilen teminattan alabilecektir. Ancak bu durumda da teminatın, her ne kadar yukarıda da ifade edildiği üzere % 15'ten fazla belirlenmesi gerekse de, dava takipten önce açıldığı için teminat % 100'den fazla olamayacaktır<sup>604</sup>. Şu hâlde alacaklının tam olarak zararını karşılayabileceği bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öte yandan tedbir kararının, ihtiyati haciz talebinde bulunabilme ve ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olmayacağı ifade edilmekle birlikte, alınan kararın uygulanmasını engellemesi, ihtiyati haciz talebini ve ihtiyati haciz kararını da anlamsız kılacaktır. Zira bu durumda alacaklı, menfi tespit davası açılmış ve tedbir kararı alınmış olduğu için, takip başlatsa ve takibini kesinleştirse bile haciz isteyemeyecektir. Alacak davası açma ihtimali de, borçlunun menfi tespit davasında dayandığı sebebe göre derdest olacak veya bekletici sorun olarak kabul edilebilecektir. Hâl böyleyken ihtiyati haczi uygulatmasına da engel olunursa, az yukarıda da ifade ettiğimiz gibi alacaklılar ihtiyati hacze başvurmadan kaçınabileceklerdir. Zira bu durumda alacaklıların ihtiyati haciz talep etmesi, bir bakıma borçlunun kötü niyetli olarak menfi tespit davası açmak suretiyle harekete geçmesine neden olunması, deyim yerindeyse borçlunun uyandırılması anlamına gelebilecektir.

Kaldı ki ihtiyati haciz, kesin haciz niteliğinde olmadığından, alacaklı takip kesinleşmedikçe ihtiyaten haczedilen malların satışını sağlayamayacağından borçlu açısından geri dönülemez zarar da söz konusu olmayacaktır. Borçlu menfi tespit davasını kazandığında, zaten borçlu olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olacak ve takip sona erecektir. Bu durumda ihtiyati haciz şartlarının ortadan kalktığı gerekçesiyle ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye başvurularak ihtiyati hacizlerin kaldırılması sağlanabilecektir. Ayrıca borçlunun, durum ve şartların değişmesi nedeniyle dayanarak kesin hüküm niteliğinde olmayan ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteme yetkisi de bulunduğundan, kötü niyetli

---

<sup>604</sup> Özkes, *İhtiyati Haciz*, 311.

olmamak kaydıyla zararını önleme imkânı da her zaman vardır. Nihayet ihtiyati haciz kararı çerçevesinde borçlunun malları üzerinde fiilen muhafaza tedbiri uygulanmış ise, ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davası çerçevesinde zararlarını tazmin ettirebilmesi de mümkündür.

Tüm bu açıklamalar neticesinde, borçlunun ihtiyati haciz kararından sonra menfi tespit davası açarak tedbir karşılığında alacaklının ihtiyati haciz kararını uygulatmasının engelleyememesi gerektiği kanısındayız. Aksinin kabulü hâlinde ortaya çıkan problemler, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin, alacaklı aleyhine bozulmasına neden olabilecektir. Oysa kanun koyucu ihtiyati haciz müessesesinde, taraflar arasındaki menfaat çatışmasına alacaklının perspektifinden yaklaşmakta ve prensip olarak alacaklının menfaatini üstün tutmaktadır. Hâl böyleyken menfi tespit davasında tedbir kararıyla ihtiyati haciz müessesesinin bertaraf edilebilmesi, ne kanun koyucunun amacına ne de icra iflâs hukukunun genel yapısına uygun olacaktır.

#### **4. Tasarrufun iptali davasında**

Tasarrufun iptali davası, yukarıda da ifade edildiği üzere borçlunun, alacaklılarının icra takiplerini sonuçsuz bırakmak amacıyla kötü niyetli olarak yapmış olduğu birtakım tasarruf işlemlerinin alacaklılara karşı iptal edilerek, tasarruf işlemine konu malvarlığının satışından elde edilen gelire alacaklıların takip neticesinde elde edemediği alacaklarına ulaşmalarını sağlamaya yönelmektedir<sup>605</sup>. Ancak burada ölçülülük ilkesi gereğince, alacaklının iptal ettirebileceği tasarrufların sınırlı tutulması zorunludur. Zira tasarruf işlemlerinin sınırsız bir şekilde her zaman ve her türlü işlem bakımından iptal edilebilecek olması hâlinde; toplumda kimse, bir başkasıyla tasarruf işlemi yapmaz ve toplumsal güven duygusu ortadan kalkar. Bu sebeple iptal davası, ancak İİK m. 278 ilâ 280 hükümlerinde düzenlenen tasarruflar bakımından söz konusu olabilir. Diğer taraftan tasarrufun iptali yalnızca iradi tasarruflar bakımından sağlanabilir. Mahkeme kararı veya cibrî icra satışları suretiyle gerçekleşen tasarruf işlemlerinin iptal edilebilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu, görüldüğü üzere tasarrufun iptali davasının hükümlerini, sınırlandırıcı bir anlayışla düzenlemiştir.

Bu noktada borçlunun, alacaklılarının tasarrufun iptali davalarını sonuçsuz bırakmak için cibrî icra işlemlerini kötü niyetli olarak kullanması gündeme gelebilir. Örneğin borçlu, ileride gerçek alacaklısının kendisine karşı takip başlatacağını düşünmekte ve takibini sonuçsuz

---

<sup>605</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 725 vd.

bırakmak amacıyla mallarını elinden çıkarmak istemektedir. Ancak iptale tâbi tasarruflardan olmaması için bir yakınıyla anlaşarak kendisine karşı takip başlatmasını sağlayabilir. Ödeme emrine itiraz da etmeyip takipte bir an evvel mallarının haczettirilmesini, bu surette satılarak elden çıkarılmasını sağlayabilir. Elde edilen geliri de anlaştığı kişiden geri almayarak, alacaklıdan kaçırabilir (İİK m. 281/2). Hatta cebri icra satışında da yine anlaştığı bir kimsenin en yüksek teklifi vermek suretiyle almasını sağlayarak, malların da esasen muvazaalı olarak devredilmesini sağlayabilir. Böylelikle borçlu, gerçek alacaklılarının, tasarruf işlemi iptal ettirmesinin önüne geçecek şekilde malvarlığını elinden çıkarmış olabilir. Bu durumda borçlunun gerçek alacaklısı, teknik olarak iptal ettirilebilecek bir tasarruf işlemi olmadığından, ne borçlu ve sahte alacaklıya ne de borçlu ve cebri satış yoluyla malı alan üçüncü kişiye karşı iptal davası açabilecektir. Ancak öğreti ve uygulamada, Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmadığından kötü niyetli takipler çerçevesinde cebri icra satışları yaptırılarak mal kaçırma girişimlerinin önüne geçebilmek amacıyla iptal davası açılacağı kabul edilmektedir<sup>606</sup>.

Aksi takdirde asıl takip alacaklısının başka türlü korunması mümkün değildir. Zira malların ihalesinin de borçlunun anlaştığı kişi tarafından alınması durumunda, ihale fesadı olmasına rağmen, İİK m. 134/2 uyarınca gerçek alacaklının ihalenin feshini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Gerçek alacaklının icra ve iflâs hukuku çerçevesinde başvurabileceği tek imkân, ihtiyati haciz yoluyla borçlunun kendisine karşı yaptırdığı muvazaalı takipteki hacizlere iştirak etmek olarak düşünülebilir. Ancak bu imkân da gerek iştirak şartlarının ağırlığı gerekse de bu durumun önceden yapılması nedeniyle kötü niyetli yapıldığını öğrenmenin zorluğu karşısında, pratik olarak uygulanabilir değildir. Şu hâlde, bu duruma ilişkin asıl takip alacaklısına tasarrufun iptali davası açma hakkı tanınmazsa, alacaklılar, ancak genel hükümler çerçevesinde TBK m. 19'a dayanarak muvazaa nedenine dayanan iptal davası açabilir.

İptal davasına yalnızca iradi tasarrufların konu edinmesi, belirttiğimiz sakınca karşısında borçluların dava veya cebri takip çerçevesinde mallarını ellerinden çıkarmasına neden olabilecektir. Ancak verdiğimiz örnekte, borçlunun muvazaalı alacaklısının dava yoluyla malvarlığı değerlerini elde etmesi hâlinde, gerçek alacaklının, HMK m. 376 çerçevesinde üçüncü kişi olarak yargılamanın yenilenmesini isteyebilmesi mümkündür. Oysa icra ve iflâs hukukunda, gerçek alacaklıları bu şekilde koruyan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla iptal davasına ilişkin hükümler bakımından gerçek alacaklıların korunmasının tam olarak

---

<sup>606</sup> Gerçekten de Kanun'da hüküm bulunmadığından, öğreti ve uygulamada, borçlunun üçüncü kişilerle anlaşarak kötü niyetli cebri icra takibi çerçevesinde yapılan ihalelerin iptaline karar verilebileceği kabul edilmektedir. Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2016), 1207; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 730.



sağlandığı söylenemez. Bu noktada, her ne kadar öğreti ve uygulamada, genel hükümlere göre muvazaaya dayanan iptal davasıyla iptal ettirme imkânının bulunduğu kabul edilse de, HMK m. 376 hükmüne paralel şekilde, hileli gerçekleştirilen cebri takiplerin iptalini sağlayabilecekleri bir başvuru imkânının getirilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde alacaklılar borçlu ve üçüncü kişinin kötü niyetli cebri takip yoluna başvurarak malların elden çıkarılmasına karşı icra ve iflâs hukuku çerçevesinde etkin bir şekilde korunamayacaktır. Genel hükümler çerçevesinde iptal de ettiremediği sürece veya ettirse bile gecikme ve gösterdiği zahmet nedeniyle, uğradığı zararlara ilişkin ancak haksız fiil hükümlerine dayalı tazminat davası açabilecektir.

## II. Zarar

### A. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru zarardır. Zarar ortaya çıkmadıkça, fiil hukuka aykırı olsa dahi tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Nitekim TBK m. 49/1 hükmünde, “... başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” düzenlemesinde açıkça zarar ifadesine yer verilmiştir. Fiil kusurlu ve hukuka aykırı olsa dahi, başkası nezdinde zarar meydana gelmemişse, tazminat yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>607</sup>.

Buna göre icra ve iflâs hukukunda haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, haksız takip veya haksız takip işlemi niteliğindeki hukuka aykırı fiilin, bir başkası nezdinde zarara neden olması gerekmektedir. İcra ve iflâs hukuku çerçevesinde tanınan hak ve yetkilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması, tak başına yeterli değildir; hukuka aykırı bu işlemler neticesinde alacaklı, borçlu veya üçüncü kişi zarar görmelidir.

### B. Zararın Hukukî Niteliği

Haksız fiil sorumluluğu bakımından zarar, TBK m. 49’da tanımlanmamıştır. Bununla beraber öğretilerde zarar, “*kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma*” olarak ifade edilmektedir. Ancak bu tanım, dar anlamda zarar kavramı olarak maddi zararları belirtmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise, “*kişinin şahısvarlığında, kişilik değerlerinde rızası dışında meydana gelen eksilme*” olarak tanımlanan manevi zararları da kapsamaktadır<sup>608</sup>. Ancak her ikisinde de ortak ve mutlak olan husus, hukuken korunan değerlere yönelik haksız

<sup>607</sup> Erdoğan İ., 129; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 37 vd.

<sup>608</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 542-543.

bir fiilin sonucu olarak ortaya çıkmalarıdır<sup>609</sup>. Borçlar hukuku öğretisinde dar ve geniş anlamda zarar ayrımı tartışmalı<sup>610</sup> olmakla birlikte, konumuz açısından bu tartışmanın önemi bulunmadığından, biz zarar kavramını hem maddi hem de manevî zararı ifade etmek üzere kullanacağız. Zira zararın kapsamı çerçevesinde açıklayacağımız üzere, haksız takip veya haksız takip işlemi nedeniyle, kişilerin hem maddi hem de manevi zararları söz konusu olabilecektir<sup>611</sup>.

Öte yandan haksız takip ve haksız takip işleminden doğan sorumluluk, istisnai olarak sözleşme sorumluluğu çerçevesinde de ortaya çıkabilir. Bu anlamda borçlu ve alacaklı arasında gerek takipten önce gerekse de takip sırasında (icra sözleşmesi olarak) süre verilmesine, borcun taksitle ödenmesine veya ibraya ilişkin bir sözleşme yapılmış olması ve fakat buna rağmen takip başlatılması hâlinde, hukuka aykırılık, sözleşmeye aykırılık niteliğindedir. Dolayısıyla zarar, sözleşmeye aykırılık bağlamında ortaya çıkar. Bu durumda zararın hukukî niteliği olumlu-olumsuz zarar olarak değerlendirilecektir. Zira özellikle sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarda, karşı tarafa tanınan imkânlar, edimin ifası ve gecikmeden doğan zararın veya aynen ifadan vazgeçip bundan doğan zararın tazmini (olumlu/müspet zarar) veyahut da sözleşmeden dönüp, bu durumdan doğan zararın (olumsuz/menfi zarar) tazmininin talep edilmesidir<sup>612</sup>. Bununla birlikte TBK m. 114/2 uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağından, maddi tazminata ilişkin TBK m. 49 ve özellikle manevi tazminat bakımından haksız fiillere ilişkin TBK m. 56 hükmü de uygulanabilecektir. Bu durumda sorumluluğun dayanağı bağlamında hakların yarışması söz konusu olabilecektir<sup>613</sup>.

### C. Zararın Kapsamı

Haksız takip ve haksız takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunda tazminata esas olan zararlar bakımından ilk olarak maddi zararlar ifade edilebilir. Buna göre haksız bir takip veya takip işleminden uğranılan maddî zararlar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya

<sup>609</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 63.

<sup>610</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 63; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 37.

<sup>611</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğu bağlamında zarar, borçlar hukuku öğretisinde fiilî zarar-yoksun kalınan kâr, doğrudan-dolaylı-yansıma zarar, mevcut-müstakbel-muhtemel zararlar gibi çeşitli ayrımlara tâbi tutularak incelenmektedir. Ancak bu ayrımların başlı başına açıklanması, bu çalışmanın amaç ve kapsamı karşısında doğrudan konuyla ilgili olmadığından, zararın kapsamı çerçevesinde belirtilmekle yetinilecektir.

<sup>612</sup> Veldet, "Zarar ve Tazminat", 746, Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 41-42. Tandoğan, *Mes'uliyet*, 71, 426 vd.

<sup>613</sup> Pınar Çiftçi, "Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevî Tazminat Sorumluluğu", *Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2*, (Ankara: Yetkin, 2009), 86 vd.

çıkabilir. Örneğin gerçekte borçlu olmadığı bilinerek veya bilinebilecek durumda olarak borçluya karşı başlatılan takipte, borçlunun mallarının haczedilip satılması, takip masrafları ve diğer giderler, takibe karşı koymak için gösterilen teminat veya açılan davalarda yapılan giderler gibi zararları fiilî zarar kapsamında değerlendirilebilir. Zira bu durumda haksız takip ve bu çerçevede yapılan işlemler olmasaydı, borçlunun malvarlığında eksilme olmayacaktı<sup>614</sup>. Keza borçlunun bu durumdan ötürü işlerinin bozulması, örneğin tacir olması hâlinde üretim araçlarının haczedilip satılması nedeniyle gerçekleştiremediği ticari faaliyet veya ticarî fırsatlar da yoksun kalınan kâr kapsamındadır.

Bu noktada maddi zararlar bakımından, malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi, ilgili malvarlığı değerlerinin kullanılamaması nedeniyle uğranılan zararları ifade eden “*normatif zarar*” kavramının, alacaklının tazminat sorumluluğu kapsamında kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirmek gerekir. Belirtmek gerekir ki normatif zarar, Alman hukukunda kabul edilmekle birlikte, Türk-İsviçre hukukunda pek taraftar bulamamıştır<sup>615</sup>. Zira normatif zararın gelişmesinde, özellikle Alman hukukunda kural olarak manevi zararın tazminat sorumluluğu kapsamında kabul edilmemesi etkili olmuştur<sup>616</sup>. Oysa Türk-İsviçre hukukunda manevi zararların tazmini mümkün olduğundan, şartları varsa zaten uğranılan zarar bu kapsamda tazmin edilebilmektedir. Ayrıca bir şeyi veya hakkı kullanma imkânının kaybedilmesi, ancak o şeyin zarar görmesi veya hakkın ihlâl edilmesine bağlı tutulduğundan, salt bir kimsenin özgürlüğünün elinden alınması, bu süreçte her türlü mahrumiyeti için tazminat talep etmesi anlamına gelebileceğinden, zarar görenin zenginleşmesine neden olabileceği ifade edilerek kabul edilmemektedir<sup>617</sup>. Öte yandan mahrum kalınan malvarlığı değerinin veya hakkın hangi durumlarda zarar kavramının içine gireceği ve ekonomik olarak ne ölçüde değer biçileceğinin belirlenmesindeki güçlüklerin hukuka güveni sarsacağı ifade edilmektedir<sup>618</sup>. Kanımızca haksız takipten doğan tazminat sorumluluğu bağlamında normatif zarar kavramına, borçlar hukuku açısından ziyade icra ve iflâs hukukunun kendine özgü yapısı itibariyle yaklaşılmalıdır. Zira icra ve iflâs hukukunda borçlunun sorumluluğu, bilhassa malvarlığı değerleriyle sınırlıdır. Cebrî müdahale, prensip itibariyle doğrudan borçlunun malvarlığına yönelmektedir. Dolayısıyla takip hakkının kötüye kullanılması suretiyle, borçlu veya üçüncü

---

<sup>614</sup> Bugün için maddi tazminatın belirlenmesinde hâkim görüş, menfaat teorisi. Buna göre haksız fiil kapsamında zararı ortaya çıkaran eylem olmasaydı, zarara uğrayanın malvarlığının durumu ile mevcut durum arasındaki fark dikkate alınır.

<sup>615</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 42.

<sup>616</sup> Normatif zarar teorisi ve Alman hukukundaki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, 17 vd.

<sup>617</sup> Nomer, 22 vd.

<sup>618</sup> Nomer, 24.

kişinin cebri müdahaleye maruz kalması hâlinde maddî zarara uğraması kaçınılmazdır. Bu bakımdan örneğin borçlunun (veya üçüncü kişinin) mallarının sırf haczedilmesi ve fakat satılmaması nedeniyle malvarlığından eksilme olmadığı gerekçesiyle alacaklının tazminat sorumluluğunun kabul edilmemesi, hakkaniyete aykırı olacaktır. Nitekim Yargıtay da haksız haciz nedeniyle maddi ve manevi tazminat sorumluluğunu kabul etmektedir<sup>619</sup>. Kaldı ki kötü niyet tazminatlarının kabul edilme amacını oluşturan hususlardan birisi de borçlu veya üçüncü kişinin alacaklının kötü niyetli olarak cebri müdahaleleri nedeniyle zarar vermesinin engellenmesidir. Ayrıca kanun koyucu, ihtiyati haciz çerçevesinde alacaklının alacak iddiasında haksız çıkması hâlinde ihtiyati haciz nedeniyle borçlu veya üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan, alacaklının kusursuz dahi olsa sorumluluğunu öngörmüştür<sup>620</sup>. Bu itibarla borçlu veya üçüncü kişilerin malvarlığı değerleri üzerinde haciz uygulanması ve bu surette tasarruf yetkisinin kısıtlanması, zarar kapsamında değerlendirilmeli; malvarlığında eksilme olmadığından hareketle tazminat kapsamı dışında tutulmamalıdır.

<sup>619</sup> “... Dava, maaşa konulan haksız bloke kaydı nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı banka kredi sözleşmesinin 11 nci maddesi hükmüne dayanmıştır. İİK.83/a maddeleri hükmü uyarınca; SSK kanunu gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir ve temlik edilemeyeceği gibi, bu mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir. Dairemiz uygulamasına göre, Emekli Sandığından alınan maaşların dahi aynı madde gereğince 1/4'nün haczedilebileceği yönündedir. Yine, BK.nun 123 ncü madde hükmüne göre de, bu alacakların takası da kabul değildir. Bu itibarla, mahkemece, kredi sözleşmesinin 11 nci madde hükmü maaşlar yönünden baştan itibaren Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20 nci maddeleri hükümleri uyarınca geçersiz sayılacağı göz önüne alınarak, mahkemece, İİK.nun 83 ncü madde hükmüne göre, davacının emekli maaşından kesilmesi gereken miktar takdir edilip, maaştan tenzil edildikten sonra kalan miktarın davalıdan tahsiline karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...”, Yargıtay 11. HD, E. 2003/14366, K. 2004/8820, T. 27.09.2004, (Kazancı, E.T. 20.02.2020); “... 2004 Sayılı İİK'nın 259/1. maddesinde, ihtiyati haczin haksız çıkması halinde, borçlunun ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları bütün zararlardan alacaklının sorumlu olduğu düzenlenmiştir. İhtiyati haciz haksız ve bundan maddi zarar doğmuşsa, alacaklı kusurlu olmasa dahi, zarar görene maddi tazminat ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, haksız ihtiyati haciz kararı alan alacaklının kusursuz sorumluluğu sadece maddi tazminat bakımından geçerli olup, manevi tazminat yönünden TBK 58, ( BK'nın 49 ) maddesindeki koşulların oluşması gerekir. Bu maddeye dayalı sorumluluk ise, kusura dayalıdır. Bu itibarla, alacaklının kötüniyetli veya iyiniyetli olup olmadığı da sonuca etkili olup, ağır olmasa dahi kusurlu olması da gerekmektedir ( Bkz. Prof. B. Kuru, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 1993, Cilt 3, Sh.2583 v.d ). Haksız yere bir kimsenin mallarının haczettirilmesi, o kimsenin ticari itibarına saldırı teşkil eden ve BK'nın 49. maddesi gereğince manevi tazminat ile sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır.

Somut olayda ise; 13/04/2009 günü yapılan haciz işleminden önce davacı şirketler, dava dışı borçlu ... İnş. Tic. ve Turizm Ltd. Şti.'nin haciz mahallinde faaliyet göstermediğini beyan etmiş olmalarına karşın alacaklı vekilinin talebi üzerine iş yerinde yapılan aramada borçlu şirkete ait imza sirküleri, ticaret sicil gazetesi, vekaletname, kaşe ve adi ortaklığa ait bir takım evrakların bulunması üzerine haciz ve muhafaza işlemi yapılmıştır. Her ne kadar davalı alacaklı şirketin istemi ile haciz yapılmış ise de davacıların işyerinde borçluya ait bu evrakların bulunmasının açıklanamamış olması sebebiyle sonradan açılan istihkak davasının kazanılmış olmasına karşın haczin yapılması sırasında davacıların da kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Nitekim istihkak davasında da davalı alacaklı şirket aleyhinde inkar tazminatına hükmedilmemiş olup, haczin kasten zarar verme amacıyla yapılmamış olması nedeni ile davacıların manevi tazminat isteminin tümden reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulü doğru olmamış kararın açıklanan sebeple bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 4. HD, E. 2016/15730, K. 2017/1644, T. 14.03.2017, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

<sup>620</sup> Özkes, İhtiyati Haciz, 406 vd.

Tazminata esas zarar kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer husus ise dolaylı zararlardır. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiil nedeniyle zarara uğrayan nezdinde oluşan doğrudan zarara bağlı olarak eklenen başka bir nedenle ortaya çıkan zarardır<sup>621</sup>. Bununla birlikte, illiyet bağının mevcut olması hâlinde, doğrudan veya dolaylı her zararın tazmin edilmesi gerektiğinden hareketle, doğrudan-dolaylı zarar ayırımının bugün için öneminin olmadığı ifade edilmektedir<sup>622</sup>. Şu hâlde dolaylı zararların tazmini bakımından önem arz eden husus illiyet bağı olup; hâkimin, illiyet bağı kapsamında her somut olayın özelliklerini dikkate alması gerekmektedir<sup>623</sup>. Buna göre haksız takip ve takip işlemi neticesinde dolaylı zararların da tazminat kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Örneğin borçlunun işlerini yürüttüğü bilgisayarının haczedilmesi neticesinde tamamlayamadığı proje nedeniyle iş sahibi üçüncü kişiye ödemek zorunda olduğu tazminat dolaylı zarar olarak kabul edilmelidir. Bir başka örnek olarak gerçekte borçlu olmamasına rağmen kötü niyetli olarak başlatılan bir iflâs takibi veya iflâs davası nedeniyle borçlunun kredi imkânının kısıtlanması suretiyle uğradığı zararlar dolaylı zarar kapsamında değerlendirilebilir. Özellikle ticari faaliyet içerisindeki borçlular bakımından dolaylı zararların söz konusu olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak unutulmamalıdır ki, dolaylı zararların tazminat kapsamına dâhil edilebilmesi için hâkimin, dolaylı zararların doğrudan uğranılan zarara bağlı olarak ortaya çıktığını, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapmak suretiyle hayatın olağan akışı içerisinde illiyet bağının varlığına kanaat getirerek karar vermesi gerekir.

Bu noktada ortaya konulması gereken bir başka husus da, “*yansıma zarar*” olarak ifade edilen, haksız fiil neticesinde üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazminat kapsamına dâhil olup olmayacağıdır. Acaba haksız takip veya takip işlemi neticesinde borçlu dışında zarara uğrayan üçüncü kişiler de haksız fiil failine karşı tazminat talep edebilecek midir? Haksız fiil sorumluluğunda kural, failin yalnızca haksız fiilden zarar görenin doğrudan ve dolaylı zararlarından sorumlu olduğu, buna karşılık haksız fiilden zarar gören üçüncü kişilerin zararından sorumlu olmadığı yönündedir<sup>624</sup>. Buna göre fail, üçüncü kişilerin zararından prensip itibariyle illiyet bağının mevcut olması hâlinde sorumlu tutulmaktadır<sup>625</sup>. Bununla birlikte bazı

---

<sup>621</sup> Tandoğan, Mes’uliyet, 70; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 43; Erdoğan İ., 131-132.

<sup>622</sup> Tandoğan, Mes’uliyet, 71.

<sup>623</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 43.

<sup>624</sup> Sorumluluk hukuku bağlamında üçüncü şahsın zararlarının tazmini ve bu yöndeki sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini* (Ankara: Ajans-Türk, 1963), 302 vd.

<sup>625</sup> Belirtmek gerekir ki yansıma zararlar, esas itibariyle illiyet bağına ilişkin teoriler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Özellikle şart teorisi çerçevesinde mantıki illiyet bağının esas alınması hâlinde, haksız fiil nedeniyle bütün üçüncü kişilerin uğradığı zararlarla illiyet bağının varlığı kabul edilebilir. Failin sınırsız bir şekilde, deyim yerindeyse herkesin uğradığı zararlar nedeniyle sorumluluğuna gidilebilir. Bu durumun ise hukukî

hâllerde özel olarak açık kanunî düzenleme de yapılmış olabilir ve bu durumda yansıma zararlardan sorumluluk gündeme gelebilir<sup>626</sup>. Örneğin ölüm hâlinde destekten yoksun kalanlara yönelik maddi tazminat yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 53/1, b.3 veya ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde zarar gören veya ölenin yakınlarına yönelik manevî tazminat yükümlülüğüne ilişkin TBK m. 56/2 hükümleri, yansıma zararlara ilişkin özel düzenlemelerdir. Yansıma zararlardan sorumlulukta zararın hem fiile uygun illiyet bağı<sup>627</sup>, hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir; bu açıdan üçüncü kişinin zararında mutlak koruma normunun veya özel koruma normunun ihlâl edilmiş olup olmaması önem arz etmektedir<sup>628</sup>. Bu anlamda haksız fiil faili, mutlak hakkı veya zilyetliği ihlâl edilen üçüncü kişinin zararlarından sorumlu tutulabilecektir. Örneğin bir taşınmaza yönelik haksız fiil gerçekleştiren fail, hem mülkiyet hakkının ihlâlinden dolayı taşınmaz malın malikine hem de taşınmazda kiracı sıfatıyla zilyet olan kiracının zilyetliğinin ihlâlinden dolayı kiracıya karşı tazminatla sorumludur.

Yansıma zararlar, haksız takip ve takip işlemi bağlamında icra ve iflâs hukuku çerçevesinde ayrı bir önem arz etmektedir. Acaba haksız takip veya takip işlemi nedeniyle borçlu veya üçüncü kişilerin uğradığı zararlar da tazminata esas zarar kapsamına dâhil edilebilecek midir? Keza haksız takip işlemi nedeniyle alacaklı dışında üçüncü kişilerin de zarara uğraması hâlinde bu zararlar bakımından borçlu veya üçüncü kişinin tazminat sorumluluğu olacak mıdır? Örneğin gerçekte borçlu olmadığı hâlde borçluya karşı takip başlatıp malların haczedilmesi (veya satılması) hâlinde alacaklı, haksız haciz (veya satış) nedeniyle borçlunun ailesi ve yakınlarının veya üçüncü kişilerin de uğradığı maddi zararlardan sorumlu olacak mıdır? Sırf tacirin itibarının sarsılması amacıyla başlatılan iflâs takibi-davası nedeniyle, işleri bozulan tacirin ailesi ve yakınlarının uğradığı doğrudan veya dolaylı zararların ortaya çıkması mümkündür. Örneğin borçlunun çocuğunun yurtdışındaki eğitimine devam edememesi veya ekonomik sıkıntı nedeniyle küçülmeye giden veya kapanan işletme nedeniyle işsiz kalan işçilerin zararları gibi zararlardan, haksız takip veya takip işlemi faili sorumlu olacak mıdır?

Kanımızca yansıma zararlar bakımından haksız fiil sorumluluğuna ilişkin borçlar hukukunda işaret ettiğimiz genel prensip esas alınmakla birlikte, icra ve iflâs hukukunun

---

ihtilafların çokluğu ve karmaşıklığına neden olacağı ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı şüpheden uzaktır. Bu sebeple mantikî illiyet bağının sınırlanması zorunlu olup, hukuka uygun illiyet bağının esas alınması gerekmektedir. Bkz. aşağı. İkinci Bölüm, § 5, IV.

<sup>626</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahıs*, 75 vd.; Erdoğan İ., 132.

<sup>627</sup> Erdoğan İ., 132.

<sup>628</sup> Tandoğan, *Üçüncü Şahıs*, 11 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 44.

kendine özgü ilke ve esasları da dikkate alınmalı ve fiille yansıma zarar arasındaki hukuka aykırılık bağının tespitinde esnek hareket edilmelidir. Zira icra ve iflâs hukuku bünyesindeki cebrî müdahale, doğrudan kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirmektedir. Bu yönüyle icra ve iflâs hukuku hükümleri, yalnızca borçlu ve alacaklılar üzerinde değil, toplumun genelini de etkileyen sosyal ve ekonomik sonuçlar da doğurmaktadır. Dolayısıyla menfaatlerin korunması ve menfaat dengesinin tesisi, yalnızca borçlu ve alacaklı bakış açısıyla değil; aynı zamanda üçüncü kişiler ve kamunun da dâhil olduğu bir bakış açısıyla sağlanmalıdır. Nitekim özellikle üçüncü kişilerin menfaati çeşitli müesseseler bağlamında korunmuştur. Örneğin şikâyet, üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacakların haczi, istihkak, hacze iştirak, ihalenin feshi, iflâsta üçüncü kişilerin itiraz hakkı gibi pek çok müessesede üçüncü kişilerin menfaatleri de gözetilmiştir. Buna göre açık düzenlemenin olduğu bu gibi müesseseler bağlamında, örneğin takip çerçevesinde üçüncü kişinin mal, hak ve alacaklarının, haciz veya satış suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, alacaklının üçüncü kişiye yansıyan zararlardan sorumlu olacağını kabul etmek gerekir<sup>629</sup>. Keza icra ve iflâs hukukunda ölçülülük ilkesi ve sosyal devlet anlayışı gereğince borçlu ve ailesi/yakınları da sosyal ve ekonomik açıdan mahvına neden olacak şekilde cebrî müdahaleye maruz bırakılması kabul edilmemektedir. Bu bağlamda özellikle tatil ve talik hâlleri, haczedilmezlik, hacizde tertip, maaş ve ücret haczi gibi düzenlemelerde de borçluyla birlikte borçlunun aile bireyleri ve yakınlarının da menfaati de gözetilmektedir. Bu da göstermektedir ki, icra ve iflâs hukukunda menfaat dengesi kurulurken, borçlunun ailesi ve yakınları da dikkate alınmaktadır<sup>630</sup>. Bu bağlamda kanımızca haksız takip veya takip işlemi nedeniyle borçlunun aile bireylerinin uğradığı yansıma zararlardan dolayı da haksız fiil failinin tazminat sorumluluğuna gidilebilmelidir<sup>631</sup>.

Buna karşılık icra ve iflâs hukukunda doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir şekilde menfaatin gözetilmediği üçüncü kişiler bakımından söz konusu olan yansıma zararların, haksız fiil failinin tazminat sorumluluğu kapsamına dâhil edilmesi mümkün değildir. Örneğin haksız takip veya takip işlemi nedeniyle borçlunun, ticari ilişki içerisinde olduğu üçüncü kişiye olan taahhüdünü yerine getirememesi nedeniyle üçüncü kişinin veya (yukarıda verdiğimiz örnekte)

---

<sup>629</sup> Hatta bu gibi açık düzenleme bulunan hâllerde, esasında üçüncü kişinin zararının doğrudan zarar niteliğinde olduğu dahi ifade edilebilir.

<sup>630</sup> Özekes, *İlkeler*, 221 vd.

<sup>631</sup> Nitekim burada esasen haksız fiilde mutlak koruma normu veya özel koruma normu ihlâl edilen kişinin koruma yükümlülüğündeki üçüncü kişilerin yansıma zararlarından da sorumlu olunacağı, borçlar hukuku bağlamında da kabul edilmektedir. Eren, *Borçlar Genel*, 551-552. Ancak ne var ki inceleyebildiğimiz kadarıyla Yargıtay'ın haksız takip veya takip işlemi çerçevesinde borçlunun aile bireylerinin de zararlarının tazmini yönünde verilmiş herhangi bir kararı yoktur.

borçlu tacirin çalışanlarının, doğrudan haksız fiil failinden tazminat alacağı bulunmamaktadır. Zira bu durumda icra ve iflâs hukuku esasları çerçevesinde açık kanunî düzenleme ile doğrudan veya icra ve iflâs hukukuna hâkim ilkeler çerçevesinde dolaylı olarak kabul edilebilecek bir koruma normu mevcut değildir. Şu hâlde, borçlar hukuku esaslarını esnetecek nitelikte bir yorum yapılması, haksız fiil failinin deyim yerindeyse sınırsız bir şekilde üçüncü kişilerin uğradığı yansıma zararlardan sorumlu tutulmasına ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına neden olacaktır.

Zararın kapsamına mevcut zararların gireceğinde şüphe yoktur. Buna göre tazminat davasında, zararın hesap edildiği ana kadar gerçekleşmiş zararlar mevcut zarar olarak hüküm altına alınacaktır. Borçlunun haksız takip nedeniyle uğradığı zararı, açtığı menfî tespit davasında talep etmesi hâlinde menfî tespit davasında zararın hesaplandığı ana kadar uğradığı zararlar, örneğin mallarının haczedilip muhafaza altına alınması nedeniyle ticari faaliyetine devam edememesi nedeniyle uğradığı zararlar ve yargılama harç ve giderleri gibi zararlar mevcut zarar kapsamındadır. Bununla birlikte zararın hesaplandığı ana kadar gerçekleşmiş olmayan, fakat başka bir unsurun eklenmesi gerekmeksizin olağan olarak gerçekleşmesi beklenen zarar, müstakbel zarardır. Müstakbel zararın tazmini zor olduğundan, hâkim tarafından TBK m. 50/2 çerçevesinde takdir edilecektir<sup>632</sup>. Az önceki örnekte, malların satılmış olması hâlinde, borçlunun ticari faaliyetine devam edebilmek için muadil yeni mallar veya makineler alması gerekecektir. Bu durumda aradaki fark müstakbel zarar olarak hâkimin takdirine göre belirlenmelidir. Buna karşılık zararın hesaplanması anında mevcut olmayan, fakat sonradan gerçekleşme ihtimali olan bir risk nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlar ise muhtemel zarar olarak ifade edilir. Muhtemel zararların tazmini, ancak söz konusu riskin gerçekleşmesine bağlıdır; risk gerçekleşmedikçe müstakbel zararın tazmini mümkün değildir<sup>633</sup>. Buna göre haksız takip veya takip işlemi neticesinde ortaya çıkma ihtimali olan muhtemel zararlar, ancak söz konusu riskin gerçekleşmesine binaen sonradan tazminat kapsamına dâhil edilebilir. Aynı örnek üzerinde, borçlunun haksız takip neticesinde satılan malları/makinelerinin muadilini alabilmesi için müstakbel zarar olarak tazminata hükmolünmüş olabilir. Fakat borçlu hükmedilen tazminat miktarıyla sonradan muadili olabilecek nitelikte bir mal veya makine bulamamış, örneğin ancak daha üst teknolojik ve sıfır veya ithal olan mallar veya makineler almak zorunda kalmış olabilir. Bu durumda tazminatın hesaplanması anında müstakbel olan bu zararının, davadan sonra gerçekleşmiş olan bu risk

<sup>632</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 44.

<sup>633</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 44.



nedeniyle, sonradan tazminini isteyebilir. Örneğin menfi tespit davası çerçevesinde bu zararını tazmin edemese de, sonradan açacağı ayrı bir dava ile bu zararların tazmini mümkündür<sup>634</sup>.

Haksız takip ve takip işlemi çerçevesinde zarar görenin manevi zararları da tazminat kapsamına dâhil edilmelidir. Özellikle borçlu (veya üçüncü kişiler) nezdinde haksız takip veya takip işlemi nedeniyle kişilik haklarında, şeref ve haysiyetinde zararların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Zira Türk toplumunun değer yargıları bağlamında bir kimse hakkında cebrî icra takibi yapılması, özellikle tebligat, haciz işlemi için borçlunun ev veya işyeri gibi adreslere gelinmesi, malların muhafaza altına alınması gibi işlemler borçlu ve üçüncü kişiler bakımından şeref ve haysiyetinin, ticari itibarının zedelenmesine yol açmaktadır<sup>635</sup>. Nitekim Yargıtay da özellikle haksız haciz bağlamında borçlu ve üçüncü kişilerin kişilik hakları ve saygınlığının zedelendiğinden hareketle manevî tazminata karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>636</sup>. Manevi zararlar bakımından haksız takip veya takip işlemi nedeniyle borçlunun yanı sıra, borçlunun ailesinin ve yakın çevresinin de yansıma zararlarının olması mümkündür. Örneğin borçlunun mallarının haczedilmesi, aile bireyleri için de manevi olarak sarsıcı nitelikte olabilir, toplum içerisinde küçük düşmelerine neden olabilir. Keza bir tacirin ticari itibarının kötü niyetli olarak zedelenmesi, tacirin ticari faaliyet yapan aile bireylerini de etkileyebilir, onların da ticari itibarlarının sarsılmasına, ticari ilişkilerinin bozulmasına yol açabilir.

Tazminatın kapsamına ilişkin olarak belirttiğimiz bütün bu hususlar, borçlu veya üçüncü kişinin haksız takip işlemi neticesinde alacaklının veya diğer üçüncü kişilerin gerek doğrudan veya dolaylı gerekse de yansıma zararları için de geçerlidir. Örneğin borçlunun gerçekte borçlu olmasına rağmen sırf takibi uzatmak için takibe itiraz etmesi veya menfi tespit davası açarak alacaklının alacağına geç ulaşmasına neden olması hâlinde, alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı fiili zararlar, yoksun kalınan kârı veya dolaylı zararları, hatta ailesinin uğradığı yansıma zararları tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Keza üçüncü

---

<sup>634</sup> Bu durumda gerek menfi tespit davası gerekse de genel hükümlere göre açtığı tazminat davası çerçevesinde tazmin edilemeyen ve fakat sonradan gerçekleşen bu risk nedeniyle ortaya çıkan zararlarını da ayrı bir dava ile sonradan isteyebilecektir. Zira bu durumda kesin hükmün kapsamı, gerçekleşmiş olan vakıalara yönelik olacağından, sonradan ortaya çıkan zararın tazmini talebi, farklı bir dava konusu maddi vakıa teşkil edecektir.

<sup>635</sup> Hatta haciz işlemi uygulanmasa dahi, borçlu veya üçüncü kişinin kişilik haklarının, ticari itibarının zedelenebileceği, toplum içerisinde küçük düşmesi söz konusu olabilir. Keza çilingir vasıtasıyla ev veya işyerinin açılması da borçlu ve üçüncü kişiler açısından şeref ve haysiyete zarar verici uygulamadır. Çiftçi, “Manevî Tazminat”, 97-99.

<sup>636</sup> “...Yukarıda maddi tazminata ilişkin açıklamalarda da yer verildiği gibi, bir icra takibi sırasında haksız yere malı haczedilen üçüncü kişinin bu yüzden doğmuş olan gerçek zararını maddi olabileceği gibi manevi de olabilmektedir. Dolayısıyla, malın haksız yere haczedildiğini ileri süren üçüncü kişi kural olarak manevi tazminat isteminde de bulunabilir...” Yargıtay HGK, E. 2004/4-600, K. 2004/625, T. 01.12.2004, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

kişinin haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanı veya kötü niyetli istihkak iddiası gibi hâllerde de alacaklının doğrudan veya dolaylı veyahut da üçüncü kişilerin yansıma zararlarını tazmin yükümlülüğü mevcuttur. Kuşkusuz bu verdiğimiz örneklerde, Kanun'da öngörülen inkâr tazminatı-haksız çıkma tazminatı oranının üzerindeki gerçek zararların tazmini veya ayrı bir dava açılması hâlinde bağımsız olarak tazminin sağlanması suretinde olacaktır. Oysa herhangi bir düzenlemenin olmadığı hâllerde, örneğin borçlu veya üçüncü kişinin iflâs davasına kötü niyetli itiraz etmesi durumunda yalnızca ayrı ve bağımsız tazminat davası çerçevesinde talep edilebilecektir.

### III. Kusur

#### A. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer unsuru kusurdur. Haksız fiil failinin tazminat yükümlülüğü, ancak hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesinde kusurlu hareket etmiş olması hâlinde söz konusu olacaktır<sup>637</sup>. Kusur, “*hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak*” olarak tanımlanmaktadır<sup>638</sup>. Buna göre kusur, haksız fiil failinin davranış tarzıyla ilgili bir husustur. Fail, fiili hukuka aykırı sonucu isteyerek gerçekleştirmişse kast, buna karşılık hukuka aykırı sonucu istememiş olmakla birlikte hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini gerekli şekilde kullanmamışsa ihmâl söz konusudur<sup>639</sup>.

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast bakımından önem arz eden husus, failin davranışın hukuka aykırı sonucunu öngörebilmesidir. Hukuka aykırılığın tasavvur edilmesi, kast bakımından gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte öngörülen hukuka aykırı sonucun istenerek gerçekleştirilmesi hâlinde doğrudan kast, buna karşılık failin öngördüğü sonucu istememekle birlikte meydana gelme ihtimalini gözeterek hareket etmişse ihtimali kasttan söz edilmektedir<sup>640</sup>. Haksız fiil sorumluluğunda failin ihlâl ettiği hukuk kuralını veya doğacak zararın şekli ve kapsamını bilmemesi önem arz etmemektedir; davranışın isteyerek veya göze alarak gerçekleştirilmesi kastın varlığı bakımından gerekli ve yeterlidir<sup>641</sup>.

<sup>637</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, 44; Eren, *Borçlar Genel*, 593.

<sup>638</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 54; Eren, *Borçlar Genel*, 596-597.

<sup>639</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 598; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 54.

<sup>640</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 56.

<sup>641</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 57; Erdoğan İ., 125.

İhmâl ise hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, davranışı gerçekleştirirken iradesini hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için yeterli ve gerekli şekilde kullanmayan failin kusurunu ifade etmektedir. Fail, istemediği hukuka aykırı sonucun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermemektedir<sup>642</sup>. İçinde bulunulan şartlar bakımından herkesin göstermesi gereken asgarî özen ve dikkatin gösterilmesi hâlinde hukuka aykırı fiil gerçekleştirilmeyecek ise ağır ihmâl söz konusudur<sup>643</sup>. Buna karşılık herkesin değil, dikkatli ve özenli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmesi hâlinde hukuka aykırı fiilden kaçınacak kimsenin kusuru ise hafif ihmâl olarak ifade edilmektedir<sup>644</sup>. İhmâl bakımından klasik ayırım bu şekilde olmakla birlikte öğretide davranışının muhtemel zararlı sonuçlarını öngörebilmekle birlikte, bu zararlı sonucun ortaya çıkmaması için gerekli tedbirlerin alınmasında dikkat ve özenin gösterilmemesi hâline ilişkin olarak “*bilinçli ihmâl*” kavramı da ifade edilmektedir<sup>645</sup>. Bilinçli ihmâl de ağır ihmâl olarak kabul edilmelidir. Zira bu durumda esasen muhtemel sonuçlar öngörülebilmekle, deyim yerindeyse bu davranışı gerçekleştirmekten kaçınma imkânı varken, yalnızca tedbir yoluyla zararlı sonucun doğmamasına çalışılmakta, fakat bu tedbirlerin alınmasında da gerekli dikkat ve özen gösterilmemektedir<sup>646</sup>.

## **B. İcra ve İflâs Hukuku Çerçevesinde**

Hemen ifade edelim ki haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurun derecesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır; fail, en hafif ihmâlden bile sorumludur<sup>647</sup>. Zira ihmâlin dereceleri arasında açık ve kesin bir sınır belirlenmesi de mümkün değildir. Her somut olayın özelliğine göre, objektif esaslara uygun olarak değerlendirme yapılmalıdır. Hâl böyle olmakla birlikte tazminat miktarının ve kapsamının belirlenmesinde kusurun derecesi önem arz etmektedir<sup>648</sup>; hâkim tarafından her somut olayın özelliğine göre tespit edilecek kusurun ağırlığı dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır (TBK m. 51/1).

---

<sup>642</sup> Erdoğan İ., 126. İhmâl bakımından gösterilmesi gereken dikkat ve özen, objektif nitelik arz etmektedir. Buna göre akli başında ve makul bir kişinin, somut olayın özelliklerine göre alması gereken önlemler, göstermesi gereken özen ve harcanması gereken çabaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Dolayısıyla ihmâlin tespitinde, failin kişiliği veya kişisel durumları dikkate alınmamaktadır. Hâkim, somut vakıa bakımından makul bir failin fiziki, fikri, ahlaki güç ve yeteneklerini, teknik ve mesleki becerileri gibi hususları göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Eren, *Borçlar Genel*, 599.

<sup>643</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 602.

<sup>644</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 58; Erdoğan İ., 128.

<sup>645</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 59; Eren, *Borçlar Genel*, 602-603; Erdoğan İ., 127.

<sup>646</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 59.

<sup>647</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 596.

<sup>648</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 593-594; Erdoğan İ., 129.

Kusurun derecesinin önem arz ettiği bir diğer hâl de ahlâka aykırı fiillerden dolayı tazminat sorumluluğudur. Gerçekten de TBK m. 49/2 uyarınca ahlâka aykırı bir fiilden dolayı sorumlulukta, failin kastının varlığı zorunludur; ihmâl suretiyle gerçekleştirilen bir fiil, ahlâka aykırı olsa ve zarara neden olsa bile sorumluluk doğurmaz<sup>649</sup>. Buna göre fiili yasaklayan herhangi bir hukuk kuralı olmasa bile, fiilin ahlâka aykırı olması nedeniyle tazminata hükmedilebilmesi, ancak kasten gerçekleştirilen fiillerde söz konusu olacaktır.

Ancak ne var ki haksız takip veya takip işlemi bağlamında biz, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukuka aykırılığı, dürüstlük kuralının ihlâli ve hakkın kötüye kullanılmasına dayandırmak suretiyle mutlak koruma normunun ihlâline dayandırmıştık. Bununla beraber icra ve iflâs hukukunun kendine özgü ilke ve esaslarından hareketle genel prensip ve amaçlarını dikkate alarak, icra ve iflâs hukuku düzenlemelerinin, aynı zamanda özel koruma normu niteliğinde olduğunu ifade etmiştik<sup>650</sup>. Şu hâlde haksız takip ve takip işlemi teşkil eden fiiller, ahlâka aykırı olarak kabul edilebilirse de, ahlâka aykırılığın öncesinde, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına aykırılık nedeniyle mutlak koruma normlarının ihlâlinden hareket edilmelidir<sup>651</sup>. Ayrıca icra ve iflâs hukukunun temel amaç ve ilkeleri dikkate alındığında, öngörülen her düzenleme doğrudan veya dolaylı olarak taraflar, ilgili üçüncü kişiler ve kamunun menfaatlerinin bir denge içerisinde korunmasına hizmet eden bütünün parçaları niteliğindedir. Bu itibarla, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri ve cebrî icra müesseseleri, özel koruma normları olarak kabul edilmeli ve bu düzenlemelere aykırı davranışlar özel koruma normlarının ihlâli olarak değerlendirilmelidir. Sonuç olarak haksız takip veya haksız takip işlemi yapılmasına yönelik davranışlar, çoğu kez aynı zamanda ahlâka aykırı davranış olarak nitelendirilebilirse de<sup>652</sup>, esasen mutlak ve özel koruma normlarının ihlâli çerçevesinde hukuka

<sup>649</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 59; Eren, *Borçlar Genel*, 596.

<sup>650</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, I.

<sup>651</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 66.

<sup>652</sup> Nitekim Yargıtay, borçlunun, üçüncü bir kişinin malını bilerek kendi malıymış gibi gösterip alacaklının haczetmesini sağlamasını bilerek zarar verme olarak değerlendirmiş ve ahlâka aykırı olduğu ifade ederek TBK m. 49/2 uyarınca tazminat sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD, E. 1986/3849, K. 1986/4732, T. 16.6.1986, (Kazancı, E.T. 20.02.2020). Burada zarar gören üçüncü kişi bakımından ihtimali kast çerçevesinde değerlendirme yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 67. Ancak kanımızca burada gerek üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümler ve dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık suretiyle mutlak koruma normları gerekse de borçlunun mal beyanı yükümlülüğü ve bu beyanın gerçeğe uygun olmasına ilişkin İİK hükümleri ile borçlunun dışında üçüncü kişilerin mal hak ve alacakları üzerinde cebrî işlemler uygulanması hâlinde üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasına yönelik İİK m. 96-99'daki istihkak müessesesi hükümleri özel koruma normları olarak ihlâl edilmiştir. Dolayısıyla burada borçlunun üçüncü kişinin mallarının haczedilmesini istemediğinden ziyade göze aldığından hareketle ihtimali kast olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Burada borçlu, kendi mallarının kurtulması için doğrudan doğruya üçüncü kişinin mallarının haczedilip satılmasını isteyerek hareket etmektedir. Kanımızca doğrudan kast ile ve işaret ettiğimiz şekilde sorumlu tutulmalıdır.

aykırılık esasından hareket edilmesi gerektiği kanısındayız. Bu itibarla, icra ve iflâs hukuku hükümleri çerçevesinde tanınan hak ve yetkilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması, hukuka aykırılık teşkil etmekte ve failin haksız fiil sorumluluğu, kusurun her derecesi için geçerli olmaktadır. Zira dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan haksız takip ve takip işlemleri, ihmâli olarak da gerçekleştirilmiş olabilir. Dolayısıyla ihmâli davranışla ortaya çıkan zararların da tazmininin sağlanabilmesi, haksız takip ve takip işlemlerinin hukuka aykırı olarak kabul edilmesiyle mümkün olabilecektir. Buna göre her somut olayın özelliğine göre kusurun var olup olmadığı, varlığı tespit edilirse bunun derecesi ayrıca belirlenmelidir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, failin davranışının icra ve iflâs hukuku düzenlemeleri uyarınca kendisine tanınan hak veya yetkinin kullanılması niteliğinde olması, kusur bakımından önem arz etmemektedir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu tarafından özel hukuk çerçevesinde tanınan hak ve yetkinin kullanılması hukuka aykırılık bakımından etkilidir, kusuru ortadan kaldıran veya etkileyen bir durum değildir<sup>653</sup>. Kanun tarafından tanınan hak veya yetkinin kullanımında dahi kanun koyucunun öngördüğü sınırın aşımı ve özellikle hakkın kötüye kullanımı söz konusu olursa, fiil hukuka aykırı olacaktır<sup>654</sup>. Kanun tarafından tanınan hak veya yetkinin kullanılmasında kusur, hak veya yetkinin sınırlarının aşılmasında aranacaktır; özellikle dürüstlük kuralına aykırılık, hakkın kötüye kullanımı tespit edilmesi hâlinde, kural olarak kastın varlığı kabul edilmelidir.

Haksız takip ve takip işlemi bağlamında failin kusuru, işin doğası gereği pek çok durumda kast derecesindedir. Zira şekli hukuk dalı olarak icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilere ilişkin düzenlemelerin amacı takibin tarafları ve ilgili üçüncü kişilerin menfaatlerin dengelenmesi suretiyle korunmasıdır. Dolayısıyla bu hak ve yetkilerin kullanılmasının sonuçlarının tasavvur edilememesi pek gerçekçi değildir. Kaldı ki hayatın olağan akışı içerisinde cebrî icra takibine ilişkin bir işlem yapma niyetinde olan bir kişinin, işin ciddiyetinin farkında olması ve sonuçlarını dikkate alması gerekir. Bu bağlamda alacaklının alacaklı olmadığını bilmesine rağmen takip başlatması, alacaklı olmasına rağmen alacağını bölerek veya sırf borçluya maddi manevi zarar vermek için takip başlatması gibi hâllerde alacaklının kastının varlığında kuşku bulunmamaktadır. Keza borçlunun sırf süreci uzatmak için borçlu olduğunu bilerek takibe itiraz etmesi veya menfi tespit davası, şikâyet, takibin iptal veya taliki gibi diğer imkânlarla başvurmasında da kusuru kast derecesindedir. Aynı şekilde

---

<sup>653</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 623 vd.

<sup>654</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 27.

üçüncü kişinin haksız olmasına rağmen haciz ihbarnamesine itiraz etmesi, istihkak iddiasında bulunması, ihalenin feshini istemesi, sıra cetveline karşı başvuru yollarına başvurusu, iflâs davasına müdahale etmesi gibi hâllerde de süreci uzatmak suretiyle takibin taraflarına veya diğer ilgililere zarar vermek istemesi de kasıtlı davranış kabul edilir. Bu hâllerde haksız takip veya takip işlemi failinin dürüstlük kuralına aykırı olarak kendisine tanınan hak ve yetkileri kötüye kullandığı açıktır, dolayısıyla kasıtlı hareket ettiği şüpheden uzaktır.

Buna karşılık yine de bazı durumlarda haksız fiil failinin kusurunun kasttan daha hafif olması mümkündür. Haksız takip veya takip işlemi çerçevesinde kişinin haklı olmadığını bilebilecek durumda olmasına rağmen söz konusu işlemi yapması, somut olayın özelliklerine göre ihtimali kast, ağır veya hafif ihmâl niteliğinde olabilir. Örneğin alacaklının alacağının zamanaşımına uğrayıp uğramadığını bilebilecek durumda olmasına rağmen, zamanaşımını kesen sebeplerin var olmadığı konusunda yanılması veya alacağının miktarını belirleyebilecek durumda olmasına rağmen yanlış hesap yapması gibi hâllerde kast değil, ihmâlin varlığı kabul edilmelidir. Aynı şekilde borçlunun takibe konu edilen borcun ödendiği veya başka surette sona erdiği konusunda yanılması mümkündür. Bu gibi durumlarda kişinin kusuru, içinde bulunulan hâl ve şartlar çerçevesinde her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmelidir. Özellikle haklı olmadığını bilmesi gerekmesine rağmen hiçbir dikkat ve özen göstermeksizin haksız takip veya takip işlemi yapılmasında ihmâlin de ötesinde ihtimali kastı söz konusu olabilir. Örneğin borçlunun üçüncü kişilerden olan alacağına ilişkin olarak herhangi bir somut hususa dayanmaksızın borçlunun sosyal veya ticari ilişki içinde olduğu herkese İİK m. 89 ihbarnamesi yollanması hâlinde, alacaklı üçüncü kişilere karşı ihtimali kast ile sorumlu olacaktır. Öyle ki bu durum borçlunun sosyal ve ticari çevresinde itibar kaybetmesi için dahi yapılabilir ve bu hâlde aynı fiil nedeniyle borçluya karşı doğrudan kastla da sorumlu tutulabilir.

Bununla birlikte failin davranışının, doğrudan kast dışındaki kusur dereceleriyle gerçekleştirilmesinin, yine de sınırlı olacağını belirtmek gerekir. Zira icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkilerin kullanılması, söz konusu işlemin konusu ve sonuçları hakkında az veya çok bilgi gerektirmektedir. Örneğin bir takip başlatmak isteyen alacaklı, takibine bir alacak iddiasını konu etmelidir. Alacaklının, takibe konu ettiği alacağı bakımından alacaklı olmadığını bilemeyecek durumda olması veya bilmesi gerekmemesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Daha açık bir ifadeyle alacaklının “*alacaklı olmadığını bilmeme gerek yok*” veya “*alacaklı olmadığını bilebilecek durumda değilim*” anlayışıyla takip başlatması, mantık kurallarına uygun değildir. Keza borçlunun da borçlu olduğunu bilemeyecek durumda olması

veya bilmesi gerekmemesi; aynı şekilde üçüncü kişinin de iddiasında haksız olduğunu bilmesi gerekmemesi ve bilemeyecek durumda olması gibi bir durum pek mümkün değildir. Örneğin borçlu, hiç değilse ödeme veya icra emri vasıtasıyla takip konusu alacak hakkında bilgi sahibi olduğundan, borçlunun hem takibe itiraz edip (veya menfi tespit davası açıp) hem de takip konusu hakkında borçlu olup olmadığını bilebilecek durumda olmadığını veya bilmesi gerekmediğini ileri sürmesi çelişki yaratır. Bir başka ifadeyle, haksız takip veya haksız takip işleminde bulunulması aktif davranış niteliğinde olup, doğası gereği işlemle ileri sürülen iddia/talebin içeriğinde bilgi açıklamasını, arka planında da bilgi sahibi olunmasını gerektirir<sup>655</sup>. Şu hâlde, işin niteliği gereği söz konusu işlemin yapılmasında belli birtakım bilgilere dayanılmaktadır. Dolayısıyla asgarî düzeyde de olsa sahip olunan bilgilere istinaden işlem yapılmalı; kişi bu bilgilere göre haklı olmadığını biliyor, bilmesi gerekiyor veya bilebilecek durumdaysa söz konusu işlemi yapmamalıdır. Şu hâlde haksız takip veya takip işlemi yapılması en iyi ihtimalle hafif ihmâl niteliğinde kusurlu davranış olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak, bütün bunlara rağmen, her somut olayın özelliğine göre yapılan değerlendirme çerçevesinde, söz konusu işlem bakımından kişinin her nasılsa iddiasında haklı olmadığını bilebilecek durumda olmaması veya bilmesi gerekmemesi hâlinde ise kusursuz olduğundan tazminat sorumluluğu bulunmayacağı söylenebilir.

Gerçek kişiler bakımından kusurun tespiti, kişinin davranışının değerlendirilmesi suretiyle yapılabileceğinden, herhangi bir güçlük arz etmemektedir. Buna karşılık tüzel kişiler açısından haksız takip ve takip işleminden doğan sorumlulukta kusurun tespiti, tüzel kişi adına fiili gerçekleştiren organ bağlamında yapılacaktır (TMK m. 50). Şayet tüzel kişinin organı olarak kanun, yönetmelik gibi yasal veya şirket esas sözleşmesi, vakıf senedi, dernek tüzüğü gibi özel düzenlemeler çerçevesinde görev ve yetkileri düzenlenen bir organ belirlenmişse, kusurun varlığı bu organı oluşturan gerçek kişilerin kararları neticesinde gerçekleştirilen fiillerde aranacaktır. Organa yükletilemeyen kusurlarda TMK m. 50'ye göre tüzel kişinin kusurundan, dolayısıyla da sorumluluğundan söz edilemez<sup>656</sup>. Bununla beraber söz konusu organlara dâhil olmamakla birlikte, tüzel kişi adına uygulamaya yönelik kararlar alabilen gerçek kişilerin (çalışan veya ifa yardımcısı gibi kişiler) mevcut olması hâlinde ise, bunların

---

<sup>655</sup> Örneğin borçlunun haciz mahallinde ikâmet edip etmediğini veya işyerinin orası olup olmadığını araştırmadan, doğrudan yapılan hacizde üçüncü kişi nezdinde zarar doğuran haciz işlemi bakımından alacaklı, en iyi ihtimalle hafif kusurludur.

<sup>656</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 596.

fiillerinden dolayı, organın kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın tüzel kişinin kusursuz sorumlu olduğu kabul edilmelidir<sup>657</sup>.

#### IV. İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun bir diğer şartı da fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağının bulunmasıdır. Buna göre tazmini talep edilen zararın, haksız fiil faili tarafından gerçekleştirilen fiilin sonucunda ortaya çıkması gerekir; failin sorumluluğu, her şeyden önce ancak fiilinin neden olduğu zararlarla sınırlıdır. Gerçekten de bir kimsenin, herhangi bir fiil veya davranışıyla sebep olmadığı bir zarardan sorumlu tutulamaması, mantık gereğidir<sup>658</sup>. Dolayısıyla prensip olarak kişinin fiili ile mantık kuralları çerçevesinde neden sonuç ilişkisinin kurulabildiği tüm zararlar bakımından sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Ancak “*şart teorisi*” olarak da ifade edilen ve mantıkî illiyet bağını esas alan bu yaklaşım, bugün için büyük ölçüde terk edilmiştir. Zira kişinin, neden sonuç ilişkisinin kurulabildiği her durum için sınırsız bir şekilde tüm zararlı sonuçlar bakımından sorumlu olacağına kabul edilmesi, âdil olmayan sonuçlar doğurabilir<sup>659</sup>. Dolayısıyla illiyet bağı bakımından hâkim olan anlayış, mantıkî illiyet bağının, fiilin sonuçlarının objektif bir bakış açısıyla olayların normal akışı çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle meydana gelmiş zararlar bakımından sorumluluğu kabul etmektedir. Öğretide “*uygun illiyet bağı teorisi*” olarak ifade edilen, bu teori uyarınca kişi, fiilinin mantıkî illiyet bağı bulunduğu tüm sonuçlarından değil, yalnızca objektif olarak yaşam deneyimlerine göre olayların normal akışına uygun sonuçlarından sorumlu tutulmalıdır<sup>660</sup>.

Buna göre haksız takip veya haksız takip işlemi nedeniyle ortaya çıkan her türlü zarardan, söz konusu işlemi gerçekleştiren alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Failin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, her somut olayın özelliğine göre, haksız takip veya takip işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranacaktır. Bu noktada, haksız takip veya haksız takip işlemleri niteliği itibarıyla doğrudan

<sup>657</sup> Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 87 II, 187 sayılı kararında tüzel kişi adına uygulamaya dönük kararlar alabilen gerçek kişinin fiilinden dolayı ortaya çıkan zararlardan dolayı tüzel kişinin sorumluluğu bakımından organ kabul etmiştir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 63-64.

<sup>658</sup> Bu çerçevede önemle belirtmek gerekir ki illiyet bağı, tüm hukukî sorumluluk hâllerinde geçerli olan temel bir unsurdur. Sorumluluğun hukukî niteliği ne olursa olsun, illiyet bağı mutlak surette mevcut olmalıdır. Sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk, kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk hâllerinde; dahası tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumluluk türlerinde bile illiyet bağının varlığı şarttır. Eren, *Borçlar Genel*, 58-559.

<sup>659</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 45.

<sup>660</sup> Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), 51 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 46; Erdoğan İ., 135.



karşı tarafın hukukî ve ekonomik alanını etkilediğinden, bu bağlamda uygun illiyet bağının tespitinin kolay olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira icra ve iflâs hukuku, başlı başına, karşılıklı hak ve menfaatlerin yarıştığı bir süreci; bir başka ifadeyle kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak işlemlerden oluşan müesseseleri düzenlemektedir. Dolayısıyla özellikle somut olarak cebrî sonuçlar doğuran haciz, satış gibi işlemlerin sonucunda doğrudan doğruya zararların ortaya çıkacağı tartışmasızdır. Hatta bir kimse hakkında cebrî takip başlatılması dahi, borçlunun, gerek ticari ilişkileri çerçevesinde üçüncü kişiler açısından güven kaybetmesine ve bozulan ilişkileri nedeniyle maddi zararlara; gerekse de toplumumuzun değer yargıları çerçevesinde manevi zararlara yol açmaktadır. Keza borçlu veya üçüncü kişinin icra ve iflâs hukuku çerçevesinde sahip olduğu imkânları kullanarak cebrî takip sürecini durdurması suretiyle alacaklının alacağına geç kavuşmasına neden olması veya durdurmasa bile bu imkânlar üzerine yapılan yargı faaliyetlerinde alacaklının yargılama giderleri veya teminat gibi zararları söz konusu olabilir. Özetle takipte bulunulmasının veya takip işlemi yapılmasının karşı taraf nezdindeki etkileri dikkate alındığında, icra ve iflâs hukuku çerçevesinde kişilere tanınan hak ve yetkilerin, haksız ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde kötüye kullanılması ile gerçekleşen zararlar arasında uygun illiyet bağının tespitinin, çoğu hâlde güçlük arz etmeyeceği ifade edilebilir.

Hâl böyle olmakla birlikte özellikle yansıma zararlar bakımından somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirmede güçlük arz eden hususlar olabilir. Üçüncü kişilerin zararlarına ilişkin olarak icra ve iflâs hukuku çerçevesinde menfaatin korunmasına yönelik hükümler özel koruma normları olarak değerlendirilmesinden<sup>661</sup> hareketle, somut olay bakımından menfaatin korunduğu bir düzenleme mevcut değilse bu nitelikteki yansıma zararlar bakımından uygun illiyet bağının bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak haksız takip veya takip işlemi ile bu işlemlerin aleyhine yöneldiği kişinin aile bireyleri veya yakınları üzerinde oluşan zararlar arasında uygun illiyet bağının kurulması mümkün olabilir. Örneğin, haksız bir takip çerçevesinde uygulanan haciz işlemi veya kötü niyetli olarak iflâs davası açılması gibi hâllerde borçlunun aile bireylerinin maddi manevi zararı söz konusu olabilir. Nitekim öğretilde, bu konuda Yargıtay kararına<sup>662</sup> da konu olmuş çarpıcı bir örnek olarak haksız uygulanan haciz

<sup>661</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm § 5, II, C.

<sup>662</sup> "... Davalı tarafından 2.3.1999 tarihinde uygulanan haciz işlemi sırasında davacıların murisinin kalp krizi geçirerek hastaneye kaldırılması ve yolda öldüğünün belirlenmesi nedeniyle açılan dava bölümü yönünden yapılan değerlendirme sonucunda; ölenin icra takibine taraf olmadığı, borçlunun babası olup haciz yapılan evde bulunduğu, borçlu tarafından verilen belgeye dayalı olan icra takibi nedeniyle ve tamamen yasal bir işlem icrası için hacze gelinmesi olayı ile kalp krizinden ölüm olayı arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı, aksi görüşteki doktor bilirkişi raporunun hayatın olağan akışına ve yaşam tecrübelerine uygun bulunmadığı gibi, illiyet bağının

işlemleri esnasında borçlunun babasının kalp krizi geçirmesi verilmekte ve bu durumda illiyet bağının var olduğunun kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>663</sup>. Özellikle bu nitelikteki ağır sonuçlar bakımından Alman hukukunda “*cebrî icra koruması*” müessesesi kabul edilmekte ve maddi manevi çok ağır sonuçlar doğuracak şekilde bir cebrî müdahalenin önlenmesi sağlanabilmektedir<sup>664</sup>. Pozitif icra ve iflâs hukuku mevzuatımız çerçevesinde bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanımızca somut olayın şartlarına göre, özellikle borçlunun aile bireyleri ve yakınları başta olmak üzere üçüncü kişilerin haksız takip ve takip işleminden dolayı uğrayabilecekleri zararlarda uygun illiyet bağı mevcut olabilecektir. Örneğin bir şirket aleyhine yürütülen haksız bir takip nedeniyle şirketin ticari değerinin ve itibarının sarsılması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda şirkete yatırım yapmış gerçek veya tüzel kişilerin, hisse senetlerinin değerinin düşmesi nedeniyle zarara uğraması, günümüz ekonomi düzeninde kaçınılmazdır. Görüldüğü üzere her somut olayın, hayatın olağan akışı çerçevesinde objektif olarak değerlendirilmesi kaydıyla yansıma zararlarda da uygun illiyet bağının varlığı kabul edilebilecektir.

Sorumluluğun belirlenmesi bakımından, zararın meydana gelmesinde birden çok sebebin bulunması hâlinde, bu sebeplerin haksız fiil failinin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağına etkisi de önem arz etmektedir<sup>665</sup>. Bu bağlamda mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun varlığı hâlleri, haksız takip ve takip işlemi açısından değerlendirilmelidir.

Mücbir sebep, “*sorumlu veya borçlunun müdahale alanının dışında meydana gelen, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan, mutlak ve kaçınılmaz şekilde genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline yol açan, olağanüstü tabii veya beşerî olay*” olarak tanımlanmaktadır<sup>666</sup>. Mücbir sebebin varlığı hâlinde, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının uygunluğu ortadan kalkar; fail kural olarak zarardan sorumlu tutulamaz<sup>667</sup>. Buna göre mücbir

---

*hukuki bir kavram olması nedeniyle hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan bir konuda HUMK.nun 275. maddesine aykırı olarak bilirkişi görüşüne başvurulmasının da doğru olmadığı gözetilerek, bu dava bölümünün de reddedilmesi gerektiği, illiyet bağı bulunmadığından davacı mirasçılarının manevi tazminat istemeyecekleri kanaatine varılmıştır...”* Yargıtay 4. HD, E. 2003/898, K. 2003/1658, T. 12.05.2003, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

<sup>663</sup> Çiftçi, “Manevi Tazminat”, 107.

<sup>664</sup> Walker, “Korunma”, 1572-1573.

<sup>665</sup> Öğretide illiyet bağı kesen sebepler olarak ifade edilen bu durumlarda, esasen illiyet bağının kesilmesinden ziyade, fiil ile zarar arasındaki mantıkî bağın uygunluğunun ortadan kalkması veya azalması söz konusudur. Bir başka ifade ile birden çok sebebin varlığı hâlinde teknik olarak illiyet bağının kesilmemesinde, uygunluk derecesi düşmekte veya tamamen ortadan kalkmaktadır. Zira fiil ile illiyet bağı ya vardır ya yoktur; oysa bu hâllerde sebep ve sonuç arasındaki uygunluk kesilmektedir. Eren, *Borçlar Genel*, 578.

<sup>666</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 579.

<sup>667</sup> Erdoğan İ., 138.

sebebin varlığı hâlinde haksız takip veya takip işlemi ile alacaklı, borçlu veya üçüncü kişinin zararı arasındaki uygun illiyet bağı kesilmektedir. Örneğin hacizli malların muhafaza edildiği deponun (veya borçlu veya üçüncü kişiye bırakılması hâlinde ilgili ev veya işyerinin), deprem nedeniyle yıkılması sonucunda malların zarar görmesi hâlinde, alacaklının haciz talebi ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiştir. Keza borçlu ödeme emrine haksız yere itiraz ederek takibi durdurmuş olmakla birlikte, bu sırada yaşanan olağanüstü ekonomik durumlar nedeniyle borçlunun malvarlığının değeri düşmüş olabilir. Bu durumda borçlunun haksız itirazı ile alacaklının alacağına geç ve daha az miktarda ulaşması nedeniyle uğradığı zarar arasında, illiyet bağının uygunluğu ortadan kalkmıştır. Dikkat edilirse haksız takip veya haksız takip işlemi, zararlar bakımından hâlâ zorunlu şart teşkil etmektedir. Sadece ortaya çıkan mücbir sebep ile fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının uygunluğu ortadan kalkmaktadır. Şu hâlde somut olayın özelliklerine göre fail kural olarak sorumlu tutulamayacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki mücbir sebep, kuşkusuz failin kusuruyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira esasen mücbir sebep hâlinde, failin kusuru bertaraf olsa da; kusurun başladığı yerde mücbir sebep, mücbir sebebin başladığı yerde de kusur sona erer. Kusur ile mücbir sebebe ilişkin öngörülmezlik, kaçınılmazlık ve haricilik unsurları bağdaşamaz<sup>668</sup>. Dolayısıyla verdiğimiz ilk örnekte alacaklının haciz talebinden sonra gerçekleşen deprem bakımından alacaklının öngörülmezlik, kaçınılmazlık ve haricilik unsurları yönünden kusurunun bulunmadığı açık olduğundan, borçlunun mallarının zarar görmesinden sorumlu tutulması mümkün değildir. Oysa ikinci örnekte, haksız itiraz ile durmuş olan takipten sonra borçlunun malvarlığı değerinin azalmasına neden olan olay bakımından haricilik, öngörülmezlik ve kaçınılmazlık yönlerinden borçluya kusur addedilebiliyorsa, kusurun derecesine göre borçlu ya tamamen sorumlu tutulabilecek ya da sorumluluğun kapsamında sınırlandırmaya gidilerek tazminattan indirim yapılabilir<sup>669</sup>.

Uygun illiyet bağını etkileyen bir diğer husus da zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusuru illiyet bağının uygunluğunu tamamen ortadan kaldırmışsa (illiyet bağı kesilmişse) zarar

---

<sup>668</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 585.

<sup>669</sup> Bu noktada her somut olay bakımından özellikle umulmayan hâl ile mücbir sebebin de karıştırılmamasına dikkat edilmesi gerekir. Mücbir sebep sorumlu kişinin irade ve tasarruf alanı dışında gerçekleşen bir olay iken umulmayan hâl bu alan dâhilinde de gerçekleşebilir. Umulmayan hâl ile mücbir sebebin karşılaştırılması hakkında bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 1*, 404-405. Ayrıca mücbir sebep her zaman illiyet bağını keserse de (uygunluğu ortadan kaldırırsa da) umulmayan hâl her durumda illiyet bağını kesmeyebilir ve fakat zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden biri olarak değerlendirilebilir. Eren, *Borçlar Genel*, 579-580. Bu bakımdan sorumluluğun hiç ortadan kalkmaması veya tazminattan indirim yapılması söz konusu olabilir. Mücbir sebebin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı yönünde bkz. Tandoğan, *Mes'uliyet*, 43.

veren sorumluluktan kurtulur. Zira zarar görenin kusurlu davranışı nedeniyle, haksız fiil failinin davranışı ile zarar arasındaki olayın normal akışına göre objektif olarak zarara sebep olması yönünden uygunluk geri plana atılmış ve zararlı sonuca neden olan esas hâlinde gelmiştir. Başka bir ifadeyle, zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğu itibariyle zararlı sonucun uygun sebebi haline gelmiş ve zarar verenin sorumlu olduğu davranışını geri plana itmiştir<sup>670</sup>. Buna karşılık zarar görenin kusuru illiyet bağının kesilmesine neden olmamış, fakat zararlı sonucun doğumuna diğer sebeplerle birlikte katkıda bulunmuşsa, ortak illiyet söz konusu olur ve failin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayıp, yalnızca tazminattan indirim yapılabilir.

Zarar görenin kusuru, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlardan sorumluluk bakımından önem arz etmektedir. Zira bilindiği üzere cibrî takipte öngörülen müesseseler çerçevesinde taraf ve üçüncü kişiler, kendilerine tanınan hak ve yetkiler çerçevesinde menfaatlerini koruyabilmektedir. Buna göre zarar görenin bu imkânlardan faydalanmaması, kendi kusuru olarak addedilebilirse haksız takip veya takip işlemini gerçekleştiren kişi, sorumluluktan kurtulabilir veya tazminattan indirim sağlayabilir<sup>671</sup>. Örneğin kendisine karşı başlatılan haksız takipte takibe itiraz etmeyerek malların hacedilmesinden dolayı uğranılan zararlarda zarar görenin de kusurunun olduğu muhakkaktır. Keza sırf ticari olarak zarar vermek adına kendisine karşı başlatılan iflâs takibine itiraz etmeyerek takibin kesinleşmesi, dolayısıyla ilân yoluyla üçüncü kişilere de duyurulmasına neden olan borçlu tacirin de kusurunun bulunduğu açıktır. Şu hâlde her somut olayın özelliğine göre failin haksız takip veya takip işlemi ile zarar arasındaki illiyet bağının önüne geçecek veya ortak illiyet teşkil edecek nitelikte zarar görenin kusurunun mevcut olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu durum, aynı zamanda dürüstlük kuralı ve ahlâkî değerlerin de bir gereğidir<sup>672</sup>. Zira kimse, kendi kusuruyla aleyhine meydana getirmiş olduğu zararı bir başkasına yükletmemeli, bu zararın tazmininden bir başkasını sorumlu tutamamalıdır<sup>673</sup>. Kişinin kendi ihmâl veya kusurundan ileri gelen sonuçlara bizzat katlanması, işin doğası gereğidir. Aksi hâlde gerek somut uyuşmazlığın tarafları arasındaki gerekse de toplumun genelindeki hukuk barışı önemli ölçüde zedelenir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, zarar görenin kusurlu bir davranışı olmasa da, kendisine yükletilebilecek başka sebeplerle de zarar ile haksız takip veya takip işlemi arasındaki illiyet bağı da kesilebilir veya tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak

---

<sup>670</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 585.

<sup>671</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 123.

<sup>672</sup> Bu hususta İİK m. 89 uyarınca haciz ihbarnamelerine itiraz edilmemesi/edilememesi üzerine üçüncü kişinin alacaklıya karşı açtığı menfi tespit davasında lehine tazminata hükmedilememesi de örnek teşkil etmektedir.

<sup>673</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 586.

değerlendirilebilir<sup>674</sup>. Özellikle zarar görenin çalışanlarının veya aile bireylerinin ihmâli veya kasıtlı davranışları nedeniyle zarar görenin zararının haksız takip veya takip işlemi çerçevesinde karşı tarafa yükletilmesi mümkün değildir. Zarar görene yükletilebilecek bu gibi sebeplerin, illiyet bağıını kesmesi için, haksız takip veya takip işlemi failinin davranışından daha fazla yoğunluğa ulaşması gerekir<sup>675</sup>. Örneğin, gerçekte alacaklı olunmasa da kasıtlı olarak veya ihmâl edilerek borçlu şirkete çekilen ihtarname üzerine şirket vekilinin takipten önce menfi tespit davası açarak takibi % 15 teminatla durdurması mümkündür. Bunun ihmâl edilmesi veya kasıtlı olarak yapılmaması nedeniyle takip başladıktan sonra menfi tespit davası açılması nedeniyle takip durdurulamamış ve şirketin malları haczedilmiş olabilir. Takip % 115'lik teminat ile durdurulmuş olsa bile teminat yatırılmış olması da başlı başına zarar niteliğindedir. Her hâlde ticari itibarın zarar görmesi nedeniyle de zararlar ortaya çıkmış olabilir. Bütün bu durumlarda vekilin ihtarname üzerine takipten önce menfi tespit davası açmamasının hiç değilse zararın artmasına neden olduğu muhakkaktır. O hâlde bu zararlardan dolayı bizzat zarar görenin kusuru ve hatta herhangi bir davranışı olmasa dahi, vekilin ihmâli veya kası, kendisine yükletilecek bir sebep teşkil edecek ve alacaklının sorumluluğunun belirlenmesinde, bu hususların da dikkate alınması gerekecektir.

Haksız takip ve takip işlemi bakımından uygun illiyet bağıına etki eden bir diğer unsur da üçüncü kişinin kusurudur. Burada üçüncü kişi kavramından kastedilen, zarar veren ve zarar gören ile bunların çalışanları veya ailesi gibi davranışlarından veya gözetiminden sorumlu olduğu kişiler dışında kalan kişilerdir. Üçüncü kişinin kusurlu veya kusursuz davranışı nedeniyle, haksız takip veya takip işlemini gerçekleştiren kişinin fiili ile zarar görenin zararı arasındaki illiyet bağıının kesilmesi gerekmektedir<sup>676</sup>. Aksi hâlde haksız fiil failinin sorumluluktan kurtulması söz konusu değildir. Haksız takip veya takip işlemi bakımından üçüncü kişinin davranışı, özellikle icra (veya iflâs) memuru bakımından ortaya çıkabilir. Örneğin kambiyo senedinin niteliği veya alacaklının yetkili hâmil olup olmadığı resen icra memuru tarafından gözetilmelidir. İcra memurunun bu işlemleri yapmaması, somut olayın özelliklerine göre alacaklının haksız ve kötü niyetli takibi nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından illiyet bağıını kesebilecektir. Bir başka örnek olarak haczedilen veya iflâs masasına giren malların kıymetinin düşük takdir edilmesi, muhafaza tedbirlerinin eksik veya hiç alınmamış olması, hatta haczin uygulanması sırasında ortaya çıkan birtakım olaylar dahi icra

---

<sup>674</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 124-125.

<sup>675</sup> Eren, *Borçlar Genel*, 587.

<sup>676</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 48.

memurunun kusurlu davranışına neden olabilir. Örneğin haczin tatbikinde, gerekmemesine rağmen borçlunun zor kullanmak suretiyle üstünün aranması gibi ölçülülük ilkesine uyulmaması nedeniyle ortaya çıkan maddi manevi zararlar için, haciz haksız olsa bile alacaklının sorumluluğu bulunmayacaktır<sup>677</sup>. Bir başka örnek olarak üçüncü kişilerin hacze adı iştirak taleplerini incelemek zorunda olan icra memurunun bu incelemeyi yapmaması, hacze iştirak şartları mevcut olmaksızın üçüncü kişilerin bağımsız olarak veya borçluyla birlikte hacze iştirak etmeleri nedeniyle ilk haciz sahibi alacaklının uğrayabileceği zararlardan da yine icra memuru sorumlu olacaktır. Kuşkusuz bu gibi durumlarda İİK m. 5 uyarınca devletin sorumluluğuna gidilecektir. Uygun illiyet bağının kesilmesi, icra memuru dışındaki üçüncü kişilerin kusurlu veya kusursuz davranışları neticesinde de ortaya çıkabilir. Bu noktada haksız takip çerçevesinde hacedilen malların yediemin deposunda sorumlu kişinin veya çalışanlarının ihmâl veya kasıtlı davranışı neticesinde zarar görmüş olabilir. Örneğin bir piyanonun veya tablonun gerekli dikkat ve özen gösterilmediğinden zarar görmesi nedeniyle değer kaybına uğraması hâlinde, borçlunun uğradığı zarardan alacaklının sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Alacaklının sorumluluğu, ancak muhafaza tedbiri nedeniyle borçlunun malı kullanamamasından dolayı olabilir; zira mahcuz malda üçüncü kişinin ihmâl suretiyle sebep olduğu zararın, haksız hacze istinaden olayların uygun akışı sonucunda gerçekleştiği söylenemez. Keza borçlunun mallarının haksız yere hacedilip muhafaza altına alınırken borçluyla husumeti olan üçüncü kişinin, durumu borçlunun itibarını ve kişilik haklarını rencide edecek şekilde borçlunun komşularına veya ticari ilişki içinde olduğu başka kimselere duyurması hâlinde alacaklının manevi zararlardan sorumluluğu azalacaktır veya uygun illiyet bağının kesilmesi hâlinde tamamen ortadan kalkabilecektir.

---

<sup>677</sup> Çiftçi, “Manevi Tazminat”, 119.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HAKSIZ TAKİP VE TAKİP İŞLEMİNE DAYANAN TAZMİNAT DAVASI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR

#### § 6. TAZMİNAT DAVASI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR

##### I. Haksız Takip ve Haksız Takip İşleminde Doğan Zararlara İlişkin Tazminat Davası

Haksız takip veya takip işleminden doğan tazminat sorumluluğu çerçevesinde zarar gören, talebini ayrı bir dava açarak ileri sürebileceği gibi, Kanun'da icra tazminatlarına ilişkin düzenlemelerin olduğu hâllerde, ilgili yargılamanın görüldüğü mahkemede de ileri sürebilir. Zira icra tazminatları, her ne kadar götürü bir oran olarak Kanun'da belirlenmişse de, belirlenen oranın üzerindeki zararların da haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>678</sup>. Buna göre zarar görenin, icra ve iflâs hukukuna özgü bir yaptırım olarak kabul ettiğimiz icra tazminatlarına ilişkin kanuni orana kadar olan talebi, ilgili icra tazminatının hükümlerine; fazlasına ilişkin kısmı ise haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilecektir.

İcra tazminatları, ilgili müessesede asıl uyuşmazlık konusuyla birlikte, talep üzerine veya bazı hâllerde resen karar verilebilen tali bir nitelik taşır; bağımsız bir dava konusu edilemez<sup>679</sup>. Dolayısıyla takip sürecinde icra tazminatının öngörüldüğü müesseselere başvurulmamışsa veya başvurulmuş olup da ilgili yargılamada talep edilmemişse, icra tazminatı için ayrı bir dava açılmayacaktır. Bu durumda gerek icra tazminatlarının düzenlendiği müesseseler gündeme gelmemişse<sup>680</sup> veya bu yargılamalarda icra tazminatı talep edilmemişse gerekse de icra tazminatlarına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı hâllerde, zarar görenin uğradığı zararlara ilişkin haksız fiile dayanan bağımsız bir tazminat davası açması gerekecektir. Bununla birlikte icra tazminatının öngörüldüğü bir müessesede icra tazminatının

<sup>678</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 111-112; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 184-185; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159; Kuru, *El Kitabı*, 269; Baki Kuru, "İcra İnkâr Tazminatı", *Makaleler*, (İstanbul: Arıkan, 2006), 648; Yılmaz, "İcra Tazminatı", 709; Kılınç, 215.

<sup>679</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 111; Kuru, *El Kitabı*, 264; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 180; Kuru, "İcra İnkâr", 622.

<sup>680</sup> Örneğin sırf borçlunun ticari itibarını sarsarak maddi veya yakın çevresinde olumsuz algı oluşturarak manevi zarara uğraması amacıyla takip başlatılması hâlinde, borçlu takibe itiraz ederek takibi durdurabilecektir. Ancak alacaklı, zaten takip başlatmakla zarar verme amacına ulaştığından, itirazı hükümden düşürmek için itirazın iptali davası açmayabilecek veya itirazın kaldırılmasını istemeyebilecektir. Hatta kötü niyet tazminatına mahkûm edilecek olması nedeniyle, esasen bu yollara hiç başvurmayacaktır. Bu durumda borçlu, aleyhine başlatılan takibi resmi olarak sona erdirebilecek bir imkânâna sahip değildir. Dolayısıyla hem takibin başlatılması nedeniyle uğradığı hem de takibin derdest kalacağı sürede uğrayacağı zararların tazmin edilebilmesi için ancak bağımsız bir tazminat davası açması gerekecektir.

talep edilmesine, icra tazminatını aşan zararlar için ise ayrı bir dava açılmasına da engel bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere tazminat talebi, genel hükümlere göre bağımsız bir tazminat davası yoluyla ileri sürülebileceği gibi icra tazminatlarına ilişkin düzenlemelerin öngörüldüğü takibe aşılınmış yargılamalarda da ileri sürülebilir. Buna göre haksız takip ve takip işleminden doğan zararların tazmini, somut olayın özelliklerine göre hem maddi hem de usûlî açıdan farklı yargılamalara ve esaslara konu edilebilecektir. Ancak tez konumuz itibariyle biz, haksız takip ve takip işleminden doğan zararları, esas itibariyle icra tazminatlarının öngörülmediği hâller bakımından incelediğimizden ve icra tazminatlarının düzenlendiği müesseseler öğretide pek çok eserle incelenip ortaya konulduğundan, ilk olarak ve ayrıntılı şekilde bağımsız tazminat davasını değerlendireceğiz. İcra tazminatlarına ilişkin düzenleme öngörülen müesseselerde, fazlaya ilişkin zararların tazminine ilişkin esasları ise genel olarak ortaya koymakla yetineceğiz.

#### **A. Genel Olarak**

Bilindiği üzere icra ve iflâs hukuku mevzuatımızda, cebrî icra sürecinde haksız takip ve takip işlemi nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>681</sup>. Bu sebeple, tazminat davası genel hükümlere tâbi olacaktır. Davanın usûl ve esasları, örneğin görevli ve yetkili mahkemenin tespiti, tarafları ve yargılama usulü, kanun yolları gibi hususlar, genel hükümler çerçevesinde tespit edilecektir. Aynı şekilde davanın hukukî niteliği de, haksız fiil hükümlerinden kaynaklanan tazminat talepli normal bir eda davasıdır. Bu sebeple biz de incelemelerimizi, davanın genel hükümlere tâbi olması esasından hareketle yapacağız.

#### **B. Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Haksız takip ve haksız takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasında görevli mahkeme, biraz önce de ifade ettiğimiz üzere özel düzenleme bulunmadığından genel hükümlere göre belirlenecektir. Buna göre görevli mahkeme belirlenirken öncelikle dava

---

<sup>681</sup> Gerçekten de Kanun'da cebrî icra memurlarının verdiği zararlardan dolayı sorumluluğa ilişkin İİK m. 5 ve haksız ihtiyati haciz nedeniyle uğranılan zararlardan sorumluluğa ilişkin İİK m. 259 hükümleri bir kenara bırakılırsa, yalnızca takibe aşılınmış yargılama süreçleri çerçevesinde düzenlenen icra tazminatları bağlamında sorumluluk hükümleri düzenlenmiştir. Ancak bütün bu düzenlemeler, ilişkin oldukları hâllere özgü ve sınırlıdır. Dolayısıyla tazminat davasına ilişkin usûl ve esasların düzenlendiği genel bir hüküm bulunmamaktadır.



konusu uyuşmazlığa ilişkin özel görevli mahkemenin görevli kılınıp kılınmadığına bakılmalı, şayet özel görevli mahkeme belirlenmemişse genel görevli mahkemeler değerlendirilmelidir<sup>682</sup>.

Bu çerçevede ilk olarak özellikle icra ve iflâs hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda Kanun'da belirtilen hâllerde kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere özel mahkeme niteliğindeki icra mahkemesinin görevli olmadığını belirtmek gerekir. Zira ne Kanun'da ne de Yönetmelik ve Nizamname gibi icra ve iflâs hukukuna ilişkin sair mevzuatta, icra mahkemelerinin söz konusu tazminat taleplerinde görevli kılındığı bir düzenleme bulunmaktadır<sup>683</sup>. İkinci olarak ise ticaret mahkemesi, tüketici mahkemesi, tapu kadastro mahkemesi gibi diğer özel görevli mahkemelerin görevli olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır<sup>684</sup>. Şu hâlde haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasında özel görevli mahkemelerin görevli kılındığı açık bir düzenleme mevcut değildir.

Bu noktada, taraflar arasındaki takibe konu edilen uyuşmazlık bakımından temel hukukî ilişki esas alınarak belirleme yapılıp yapılamayacağı sorusu akla gelebilir. Yargıtay, mahkemelerin görevinin belirlenmesinde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>685</sup>. Buna göre, acaba haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat davasında, taraflar arasındaki takibin dayanağı temel hukukî ilişki dikkate alınarak özel görevli mahkemenin görev alanına girdiği kabul edilebilecek midir? Özellikle Kanun'da genel mahkemelerin görevli kılındığı itirazın iptali davası, menfi tespit davası, sıra cetveline karşı itiraz davası gibi davalar bakımından görevli mahkemenin, taraflar arasındaki takibe konu edilen uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenmesi<sup>686</sup> dikkate alındığında, herhangi bir açık

<sup>682</sup> Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 233; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 134; Ramazan Arslan vd., *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin, 5. B, 2019), 196.

<sup>683</sup> Gerçekten de ne icra mahkemelerine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İİK m. 4'te ne de Kanun'un diğer hükümlerinde, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat taleplerinde icra mahkemelerinin görevli olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu bağlamda icra mahkemeleri, öğretide, icra dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyet başvuruları ile itirazları incelemek ve Kanun'da öngörülen hâllerde icra ve iflâs işlerine bakmak üzere kurulmuş özel görevli mahkeme olarak ifade edilmektedir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 42; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 64-66; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 51-52; Kuru, *El Kitabı*, 66 vd.

<sup>684</sup> Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 135 vd.; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 135 vd.

<sup>685</sup> Buna göre taraflar arasındaki uyuşmazlıkta görevli mahkemenin belirlenmesinde başka kanunlarda düzenlenen hususların da dava ile ilgisinin bulunması hâlinde, asıl olarak taraflar arasındaki temel hukukî ilişki değerlendirilmelidir. Örneğin kira sözleşmesinin teminatı olarak kambiyo senedi düzenlenmesinde, kambiyo senedine istinaden ileri sürülen ihtiyatî haciz talebi bakımından sulh hukuk mahkemeleri görevlidir. Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 140. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve örnek Yargıtay kararları hakkında bkz. Mine Akkan, "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Mahkemelerin Görevi", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/Özel Sayı, (2014), 39 vd.

<sup>686</sup> Örneğin kiralanan bir taşınmazın kira bedeline ilişkin takip başlatılmış ve borçlu takibe haksız yere itiraz etmişse, itirazın iptali davasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Başka bir örnek olarak ticari bir

düzenleme bulunmayan haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat davaları için de aynı sonuca ulaşılabilecek midir? Kanımızca bu durumun, haksız takip ve takip işlemlerinden doğan tazminat davasında görevli mahkemenin belirlenmesinde de kabul edilmesi mümkün değildir. Zira her şeyden önce, haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunda, yargılamada tahkikata konu teşkil edecek vakıalar, haksız fiil esasları çerçevesinde hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı gibi taraflar arasındaki takibe konu asıl uyuşmazlıktan farklı vakılardır. Gerçekten de örneğin satım sözleşmesinden doğan alacağa ilişkin takipte, itirazın iptali davasında borçlunun itirazında ileri sürdüğü, ödeme veya takas gibi borcun sona erdiğine ilişkin savunma sebebinin yerinde olup olmadığı incelenmektedir. Oysa aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak başlatılan takipte, alacaklının alacağını fazla vekâlet ücreti kazanmak için kısımlara ayırarak takip yapması veya borçlunun haksız yere haciz uygulanmasından doğan zararlarında incelenecek vakıalar, alacaklının takip hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı ve bundan dolayı ortaya çıkan zararın kapsamıdır. Bir başka ifadeyle haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat davasında dava konusu ve tahkikata esas teşkil eden vakıalar, icra ve iflâs hukuku kurallarının dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötü niyetli kullanılıp kullanılmadığı, kişinin bu nedenle zarara uğrayıp uğramadığı gibi esas itibariyle takip konusu uyuşmazlıktan bağımsızdır. Kaldı ki anılan hâllerde, Kanun'un icra mahkemesinden farklı olarak (genel) mahkeme şeklinde belirlediği açık bir düzenleme (örneğin İİK m. 67/1; 69/2; 72/2; 89/3, 5; 142/1) bulunmaktadır. Haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunda ise genel mahkemelerin görevli kılındığını belirten açık bir düzenleme dahi mevcut değildir. Bu nedenlerle tazminat davasında görevli mahkemenin, taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık konusunun niteliğine göre özel mahkemelerin görev alanına dâhil edilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız.

Sonuç olarak tazminat davasında görevli mahkeme, HMK m. 2/1 uyarınca asliye hukuk mahkemesidir. Anılan düzenleme çerçevesinde asliye hukuk mahkemesi, tazminat davasının konusu olarak, haksız takip ve takip işlemi nedeniyle uğranılan maddi zararların tazmini bakımından, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığını ilgilendiren, manevi zararların tazmini bakımından ise şahıs varlığını ilgilendiren bir dava olarak her iki tazminat talebini de karşılamaktadır.

---

satım sözleşmesi nedeniyle satılanın bedeline ilişkin takip başlatılmışsa, borçlunun menfi tespit davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır.

Yetkili mahkemenin tespitinde, öncelikle kesin yetki hâlinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Şayet kesin yetki hâli yoksa dava genel yetkili mahkemede veya genel yetkili mahkemeye alternatif yetki kuralları niteliğinde özel yetki hâllerinin mevcut olması hâlinde, bu özel yetkili mahkemede açılmalıdır<sup>687</sup>. Haksız takip ve takip işlemine dayanan tazminat davası Kanun'da açıkça düzenlenmediğinden, yetki bakımından HMK m. 5 ilâ 16 düzenlemeleri çerçevesinde genel hükümler uygulanır. Söz konusu maddelerde ise, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat uyuşmazlıkları için herhangi bir kesin yetki kuralı öngörülmemiştir. Bu durumda tazminat davasında yetkili mahkeme, kesin olmayan yetki çerçevesinde, genel yetkili mahkeme olarak HMK m. 6 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Ancak dava haksız fiile dayandığından, özel yetkili mahkeme olarak HMK m. 16 uyarınca haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Özel yetki kuralları, genel yetkili mahkemenin yetkisini kaldırmayıp seçimlik yetki tanıdığından, davanın haksız takip veya takip işlemini gerçekleştiren kişinin yerleşim yerinin yanı sıra, haksız takip veya takip işleminin yapıldığı veya zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar gören kişinin yerleşim yerinde de açılması mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar kesin yetki hâli öngörülmemiş olsa da, HMK m. 7/1, c. 2 uyarınca davalının birden fazla olması hâlinde, dava sebebine göre, davalıların tamamı hakkında ortak yetkili bir mahkeme düzenlenmişse, davaya bu yer mahkemesinde bakılacaktır. Anılan hüküm, her ne kadar lafzi olarak açıkça kesin yetki hâli teşkil etmese de öğretide bu düzenlemenin, kesin yetki kuralı niteliğinde olduğu belirtilmektedir<sup>688</sup>. Buna göre, haksız takip veya takip işleminin

<sup>687</sup> Bilindiği üzere yetki kuralları kesin ve kesin olmayan yetki kuralları olarak ikiye ayrılır. Kesin yetki hâlleri istisnai olup, kesin yetkinin varlığı hâlinde davanın ilgili yer mahkemesinde görülmesi zorunludur. Zira kesin yetki kamu düzeninden olup, dava şartı niteliğindedir. Bu itibarla davanın her aşamasında hâkim tarafından kendiliğinden göz önüne alınabileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilir. Yetkinin kesin olmadığı hâllerde ise yetki kamu düzeninden değildir. HMK m. 116 uyarınca ilk itiraz niteliğindedir. Bu bakımdan önce kesin yetki hâlinin mevcut olup olmadığı incelenmeli, ardından genel yetkili mahkeme ve varsa özel yetkili mahkeme düzenlemelerinin varlığı araştırılmalıdır.

<sup>688</sup> Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 274 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha, 7. B., 2019), 72; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 174. Umar ise, haksız fiile ilişkin HMK m. 16 hükmünün seçimlik yetki olduğunu ve birden fazla kişiye karşı ayrı ayrı dava açılması hâlinde bu özel yetki kuralları geçerli olacakken, birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması hâlinde ortak yetkili mahkemenin zorunlu tutulmasını zahmetli ve sakıncalı bulmaktadır. Ayrıca bu davada yetki itirazının niteliği ve bir kişi tarafından ileri sürülmesinin diğer davalılar bakımından da sonuç doğurup doğurmayacağına ilişkin ortaya çıkabilecek problemler gerekçesiyle karşı görüştedir. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 2. B., 2014), 36-37. Yılmaz ise HMK m. 7/1, c. 2 hükmünün kesin yetki kuralı olarak kabul edilemeyeceğini ve ortak yetkili mahkemenin davalılar hakkında aynı hukukî sebebe dayanılması hâlinde uygulanabileceğini ifade etmektedir. Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin, 3. B., 2017) 321-322, (YILMAZ, HMK Şerhi). Karşılı ise anılan hükmün kesin yetki olarak kabul etmekle birlikte, haksız fiile dayanan tazminat davalarında bu yetkinin kesin yetki olarak kabul edilmemesi gerektiği, davanın HMK m. 16'da düzenlenen özel yetki kurallarından birinde açılabilmesi kanısındadır. Abdurrahim Karşılı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (İstanbul:

failinin birden fazla olması durumunda, zarar gören, tazminat davasını birden çok davalıya karşı birlikte dava açmak istiyorsa, davayı ortak yetkili mahkeme olarak haksız fiilin işlendiği yerde açmalıdır.

Tazminat davasında (davalının birden fazla olması hâline ilişkin az önce belirttiğimiz durum dışında) kesin yetki hâli mevcut olmadığından, şartların varlığı hâlinde tarafların yetki sözleşmesiyle belirledikleri yer mahkemesinde de dava açmaları mümkündür. Ancak bu noktada tarafların takibin dayanağı olan asıl uyuşmazlık bakımından yapmış oldukları yetki sözleşmesine dayanıp dayanamayacakları ortaya konulmalıdır. Örneğin iki tacir aralarındaki cari hesap sözleşmesi çerçevesinde yetki kaydı öngörmüş olabilir. Bu durumda sözleşmeye göre alacaklı konumunda olan tacir A'nın ödenmeyen alacağı için yetki kaydıyla belirlenen yerde icra takibi yapması mümkündür. Ancak örneğin tacir A'nın, tacir B'nin ticari itibarının zedelenmesi ve kredi notunun düşmesi için aleyhine kötü niyetli olarak iflâs takibi başlatması hâlinde, B'nin uğradığı zararlara ilişkin tazminat davasında bu yetki kaydının geçerli olamayacağı kanısındayız. Zira burada dava, asıl hukukî ilişkinin dışında, icra ve iflâs hukuku kurallarının dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılmasına; aralarındaki hukukî ilişkiden bağımsız nitelikte olan haksız fiile dayanmaktadır. Tarafların aralarındaki her türlü hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi yapılması mümkün olmadığından, hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir şekilde kararlaştırılması gerektiğinden<sup>689</sup>, haksız takip veya takip işleminin söz konusu olduğu takibe dayanak teşkil eden asıl uyuşmazlık hakkında yapılan yetki sözleşmeleri, tazminat davası bakımından geçerli değildir. Şu hâlde haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasının yetki sözleşmesi çerçevesinde belirlenen yetkili mahkemede de görülebilmesi için, yetki sözleşmesinin, asıl hukukî uyuşmazlığa ilişkin yetki sözleşmesi bulunsa bile, bu sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olması gerekir<sup>690</sup>.

---

Alternatif, 4. B, 2014), 215, 217, 220. Öğretideki görüş ayrılıklarına benzer şekilde, uygulamada da istikrarın bulunduğu söylenemez. Bu bağlamda Yargıtay'ın, kesin yetki kuralından söz edilebilmesi için açık ve net şekilde "kesin yetkilidir" şeklinde düzenleme bulunması gerektiğini ileri sürerek HMK m. 7/1, c.2 hükmünü kesin yetki olarak kabul etmediği kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/11-2359, K. 2015/1443, T. 27.05.2015 (Lexpera, E.T. 20.02.2020); 11. HD, E. 2014/16419, K. 2014/18212, T. 24.11.2014, (Kazancı, E.T. 20.02.2020). Bunun yanı sıra Yargıtay'ın sadece zorunlu dava arkadaşlığında veya haksız fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâllerinde ortak yetkinin uygulanması gerektiği yönünde de kararları da vardır. Bkz. Yargıtay 17. HD, E. 2013/11040, K. 2013/12756, T. 24.09.2013, (Kazancı, E.T. 20.02.2020). Karş. Yargıtay 22. HD E. 2015/5268, K. 2016/11199, T. 18.04.2016, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

<sup>689</sup> Arslan vd., *Medenî Usûl*, 231; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 80; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 191; Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 313 vd.; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 252.

<sup>690</sup> Belirtmeliyiz ki bu durumun da hayatın olağan akışı karşısında pek gerçekçi olduğu söylenemez. Zira taraflar, aralarındaki hukukî ilişkide karşılıklı olarak güvenlerini korumak adına, haksız takip yapma veya takip işleminde bulunma ihtimalini öngörerek önceden yetki sözleşmesi yapma davranışında bulunmayacaklardır. Haksız takip

### C. Davanın Tarafları

Davanın davacısı, haksız takip veya haksız takip işlemi nedeniyle zarar görendir. Buna göre somut olayın özelliğine göre alacaklı, borçlu veya üçüncü kişi davacı olabilecektir. Örneğin gerçekte borçlu olmamasına rağmen aleyhine başlatılan haksız takipte borçlunun uğradığı zararlarda borçlu; buna karşılık borçlunun ödeme emrine haksız yere itiraz etmesi veya menfi tespit davası açıp takibi durdurması nedeniyle alacaklının uğradığı zararlar bakımından alacaklı davacı olacaktır. Keza borçlunun yalan beyanıyla üçüncü kişinin malının haczedilmesi hâlinde veya alacaklının hiç ilgisi olmamasına rağmen üçüncü bir kişiye haciz ihbarnamesi göndermesi suretiyle üçüncü kişinin, haciz ihbarnamesine itiraz etse bile örneğin itibarının zedelenmesi nedeniyle uğradığı zararlarda davacı üçüncü kişidir. Davanın davalısı ise haksız takip veya takip işlemini gerçekleştiren kişi olacaktır. Bu durumda da somut olayın özelliğine göre alacaklı, borçlu veya üçüncü kişi davalı konumunda olabilir. Az önce verdiğimiz örneklerde söz konusu haksız takibi veya takip işlemini gerçekleştiren kişi, davalı olarak yer alacaktır.

Öte yandan haksız takip veya takip işleminin birden fazla kişi tarafından birlikte yapılması veya birden fazla kişinin zarara uğraması hâlinde, davacı ve/veya davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması mümkündür. Örneğin borçlunun alacaklıyla anlaşarak üçüncü kişinin mallarının haczedilmesini sağlamaları hâlinde üçüncü kişi alacaklı ve borçluya karşı birlikte dava açabilir. Özellikle tazminat kapsamına dâhil olarak belirttiğimiz<sup>691</sup> yansıma zararlar bakımından zarar gören borçlu, alacaklı ve üçüncü kişiyle birlikte yansıma zarara uğrayan kişilerin de birlikte dava açmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin bir tacir hakkında istenen kötü niyetli iflâs takibi nedeniyle işleri bozulan tacirin aile bireylerinin de uğradığı maddi manevi zararlar bakımından birlikte dava açabilmeleri mümkündür. Kötü niyetli olarak sıra cetveline karşı koyulması hâlinde sıra cetvelinde yer alan diğer alacaklıların uğradığı zararlar bakımından da aynı durum geçerlidir. Özetle somut olayın özelliğine göre davacı ve davalı konumunda birden fazla kişi yer alabilir.

Kuşkusuz bu hâlde davacılar veya davalılar arasındaki ilişki ihtiyarî dava arkadaşılığıdır. Zira davanın konusu tazminat talebi olduğundan, maddi veya şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşılığını gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır. Bu bakımdan birlikte dava

---

veya takip işleminden veya zararın ortaya çıkmasından sonra bir araya gelip bu yönde bir yetki sözleşmesi yapmaları düşünülebilirse de, aralarında dürüstlük kuralına aykırılık ve/veya hakkın kötüye kullanıldığına dayanan uyumsuzluğun varlığı karşısında, bu durum da pek olası görünmemektedir.

<sup>691</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C.

açmaları veya kendilerine karşı birlikte dava açılması zorunlu değildir. Ancak davacılar tarafından veya davalılara karşı ayrı ayrı dava açılması durumunda, şartların varlığı hâlinde davaların birleştirilmesine karar verilebilir (HMK m. 166/1, 2). Zira bu davalarda ayrı ayrı talep edilen tazminata esas teşkil eden zararlar, ortak haksız takip veya haksız takip işleminden ileri gelmiştir. Dolayısıyla aralarında HMK m. 166/4 uyarınca bağlantının varlığı şüpheden uzaktır. Kanımızca bu durumda hâkimin çelişkili karar verilmesinin önüne geçilmesi ve usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesi amacıyla birleştirme kararı vermesi uygun olur<sup>692</sup>. Gerek davaların baştan birlikte açılması gerekse de sonradan birleştirilmesi hâlinde, dava arkadaşları arasındaki ilişki ihtiyarî nitelikte olduğundan, esasen dava arkadaşları sayısınca dava mevcuttur. Dolayısıyla her bir dava arkadaşı bağımsız hareket edebilir ve usûl işlemlerini ayrı ayrı yapabilir; mahkeme tarafından da her birisi hakkında ayrı ayrı karar verilir<sup>693</sup>. Bu noktada özellikle davalı veya davalıların kusuru ile davacı veya davacıların zararlarının kapsamı, ayrı ayrı belirleneceğinden; davaların her ne kadar aralarında bağlantı bulunduğundan birlikte görülmesi esas olsa da, somut olayın özelliklerine göre, gerek baştan itibaren birlikte açılmış gerekse de sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına da karar verilebilir. Özellikle usûl ekonomisi bakımından davaların birlikte görülmesinde menfaatin bulunmadığı kanısına varılırsa, davaların ayrılması kararı verilmelidir<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> İbrahim Ermenek, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, (Ankara: Yetkin, 2014), 25-29; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 455; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 507; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 317; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017) 1425 vd.; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 742. Öğretide Ermenek, birleştirme şartlarının varlığı hâlinde, prensip itibarıyla usûl ekonomisi ilkesinin sağlanması ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmesi amacının gerçekleşeceği; ancak birleştirmeye birlikte, hukukî dinlenilme hakkı ve tabii hâkim ilkesi gibi ilkelerin ihlâli, delillerin toplanmasına ilişkin yargılama giderleri sorunları veya birleşen davalardan biri hakkında karar verilmesinin gecikmesi gibi ortaya çıkabilecek usûlî ve hukukî problemlerin de dikkate alınması gerektiğini, buna göre hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde, yalnızca usûl ekonomisi ilkesi ve çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmesini değil, örnek olarak işaret edilen diğer problemleri de değerlendirmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir. Ermenek, *Birleştirilme ve Ayrılma*, 186-188.

<sup>693</sup> Ermenek, *Birleştirilme ve Ayrılma*, 243 vd.; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 1444-1448; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 318; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 510; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 745.

<sup>694</sup> Ermenek, *Birleştirilme ve Ayrılma*, 30; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 459; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 511; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 319; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 1448 vd. Davaların birlikte yürütülmesinin uygun olmayacağı kanısına varan hâkim, davaların ayrılması kararı vermeden önce, aynı veya benzer amaçlara hizmet eden alternatif müesseseleri de dikkate almalıdır. Buna göre ayırma kararı vermeden davalardan birinin diğeri bakımından ön sorun olarak incelenmesi, ayırma kararı vererek davalardan birinin diğeri hakkında bekletici sorun yapılması veya her iki davayı da ayrı ayrı yürütülmesi imkânlarını değerlendirmelidir. Hâkim usûl ekonomisinin yanı sıra, hem tarafların hem de kamunun menfaatlerini ve çelişkili kararların önlenmesini amaçları doğrultusunda en uygun olan yöntemin seçilmesini takdir etmelidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, *Birleştirilme ve Ayrılma*, 189, 206 vd.

## D. Yargılama Usûlü

Tazminat davasına ilişkin olarak özel bir düzenleme olmadığından, davanın, haksız fiil hükümlerine dayanan normal bir tazminat davasından farkı bulunmamaktadır. Bu sebeple davanın açılması, dilekçeler, ön inceleme ve tahkikat gibi aşamalar, genel hükümlere göre görülen normal eda davalarındaki gibidir. Davada uygulanacak yargılama usulü de basit yargılamaya ilişkin HMK m. 316'da öngörülen hâllerden birisini teşkil etmediğinden, yazılı yargılama usulü olacaktır.

Dava genel hükümlere göre görüleceğinden ve aksine herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından davada tasarruf ilkesi geçerli olacaktır. Taraflar davanın açılmasında, yargılamaya devam edilmesinde veya sonlandırılmasında serbesttir. Bu çerçevede HMK m. 150'de düzenlenen dosyanın işlemde kaldırılması ve/veya davanın açılmamış sayılması ile HMK m. 307 vd. ile düzenlenen davaya son veren taraf usûl işlemleri ve bu müesseselerin sonuçları aynen geçerli olacaktır. Örneğin taraflar sulh suretiyle yargılamanın sona ermesini sağlayabilirler. Keza dava malzemesinin getirilmesi de tarafların yükümlülüğündedir. Her bir taraf, iddia ve savunmalarına esas teşkil eden vakiaları, somutlaştırma yükü çerçevesinde delilleriyle birlikte yargılamaya dâhil etmelidir<sup>695</sup>. Deliller, kural olarak dilekçelerle birlikte gösterilmeli ve mümkünse sunulmalıdır. Bu aşamada sunulması mümkün olmayanlar deliller ise ön incelemede verilen süre içinde getirilmelidir veya getirtilmesi sağlanmalıdır. Bunun dışında istisnai olarak HMK m. 145 çerçevesinde yargılamayı geciktirme amacı taşıması veya ileri sürenin kusurundan kaynaklanmaması hâlinde sonradan delil gösterilmesi mümkündür<sup>696</sup>.

Burada önem arz eden bir diğer husus, haksız takip veya takip işleminin söz konusu olduğu takip henüz sonuçlanmamış veya kesinleşmemiş olmasına rağmen tazminat davasının açılıp açılmayacağı, açılmışsa da görülüp görülemeyeceğidir. Kanun koyucu tarafından bu yönde herhangi bir özel dava şartı veya başka bir koşul aranmamıştır. Bununla birlikte ilk bakışta haksız takip veya takip işleminden doğan zararlara yönelik tazminat davası olduğundan hareketle, takip veya takip işleminin haksızlığının ortaya konmuş olması gerektiği düşünülebilir. Ancak kanımızca kanunda açıkça herhangi bir engel bulunmadığından, davanın açılmasında hukukî yararın olabileceği dikkate alınarak her somut olayın özelliğine göre

---

<sup>695</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 98-101; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl*, 183-185; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 154; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 798 vd.; Tanrıver, *Medenî Usûl*, 367.

<sup>696</sup> Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 1757 vd.; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 391; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 492-494.

değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin sırf borçluya zarar vermek için, özellikle gerek şahsi itibarının gerekse de ticari itibarının zedelenmesi amacıyla takip başlatılması hâlinde, tazminat davasının açılması mümkün olabilir. Zira borçlunun icra ve iflâs hukuku çerçevesinde başvurabileceği hukukî müesseselerin sonuçlanması, niteliği gereği belli bir zaman alacaktır. Bu süreçte davacı zarar görenin, örneğin kredi imkânlarının kısıtlanması nedeniyle krediye ulaşamaması nedeniyle uğrayabileceği zararların tazmininde hukukî yararı bulunabilir. Aynı şekilde tazminat davası sadece alacaklının haksız takip yapmasında değil, borçlu veya üçüncü kişilerin, takip çerçevesinde kendilerine tanınan hak ve yetkileri haksız olarak kullanmaları hâlinde de açılabilir. Örneğin borçlunun sırf alacaklısını zarara uğratmak veya zaman kazanmak için takibe itiraz etmesi, üçüncü kişinin kötü niyetli olarak borçluya anlaşılabilir istihkak müessesesini gündeme getirmeleri gibi hâllerde alacaklının alacağına geç kavuşması bağlamında zararları olabilir. Bu gibi durumlarda borçlu veya üçüncü kişinin, alacaklının kötü niyetli takibi veya takip işlemi, alacaklının ise borçlu ve/veya üçüncü kişinin kötü niyetli takip işlemi nedeniyle uğradığı zararların tazmini için dava açabilmesi gerekir. Davacının, özellikle TBK m. 76 kapsamında geçici ödeme alabilmesi ve bu surette işlerinin bozulması nedeniyle uğrayabileceği zararları önceden telafi edebileceği kabul edilmelidir.

Burada özellikle itirazın kaldırılması, itirazın iptali, menfi tespit davası, istihkak davası gibi çeşitli müesseselerde öngörülen icra tazminatları çerçevesinde zararların tazmin edilebileceği, bu nedenle hukukî yararın bulunmadığı düşünülebilir. Gerçekten de icra tazminatı oranını aşan zararların ilgili yargılamada tazmini, aşağıda inceleneceği üzere yine haksız fiil hükümlerine tâbi olacaktır<sup>697</sup>. Ancak yine de aynı unsurların inceleneceği ayrı bir tazminat davasının açılmasında hukukî yararın olmadığı yönünde kesin bir ifade bulunulmamalıdır; her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Zira takibin türüne zarar görenin karşı koyma imkânı bulunmayabilir, söz konusu yargılamaların gündeme gelmesi veya ilgili yargılama neticesinde zararların tazmin edilebilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin iflâs davası reddedilse bile, borçlunun uğradığı zararların tazminine karar verilebilmesi mümkün olmadığından, ayrıca bir tazminat davası açılması gerekecektir. Bir başka örnek olarak gerçekte alacaklı olmamasına rağmen sırf borçlunun itibarını zedelemek için takip başlatılması hâlinde, borçlu itiraz ederek takibi durdurabilir. Ancak alacaklı bu durumda, zaten takip başlatmakla borçluya zarar verme amacına ulaşmış olduğundan ve kötü niyet tazminatıyla karşılaşmamak için itirazın hükümden düşürülmesine hiç başvurmayacaktır. Dolayısıyla

---

<sup>697</sup> Bkz aşağıda. Üçüncü Bölüm § 7, I.



borçlunun zararını tazmin edebileceği bir icra ve iflâs hukuku müessesesi de bulunmamaktadır<sup>698</sup>. Keza davacı zarar gören, gerçekten borçlu da olabilir ve fakat alacaklı takip hakkını, açık bir şekilde kötüye kullanıyor olabilir. Örneğin takibini borçluyu sürekli ve tekrar tekrar maddi manevi baskı altında tutmak veya fazla vekâlet ücretine hak kazanabilmek için parçalara ayırarak yapabilir. Bu durumda borçlu daha fazla zarara uğramamak için takibe itiraz da etmeyecektir; ancak yine de haksız olarak zarara uğramış olacaktır. Şu hâlde, tazminat davasının açılabilmesi için her somut olayın özelliğine göre hukukî yararın varlığı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu anlamda hukukî yararın varlığı hâlinde davanın açılabilmesi için takibin veya takip işleminin haksızlığının takip çerçevesinde ortaya çıkmış olmasının beklenmeyeceği söylenebilir.

Dava, her ne kadar cebrî icra ilişkisi devam ederken açılabilse de, yargılama neticesinde tazminata karar verilebilmesi için, takip veya takip işleminin haksızlığının tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla az önce belirttiğimiz üzere hukukî yararın varlığı hâlinde açılan tazminat davasında, kural olarak sadece zarar ve illiyet bağının bulunup bulunmadığına ve TBK m. 76 çerçevesinde geçici tazminat ödenip ödenemeyeceğine ilişkin tahkikat yapılabilecektir<sup>699</sup>. Bu hususlar hakkında tahkikat yapılmış olmasına rağmen, takibin veya takip işleminin haksızlığı belli olmadıkça tazminat davasında hüküm verilmemelidir. Taraflar arasındaki takip konusu uyuşmazlık bakımından haksız takip veya takip işleminin hukuka aykırı fiil teşkil edip etmediği, bu anlamda davalının kusurunun bulunup bulunmadığı, kötü niyetli olup olmadığı, kural olarak tazminat davasında bekletici mesele yapılmalıdır. Buna karşılık, bir üst paragrafta da belirtildiği üzere cebrî takip çerçevesinde takip veya takip işleminin haksızlığının (hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığının) tespit edilebileceği bir yargılama söz konusu

---

<sup>698</sup> Bu noktada akla, borçlunun menfi tespit davası açabileceği gelebilir. Ancak, itiraz üzerine takip zaten durmuş olduğundan, borçlunun takipten sonra menfi tespit davası açılmasında hukukî yararının olmadığından hareketle menfi tespit davasının usûlden reddine karar verilebilir. Karş. yuk. İkinci Bölüm, § 5, I, B, 1, a, cc. Bu durumda borçlunun her ne kadar uğradığı zararların tazmini amacıyla menfi tespit davası açtığı, dolayısıyla da esasen hukukî yararının mevcut olduğu ifade edilebilirse de, sırf icra tazminatı vasıtasıyla zararların tazmini için menfi tespit davası açılmayacaktır. Zira İİK m. 72'de düzenlenen menfi tespit davasının anlamı ve amacı, borçlunun borçlu olmadığı genel mahkemelerde kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespiti ve bu durumun takibe olan etkisinin sağlanmasıdır. Takipten sonra açılan menfi tespit davasında bu etki, takibin durmaması, teminat karşılığında yalnızca satış sonucu elde edilen paranın alacaklıya verilmesinin engellenmesidir. Kaldı ki bu davada teminat karşılığında dahi hâkim, icra vizesindeki paranın alacaklıya verilmesinin engellenmesine yönelik tedbir kararı vermek zorunda değildir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 356. Şu hâlde, borçlunun takipten sonra menfi tespit davası açması imkânının, kötü niyetli alacaklının takibi nedeniyle zarara uğramasının engellenmesi ve zararların tazmini bakımından, her durumda etkili bir koruma sağlamadığını ifade etmek gerekir.

<sup>699</sup> TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödeme, hukukî niteliği itibarıyla geçici tedbir mahiyetindedir. Dolayısıyla bu ödemeye ilişkin talep bakımından davacının, tazminat talebinin haklılığını tam ispat şeklinde ortaya koyması beklenmeyecektir. Davacının geçici talebine ilişkin değerlendirmede, talebinde haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi yeterli olacaktır. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 134.

değilse, tazminat davasına bakan hâkim, tarafların iddia ve savunmaları hakkında önündeki dava malzemesine göre oluşturacağı kanaate göre karar verebilecektir. Örneğin alacaklının takip hakkını borçluyu maddi manevi baskı altında tutarak ona zarar vermek suretiyle açıkça kötüye kullanması hâlinde, borçlu gerçekte borçlu olduğundan, aleyhine icra tazminatıyla karşılaşmamak için takibe itiraz edemeyecek veya menfi tespit davası açamayacaktır. Bu örnekte hâkim, alacaklının kötü niyetli olup olmadığını ve takibin bu anlamda hukuka aykırı olup olmadığını da değerlendirmek suretiyle, artık haksız fiilin bütün şartlarının mevcut olup olmadığını, dava dosyası kapsamındaki deliller bağlamında inceleyerek karar vermelidir.

Dava, genel hükümlere tâbi olduğundan, iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesi yasağı da genel esaslar çerçevesinde söz konusu olacaktır. Buna göre iddianın ve savunmanın değiştirilip genişletilmesi, esasen ikinci dilekçelerinin sunulmasıyla başlayacaktır. Ancak taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak katılmaması hâlinde gelen taraf, iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirip genişletebilir; karşı tarafın itiraz etme imkânı bulunmamaktadır (HMK m. 141/1). Bunun dışında ikinci dilekçelerin verilmesiyle başlayan iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesi yasağı, ancak karşı tarafın açık rızası ve ıslah yoluyla aşılabilir (HMK m. 141/2).

Burada iki önemli noktayı da özellikle belirtmek gerekir. İlk olarak dava, talep sonucuna göre belirsiz alacak davası olarak da açılabilir. Somut olayın özelliğine göre zarar miktarının belirlenmesi objektif olarak imkânsız veya davacıdan beklenemeyecek nitelikteyse, davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkündür. Örneğin haksız takip çerçevesinde malları haczedilen ve işleri bozulan borçlunun gerçekleştiremediği taahhütlerden dolayı ne kadar zarara uğrayacağı ve özellikle güven kaybına dayalı olarak mevcut ve doğabilecek zararlarını belirleyebilmesi oldukça güç olabilir. Bu gibi durumlarda, davanın belirsiz alacak davası olarak açılması, HMK m. 107/2 uyarınca daha sonradan, iddianın yasağa tâbi olmaksızın genişletilmesi imkânı sunar. İkinci olarak bilindiği üzere sonradan ortaya çıkan vakıalar, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı kapsamında değildir<sup>700</sup>. Dolayısıyla, davanın açılmasından sonra ortaya çıkan vakıalarla sonradan ortaya çıkan zararlar da tazminat kapsamına dâhil edilebilecektir. Özellikle ticari itibarın zedelenmesi nedeniyle oluşan güven kaybı, belli bir süreç boyunca devam edebilir. Bu süreçte örneğin kredi başvuruları sonuçsuz kalabilir, diğer alacaklılar da endişeye kapılıp harekete geçebilir, devam eden iş ilişkileri sonlandırılabilir. Tazminat davası ve hatta takip çerçevesinde gündeme gelen yargılamalar

---

<sup>700</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 406; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 351, 359.

devam ederken, bu gibi olaylar şeklinde sonradan gerçekleşen vakıalar nedeniyle ortaya çıkan zararlar da tazminat kapsamına dâhil edilebilecektir<sup>701</sup>.

Yapılacak tahkikat neticesinde tazminata karar verilebilmesi için haksız fiilin unsurlarının var olduğu kanaatine ulaşılmaması gerekir. Bu unsurların varlığını ispat yükü ise kural olarak davacı kişi üzerindedir. Zira HMK m. 190 uyarınca tazminat talebine esas teşkil eden vakıalara bağlanan hukukî sonuçtan lehine hak çıkararak taraf davacıdır. Şu hâlde davacı, her şeyden önce davalının takibinin veya takip işleminin haksız olduğunu ve bu nedenle uğradığı zararları ispat etmek zorundadır. Sorumluluğun hukukî niteliği haksız fiile dayandığından, davalının kusurunu da ispatlamalıdır<sup>702</sup>.

İspat ve deliller bakımından da genel hükümlerden ayrılmayı gerektirecek bir hâl bulunmamaktadır. Ancak bu noktada tahkikatın konusunu oluşturacak vakıalar bakımından işin niteliği gereği hukuka aykırılık unsurunun ispatı önem arz etmektedir. Şöyle ki, esasen haksız fiil sorumluluğunda, zararı doğuran eylem hukukî fiil niteliğinde olduğundan, kesin delille ispat zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilebilir. Örneğin tartışan iki kişi arasındaki arbeye nedeniyle zarar gören kişinin açacağı tazminat davasında, kesin delille ispat zorunluluğu yoktur. Ancak haksız takip veya takip işleminden doğan zararlarda davalının haksız eylemi, bir başka ifadeyle takibe konu edilen uyuşmazlığa ilişkin iddia ve savunmalara istinaden gerçekleştirilen fiiller, geniş anlamda hukukî işlem niteliğindedir. Örneğin alacaklı, gerçekte böyle bir alacağı olmamasına rağmen borçluya karşı satış sözleşmesinden doğan 50.000,00 TL'lik alacağı olduğu iddiasıyla takip başlatmıştır. Bu takibin haksızlığı-hukuka aykırılığı, alacağın mevcut olmadığına ilişkin itiraz üzerine alacaklı tarafından girişilen itirazın hükümden düşürülmesinde veya doğrudan borçlunun açtığı menfi tespit davasında veyahut da icra takibinin iptali veya talikine ilişkin yargılama neticesinde ortaya çıkmaktadır. Hatta istisnai hâllerde şikâyet yoluyla da dolaylı olarak takibin iptaline ve neticede haksızlığına karar verilebilmektedir. Bu örnekte borçlunun itirazı üzerine açılan itirazın iptali davasını alacaklının kaybetmesi hâlinde takibin de haksızlığı ortaya çıkmış olacaktır. Şu hâlde tazminat davasında, her ne kadar hukuka aykırılık unsuru bakımından hukukî işleme ilişkin bir iddiada bulunulsa da, teknik olarak bu hukukî işlem hakkında kesin delille ispat zorunluluğunun bulunmadığı

---

<sup>701</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 267; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 406.

<sup>702</sup> Bununla beraber haksız takip veya takip işleminin, genel borçlar hukuku sözleşmesi veya icra sözleşmesinin ihlâli niteliğinde olması hâlinde tazminat sorumluluğu, sözleşmeye aykırılık hükümlerine tâbi olacağından, kusurun davacı tarafından ispatlanması gerekmeyecektir. Bilakis bu durumda davalı, TBK m. 112 uyarınca kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğinden, kusurlu bulunmadığı vakiasını ispat yükü davalı üzerinde olacaktır.

ifade edilebilir. Kaldı ki takibin haksız ve hukuka aykırı olduğu takip konusu uyuşmazlığa ilişkin öngörülen müesseseler çerçevesinde çeşitli yargılamalarla ortaya konulmaktadır. Uyuşmazlık bakımından kesin delille ispat yükümlülüğünün söz konusu olması hâlinde, bu yargılamaların esas ve hükümleri çerçevesinde kesin delille ispat aranabilecektir. Ancak bu yargılamalar neticesinde verilen hüküm, esasen tazminat davasında hukuka aykırılık unsurunun ispatı bakımından kesin delil etkisi gösterecektir. Bu durumlarda hukuka aykırılık unsuru, davacının, tazminat davasında hukuka aykırılık unsuru bakımından teknik anlamda delil ikame ederek ispat faaliyetinde bulunmasını gerektirecek bir çekişmeli vakıya teşkil etmeyecektir. Örneğin alacaklının alacaklı olmadığı, itirazın iptali davası veya menfi tespit davası çerçevesinde mahkeme tarafından belirlenmişse, bu durum tazminat davasında da başlatılmış takibin hukuka aykırı olduğu yönünde kesin delil etkisi gösterecektir. Bu durumda borçlunun, tazminat davasında alacaklının kusurunu (kötü niyetli olup olmadığını) ispat etmesi gerekecek<sup>703</sup>; buna karşılık alacaklının alacaklı olmadığını, bu bakımdan takibinde haksız olduğunu ispatlamak için yeniden ispat etmesi gerekmeyecektir.

Buna karşılık cebri takip konusu uyuşmazlık bakımından davalı esas itibarıyla haklı olmasına rağmen, haksız takip veya takip işleminin, yine de dürüstlük kuralına aykırı olarak kötü niyetle gerçekleştirilmesi gündeme gelebilir. Örneğin gerçekte alacaklı olsa da sırf borçluya daha fazla zarar vermek için alacağın kısımlara ayrılarak takibe konulması veya sırf ticari itibarının zedelenmesi için iflâs takibi başlatılması, ihtiyati haciz talep edilmesi gibi durumlar söz konusu olabilir<sup>704</sup>. Bu gibi durumlarda borçlu veya üçüncü kişi haksız olduğu için ve özellikle icra tazminatına mahkûm edilmemek için takibe karşı koymamış olabilir. Bir başka ifadeyle davalının fiilinin hukuka aykırılığı daha önce herhangi bir yargılama çerçevesinde tespit edilmemiş olabilir<sup>705</sup>. Dolayısıyla davacının uğradığı zararlara ilişkin tazminat davasında

---

<sup>703</sup> İcra tazminatı öngörülen düzenlemelerde, alacaklı aleyhine tazminata karar verilebilmesi için kötü niyetin ispat edilmesi gereken yargılamalarda, örneğin itirazın kaldırılması, itirazın iptali gibi durumlarda, alacaklının kötü niyeti hakkında varılan kanaatler de tazminat davasında kesin delil etkisi gösterebilir. Buna göre itirazın iptali davasında alacaklının kötü niyetli olmadığı yönünde kanaate varılmış, bu sebeple de aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmemişse, borçlunun açacağı tazminat davasında da alacaklının kötü niyetli olduğu, ağır kusurlu olarak tazminata mahkûm edilmesi mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde örneğin itirazın iptali davasında alacaklının aleyhine kötü niyet tazminatı öngörülmüşse, kesin hükmün unsur etkisi çerçevesinde tazminat davasında da alacaklının ağır kusurlu olduğu kabul edilecektir.

<sup>704</sup> Esasen borçlu da gerçekte haklı olmasına rağmen alacaklı veya üçüncü kişiye zarar vermek için işlem yapabilir veya işlem yapmaktan kaçınabilir. Örneğin borçlu sırf icra tazminatına hak kazanmak için takibe karşı koyabilir veya haciz esnasında üçüncü kişiye ait malın kendisine ait olmadığını bildirmeyebilir. Ancak bu gibi hâllerde alacaklının aleyhine karar verilebilmesi için kötü niyetli olması arandığından netice itibarıyla bu durumların önüne geçilmiş olduğu söylenebilir.

<sup>705</sup> Söz konusu yargılamalar az önce işaret ettiğimiz üzere takibin türüne göre düzenlenmemiş olabilir veya somut olayın özelliğine göre bu yargılamalara başvurulması, mantık olarak mümkün olmayabilir. Dahası söz konusu yargılamalar yapılmış olmakla birlikte takibin haksızlığı ve kişinin kusuruna (kötü niyetli olup olmadığına) yönelik

davalının fiilinin hukuka aykırılığını ayrıca ispat etmesi gerekecektir. Ancak ne var ki davalı alacaklının fiili, her ne kadar takipte bulunmak suretiyle hukukî işlem niteliğinde olsa da, kesin delille ispat geçerli olmayacaktır. Zira burada esasen tazminata esas teşkil eden hukuka aykırılık, takip bağlamında değil, başlı başına davalının kötü niyetli takip başlatma davranışı/fiili üzerinde ortaya çıkmaktadır. Şu hâlde hukuka aykırı fiil bakımından davacının ispat yükümlülüğünün, kesin delille ispat kurallarına tâbi olmayacağı ifade edilebilir.

Haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırı fiil dışındaki diğer unsurları olan kusur, zarar ve illiyet bağının da kuşkusuz ispat yükümlülüğü çerçevesinde davacı tarafından ispat edilmesi zorunludur. Ancak bu unsurlar bakımından nitelikleri gereği ispat şekli herhangi bir sınırlamaya tâbi değildir. Örneğin davacı davalının kusurunu, her türlü delille ispatlayabilir. Özellikle kötü niyetin varlığı, kişinin haklı olmadığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına rağmen ilgili haksız takip veya takip işleminin gerçekleştirilmesine ilişkin objektif esaslarla ispatlanacaktır.

#### **E. Mahkemenin Kararı ve Kanun Yolları**

Mahkeme, yargılama sonunda haksız fiilin unsurlarının gerçekleştiği kanaatine varırsa, davayı kabul ederek davalıyı tazminat ödemeye mahkûm eder. Buna karşılık somut olayda haksız fiil sorumluluğunun şartlarının sağlanmadığı kanısındaysa, ret kararı verilecektir. Her iki hâlde de genel hükümlere göre verilen nihai bir karar bulunduğundan, şartların varlığı hâlinde olağan kanun yolları olarak istinaf ve/veya temyiz kanun yoluna, olağanüstü kanun yolu olarak da yargılamanın yenilenmesine başvurulabilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 51/1 çerçevesinde durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığı da dikkate alınarak belirlenen tazminata, tek seferde veya TBK m. 51/2 uyarınca irat şeklinde ödenmek üzere hükmolunabilir. Her iki durumda da, söz konusu hüküm, ilâmlı icra hükümleri çerçevesinde icra takibine konu edilebilir.

Bununla birlikte TBK m. 76 uyarınca iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi hâlinde davacı zarar görenin talebi üzerine hâkim tarafından geçici ödeme yapılmasına karar verilebilir. Kanımızca bu hususa ilişkin karar, geçici tedbir mahiyetindedir<sup>706</sup>. Zira anılan kararın verilmesi, davacı zarar görenin ekonomik

---

bir inceleme yapılmamış da olabilir. Örneğin takip talebinde bulunan eksikliklere dayanarak veya derdestlik nedeniyle şikâyet yoluyla takibin iptal edilmesinde, alacaklının haksız ve kötü niyetli olup olmadığı ortaya konulmayacaktır.

<sup>706</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 134.

durumunun gerektirmesine bağılı olup; ödemeler, dava sonunda verilmesi muhtemel nihai tazminat kararına mahsuben yapılır. Dolayısıyla teknik olarak nihai karar olmasa da, bu mahiyetteki geçici ödeme kararlarının da icra yoluyla tahsili sağlanabilmelidir. Esasen bu düzenleme, haksız takip veya takip işlemiyle tüm ekonomik ilişkilerinin önemli ölçüde zarar görme ihtimalinin yüksekliği karşısında, tazminat alacaklısı açısından oldukça faydalıdır<sup>707</sup>.

## II. İcra Tazminatları Bakımından Kanun'da Öngörülen Orandan Fazla Olan Zararlardan Sorumluluk

### A. Genel Olarak

Birinci bölümde de belirtildiği üzere icra ve iflâs hukuku sistemimiz, taraflar (ve ilgili üçüncü kişiler) arasındaki menfaat dengesi üzerine kurulmuştur. Menfaat dengesinin, takip çerçevesinde tanınan hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması suretiyle kötü niyetli olarak bozulmasının önüne geçmek amacıyla pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda, menfaat dengesinin bilhassa önem arz ettiği ilâmsız icrada kötü niyetle mücadele amacıyla, icra hukukuna özgü bir kurum olarak icra tazminatlarının düzenlendiği yukarıda açıklanmıştır. Buna göre itirazın iptali, itirazın kesin ve geçici kaldırılması, menfi tespit davası, borçtan kurtulma davası, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmesi ve istihkak davası müesseselerinde, alacaklı, borçlu ve bazı hâllerde üçüncü kişiler bakımından icra tazminatları düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki bu tazminatlara hükmedilebilmesinin şart ve hükümleri, her müessese bakımından farklılık arz ettiğinden, icra tazminatları bağlamında Kanun'da bir insicamın olduğu söylenemez<sup>708</sup>. Bazı durumlarda icra tazminatının oranı<sup>709</sup>, bazı hâllerde talebin gerekip gerekmediği, bazı hâllerde ise kusur veya kötü niyetin şart olup olmadığı gibi çeşitli farklılıklar mevcuttur. Burada tekrara düşmemek adına bu hususlara yeniden yer verilmeyecektir. Ancak icra tazminatları bağlamında ortak olan bir husus olarak, götürü bir oran üzerinden icra tazminatına karar verilebildiği, tazminat lehtarının daha fazla zararının olduğunu

<sup>707</sup> Hatta bu tedbir, dava sonunda hükmün tazminat talebinin tamamı bakımından verilmesi hâlinde, uzun dava süresince davacı zarar görenin zararının artacak olması dikkate alındığında, davalının yararına da olabilecektir. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*, 134.

<sup>708</sup> Kılınç, 227; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159.

<sup>709</sup> Belirtmek gerekir ki icra tazminatlarının oranlarındaki farklılıklar, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle öğretilde eleştirilmekteydi. Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, "İİK'da İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül-1 Ekim 2005 Ankara*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006), s. 249; Özekes, *İlkeler*, 194; Özekes, "Sorunlar", 287. Bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, 6352 sayılı Kanun ile icra tazminatlarının oranını, yüzde yirmi olarak değiştirmiştir. Ancak ne var ki istihkak davasında icra tazminatları bakımından eşitlik ilkesine aykırılık hâlâ devam etmektedir. İstihkak davasının kabulü hâlinde, istihkak iddiasına itiraz eden alacaklı veya borçlu yüzde on beş oranında tazminata mahkûm edilirken, davanın reddi hâlinde üçüncü kişi yüzde yirmi oranında tazminata mahkûm edilmektedir.

iddia etmesi hâlinde, aynı yargılamada haksız fiil hükümleri çerçevesinde ileri sürebileceğidir. Hemen belirtmek gerekir ki bu husus, Kanun'da yer almamakta ve fakat öğreti ve uygulamada inceleyebildiğimiz kadarıyla tereddütsüz kabul edilmektedir<sup>710</sup>. Kanun'da belirlenen oranın üzerindeki tazminat taleplerinin aynı yargılamada ileri sürülebilmesi hususu, icra tazminatları ile haksız fiile dayanan tazminat alacağının şart ve hükümleri ile amaçları arasındaki farklılıklar bağlamında hem maddi hukuk hem de usûl hukuku açısından ortaya çıkabilecek problemler bakımından tartışılabilir. Herhangi bir kanuni düzenlemeye de dayanmayan bu uygulama, özellikle icra tazminatının şartları mevcut olmadığından icra tazminatına karar verilemese de, aynı yargılamada zarar görenin haksız fiil esaslarınca tazminat alacağının şartları gerçekleşmiş ise, haksız fiil tazminatına karar verilir verilemeyeceği bakımından önem arz etmektedir.

## B. Maddî Hukuk Problemleri

Bu noktada değerlendirilebilecek ilk husus, her iki kurumun niteliği ve amaçları bakımından ortaya çıkabilecek problemlerdir. Zira icra tazminatları, icra ve iflâs hukuku hükümlerinin kötü niyetli olarak kullanılmasını önlemek amacıyla öngörölmüş icra ve iflâs hukukuna özgü yaptırımdır<sup>711</sup>. Oysa haksız takip veya takip işleminden doğan tazminat, nitelik itibariyle klasik bir borçlar hukuku kurumu olarak hukuka aykırı bir fiille üçüncü kişilerin zararını gidermeyi amaçlamaktadır. Doğal olarak her iki müesseseye ilişkin şart, hüküm ve sonuçlar farklıdır. Örneğin, icra tazminatlarında kural olarak zararın varlığı ve miktarı önem taşımamaktadır<sup>712</sup>, haksız fiil esaslarınca tazminat bakımından ise zarar şarttır. İcra tazminatlarında götürü bir oran belirlendiğinden, prensip itibariyle zarar mevcut olmasa da şartların varlığı hâlinde icra tazminatına karar verilebilmektedir<sup>713</sup>. Zarar mevcut olsa bile, belirlenen götürü orandan az olması dahi önem taşımamakta; Kanun gereği ilgili götürü orana

<sup>710</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 709; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 111-112; Kuru, *El Kitabı*, 269; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 184-185; Kılınç, 215.

<sup>711</sup> Yılmaz, "İcra Tazminatı", 684; Kuru, "İcra İnkâr", 617-618; Kılınç, 214-215. Karşı yönde Belgesay, *Şerh*, 137. İcra tazminatının hukukî niteliği hakkında ayrıca bkz. yuk. Birinci Bölüm, § 1, IV, B.

<sup>712</sup> Berkin, *İcra Hukuku Rehberi*, 426; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159; Kuru, "İcra İnkâr", 648; Akil, "İcra İnkâr", 321; Kılınç, 215.

<sup>713</sup> Gerçekten de icra tazminatların bağlamında, tazminat kararı verilebilmesi için zararın varlığı ve ispatlanması şart değildir; Kanun gereği hükmolunur. Bununla birlikte menfi tespit davasında borçlu aleyhine tazminata karar verilebilmesi için takibin ihtiyati tedbir kararı alınması suretiyle durdurularak alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle zararının olması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı şekilde kambiyo senetlerine mahsus ilâmsız icrada, borçlunun itirazının kaldırılmasına karar verilmesiyle hakkında icra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için takibin durdurulmuş olması gerekmektedir. Ancak bu durumlarda dahi alacaklının gerçekten uğradığı zarara ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Kötü niyet tazminatı bakımından ise, borçlunun zarara uğrayıp uğramadığı önem taşımamaktadır; alacaklının kötü niyetli olması kaydıyla diğer şartların varlığı hâlinde tazminata karar verilmektedir. Aynı şekilde üçüncü kişiler aleyhine hükmolunan haksız çıkma tazminatında da zararın varlığı ve miktarı önem taşımamaktadır.

hükmolunmaktadır<sup>714</sup>. Dolayısıyla icra tazminatlarına ilişkin düzenlemelerde, kötü niyetle mücadele amacının esas olduğu, zararın tazmini amacının birincil nitelikte olmadığı ifade edilebilir. Buna karşılık zararın bu götürü orandan fazla olması hâlinde, tazminat, zarar gören tarafından iddia ve ispat edilmesi kaydıyla haksız fiil esaslarına göre kararlaştırılabilmektedir. Zararın hiç olmadığı veya götürü orandan az olduğu iddia ve ispat edilemezken, fazla olduğunda icra tazminatı çerçevesinde iddia ve ispat edilerek karar verilebilmesi, niteliği ve amacı farklı olan icra tazminatı müessesesini, haksız fiil tazminatına yaklaştırmaktadır. Esasen her iki durumda da dayanılan vakıalar, haksız (ve kötü niyetli) takip yapılması veya takibe haksız itiraz edilmesi bağlamında aynıdır. Ancak fiilin sonucunun yalnızca nicelik itibarıyla fazla olması hâlinde, herhangi bir kanunî düzenleme olmaksızın, zararın tazmininin hukukî niteliği farklı başka bir müesseseye tâbi tutulması, hukukî güvenlik ilkesi bakımından uygun değildir.

Benzer bir problem, kötü niyet tazminatı bakımından kötü niyetin varlığının ortaya konulması açısından da tartışılabilir. Esasen kötü niyet tazminatlarında, alacaklının kötü niyetinin mevcut olması şarttır. Bu bakımdan dürüstlük kuralına aykırı olarak takip hakkının kötüye kullanılmasına istinaden oluşan zararlara ilişkin haksız takip tazminatıyla farklılık arz etmemektedir. Ancak kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklının kötü niyetinin tespit edilmesi, uygulamada farklılaşabilmektedir. Zira Yargıtay bir kararında kötü niyetin varlığının iddia ve ispat edilmesi veya hâkim tarafından dosyadan tespit edilmesi hâlinde kendiliğinden karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>715</sup>. Buna karşılık kötü niyetin borçlu tarafından iddia ve ispat edilmesi gerektiği yönünde de kararlar mevcuttur<sup>716</sup>. Şu hâlde borçlu

<sup>714</sup> Kuru, “İcra İnkâr”, 648; Yılmaz, “İcra Tazminatı”, 709; Kılınç, 215. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas*, 159. Karşı yönde Belgesay, *Şerh*, 137.

<sup>715</sup> “... Anılan yasa hükmünde düzenlenen ve ‘kötü niyet tazminatı’ olarak adlandırılan tazminat, sadece ve ancak yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde takibe girişmekte kötü niyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir...” Yargıtay HGK, E. 2013/19-469, K. 2014/45, T. 29.1.2014, (Kazancı, E.T. 20.02.2020). “... Şu yönün de önemle belirtilmesinde yarar vardır: İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen ve uygulamada “kötüniyet tazminatı” olarak adlandırılacağı tazminat türü, sadece ve ancak yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde takibe girişmekte kötüniyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir. Alacağının varlığına maddi hukuk kuralları çerçevesinde inanarak icra takibine girişen, ancak bunu usul hukuku kurallarına uygun şekilde kanıtlamadığı için itirazın iptali istemi reddedilen bir alacaklı, İİK.nun 67. maddesi anlamında “haksız” ise de, kötüniyetli olarak kabut edilebilmesine ve dolayısıyla, bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesini açıkça şart koşan söz konusu hüküm çerçevesinde tazminatla sorumlu tutulmasına hukuken olanak yoktur...” Yargıtay HGK, E. 2012/19-282, K. 2002/299, T. 10.04.2002, (Kazancı, E.T. 20.02.2020). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, E. 2005/19-286, K. 2005/268, T. 27.04.2005, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

<sup>716</sup> “... Anılan yasa hükmüne göre, alacaklının anılan tazminata mahkum edilebilmesi, açıkça, takibin kötüniyetle yapılmış olması koşuluna bağlanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, alacaklının icra takibini kötüniyetli olarak yaptığı hususu, borçlu tarafından kanıtlanmalıdır. Öğretiye ve Yargıtay uygulamasına göre, alacağının



tarafından ispat edilmese de hâkimin, alacaklının kötü niyetli olarak takip yaptığını dosyadan tespit etmesi hâlinde, borçlunun götürü orandan fazla olan zararlarında da haksız fiilin kusur unsurunu (alacaklının kötü niyetli olarak kasten takip yaptığını) ispatlamasının gerekip gerekmeyeceği açısından duraksamalarla karşılaşılabilecektir. Örneğin (Yargıtay'ın işaret ettiğimiz ilk kararı dikkate alınarak) itirazın iptali davasında borçlu tarafından alacaklının kötü niyeti ispat olunmasa da, mahkeme % 20 kötü niyet tazminatına hükmedebilecekken, borçlunun daha fazla zarara uğradığını ispatlaması hâlinde, bu kısma yönelik de hüküm kurulabilecek midir? Eğer alacaklının kötü niyeti borçlu tarafından ispatlanmasa da kötü niyet tazminatına karar verildiğinde, götürü oranın üzerindeki zararlara da haksız fiil esaslarınca kötü niyet ispatlanmaksızın hükmedilebilir denirse, tazminat talebinin kötü niyet tazminatına ilişkin yargılamalarda istenmesinin daha avantajlı olduğu söylenebilir. Buna karşılık hükmedilemeyeceği kabul edilirse, bu sefer de aynı yargılama içerisinde aynı vakiyaya dayanarak farklı talepler ileri sürüldüğünde, farklı ispat yükümlülüğünün kabul edilmesi gerekecektir. Bu ise teorik olarak anlamsız olmasının yanı sıra, usûl ekonomisi bağlamında da problem yaratabilecektir. Zira kötü niyet tazminatı bakımından alacaklının kötü niyeti, mahkemece dosya içeriğinden tespit edilerek çekişmeli olmaktan çıkmış olmakla birlikte, aynı yargılamada borçlunun % 20'yi aşan gerçek zararını haksız fiil çerçevesinde talep etmesi hâlinde çekişmeli vakıa olarak ispata muhtaç olacaktır. Şu hâlde kötü niyet tazminatı çerçevesinde alacaklının kötü niyetinin ispatlanmadan mahkeme tarafından kabul edilmesi, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından birisi olarak kusurun (örneğimizde kastın) da ispatlanması gerektiği konusunda kuşku bulunmadığı dikkate alındığında, her hâlde problem teşkil edecektir<sup>717</sup>.

Öte yandan, bilindiği üzere bazı hâllerde icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep gerekmemektedir<sup>718</sup>. Fakat gerçek zararın tazmini haksız fiile dayandığından, talepte

---

*bulunmadığını bildiği veya bilmesi gereken bir durumda olduğu halde, icra takibine girişen alacaklı, kötüniyetli kabul edilir. Açıklanan bu yasal durum ve ilke çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde davalı, davacının icra takibinde kötüniyetli olduğunu yasal delillerle kanıtlayamamış olup, dosya içeriğinde de kötüniyetin varlığını açıkça ortaya koyacak bir yöne rastlanmamıştır. Hal böyle olunca, mahkemece, davalının bu istemi hakkında red kararı verilmesi gerekirken...”*, Yargıtay 13. HD, E. 2019/2299, K. 2019/7816, T. 26.06.2019, (Lexpera, E.T. 20.02.2020).

<sup>717</sup> Belirtmek gerekir ki bu ihtimal, Yargıtay'ın işaret ettiğimiz HGK kararlarındaki kabulü üzerine gündeme gelebilecektir. Oysa kötü niyet tazminatında alacaklının kötü niyeti borçlu tarafından iddia ve ispat edilmelidir. Bu bakımdan esasen söz konusu karara katılmak mümkün değildir.

<sup>718</sup> Örneğin borçtan kurtulma davasında gerek borçlu gerekse de alacaklı aleyhine tazminat kararı verilebilmesi için talebe gerek yoktur (İİK m. 69/son). Menfi tespit davasında alacaklı lehine tazminata hükmedilebilmesi talebe bağlı değildir (İİK m. 72/3, 4). İcra tazminatları için talep koşulunun aranmadığı ve bu durumun taleple bağlılık ilkesi bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç, 220 vd.

bulunulması şarttır. Şu durumda icra tazminatının söz konusu olduğu yargılamada talepte bulunulmaması hâlinde, götürü oran üzerindeki zararlara hükmedilebilecek midir veya bunun için kişinin talepte bulunması gerekecek midir? Bir başka ifadeyle, icra tazminatına talep olmadan da karar verilebilen hâllerde tazminat talebinde bulunulmadığında, zarar görenin uğradığı gerçek zararı hüküm altına alabilmesinin mümkün olup olmadığı, mümkün olması için icra tazminatına yönelik talepte de bulunması gerekip gerekmediği tartışılabilir. Esasen burada problem, icra tazminatı ile haksız fiil tazminatının farklı talepler olarak kabul edilip edilemeyeceğiyle de ilgilidir. İcra tazminatının, kötü niyetle mücadele amacıyla karşı tarafın uğrayabileceği zararların tazmini amacıyla % 20'lik götürü oran ile kabul edildiğinden hareket edilir ve daha fazla olan zararlarda haksız fiil çerçevesinde ortaya konulması gerektiği kabul edilirse, her iki hususun da aslında aynı tazminat olduğu, farklılığın yalnızca miktar itibarıyla sınırlandırmadan ibaret olduğu görülmektedir. Şu durumda talebin gerekmediği sonucuna ulaşılabilir. Buna karşılık icra tazminatlarının amacının tazmin olmadığı, temelde kötü niyetle mücadele için öngörülmüş icra hukukuna özgü yaptırımlar olduğu dikkate alınırca, her ikisinin farklı olduğu da kabul edilebilir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere icra tazminatları, nitelik itibarıyla haksız fiil tazminatından farklıdır; her iki talep birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla yargılamanın başında icra tazminatı talebinde bulunulmaması hâlinde, haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin talebi şart olduğundan haksız takip veya takip işleminden doğan zararların da ayrıca talep edilmesi gerekir. Dolayısıyla, ıslah ve karşı tarafın açık rızası ile bu sağlanabilecek olsa da, ıslah hakkının kullanılmış olunabilmesi nedeniyle, hak kayıpları ile karşılaşılabilecektir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da alacağın likit olmadığı hâllerde borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilememesi noktasında ortaya çıkabilir. Örneğin trafik kazası (haksız fiil) nedeniyle uğradığı zararlara yönelik alacaklının başlattığı takipte, alacak miktarı borçlu tarafından herhangi bir işleme gerek olmaksızın bilinebilecek nitelikte olmadığından, borçlunun itirazında haksız olmadığı, dolayısıyla itiraz hükümden düşürüldüğünde inkâr tazminatına hükmolunamayacağı kabul edilmektedir<sup>719</sup>. Ancak durum her zaman bu kadar basit olmayabilir. Borçlu, sırf zaman kazanmak için veya alacaklının zarara uğraması, alacağına geç kavuşması için de itiraz etmiş olabilir. Kasıtlı olarak alacaklının zarara uğratılması amacıyla

---

<sup>719</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 112; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 158; Kuru, "İcra İnkâr", 623 vd.; Kuru, *El Kitabı*, 232; Yılmaz, "İcra Tazminatı", 700 vd.; Ejder Yılmaz, "İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likid Alacak Kavramı", *Bankacılar Dergisi*, 67, (2008): 88 vd.; Akil, "İcra İnkâr", 322; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 181-184.

itiraz eden borçlunun, dürüstlük kuralına aykırı davrandığı açık olmasına rağmen, alacak likit olmadığı için inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği, bu nedenle borçlunun kötü niyetli itirazı üzerine alacaklının uğradığı zararlar için de aynı yargılamada karar verilir verilemeyeceği problem teşkil edecektir<sup>720</sup>. Kanımızca burada icra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için alacağın likit olması kıstası tek başına yeterli olmayıp, dürüstlük kuralı da mutlaka değerlendirilmeli<sup>721</sup>; alacak likit olmasa bile dürüstlük kuralına aykırılık söz konusuysa, icra inkâr tazminatı ve haksız fiil esaslarınca uğranılan gerçek zarar da tazmin edilebilmelidir.

Öte yandan, alacağın likit olmasından başka, icra tazminatlarının şart ve hükümleri farklı olduğundan, icra tazminatına karar verilemese de uğranılan zararlara ilişkin haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde aynı yargılamada karar verilememesi şeklindeki problemler de söz konusu olabilecektir. Örneğin alacaklının gerçekte alacaklı olmakla birlikte sırf borçlunun ticari itibarının sarsılması veya maddi manevi zarara uğraması amacıyla takip başlatması hâlinde, borçlu takibe itiraz etse de, itiraz hükümden düşürülmesine ilişkin yargılama sonunda borçlu lehine kötü niyet tazminatına karar verilebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>722</sup>. Zira kötü niyet tazminatına karar verilebilmesi için alacaklının kötü niyetinin varlığından önce, davanın/talebin reddedilmiş olması gerekir. Oysa alacaklı bu durumda itirazın iptali davası veya itirazın kaldırılması yargılamasını kazanmaktadır. Burada bir üst paragrafta alacak likit olmasa da dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle alacaklı lehine inkâr tazminatına hükmedilebilmesi gerektiği yönündeki çözüm de uygulanamaz. Zira ifade ettiğimiz gibi, kötü niyet tazminatına karar verilebilmesi için, öncelikle davanın esastan reddedilmesi gerekmektedir. Davanın reddine bağlanan bir sonucun, davanın kabul edilmesi hâlinde uygulanması, bu bağlamda teknik olarak mümkün değildir.

### C. Usûl Hukuku Problemleri

İcra tazminatlarının öngörüldüğü yargılamalar çerçevesinde haksız takip veya takip işleminden doğan gerçek zararın da iddia ve ispat edilmesi kaydıyla hüküm altına alınabilmesi,

<sup>720</sup> Hatta bu durumda alacaklının uğradığı zararlar için ayrı bir tazminat davası açması hâlinde, bu davada, itirazın iptali davası veya itirazın kaldırılması yargılamasında, alacağın likit olmadığı nedeniyle borçlunun itirazında haksız olmadığı yönündeki kanaatin, kesin hükmün unsur etkisi çerçevesinde, borçlunun kusurlu olmadığı ve dolayısıyla tazminat şartlarının oluşmadığı yönünde değerlendirilmesi tehlikesi de gündeme gelebilecektir.

<sup>721</sup> Nitekim öğretide inkâr tazminatına hükmedilmesinde alacağın likit olup olmadığının tek başına yeterli olmadığı, her somut olay özelinde dürüstlük kuralıyla birlikte değerlendirme yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, “İcra İnkâr”, 326 vd.

<sup>722</sup> Örneklerin sırf itibarını zedelemek, manevi zarar vermek veya karşı tarafın aleyhine bilgi toplamak için takip başlatılması veya takibe karşı konulması şeklinde çoğaltılması mümkündür. Bütün bu hâllerde borçlu, maddi hukuk açısından gerçekten borçlu olduğundan icra tazminatının öngörüldüğü yargılamada kendisi aleyhine karar verilecek; fakat gerçekte zarara da uğramış olacağından tazminat da talep etmek isteyecektir.

usul hukuku açısından da bazı tartışmalara neden olabilir. Bu noktada ilk olarak değerlendirilebilecek husus, görev bakımından ortaya çıkabilecek sorunlardır. Şöyle ki, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasında görevli mahkeme, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere asliye hukuk mahkemesidir. Oysa icra tazminatının öngörüldüğü müesseseler bakımından görevli mahkeme, itirazın kaldırılması talepleri ve istihkak davaları bakımından icra mahkemesidir. İtirazın iptali, menfi tespit ve borçtan kurtulma davaları bakımından ise icra mahkemeleri dışındaki mahkemeleri ifade etmek üzere genel mahkemelerdir. Ancak bu davalarda görevli mahkeme, taraflar arasındaki takip konusu uyuşmazlığa ilişkin temel hukukî ilişkiye göre özel mahkemeler de olabilmektedir. Şu hâlde, haksız takip veya takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat talebinin, icra tazminatlarının öngörüldüğü yargılamalarda da haksız fiil esaslarınca iddia ve ispat edilerek hüküm altına alınabilmesi, icra mahkemesi ve diğer özel mahkemelerde görülen yargılamalar bakımından görev kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Oysa görev kuralları kamu düzeninden olup, mutlaka kanunla düzenlenmelidir (AY m. 142; HMK m. 1). Dolayısıyla herhangi bir kanunî düzenlemeye dayanmayan bu uygulama, kanımızca her şeyden önce görev kuralları bakımından eleştiriye açıktır.

Usûl hukuku bakımından ortaya çıkabilecek bir diğer problem, özellikle icra mahkemesi tarafından yapılacak sınırlı incelemelerde, uyuşmazlığın esasından ayrılmaya neden olabilecek farklı pek çok vakıanın yargılamada incelenmesi gerekecektir. Örneğin itirazın kaldırılması yargılamasında, alacağın mevcut olup olmadığı, İİK m. 68 ve m. 68/b'de yer alan belgeler kapsamında yapılacak, buna göre kabul veya ret kararı verilecektir<sup>723</sup>. Kötü niyet veya icra inkâr tazminatına, zarar ispatlanmasa da karar verilebilecekken, gerçek zararın iddia ve ispat edilmesi gerekmektedir. Bu ise borçlunun itirazının hızlı bir şekilde hükümden düşürüldüğü (veya alacaklının takibinde haksız olduğunun belirlendiği) itirazın kaldırılması yargılamalarında, zarara ilişkin farklı vakıalara yönelik de tahkikat işlemlerinin yapılması nedeniyle tahkikatın uzamasına ve karar verilmesinin gecikmesine neden olabilecektir. Örneğin kötü niyetli olarak borçlunun ticari itibarının zedelenmesi amacıyla gerçekte alacaklı olunmaksızın veya sahte belgeyle yapılan bir takipte, alacaklının elindeki belge ve buna karşılık borçlunun ileri sürebileceği belge ile sınırlı inceleme yapılarak hızlı bir şekilde itirazın kaldırılması talebinin reddi kararı verilebilecektir. Ancak bu kötü niyetli takip nedeniyle borçlunun kredi başvurularının geri çevrilmesi, iş ortaklarıyla problemler yaşaması gibi nedenlerden ötürü

---

<sup>723</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 114-115; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 159 vd.; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 202 vd.

uğradığı zararların da vakıa olarak incelenecek olması, kuşkusuz yargılamayı uzatacaktır. Oysa icra mahkemelerindeki yargılamaların amacı, kural olarak icra ve iflâs hukukuna yönelik sonuç doğurmak üzere uyuşmazlığın hızlıca hâlli olup, icra mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanması (İİK m. 18) ve kural olarak sınırlı inceleme yapılması bu anlayışın sonucudur. Aynı sakınca, tazminat talebi hakkında karar verilmesi, uyuşmazlığın esasından bağımsız vakıaların da değerlendirilmesini gerektirdiğinden, genel mahkemelerde görülecek yargılamalarda da söz konusudur. Örneğin menfi tespit davasında borçlunun borçlu olup olmadığı uyuşmazlık konusu iken, bunun yanı sıra bir de örneğin alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle önemli bir projenin kaynak teminini sağlayamaması gibi uğradığı gerçek zararına ilişkin farklı vakıaların da değerlendirilmesi gerekecektir. Açıktır ki bu durum, usûl ekonomisi ilkesine aykırı olacaktır.

Bu noktada bir ihtimal birbirinden bağımsız iki talebin mevcut olduğu, objektif dava birleşmesi hükümleri çerçevesinde ortak vakıalar bakımından tahkikatın ortak yürütülmesi şeklinde çözüm düşünülebilir. Buna göre ilgili yargılamada, örneğin itirazın kaldırılması talebi hakkında karar verilebilme imkânı elde edildiğinde, bu talep bakımından karar verilerek, yargılamaya tazminat talebi üzerinden devam edilebileceği ifade edilebilir<sup>724</sup>. Ancak ne var ki bu çözüm de, objektif dava birleşmesi bakımından talepler için görevli mahkemenin ortak olması gerektiğinden, her durumda uygun olmayacaktır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasında görevli mahkeme

---

<sup>724</sup> Bu noktada, kısmi karar müessesesi de gündeme gelebilir. Her ne kadar HMK ile birlikte yalnızca tahkim yargılamaları bakımından kısmi karar müessesesi açıkça düzenlenmişse de, öğretide usûl ekonomisi, etkin hukuki koruma ve adalete erişim ilkelerine hizmet etmek üzere kısmi karar verilebileceği belirtilmektedir. Kısmi karar, dava konusunun birbirinden bağımsız taleplerden oluşması itibarıyla bölünebilir olduğu ve her talebin bağımsız şekilde hükme konu edilebildiği hâllerde, karar verme olgunluğu oluşmuş talepler bakımından verilen nihai karar olarak ifade edilebilir. Kısmi karar, objektif dava birleşmesi, ihtiyari dava arkadaşlığı, karşı dava ve davaların birleştirilmesi gibi birden fazla talebin aynı davada birlikte ileri sürüldüğü müesseseler bakımından gündeme gelmektedir. Kısmi karar verilen bağımsız talepler hakkında uyuşmazlık sona erer; uyuşmazlık, diğer talepler bakımından devam ettiğinden, dava, bu kalan uyuşmazlık konuları üzerinde devam eder. Dolayısıyla kısmi karar verilebilmesi için, talepler arasındaki bağımsızlık, kısmi karar verildikten sonra kalan talepler için ileride verilecek kararın, kısmi karar ile çelişki oluşturmayacak şekilde olmalıdır. Aksi takdirde kısmi karar verilemez. Kısmi karar verilen talepler, kesinleşme, kanun yollarına başvurma ve icra edilebilme gibi hususlara konu olabileceğinden, daha sonradan karar verilen taleplerde çelişkili bir sonucun ortaya çıkması maddi ve usul hukuku problemlerine neden olacaktır. Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usûl Hukukunda Karar*, (Ankara: Adalet, 2014), 129 vd.; Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 1975; Ermenek, *Birleştirilme ve Ayrılma*, 210 vd. Kısmi karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Bahadır, *Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar*, (Ankara: Yetkin, 2018); Cenk Akil, “Genel Hatlarıyla Alman Medeni Yargılama Hukukunda Kısmî Hüküm”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 70, 1, (2012): 182 vd. İcra tazminatı ve haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat taleplerinin nitelik itibarıyla kısmi karar vermeye uygun olduğu söylenebilir. Ancak haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat talebi hakkında kısmi karar verildikten sonra, ilgili yargılamanın zarar görenin aleyhine olması, haksız fiil failinin kusuru bakımından ortaya çıkan verilen tazminat hükmüyle çelişen sonuçlara yol açması mümkündür. Dolayısıyla kısmi karar verilmesi, her somut olayın özelliği dikkate alındığında, uygun olmayabilir.

asliye hukuk mahkemesidir. Buna karşılık itirazın kesin veya geçici kaldırılması ve istihkak davalarında özel mahkeme olarak icra mahkemeleri görevlidir. İtirazın iptali davası, menfi tespit davası, borçtan kurtulma davası gibi genel mahkemelerin görevine giren uyuşmazlıklarda ise, taraflar arasındaki takip konusu uyuşmazlık bakımından özel mahkemenin görevli olması hâlinde, söz konusu davalar bu özel mahkemelerde açılacaktır. Dolayısıyla bu davalar, ancak herhangi bir özel mahkemenin görev alanına girmemesi hâlinde asliye hukuk mahkemesinin görevine girecektir. Kaldı ki objektif dava birleşmesinde talepler bakımından yargılama usûlünün de aynı olması gerekir; ayrı dava olarak açıldığında farklı yargılamaya tabi olacak bir talebin sırf aynı yargılamada ileri sürülerek, söz incelenme usulünün değiştirilebilmesi kabul edilemez<sup>725</sup>. Ancak bilindiği üzere icra mahkemelerinde basit yargılama usulü öngörülmüştür. Dolayısıyla objektif dava birleşmesi çerçevesindeki çözüm, icra mahkemelerinde görülen yargılamalar bağlamında gerek görev gerekse de yargılama usûlü açısından uygun değildir. Keza itirazın iptali, menfi tespit davası ve borçtan kurtulma davası gibi genel mahkemelerin görevli olduğu uyuşmazlıklar bakımından ise, taraflar arasındaki temel hukukî ilişki itibariyle özel mahkemelerin görevli olması hâlinde görev kurallarına uygun olmayacaktır.

Ortaya konulması gereken bir diğer usûl hukuku problemi de icra mahkemelerinin itirazın kesin veya geçici kaldırılmasına ilişkin kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesine<sup>726</sup> ilişkindir. Zira bu durumlarda aleyhine karar verilenin genel mahkemelere başvurması hâlinde, hükmolunan icra tazminatının tahsili ertelenebilirken (İİK m. 68/5, 7; m. 68a/6, 8; m. 169a/5, 6; m. 170/3, 4 ); gerçek zarara ilişkin tazminat hükmünün akıbeti sorun teşkil etmektedir. Bu noktada yukarıda da ifade edildiği üzere icra tazminatı ile haksız fiile dayanan gerçek zarara ilişkin tazminatın hukukî niteliği farklı olduğundan, söz konusu tazminatın icra tazminatı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca icra tazminatının ertelenmesi açık Kanun hükümlerine dayanmaktadır. Oysa icra tazminatı ile birlikte haksız fiil hükümleri uyarınca gerçek zarara ilişkin de hüküm kurulabilmesine yönelik herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığı da dikkate alındığında, medeni usul ve icra iflâs hukukunun

---

<sup>725</sup> Zira mahkemelerin görevleri gibi, yargılama usulleri de kanunla düzenlenir. AY m. 142'de yer alan bu açık hüküm gereği, bir uyuşmazlık bakımından görevli mahkeme ve o mahkemede uygulanan yargılama usulü kanunla düzenlenir. Objektif dava birleşmesinde de, bu anlayıştan hareketle, birlikte ileri sürülen taleplerin aynı yargılama usulüne tâbi olması şarttır. Haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat davasının, icra tazminatı öngörülen müesseselerde ileri sürülmesi, görevli mahkemenin ve yargılama usulünün değişmesine neden oluyorsa, objektif dava birleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın, esasen tâbi olacağı görevli mahkeme ve yargılama usulünün, herhangi bir kanunî düzenleme olmaksızın değiştirilmesinin bu bağlamda uygun olmadığı kanısındayız.

<sup>726</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 44; Kuru, *El Kitabı*, 66, 79-81; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 52; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 65-66. Belirtmek gerekir ki bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Ancak bu tartışma inceleme konumuz kapsamı itibariyle önem arz etmediğinden, ayrıntılarına girilmemiştir.

şekli ve kanuniliği gereğince gerçek zararın da icra tazminatıyla birlikte tahsilinin ertelenebilmesi mümkün değildir. Bu durumda, mahkeme kararları kural olarak kesinleşmeden icra edilebileceğinden, haksız fiile dayanan tazminatın icrası sağlanırken, icra tazminatının tahsili, genel mahkemelerde açılan davanın sonucuna kadar ertelenmiş olacaktır. Hatta genel mahkemede yapılan inceleme neticesinde icra mahkemesinin aksine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, tazminat talepleri hakkında çelişkili kararlar da verilmiş olabilecek ve haksız fiile dayanan tazminatın icrası da sağlanmışsa bu sefer de iadesi gündeme gelebilecektir. Şu hâlde tazminat talebinin, icra tazminatının düzenlendiği yargılamalarda iddia ve ispat edilerek hüküm altına alınabilmesi, icra mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından önemli usûl hukuku problemlerine de neden olmaktadır.

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki icra tazminatları ile birlikte götürü oranın üzerindeki zararların haksız fiil esaslarınca aynı yargılamada hüküm altına alınabilmesi, her iki kurumun amaç ve niteliği ile şart ve hükümlerinin farklı olması nedeniyle hem maddi hem de usul hukuku bakımından pek çok soruna yol açabilmektedir. Dolayısıyla haksız takip ve takip işleminden doğan zararların tazminine, icra tazminatıyla birlikte aynı yargılamada karar verilmemesi gerektiği kanısındayız. Her iki talebin ayrı yargılamalara konu edilmesi, usûl ekonomisi ilkesine aykırı görünse de, yukarıda açıkladığımız üzere söz konusu olabilecek maddi hukuk ve usûl hukuku problemleri karşısında, tazminat talebinin ayrı bir dava ile ileri sürülmesinin daha uygun olacaktır. Kaldı ki bu durumda usûl ekonomisinin uygulanması için diğer usûl hukuku müesseseleri de bertaraf edilmiş değildir. Gerçekten de usûl ekonomisi bakımından uygun olduğuna kanaat edilirse, icra tazminatına ilişkin yargılama, tazminat davası bakımından bekletici mesele yapılabileceği gibi, şartların varlığı hâlinde davaların birleştirilmesi yoluna da gidilebilecektir.

### **III. Tazminat Talebinin Arabuluculuk Karşısındaki Durumu**

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir uzman tarafından, tarafların görüşme ve müzakerelerde bulunmak üzere bir araya getirilerek, karşılıklı anlayış içerisinde kendi çözümlerini üretmelerini sağlamak amacıyla kabul edilen yargılamaya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir<sup>727</sup>. Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

---

<sup>727</sup> Öğretide bir uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak tarafların etkilerinin yoğunluğundan hareketle temel dört yöntem ifade edilmektedir. Buna göre müzakere, tarafların hem sürecin yürütülmesi hem de sonuç açısından tam tasarruf sahibi oldukları yöntemdir. İkinci sırada arabuluculuk, tarafların sonuç üzerinde etkili olmakla birlikte süreçte bağımsız bir üçüncü kişinin katılımı ve yönetimiyle gerçekleştirilen yöntemdir. Hem sonuç hem süreç açısından taraf etkisinin nispeten azaldığı, kural olarak tarafların kendi belirlediği hakem veya hakemler eliyle uyuşmazlığın çözüldüğü tahkim üçüncü sırada ifade edilebilir. Son olarak bu işaret ettiğimiz yöntemler karşısında

Arbuluculuk Kanunu<sup>728</sup> (HUAK) m. 2/1, (b) ile “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere arabuluculukta esas olan, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmeleri için müzakerelerde bulunmaları ve iletişim kurmalarıdır. Bu çerçevede uyuşmazlığın çözümü noktasında taraf iradeleri öne çıkmakta; arabulucunun uyuşmazlığı çözme gibi bir görevi veya işlevi bulunmamaktadır. Arabulucu, tarafların müzakere neticesinde çözüm önerisi getirememeleri hâlinde, yalnızca önerilerde bulunabilir<sup>729</sup>.

Arbuluculuk, yargılamanın söz konusu olduğu diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre daha avantajlıdır. Gerçekten de arabuluculukta taraflar, menfaatlerine en uygun çözümü birlikte kararlaştırabilir<sup>730</sup>. Aynı şekilde arabuluculuk sürecinin de emredici düzenlemelere aykırı olmamak kaydıyla kendi belirledikleri usûle göre yürütülmesini sağlayabilir (HUAK m. 15/2). Ayrıca arabuluculukta gizliliğin esas olup, süreç çerçevesinde yapılan işlemler ile sunulan beyanlar, bilgi ve belgeler prensip itibarıyla delil olarak kullanılamaz. Keza masrafların azlığı, sürecin kısalığı ve basitliği gibi diğer özellikler de arabuluculuğu, tahkim ve devlet yargısından olumlu yönde ayıran noktalardır<sup>731</sup>.

Arbuluculuk, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklarda geçerlidir (HUAK m. 1/2). Buna göre özellikle kamu düzeninden olan hususlarda uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmesi mümkün değildir. Örneğin boşanma ve velâyet gibi aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar kamu düzenini ilgilendirdiğinden, tarafların serbestçe tasarruf yetkisi

---

tarafların gerek süreç gerekse de sonuca etkisinin çok daha sınırlı olduğu devletin resmî yargı mercileri önünde çözüm yöntemi bulunmaktadır. Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2809; Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha, 2. B., 2019), 9-12; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 614.

<sup>728</sup> RG, T. 22.06.2012, S. 28331.

<sup>729</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 768; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 622; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 782; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2817; Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 29.

<sup>730</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 768; Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 108; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2844; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 783.

<sup>731</sup> Gerçekten de arabuluculuğun uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde klasik yol olarak devlet yargısı yoluyla veya tahkim yoluyla çözüldüğü yöntemlere göre pek çok avantajı bulunmaktadır. Bu avantajlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 617; Özekes, *Pekcanitez Usûl*, 2817 - 2823.



bulunmadığından, arabuluculuk geçerli değildir<sup>732</sup>. Keza aile içi şiddete ilişkin uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli değildir (HUAK m. 1/2, son).

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların yargılama yapılmaksızın karşılıklı anlaşma suretiyle çözümlenmesine yöneldiğinden, sürecin başarıya ulaşabilmesinin ön şartı, tarafların bu konuda gönüllü, istekli olmalarıdır<sup>733</sup>. Dolayısıyla arabuluculuk, prensip olarak gönüllülük esasına dayanır. Nitekim HUAK çerçevesinde de arabuluculuk, kural olarak ihtiyari bir müessese olarak düzenlenmiştir (HMK m. 3/1, c. 1). Bununla birlikte birtakım iş uyuşmazlıkları ve ticarî davalarda, arabuluculuğa başvuru zorunlu kılınmıştır<sup>734</sup>. Buna göre 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu<sup>735</sup> m. 3/1 uyarınca kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvuru zorunludur<sup>736</sup>. Keza TTK m. 5/A hükmünde de para veya tazminat alacağına ilişkin ticari davalarda arabuluculuğa başvuru zorunluluğu düzenlenmiştir.

<sup>732</sup> Bununla birlikte aile hukukuna ilişkin maddi konularda, örneğin mal rejimleri veya tazminat gibi hususlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk mümkündür.

<sup>733</sup> Arslan vd., *Medenî Usûl*, 779; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medenî Usûl*, 621; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 768-777; Özkes, *Pekcanitez Usûl*, 2818; Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 28-31.

<sup>734</sup> Belirtmek gerekir ki arabuluculuğun gönüllülük esasından ayrılarak zorunlu tutulması, arabuluculuk müessesesinin niteliğine aykırıdır. Zira tarafların adalet duygusunu tatmin edecek bir çözüm, her şeyden önce tarafların istekleri doğrultusunda, herhangi bir zorlama olmadan ve baskı altında hissetmeden karşılıklı anlaşmalarını gerektirir. Bu yönüyle zorunlu arabuluculuk, bir defa arabuluculuk müessesesi ile teorik olarak bağdaşmamaktadır. Öte yandan zorunlu arabuluculuk, devletin hukukî korunma talebini ve adalete erişim hakkını tam sağlamak yönündeki aslı yükümlülüğünün devredilmesi anlamına gelmektedir ki, bu durum hakkın özünü ve hak arama hürriyetini zedelemektedir. Zorunlu arabuluculuğun, taraflar arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıkların mevcut olması hâlinde, uygulanmasında yaşanabilecek olumsuzluklar, maddi hukuk açısından da hak kayıplarına neden olabilecektir. Arabuluculuğun zorunlu tutulmasına ilişkin olarak dava şartı niteliğinde yapılan düzenleme de, beraberinde pek çok usûl hukuku problemini getirmektedir. Özetle, arabuluculuğun zorunlu tutulması, bizatihi arabuluculuk müessesesinin kendisi ve hak arama özgürlüğü gibi temel Anayasal hak ve ilkelere aykırı olup, maddi hukuk ve usûl hukuku açısından ortaya çıkabilecek pek çok sorunlara yol açabileceğinden, hukuk politikası bakımından doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim öğretilerde de genel olarak işaret ettiğimiz esaslar çerçevesinde, haklı olarak eleştirilmektedir. Bu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 137-159; Murat Atalı, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, 6-7 Aralık 2018*, Editör: Doç. Dr. Ersin Erdoğan, (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019), 140 vd.; Muhammet Özkes, “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, 6-7 Aralık 2018*, Editör: Doç. Dr. Ersin Erdoğan, (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019), 124 vd.; Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan* (Ankara: Yetkin, 2006), 822 vd.; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 64, (2006): 165 vd.; Mehmet Kamil Yıldırım, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, (İstanbul: Alkım, 2007), 354 vd.

<sup>735</sup> RG T. 25.10.2017, S. 30221.

<sup>736</sup> Bununla birlikte sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk zorunlu değildir. Esasen sosyal güvenlik hukuku kamu düzeninden kabul edildiğinden, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir nitelik taşımadığından, arabuluculuğa elverişli değildir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 779.

Zorunlu arabuluculuk öngörülen bu hâllerde, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması, dava şartı niteliğindedir (HUAK m. 18/A). Dolayısıyla arabulucuya başvurulmamış olması hâlinde, mahkemece usûlden ret kararı verilecektir. Öte yandan bu noktada hemen belirtmek gerekir ki zorunlu olan husus, arabuluculuğa başvurudan ibarettir; başvuru üzerine tarafların anlaşması değildir<sup>737</sup>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18'inci maddesinde, tarafların anlaşması ve sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması hâlinde, anlaşma belgesi düzenlenebilir. Bu durumda düzenlenen belge, arabulucu ve taraflarca imzalanır. Bu şekilde hazırlanıp imzalanan belge, mahkemeye sunularak icra edilebilir şerhi aldırılabilir. Anlaşma belgesinin arabulucu, taraflar ve avukatları tarafından birlikte imzalanması hâlinde ise icra edilebilir şerhi alınmasına gerek yoktur. Gerek mahkemece icra edilebilir şerhi verilen gerekse de avukatların da imzalaması suretiyle düzenlenen anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge olarak takibe konu edilebilir<sup>738</sup>.

Genel hatlarıyla işaret ettiğimiz arabuluculuk müessesesinin haksız takip veya takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat sorumluluğunun değerlendirilmesi açısından ise şu hususlar ifade edilebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tazminat talepleri bakımından tarafların arabulucuya başvurmaları mümkündür. Bu anlamda hiçbir engel bulunmamaktadır. Zira haksız takip ve takip işleminden doğan tazminat sorumluluğu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlara dâhildir. Dolayısıyla zarar görenin zararının, arabulucu nezdinde yapılacak arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde tarafların menfaatlerine en uygun şekilde tazmininin kararlaştırılması mümkündür.

Bu noktada, haksız takip veya takip işlemi nedeniyle ortaya çıkan zararlara ilişkin tazminat talepleri bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir. Bir başka ifadeyle, acaba takibe dayanak olan asıl hukukî ilişki

---

<sup>737</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 769-770. Bu durumun zorunlu arabuluculuğun yukarıda işaret ettiğimiz sakıncalarını bertaraf ettiği yönündeki gerekçenin yerinde olmadığı ve ortaya çıkarılabileceği maddi ve usûlî problemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, "Eleştirel Bir Yaklaşım", 131; Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 151, 154 vd.

<sup>738</sup> Öte yandan arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşması hâlinde, anlaşma kapsamında olan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK m. 18/5). Belirtmek gerekir ki lafzi olarak "*dava açılmaz*" ifadesi hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkının engellenmesi bakımından Anayasa'ya ve temel ilkelere aykırıdır. Ayrıca anılan hüküm ne dava şartı ne de ilk itirazın niteliğine uygundur, dolayısıyla bu durumda dava açıldığında hangi esaslara dayanılarak karar verileceği de açık değildir. En iyi ihtimalle hukukî yararın özel bir hâli olarak addedilebilir. Bu durumda da arabuluculuk ilkelerine ve usûlüne uygun yürütülmesi veya maddi hukuk bakımından emredici düzenlemelere aykırılı hususların söz konusu olması hâlinde dava açılması gerektiğinde, hukukî yararın mevcut olamayacağı gibi anlamsız bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, bunun kabul edilmesine imkân yoktur. Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 113-115; Özekes, "Eleştirel Bir Yaklaşım", 127; Atalı, "Sorunlar", 144-146.

bakımından arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun söz konusu olması hâlinde, haksız takip veya takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat talepleri bakımından da zarar görenin arabuluculuğa başvurma zorunluluğu var mıdır? Örneğin ticari dava niteliğindeki bir alacağa ilişkin uyuşmazlıkta, alacaklının haksız olarak icra takibine başvurması hâlinde borçlunun zararlarına ilişkin tazminat davası açılmadan önce de arabuluculuğa başvurması gerekecek midir? Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, haksız takip veya takip işleminden doğan tazminat sorumluluğunun kaynağı, asıl uyuşmazlıktan bağımsız nitelikte olup, farklı vakıalara dayanmaktadır. Dava şartı niteliğindeki zorunlu arabuluculuğa ilişkin İMK m. 3/1 ve TTK m. 5/A düzenlemelerinde tazminat talepleri öngörülmüş ise, uyuşmazlık konusu asıl hukukî ilişkiden kaynaklanan tazminatlardır. Şu hâlde tazminat talebinin dava yoluyla ileri sürülmesinden önce, arabulucuya başvurunun zorunlu olmadığı kanısındayız.

Dava şartı niteliğindeki zorunlu arabuluculuk bağlamında ortaya konulması gereken bir diğer husus da zorunlu arabuluculuğa tâbi bir uyuşmazlığın, doğrudan cibrî takip konusu yapılabileceğidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki anılan hükümler, yalnızca davaya yöneliktir. Buna göre dava niteliğinde olmayan çekişmesiz yargı işleri, geçici hukuki korumalar ve özel kanunlarda düzenlenen kendine özgü talep ve yargılamalar için zorunlu arabuluculuktan söz edilemeyecektir<sup>739</sup>. Cibrî icraya ilişkin takip müesseseleri de dava niteliğinde olmadığından, dava şartı olarak arabuluculuğun öngörüldüğü uyuşmazlıklar bakımından doğrudan takip yoluna başvurulması konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>740</sup>. Aksinin kabulü, özellikle para (ve teminat) alacakları için düzenlenmiş olan ilâmsız icra<sup>741</sup> imkânı bağlamında hak arama hürriyetine ve eşitlik ilkesine aykırıdır<sup>742</sup>. Nitekim kanun koyucunun yaklaşımının da bu doğrultuda olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin olarak hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu bakımından benzer tartışmalar yapılmış ve açık düzenleme olmamasına rağmen ilâmsız takip yapılamayacağına yönelik uygulama sorunları, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 68/1

<sup>739</sup> Zorunlu arabuluculuğa tâbi uyuşmazlıklar, sınırlı sayıda belirlenmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde asıl olan devlet yargısı olduğundan, sınırlı sayıda düzenlenen uyuşmazlıkların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Zira hak arama özgürlüğü ve adalete erişim hakkı, anayasal bir ilke olup ancak ölçülülük ilkesine uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla açıkça zorunlu arabuluculuğa tâbi olmayan talep ve müesseselerin zorunlu arabuluculuğa tâbi tutulması hak ihlâli teşkil edecektir. Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 134-136.

<sup>740</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, s. 88; Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 195; Atalı, “Sorunlar”, 146; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 136.

<sup>741</sup> Zira para dışı alacaklar için öngörülen yol ilâmlı icra olduğundan, ilgili işçi veya işveren alacağı veya ticari davaya ilişkin uyuşmazlık konusu alacak para dışı ise, öncelikle dava açılması gerektiğinden, zorunlu arabuluculuğa tâbi olacaktır.

<sup>742</sup> Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*, 195; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 87-88; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 136.

hükmünde yapılan değişiklik ile çözülmüştür<sup>743</sup>. Sonuç olarak zorunlu arabuluculuğa tâbi bir uyuşmazlığa ilişkin olarak doğrudan takip yoluna başvurulması mümkün olup, bu durum, başlı başına haksız veya kötü niyetli olarak addedilemeyecektir.

Bununla birlikte, söz konusu takipte borçlunun alacak iddiasına karşı koyması üzerine gündeme gelebilecek yargılamalar bakımından, arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Bu husus, aynı zamanda, söz konusu yargılamalar bağlamında bir yandan icra tazminatlarını, diğer yandan da icra tazminatını aşan zararlar bakımından haksız takip veya takip işleminden kaynaklanan tazminat taleplerini de ilgilendirmektedir. Zira bu durumda arabuluculuk çerçevesinde söz konusu tazminatların kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağına ortaya konulması gerekir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki şikâyet, itirazın kesin veya geçici kaldırılması ve ihtiyati haciz talepleri, nitelikleri itibariyle dava olmayıp, icra iflâs hukukuna özgü hukukî çarelerdir. Dolayısıyla bu müesseseler bakımından dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk söz konusu değildir. Buna karşılık itirazın iptali, menfî tespit, borçtan kurtulma, istirdat, istihkak, sıra cetveline itiraz ve tasarrufun iptali davaları, hukukî nitelikleri itibariyle icra iflâs hukukunda öngörölmüş davalardır. Keza iflâsa tâbi borçlunun iflâsının asliye ticaret mahkemesinden istenmesi de dava niteliğindedir. Şu hâlde dava şartı niteliğindeki arabuluculuk, ancak dava niteliğinde olan müesseseler bakımından gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte dava niteliğinde olsun olmasın, icra ve iflâs hukukunda öngörölen yargılamaların tamamı, öncesinde mevcut olan veya yargılama sırasında başlatılan bir cibrî icra takibine bağlıdır. Bu yargılamalarda amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması suretiyle icra ve iflâs takibinin tamamlanmasıdır; yoksa taraflar arasındaki takip konusu uyuşmazlık bakımından kural olarak maddi anlamda kesin hüküm elde ederek uyuşmazlığın çözümlü değildir. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunda öngörölen davalar bakımından zorunlu arabuluculuğun değerlendirilmesinde, bu anlayışla hareket edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu davaların zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığının değerlendirilmesindeki amacımız, konumuz itibariyle icra tazminatı ile haksız takip ve takip işleminden kaynaklanan tazminatın arabuluculuk çerçevesinde ortaya konulması olduğundan, yalnızca icra inkâr tazminatı öngörölen yargılamaların ele alınmasının uygun olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla sıra cetveline itiraz, istirdat, iflâs ve tasarrufun iptali gibi davaların arabuluculuğa tâbi olup olmadığının incelenmesine değinilmeyecektir.

---

<sup>743</sup> Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 196; Atalı, “Sorunlar”, 146-147.

İtirazın iptali davası, hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, kanımızca alacaklının ilâmsız icra takibine ilişkin ödeme emrine itirazıyla birlikte duran takibe devam edilmesini amaçlayan, bu yönüyle eda talebi içermeyen, icra ve iflâs hukukuna özgü bir davadır<sup>744</sup>. Dolayısıyla arabuluculuğun amacı ve fonksiyonları da dikkate alındığında, itirazın iptali davasının dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı kanısındayız<sup>745</sup>. Zira itirazın iptali davası, kabul edilmesi hâlinde alacaklının takibe devam etmesini sağlayan, reddedilmesi hâlinde ise takibi sona erdiren bir etki doğurmaktadır. Ayrıca şartların da gerçekleşmesi hâlinde icra tazminatına da hükmedilmektedir. Oysa arabuluculuk çerçevesinde varılan anlaşma, ne icra takibine yönelik böyle bir etkiyi haizdir ne de icra tazminatı kararlaştırılabilir. Ayrıca alacaklının elinde İİK m. 68 ve m. 68/b’de yer alan belgelerden bulunmaması hâlinde, itirazın iptali davasına başvurmadan başka yolu olmadığı da dikkate alındığında, bu davada arabuluculuğun zorunlu tutulması, başlatılan ilâmsız takibi de anlamsız kılacaktır<sup>746</sup>. Kaldı ki itirazın iptali davasında, esasen derdest bir takibe karşı borçlunun hâlihazırda karşı koyması söz konusu olduğundan, anlaşma ihtimalinin pek gerçekçi olduğu da söylenemez; hâl böyleyken itirazın iptali davasında tarafları zorunlu olarak arabuluculuğa tâbi tutmanın pratik faydasının olmayacaktır<sup>747</sup>.

Menfi tespit davası ise bilindiği üzere borçlunun, alacaklının icra takibinden önce veya sonra, genel hükümler dairesinde borçlu olmadığını ispat etmek, bu surette de icra takibini sonlandırmak amacıyla açtığı, bu bağlamda İİK m. 72 ile özel olarak düzenlenen icra iflâs hukukuna özgü bir tespit davasıdır<sup>748</sup>. Bu bakımdan davanın konusu, talep sonucu itibariyle ticari dava konusu veya işçi (veya işveren) alacağı veya tazminat talebi değildir. Menfi tespit davasında verilecek hükmün, ilâmlı icra yoluyla tahsil edilebilecek eda hükmü içermemesi karşısında, zaten icra edilemeyecek bir karara ilişkin uyuşmazlığın, arabuluculuğa tâbi tutulması hiçbir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla menfi tespit davalarının da dava şartı olarak arabuluculuğa tâbi olmaması gerekmektedir<sup>749</sup>. Kaldı ki menfi tespit davasında, ihtiyati tedbir yoluyla; davanın takipten önce veya sonra açılmasına göre, takibi olduğu yerde veya paylaşırma aşamasında durdurmasına ilişkin etkisi, arabuluculuk sürecinde söz konusu da olamayacaktır. Zira HUAK m. 15/IV uyarınca arabulucunun yargı yetkisi kullanması mümkün

<sup>744</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 152 Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 108.

<sup>745</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 108; Atalı, “Sorunlar”, 147; Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 196-197.

<sup>746</sup> Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 196; Atalı, “Sorunlar”, 147.

<sup>747</sup> Ekmekçi vd., *Arbuluculuk*, 196; Atalı, “Sorunlar”, 147.

<sup>748</sup> Kuru, *El Kitabı*, 346; Kuru, *Menfi Tespit*, 11 vd.; Türk, 43-49; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları* (Ankara: Adalet, 2. B., 2016), 77 vd.

<sup>749</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 131; Atalı, “Sorunlar”, 150.

değildir. Ayrıca yine menfi tespit davasında da şartların varlığı hâlinde icra tazminatlarına da hükmedilebilecekken, arabuluculuk sürecinde bu yönde karara varılması da söz konusu olamayacaktır. Sonuç olarak her ne kadar uygulamada aksi yönde eğilim mevcut<sup>750</sup> olsa da, kanımızca menfi tespit davası (ve aynı gerekçelerle borçtan kurtulma davası) dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa tâbi değildir.

Bir diğer husus da istihkak davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olup olmadığıdır. İstihkak davaları, icra takibinde veya iflâs tasfiyesinde, üzerinde haciz uygulanan veya iflâs masasına dâhil olan malın borçlu veya müflis dışındaki üçüncü kişiye ait olup olmadığının tespit edilerek, cebrî icra kapsamında çıkarılması için öngörölmüş icra ve iflâs hukukuna özgü davalardır<sup>751</sup>. Bir başka ifadeyle istihkak davalarında, mal üzerindeki cebrî icranın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi amaçlanır. Bu nedenle istihkak davası, dava konusu itibariyle prensip olarak TTK m. 5/A ve İMK m. 3/1 kapsamına girmemektedir. Öte yandan malın kimin elinde bulunup bulunmadığına göre davada tarafların konumu değişecek olsa da, her durumda üçüncü kişi ile takip alacaklısı (veya iflâsta iflâs idaresi) arasında ticari dava konusu veya işçi/işveren alacağı veya tazminat talebi söz konusu değildir<sup>752</sup>. Kaldı ki istihkak

---

<sup>750</sup> “... Somut olayda dava, az önce de belirtildiği üzere menfi tespit davasıdır. Kanun koyucu konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri yönünden dava şartı olarak arabuluculuğu öngörmüştür. Eldeki dava menfi tespit davası olduğundan arabulucuya gidilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkemece, işin esasına girilip yargılamaya devam edilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan davalılar vekilinin istinaf talebinin kabulüne karar vermek gerekmiş...”, İstanbul BAM, 16. HD, E. 2019/1086, K. 2019/1021, T. 09.05.2019, (Lexpera, E.T. 20.02.2020). “... Dava, davacı aleyhine takibe konulan senetten dolayı davacının borçlu olmadığına tespiti talebine ilişkindir. 7036 Sayılı Kanununun 3/1 maddesinde “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” şeklinde düzenleme mevcuttur. Kanunda menfi tespit davaları için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Davanın, arabuluculuğa başvurulmaması sebebiyle dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi yerinde olmamıştır...”, Gaziantep BAM, 8. HD, E. 2019/1107, K. 2019/1478, T. 09.07.2019, (Lexpera, E.T. 20.02.2020). “... Somut uyuşmazlık menfi tespit istemine ilişkin olup, uyuşmazlık, üçüncü haciz ihbarnamesinden kaynaklanmaktadır. TTK'nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı ise de; menfi tespit davaları alacak davası mahiyetinde değerlendirilemeyecek olup somut olay yönünden davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle davacı vekilinin istinaf isteminin kabulüyle kararın kaldırılmasına, davacı istinaf başvurusunun kabulü ve mahkeme kararının kaldırılması nedeniyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, karar vermek gerekmiştir...” İstanbul BAM, 16. HD, E. 2019/2520, K. 2019/2418, T. 08.11.2019 (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

<sup>751</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 190; Aslan, 86 vd. İstihkak davasının hukukî niteliği tartışmalı olup, konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, 24-90.

<sup>752</sup> Burada bir ihtimal, istihkak iddiasına takip borçlusunun da itiraz etmesi suretiyle, takip borçlusuna da husumet yöneltmesi çerçevesinde takip borçlusunu ile istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi arasındaki uyuşmazlık bakımından TTK m. 5/A veya İMK m. 3/1 kapsamında zorunlu arabuluculuk söz konusu olabilir. Ancak bu hâlde dahi, takip alacaklısı ile üçüncü kişi arasındaki hukukî ilişki bakımından zorunlu arabuluculuktan bahsedilemez. Takip borçlusunu ile üçüncü kişi arasındaki uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa tâbi tutularak arabuluculuk süreci devam ederken, bu esnada alacaklı ile üçüncü kişi arasında da istihkak davasının devam etmesi ise çelişkili kararlara yol açabilecektir. Ayrıca aynı vakıaların değerlendirileceği uyuşmazlığın tarafları farklı olarak farklı

davasında, dava konusu mal üzerinde icra veya iflâs tedbirlerinin uygulanıp uygulanmama konusunda icra mahkemesi (veya iflâsta malın üçüncü kişi elinde olması hâlinde genel mahkeme) tarafından verilecek kararın, arabuluculuk çerçevesinde verilmesi de mümkün değildir. Ayrıca yine istihkak davalarında gündeme gelebilecek icra tazminatları dikkate alındığında, istihkak davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olamayacağı ifade edilmelidir.

Bu bağlamda icra tazminatı öngörülen müesseselerin, dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa tâbi olmadığını ifade etmek gerekir. Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Acaba söz konusu müesseselerde, taraflar ihtiyari arabuluculuk yoluyla aralarındaki uyuşmazlığı çözebilecek midir? Örneğin borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine veya üçüncü kişinin istihkak iddiası üzerine taraflar ihtiyari olarak arabulucuya başvurabilecek midir? Belirtmek gerekir ki, bu soruya olumsuz yanıt verilmesini gerektirecek nitelikte herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira derdest bir icra veya iflâs takibinin bulunması, uyuşmazlığın bundan sonra mutlak surette cebrî icra sürecinde veya bu süreçte gündeme gelebilecek yargılamalar bağlamında mahkeme önünde çözülmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla taraflar, pek tabii arabulucuya başvurabilirler. Ancak kuşkusuz bu çerçevede yapılan arabuluculuk faaliyeti, gerek cebrî icra faaliyeti gerekse de cebrî icraya aşılanmış bir yargılama faaliyeti niteliğinde değildir. Dolayısıyla ne arabuluculuk faaliyetinin ne de bu faaliyetin sonunda tarafların anlaşmasının, icra veya iflâs takibi veya cebrî takip çerçevesinde gündeme gelebilecek yargılama konusu bakımından doğrudan etkisi olabilecektir. Örneğin alacaklının genel haciz yoluyla takip başlatması hâlinde, takip devam ederken tarafların arabuluculuk kapsamında anlaşması, icra takibini kendiliğinden sonlandırmayacaktır. Bunun için alacaklının takibini geri alması veya tarafların icra dairesi nezdinde beyanda bulunarak resmi nitelikte tutanağa bağlamaları gerekmektedir. Keza borçlunun ödeme emrine itirazı üzerine taraflar arabulucu nezdinde itirazın yerinde olmadığı yönünde anlaşmış olsalar bile, bu durum kendiliğinden takibin devamını sağlamayacaktır. Hatta istihkak iddiası üzerine taraflar arabuluculuğa başvurmuş, fakat süresinde istihkak iddiasına itiraz edilmemiş veya istihkak davası açılmamış ise, Kanun'da öngörülen özel düzenlemeler gereğince istihkak iddiasından veya bu iddiaya itirazdan vazgeçilmiş sayılacak, dolayısıyla icra veya iflâs takibi bakımından arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlık mevcut olmayacaktır. Özetle ihtiyari arabuluculuk

---

müesseselerde görülmesi, usûl hukuku açısından da sorunlara yol açabilecektir. Kaldı ki istihkak müessesesi bakımından kanun koyucu açıkça borçlu ile üçüncü kişinin anlaşmasının alacaklıya karşı geçerli olmayacağını düzenlemiştir (İİK m. 97/12, c. 1). Dolayısıyla bu durum da üçüncü kişi ile borçlu arasında da uyuşmazlık olması hâlinde de istihkak davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi kabul edilememesini gerektirmektedir.

faaliyetinin ve tarafların bu çerçevede anlaşmasının da, özel hükümlerle düzenlenen cebrî icra süreci bakımından elverişli olduğunu ifade etmek güçtür.

Aynı durum, belirtilen yargılamalarda, ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurulması hâlinde icra tazminatları bakımından da geçerlidir. Şu hâlde icra hukukuna özgü bir yaptırım olarak yargısal nitelikte bir karar gerektiren icra tazminatının, gerek zorunlu gerekse de ihtiyari arabuluculuk kapsamında tarafların anlaşmasıyla kararlaştırılması mümkün değildir<sup>753</sup>. Dolayısıyla tarafların, her ne kadar yukarıda ifade ettiğimiz hususlar itibariyle elverişsiz olmasına rağmen, zorunlu veya ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmuş olmaları hâlinde, anlaşma kapsamına tazminatı da dâhil etmeleri, icra tazminatı niteliğinde olmayacaktır. Burada kararlaştırılabilecek olan tazminat, ancak tarafların haksız takip veya takip işlemi çerçevesinde ortaya çıkan zararlarına ilişkin haksız fiil tazminatı niteliğinde olabilecektir. Hatta arabuluculuk kapsamında tarafların iradeleri ön planda olduğundan, haksız fiil şartlarından bağımsız olarak kendi aralarında belirleyecekleri esaslara göre tazminat kararlaştırabilmeleri de mümkündür. Örneğin kusurun varlığı veya derecesi, zararın miktarı ve kapsamı, illiyet bağı gibi hususlarda TBK düzenlemelerinden ve borçlar hukuku öğretisinden ayrılabilirler. Bu durumda, somut olayın özelliğine göre kararlaştırılan tazminatın, teknik olarak haksız fiil sorumluluğuna dayanan tazminat niteliğinde olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğü olduğu dahi ifade edilebilir.

Son olarak, tarafların arabuluculuk kapsamında haksız takip veya takip işlemi nedeniyle ortaya çıkan zararlara ilişkin olarak tazminat belirlemelerine yönelik bir üst paragrafta ifade ettiğimiz hususlar, icra tazminatları öngörülmediği için zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığını değerlendirmedığımız diğer müesseseler bakımından da geçerlidir. Bir başka ifadeyle, zorunlu arabuluculuğa tâbi olsun olmasın, sıra cetveline itiraz davası, tasarrufun iptali davası, iflâs davası gibi yargılamalarda, her hâlükârda icra tazminatı kararlaştıramayacaktır. Dolayısıyla söz konusu davalarda taraflar, ister zorunlu arabuluculuğa tâbi olduklarından hareketle zorunlu olarak, isterse de ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurmuş olsunlar, icra tazminatı belirleyemeyeceklerdir. Bu durumda, uğradıkları zarara yönelik tazminat kararlaştırmış olsalar bile, bu tazminatın hukukî niteliği, az önce de ifade ettiğimiz gibi haksız fiil veya kendi aralarındaki sözleşmeye dayanan tazminat niteliğinde olabilecektir. Kaldı ki söz konusu yargılamalar hakkındaki düzenlemelerde, ne icra tazminatına ne de genel hükümlere

---

<sup>753</sup> Kaldı ki yargı faaliyeti gerçekleştirilen tahkim çerçevesinde de hakemlerin icra tazminatlarına karar verip veremeyeceği tartışmalıyken, herhangi bir yargısal faaliyetin gerçekleştirilmediği arabuluculukta, icra tazminatlarına karar verilememesi doğaldır.



göre tazminata karar verilebileceğine yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle mahkeme nezdinde yargılama yapılması hâlinde dahi dava konusu yapılabilecek bir tazminat talebi söz konusu olamayacağından, ilgili uyuşmazlık için arabuluculuğa başvurulduğunda da müzakere kapsamına tazminat talebinin dâhil edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Örneğin sıra cetveline itiraz davasında, zararların tazminine yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Sıra cetveline itiraz davasına konu uyuşmazlık, ister zorunlu isterse de ihtiyari olarak arabuluculuğa konu edilsin, bu arabuluculuk faaliyeti kapsamında, tarafların uğradıkları zararların tazmini yönünde de anlaşmalarının mümkün olup olmadığı hususunda problemler ortaya çıkabilecektir. Kanımızca burada söz konusu yargılama bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığına göre bir çözüm yolunun benimsenmesi daha uygun olacaktır. Buna göre, ilgili yargılama konusu uyuşmazlık bakımından arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu benimsenirse, arabuluculuk faaliyeti kapsamında müzakerenin konusu, dava olarak mahkeme nezdindeki yargılama konusuyla sıkı ilişki içerisinde olduğundan, tarafların tazminat konusunda anlaşamamaları kabul edilmelidir. Zira burada arabuluculuk faaliyeti, tarafların iradelerinin üstünlüğünden hareketle yaptıkları bir arabuluculuk sözleşmesine dayanmamaktadır. Bilakis kapsam ve konu itibariyle sınırlandırılmış bir şekilde kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenen kanun hükümlerine dayanmaktadır. Buna karşılık ihtiyari olduğu kabul edilirse, arabuluculuğa hâkim ilkelere tarafların iradelerinin üstünlüğünden hareketle tarafların müzakere edilecek uyuşmazlığın kapsamını belirleyebilecekleri ve bu surette tazminat konusunda da anlaşabileceklerinin kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Zira bu durumda taraflar, iradilik ilkesinden hareketle, arabuluculuk anlaşması çerçevesinde arabuluculuğa başvuru, uyuşmazlık konularının ve süreç sonunda anlaşmanın kapsamının belirlenmesi gibi hususları serbestçe belirleyebilir.

#### **IV. Tazminat Talebinin Tahkim Yoluyla İleri Sürülüp Sürülemediği**

Tahkim, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların, kural olarak tarafların iradeleriyle, hakem veya hakemler nezdinde yapılan yargılamayla çözülmesine ilişkin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir<sup>754</sup>. Tahkim müessesesinde taraflar, devletin resmî yargı mercilerinde öngörülen yargılama sürecine nazaran, uyuşmazlıklarının çözümü bakımından daha avantajlıdır. Zira devlet yargısında uyuşmazlığın çözüleceği mahkeme ve hâkim, önceden bellidir, tarafların hâkimlerin belirlenmesi konusunda herhangi bir yetkisi yoktur. Oysa tahkimde taraflar,

---

<sup>754</sup> Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017), 2593; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 725; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 786; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*, 591.

yargılamayı gerçekleştirecek hakem veya hakemleri kendileri seçebilmektedir. Mahkemelerde görülecek yargılama usûlü üzerinde tarafların tasarruf yetkisi yoktur, tahkimde ise taraflar yargılama usûlünü serbestçe belirleyebilirler. Aynı şekilde tahkim yolunda taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını da kendileri belirleyebileceği gibi, hakemlerin hakkaniyete uygun karar vermesini de kararlaştırabilir. Devlet yargısında ise tarafların uygulanacak maddi hukuk hükümlerini belirleme imkânı yoktur. Tahkim yargılaması, usûl ekonomisi bakımından da devlet yargısına göre daha avantajlıdır; tahkim yargılaması somut olayın özelliğine göre değişmekle birlikte hemen her durumda resmî yargıdan, daha basit, masrafsız ve kısa sürelidir<sup>755</sup>.

Genel olarak ifade ettiğimiz bu avantajlarının yanı sıra tahkim yargılaması neticesinde verilen karar, maddi anlamda kesin hüküm niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla tahkim yargısına konu uyuşmazlık, hakem kararıyla birlikte, tıpkı bir mahkeme kararı gibi hukukî anlamda kesinlik kazanacak ve kesin hükmün etkilerini doğuracaktır<sup>756</sup>. Tahkim sonucunda verilen karar, ilâm niteliğini haiz bir belge olarak takibe konu edilebilecektir<sup>757</sup>. Şu hâlde, tahkim, tarafların gerek yargılama sürecine ve uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk esaslarının belirlenmesi bakımından daha etkin olma imkânları, gerek usûl ekonomisi açısından daha avantajlı olması ve gerekse de verilen kararın sonuçları itibarıyla mahkeme kararından farkının olmaması noktasında devlet yargısına göre tarafların oldukça menfaatindedir.

Tahkim müessesesinin uygulanabilmesi için her şeyden önce uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekir. Taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan ve iki tarafın iradesine tâbi olmayan işlerden doğan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli değildir (HMK m. 408). Ayrıca kamu düzenine ilişkin hususlarda da tahkime başvurulması mümkün değildir<sup>758</sup>. Öte yandan tahkime elverişli konularda da tahkim müessesesinin gündeme gelebilmesi için, tarafların bu konuda iradelerini ortaya koydukları tahkim sözleşmesi yapılmalıdır. Tahkim sözleşmesi, yazılı geçerlilik şartına tabi olmakla birlikte, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce veya çıktıktan sonra, bağımsız bir sözleşme veya asıl sözleşmede hükme bağlanmak suretiyle yapılabilir<sup>759</sup>.

<sup>755</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medenî Usûl*, 593-594; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2602-2604; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 725-726.

<sup>756</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 752-753; Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medenî Usûl*, 598; Arslan vd., *Medenî Usûl*, 798; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2726. Hakem kararlarının kesin hüküm etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi* (Ankara: Yetkin, 2017), 78 vd.

<sup>757</sup> Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2789-2790.

<sup>758</sup> Arslan vd., *Medenî Usûl*, 790, Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 725-729; Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medenî Usûl*, 594-595; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2636 vd.

<sup>759</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özeker, *Medenî Usûl*, 597; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 730 vd.; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2645 vd.

Tahkime ilişkin bu genel bilgiler çerçevesinde, görülüyor ki haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi mümkündür. Zira sorumluluğun hukukî niteliği, haksız fiil sorumluluğu olduğundan tarafların serbest iradelerinin geçerli olduğu bir alan olarak tahkime elverişlidir<sup>760</sup>. Buna göre taraflar, tazminat sorumluluğunun unsurları gerçekleşmeden önce veya gerçekleşikten sonra, tahkim sözleşmesi yaparak, tazminata ilişkin uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini sağlayabilir. Ancak kuşkusuz tarafların, haksız takip veya takip işlemi niteliğindeki fiiller gerçekleştirilmeden, doğan zararların tahkim çerçevesinde tazmini konusunda anlaşması pek gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla tazminat talebinin hakemler vasıtasıyla çözümlenmesine ilişkin anlaşmanın, haksız takip veya takip işleminin gerçekleştirilmesinden ve bu çerçevede zararın meydana gelmesinden sonra yapılacağı ifade edilebilir.

Buna karşılık, bu noktada acaba haksız takip veya takip işleminin gerçekleştiği takibe esas teşkil eden hukukî ilişki hakkında, uyuşmazlıkların tahkim ile çözüleceğine dair anlaşma olması hâlinde, bu irade haksız takip veya takip işleminden doğan tazminat sorumluluğu bakımından da bağlayıcı olacak mıdır? Örneğin taraflar arasındaki alım satım sözleşmesinin bir hükmü olarak, uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmışsa, haksız takip veya takip işleminden doğan zararların tazmini talebi için de tahkim yoluna başvurulması gerekecek midir? Kanımızca sorumluluğun kaynağı, taraflar arasındaki asıl hukukî ilişkiden bağımsız olarak icra ve iflâs hukuku çerçevesinde tanınan hak ve yetkilerin haksız olarak kullanılmasından ileri geldiğinden, tahkim kaydı tazminat talebi için geçerli olmamalıdır. Zira burada taraflar arasındaki asıl uyuşmazlıktan kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu değildir.

Bununla birlikte, tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan birinin alacaklı olarak doğrudan icra takibi başlatmasının haksız takip olarak değerlendirilip

---

<sup>760</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 729; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2636 vd. Bu noktada taraflar arasındaki cebri icra konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması hâlinde, haksız takip veya takip işlemi nedeniyle ortaya çıkan zararlara ilişkin uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Örneğin iki tarafın üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği ve hatta kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlık olarak taraflar, velâyet hakkına veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hususları tahkim yoluyla çözemeler. Ancak çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın icrası bakımından kötü niyetli takip işlemlerinde bulunulması hâlinde, ortaya çıkan zararların haksız fiil esaslarıncı tazmini bakımından tahkim yolunun öngörülmesi mümkündür. Bir başka örnek olarak, esasen tahkime elverişli olsa da kira tespitine ilişkin uyuşmazlıkların, kiracının korunması yönündeki üstün menfaat anlayışından hareketle, kamu düzeninden olduğu ve tahkime elverişli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre kira tespiti tahkime elverişli olmasa da, belirlenen kira alacağına ilişkin olarak haksız takip yapılması veya haksız takip işleminde bulunulması hâlinde ortaya çıkan zararlara ilişkin uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi gerekir. Zira burada, tahkimin konusunu oluşturan uyuşmazlık, taraflar arasındaki cebri takip konusu tahkime elverişli olmayan ilişki değil, icra ve iflâs hukuku kurallarının dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötüye kullanılması, haksız takip veya takip işleminde bulunulmasından ötürü ortaya çıkan zararların tazmini olup, taraflar arasındaki asıl hukukî ilişkiden bağımsızdır.

değerlendirilemeyeceği de ortaya koyulmalıdır. Belirtmek gerekir ki bu hususa ilişkin olarak İİK, herhangi bir hüküm içermemektedir. HMK bakımından ise dava engelleri bağlamında m. 116'da ilk itiraz çerçevesinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla icra iflâs hukuku bakımından herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay'ın ise her iki yönde de verilmiş kararları bulunmaktadır<sup>761</sup>. Konu öğretide de tartışmalıdır. Bir görüşe göre tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde taraflarca aralarındaki uyuşmazlık bakımından devlet yargısı yerine hakemlerce çözüm iradesi ortaya konulduğundan, her ne kadar esasen cebri icra müessesesi olarak görünse de esasında özellikle para alacaklarına ilişkin ilâmsız takip yollarında da alacağın varlığı veya yokluğuna ilişkin yargılama yapıldığından, takip yapılamayacağı ifade edilmektedir<sup>762</sup>. Hâkim görüş ise tahkim yargısı ile icra takibinin birbirine alternatif olmadığı, sınırlayıcı herhangi bir düzenleme bulunmadığından, kanun koyucu tarafından öngörülmuş takip hakkının sınırlandırılmasının hak arama özgürlüğünün engellenmesi anlamına geleceği, dolayısıyla, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilâmsız takip yapılabileceğini ifade etmektedir. Buna göre tahkim anlaşması, dava açılmasını engellemektedir. İlâmsız icra ise bir dava olmadığından, tahkim anlaşması olsa bile tarafların ilâmsız takip yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır<sup>763</sup>.

Kanımızca burada sorunun çözümünde öncelikle kanun koyucunun genel haciz yoluyla takip müesseseleri bakımından tahkime ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamış olmasından hareket edilmelidir. Gerçekten de tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde, sadece davaya olan etkisi düzenlenmiş (HMK m. 116/1, (b); m. 412/5; m. 413); icra takiplerine yönelik herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin hükmü, aksi açıkça öngörülmedikçe yalnızca mahkemeye başvuru imkânının devre dışı bırakılması şeklinde kabul edilmelidir. Aksi yorum hak arama hürriyetinin engellenmesi sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte tahkimde esas olan irade özgürlüğüne istinaden tarafların, tahkim anlaşması çerçevesinde açıkça genel haciz yoluyla takip yapma imkânını da devre dışı bırakabileceğini kabul etmek gerekir. Zira uyuşmazlıklarının, devletin resmî yargı mercileri yerine hakemler eliyle çözülmesini kararlaştırabileceği kabul edilen tarafların, uyuşmazlıkları hakkında

<sup>761</sup> Yargıtay daireleri arasındaki bu çelişkili karar örnekleri için bkz. Ejder Yılmaz, "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, Özel Sayı, (2014): 542 vd.; Ali Yeşilirmak, "Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 96, (2011): 211-212; Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*, 2666, dn. 203.

<sup>762</sup> Yılmaz, "Tahkimde İtirazın İptali", 540-541; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (İzmir: Güncel Hukuk, 2008), 534; Kemal Dayınlarlı, *Humk'da Düzenlenen İç Tahkim*, (Ankara: Dayınlarlı, 2. B. 2004), 66.

<sup>763</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 111; Kuru, *El Kitabı*, 253-254; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 88.

hakemler tarafından karar verilmeden doğrudan icra takibine konu edilmesini önleme hakkının da bulunduğunu evleviyetle kabul etmek gerekir<sup>764</sup>. Tarafların tahkim iradesiyle sadece dava açma yolunu bertaraf edebilecekleri kabul edilirse, daha sonradan bu iradeyi sonuçsuz kılmak amacıyla taraflar, cebrî takip yollarına kötü niyetli olarak başvurabilir. Bu husus ise kuşkusuz, tahkim müessesesinin amacı ve uyuşmazlıkların çözümü noktasındaki faydaları da dikkate alındığında, tahkim iradesinin bağlayıcılığı bakımından uygun değildir. Şu hâlde, taraflar tahkim anlaşmasıyla açıkça cebrî takip yollarına da doğrudan başvurulamayacağını, uyuşmazlıklarının önce hakemler eliyle yapılacak yargılama çerçevesinde çözümlenmesini kararlaştırmadıkça, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen cebrî icraya başvurulabileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık taraflar tahkim iradesinin cebrî takip yolları bakımından da geçerli olacağını açıkça kararlaştırmışlarsa, bu durumda tahkim anlaşmasına rağmen cebrî takip yollarına başvurulamayacağı benimsenmelidir. Bu yöndeki çözümün, kanun koyucunun tahkim anlaşmasının hükmüne ilişkin yapmış olduğu sınırlı düzenlemeler dikkate alınarak, tahkim kurumunun tarafların irade özgürlüğünü esas alan niteliğine daha uygun olacağı kanısındayız. Buna göre tahkim anlaşmasında taraflar açıkça cebri icraya başvuru imkânını da bertaraf etmemişse, tahkim anlaşmasına rağmen ilâmsız takip yollarına başvurulması prensip olarak mümkün kabul edileceğinden, salt takip yollarına başvurulması haksız ve kötü niyetli olarak değerlendirilemeyecektir<sup>765</sup>. Buna karşılık tarafların tahkim anlaşmasıyla cebrî icraya başvuru imkânını da bertaraf etmiş olmaları hâlinde, tahkim yoluna başvurulmaksızın takip yapılması, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olduğundan haksız takip olarak değerlendirilebilecektir. Kuşkusuz bu durumda ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğundan, haksız fiil sorumluluğu niteliğinde değildir<sup>766</sup>.

Öte yandan tahkim anlaşmasının varlığına rağmen ilâmsız icra takibi yapılması hâlinde, itiraz üzerine itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin yargılamaların tahkimde görülüp görülemeyeceği de tartışmalıdır. Özellikle itirazın iptali davası<sup>767</sup> bakımından yapılan bu

---

<sup>764</sup> Ali Yeşilırmak, “Cebri İcra ve Tahkim Tahkim Anlaşmasına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?”, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan C. 2*, (İstanbul: Beta, 2010), 1528-1529; Yeşilırmak, “Genel Haciz Yoluyla Takip”, 214.

<sup>765</sup> Karş. Özgür Kiraz, 307-308.

<sup>766</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 4, dn. 318.

<sup>767</sup> İtirazın kaldırılması bir dava olmadığından, icra ve iflâs hukukunda düzenlenen özel bir müessese olduğundan ve icra mahkemesince bu özel hükümler dairesinde inceleme yapılacağından tahkim anlaşması kapsamında olamayacağı kabul edilmektedir. Yılmaz, “Tahkimde İtirazın İptali”, 542. Aksi yönde Yeşilırmak, “Cebri İcra ve Tahkim”, 224; Yeşilırmak, “Genel Haciz Yoluyla Takip”, 1536; Özgür Kiraz, s. 308. Menfi tespit davası ve istirdat davası bakımından ise tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde, bu davaların hakemlerde açılması gerektiği ifade edilmektedir. Kuru, *Menfi Tespit*, 63, 257; Yılmaz, “Tahkimde İtirazın İptali”, 541.

tartışmaya ilişkin olarak bir görüş, itirazın iptali davasının tahkimde görülemeyeceğini<sup>768</sup>; buna karşılık kanımızca da yerinde olan hâkim görüş ise tahkim anlaşmasına rağmen cebrî icra takibi yapılabilirse de, itiraz hâlinde itirazın iptali davası için tahkime başvurulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>769</sup>. Bu durumda ise hakemler tarafından yapılan yargılamalarda icra tazminatlarına karar verilip verilemeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki hâkim görüş, hakemlerin icra tazminatlarına karar veremeyeceği yönündedir<sup>770</sup>. Bu durumda itirazın iptali davasının tahkimde görülebilmesi ve fakat icra tazminatları hakkında hakem veya hakemler tarafından karar verilemeyeceği kabul edilirse, icra tazminatı oranını aşan zararlar bakımından hakemlerin karar veremeyeceği sonucuna da ulaşılabilecek midir? Bilindiği üzere takibe aşılanmış yargılamalarda, icra tazminatı oranını aşan zararlar için iddia ve ispat edilmesi kaydıyla tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir. Şu hâlde, haksız takip ve takip işleminden doğan zararların niteliği itibariyle tahkime elverişliliği bakımından da herhangi bir engel olmadığından, hakemler önünde görülen itirazın iptali yargılamasında icra tazminatına karar verilemezken, uğranılan gerçek zararın iddia ve ispat edilmesi hâlinde karara bağlanabilmesi, çelişkili bir durum yaratacaktır. Bu husus da dikkate alındığında, şart ve hükümleri Kanun'da açıkça düzenlenmiş olan icra tazminatlarına, şartların varlığı hâlinde karar verilememesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Gerçekten de takibin haksız olduğu veya borçlunun karşı koymasının yerinde olmadığına ilişkin yargılamaların esasına ilişkin karar verebilen, bu surette cebrî takibin sona ermesini veya devamını sağlayabilen hakemlerin, bu karara bağlı olarak ve diğer şartların da varlığına göre ortaya çıkabilen icra tazminatları bakımından da karar verebilmesi gerektiği kanısındayız.

<sup>768</sup> Adnan Deynekli ve Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatları*, (Ankara: Turhan, 3. B., 2013), 274.

<sup>769</sup> Kuru, *El Kitabı*, 253; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 109; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 153; Yeşilirmak, “Cebri İcra ve Tahkim”, 1533; Yeşilirmak, “Genel Haciz Yoluyla Takip”, 220; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim* (İstanbul: Beta, 2013), 138-139.

<sup>770</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 153; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 109. Aksi yönde Yeşilirmak, “Genel Haciz Yoluyla Takip”, 221; Deynekli ve Kısa, 274. Bu noktada öğretilde hakemler tarafından icra tazminata karar verilemeyeceğini ifade eden yazarlar, gerekçe olarak icra tazminatlarının hukukî niteliğinin şart, hüküm ve sonuçları itibariyle icra ve iflâs hukukuna ilişkin özel hukuk cezası olduğu ifade etmektedirler. Ancak bizce, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi icra tazminatları, özel hukuk cezası niteliğinde değildir. Nitekim hakemler tarafından icra tazminatına karar verilip verilemeyeceği hususu uygulamada da çelişkili kararlara konu olmaktadır. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcuttur. Söz konusu karar örnekleri için bkz. Yılmaz, “Tahkimde İtirazın İptali”, 542 vd. “... Hakem Heyeti, adli mercilerin üzerinde yetkili bir mercii olmadıkları gerekçesiyle itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemleri bakımından karar verme yetkilerinin olmadığını belirterek, açılan davayı alacak olarak değerlendirmişler, bu şekilde karar oluşturmuşlardır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre hakemler açılan itirazın iptali davalarında karar vermeye ve bunun sonucu olarak icra inkar tazminatı istemi konusunda da karar oluşturmaya yetkilidirler...” Yargıtay 15. HD, E. 2008/262, K. 2008/2138, T. 03.04.2008, (Kazancı, E.T. 20.02.2020).

## V. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

### A. Genel Olarak Bireysel Başvuru ve İcra ve İflâs Hukuku Bağlamında İhlâli Söz Konusu Olabilecek Temel Haklar

Daha önce de belirtildiği üzere devletin cebrî icra faaliyeti, niteliği gereği bireylerin hâkimiyet alanına kaçınılmaz olarak müdahale edilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, gerek Anayasa gerekse de uluslararası düzenlemelerle tanınan temel hakların korunması bakımından icra ve iflâs hukuku, özel önem arz etmektedir<sup>771</sup>. Bu bağlamda haksız takip ve takip işlemlerinin veya bu işlemler neticesinde temel hak ve özgürlüklerin ihlâli çerçevesinde ortaya çıkan zararların, bireysel başvuru yoluyla giderilmesinin mümkün olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

Bireysel başvuru imkânı, kapsamına giren temel hakların, her şeyden önce kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen işlem veya faaliyetlere karşı korunmasına özgüdür. Bir başka ifadeyle, bireysel başvuru yolu, yalnızca kamu gücünün kullanımı çerçevesinde yapılan işlem ve faaliyetler bakımından öngörülmüştür<sup>772</sup>. Bu çerçevede, yargı mercilerinin gerçekleştirdiği faaliyet ve verdikleri kararların, kamu gücünün kullanılması niteliğinde olduğu şüpheden uzaktır. Nitekim mahkemeler tarafından yapılan yargı faaliyeti ve verilen kararlar, özellikle yargısal temel haklar bağlamında bireysel başvuruya konu edilmektedir<sup>773</sup>. Buna göre icra ve iflâs hukuku çerçevesinde, bir cebrî icra faaliyetine ilişkin olarak gerek icra mahkemeleri, gerek genel mahkemeler gerekse de kanun yolları çerçevesinde bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay tarafından gerçekleştirilen yargı faaliyeti ve verilen karar ile temel hakkı ihlâl edilenler bireysel başvuru imkânını kullanabilir.

Buna karşılık cebrî icra faaliyetinde, mahkemeler dışında temel ve aslî bir organ olarak icra (iflâs) dairelerinin de önemli görevleri bulunmaktadır. Hatta cebrî icra faaliyeti, prensip olarak icra memuru tarafından yürütülür; cebrî müdahalenin somut olarak ortaya çıkması, icra memurlarının işlemleri neticesinde gerçekleşir<sup>774</sup>. Bu bakımdan bireysel başvuru imkânı, acaba

<sup>771</sup> Emsalgül Doğan, “Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68, 1, (2019): 117. İcra ve iflâs hukukunun temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, *İlkeler*, 21 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 13-23.

<sup>772</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 790; Bahadır Yalçınöz, “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2, (2014): 189; Gözler, *Türk Anayasa*, 448; Şermin Birtane, *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru* (Ankara: Yetkin, 2019), 67 vd.

<sup>773</sup> Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 2854 vd.

<sup>774</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 188-191, 206; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 31-32; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 29 vd.; Kuru, *El Kitabı*, 63-65, 82-83; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 30-32; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 40 vd.; Pekcanitez ve Simil, 2-3.

icra memurlarının işlemleri açısından da geçerli midir? Kuşkusuz icra memurları, hakların devletin cebrî gücünün de kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi noktasında doğrudan faaliyet gösterdiklerinden, adalet hizmetlerinin sunulmasında adli personel olarak yaptıkları iş ve işlemlerle<sup>775</sup> kamu gücünü kullanmaktadırlar<sup>776</sup>. Dolayısıyla icra memurları (geniş anlamda cebrî icra süreci içinde kamu gücüne dayanan hak ve yetkileri haiz diğer personel) tarafından yapılan işlemlerin, bireysel başvuruya konu edilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmek gerekir.

Bununla birlikte, bireysel başvuru, kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen her türlü ihlâl için geçerli değildir. Bireysel başvurunun konusunu oluşturabilmesi için ihlâl iddiasında bulunulan temel hakkın, öncelikle Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olması gerekmektedir; dahası söz konusu temel hak, aynı zamanda AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerde de düzenlenmiş olmalıdır<sup>777</sup> (AY m. 148/3; 6216 sayılı Kanun m. 45/1). Şu hâlde icra ve iflâs hukuku bağlamında ihlâlin konusunu teşkil edebilecek temel haklar; yaşama hakkı, zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel hayata, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı, aile yaşantısına saygı, mülkiyet hakkı, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olarak ifade edilebilir<sup>778</sup>.

Esasen cebri takip çerçevesinde gerçekleştirilen müdahalelerle yaşam hakkı ihlâlinin olası olduğunu söylemek güçtür. Zira icra ve iflâs hukukuna ilişkin cebrî takip süreçlerinde, kişinin yaşam hakkına yönelik doğrudan bir müdahalenin bulunmadığı izahattan varestedir. Ancak yaşama hakkı, devlete, yaşama hakkının korunmasına yönelik önlemler alma

---

<sup>775</sup> İcra memurlarının yapmış oldukları adli faaliyetin niteliğinin kazaî mi idarî mi olduğu tartışmalıdır. Ancak bu tartışmanın pratik bir önemi de bulunmamaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 9, 31-34; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 32. İcra memurunun faaliyetinin niteliği hangi görüş kabul edilirse edilsin, icra (ve iflâs) dairesi çalışanlarının devletin yargı hizmetlerinin sunulmasına adalet memuru olarak görev ifa etmektedirler. Belgesay, *Şerh*, 21. Dolayısıyla bireysel başvuru konusu ihlâlin süjesi olabileceği bağlamında, bu tartışmaya girilmesinin herhangi bir faydası bulunmamaktadır.

<sup>776</sup> Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*, 206; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 30-32; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 9-10; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 31.

<sup>777</sup> Buna göre bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlükler şunlardır: Yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz suç ve cezanın olmaması ilkesi, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlenme hakkı, etkili başvuru hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı, eğitim özgürlüğü, serbest seçim hakkı, yabancıların sınır dışı edilmesinde usulü güvence hakkı, cezai konularda temyiz hakkı, haksız mahkûmiyet için temyiz hakkı, ne bis in idem, eşler arası eşitlik hakkıdır. Konu bakımından yetki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usûl Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7*, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), 75-110; Birtane, 85-89; Melek Acu, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 10, (2014): 408 vd.

<sup>778</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin icra ve iflâs hukukuna ilişkin bireysel başvuru kararlarına bakıldığında da, ihlâl başvurularının ağırlıklı olarak aile yaşantısı ve konut dokunulmazlığına saygı, adil yargılanma, mülkiyet haklarına ilişkin olduğu görülmektedir. Doğan, 117.



yükümlülüğü de yüklemektedir<sup>779</sup>. Buna göre acaba devletin, yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi çerçevesinde icra ve iflâs hukuku bağlamında yaşam hakkı ihlâlinden bahsedilebilecek midir? Örneğin cebrî müdahalenin konusu malvarlığının kapsamı bakımından borçluların insan onuruna<sup>780</sup> yaraşır şekilde yaşamlarına devam edebilmelerini imkânsız kılacak veya aşırı şekilde zorlaştıracak bir cebrî sistem, borçluların ümitsizliğe düşerek yaşamlarına son vermelerine neden olabilir. Aynı şekilde kamu gücünü kullanan icra memurları tarafından cebrî müdahalenin uygulanmasında sınırın aşılması nedeniyle duyulan keder, borçluların ağır ruhsal acı çekmelerine ve/veya intihar etmelerine yol açabilir<sup>781</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki bu koruma yükümlülüğü, esas itibariyle kişinin maddi olarak vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleleri önleme bağlamında geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Devletin, yaşam hakkının korunması çerçevesinde sadece yaşam hakkına müdahale etmeme değil, aynı zamanda yaşam hakkına yönelik her türlü tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü hukukî tedbirlerin alınması ve gerektiğinde devletin yetkili personellerinin aktif eylemlerde

---

<sup>779</sup> Esasen yaşama hakkı, diğer bütün temel hak ve hürriyetlerin anlam kazanması, öncelikli olarak yaşama hakkının tanınmasını ve korunmasını gerektirdiğinden, kişinin maddi olarak bedensel bütünlüğünü ifade etmek üzere insan haklarının gelişiminde ilk ortaya çıkan haktır. Bu yönüyle yaşama hakkı, insan haklarının sınıflandırılması bağlamında negatif statü hakkı teşkil etmektedir. İnsan haklarının gelişimi ve sınıflandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Münici Kapanı, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin, 7. B., 1993), 17 vd., 49-60; 77-84; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin, 2017), 125-139, 152-154, 157. Ancak günümüzde yaşama hakkı, kişinin maddi olarak bedensel bütünlüğüne müdahale etmemenin ötesinde, devlete müdahalelere karşı kişinin yaşama hakkının korunmasına yönelik önlemler alma yükümlülüğünü de içerir şekilde kabul edilmektedir. Bu bakımdan yaşama hakkının, günümüzde aynı zamanda pozitif statü hakkı niteliğinin de bulunduğu ifade edilebilir. Nitekim AİHM de yaşama hakkının devlete sadece öldürmekten kaçınma değil, aynı zamanda egemenlik alanı içindeki kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu yönünde pek çok karar vermiştir. Yaşama hakkının korunmasına ilişkin devletin yükümlülükleri hakkında verilmiş karar örnekleri için bkz. Osman Doğru, *Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5*, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018), 41-42, 131 vd.

<sup>780</sup> İnsan onuru, AYM tarafından şu şekilde tanımlanmaktadır: “insanın ne durumda ve hangi koşullar altında olursa olsun salt insan olmasının kazandırdığı değerlerin tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce ve davranış ona muhatap olanı insan olmaktan çıkartmaktadır.” Anayasa Mahkemesi E.1963/132, K.1966/29, T. 28/6/1966, (AMKD. S. 4, s. 187).

<sup>781</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C.

bulunması yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>782</sup>. Dolayısıyla bu gibi ihtimallerin, yaşama hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>783</sup>.

İcra ve iflâs hukuku bağlamında, yaşam hakkı kapsamında yukarıda işaret ettiğimiz örneklerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla birlikte değerlendirilmesi de mümkündür. Anayasa m. 17/1 hükmü yaşam hakkını, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla birlikte düzenlemiştir. Borçlunun insan onuruna yaraşmayacak bir duruma düşmesine neden olan, bu bakımdan maddi ve manevi gelişimini engelleyen veya oldukça sınırlandıran bir cebri takip sistemi ve uygulaması, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bağlamında ihlâl olarak addedilebilir<sup>784</sup>. Keza aşağıdaki paragraflarda inceleyeceğimiz diğer temel hakların ihlâli de, somut olayın özelliğine göre, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla birlikte de düşünülebilir. Örneğin haksız bir haciz uygulaması, mülkiyet hakkının ihlâliyle birlikte, aynı zamanda borçlunun mallarından mahrum kalması nedeniyle maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlâli olarak değerlendirilebilir<sup>785</sup>.

<sup>782</sup> Nitekim AİHM, devletin yaşam hakkının ihlâline karşı koruma yükümlülüğü kapsamında, hukukî tedbirler alma ve gerektiğinde yetkili personele önleyici aktif davranışlarda bulunma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede AİHM, hukukî tedbirler alınmasına ilişkin olarak devletin her şeyden önce yaşama hakkına yönelik tehditleri etkili biçimde önlemeyi hedefleyen yasal ve idari mevzuatı oluşturma ödevinin bulunduğunu; bu konudaki hükümlerin çiğnenmesini önlenmesi, durdurulması ve cezalandırılması için kanuni düzenlemelerin adli mekanizmayla da desteklenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Osman v United Kingdom, (87/1997/871/1083), § 115, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58257%22%5D%7D>), E.T. 20.02.2020). Aynı doğrultuda bkz. Öneriyıldız v Turkey, Application Number 48939/99, § 71, 89, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67614%22%5D%7D>), E.T. 20.02.2020); L.C.B. v United Kingdom, (14/1997/798/1001), § 36, (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58176%22%5D%7D>), E.T. 20.02.2020); Paul and Audrey Edwards v United Kingdom, Application Number 46477/99, § 54, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2246477/99%22%5D%7D,%22itemid%22:%5B%22001-60323%22%5D%7D>), E.T. 20.02.2020).

<sup>783</sup> Örneğin AİHM, Mikayil Mammadov - Azerbaycan başvurusunda, konut tahliyesine ilişkin cebri müdahale esnasında kendisini yakmasına ilişkin olayda, devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ifade ederek yaşam hakkının ihlâli kararı vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu olayda AİHM, cebri müdahalenin gerçekleştirilmesinin, kişinin yaşamına son vermesine kasten neden olduğunun düşünülemeyeceği, dolayısıyla kamu gücünü kullanan yetkililerin yaşam hakkını garanti etme ve koruma yükümlülüğünün ihlâl edilmediğini belirtmiştir. Burada ihlâlin sebebi, kişinin cebri müdahale esnasında gerçekleşen olayı önlemek için gereken tüm tedbirleri alıp almadıklarının denetlenmemesi, olayda devletin sorumluluğunun soruşturulmasındaki eksik incelemedir. Mikayil Mammadov v. Azerbaijan, Application Number 4762/05, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%224762/05%22%5D%7D,%22itemid%22:%5B%22001-96337%22%5D%7D>), E.T. 20.02.2020). İnceleyebildiğimiz kadarıyla icra ve iflâs hukuku çerçevesinde yaşam hakkının ihlâline yönelik Anayasa Mahkemesi'ne yapılan herhangi bir başvuru veya yaşam hakkının değerlendirildiği bir karar bulunmamaktadır.

<sup>784</sup> Zira yaşama hakkının ihlâli salt kişinin fiziki olarak yaşamına son verilmesi değil, insan onuruna yaraşır şekilde yaşama imkânının elinden alınması veya engellenmesini de kapsamaktadır. Özkes, *İlkeler*, 113.

<sup>785</sup> Bu noktada öğretilerde *Gözler*, Alman Anayasasının 2'nci maddesinde düzenlenen kişiliğin geliştirilmesi hakkının, "Auffanggrundrecht" olarak ifade edilerek kapsayıcı temel hak şeklinde kabul edildiğine işaret ederek, bizde AY m. 17/1'de düzenlenen maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkının, kapsayıcı bir hak olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Buna göre AİHS ve Anayasa ile öngörülen temel hakların kapsamı dışında kalan hususların, bu çerçevede maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi kapsamında düşünülebileceğini belirtmektedir. Dahası genel esaslar kısmında yer alan AY m. 12 hükmüne istinaden, AY m. 17/1'in bu yönde değerlendirilmesine ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözler*, *İnsan Hakları*, 173-174, 282-

İcra ve iflâs hukuku bakımından zorla çalıştırma yasağının ihlâli de pek gerçekçi değildir. Bir işin yapılmasına dair ilâmların icrasında (İİK m. 30) takip konusu edimin icra emrine rağmen borçlu tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, takip konusu edim, bilirkişi marifetiyle tespit edilen masrafın alacaklı tarafından veya borçlunun mallarının haczedilip satılması suretiyle elde edilen gelirden karşılanması suretiyle üçüncü kişiye yaptırılır. İşin borçlu dışında bir kişi tarafından yapılabilecek nitelikte olmaması hâlinde dahi, yine de zorla yerine getirtilmesi mümkün değildir; ancak hapis yoluyla bir zorlama öngörülmüştür<sup>786</sup>. Bu durumda İİK m. 343 uyarınca yalnızca<sup>787</sup> üç aya kadar hapis yaptırımı söz konusudur<sup>788</sup>. Şu hâlde icra memuru tarafından borçlunun bizzat bir işin yapılmasına zorlanması kabul edilmediğinden, zorla çalıştırma yasağının ihlâl edilmesi mümkün değildir.

İnsan hakları konusunda bugün varılan nokta ve modern hukuk devleti anlayışı karşısında, icra ve iflâs hukukunun konusu, kişinin bedensel varlığı değildir. Bütün cebri müdahaleler, borçlunun malvarlığı üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte Kanun'da tazyik ve disiplin hapsi veya icra suçları çerçevesinde öngörülen (gerçek anlamda) hapis cezaları da düzenlenmiştir. Öngörülen bu düzenlemeler bakımından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlâlleri söz konusu olabilir. Zira söz konusu temel hak, özgürlüğü kısıtlayıcı mahkûmiyet hükümlerinin ve güvenlik tedbirlerinin, keyfi olmasını önlemek amacıyla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (AY m. 19; AİHS m. 5). Yapılan müdahalenin, gerek esas gerekse de şekil

---

283. Bu doğrultuda, icra ve iflâs hukukunda gerçekleştirilen fiiller/işlemler nedeniyle ortaya çıkan ihlâllerin, AİHS ve Anayasa ile öngörülen temel haklar kapsamında kalmaya da veya ilgili hak bakımından ihlâl teşkil etmese de, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı çerçevesinde düşünülebilir.

<sup>786</sup> Erdoğan, "Yapma Borçları", 159-160; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 460; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 302; Kuru, *El Kitabı*, 973; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 377; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 666.

<sup>787</sup> Belirtmek gerekir ki bu durumda alacaklının, borçlar hukuku hükümlerine göre tazminat talep etme hakkı da mevcuttur. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 377; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 460. Ancak burada bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların konusu, sözleşme ilişkisine dayandığından, tazminat sorumluluğunun kaynağı, sözleşmeye aykırı davranış olacaktır.

<sup>788</sup> Öğretide bu hapis yaptırımının, borç için hapis yasağına ilişkin Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Hâkim görüş, Anayasa m. 38 düzenlemesinin, kişinin sözleşmeden doğan borcunu yerine "getirememesine" özgü olduğunu, oysa İİK m. 343'ün "... makbul mazerete müstenit olmayarak..." ifadesiyle borçlunun icra emrinin konusu edimin ifasını bilerek ve isteyerek yerine getirmemesinin yaptırımı bağlandığından hareketle ilgili Anayasa hükmüne aykırı olmadığı yönündedir. Gerçekten de İİK m. 343 hükmü açık bir şekilde borçlunun elinde olmayan nedenlerle edimi ifa edememesini değil, bilerek ve isteyerek yerine getirmemesini yaptırımı bağlamıştır. Kaldı ki buradaki yaptırım, teknik anlamda bir hapis cezası da değildir. Sadece icra emrine kötü niyetli muhalefetin önlenmesine yönelik bir zorlama tedbiridir. Borçlunun edimi ifa etmesiyle birlikte tahliye edileceği açıkça düzenlenmiştir. Nitekim AYM de aykırılık iddiasını, söz konusu tedbirin uygulanmasını gerektirir açıkça kabul edilebilir sebebin bulunmadığını ifade ederek temelsiz bırakmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, "Yapma Borçları", 160-162; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 746-748; Ejder Yılmaz, "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları", *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan* (İstanbul: Alkım, 2003), 493 vd.

bakımından kanuna uygun ve ölçülü olması gerekmektedir<sup>789</sup>. Örneğin süresinde mal beyanında bulunulmaması hâlinde, icra memurunun durumu resen icra mahkemesine bildirerek borçlunun 3 aya kadar tazyik hapsine karar verilmesi ve bu kararın uygulanması, kişi özgürlüğünün açık bir ihlâli olacaktır. Hatta bu örnek bakımından, tazyik hapsinin niteliğine<sup>790</sup> aykırı şekilde, borçlunun mal beyanında bulunmasına rağmen cezaevinde tutulmasına devam edilmesi de söz konusu olabilir. Keza icra ve iflâs suçları bakımından da ihlâller gerçekleşebilir. Örneğin hakikate aykırı beyanda bulunmaya ilişkin İİK m. 338 hükmüne göre alacaklının şikâyeti üzerine verilebilecek hapis cezasının süresi bir yılla sınırlıdır; alacaklının şikâyeti olmadan veya bir yıldan fazla ceza verilmesi mümkün değildir. Aksi durum, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlâli niteliğinde olup, bireysel başvuru konusu edilebilecektir.

Anayasa'nın 20, 21 ve 22'nci maddelerinde, “*Özel hayatın gizliliği ve korunması*” üst başlığı altında sırasıyla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır. Buna göre herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı (AY m. 20/1); kimsenin konutuna dokunulamayacağı (AY m. 21, c. 1); herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip ve haberleşmede gizliliğinin esas olduğu (AY m. 22/1) açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu haklar, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlandırılabilir. Dahası bu

<sup>789</sup> Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlâl edilmesi, niteliği gereği diğer birtakım temel hakların da ihlâl edilmesi sonucunu doğurduğundan ve cezaevlerinde karşılaşılabilecek tehlikeler dikkate alınarak, kanun koyucular tarafından oldukça önem atfedilmiş ve gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemelerde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Acı, 414-415. Nitekim kişi özgürlüğü ve güvenliğine, özellikle ceza hukuku alanında müdahale edildiğinden, yakalama veya tutuklama gibi tedbirlere ilişkin düzenlemeler ayrıntılı yapılmıştır. Gözler, *İnsan Hakları*, 461, 467.

<sup>790</sup> Tazyik hapsi, kanuni herhangi bir tanımı haiz olmamakla birlikte, öğretilerde, “*kanunun belirli bazı yükümlülüklerine aykırı hareket eden kişileri, o yükümlülüğün gereğini yerine getirmeye zorlamak amacı ile hürriyetinden belirli bir süre mahrum bırakılmasını öngördüğü yaptırım türü*” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen tazyik hapsi, cebri icra müesseseleri çerçevesinde borçlu ve üçüncü kişi için öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesine zorlamak amacıyla matuftur. Nitekim tazyik hapsine ilişkin Kanun'un m. 76, 338/2, 340, 341, 343 ve 344'üncü maddeleri, öngörülen müesseselere ilişkin olarak, borçlu veya üçüncü kişilere yönelik doğrudan kanun hükmü ile veya icra emri ile yüklenen birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmemesi suretiyle kamusal faaliyetin engellenmesi amacıyla düzenlenmiştir. Şu hâlde, tazyik hapsi verilmesine neden olan yükümlülükler yerine getirildiği anda kişinin hapsedilmesi sona erecek; eğer yerine getirilmemişse de kişi, en fazla öngörülen süre kadar hapsedilebilecektir ve sürenin bitiminde salıverilecektir. Keza tazyik hapsine ilişkin İİK düzenlemeleri, şikâyete tâbidir; şikâyet söz konusu değilse, hapsile tazyik mümkün değildir. Tazyik hapsinin öngörüldüğü yükümlülüklerin ihlâlinin kabahat niteliğinde ve tazyik hapsinin adli tedbir olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ermenek, “İcra ve İflâs Kanunu'nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5, 19, (2014): 308; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 148-152; Yılmaz, “İcra İflâs Suçları”, 501; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 130-132.

sınırlandırma da usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile veya yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile mümkündür<sup>791</sup>.

Hâl böyle olmakla birlikte icra ve iflâs hukukunda, doğası gereği borçlunun özel yaşamına doğrudan müdahale edilmesi zorunludur. Ancak ne var ki cebrî icra sürecinde borçlunun malvarlığı üzerinde uygulanan yaptırımların, anılan temel haklara ilişkin Anayasal düzenlemelere aykırı ve ölçüsüz olduğu ifade edilebilir. Zira her şeyden önce sınırlamanın mümkün olduğu hâller kapsamında değerlendirme yapıldığında, cebrî icra hukukunda takibin dayanağı, alacaklının alacak hakkı olduğundan, yalnızca “başkalarının hakkı” hâline dayanarak müdahalenin uygun olduğu ileri sürülebilir<sup>792</sup>. Cebrî icra tedbirlerinin uygulanması bakımından mahkeme kararının mevcut olmadığı, ilâmsız ve ilâm niteliğinde belgeye istinaden yapılan ilâmlı takiplerde, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlâli her zaman gerçekleşebilecektir. İlâmlı takiplerde dahi, söz konusu ilâm, taraflar arasındaki asıl hukukî ilişkiye yöneliktir; cebrî müdahaleye dayanak teşkil etmemektedir. Buna göre özellikle haciz hükümleri çerçevesinde icra memuru tarafından borçlunun üstünün aranması, gizli yerlerin aranması, kilitli yerlerin açtırılması, borçlu konutta bulunmadığında çilingir marifetiyle kapının açılarak haciz işlemi yapılabilmesi gibi uygulamalar, mahkeme kararına dayanmadığından, doğrudan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı temel haklarının ihlâli niteliğindedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, cebri müdahaleler bakımından, işin niteliği gereği gecikmesinde sakınca bulunduğu hareketle hâkim kararı olmaksızın yapılabileceği düşünülse dahi, bu durumda da icra (iflâs) dairesinin yetkili merci olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmaya açıktır. Özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti gibi oldukça önemli ve doğrudan kişi özgürlüğü hakkının özel bir görünümü olarak düzenlenen bu haklar bakımından kanun koyucunun yetkili merci olarak kolluk kuvvetlerini kastettiği, bu nedenle icra (iflâs) memurlarının yetkili merci olarak kabul edilemeyeceği kanısındayız<sup>793</sup>. Kaldı ki özellikle ilâmsız veya ilâm niteliğinde belgeye dayanan ilâmlı takiplerde, müdahale öncesinde herhangi bir mahkeme kararı mevcut olmadığı gibi, müdahale sonrasında da müdahaleye ilişkin

<sup>791</sup> Gözler, *İnsan Hakları*, 461-463; Acu, 418-420; Şirin, 490.

<sup>792</sup> Ayrıntılı bilgi için ve cebrî icra hukuku çerçevesinde alacaklının hakkına kavuşması ve bu surette toplumsal hukuk barışının sağlanmasına hizmet edilmesinden hareketle kamu düzeninin de ilgili olabileceği, ancak bunun doğrudan bir sınırlama sebebi olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Özekes, *İlkeler*, 161-162.

<sup>793</sup> Aynı yönde Özekes, *İlkeler*, 163. Karşı yönde Baki Kuru, “Grundrechte und Zwangsvollstreckung im türkischen Recht (ausgewählte Probleme)”, *Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, 'Wissenschaftliches Symposium'*, Hrsg. K. E. Beys, (Athen: 1996), s. 557 vd., Özekes, *İlkeler*, 170, dn 350'den naklen.

bir mahkeme denetimi bulunmamaktadır. Bu bakımdan icra ve iflâs hukukunda öngörülen cebrî müdahaleler, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğünün ihlâli niteliğindedir<sup>794</sup>.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da kişisel verilerin korunması hakkıdır. Anayasa m. 20 hükmüne 5982 sayılı Kanun<sup>795</sup> ile eklenen üçüncü fıkra uyarınca herkes, kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu bağlamda cebrî icra müesseseleri çerçevesinde yapılan müdahalelerde, kişisel verilerin korunması hususu özel önem arz etmektedir<sup>796</sup>. Özellikle haciz çerçevesinde borçlunun konutu ve işyerinde gerçekleştirilen işlemler esnasında borçlu ve üçüncü kişilerin kişisel verilerinin elde edilmesi söz konusu olabilecektir. Keza tüzel kişiler bakımından da cebrî icra müesseseleri kapsamında ticari sırların açığa çıkması gündeme gelebilir. Bu anlamda cebrî icra faaliyetinin, alacaklılar tarafından borçluların kişisel verilerinin veya ticari sırlarının elde edilmesinin aracı hâline getirilerek kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir<sup>797</sup>.

Aile hayatına saygı hakkı (AY m. 20/1) da icra ve iflâs hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gereken temel haklardan birisidir. Bu noktada örneğin velâyet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında (İİK m. 25; m.25a ve m. 25b), icra işlemlerini gerçekleştiren kamusal makamların, sürecin her aşamasında özellikle çocuğun yüksek yararını dikkate alarak hassas davranması gerekmektedir<sup>798</sup>. Ayrıca haczedilmez mal hak ve alacaklara ilişkin İİK m. 82, istihkak müessesesi bakımından m. 97a, hacze imtiyazlı iştirake yönelik İİK m. 101, nafaka alacakları hakkında tedbir yoluyla durdurma kararı verilememesine dair İİK m. 36 ve sıra cetvelinde imtiyazlı olarak yer almasına ilişkin İİK m. 206'da yer alan açık

<sup>794</sup> Özkes, *İlkeler*, 170; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 20-21.

<sup>795</sup> Bu Kanun 12/9/2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 23/9/2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>796</sup> Son yıllarda bilişim teknolojilerinin hızla gelişmesi, özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında yeni düzenlemeleri gerektirmiştir. Özellikle internet ortamında gerçekleşen ihlâller, bireylerin kişisel verilerinin korunması anlayışını ortaya çıkarmış, bu çerçevede kişisel verilerin korunması ve unutulma hakkı kabul edilmiştir. Kişisel verilerin korunması hukukunun gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Ankara: Turhan, 2. B, 2018), 107-118. Bu gelişmeler, öğretilde dördüncü kuşak insan hakları olarak ifade edilmektedir. Gözler, *İnsan Hakları*, 161-162. İcra ve iflâs hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sümeyye Hilal Üçüncü, *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 361-369.

<sup>797</sup> Özkes, *İlkeler*, 164 vd.

<sup>798</sup> Özkes, *İlkeler*, 178; Doğan, 107-108; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 21. Ayrıca bu doğrultuda bkz. Cengiz Kılıç Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/3181, T. 03.02.2016, § 94-95, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3181?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=3181>, E.T. 20.02.2020); M.M.E ve T.E. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2910, T. 05.11.2015, § 129, § 133, § 140, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2910?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2910>, E.T. 20.02.2020).

düzenlemeler de icra iflâs hukukunda aile hayatına saygı hakkı ile ailenin korunması ilkesinin yansımalarıdır. Aynı şekilde her ne kadar açık düzenleme bulunmasa da hukukî yararlarının varlığı hâlinde aile üyelerinin de şikâyet imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>799</sup>. Bütün bu açık düzenlemeler ve Anayasa'nın amir hükümleri uyarınca icra organları, yalnızca borçlunun değil, aynı zamanda ailesinin de menfaatlerini gözetmelidir<sup>800</sup>. Dolayısıyla cebrî icra faaliyetinin gerçekleştirilmesi esnasında anılan açık düzenlemelere ve Anayasal esaslara aykırılık hâlinde aile hayatına saygı hakkının ihlâli söz konusu olabilecektir. Hatta bu noktada gerçekleştirilebilecek ihlâller, Anayasa m. 41'de bir sosyal ve ekonomik hak olarak düzenlenen, bu anlamda esasen bireysel başvuru kapsamında kabul edilebilecek bir temel hak niteliğinde olmayan "ailenin korunması hakkı" kapsamında da değerlendirilebilir. Nitekim "*Anayasanın Bütünselliği*<sup>801</sup>" ilkesi çerçevesinde ailenin korunması hakkı, Anayasa m. 20'de düzenlenen aile hayatına saygı hakkı ile birlikte değerlendirilmek suretiyle bireysel başvuru incelemelerine konu edilmektedir<sup>802</sup>.

<sup>799</sup> Nitekim şikâyet konusu işlemin değiştirilmesinde ve iptal edilmesinde hukukî veya fiilî bir menfaati bulunan herkes, şikâyet imkânına sahiptir. Üstündağ, *İcra Hukuku*, 48-49; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 21, 63; Arslan vd., *İcra ve İflâs*, 79; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 51; Pekcanitez ve Simil, 243; Kuru, *El Kitabı*, 106; Talih Uyar, "İcra Hukukunda Şikâyetin Tarafları", *Legal Hukuk Dergisi*, 1, 12, (2003): 3021 vd. Bununla birlikte Yargıtay, haczedilmezlik ile maaş ve ücret haczine ilişkin şikâyetin yalnızca borçlunun kendisi tarafından yapılabileceğini, eşi veya diğer aile bireyleri tarafından şikâyete başvurulamayacağını kabul etmektedir. Bu yönde Yargıtay kararı örnekleri için bkz. Pekcanitez ve Simil, 248-251; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1*, (Ankara: Bilge, 3. B., 2014), 269-270.

<sup>800</sup> Özkes, *İlkeler*, 178-180; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 15, 158.

<sup>801</sup> Anayasanın bütünselliği ilkesi, anayasa hükümlerinin, birbiriyle çelişki oluşturmayacak surette bir bütünlük içerisinde diğer anayasal hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden sistematik yorum örneklerinden birisidir. Anayasanın bütünselliği, AY m. 13'teki "... *Anayasanın sözü ve ruhu*..." ile m. 14/2 hükmüne dayandırılmakta ve temel hak ve ilkelerin kapsamı, gerek Anayasanın diğer hükümleri gerekse de AİHS ve AİHM kararlarıyla birlikte bir bütünlük içerisinde belirlenmesini ifade etmektedir. Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33, (2016): 281 vd.; İbrahim Ermenek, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 9, 26, (2013): s. 3 vd. Örneğin AY m. 141'de yer alan usûl ekonomisi ilkesi, Anayasanın sistematığı itibarıyla esasen bireysel başvuruya konu teşkil edebilecek bir temel hak değildir. Ancak anılan hüküm, AY m. 36 ve AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil ettiğinden, AYM bireysel başvurularda AY m. 141/4 hükmünü, anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde adil yargılanma hakkıyla birlikte değerlendirmektedir. Bu konuda AYM karar örnekleri hakkında bkz. Ermenek, *Bireysel Başvuru*, s. 43-44, dn. 83 vd. ; Doğan, 102, dn. 70.

<sup>802</sup> "... *Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır...*", M.M.E. ve T.E. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2910, T. 5.11.2015, § 116, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2910?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2910>, E.T. 20.02.2020).

Hiç kuşkusuz, icra ve iflâs hukukunda ihlâli en çok gündeme gelebilecek temel hak, AY m. 35 ve AİHS Protokol No. 1 m. 1’de düzenlenen mülkiyet hakkıdır. Zira cebrî icra faaliyeti, esasen, alacaklının alacak hakkı ile borçlunun (ve bazı hâllerde üçüncü kişilerin) malvarlığı arasında gerçekleşen menfaat çatışmasının giderilmesinden ibarettir. Bu bakımdan icra ve iflâs hukukunda bir yandan alacaklının mülkiyet hakkı kapsamındaki alacak hakkı yerine getirilmeye çalışılırken, bir yandan da borçlunun mülkiyet hakkına haksız ve ölçüsüz müdahale edilmesi önlenmelidir<sup>803</sup>. Nitekim İİK m. 85 hükmü çerçevesinde ancak alacaklının alacağına yetecek miktarda malvarlığının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Keza istihkak müessesesi (İİK m. 96 vd.) de üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının korunmasına hizmet etmektedir. Mülkiyet hakkının korunması bakımından taraflar ve ilgili üçüncü kişiler arasında söz konusu olan karşılıklı menfaatlerin, takibin amacı ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelenmesi gerekmektedir. Amacı aşan ve ölçüsüz yapılan cebrî icra işlemleri; borçlu ve ilgili üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının ihlâlüne<sup>804</sup> yol açarken, şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen alacaklının alacağına ulaşmasının sağlanmadığı bir süreç de alacaklı bakımından mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi<sup>805</sup> sonucunu doğuracaktır<sup>806</sup>.

İcra ve iflâs hukuku bağlamında ihlâl edildiği iddiasıyla bireysel başvuru konusu edilebilecek bir diğer temel hak da adil yargılanma hakkıdır (AİHS m. 6; AY m. 36). Zira her ne kadar esas itibariyle mahkeme önündeki yargılamalar bakımından kabul edilmiş olsa da, adil yargılanma hakkı, birtakım farklılıkları olmakla beraber icra ve iflâs hukukunda da geçerlidir<sup>807</sup>. Gerçekten de devlet, adil yargılamanın gerçekleşmesini, yargılamanın başından sonuna kadar ve dahi hükmün cebrî icrasının tamamlanmasına kadar sağlamak durumundadır<sup>808</sup>. Aksi takdirde, hak arama hürriyeti ve etkin hukukî koruma, bireylerin haklarına ulaşmak şeklindeki menfaatlerini karşılayacak ölçüde sağlanamaz. Nihayetinde toplumsal hukuk barışı da bozulur. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı, gerek yargı sürecinin devamı niteliğindeki ilâmlı icra takiplerinde, gerekse de öncesinde herhangi bir mahkeme kararı bulunmadığından daha az güvenceli olan, bu bakımdan temel hakların ihlâl tehlikesinin daha fazla olduğu ilâmsız icra takiplerinde de geçerlidir. Buna göre bağımsız ve tarafsız mahkeme

<sup>803</sup> Özkes, *İlkeler*, 182 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 22.

<sup>804</sup> Özkes, *İlkeler*, 184-185.

<sup>805</sup> Özkes, *İlkeler*, 184.

<sup>806</sup> Özkes, *İlkeler*, 182-183.

<sup>807</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 16-17; Özkes, *İlkeler*, 133.

<sup>808</sup> Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *Makaleler*, C. 1, (İstanbul: On İki Levha, 2016): 390; Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Makalelerim*, C. 1, (Ankara: Asil, 2005): 213; Özkes, *İlkeler*, 133; Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, 846.



önünde, makul sürede, alenî şekilde ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasını ifade eden adil yargılanma ilkesi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde icra ve iflâs hukuku takiplerinde de uygulanacaktır. Zira icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseseler de hak arama hürriyeti ve etkin hukukî korumanın bir aracıdır<sup>809</sup>.

Bu noktada cebrî icra sürecinde mahkeme önünde yapılacak yargılamalarda bu ilkenin tüm unsurlarıyla uygulanması tartışmasız olsa da, cebrî icra sürecinde adil yargılama, birtakım farklılıklar gösterecektir. Bilindiği üzere cebrî icrada birinci derecede görevli organ icra (iflâs) daireleridir. İcra daireleri ise mahkeme niteliğinde olmayıp, teknik anlamda yargı faaliyeti yapmasa da, hakkın yerine getirilmesi ve hukuk kurallarının uygulanması bağlamında objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yürütmelidir<sup>810</sup>. İcra memurunun, Kanun ve diğer düzenlemelerle kendisine verilen yetkiler çerçevesinde, maddi hukuka ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, kural olarak taraf veya ilgililerin talepleri doğrultusunda işlem yapması gerektiğinden, bu işlemlerin gerçekleştirilmesinde bağımsız ve tarafsız konumda olması gerekmektedir<sup>811</sup>. Sürecin temel haklara doğrudan müdahaleyi mümkün kılan cebrî niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, adil yargılanma hakkının icra memurlarının işlemlerinde de gözetilmesinin önemi ortadadır.

Adil bir cebri icra süreci, taraflar ve/veya ilgililer arasındaki menfaat çatışmasının, hakkaniyete uygun şekilde giderilmesini; hak ve yetkilerin kötü niyetli olarak kullanılmasına imkân tanınmamasını zorunlu kılar. Bu bağlamda hakkaniyete uygun bir cebri icra süreci için hukukî dinlenme hakkının da niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve fakat mutlaka sağlanması gerekmektedir<sup>812</sup>. Zira tarafların eşit bir şekilde menfaatlerini koruma imkânının olmadığı bir cebrî icra sürecinin, hakkaniyetli olması beklenemez. Adil bir cebri icra sürecinin hakların gerçekleşmesini anlamsız veya gereksiz hâle getirecek kadar uzun sürmemesi, bu anlamda makul olarak addedilebilecek sürede sonuçlandırılması gerekmektedir<sup>813</sup>. Gerek icra

<sup>809</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 15; Özekes, *İlkeler*, 126-130.

<sup>810</sup> Üstündağ, *İcra Hukuku*, 32, 34; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 31-33; Özekes, *İlkeler*, 134; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 38.

<sup>811</sup> Gerçekten de icra memurlarının yasaklılık hâlleri (İİK m. 10-11), işlemlerine karşı şikâyet müessesesinin (İİK m. 16 vd.) kabul edilmesi gibi düzenlemeler, icra memurları bakımından da bağımsızlık ve tarafsızlığının kabul edildiğini göstermektedir.

<sup>812</sup> Özekes, *İlkeler*, 136.

<sup>813</sup> Nitekim AYM de medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Güher Ergün ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/13, T. 02.07.2013, § 50, 52, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/13?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=13>), E.T. 20.02.2020).

memurlarına yöneltilen taleplerin, makul sürede gereğinin yerine getirilmemesi, gerekse de takip sürecinde mahkeme önünde yapılacak yargılamaların uzun sürmesi adil yargılanma hakkının ihlâlüne yol açabilecektir<sup>814</sup>.

İcra ve iflâs hukuku bakımından önem arz eden temel haklardan bir diğeri de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıdır (AY m. 10; AİHS m. 14). Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağıyla birlikte değerlendirilmektedir. Eşitlik ilkesi, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu güvence altına alan temel bir insan hakkıdır<sup>815</sup>. Ayrımcılık yasağı ise eşit durumda kabul edilen kişilerin, hak veya yükümlülüklerle ilişkin olarak, geçerli bir sebep bulunmaksızın eşit işleme tâbi tutulmamasını ifade etmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, aynı ilkenin biri pozitif, diğeri negatif olmak üzere birbirini tamamlayan iki yönünü oluşturmaktadır<sup>816</sup>. Eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara tâbi olması, herkese aynı uygulamanın yapılması anlamına gelmemektedir; bilakis haklı nedenlerin varlığı hâlinde farklı uygulamaların yapılabilmesi mümkündür<sup>817</sup>. Bu surette eşitliği sağlama yükümlülüğü devletin sorumluluğundadır.

Bu çerçevede eşitlik ilkesinin icra ve iflâs hukukundaki somut görünümü, takip sürecinde taraf ve ilgililerin menfaatlerini eşit ölçüde koruyabilme imkânının tanınması, başka bir deyişle “*silahların eşitliği*” çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, az önce de işaret ettiğimiz adil ve hakkaniyete uygun bir cebrî takip süreci bakımından da olmazsa olmaz bir temel ilkeyi teşkil etmektedir. Dolayısıyla cebrî takip sürecinin niteliği

<sup>814</sup> Özekes, *İlkeler*, 136. Nitekim AYM de icra ve iflâs hukukuna ilişkin bireysel başvuru kararlarında, makul sürede yargılanma hakkının ihlâl iddialarında, sürecin icra aşamasını da dikkate alarak karar vermektedir. Buna göre icra aşamasında geçen süreler de göz önüne alındığında, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine dair bir uyuşmazlıkta, sürecin icra aşaması da dâhil olmak üzere 9 yıl 2 ay sürmesi, makul sürede yargılanma hakkının (ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının) ihlâli kabul edilmiştir. Mustafa Ozgan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/17682, T. 08.03.2017, § 55, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17682?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=17682>, E.T. 20.02.2020). Benzer şekilde menfî tespit davasının 11 yıl 5 ay sürmesinin, adil yargılanma hakkının ihlâli teşkil ettiği yönünde bkz. Kamil İnce Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/1167, T. 25.10.2017, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1167?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=1167>, E.T. 20.02.2020).

<sup>815</sup> Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, 32, (2015): 236.

<sup>816</sup> Karan, “Ayrımcılık Yasağı”, 237.

<sup>817</sup> Karan, “Ayrımcılık Yasağı”, 237; Acı, 430. Nitekim AİHM kararlarında ayrımcılık yasağının tespitinde; farklı muamelenin olup olmadığı, varsa farklı muamelenin esas alınarak daha az lehe uygulama yapıldığının karşılaştırılabileceği kişi veya grubun olup olmadığı, farklı muameleyi meşru kılabilecek geçerli bir sebebin bulunup bulunmadığı ve bu farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı şeklindeki dört ölçütten hareket edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ensari Yücel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, *Adam Akademi*, 6, 1, (2015), 65 vd.

gereği, bazı durumlarda alacaklı lehine düzenleme yapılmış ise de; bu durum yalnızca geçici bir süreliğine olup, borçlu veya ilgili üçüncü kişilere savunma imkânı da tanınmaktadır<sup>818</sup>. Öte yandan bir önceki paragrafta da ifade ettiğimiz üzere, haklı nedenlerin varlığı hâlinde, farklı uygulamaların yapılması mümkündür<sup>819</sup>. Bu yönüyle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, hacze iştirak (İİK m. 100-101) ve sıra cetveli (İİK m. 206) gibi müesseseler bakımından özel önem arz etmektedir; anılan hükümlerde kamu düzeni, maddi hukukun gerekleri, sosyal devlet anlayışı gibi gerekçelerle alacaklılar arasında düzenlemeler yapılmıştır<sup>820</sup>. Görüldüğü üzere eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, âdil ve hakkaniyete uygun bir cebrî icra sürecinin sağlanması bağlamında icra ve iflâs hukukunun genelinde; hacze iştirak ve sıra cetvelinin düzenlenmesi gibi hususlar bağlamında ise özel olarak geçerlidir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, icra organlarının keyfi davranmalarını, hukuka ve hakkaniyete aykırı olarak menfaat ihlâllerine neden olunmasını engellemektedir<sup>821</sup>.

## **B. Haksız Takip ve Takip İşleminin Doğan Tazminat Sorumluluğu Bağlamında Bireysel Başvuru Yolunun Mümkün Olup Olmadığı**

Bireysel başvuru çerçevesinde ihlâl konusu teşkil edebilecek temel hak ve ilkeler bir üst başlıkta genel olarak ifade edilmiştir. Bu noktada, söz konusu temel hakların, tez konumuz olarak icra ve iflâs hukukunda taraf ve ilgililere tanınan hak ve yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması bağlamında ihlâl edilmesi hâlinde, bireysel başvuru yoluna başvurulup başvurulamayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki haksız takip veya takip işlemi neticesinde, anılan temel haklar da prensip olarak ihlâl edilmiş olacaktır. Örneğin gerçekte hiçbir alacağı olmamasına rağmen takip başlatılıp, borçlunun mallarının haczedilmesi veya borçlunun gerçekte borçlu olmasına rağmen takibe karşı koyarak alacaklının alacağına kavuşmasını engellemesi/geciktirmesi, mülkiyet hakkının ihlâli teşkil edecektir. Aynı şekilde kötü niyetli

---

<sup>818</sup> Örneğin haciz işlemi, borçlunun yokluğunda yapılması hâlinde İİK m. 103 uyarınca kendisine bildirilir veya ihtiyati haciz kararının borçlunun yokluğunda alınması hâlinde borçluya itiraz imkânının tanınmıştır. Ancak ne var ki özellikle kredi kuruluşları lehine olan İİK m. 68/b ve m. 150/1 düzenlemeleri, silahların eşitliği ilkesine açıkça aykırı olduğu yönünde haklı olarak eleştirilmektedir. Anılan düzenlemelerde, borçlunun savunma imkânı kredi kuruluşları lehine önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 169 vd.; Özkes, “Sorunlar”, 269; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 17.

<sup>819</sup> Öğretide icra ve iflâs hukuku kurallarının, her durumu önceden öngörerek düzenlenmesinin imkânsız olması nedeniyle icra organlarına, somut olay karşısında tarafsızlığını zedelemeyecek ölçüde esnek davranabileceği hak ve yetkilerin tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda icra organlarının, eşitlik ilkesi uyarınca, takipte menfaat dengesi ve ölçülülüğün sağlanması amacıyla eşit konumda olmayan, zayıf taraf ve ilgilileri bilgilendirebilmesinin uygun olacağı yönünde bkz. Özkes, *İlkeler*, 202.

<sup>820</sup> Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 18.

<sup>821</sup> Özkes, *İlkeler*, 203.

olarak takip başlatılması, toplumumuzun değer yargıları da dikkate alındığında, borçlu bakımından, kişilik haklarının ve kişinin maddi ve manevi yönden kendini geliştirme hakkının ihlâlüne neden olabilecektir. Keza taraf veya ilgililerin gerçeğe aykırı beyanda veya muvazaalı işlemlerde bulunarak diğer taraf veya ilgililerin cebrî takip sürecinde menfaatlerinin ihlâl edilmesine neden olmaları, hacze iştirak veya sıra cetveli gibi müesseseler bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlâlüne neden olabilir. Bu gibi örneklerden de görüleceği üzere, haksız takip ve takip işlemleri, aynı zamanda temel hak ve ilkelerin ihlâlüne neden olabilmektedir.

Bununla birlikte haksız takip ve takip işlemi çerçevesinde ortaya çıkan temel hak ihlâllerinin bireysel başvuru konusu edilmesi bakımından ihlâl teşkil eden fiilin süjesi doğru tespit edilmelidir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere bireysel başvurunun söz konusu olabilmesi için ihlâlin kamu gücünün kullanılması suretiyle gerçekleşmesi gerekmektedir. Oysa haksız takip ve takip işlemlerinde, taraf veya ilgililerce dürüstlük kuralına aykırı olarak hak ve yetkilerin kötüye kullanılması söz konusudur. Oysa başta icra (iflâs) daireleri olmak üzere icra organları, kural olarak taraf veya ilgililerin talepleri üzerine Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca işlem yapmaktadır. Buna göre özellikle icra (iflâs) memurlarının kural olarak bağlı yetkiyle donatıldığı dikkate alındığında, haksız takip ve takip işlemleri nedeniyle gerçekleşen ihlâllerde bireysel başvuru yolunun kabul edilemeyeceği söylenebilir. Ancak daha önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi devlet, toplumsal hukuk barışını korumak bakımından hakların resmî cebrî icra organları marifetiyle gerçekleştirilmesini sağlamak zorundadır<sup>822</sup>. Bu noktada, niteliği gereği temel haklara cebrî müdahalenin şu veya bu şekilde kaçınılmaz olduğu icra ve iflâs hukukunda, kişilerin kendilerine tanınan hak ve yetkileri dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanmaları önlenmelidir. İcra ve iflâs hukuku, taraf veya ilgililerin birbirlerine kötü niyetli olarak zarar vermelerinin bir aracı olarak düşünülemez<sup>823</sup>. Bunu önlemek ise kuşkusuz devletin sorumluluğundadır. Nitekim temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin<sup>824</sup>

<sup>822</sup> Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*, 3 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 1-3, 13 vd.; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 1-3; Belgesay, *Şerh*, 9-10; Postacıoğlu, *İcra Hukuku*, 3-4; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 40-49; Özekes, *İlkeler*, 35-40.

<sup>823</sup> Özekes, *İlkeler*, 87-89.

<sup>824</sup> Günümüzde temel hakların, tartışmalı olmakla birlikte devlet dışında özel kişilere karşı da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, temel hakların muhatabı yalnızca devlet değildir; niteliğine uygun düştüğü ölçüde özel kişiler de temel haklara riayet etmekle yükümlüdür. Temel hakların yatay etkisi olarak ifade edilen bu husus, doğrudan ve dolaylı etki bağlamında tartışılmaktadır. Doğrudan etki, temel hakkın, kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanabilir olmasını ifade etmektedir; buna göre kişi, temel hak ihlâli iddiasıyla doğrudan bir başka özel kişiye karşı hukukî talepte bulunabilir. Dolaylı etki ise, temel hak ve hürriyetin özel hukuk ilişkilerinde doğrudan olmamakla birlikte, yorum yoluyla dikkate alınıp uygulanabilmesini belirtmektedir. Gözler, *İnsan Hakları*, 187-190. Temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Oya Boyar,

kabul edildiği günümüzde, devletin, kişilerin temel haklarının korunup geliştirilmesine engel olabilecek hususları dikkate alarak etkili bir şekilde önlemesi, bu amaçla gereken hukukî, idarî ve adlî altyapıyı oluşturması yönünde pozitif yükümlülüğünün olduğu ifade edilmektedir<sup>825</sup>. Bu bağlamda, kendiliğinden hak almanın yasaklanarak, özel hukuk ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülüklerin devletin resmî cebrî icra organları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi esasî dikkate alındığında, icra ve iflâs hukuku müesseselerinin, dürüstlük kuralına aykırı olarak takibin tarafları ve ilgili üçüncü kişiler tarafından temel hakların ihlâl edilmesinin aracı olarak kullanılmasının engellenmesi, devletin sorumluluğundadır. Dolayısıyla haksız takip ve takip işlemi çerçevesinde meydana gelen temel hak ihlalleri bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açık olduğu kanısındayız.

Ancak bu noktada bireysel başvuru yolunun hukukî niteliğini de ortaya koyarak değerlendirme yapmak gerekir. Şöyle ki, bireysel başvuru, kural olarak hukuk yollarının tüketilmesi üzerine<sup>826</sup> başvurulabilen, bu anlamda ikincil nitelikte olan, temel hak ve ilkelerin korunmasına yönelik kendine özgü hukukî çare niteliğindedir<sup>827</sup>. Hukuk yollarının

---

“Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta, 2013), 53 vd.; Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu* (Ankara: Lykeion, 2019), 288-308.

<sup>825</sup> Birtane, 69-70; Boyar, “Dolaylı Yatay Etki”, 71 vd.; Erdoğan M., 266 vd. Nitekim AYM, başvuru tarafından konutunun alacaklı tarafından kötü niyetli olarak cebrî icra marifetiyle satıldığı iddiasına ilişkin uyuşmazlıkta, aile yaşamına saygı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu, bu çerçevede karşılıklı menfaatler arasında hakkaniyetli ve adil bir denge kurma yükümlülüğünün bulunduğunu, bu yönde gerekli müesseseleri oluşturması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Yıldız Eker Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/18872, T. 22.11.2018, § 31, 36, 37, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18872?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=18872>), E.T. 20.02.2020). Devletin pozitif yükümlülükleri ve bu yükümlülükler kapsamında gerekli hukukî, idarî ve adli yapının oluşturulması yükümlülüğü hakkında benzer yönde bkz. Melahat Karkin Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/17751, T. 13.10.2016, § 59 vd., (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17751?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=17751>), E.T. 20.02.2020); Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/850, T. 07.11.2013 § 47, 48, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/850?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=850>), E.T. 20.02.2020); Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/752, T. 17.09.2013 § 50, 51, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752?BasvuruNoYil=2012&BasvuruNoSayi=752>), E.T. 20.02.2020).

<sup>826</sup> Bireysel başvuru bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi, yerleşik ve değişme olanağı bulunmayan kararların bulunması, başvuru yollarının hatalı gösterilmesi, telafisi imkânsız zararların ortaya çıkma olasılığının bulunması gibi maddî ve usulî yönden özellik arz eden birtakım hâllerde zorunlu değildir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, 162-174; Birtane, 112 vd.

<sup>827</sup> “... Başvuru yollarının tüketilmesi gereğinden söz edilebilmesi için öncelikle hukuk sisteminde, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvurabileceği idari veya yargısal bir hukuki yolun öngörülmüş olması gerekmektedir. Ayrıca bu hukuki yolun, iddia edilen ihlalin sonuçlarını giderici, etkili ve başvuru açısından makul bir çabayla ulaşılabilir nitelikte olması ve sadece kâğıt üzerinde kalmayıp fiilen de işlerliğe sahip bulunması gerekmektedir. Olmayan bir hukuki yolun tüketilmesi başvurucudan beklenemeyeceği gibi, hukuken veya fiilen etkili bulunmayan, ihlalin sonuçlarını düzeltici bir vasıf taşımayan veya aşırı ve olağan olmayan bir takım şekli koşulların öngörülmesi nedeniyle fiilen erişilebilir ve kullanılabilir olmaktan uzaklaşan başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır...”, Mustafa Ozgan ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası:

tüketilmesinden sonra yapılacak bu başvuru, olağan veya olağanüstü kanun yolu olmadığı gibi, anılan kanun yollarından sonra işletilebilecek bir süper kanun yolu da değildir<sup>828</sup>. Dolayısıyla her ne kadar haksız takip ve takip işlemi ile ortaya çıkan temel hak ihlalleri nedeniyle bireysel başvuru yoluyla devlet aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilirse de; bunun için öncelikle haksız takip ve takip işleminin önlenmesi yollarına başvurulmalı ve/veya faile karşı tazminat talebinin ileri sürülmesi gerekmektedir. Buna göre haksız takip veya takip işlemine karşı, öncelikle icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseselere başvurulmalıdır. Bu anlamda gerek şikâyet, icra takibinin iptal veya taliki, itirazın kaldırılması, istihkak gibi icra mahkemesi nezdinde görülecek yargılamalar gerekse de itirazın iptali, menfi tespit, borçtan kurtulma, tasarrufun iptali gibi genel mahkemelerde yapılacak yargılamalara ilişkin yollar değerlendirilmelidir. Keza anılan yargılamalara ilişkin kanun yolunun açık olması hâlinde, bu kanun yollarının da tüketilmesi gerekir. Bu şekilde korumanın ve/veya zararların tazmininin sağlanamaması hâlinde ise, genel hükümlere göre haksız takip veya takip işleminin failine karşı, yukarıda açıkladığımız şekilde dava, arabuluculuk veya tahkim yollarına başvurulmalıdır. Ancak bu tazminat talebinden de sonuç alınamaması hâlinde bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmalıdır. Aksi takdirde gerçekten ihlâl söz konusu olsa bile, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilebilir olmadığına karar verilecektir<sup>829</sup>.

Hukuk yollarının tüketilmesi noktasında ise her somut olayın özelliğine göre ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre ilgili temel hak ihlâlinin ortadan kaldırılmasına veya

---

2014/17682, 08.03.2017, § 39, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17682?BasvuruAdi=Mustafa+Ozgan>, E.T. 20.02.2020). Aynı yönde bkz. Fatma Yıldırım Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/6577, T. 16/2/2017, § 39, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6577?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=6577>, E.T. 20.02.2020).

<sup>828</sup> Akkan, *Pekcanitez Usûl*, 2853; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*, 792.

<sup>829</sup> İç hukuk yolları, gerek şekli (dikey) olarak gerekse de maddî (yatay) olarak tüketilmelidir. Maddî olarak tüketilmesinden kasıt, ihlâl iddialarının açıkça ve somut olgulara dayandırılarak daha önce idarî makam veya yargı mercileri önünde süresinde ve usûlüne uygun olarak ileri sürülmüş olması, bir başka ifadeyle devletin ihlâlden (iddiasından) haberdar olması ve önleme imkânının sağlanmasıdır. İdarî makam veya yargı mercilerinin AİHS veya Anayasa'daki temel hak ihlallerini kendiliğinden dikkate alma zorunluluğu bulunsa bile, başvuru yolunun iç hukuk yollarının tüketilmesi esnasında ihlâl iddiasını açıkça ve özü itibarıyla ileri sürmesi gerekmektedir. Özetle ihlâl iddiası, ilk kez bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nde ileri sürülmemelidir. Nitekim AYM de İsmail Buğra İşlek Başvurusunda bu hususu "*Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru yolunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir.*" belirtmiştir. Bkz. İsmail Buğra İşlek Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1177, T. 26.03.2013, § 17, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1177?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1177>, E.T. 20.02.2020). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, 179; Birtane, 114 vd.

zararın tazminine yönelik başvurulabilecek bir yol yoksa doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilecektir. Örneğin makul sürede yargılanma, AİHS m. 6 ve Anayasa m. 141/4'te açıkça düzenlenmişse de, ihlâline karşı ne Anayasa ne de HMK veya İİK gibi temel kanunlarda bir hukukî yol öngörülmiştir. Şu hâlde cebrî icranın veya bu süreçte söz konusu olabilecek yargılamaların makul sürede bitirilememesi hâlinde, prensip itibariyle doğrudan bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür<sup>830</sup>. Aynı şekilde ilâmlı icrada icranın iadesinde, iade konusu taşınırın elden çıkarılması hâlinde, aynen iade sağlanamayacağından ve uğranılan mülkiyet hakkı ihlâlini giderebilmek için bir yol da mevcut olmadığından, bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak bu noktada unutulmamalıdır ki, bu hususların haksız takip veya takip işlemi çerçevesinde ortaya çıkması hâlinde, gerçekleşen zararların haksız fiil sorumluluğu bağlamında ilgili taraf veya ilgiliden talep edilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle süreç borçlu veya ilgili üçüncü kişi tarafından kötü niyetli olarak uzatılıyorsa veya alacaklı haksız takibinde kötü niyetli olarak direniyorsa; ikinci örnek bakımından alacaklı kötü niyetli olarak malı devretmişse, zarar görenin öncelikle faile karşı tazminat talebinde bulunması gerekir.

Buna karşılık temel hak ihlâlinin önlenmesi ve/veya zararların tazmini için birden fazla hukuk yolunun olması hâlinde ise somut olayın özelliğine göre bunlardan başvuru durumuna ve amacına göre en uygun ve etkili olabilecek olan yolun tüketilmesi yeterli kabul edilebilir<sup>831</sup>. Bu durumda ihlâl iddiasında bulunulan hak dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin aile hayatına saygı hakkı bağlamında çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında borçlunun karşı çıkması veya çocuğu kaçırmaması hâlinde şikâyet üzerine hapis cezasına çarptırılması veya icra memurunun gereken önlemi almadığı, dikkat ve özeni göstermediğinden hareketle hakkında şikâyet yollarının (İİK m. 16 vd.) tüketilmesiyle yetinilebilir. Zira burada temel hakkı ihlâl edilenin amacı, öncelikle çocukla kişisel ilişkinin kurulması olarak değerlendirilmelidir; hayatın olağan akışı içerisinde uğranılan zararın tazmini ikinci planda kalır. Dolayısıyla uğranılan maddi manevî zarara yönelik olarak icra memurunun kusurlu eylemi nedeniyle İİK m. 5 uyarınca devlet aleyhine veya haksız fiile dayanarak borçluya karşı tazminat davası yolunun tüketilmiş olmasının, süreci uzatmaktan başka bir anlam taşımayacağı kanısındayız<sup>832</sup>. Bir başka örnek de, alacaklının gösterdiği malların doğrudan haczedilmesi yönündeki yanlış uygulamanın, alacaklı tarafından borçlu veya ilgili

---

<sup>830</sup> Şirin, 171.

<sup>831</sup> Şirin, 179 vd.

<sup>832</sup> Bu husus ve benzer yöndeki AİHM kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, 184 vd.

üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması bakımından verilebilir. Bu durumda insan onuruna yaraşır bir yaşam hakkının ve/veya aşkın haciz söz konusu ise mülkiyet hakkının ihlâlinin bir an evvel sona erdirilmesi için şikâyet yoluna başvurulması yeterli görülebilir<sup>833</sup>. Ancak bilindiği üzere şikâyet yoluyla uğranılan zararların tazmini sağlanamamaktadır. Oysa şikâyetin kabul edilmesiyle mallar üzerindeki haciz kaldırılrsa bile bu şekilde malları haczedilmiş olan kişi bakımından arada geçen sürede zarara uğranmış olduğu açıktır. Bu bakımdan ayrıca İİK m. 5 uyarınca tazminat davasının açılmış ve tüketilmiş olması gerekebilecektir<sup>834</sup>.

Haksız takip ve takip işlemi nedeniyle ortaya çıkan ihlâller bakımından önem arz eden bir diğer husus da, başvuru yapabilecek kişiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz, bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için hukukî yarar mevcut olmalıdır. Başvuru yapabilecek kişiler bakımından hukukî yararın var olup olmadığı, öğretisi ve uygulamada “*mağdurluk statüsü*” kavramıyla belirlenmektedir<sup>835</sup>. Buna göre kişinin bireysel başvuru yapabilmesi için temel hakkın ihlâli nedeniyle mağdur olması gerekir. Mağdur olma bakımından üç husus ön plana çıkmaktadır: ilk olarak mağduriyet kavramı, aşırı bir şekilcilikle yorumlanmamakta, güncel toplumsal gelişmelere göre değişebilmektedir. İkinci olarak mağdur kabul edilebilmek için mutlak bir zarar veya kesinleşmiş bir karar şart değildir, geçici uygulamalar da mağduriyet yaratabilmektedir. Üçüncü olarak ise mağduriyet, sadece ihlâl teşkil eden müdahaleden doğrudan etkilenenlerle sınırlı değildir<sup>836</sup>.

Bu noktada 6216 sayılı Kanun m. 45 uyarınca herkesin bireysel başvuru imkânını haiz olduğu düzenlenmekle birlikte, aynı Kanun’un 46’ncı maddesinde bireysel başvuru yoluna ancak ihlâl iddiasına dayanak olan eylem, işlem veya ihmâl dolayısıyla güncel ve kişisel menfaati doğrudan etkilenen kişilerin başvurabileceği belirtilmiştir. Buna göre haksız takip veya takip işlemi nedeniyle temel hakkı ihlâl edilen taraf veya ilgilinin doğrudan mağdur olarak bireysel başvuru yoluna gidebileceği şüpheden uzaktır. Öte yandan her ne kadar kanunda açıkça

---

<sup>833</sup> Bu durumda hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin istisnalarından olan yerleşik ve değişme olanağı bulunmayan kararların mevcut olduğundan hareketle şikâyet yoluna başvurulmadan bireysel başvuru yapılabileceği düşünülebilir. Zira maalesef bu yöndeki yanlış uygulama adeta kanıksanmıştır; hatta Yargıtay’ın bu yönde uygulama yapılmasına dair HGK kararı mevcuttur. Özkes, *İlkeler*, 215-216 ve oradaki dn. 459’da belirtilen Yargıtay HGK 31.03.2004 tarih ve E. 2004/12-202, K. 2004/196 sayılı kararı.

<sup>834</sup> Nitekim AYM, özellikle mülkiyet hakkı ihlâlleri bakımından tazminat davası yolunun tüketilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, 185-186.

<sup>835</sup> İbrahim Çınar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, *Bireysel Başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Editör: Dr. Musa Sağlam, (Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2013), 198 vd.; Birtane, 71; Şirin, 37.

<sup>836</sup> Şirin, 37-39; Çınar, 206-208.



düzenlenmemiş olsa da, temel hak ihlâlinden doğrudan mağdur olan kişinin eşi, ailesi, anne babası, kardeşleri gibi yakınlarının da bazı hâllerde “*dolaylı mağdur*” olarak bireysel başvuru yoluna başvurabileceği<sup>837</sup> kabul edilmektedir<sup>838</sup>. Doğrudan mağdurun ölümü, gaipliği, sınır dışı edilme veya ağır işkenceye maruz kalması gibi nedenlerle bizzat başvuramamasına ilişkin sınırlı hâllerde gerek doğrudan mağdur adına gerekse de ihlâlden kendileri de etkilendiği iddiasıyla kendi adlarına dava açabileceği ifade edilmektedir<sup>839</sup>. Bu noktada, acaba haksız takip veya takip işlemi neticesinde taraf veya ilgilinin eşi, ailesi gibi yakınlarının uğramış oldukları dolaylı zararlar bakımından bireysel başvuru imkânına sahip olacak mıdır? Özellikle yaşam hakkı, insan onuruna yaraşır bir hayat ve kişinin maddi manevi varlığını geliştirme hakkı, aile hayatına saygı hakkı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve ilkelerin, cebrî icra sürecinde tarafın veya ilgilinin yakınları açısından da ihlâl edilmiş olabilir. Örneğin kötü niyetli bir takip veya haksız bir haciz uygulaması, borçlunun yanı sıra ailesinin de maddi manevi zararına; borçlunun kötü niyetli itirazı da alacaklı ve yakınlarının maddi manevi yönden zarara uğramasına neden olabilir. Toplumumuzun değer yargıları karşısında cebrî takip süreci çerçevesinde, bireylerin yanı sıra yakınlarının da kişilik haklarının zedelenmesi mümkündür. Haksız yere uygulanan haciz ve muhafaza tedbirleri, borçlunun ailesinin de toplum içerisinde küçük düşmelerine neden olabilecektir. Sırf ailenin kişisel ve ticari itibarlarının zarar görmesi için takip başlatılması da mümkündür. Görüldüğü üzere haksız takip veya takip işlemi bakımından, taraf ve ilgililerin yakınlarının da temel haklarının dolaylı

<sup>837</sup> “... Bireysel başvuru yolunu işletebilecekler esas itibarıyla doğrudan mağdur sıfatını taşıyan kişiler olmakla birlikte somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine göre mağdur ile arasında doğrudan kişisel ve özel bir bağ bulunan, dolayısıyla da Anayasa'nın ihlâlinden olumsuz olarak etkilenmiş veya ihlâlin sona ermesinden meşru ve kişisel bir menfaati bulunan kimseler de dolaylı mağdur sıfatıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerdir...”. İbrahim Tosun ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/7869, T. 10.12.2019 § 54, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/7869?BasvuruNoYil=2016&BasvuruNoSayi=7869>, E. T. 20.02.2020).

<sup>838</sup> Birtane, 72; Çınar, 211. Dolaylı mağduriyetin söz konusu olabilmesi için mağdurun yakını olma, yargılama ve soruşturma sürecine aktif olarak katılma ve hukukî yarar ile yakınlığın somutlaştırılması şeklinde üç temel kıstas belirtilmektedir. Buna göre gerek AİHM gerekse AYM, dolaylı mağdurluk bakımından yakın olma kıstasını hukuki veya kan bağı şeklinde benimsemektedir. Yargılama sürecine aktif olarak katılım ise, söz konusu süreçte taraf veya ilgili olarak yer almış olmak olarak ifade edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu kıstas bakımından yargılama veya soruşturma evresinde yer alma, her durumda tek başına bir anlam ifade etmeyebilir. Son olarak da kişinin dolaylı mağduriyetini hukukî yararını somutlaştırmak suretiyle ortaya koyması gerekmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ile AİHM ve AYM kararları için bkz. ŞİRİN, s. 40-46. “...Sonuç olarak somut olayın kendine özgü koşulları ve ileri sürülen şikayetler dikkate alındığında başvuruda bu başvuru sahiplerinin iddialarına konu, oğullarının kötü muameleye maruz kalmasından dolayı duyduklarını ifade ettikleri üzüntü haricinde bu üzüntüyü farklı bir boyut kazandırabilecek ve kendileri ile ilgili olarak Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasını savunabilecekleri, başka deyişle doğrudan veya dolaylı mağdur olduklarını gösterebildikleri bir özellik tespit edilememiştir...”. Engin Gök ve Diğerleri, Başvuru Numarası: 2013/3955, T. 14/4/2016, § 53, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3955?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=3955>, E.T. 20.02.2020).

<sup>839</sup> Birtane, 73; Çınar, 211.

olarak ihlâl edilmesi her zaman söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, icra ve iflâs hukukunda yalnızca tarafların değil, taraf ve ilgili üçüncü kişilerin aileleri ve yakınlarının da menfaatinin gözetilmesi anlayışından hareketle, dolaylı mağdurluk bakımından öngörülen belirli hallerle sınırlı olmaksızın<sup>840</sup> bireysel başvuru yolunun mümkün olması gerektiği kanısındayız<sup>841</sup>.

Bireysel başvuru bakımından mağduriyet statüsü çerçevesinde ifade edilen bir diğer kavram da “*potansiyel mağdur*” kavramıdır. Buna göre belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu kanıtlayabilen kişiler potansiyel mağdur olarak ifade edilmektedir<sup>842</sup>. Henüz yalnızca AİHM tarafından kabul edilen potansiyel mağduriyet için, kanun veya idari düzenlemenin başvurucuya uygulanmasının yüksek ihtimalli olması ve doğrudan haklarını ihlâl edecek nitelikte olması, ihlâl tehlikesinin yakın olması ve ciddi ve telafisi imkânsız zararların ortaya çıkması kıstaslarından bir veya birkaçının gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>843</sup>. Buna göre acaba güncel bir kötü niyetli takip veya takip işlemine maruz kalma tehlikesi olan kişinin potansiyel mağdur olarak bireysel başvuru hakkı olabilecek midir? Kanımızca bu soruya cevap ararken icra ve iflâs hukukunda öngörülen sistem dikkate alınarak, her somut olayın özelliğine göre ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Özellikle ilâmsız icra yolunun, alacaklı bakımından herhangi bir belgeye ve makam veya merciin onayına bağlı olmaksızın işletilebilmesi, bu anlamda her zaman potansiyel bir ihlâl tehlikesinin mevcut olduğu şeklinde düşünülebilir. Ancak kendisine karşı ilâmsız icra yoluna başvurulmadan potansiyel mağdur olduğu iddiasıyla bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi hâlinde de, her

---

<sup>840</sup> Özellikle dolaylı mağduriyet için aranan yargılama veya soruşturma sürecine aktif olarak katılmış olma koşulu, cebrî icra takipleri bakımından katı şekilde uygulanmamalıdır. Zira bilindiği üzere takibin tarafları alacaklı ve borçlu olmakla birlikte, istisnai durumlarda üçüncü kişilerin de birtakım müesseseler çerçevesinde cebrî icra sürecinde yer almaktadır. Dolaylı mağduriyet bakımından özellikle dikkate alınması gereken eş ve diğer yakınların, cebrî icra sürecinde yer almaları prensip itibarıyla söz konusu değildir. Oysa cebrî müdahalenin bu kişileri de etkilemesi, cebrî icra hukukunun niteliği gereği pek çok olayda kaçınılmazdır. Bu nedenle dolaylı mağduriyetin yargılama sürecine katılmaya ilişkin kıstası, cebrî takip sürecine katılma olarak katı şekilde algılanmamalıdır. Aksi takdirde icra ve iflâs hukukundaki temel hak ihlalleri bakımından dolaylı olarak mağdur olan eş ve yakınların temel hak ihlalleri bakımından bireysel başvuru imkânı önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır.

<sup>841</sup> Örneğin AYM adil yargılanma hakkı bakımından Şengül Özen başvurusunda, adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetin yalnızca doğrudan mağdur tarafından yapılabileceği, dolaylı mağduriyete istinaden başvurunun sadece yaşam hakkı, ağır işkenceye maruz kalma, sınır dışı edilme gibi sınırlı hâllerde mümkün olduğunu ifade ederek, eşin yaptığı başvurunun “mağdur statüsü” mevcut olmadığından reddine karar vermiştir. Bkz. Şengül Özen Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/9796, T. 25.07.2014, § 13-15, (Birtane, 73). AYM tarafından verilen bu karar, icra ve iflâs hukuku bağlamında tartışmaya açıktır. Şöyle ki cebrî icra süreci, yalnızca borçlunun değil, aynı zamanda borçluluyla birlikte aile bireyleri ve yakınları açısından, süreç içerisinde gerçekleştirilen cebrî icra tedbirleri nedeniyle temel haklarına müdahale edilebilecek, dolayısıyla da maddi manevi olarak zarar görebilecekleri, en iyi ihtimalle toplum nezdinde haklarında olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Adil yargılanma hakkına aykırı bir cebrî icra süreci bağlamında şikâyet yoluyla icra memurlarının işlemlerine karşı başvuru imkânına sahip olan aile bireyleri ve yakınların, adil bir cebrî icra sürecinin gerçekleştirilmemesi hâlinde bireysel başvuru hakkına da sahip olmaları gerektiği kanısındayız.

<sup>842</sup> Birtane, 73; Çınar, 211-216; Şirin, 50-59.

<sup>843</sup> Birtane, 74; Çınar, 213; Şirin, 51.

ne kadar menfaat dengesi bağlamında haklı olarak eleştirilse<sup>844</sup> de, alacaklıların hak arama hürriyetinin ölçüsüz olarak engellenmesine yol açabilecektir. Bu noktada kanımızca somut olayın özelliğine göre, tehlikeyi daha ciddi kılacak, örneğin alacaklının gerçekte hiçbir alacağı olmamasına rağmen ihtar çekmesi gibi, ticari itibarını zedelemek veya maddi manevi olarak borçluyu zarara uğratmak için somut davranışlarda bulunması gibi hâllerde kabul edilebilmelidir. Kaldı ki bu gibi hâllerde bile esasen takipten önce menfi tespit davası açılmak suretiyle en azından mülkiyet hakkı bakımından ihlâl tehlikesinin ciddi ve yakın olmadığı söylenebilecektir. Öte yandan haksız takip ve takip işlemi bağlamında potansiyel mağduriyet açısından, cebri icra memuru tarafından herhangi bir işlem yapılmadan, şikâyet yoluna başvurulması da mümkün değildir. Menfi tespit davası dışında açılacak bir dava olarak tazminat davası düşünülebilirse de, bu davada talep edilebilecek zararın niteliği, yukarıda da ifade edildiği üzere muhtemel zarar şeklinde olacağından, risk gerçekleşmedikçe kabul edilemeyecektir<sup>845</sup>. Şu hâlde, icra ve iflâs hukukunun niteliği ve sistematigi gereğince ihlâl tehlikesinin ciddi ve yakın olarak kabul edilmesi pek olası değildir. Dolayısıyla haksız takip ve takip işlemleri nedeniyle ortaya çıkabilecek potansiyel temel hak ihlâlleri bakımından bireysel başvuru yoluna gidilebilmesinin mümkün olmadığı ifade edilebilir. Ancak yine de icra ve iflâs hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucunun, somut olarak gerçekleşebilecek her ihtimali önceden öngörebilmesinin imkânsız olduğu dikkate alınarak, potansiyel mağduriyet çerçevesinde bireysel başvurunun mutlak surette mümkün olmadığını söylenemeyeceği, sonuç olarak her somut olayın özelliğine göre hareket edilmesi gerektiği kanısındayız.

Sonuç olarak, haksız takip ve takip işlemi çerçevesinde gerçekleşen temel hak ihlâlleri bakımından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu prensip itibariyle açık olmakla birlikte, başvurunun kabul edilebilirlik koşulları bakımından iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartıyla birlikte değerlendirildiğinde, haksız takip ve takip işleminden doğan zararlara ilişkin tazminat davasının açılması gerekmektedir. Bu surette sonuç alınamaması hâlinde, devletin temel hakların ihlâlini önlemesine ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

---

<sup>844</sup> Atalay, “Yargısız İnfaz”, 67 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*, 11-13; Özekes, *İlkeler*, 37; Özekes, “Sorunlar”, 274; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 153 vd.

<sup>845</sup> Bkz. yuk. İkinci Bölüm, § 5, II, C.



## SONUÇ

Hiçbir uyuşmazlığın olmadığı bir toplum düzeni, ütöpiktir. Hukuk, yaptırım gücüyle donatılmış kuralları aracılığıyla, uyuşmazlıklar nedeniyle bozulan adaletin sağlanmasını amaç edinir. İcra ve iflâs hukukunun da amacı, kişilerin özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarından doğan hak ve borçların, cebrî icra organları tarafından, gerektiğinde zor kullanılmak suretiyle yerine getirilmesidir. Bununla birlikte, icra ve iflâs hukuku içinde bulunduğu toplumsal ve ekonomik düzenden bağımsız değildir. Şu hâlde icra ve iflâs hukuku, öncelikli olarak bir uyuşmazlığın tarafları nezdinde, ikincil olarak da iyi işleyen bir cebrî icra sistemiyle toplumsal düzeyde adaletin sağlanmasını amaçlar. İcra ve iflâs hukukunun her iki amacının da gerçekleşmesi, ancak iyi işleyen, düzenli ve öngörülebilir bir cebrî icra sistemiyle mümkün olabilir.

Bu noktada cebrî icra sürecinde düzenlenen hak ve yetkiler, hak arama özgürlüğünün somut yansımalarını teşkil eder. Hak arama özgürlüğü ise, AY m. 36'da meşru vasıta ve yollarla sınırlandırılmıştır. Bu noktada hukukun genel bir ilkesi olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, aynı zamanda hak arama özgürlüğünün de sınırını belirler. Dolayısıyla cebrî icrada tanınan hak ve yetkilerin, meşru olmayan surette kullanılması, hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Bu durum, bilhassa icra ve iflâs hukuku bakımından önem arz eder. Zira cebrî icra süreci, niteliği gereği kişilerin özel, sosyal ve ekonomik alanlarına müdahaleyi zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, icra ve iflâs hukukunda öngörülen müesseselere ilişkin hak ve yetkilerin kötüye kullanımı, hak arama özgürlüğü kapsamında meşru olarak değerlendirilemeyeceğinden, cebrî icra müdahalesi, hukuka aykırı hâle gelir. Cebrî müdahalenin yöneldiği değerler dikkate alındığında ise, cebrî müdahaleye maruz kalan kişinin zarar görmesi kaçınılmazdır. Şu durumda cebrî icra sürecinde öngörülen hak ve yetkilerin kötüye kullanılması hâlinde, müdahale hukuka aykırı hâle geldiğinden, hukuka aykırı olarak zarar verilmiş olur. Hatta bu durum, esasen hakların gerçekleştirilmesi suretiyle bireysel ve toplumsal adaletin sağlanması amacına yönelmiş cebrî icra hukukunun, bizatihi kendisinin hukuka aykırı olarak zarar verme aracı hâline gelme tehlikesini barındırmaktadır.

Tespit ettiğimiz bu tehlikenin bertaraf edilmesi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının, cebrî icra hukuku bakımından da geçerli kabul edilmesini gerektirir. Ancak şekli bir hukuk dalı olarak icra ve iflâs hukukunda öngörülen hak ve yetkiler, kamusal nitelikteki usûl hukuku ilişkisi kapsamında öngörülen usûlî talep yetkileri niteliğindedir.

Dolayısıyla bu hak ve yetkilerin kötüye kullanılması, usûlî dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Usûlî dürüstlük kuralı, usûlî ilişkiye dâhil olanların, bu ilişki içerisindeki birbirleriyle ve yargı mercii ile olan ilişkilerinde dürüst davranmaları ve usûl kurallarının kendilerine sağladığı hak ve yetkileri amacına uygun kullanmalarını ifade eder. Bu yönüyle usûlî dürüstlük kuralı, kamu düzenindedir. Taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Usûlî ilişkiye dâhil merciiler tarafından resen göz önünde bulundurulur.

İcra ve iflâs hukukundaki hak ve yetkilerin usûlî dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması ise haksız takip ve haksız takip işlemi kavramlarını ortaya çıkarmıştır. Ancak ne haksız takip ne de haksız takip işlemi öğretisi ve uygulamada yeterince incelenmiştir. Bu noktada;

- Haksız takip kavramının ortaya koyulması, takip hakkının değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bu değerlendirme neticesinde, takip hakkının tıpkı medenî usûl hukukundaki dava hakkı gibi usûlî bir talep yetkisi niteliğinde olduğu, ancak, takip hakkının kullanılmasıyla muhatap icra organı, takip hakkına konu edilen maddi hakkı inceleyip araştırma yetkisini haiz olmadığından, takip hakkının konu edindiği maddi haktan bağımsız olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu kanaat uyarınca takip hakkının, “bağımlı olduğu sübjektif hakka ilişkin kanun koyucu tarafından öngörülen amacın dışında kullanılması”, bir başka ifadeyle hukukî yarar olmaksızın kullanılmasının haksız takip olarak nitelendirilmesi,
- Haksız takip işleminin ise öğretisi ve uygulamada ifade edilen takip işlemleri çerçevesinde ele alınmak suretiyle; cebrî icra sürecinin, taraf takip işlemlerine binaen ilerlemesinden hareketle, “*taraf veya ilgililerin, takip süreci içerisinde kendisine tanınan usûlî hak ve yetkilerin, kanun koyucunun amacının dışında veya bu amacı aşar şekilde kötüye kullanılması*” olarak anlaşılması gerektiği kanısına varılmıştır.

İcra ve iflâs hukukunda, haksız takip ve takip işlemleriyle mücadele etmek amacıyla, mehz İsviçre hukukundan farklı olarak icra tazminatları düzenlenmiştir. Ancak icra tazminatlarının yalnızca ilâmsız icrada ve istihkak müessesesi, üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacakların haciz ihbarnameleri suretiyle haczedilmesiyle sınırlı olarak düzenlenmesi nedeniyle, icra tazminatlarının haksız takip ve haksız takip işlemlerini engellemek noktasında yeterli olmadığı görülmüştür. Nitekim örneğin ilamlı icrada, icranın iadesi kapsamında borçlunun, para dışındaki iade konularında malın alacaklı tarafından elinden çıkarılması hâlinde uğrayabileceği zararlara ilişkin bir tazminat düzenlemesi bulunmamaktadır. Keza etkileri

itibariyle cüzi icradan çok daha ağır sonuçlar doğuran iflâs yolunun, haksız yere işletilmiş olması hâlinde iflâsa tâbi kişinin iflâs takibi veya davası çerçevesinde uğrayabileceği zararlara yönelik herhangi bir tazminat düzenlemesinin mevcut olmadığı tespit edilmiştir. Dahası icra tazminatlarının öngörüldüğü hâller arasında ise gerek şartlar gerekse de oran açısından farklı düzenlemelerin olduğu, bu sebeple icra tazminatları arasında bir insicamın bulunmadığı belirlenmiş, bu durumun ise menfaat dengesine aykırı olarak zararlara yol açtığı kanısına ulaşılmıştır. Bu bakımdan gerek icra tazminatının öngörülmediği hâllere ilişkin olarak düzenlemelerin yapılması, gerekse de icra tazminatlarının şart ve oranları itibariyle mevcut olan eşitsizliklerin giderilmesini temin etmek için genel bir düzenlemenin yapılması yönünde Kanun'da değişikliğe gidilmesi yerinde olacaktır.

Haksız takip ve takip işlemlerinin önlenmesi bakımından, cebri icra sürecinin asli organı olarak icra memurlarının hak ve yetkilerinin düzenlenmesinde, kural olarak tarafların talepleriyle bağlı olmasının da sorun teşkil ettiği görülmüştür. Örneğin derdest takipler bakımından, esasen açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, HUMK döneminde ilk itiraz olarak düzenlenmesinden hareketle, itiraz sebebi olarak kabul edildiğinden, her ne kadar artık HMK ile birlikte dava şartı olarak kabul edilse de derdest takiplerde icra memurunun kendiliğinden dikkate almamasına yönelik uygulamanın sakıncalı olduğu tespit edilmiştir. Esasen bu tespitle birlikte, dava şartlarına benzer nitelikte takip şartlarına ilişkin olarak İİK çerçevesinde de açık düzenleme yapılmasının uygun olacağı kanısına ulaşılmıştır. Özellikle icra memurunun kendisine yapılan talepler bakımından bağlı yetkili olduğu hâllerde, alacağın varlığını veya alacaklının hukukî yararının olup olmadığını denetleyememesi, bilhassa herhangi bir belgeye dayanmaksızın başlatılabilen genel haciz yoluyla takip yolunun kötü niyetli olarak kullanılmasına yol açmaktadır. Bu bakımdan genel haciz yoluyla takipte icra memuruna, kendisine yöneltilen talepler bakımından, hak arama özgürlüğü ve hukukî güvenlik ilkesini zedelemeyecek ölçüde ve surette inceleme görev ve yetkisinin verilmesi uygun olacaktır.

Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal, hak ve alacaklarının ihbarname gönderilmesi suretiyle takip dosyasına ödenmesi veya icra dairesine teslim edilmesine ilişkin Kanun'un 89'uncu madde hükmü de haksız takip işlemlerine konu edilebilmektedir. Örneğin üçüncü kişi kapsamına girecek kişiler bakımından herhangi bir sınır bulunmamaktadır. Uygulamada borçluların tüm akrabaları, işyeri çevresi veya diğer sosyal çevrelerinde itibarının zedelenmesine yol açacak şekilde sınırsız ve kötü niyetli ihbarname gönderildiği bilinmektedir. Bu durum aslında icra memurunun sorumluluğunda olsa da, maalesef icra memurlarının

tarafsızlığını zedeleyebilecek uygulamalar, bizatihi Yargıtay kararları tarafından da oluşturulmaktadır. Bu konuda çarpıcı bir örnek olarak borçlunun haczedilecek mallarının belirlenmesinde icra memurunu adeta alacaklının memuru olarak değerlendirebilecek şekilde alacaklının gösterdiği malların haczedilmesine ilişkin Yargıtay kararlarıyla benimsenen uygulama verilebilir. Oysaki haciz işlemlerinde icra memurunun her iki tarafın da menfaatini gözeteyeğine yönelik açık düzenleme mevcuttur. Hatta bu hükmün icra memurunun tüm cebrî icra sürecince taraflara eşit mesafede olması gerektiğine yönelik olarak kıyasen uygulanacağı öğretide ifade edilmektedir. Bu bağlamda tarafların haksız takip ve takip işlemlerinde bulunabilmelerine yol açan sebeplerin sadece Kanun hükümlerindeki problemlerin değil, bilakis yargı ve uygulamanın benimsediği alışkanlıkların da olduğu tespit edilmiştir.

Haksız takip ve takip işleminden doğan sorumluluğa ilişkin Kanun'da açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan sorumluluğun hukukî niteliği benzer hukukî kurumlara veya buna ilişkin düzenlemelerin kıyasen değerlendirilmesiyle ortaya koyulabilir. Bu çerçevede cebrî icra ilişkisinin ne bir sözleşme ilişkisi ne de bir sebepsiz zenginleşme ilişkisi olduğu, dolayısıyla açık düzenleme bulunmayan hâllerde genel kusur sorumluluğu olarak haksız fiil sorumluluğu olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesinde objektif norm teorisi uyarınca, fiil, ancak koruma normlarının ihlâli hâlinde hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan ihlâl edilen cebrî icra hukuku normlarının, prensip itibarıyla mutlak koruma normu olmadığı, zira doğrudan ve herkes tarafından ihlâl edilebilen ve herkese karşı ileri sürülebilen bir hakkı korumadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte özellikle haczedilmezlik ve hacze/satışa ilişkin emredici nitelikteki düzenlemelerin, dolaylı yönden mülkiyet hakkını koruduğu, bu sebeple mutlak koruma normu olarak değerlendirilebileceği, bunun dışındaki normların ise takipte karşılıklı olarak taraf menfaatlerini korumaya yönelik özel koruma normları niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Ayrıca esasen burada ihlâl edilen normun dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel ilke niteliğindeki kurallar olduğu, dolayısıyla öncelikli olarak zaten mutlak koruma normu ihlâlinin mevcut olduğu da düşünülebilir. Ancak netice itibarıyla burada haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi bakımından pratikte herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Zarar bakımından ise özellikle toplumumuzun değer yargıları dikkate alındığında cebrî takiplerin, takibe maruz kalan veya hakkı ihlâl edilen kişi bakımından pek kötü bir hâl olarak



kabul edildiği, dahası bu durum nedeniyle borçlunun yakınlarının da maddi manevi zararlara uğrayabileceği tespit edilmiştir. Bu itibarla tazminat kapsamına doğrudan veya dolaylı olarak ve hatta yansıma zararlar olarak maddi ve manevi zararlar dâhil olabilecektir.

Tazminat davası, açık kanuni düzenleme bulunmadığından, 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde genel mahkemelerde açılabilir. İspat yükü davacı zarar gören üzerindedir. Burada dikkat çeken nokta, tarafların haksız takip veya takip işleminin gerçekleştiği takibe ilişkin alacaktan bağımsız olduğudur. Bu sebeple asıl takip konusu alacak bakımından zorunlu arbuluculuk düzenlemesinin bulunması, tazminat davası bakımından önem teşkil etmeyecektir. Bir başka ifadeyle tazminat davasının dayanağı haksız ve kötü niyetli takip işlemi olup, taraflar arasındaki takip konusu asıl borç ilişkisinden bağımsızdır.

Haksız takip ve takip işlemi bağlamında son olarak değerlendirilen husus da haksız takip ve takip işleminin anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolunu davet edip etmeyeceğidir. Nitekim cibrî icra, müdahaleci karakteri nedeniyle temel haklarla doğrudan ilişkilidir. İnsan haklarındaki gelişim itibarıyla bugün, devlete temel hakların hemen hepsinde pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. Bu itibarla devlet, temel haklara müdahale etmemenin ötesinde temel haklara yönelebilecek tehlikelerin bertaraf edilmesi amacıyla hukukî, idarî ve adlî tedbirler almakla yükümlüdür. Şu hâlde, zarar doğuran hukuka aykırı fiil, her ne kadar doğrudan kamu gücü kullanan yetkili kişilerce gerçekleştirilmediğinden bireysel başvurunun mümkün olmadığı ifade edilebilirse de, iyi işleyen ve bu anlamda kötüye kullanımların engellendiği bir cibrî icra sisteminin oluşturulması, devletin pozitif yükümlülüğüne dâhildir. Dolayısıyla diğer şartların da varlığı hâlinde, bireysel başvuru yolunun açık olduğu tespit edilmiştir.

Son olarak ve belki de en önemlisi, tarafların birbirine karşı kötü niyetli girişimlerinin, toplumumuzdaki başkasının hakkına saygı duyulmamasına ilişkin sakat değer yargılarımızdan ileri geldiği, dolayısıyla her ne kadar mükemmel kanuni düzenleme yapılırsa yapılsın, hukuk kurallarına yönelik toplumsal bakış açısı değişmediği sürece haksız takip ve takip işlemlerinin sona ermeyeceği söylenebilir.



## KAYNAKÇA

- Acu, Melek. “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 10, (2014): 403-434.
- Akil, Cenk. “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1, (2012): 317-337. (Akil, “İcra İnkâr”)
- Akil, Cenk. “Genel Hatlarıyla Alman Medeni Yargılama Hukukunda Kısmi Hüküm”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 70, 1, (2012): 179-202. (Akil, “Kısmi Hüküm”)
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta, 10. B., 2013.
- Akkan, Mine. “İcra Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, 2, (2010): 1-41. (Akkan, “Derdestlik ve Kesin Hüküm”)
- Akkan, Mine. “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Mahkemelerin Görevi”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/Özel Sayı, (2014): 39-88. (Akkan, “Görev”)
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Akkan, *Pekcanitez Usûl*)
- Akyol, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Vedat, 2. B., 2006.
- Altaş, Hüseyin. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat Topuz. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal, 3. B., 2017.
- Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemleri*. Ankara: Yetkin, 2018. (Arslan A. S.)
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 1989. (Arslan, *Dürüstlük*)
- Arslan, Ramazan. “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıнын Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65, 4, (2016): 3217-3242. (Arslan, “Üçüncü Kişi”)
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 5. B., 2019. (Arslan vd., *İcra ve İflâs*)
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 5. B., 2019. (Arslan vd., *Medenî Usûl*)
- Aslan, Kudret. *Hacizde İstihkak Davası*. Ankara: Turhan, 2005.
- Aslan, Kudret ve Leyla Akyol Aslan. “İlâma Bağlı Para Alacağı İçin İlâmsız Takip Yapılması Dürüstlük Kuralı ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır?”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 1*. Ankara: Yetkin, 2015: 195-251.
- Aşık, İbrahim. *İcra Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan, 2006. (Aşık, *İcra Sözleşmeleri*)
- Aşık, İbrahim. “İflâs Tasfiyesinde Geçici Dağıtma”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24, 1, (2018): 270-295. (Aşık, “Geçici Dağıtma”)

- Atalay, Oğuz. “Taşınırın Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınmasına (İİK m. 88, II Üzerine Bir Eleştirisi)”, *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 1, (2005): 17-27. (Atalay, “Eleştirisi”)
- Atalay, Oğuz. “İlâmsız İcra Yargısız İnfaz Olur Mu?”, *Hukukî Perspektifler Dergisi*, 1, (2004): 67-69. (Atalay, “Yargısız İnfaz”)
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Atalay, *Pekcanitez Usûl*)
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Atalı, *Pekcanitez Usûl*)
- Atalı, Murat. “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, 6-7 Aralık 2018*, Editör: Doç. Dr. Ersin Erdoğan, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019: 137-154. (Atalı, “Sorunlar”)
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Betül Azaklı Arslan. *Geçmişten Bugüne İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Yetkin, 2. B., 2019. (Atalı vd., *İcra ve İflâs Kanunu*)
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2. B., 2019. (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs*)
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2. B., 2019. (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medenî Usûl*)
- Ateş, Derya. “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 72, (2007): 75-93.
- Bahadır, Zeynep. *Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Bal, Nurullah. *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Yeniden Yapılandırılmasında Ara Dönem Denetçisi ve Proje Denetçisi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2013.
- Bauer, Thomas ve Daniel Staehelin. *Basler Kommentar SchKG*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2017.
- Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann. *Beck’sche Kurz-Kommentare: Zivilprozeßordnung*. München: C.H. Beck, 48. Aufl., 1990.
- Baumgärtel, Gottfried. “Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 69, 2-3, (1956): 89-131. (Baumgärtel, “Schikaneverbot”)
- Baumgärtel, Gottfried. “Treu und Glauben im Zivilprozeß”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 86, 4, (1973): 353-372. (Baumgärtel, “Treu und Glauben”)
- Becker-Eberhard, Ekkehard. “Takibin Konusu Olarak Borçlunun Malvarlığı”, *20’nci Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları*, Çev. Doç. Dr. Nevhis Deren – Yıldırım, Der. Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım. İstanbul: Alkim, 2. B., 2003: 41-58.
- Behr, Johannes. “Vollstreckungsschutz: Gläubiger- oder Schuldnerschutz?”, *Kritische Justiz*, 13, 2, (1980): 156-168.

- Belgesay, Mustafa Reşit. “Profesör Leeman Tarafından İcra ve İflâs Kanununun Tadili Hakkında Adliye Vekâletine Verilen Rapora Dair Mütalaa”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 5, (1939): 33-45. (Belgesay, Mütalaa)
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Dava Teorisi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1943. (Belgesay, Teori)
- Belgesay, Mustafa Reşit. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1*. İstanbul: M. Sıralar, 4. B., 1954. (Belgesay, Şerh)
- Berkin, Necmettin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz, 1980. (Berkin, İcra Hukuku Rehberi)
- Bernhardt, Wolfgang. “Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 66, 2, (1953): 77-100.
- Birinci Uzun, Tuba. “An Unfamiliar Legal Institution For Turkish Law: Punitive Damages”, *Ankara Law Review*, 10, 1 (2013): 19-40.
- Birtane, Şermin. *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Bitmann, Folker. “Treu und Glauben in der Zwangsvollstreckung”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 97, 1, (1984): 32-46.
- Bolayır, Nur. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 85, 5, (2011): 131-148.
- Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Takip İşlemleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 101, (2012): 31-60. (Boran Güneysu, “Takip İşlemleri”)
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medeni Usûl Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet, 2014. (Boran Güneysu, Karar)
- Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20, 4, (2016): 25-60. (Boran Güneysu, “Aşkın Haciz”)
- Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu. İstanbul: Beta, 2013: 53-80. (Boyar, “Dolaylı Yatay Etki”)
- Brehm, Wolfgang. *Stein/Jonas ZPO, Band 1*. Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2003.
- Çağa, Tahir. “Ödeme Emrine İtirazın İptaline Dair”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 8, 3, (1976): 21-31.
- Çınar, İbrahim. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, *Bireysel Başvuru İnceleme Usûlü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri*, Editör: Dr. Musa Sağlam. Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2013: 165-224.
- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Ankara: Adalet, 2010. (Çiftçi, Menfaat Dengesi)
- Çiftçi, Pınar. “Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevî Tazminat Sorumluluğu”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2*. Ankara: Yetkin, 2009: 79-146. (Çiftçi, “Manevî Tazminat”)
- Dayınlarlı, Kemal. *Humk’da Düzenlenen İç Tahkim*. Ankara: Dayınlarlı, 2. B. 2004.

- Deschenaux, Henri ve Pierre Tercier. *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir. Ankara: Kadıoğlu Matbaası, 1983.
- Deynekli, Adnan ve Mustafa Saldırım. *Öğreti ve Uygulamada İhtiyatî Haciz*. Ankara, Turhan, 3. B., 2011.
- Deynekli, Adnan ve Sedat Kısa. *İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatları*. Ankara: Turhan, 3. B., 2013.
- Dieth, Markus ve Georg J. Wohl. *SchKG Kurzkommentar*, Hrsg. Daniel Hunkeler. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014.
- Doğan, Emsalgül. “Bireysel Başvuru Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi’nin Verdiği İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68, 1, (2019): 83-126.
- Doğru, Osman. *Yaşama Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 5*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku C. 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz, 7. B., 2012.
- Düzgün, Metin. “İlâmsız İcra ve Yetki İtirazı ve Bunun Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, (1997): 44-64.
- Edis, Seyfullah. “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’ya 70. Yaş Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975: 447-460. (Edis, “Doğruluk ve Güven”)
- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. B., 1997. (Edis, *Medeni Hukuk*)
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özekes, Murat Atalı, Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha, 2. B., 2019. (Ekmekçi vd., *Arabuluculuk*)
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim*. İstanbul: Beta, 2013.
- Ercan, İbrahim. “Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170’te Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Düşünceler”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, Özel Sayı, (2014): 2207-2219.
- Erdem, Murat. *İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2010.
- Erdoğan, Ersin. “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, (2017): 147-175. (Erdoğan, “Yapma Borçları”)
- Erdoğan, Ersin. *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*. Ankara: Yetkin, 2017. (Erdoğan, *Kesin Hüküm*)
- Erdoğan, Murat. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*. Ankara: Lykeion, 2019. (Erdoğan M.)
- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Gazi, 4. B., 2019. (Erdoğan İ.)
- Erdoğan, İhsan ve A. Dilşad Keskin. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Gazi, 2. B., 2019.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017.
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975. (Eren, *İlliyet Bağı*)

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 21. B., 2017. (Eren, *Borçlar Genel*)
- Eren, Abdurrahman. “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33, (2016): 231-301. (Eren A.)
- Ermenek, İbrahim. “Medeni Usûl Hukukunda Şekilcilik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, 1-2, (2000): 142-180. (Ermenek, “Şekilcilik”)
- Ermenek İbrahim. “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar”, *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 9, 26, (2013): 3-55. (Ermenek, “Bireysel Başvuru”).
- Ermenek, İbrahim. “İcra ve İflâs Kanunu Madde 89/4’e Göre Açılan Tazminat Davalarının Hukukî Analizi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.1*. Ankara: Yetkin, 2014: 887-918. (Ermenek, “Hukukî Analiz”)
- Ermenek, İbrahim. *Medeni Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*. Ankara: Yetkin, 2014. (Ermenek, Birleştirilme ve Ayrılma)
- Ermenek, İbrahim. “İcra ve İflâs Kanunu’nda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulanması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5, 19, (2014): 279-320. (Ermenek, “Ne Bis İn İdem”)
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. “Medeni Kanun’un 50’nci Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması”, *Medeni Kanun’un 50’nci Sempozyumu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978: 147-188.
- Findeisen, Ben. *Verschulden in der Zwangsvollstreckung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.
- Fisher Fisherhof, Hans. *Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung*. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1934.
- Gaul, Hans Friedhelm. “Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 110, 1, (1997): 3-31. (Gaul, “Haftung”)
- Gaul, Hans Friedhelm. “Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi”, Çev. Nevhis Deren Yıldırım, *İcra Hukuku Analizleri*. İstanbul: Filiz, 4. B., 2014, 25-86. (Gaul, Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi)
- Gerlach, Johann W. *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1986).
- Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin, 2017. (Gözler, *İnsan Hakları*)
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin, 2018. (Gözler, *Türk Anayasa*)
- Grunsky, Wolfgang. *Stein/Jonas ZPO, Band 9*. Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2002.
- Guldener, Max. “Treu und Glauben im Zivilprozess”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 25-26, (1943), Çev. Tahir ÇAĞA, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, (1946): 647-667.
- Gül, İbrahim. *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*. Ankara: Yetkin, 2015.

- Gülyüz, M. Tarık ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz. “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 141, (2019): 325-362.
- Hanağası, Emel. *Davada Menfaat*. Ankara: Yetkin, 2009. (Hanağası, *Menfaat*).
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin, 2016. (Hanağası, *Silahların Eşitliği*)
- Hartmann, Peter. *Beck'sche Kurz-Kommentare: Zivilprozeßordnung*. München: C.H. Beck, 48. Aufl., 1990.
- Hellwig, Hans Jürgen. “Schadensersatzpflichten aus prozessuaalem Verhalten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 23, (1968): 1072-1076.
- Honig, Richard. *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*. Çev. M. Yavuz, İstanbul: Burhaneddin, 2. B, 1935. (Honig, *Hukuk Başlangıcı*)
- Honig, Richard. *Hukuk Felsefesi*. Çev. M. Yavuz, İstanbul: Burhaneddin, 2. B, 1935. (Honig, *Hukuk Felsefesi*)
- Honsell, Heinrich. *Basler Kommentar ZGB I*, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser. Basel: Helbing Lichtenhahn, 4. Aufl., 2010.
- İstemi, Mehmet. “Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 3. İstanbul: Beta, 2011: 2685-2722.
- İyilikli, Ahmet Cahit. *Haciz İhbarnameleri (İİK m. 89)*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Jent Sorensen, Ingrid. *SchKG Kurzkomentar*, Hrsg. Daniel Hunkeler. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin, 7. B., 1993.
- Karan, Ulaş. “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, 32, (2015): 235-306. (Karan, “Ayrımcılık Yasağı”)
- Karşlı, Abdurrahim. “Alman Hukukundaki Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlamsız İcra Usulü ile Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*. Ankara: Adalet, 2009: 311-330. (Karşlı, “Mahnverfahren”)
- Karşlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif, 4. B, 2014. (Karşlı, *Medeni Muhakeme*)
- Kavak, Yalçın. *Medeni Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*. İstanbul: Legal, 2. B., 2019.
- Keip, Dieter. *Umfang und Grenzen eines sozialen Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung*. Hamburg: Dr. Kovac, 2000.
- Keser, Leyla. “Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi”, *Prof. Dr. Mahmut Teyfik BİRSEL'e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001: 253-265.
- Kılıçoğlu, Evren. *İcra Sözleşmeleri*. İstanbul: Arıkan, 2005.
- Kılınç, Ayşe. “İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21, 1, (2019): 205-231.
- Korkmaz, Ramazan. *Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası*. İstanbul: On İki Levha, 2019.



- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*. Basel: Schulthess, 2. Aufl., 2014. (Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs*)
- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *SchKG Kommentar*. Bern: Orell Füssli, 19. Aufl., 2015. (Kren Kostkiewicz, *SchKG*)
- Kuru, Baki. “Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler”, *Makaleler*. İstanbul: Arıkan, 2006: 681-688. (Kuru, “Muvakkaten Kaldırılma”)
- Kuru, Baki. “İcra İnkâr Tazminatı”, *Makaleler*. İstanbul: Arıkan, 2006: 615-652. (Kuru, “İcra İnkâr”)
- Kuru, Baki. *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*. Ankara: Yetkin, 2003. (Kuru, *Menfi Tespit*)
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet, 2. B., 2013. (Kuru, *El Kitabı*)
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018. (Kuru, *İstinaf Sistemine Göre İcra ve İflâs*)
- Kurt Konca, Nesibe. “Üçüncü Kişi Elinde Haczedilen ve Üçüncü Kişinin Üzerinde Mülkiyet İddiasında Bulunduğu Taşınır Mallar Üzerinde Alınacak Muhafaza Tedbirlerinin Kapsamı”, *Ankara Barosu Dergisi* 67, 2, (2009): 32-42. (Kurt Konca, “Üçüncü Kişi”)
- Kurt Konca, Nesibe. *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*. Ankara: Yetkin, 2016. (Kurt Konca, *Doğruyu Söyleme*)
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. Ankara: Turhan, 2. B., 2018.
- Lorandi, Franco. *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*. Zürich: Dike, 2. Aufl., 2014.
- Lüke, Gerhardt. “Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis”, *Zeitschrift für Zivilprozess* 108, 4, (1995): 427-454.
- Meriç, Nedim. *Türk-İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Mertz, Hans. *Berner Kommentar ZGB, Band 1*, Hrsg. Arthur Meier-Hayoz. Bern: Stämpfli & Cie., 1966.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*. Ankara: Adalet, 2. B., 2016.
- Münzberg, Wolfgang. *Stein/Jonas ZPO, Band 7*. Tübingen: Mohr Siebeck, 22. Aufl., 2002.
- Nomer, Haluk Nami. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*. İstanbul: Beta, 1996.
- Oğuzman, Kemal. “Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı*. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988: 407-415
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*. İstanbul: Vedat, 13. B., 2015. (Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 1*)
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2*. İstanbul: Vedat, 12. B., 2016. (Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku C. 2*)
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat, 22. B., 2016.

- Olguç, Senai. *İcra İflâs Birinci Cilt*. Ankara: Olguç, 1978.
- Özbek, Mustafa Serdar. “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61, 1, (2012): 207-274.
- Özden Merhacı, Selin. *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Özekes, Muhammet. *İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin, 1999. (Özekes, *İhtiyati Haciz*)
- Özekes, Muhammet. “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII – İlâmsız İcra, 24-25 Ekim 2008 İzmir*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009, 265-291. (Özekes, “Sorunlar”)
- Özekes, Muhammet. “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan C. 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, Özel Sayı, (2009): 921-940. (Özekes, “Öneri”)
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Ankara: Adalet, 2009. (Özekes, *İlkeler*)
- Özekes, Muhammet. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Özekes, *Pekcanitez Usûl*)
- Özekes, Muhammet. “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay’ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara, 6-7 Aralık 2018*, Editör: Doç. Dr. Ersin Erdoğan. Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019: 111-136. (Özekes, “Eleştirel Bir Yaklaşım”)
- Özgür Kiraz, Taylan. *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70)*. Ankara: Adalet, 2013.
- Öztek Selçuk. *Yeni Konkordato Hukuku*. Ed. Selçuk Öztek. Ankara: Adalet, 2018. (Öztek, *Konkordato*)
- Pekcanitez, Hakan. “4949 Sayılı Kanun’la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 49, (2003): 137-158. (Pekcanitez, “Değerlendirme”)
- Pekcanitez, Hakan. “İİK’da İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı IV, 30 Eylül-1 Ekim 2005 Ankara*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006: 234-255. (Pekcanitez, “Değişikliklerin Değerlendirilmesi”)
- Pekcanitez, Hakan. “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *Makaleler, C. 1*. İstanbul: On İki Levha, 2016): 385-412. (Pekcanitez, “Adil Yargılanma”)
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl*)
- Pekcanitez, Hakan ve Cemil Simil. *İcra İflâs Hukukunda Şikâyet*. İstanbul: Vedat, 2. B., 2017.
- Pekcanitez, Hakan ve Güray Erdönmez. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*. İstanbul: Vedat, 2018.

- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha, 6. B., 2019. (Pekcanitez vd., *İcra ve İflâs*)
- Pekcanitez Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 7. B., 2019. (Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medenî Usûl*)
- Postacıoğlu, İlhan E. “İcra ve İflâs Kanunu’nun Muaddel Hükümlerine Göre Menfî Tesbit Davası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32, 2-4, (1966): 824-845. (Postacıoğlu, “Menfî Tespit”)
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. B., 1975. (Postacıoğlu, *Medeni Usul*)
- Postacıoğlu, İlhan E. *İflâs Hukuku İlkleri Cilt: 1. İflâs*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978. (Postacıoğlu, *İflâs Hukuku*)
- Postacıoğlu, İlhan E. *İcra Hukuku Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. B., 1982. (Postacıoğlu, *İcra Hukuku*)
- Riebau, Laura. *Die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus dem Vollstreckungsrechtsverhältnis*. Köln: Carl Heymanns, 2013.
- Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. *Zivilprozeßrecht*. München: C. H. Beck, 16. Aufl., 2004.
- Schilken, Eberhard. “Grundfragen zum Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe Aus Der Wissenschaft Band III*, Hrsg. Karsten Schmidt. München: C.H. Beck, 2000: 593-614.
- Schott, Markus. *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar*, Hrsg. Paul Oberhammer, Tanja Domej, Ulrich Haar. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., 2014.
- Schwarz, Andreas. *Medeni Hukuka Giriş*. Çev. Hıfzı Veldet, İstanbul: Üniversite, 1942.
- Serozan, Rona. *Hukukta Yöntem – Mantık*. İstanbul: Vedat, 2. B., 2017. (Serozan, *Hukukta Yöntem*)
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat, 6. B., 2015. (Serozan, *Medeni Hukuk*)
- Spühler, Karl. *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*. Zürich: Schulthess, 2014.
- Studer, Josef ve Markus Zöbeli. *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*. Freiburg: Orell Füssli, 4. Aufl., 2015
- Sungurtekin Özkan, Meral. “İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi”, *Prof. Dr. Tufan Turhan Yüce’ye Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001: 177-203.
- Şirin, Tolga. *Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usûl Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961. (Tandoğan, *Mes’uliyet*)
- Tandoğan, Haluk. *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*. Ankara: Ajans-Türk, 1963. (Tandoğan, *Üçüncü Şahıs*)
- Tanrıver, Süha. *İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*. Ankara: Yetkin, 1996. (Tanrıver, *İlâmlı İcra*)

- Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Makalelerim, C. 1*. Ankara: Asil, 2005: 211-236. (Tanrıver, “Adil Yargılanma”)
- Tanrıver, Süha. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*. Ankara: Yetkin, 2006: 821-842. (Tanrıver, “Hukuki ve Sosyolojik Bakış”)
- Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 64, (2006): 151-177. (Tanrıver, “Arabuluculuk”)
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, C. 1*. Ankara: Yetkin, 2. B, 2018. (Tanrıver, *Medeni Usûl*)
- Taşpınar Ayvaz, Sema. *İcra İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*. Ankara: Yetkin, 2005. (Taşpınar Ayvaz, *Yeniden Yapılandırma*)
- Taşpınar Ayvaz, Sema. “İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 2*. Ankara: Yetkin, 2015: 1537-1550. (Taşpınar Ayvaz, “Hükümsüzlük”)
- Taş Korkmaz, Hülya. *Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği*. Ankara: Yetkin, 2014. (Taş Korkmaz, *Taraf Değişikliği*)
- Taş Korkmaz, Hülya. *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz, 6. B., 1992.
- Tok, Ozan. “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, 1, (2015): 239-260.
- Türk, Ahmet. *Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Tüzüner, Özlem. “Dava Hakkı Unsuru Olarak Hak”, *Prof. Dr. Aydın AYBAY Armağanı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, (2007): 497-506.
- Uçaryılmaz, Talya Şans. “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 135, (2018): 335-382.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. İzmir: Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi, 1973. (Umar, *Tarihi Gelişme ve Teori*)
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2. B, 2014. (Umar, *Şerh*)
- Uyar, Talih. “İcra Hukukunda Şikâyetin Tarafları”, *Legal Hukuk Dergisi*, 1, 12, (2003): 3021-3037, (Uyar, “Şikâyet”)
- Uyar, Talih. “Genel Haciz Yolu İle İlâmsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 56, (2005): 328-340. (Uyar, “Yetkili İcra Dairesi”)
- Uyar, Talih. “İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 58, (2005): 323-340. (Uyar, “Borçtan Kurtulma”)

- Uyar, Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 1*. Ankara: Bilge, 3. B., 2014.
- Üçüncü, Sümeyye Hilal. *Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Üstündağ, Saim. *İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*. İstanbul: Evrim, 1990. (Üstündağ, *Dünü ve Bugünü*)
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Filiz, 7. B., 2000. (Üstündağ, *Medeni Yargılama*)
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 8. B., 2004. (Üstündağ, *İcra Hukuku*)
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*. İstanbul: Yaylacık, 8. B., 2009. (Üstündağ, *İflâs Hukuku*)
- Veldet, Hıfzı. “Umumî Bakımdan Zarar ve Tazminat”, *Ebül'ula Mardin'e Armağan*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1944: 739-758. (Veldet, “Zarar ve Tazminat”)
- Veldet Velidedeoğlu, Hıfzı. *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. B., 1951.
- Walker, Wolf Dietrich. “Alman Hukukunda Cebrî İcrada Temel Hakların İhlâli ve Korunması”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VII – İlâmsız İcra, 24-25 Ekim 2008 İzmir*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2009: 156-179. (Walker, “Korunma”)
- Walker, Wolf Dietrich. “Grundrechte in der Zwangsvollstreckung – eine Skizze”, *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, Hrsg. Jens Damann, Wolfgang Grunsky, Thomas Pfeiffer. München: C.H. Beck, 2011: 561-578. (Walker, “Grundrechte”)
- Weyland, Peter. *Der Verhältnismaßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1987.
- Wieser, Eberhard. “Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 41, 11, (1988): 665.
- Yalçınöz, Bahadır. “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2, (2014): 188-206.
- Yeşilirmak, Ali. “Cebri İcra ve Tahkim Tahkim Anlaşmasına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?”, *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. 2*. İstanbul: Beta, 2010: 1523-1529. (Yeşilirmak, “Cebri İcra ve Tahkim”)
- Yeşilirmak, Ali. “Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 96, (2011): 205-228. (Yeşilirmak, “Genel Haciz Yoluyla Takip”)
- Yeşilirmak, Ali. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 15. B., 2017. (Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl*)
- Yeşilova, Bilgehan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk, 2008.
- Yıldırım, Mehmet Kamil. “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım, 2007: 337-360.
- Yıldırım, Mehmet Kamil ve Nevhis Deren Yıldırım. *İcra ve İflâs Hukuku*. İstanbul: Beta, 6. B., 2015. (Yıldırım ve Yıldırım, *İcra ve İflâs*)

- Yılmaz, Ejder. “Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 3-4 (2003): 9-45. (Yılmaz, “Dünden Bugüne”)
- Yılmaz, Ejder. “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*. İstanbul: Alkim, 2003: 493-502. (Yılmaz, “İcra İflâs Suçları”)
- Yılmaz, Ejder. “İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likid Alacak Kavramı”, *Bankacılar Dergisi*, 67, (2008): 85-93. (Yılmaz, “Likid Alacak”)
- Yılmaz, Ejder. “İcra Tazminatı”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2*. Ankara: Yetkin, 2009: 675-754. (Yılmaz, “İcra Tazminatı”)
- Yılmaz, Ejder. “İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği”, *Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ’a Armağan*. Ankara: Adalet, 2009: 597-615. (Yılmaz, “İtirazın İptali”)
- Yılmaz, Ejder. “Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, Özel Sayı, (2014): 531-554 (Yılmaz, “Tahkimde İtirazın İptali”)
- Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflâs Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 2*. Ankara: Yetkin, 2015: 1835-1866. (Yılmaz, “Uygulanabilirlik”)
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 2016. (Yılmaz, *İİK Şerhi*)
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin, 3. B, 2017. (Yılmaz, *HMK Şerhi*)
- Yücel, Ensari. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku”, *Adam Akademi*, 6, 1, (2015): 59-84.
- Zeiss, Walter. “Schadensersatzpflichten aus prozessuaalem Verhalten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 16, (1967): 703-709.

## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Bal, Nurullah  
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti  
Doğum tarihi ve yeri : 24.12.1987 - Keles  
Medeni hali : Evli  
Telefon : 0 536 236 83 27  
e-mail : nurullah.bal@hbv.edu.tr

### Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi SBE	2013
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010
Lise	Etimesgut Anadolu Lisesi	2006

### İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2011-	Gazi-AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Arş. Gör.
2010-2011	Ankara Barosu	Stajyer Avukat

### Yabancı Dil

İngilizce, Almanca

### Yayımlar

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Nurullah Bal. *Medenî Usûl Hukuku Pratik Çalışmalar*. Ankara: Yetkin, 2. Baskı, 2019.

Bal, Nurullah. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Fikrî Hakların Haczi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. 1*. Yetkin: Ankara 2014: 439-462.

Bal, Nurullah. “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, *Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, 1-2, (2013): 315-352.





