

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**MEDENİ HUKUKUMUZDA TAŞINMAZLARIN AÇIK
ARTTIRMA SURETİYLE SATIMI**

MUSTAFA EMİR ÜSTÜNDAĞ

EYLÜL, 2011

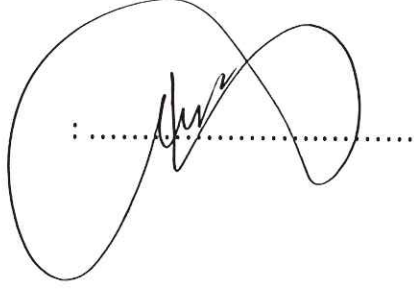
Mustafa EMİR ÜSTÜNDAĞ tarafından **Medeni Hukukumuzda Taşınmazların Açık Arttırma Suretiyle Satımı** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.
Prof. Dr. Mehmet TURHAN

: 

Tez Sınav Tarihi : 14 Eylül 2011

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi

Doç. Dr. Cemal OĞUZ

Gazi Üniversitesi

: 

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : MUSTAFA EDİR
OSTONDAĞ
İmzası : EDİR
Tarih : 26.01.2012

ÖZET

MEDENİ HUKUKUMUZDA TAŞINMAZLARIN AÇIK ARTTIRMA SURETİYLE SATIMI

ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Eylül 2011, 71 sayfa

Açık artırma prosedürü günümüzde oldukça hızlı bir şekilde gelişmektedir. Aynı zamanda internet aracılığıyla da açık artırmalar gerçekleştirilmektedir. Açık artırmalar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde gerçekleşebileceği gibi zorla da gerçekleşebilirler. İkincisi sadece satım sözleşmesi olmaktan öte bir devlet işlemidir. Ben bu çalışmamda açık artırma hukukunu tüm yönleriyle ele almaya çalıştım. Özellikle bir açık artırmanın batıl olduğu durum üzerinde durdum. Bunun dışında bir açık artırmanın sonucunda mülkiyetin geçiş anını irdeledim ki mülkiyetin geçiş anı ihtiyari açık artırma ile cebr-i artırma arasında ince bir fark arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Açık Arttırma, Cebri Arttırma, Sözleşme Özgürlüğü

ABSTRACT

THE PROCEDURE OF AUCTION OF THE IMMOBILE PROPERTY SALE IN TURKISH LAW

ÜSTÜNDAĞ, Mustafa Emir

Graduate School of Social Sciences Department of Private Law

Supervisor : Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

September 2011, 71 pages

Nowadays the procedure of auction is rapidly developing. Also the auction is made through internet. This can be taken in action in the frame of contract freedom or by force. But these two are not more a way of sale it is a government policy. In this paper I have investigated all aspects of auction law. Especially I emphasize on the nullity and except that I have worked out the time point when the property transfers there is a nuance between private and forceful auction.

Key Words: Auction, Forceful Auction, Contract Freedom

GİRİŞ

İhtiyari açık arttırmayı düzenleyen ve Borçlar Kanununda yer almış olan hükümler bir yasal tanımı içermiyor. Yasa metni sözleşmesel programdan bazı ağırlıklı noktaları ayırıyor ve böylece onlara özel bir dikkat atfediyor (akdin iptali, bağlılığı, peşin ödeme, teminat, mülkiyetin intikali gibi sorunlarda).

İhtiyari açık arttırmanın satışın bir özel çeşidi olup olmadığı tartışılır. Bu konuda teoride değişik görüşler mevcuttur. Bazıları buradaki açık arttırmanın sözleşme akdinin özel bir çeşidi olduğunu söyler; diğer bir görüş ise, kanun koyucunun satışın bir özel türünü düzenlemek istemeyip; sadece sözleşmenin akdi safhasındaki özelliklere değinmekle yetindiği ve bunu satış akdinin bilgi ve malumatı sahası ile de sınırlandırılmış olduğu ifade edilmiştir. Öyle veya böyle, bu kurumun düzenleniş şekli, bir yandan satım hukuku ile ilgili olup; diğer yandan da açık arttırma hukuku ile ilgili bulunmaktadır. Öyle ki, açık arttırma ile satış, hazır olanlar arasında yapılan bir satış şekli olup; gerçekten de, müteaddit satın almaya hevesliler arasından en çok pey süren ile yapılmış olan bir sözleşmedir.

Bu bakımdan yapılan bu çalışmada bir yandan cebri açık arttırmayı düzenleyen hükümlere değinilecek; diğer yandan da satım akdi ile ilgili hükümler temas edilecek ve böylece cebri açık arttırmadan, buradaki açık arttırmanın farklılıkları gösterilmiş olacağı gibi; normal satım akdinden farklılıklar da büyüteç altına alınacaktır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
GİRİŞ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	ix
BİRİNCİ BÖLÜM.....	1
1.TAŞINMAZ KAVRAMI.....	1
İKİNCİ BÖLÜM.....	4
2. GENEL OLARAK ARTTIRMA HUKUKU.....	4
2.1. Cebri Artırma ile İhtiyari Açık Artırma Arasındaki Temel Farklar:.....	4
2.2.Cebr-i Arttırmanın Hukuki Niteliği.....	5
2. 3. Cebri Artırmanın Uygulama Alanı:.....	6
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	13
3. İHTİYARİ AÇIK ARTIRMA VE TÜRLERİ.....	13
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	14
4. TANIMI VE MAHİYETİ.....	14

4.1. Satımın Kurulması.....	14
4.2.Sözleşmenin Tarafları.....	18
4.3. Mülkiyetin Nakli	21
4.4. Semenin Ödenmesi ve Ödememe Halinde Satımın Feshi.....	23
4.5. Zapta ve Ayıba Karşı Tekeffül.....	25
4.6. Müzayedenin Butlanı	30
BEŞİNCİ BÖLÜM	35
5. GAYRİMENKULLERDE CEBR-İ İHALE	35
5.1. Paraya Çevirmeyi Talep Edecekler	35
5.2.Mükellefiyetler Listesi	37
5.3.Açık Arttırmanın İlanı	43
5.4.Arttırma Şartnamesi.....	45
5.5.Arttırmanın Yapılması ve İhale.....	46
5.6. Satış Bedelinin Ödenmesi	47
5.7. Satış Bedelinin Ödenmemesi Hali.....	49
5.8. Hakların İntikali	51
5.9. İhalenin Feshi	52
5.9.1. İhalenin Feshi Sebepleri	53
5.9.2. İhalenin Feshi Usulü.....	58
5.9.3. İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler	62
SONUÇ	66
KAYNAKÇA	68
EK	
ÖZGEÇMİŞ.....	71

KISALTMALAR

BGE.	:Bundesgerichtsentscheidung
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
Nr	:Nummer
s.	:Sayfa
Sh	: Sahife
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
YİİD	: Yargıtay İcra İflas Dairesi
ZGB	: Zivilgesetzbuch

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TAŞINMAZ KAVRAMI

Gayrimenkuller medeni kanunda (m.632, 911) Gayrimenkul olarak sayılan şeyler ile İİK m.23 son fıkrada sayılan gemi siciline kayıtlı gemilerdir. Medeni Kanunda sayılan gayrimenkul kavramına şunlar dâhildir: 1- Arazi (MK m.704/1), 2- Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar. 3- Kat Mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler (MK m.704/III, KMK m.13/IV) Şimdi saydığımız gayrimenkul sayılan kategorileri daha yakından inceleyelim.

Medeni Kanun madde 998/II'e göre arazi özel Kanun hükümlerine tabi olarak tapu siciline kaydedilir. Tapu Sicil Tüzüğü madde 8'e göre bir sicil bölgesinde yer alan arazi tamamının veya büyük kısmının bulunduğu mahalle veya köyün kütüğüne, birden fazla sicil bölgesinde kalıyorsa ilgili olduğu her sicil bölgesi kütüğüne ayrı ayrı yazılacak ve kayıtlı olduğu diğer sicil bölgeleri de gösterilecektir. Bu taşınmaz malla ilgili her türlü talep büyük kısmının bulunduğu müdürlüğe yapılacaktır. Bu müdürlükçe yapılan işlemler ilgili müdürlüklere bildirilerek, tapu sicili üzerinde gerekli değişikliğin yapılması sağlanacaktır. Bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olacağı için arsaya ait bütünleyici parça durumunda olan binalar, ağaçlar, toplanmamış ürünlerde taşınmazla birlikte satılır.¹

Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar: Tapu Sicil Tüzüğü madde 10'a göre "Müstakil ve daimi niteliği bulunan irtifak hakları

¹ MK m.684,685

üzerinde kurulduğu taşınmaz malla irtibatlandırılarak kütüğün ayrı bir sayfasına taşınmaz mal olarak yazılır. Bu şekilde kütüğe taşınmaz mal olarak yazılan müstakil ve daimi haklar üçüncü kişilere devir olunabilir, mirasçılara intikal edebilir ve üzerlerinde her türlü aynî ve şahsi hak kurulabilir. Bir hakka bağımsızlık vasfını veren o hakkın bir kişiye veya eşyaya bağlı irtifak olmamasından, yani devir ve intikal kabiliyetinin varlığıdır. Hakka süreklilik vasfını veren ise, hakkın süresiz veya en az otuz yıl için kurulmuş olmasıdır. Bağımsız ve sürekli hakkın taşınmaz vasfını kazanabilmesi için tapu sicil tüzüğünün 11.maddesine göre hak sahibinin yazılı talepte bulunması gerekli ve yeterlidir.

Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler: Kat Mülkiyeti Kanununun 1.maddesine göre “tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyet kurulabilir. Kat Mülkiyeti Kütüğüne bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre yapılacaktır. (MK m.998/son) Aynı binada birden fazla bağımsız bölüm aynı alacak için haciz edilse de bunların ayrı şartnameler ve ilanlar ile ayrı ayrı satılmaları gerekir. ² Madenler: Türk Medeni Kanununda madenlere taşınmaz sayımı sırasında yer verilmemiştir. Hâlbuki yürürlükten kaldırılan Medeni Kanunun 632 ve 911’inci maddeleri madenleri taşınmaz olarak belirtmekteydi. Kanun koyucu eski Medeni Kanunun 632 ve 911.maddelerini karşılayan 704 ve 988.maddelerinden madenler ibaresi çıkartılmıştır. Kanun Koyucu Medeni Kanunun 988.maddesinin gerekçesinde şöyle demektedir: “Yürürlükteki madde tapu siciline “Gayrimenkul olarak kaydedilecekler arasında” madenleri” öngörmektedir. Ülkemizde madenler 6309 sayılı Maden Kanunu ile özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarılmış ve

² MK m.855’teki birden ziyade gayrimenkul deyimini ile tebarüz ettirilmek istenen şey müstakil hüviyet arz eden, ayrı ayrı tapu senetlerine merbut gayrimenkullerdir. Şayi hisse müstakil hüviyet arz etmez. Ancak kat mülkiyeti kanunu hükümlerine uygun olarak muayyen bir kat veya daire tahsisi suretiyle kat mülkiyetine çevrilerek müstakil gayrimenkul hüviyetine iktisap ettiği takdirde, Medeni Kanunun 770’inci maddesindeki birden ziyade gayrimenkul deyimini içine girebilir. (İİD 19.2.1968 E.1729, K 1664 İKİD 91, s.6270) (s.258 dipnotu 834)

Medeni Kanun dışında ayrı bir rejime tabi tutulmuştur. Bu nedenle maddede madenlere yer verilmemiştir. “Madenler ve petrol üzerinde kişilerin sahip oldukları işletme ruhsatname ve imtiyazlarını başkalarına satabilmelerinin mümkün olduğu söylenebilecektir.³ Medeni Kanundaki değişiklikler karşısında artık bu satım taşınmaz satım sözleşmesi olarak değerlendirilememekle birlikte, taşınmaz satımına ilişkin hükümlerden, Maden Kanunu ve Petrol Kanunu uygulamasında boşluk doldurucu mahiyette yararlanılması imkânının varlığından söz edilebilecektir.⁴ Madenin tamamının paraya çevrilmesi ile ilgili olarak ise İcra ve İflas Kanunu 123.madde ve devamı hükümleri uygulanmalıdır.⁵ Ancak burada arttırma yine açık olmakla birlikte herkesin katılabileceği genel bir arttırma değildir, çünkü bu arttırmaya sadece maden işletme hakkına sahip olmak için gerekli koşullara durumları uyan istekliler katılabilecektir. (Maden K. M.40/III, 43/II)⁶

³Yavuz, s.172

⁴Yavuz, s.172

⁵Aslan, s.9 ve dipnotunda anılan hukukçu.

⁶Aslan, s.9

İKİNCİ BÖLÜM

2.GENEL OLARAK ARTTIRMA HUKUKU

2.1.Cebri Arttırma ile İhtiyari Açık Arttırma Arasındaki Temel

Farklar:

Bu açıklamalardan sonra B.K.'nda düzenlenmiş olan ihtiyari açık arttırmanın anlatımına geçebiliriz. Bunu yaparken cebri arttırmayla bu kurum arasında mevcut olan temel nitelikteki farklar göz önünde tutulmak suretiyle bir mukayese de yapılması gereği ihtiyacını duyuyorum.

m.572 hükmü karşısında bu hükmün uygulama alanının hâkim emriyle yapılan açık arttırmalara hasredilmesinin uygun olacağını ifade etmiş ise de, bu ahvalde yapılacak Cebr-i satışlardan hacizli malın satışı söz konusu olduğunda karşılama prensibi aranmasına rağmen, ortak mülkiyetin tasfiyesi amacıyla yapılan satışlarda cebr-i arttırmaya ilişkin bütün hükümleri, bu arttırmalarda uygulayabilmek mümkün değildir. Mesela bu farklılıklardan en önemlisi Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere İ.İ.K.'nun 129.m.'sinde öngörülmüş olan karşılama prensibinin burada uygulanamayacağı hususudur. (Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları 8.bası, İstanbul, 2004, s.272 ve dipnotu 885'de anılan kararlar) Ayrıca burada belirtelim ki, iflas durumunda yapılacak olan ve cebr-i nitelikte olduğunu belirtmiş olduğumuz, satışlarda da karşılama prensibinin uygulanması mümkün olamaz. Buna karşılık İ.İ.K. m.243, İ.İ.K. m.129'a da atıf yapmak suretiyle karşılama prensibinin uygulanması olanağını getirmiş olmasına rağmen, bu prensibin burada uygulanması iflasın umumi tasfiye gayesine aykırı düşecektir. Nitekim İsviçre Hukuku'nda iflas halinde karşılama prensibi uygulanmamaktadır. (bkz. Laurent-Sylvain, İsviçre'de

Alacaklının borçlunun taşınmazının satılması suretiyle tatmin edilmesi, çeviren Bolayır., Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi; 2009/3 s.446)

Başkaca mevcut olacak farklar ihtiyari açık arttırmanın anlatımı sırasında verilmek kaydıyla artık tez konumuz olan ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan ihtiyari açık arttırmanın şimdilik genel bakımdan izahına geçebiliriz.

2.2.Cebr-i Arttırmanın Hukuki Niteliği

Cebri arttırmanın hukuki niteliğini belirlemek için öncelikle bu uygulamanın suigeneris yapısını irdelemekte yarar vardır.Daha sonradan bu işlemi idare eden makam açısından bir tahlil yapmak gereği de hasıldır.Cebri arttırmayı idare eden makam açısından vazife gören icra memurudur.Uyar a göre İİK m.1e ilişkin açıklamalarında atıf yaptığı 538 sayılı Kanuna ait Tasarının Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporuna göre icra memuru cebri icradan sorumlu adeta tabiri caizse ilk derece hakimi gibi görev yapar.Yani bu açıdan icra memuruna adli yük yüklenmiştir.Üstündağa göre icra memurunun işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan dolayı açılacak tazminat davasının ikame edilecek hasım tarafında devlet yer aldığından icra memurunun konumu bir idari ajana yaklaştırılmıştır.Ayrıca yine aynı yazara göre icra memuru yaptığı hukuken batıl bir muameleyi her zaman geri alabilir.Bu durum idare hukukuna özgü bir durumdur.Oysa eğer adli vazife gördüğü kabul edilseydi icra memuru nasıl bir hakimin kararı ancak nakz ile bozulabiliyorsa o rejime tabi olacaktı.Postacıoğlunun belirttiği gibi cebri icra adeta alacaklının yenilik doğuran bir hakkı kullanması ile yani arttırmayı talebi ile borçlunun borcunu ödeme yükümü haczedilen malının mülkiyetini devir borcuna dönüşmektedir.Üstündağa göre cebri arttırma bir nizasız kazadır.

2.3.Cebri Arttırmanın Uygulama Alanı:

Yasa, cebri arttırmayı ve devredenin serbest iradesine dayanan isteğe bağlı (İhtiyari arttırmayı) ayırmakta, onları kısmen çeşitli şekilde düzenlemektedir.¹ Cebri arttırma esas itibariyle İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır. Ancak kamu alacaklarının cebren tahsili için yapılacak cebri arttırmalar² ise 6183 sayılı “Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun” hükümlerine tabidir. Bu arttırmalarda haczedilmiş olan mallar, malikin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından paraya çevrilir. Hukukumuzda cebri arttırmalar esas itibariyle bir borcun ödenmemesi halinde alacaklının alacağını tahsil için yapacağı takip sonucu gerçekleşecek olan satımlarda söz konusu olur. Buna karşılık, H.U.M.K.’nin taksim ve izaleşuyu başlığını taşıyan dördüncü faslında yer almış bulunan 561-572m.’leri düzenlemesi de göz önünde tutulursa, aynen taksimin mümkün olmadığı hallerde ortak malların (Paylı mülkiyet veya el birliği mülkiyetindeki durum) satış suretiyle tasfiyesi de H.U.M.K. m.569 ve devam eden maddelerde düzenlenmiş olup, aynı kanunun 571.m.’sine göre de müzayede ile satış “Menkul ve Gayrimenkul Malların Müzayedesini İcra Kanununa tevfikan yapılır.” denmektedir. Ortak mülkiyete tabi mallardan paylı mülkiyette T.M.K. m.698 paylaşma istemini düzenlemekte; T.M.K. m.699 ise paylaşma biçimi hakkında hükümler içermektedir. Bu son hükme göre “paylaşma” malın aynen bölüşülmesi veya

¹Becker, s.

² 6183 sayılı kanundan önce meri Tahsili Emval Kanunu ile ilgili olmak üzere mevcut bulunan bir 24.06.1953 tarihli 14/6 sayılı İBK aynen şöyle demektedir. “nazariyatta hakim olan telakkiye göre cebri ihale B.K.’nin 229’uncu m.sindeki tavsife rağmen bey akdi hatta hususi hukukun bir hukuki muamelesi olmayıp, bilakis bir amme tasarrufudur.” Yargıtay’ın verdiği 18.11.1942 tarihli 2122 sayılı bir İ.B.K.’da “...vergi borcundan dolayı ihale yapılmak suretiyle baki olan mülkiyet intikallerinin usul ve kanun hükümlerine uygun olmadığı iddiasına dayanan ve ihalenin feshi ile bunun neticesi olan mesela bir gayrimenkulün ihale üzerine müşteri namına yapılmış olan kayıt ve tescilinin iptal ve tashihi davaları halen ait olduğu adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde sayılmak gerektiğine karar verilmiştir. Buna karşılık Tahsili Emval Kanununa tevfikan yapılan cebri ihaleleri fesih ve iptalinden dolayı hukuku muhtel olduğu iddiasıyla alıcılar tarafından devlet aleyhine açılacak tazminat davalarının rüyet ve tetkikinin devlet şurasına (Danıştay’a) ait olduğuna bir İBK ile (24.6.1953 tarihli) karar verilmiştir.Hmk ile getirilen yeni düzenleme çerçevesinde artık hakimlerin işlem ve eylemlerinden doğan zararlardan dolayı eskiden ilk derece mahkemelerinde açılan davalar artık Yargıtayda Devlete karşı açılacaktır.Hükümde geçen hakim kavramı gerekçeye göre genel anlamda kullanılmıştır.Buna yargı yetkisini kullanan tüm hakimler dahildir Örneğin ilk derece mahkemesi hakimleri bölge adliye mahkemesi hakimleri YargıtayDanıştay başkan ve üyeleri keza ceza mahkemesi hakimleri de buraya dahildir

pazarlık ya da arttırmayla satılarak bedelin bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir (T.M.K. m.699/1) Yine bu hükmün son fıkrasına göre “bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa açık arttırma ile satışa hükmolunur.” İşte bu satış, artık İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılan bir cebri arttırma yoluyla yapılacaktır. Kanunun bu hükmü ayrıca “satışın paydaşlar arasında arttırma ile yapılmasına karar verilmesi, bütün paydaşların rızasına bağlıdır.” demektedir.³ Elbirliği ortaklığında ise T.M.K. m.646/2’ye göre “aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar.” Buna karşılık “mirasçılar bir tereke malının bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamazlarsa, o mal satılır ve bedeli bölüştürülür.” (T.M.K. m.651/2) Yine aynı maddenin son fıkrasına göre “mirasçılardan biri istemde bulunursa satış arttırma yoluyla yapılır. Mirasçılar arttırmanın şekli konusunda anlaşamazlarsa sulh hakimi, arttırmanın mirasçılar arasında veya herkese açık yapılmasına karar verir.” İşte artık bu durumda da satış H.U.M.K. m.571 uyarınca İcra Kanununa tevfikan yapılacaktır. O halde bizim hukukumuzda bu arttırma da cebri bir arttırmadır. İcra ve İflas Kanunumuz 119 ve 241.maddeleriyle pazarlıkla satış olanağını da tanımıştır. Pazarlıkla satışın hukuki mahiyeti tartışmalı ise de, hakim görüş bu satışın bir özel hukuk sözleşmesi olmayıp kamu hukukuna, cebri icra hukukuna ilişkin bir tasarruf olduğu yönündedir. Böylece pazarlıkla satış ile açık arttırma ile satış

³ Müşterek (paylı) şeyin (eşyanın) paraya çevrilmesinde öngörülen iki arttırma şekli (biçimi) arasında kanuni bir öncelik (tercih) sırası yoktur. (Aybay, s.86) Eski Medeni Kanun döneminde yeni Medeni Kanun döneminin aksine iki arttırma şekli arasında Hakim arttırma şeklini (biçimini) serbestçe takdir ederdi. Genelde açık arttırma yolu en yüksek satış bedelinin sağlanması amacıyla en isabetli düşen yol olduğundan tercih edilmesi hükümce öncelik taşıyacağı düşünülebilir. (Aybay, s.86) Buna karşılık yeni Medeni Kanun ile yukarıda izah edilen şekli olmuş olan kanun maddesinin bu halinden önceki durumda hissedarların hissi ilgisinin, örneğin müşterek bir aile malının paraya çevrilmesinde eğer hissedarların salt çoğunluğu ittifak etmiş ise, bu oranın oybirliği ile ittifak aranmaksızın, yabancıların eline geçmesinin önlenmesi için, ekseriyetin oyunu; azınlığın fedakârlığını gerektireceği düşünülmektedir. (Aybay, s.86-87) Zaten yeni Medeni Kanundaki madde metninin bir Federal Mahkeme kararından esinlenerek oluşturulduğu söylenebilir. Buna göre, eğer bütün paydaşlar müşterek şeyin üçüncü şahısların eline geçmesini arzu etmiyorlarsa, bu halde ancak paydaşlar arasında arttırma yoluna gidilebilir. (BGE 80, II 376 Aybay’da, s.87, dipnot 243 bkz.) Bu vesileyle bir Federal Mahkeme kararını da belirtmekte yarar vardır. Buna göre paydaşlardan birinin vesayet altında bulunması halinde satışın kamuya açık arttırmayla yapılması gerekir. (Akipek/Akıntürk, s.408)

hukuki nitelik açısından aynı mütalaa edilmektedir.⁴ (bu konuda bkz. BGE 106, III 79 E.4)634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun genel gerekçesine göre kanuni mükellefiyetlere uymamakta ve borçlarını yerine getirmemekte ısrar eden kat malikinin-bağımsız bölümünün cebri temellükü esası tasarının 25 maddesinde bir çok kayıt ve şartlara bağlanmak suretiyle bir müeyyide olarak kabul edilmiştir.-Kat Mülkiyetine dair en yeni kanunlardan biri olan 158 Mart 1951 tarihli Alman Kanununda bu hüküm mevcuttur.Mahkemenin gayet ve son derece zaruri olan durumlarda uyulabileceği bu hükmün kat mülkiyetinin iyi işleme için kanunda yer alması bir zarurettir.Özellikle kanunda kumarhane ve randevuevi terimlerinin kullanılmış olması doktrinde eleştirilmektedir.Çünkü cezai yaptırımla böylesi davranışların karşılandığı belirtilmektedir.Ayrıca kanunumuza kaynaklık eden Alman Kanununda açık artırma usulü düzenlenmiştir.Ancak bu yolun tercih edilmesi saman adam tedarikiyle katın aynı amaca tekrardan özgülenme riskini beraberinde getireceği ifade edilmiştir.Türk Hukukunda hakimin kararıyla kat mülkiyeti ilişkisini çekilmez hale getiren malikin çıkarılmasına ilişkin hükmün kıyas yoluyla paylı mülkiyete de uygulanması gerektiği Akipek tarafından doktrinde savunulmaktadır.Son olarak belirtmek gerekir ki paylı mülkiyetin giderilmesi talebi kat mülkiyeti kurulması talebini de içermektedir.

Bir ortaklığa sermaye olarak bir taşınmaz payının konulması durumunda satım benzeri bir olay ile karşılaşılır.Akalp-Demirtabakın belirttiğine göre İsviçre Hukukunda taşınmaz maliki tarafından tek başına veya ağırlıklı olarak idare edilen ortaklığa devrediliyorsa önalım olayı doğmaz.Aynı şekilde taşınmaz payının ortaklığa getirilmesi konusunda bir taahhütte bulunulmuşsa ve bu taahhüdün yerine getirilmesi yalnızca malikten talep edilebiliyorsa 3. Kişiden talep edilemezse önalım olayı doğmaz.Önalım olayı yalnızca taşınmazın değerini paraya çevrilmesi işleminin önplanda olduğu hallerde doğar.Ancak Yargıtay bu türden işlemlerde önalım hakkının doğmayacağına hükmetmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun I.m.'sine göre "genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli dairelerin, özel idare ve belediyelerin

⁴bkz.Üstündağ,İflas Hukuku 8.bası İstanbul 2009 s.188-190

alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.” Aynı Kanunun 35.m.’si bu Kanunun yukarıda anılan m.’sinde yazılı işlerinin ihalelerinde aşağıdaki usuller uygulanır denmektedir. a) Kapalı teklif usulü, b) Belli istekler arasında kapalı teklif usulü, c) Açık teklif usulü, d) Pazarlık usulü, e) Yarışma usulü olarak belirlenmiştir. Aynı maddeye göre “işin gereğine göre bu usullerden hangisinin uygulanacağı bu kanun hükümlerine göre idarelerince tespit edilir.” (m.35 fıkra son)

Aynı Kanunun 36.maddesine göre Kanunun 1.maddesinde yazılı işlere ilişkin ihalelerde tekliflerin sözlü olarak verilmesini sağlayan Kapalı Teklif Usulü esastır. Ancak “44.m.’de gösterilen işler belli istekliler arasında Kapalı Teklif Usulüyle; 45.m.’de gösterilen işler Açık Teklif Usulüyle, 51.m.’de sayılan işler Pazarlık, 52.m.’de gösterilen işler de Yarışma Usulüyle yaptırılabilir.” M.38’e göre Kapalı Teklif Usulünde, teklifler ilanda belirtilen saate kadar sıra numaralı alındılar karşılığında komisyon Başkanlığı’na verilir. Açık Teklif Usulü’nde B.K.’nin 225 ve devam eden maddelerinde düzenlenen arttırma ile satıma daha yaklaşan bir yöntem söz konusudur.⁵

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise de, “Kamu Hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalede uygulanacak esas ve usuller” belirlenmiş bulunmaktadır. Bu Kanunun ikinci m.’si hangi idarelerin bu kanuna göre mal ve hizmet alımlarıyla yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerektiğini düzenlemiştir. Kanunun 18.m.’sine göre, idarelerce mal ve hizmet alımlarıyla, yapım işlerinin ihalelerinde uygulanabilecek usuller a) Açık İhale Usulü, b) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ve c) Pazarlık Usulü olarak öngörülmüştür. Kanunun 19.m.’sine göre Açık İhale Usulü, “bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür.” 4734 sayılı, 4.1.2002 kabul tarihli ve 53.maddesi ile geçici 1 ve geçici 5.maddeleri yayımı tarihinde, diğer maddeleri 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girecek Kamu İhale

⁵Tandoğan, s.320

Kanunu da gerek Borçlar Kanununun gerek 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulama alanını daraltmış bulunmaktadır.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 2.maddesinde kapsamı, 3.maddesinde istisnalar, 68.maddesinde ise uygulanmayacak hükümler belirtilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2.maddesi gereğince: “Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

Genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler.

Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dâhil, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar ile 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar (‘e’ bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) bu Kanun kapsamı dışındadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3.maddesi gereğince:

“a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan

üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları,

b) Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ile bunların araştırma-geliştirme, modernizasyon ile yazılım ve mühimmat ihaleleri ile devlet güvenlik istihbaratı kapsamında, hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,

c) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri,

d) İdarecilerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri,

e) Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve malzemeler için Kanun kapsamına giren kuruluşların Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,

f) Ulusal araştırma geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

Bu kanuna tâbi değildir.”

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68.maddesi gereğince ise:

“a) Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Hükümleri uygulanamaz.

b) Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümler uygulanmaz.”

4735 sayılı, 5.1.2002 kabul ve 1.1.2003 yürürlük tarihli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esaslar ve usuller

belirlenmiş, 30.maddesinde yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin, 31.maddesinde yapı denetim görevlilerinin, 32.maddesinde danışmanlık hizmeti sunucularının 33.maddesindeki tedarikçilerin, 34.maddesinde hizmet sunucularının sorumluluğu belirlenmiştir. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ise, “yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Bir de Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan İhalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeler Kanunu bulunduğunu belirtmekle yetinelim.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. İHTİYARİ AÇIK ARTIRMA VE TÜRLERİ

Tez konumuz olan ihtiyari arttırmanın iki çeşidi vardır. Biri ihtiyari özel arttırma diğeri ise ihtiyari ve açık arttırma (aleni) müzayededir. Bunlardan birincisinde bir görüşe göre, açık arttırma önceden ilan edilmez ve bunlara herkes katılamaz.¹ Bir başka deyişle herkesin pey sürme olanağına sahip olmadığı arttırmalar ihtiyari özel arttırmadır. Buna karşılık ikincilerde ise, arttırmanın yapılacağı önceden ilan edilir ve bu suretle bu arttırmalara herkes katılabilir, katılma sınırlanmış değildir.²

¹**Tandoğan**,s.318 Buna karşılık **Becker**, s.186 da bu tip arttırmalar da “bir açık ilan imkânsız değildir, fakat bu ona açık arttırmanın hukuki niteliklerini vermeye yeterli değildir,” demektedir. Bize de bu görüş isabetli görünmektedir. Gerçekten de mal sahibi muayyen meraklıları davet ederek onlar arasında bir arttırma yapılmasını istemiş olabilir. Örneğin tablo ve antika eşya satışlarında olacağı gibi, böyle bir durumda, meraklıları bilgilendirme ilan olmaksızın nasıl gerçekleştirilebilecektir?

²**Becker**, s.186

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. TANIMI VE MAHİYETİ

Arttırma suretiyle satım, önceden tespit edilen zaman ve yerde, önceden tayin olunan şartlara göre, fiyat birbirini takip eden tekliflerle oluşacak surette en yüksek teklif sahibiyle akdedilen bir satımdır. Bu suretle istekliler arasında rekabet sağlanır ve böylece satıcı malını en elverişli fiyata satmak imkânını bulur.

4.1. Satımın Kurulması

Örneğin kurumsal bir organizasyon olan ESKİDJİ gibi ise ifa yardımcısı tarafından yürütülür. Arttırma yöneticisi ve satıcı arasındaki ilişki çoğu zaman bir vekâlet sözleşmesi veya komisyon sözleşmesidir. Arttırma yöneticisi söz konusu vekâlet veya komisyon sözleşmesi ile birlikte kendisine verilen doğrudan veya dolaylı temsil yetkisine dayalı olarak temsilci sıfatıyla arttırmayı yönetir. Ancak arttırma yöneticisi komisyoncu sıfatına sahipse, arttırmayı kendi adına müvekkil hesabına (dolaylı temsilci) olarak yaptığı için arttırma yöneticisi gerçekte arttırmadaki satıcının bizzat kendisidir.¹ Kanun satıcının muhalif bir arzu beyan etmemiş olduğu hallerde müzayedeyi idare eden kimsenin malı en çok arttırana ihale etmeye hakkı vardır, demektir. Buradan çıkan anlam, satıcı tarafından böyle bir arzunun beyan edilmiş olduğu ispatlanamadığı sürece, müzayedeyi idare eden kimsenin ihale etmek hakkının

¹Gümüş, s.260 ve dipnotu 1307, 1308’de anılan hukukçular.

mutlak olduğu kabul edilmek gerekir.² Buradan hareket edersek ihaleyi yönetenin en yüksek teklifi kabul etmesiyle satım sözleşmesi kurulmuş olur. Uygulamada ihaleyi yöneten üç kez satacağını bağırmakta ve bundan sonra yine daha iyi teklif veren çıkmazsa, en yüksek teklifi yapanla ihale gerçekleşmektedir. İhtiyari açık arttırma sonucu kurulan satım sözleşmesi cebri açık arttırmadan farklı olarak temelde tarafların antlaşmasına dayanan bir satım sözleşmesidir.³ Arttırma ile satışın meydana gelmesi, geçerli bir teklif ve geçerli bir ihaleyi şart kılar. “Arttırma yoluyla satış akdi adi satım sözleşmesinden özel fiyat usulüyle ayrılır: Fiyat, tekliflerin ilanı ve son tekliften üstün bir teklifte bulunmaya davet ile oluşturulur. Yazılı bir teklifle bu amaç ile bağdaşır.”⁴ Bir başka deyişle bu akitte bir taraf (satıcı) potansiyel olarak birden fazla partner karşısında bulunur ve böylece akdin karşı tarafı en yüksek teklife göre araştırılır, ortaya çıkarılır. (Guhl/Merz/Koller s.341) Arttırmada arttırma koşullarının esas olması zorunludur. Arttırmanın kişisel koşullar eklediği önerme geçerli bir önerme değildir.⁵ Bir teklifin geçerli bir teklif olabilmesi için teklifi yapan kimsenin ödeme gücünün bulunmasını gerekli kılıp kılmadığı tartışılmıştır. Bazıları ödeme gücünün, arttırmaya izin için üstü kapalı bir koşul olduğunu ileri sürmüşlerdir. (Becker, s.188’de anılan Regelsberger). Buna karşılık, arttırma suretiyle satımda adi satım sözleşmesindekinden daha başka koşulların aranmasının gerekmediği söylenmiştir. (Becker, s.188’de anılan Stager) bu sonuncu görüş sahipleri tarafından ödeme gücüne sahip olmayan kişilerin teklifte bulunmasının bazı zararlara neden olacağı gerekçesiyle satıcının herhangi bir nedenden beğenilmeyen her teklifi reddedebilmesi görüşü ileri sürülmüştür. (Stager, s.56-57) Becker’e göre, bu çok ileri giden bir yetki olup, açık arttırmanın hizmet etmesi gereken amacına aykırı düşebilirdi. Becker, arttırmaya çıkaranın arttırıcı kimseden derhal teklifini ifa etme olanağına sahip olduğuna ilişkin delil istemek hakkına sahip olması daha uygundur. Arttırıcının bu delili

²Gümüş, s. 260 ve dipnotu 1310’da anılan hukukçular.

³Gümüş, s.259

⁴Becker, s.187

⁵Becker, s.187-188

gösterememesi halinde arttırmaya çıkaranın teklifi ancak bu takdirde reddedebileceğine işaret etmektedir.⁶ B.K.'nun 228.m.'sine göre gayrimenkul müzayedesinde ihalenin veya ihalenin reddinin müzayedenin hemen akabinde vuku bulması lazımdır. Bunun ile kastedilen husus taşınmaz arttırmalarında kural olarak pey sürenin teklifiyle bağlılığının arttırmanın sona ermesinden sonra da devam edebilmesini engellemek olup ve ayrıca bu hüküm sayesinde satımın kurulması yetkili makamların denetiminden yoksun bırakılmayı önler.⁷ Bu nedenle, ihale veya ihalenin reddi arttırmanın hemen devamında araya zaman konulmaksızın gerçekleştirilmek gerekecektir. Nitekim B.K.'m.228/f.2 pey süren kimsenin müzayededenden sonra (açık arttırmadan sonra) mülzemiyyetininimtidadını (teklifle bağlılığının sürdürülmesini) mutazammın şart batıldır" diyerek bu hususun altını çizmektedir. B.K.'nun aynı hükmünün 2.fikrasının 2.cümlesinde ise bu kuralın iki istisnasının mevcut olduğuna değinilmektedir. Bu istisnalardan birincisi cebr-i arttırmalardaki durumdur. Bu istisnaya İcra ve İflas Kanununun 129.m.'sinin 2.fikrasında rastlıyoruz. İ.İ.K.m.129/f.2'ye göre "yukarıdaki fıkrada yazılı miktar elde edilmemişse, taşınmaz en çok arttıranın taahhüdü saklı kalmak üzere arttırma ilanında gösterilen müddet sonunda en çok arttırana ihale edilir. Şu kadar ki, arttırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin %60'ını bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını geçmesi lazımdır. Böyle fazla bedelle alıcı çıkmazsa satış talebi düşer. "İkinci istisna ise ihalenin resmi bir merci tarafından tasdikine muhtaç olduğu hallerdir. T.M.K. m.462'ye göre "Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması" vesayet makamının iznine tabidir. B.K.'nun 228.m./f.1 hükmüne aykırılığın hukuki sonucu ise, teklifin saklılığı kaydının hükümsüzlüğü, butlanıdır. Bu nedenle teklifi ile bağlı sayılmış olan teklif sahibi artık serbest olur, yani bu teklif ile bir arttırma satımı kurulmamış

⁶Becker, s.188

⁷Becker, s.194 ve orada andığı BGE 40, 2, 501

demektir.⁸ Federal Mahkeme'ye göre arttırma şartnamesinde arttırmanın birkaç gün devam edeceği belirtilmişse; bu takdirde birinci gün en çok arttıran sonraki günlerde daha çok arttıran çıkana kadar teklifiyle bağlı kalır; böyle bir usulün kabulüne B.K.'nun m.228 hükmü engel teşkil etmez. (BGE 40 II 493 vd; aynı görüşte Tandoğan s.323) İhtiyari açık arttırma ile yapılan satımın niteliğinin ne olduğu iki şekilde açıklanmaktadır. Bunlardan birincisine göre satıcı malı açık arttırmaya çıkarmakla bir icapta bulunmakta, arttırmada pey sürenlerin davranışı da icabın kabulü niteliğini taşımaktadır. Fakat ilk arttıran ile sözleşme başkasının daha çok arttırması bozucu şartına bağlı olarak yapılmaktadır. İkinci görüş ise satıcının teklifi bir icaba davet olarak nitelenmekte, arttıranlar ise icapta bulunan kişiler olarak nitelendirilirler ve her arttıran kendisinden daha fazla arttıran çıkana kadar icabıyla bağlı kalmakta, satıcı, ileri sürülen peylerden kendisine en uygun geleni kabul etme yetkisine sahip olmakta ve onun kabulüyle de sözleşme tamam olmaktadır. (çoğunluk bu görüştedir ve B.K.'nun 227.m'si bu sonuncu görüşe daha uygun düşmektedir.)⁹ Akidin inikadı ilgili teklif sahibine ihale ile ortaya çıkar. Bu kurala göre teklif sahibi (pey süren açık arttıran) kabul eden gibi görünür, genelde halden sonuç olarak en sonuncunun en yüksek teklifi kabul etmeye veya etmemeye serbest olduğu çıkarılır. Bu bakış bunun geçerli olamayacağını eğer açık arttırma ilânları doğrudan veya dolaylı ifade ederler ise, her durumda veya en azından eğer bir belirli mezatçı tarafından iân edilen bir fiyat teklif edilirse bir ihalenin başarılabileceğini tanımaz ve en geç belirli bir eşyanın her durumda eğer belirli bir miktar mezatçı tarafından ilân edilir ise, açık arttırmasının başlangıcı ile teklif sahipleri en çok arttıran ihale noktasında talep sahibidirler. (OR 229 ff.'da yer alan genel kuraldan çıkar, buna göre açık arttıran kendisinin ilânları ile bağlanmıştır (kıyasen OR 8'e) Her koşulda bu satmak yükümlülüğü kendisinin daha yüksek örtülü bir teklifiyle paslaşarak geçilebilir.¹⁰ Çünkü Kanunun ifadesine göre, müzayedeye katılan kişi teklifi ile bağlıdır ve onun bu bağlılığı kendisinden daha fazla veren bir kişinin zuhur etmesiyle (ortaya çıkması ile)

⁸Becker, s.194

⁹Tandoğan, s.316, Feyzioğlu, s.176 Bilge, s.114

¹⁰Bucher, s.131

ortadan kalkar. Ancak yeni yasadaki terminolojiye bakacak olursak satıcının malı en yüksek teklifi önerene vermek zorunda olmadığını anlarız. En yüksek teklife rağmen sözleşme kurulamadığından mal sahibinin ihale(artırma) duyurusu ve icrası bir teklife davet ve isteklinin bedel ileri sürmesi ise öneri/teklif olarak yorumlanır¹¹.

4.2.Sözleşmenin Tarafları

Borçlar Kanununun 225.maddesinin 2.fıkrası ihtiyarı ve aleni müzayedelerde satımın satıcının ihalesiyle münakit olacağını ifade etmiştir. Mevzuat metinde (m.229/II'de) “verausserer”den bahsetmektedir. Bu kavramın açık artırma ile satışta merkezi bir kavram olduğuna değinilerek; bunun esasta ne gibi kimseleri içerdiği sorgulanmaktadır. Buraya esasta açık arttırmaya konu teşkil eden objenin maliki dâhil olur. Gerçekte literatürde ekseriya bu kavramın “Verkaufser” kavramı ile sinonim (karşılığı) olduğu belirtilerek; bu sonuncu kavramın kullanıldığına işaret edilmektedir. (Berner Kom., Art.229, N.10)

Bizim kanunumuzda bu son kavrama uygun olarak “Satıcı” sözcüğünü kullanmaktadır. Bu iki kavram arasında bir farklılık bulunmadığına değinilmekle beraber, her iki halde de acaba satışı yapan açık arttırmaya konu teşkil eden malın maliki olmalı mıdır? Burada adi satım halinden farklı olarak daha sert gereklerin aranması öngörülerek; böylece, bir başkasına ait olan malı satanın, ifa anında o mal üzerinde malik sıfatı ile tasarruf edebilmesi öngörülüp; aksi takdirde, partnere karşı maddi tazminat ile mükellef olur.

Durum acaba açık artırma ile satışlarda da aynı mıdır? Bu problem ile ilgili bir ihtilâfın doktrin ve tatbikatta eksik olduğuna değinilmekle beraber; burada mevcut olan sözleşmenin doğumundaki özel karakteristik nedeni ile bir başka çözüm haklı görülebilir, denmektedir. (Berner Kom., Art.229, No.10, s.571).

¹¹Akyiğit, teksir

Zira açık artırma ile satışta (taşınmazlar istisna edilirse) mukavelenin akdi ile ifa aynı zamana rastlar. Bir başkasına ait malın açık artırımında ifa artık vuku bulamayacağı için de artırma batıl olacaktır. Zira bir açık artırmada açık, temiz ilişkilerin egemen olmasının gerektiği ileri sürülmektedir. Bu nedenle de, artırmaya katılanların, yanılıcı her husustan korunması gerektiğine işaret edilmektedir (Berner Kom.,Art.229, s.521 ve orada zikredilen BGE, 95, III, 24; BGE.87 1 261 keza 109 III 127).

Alman Medeni Kanununun 892.maddesine göre, tapu sicilindeki kayda iyi niyetle istinat ederek bir hukuki muamele sonucu mülkiyet veya mahdut ayni haiktisap eden kimsenin bu iktisabı muteberdir. Hâlbuki İsviçre/Türk Medeni Kanunları ZGB.973/MK.1023’de iktisabın sadece bir hukuki muamele sonucu vuku bulması şartını aramamışlardır. Buna göre, mesela, hakim hükmü, istimlak, ihtiyari veya cebri arttırma sonucu yapılan ihale ile de iyi niyetle mülkiyet iktisap edenlerin bu iktisapları himaye görecektir (Homberger, Art.973, N.8). Alman Hukukunda iyi niyetle iktisabın ancak, hukuki muamele sonucu vaki iktisaplarda himaye göreceği hükmü karşısında, resmi arttırmalarda iyi niyetli iktisabın dahi himaye görüp görmeyeceği tartışma konusu olmuştur. (bkz.Hans Peter Dünkel, öffentlicheVersteigerungundgutgläubigerErwerb, Karlsruhe, 1970).

İhtiyari açık artırmada satıcı yanında kanunda (m.225/II) “Müzayedeyi idare eden kimse” dende bahsedilmektedir. Buna mehzaz metin “Leitende” olarak değinilmektedir. Buradan hareketle denilebilir ki, açık artırma mal sahibi tarafından verilmiş olan bir yetkiye dayanarak bir başka kişi tarafından da yapılabilecektir. Yetkiye dayanarak artırmada rol alan kişiler olarak doktrinde “Versteigerer” (Auktionator), “Leitender”, “Gangleiter”, “Aufrufer” gibi kavramlardan bahsedilmekte ise de; bunların arzu edilebilir açıklıkta birbirlerinden ayırt edilemeyeceğine de değinilmektedir (Berner Kom., 229, N.13, s.572). İsviçre Hukukunda, 236.maddede “Kantonların federal yasa

koyma sınırları içinde açık artırma hakkında başka hükümler” koyabilmesine olanak tanınmıştır.

Kantonlardan bazıları verilmiş olan bu yetkiyi organizasyon alanında özellikler içeren düzenlemeler için kullandılar (Berner Kom., 229, N.13). Bu hal tabii farklılaşmaya neden oldu. Zira gerek kantonal mevzuat ile; gerekse açık artırma koşullarında farklı yetkiler tanınması yolunu açtı. Böylece, bu durum, birbirine geçmelere yol açtı. Bu bakımdan mehzaz ülkede, bu konuda bir arayış mevcuttur.

Auktionator (Mezatçı), Versteigerer’in karşılığı olarak kullanılmakta olup; bu kişi satıcıya vekâlet veya komisyon ilişkisi ile bağlıdır. Böylece, açık arttırmanın tüm organizasyonunun icrası ona verilmiştir. İsviçre’de bir düzenlemede ne gibi yetkilere sahip olduğu şu sözlerle ifade edilmiştir. “Müzayedenin idaresi yanında; ilan, arttırmaya konu teşkil eden malın hazır tutulması ve ilgili olandan geriye alınması, davet, ihale, protokolün tutulması, paranın tahsili, mukavelevi yetki vermiş olanlarla hesaplaşma; keza bütün organizasyon”.

Müzayedeyi idare eden (Gangleiter-Leitender) ise, açık artırma işleminin bir bölümü için yetkili kılınır. Bu kişinin açık arttırmayı idare edeceği, satışa konu objeyi hazır halde tutacağı, taliplerin vaziyet alması için onların da ret edilmesi, teklifleri kabul etmesi ve en yüksek teklifi vermiş olana ihalenin yapılması dahil oluyor (Berner Kom., 229, N.15, d).

Aufrufer: (Davet eden; çağırıcı) açık arttırmaların komplike olduğu hallerde kısmi bazı vazifeler verilen kişidir. Mesela, sadece teklif sahiplerini davet etmek gibi (229, 15, e)

4.3. Mülkiyetin Nakli

Yukarıda cebr-i arttırmalarda mülkiyetin ne zaman müşteriye geçmiş olacağını açıklamış idik. İhtiyari açık arttırmalarda arttırmanın konusu taşınmaz ise, taşınmazın mülkiyeti arttırmanın sonuçlanmasıyla birlikte alıcıya hemen geçmez. Mülkiyetin alıcıya geçmesi için müşteri adına tapu siciline tescil şarttır.¹² Borçlar Kanununun 225/2.maddesi “Herkesin iştirak edebildiği ihtiyari ve aleni müzayedelerde satım, satıcının ihalesi ile münakit olur” hükmünü içermektedir. Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere aleni ve herkesin katılabildiği ihtiyari arttırmada satış sözleşmesi ihale memurunun veya devir edenin ihaleyi açıklaması ile kurulmuş olur. Fakat taşınmazın mülkiyeti Borçlar Kanununun 231.maddesi hükmü gereği ancak tapu siciline kaydedilmekle geçer.

Nitekim Yargıtay’ın bir içtihadında bu husus şu sözlerle ifade edilmiştir: “Türk Medeni Kanununun 705.maddesi hükmü uyarınca da kural olarak taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Diğer yandan aynı yasanın 1022.maddesi gereğince aynı haklar kütüğe tescil ile doğar ve bundan sonra üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale gelir.

Olayımıza gelince; icra takibinde ve davada dayanılan ve hükme esas alınan 01.06.1999 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dava konusu taşınmaz, kiralayan Aydın İl Özel İdare Müdürlüğü tarafından 25.07.2007 tarihinde kesinleşen isteğe bağlı arttırma ile davacılara yöntemine uygun olarak satılmış ve bedeli tahsil edilmiştir. Önceki malik kiralayan İl Özel İdaresi durumu 30.07.2007 ve 16.08.2007 tarihli yazıları ile davalıya bildirerek 01.06.2007-01.06.2008 yılı kirasının 18.035.36 TL olup satış tarihine kadar olan kısmın kendilerine ödenmesini talep etmiştir. Davacılar da Didim İcra Müdürlüğü’nün 2008/1677 sayılı dosyası ile 01.01.2007-30.06.2008 arası kira parasının tahsili için davalı hakkında tahliye istemli icra takibi yapmışlardır. Ne var ki, taşınmaz davacılar

¹²Tandoğan, s.324-BK.m.231/1

adına 23.07.2008 tarihinde tescil edilmiştir. İcra takibi tescil tarihinden önceki kira paralarına yönelik olup bu dönem kirası da davalı tarafından sunulan makbuzlara göre kiralayan özel idareye ödenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere davacılara yapılan isteğe bağlı ihale sonucu mülkiyet tescille geçeceğinden ve davacılar ancak tescil tarihinden sonra yeni malik olarak sözleşmenin halefi haline gelebileceklerinden mahkemece bu tarihten önceki alacaklar yönünden açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (6HD 02.02.2010 Esas:2010/110 Karar:2010/839, Yargı Dünyası sayı 172 s.117) Taşınmaza ilişkin ihtiyari açık arttırmalarda akdın tamam olması için resmi bir senet yapılmasına lüzum yoktur. Arttırmayı idare eden memur, ihalesi satım zabıtnamesinde gösterilen gayrimenkulün alıcı namına tescil edilmesini tapu memuruna derhal tebliğ eder. (B.K. m.231/f.1/c.2) Bu konuda bir görüşe göre tapuda tescil için ayrıca satıcının veya yetkili temsilcisinin tescil talebinde bulunması gerekir.¹³ Buna karşılık B.K. 231 hükmünün açık olduğu ve bu nedenle ihale yöneticisinin yazılı arttırma tutanağını tapu memuruna bildirdiği hallerde, tapuda tescil için satıcının ayrıca talepte bulunmasına gerek yoktur. İhale yöneticisinin böyle bir bildirimiminin mevcut olmaması halinde ise, malikin bir tescil talebinde bulunması gereği söz konusu olabilir.¹⁴ O halde bu görüşe göre tapu memuruna yapılan ihbar konusu arttırma tutanağı artık tescil talebi yerine geçecektir. Yargıtay’ın bazı kararlarında (Tandoğan, s.324 dipnotu 26’da alınan kararlar) ihtiyari açık arttırmadan sonra tescil için satıcı malikin tescil beyanında bulunması aranır gibidir. Bu kararlara göre malik tescil beyanında bulunmaz ise müşteri mehil tayin edip, akdi fesh etmek suretiyle tazminat isteyebilir veya eski M.K. m.642 dayanarak tescilin adına yapılmasına karar verilmesini mahkemeden isteyebilir (Tescile İcbar davası) (Y.M.K.

¹³Gümüş, s.261-262

¹⁴Tandoğan, s.324, Fezyioğlu, s.181, Uygur, s.277

Bu hukukçulara göre ihaleyi yönetenin bu bildirimini gecikmeksizin açık arttırmanın hemen akabinde yapmalıdır, bu husus bilhassa arttırma şartlarının alıcıya semeni ödemesi için herhangi bir süre vermemiş olduğu hallerde tavsiyeye şayan bulunmaktadır. Diğer hallerde ise ya bildirim beklenmeli ya da mülkiyetin intikali bildirim ile açık arttırmaya çıkaran lehine bir rehin hakkı tescil edilmelidir. (ZGB m.873 bend I, (TMK.m.893 bend I) Guhl/Merz/ Koller, s.341

m.716) yani tescili isteme hakkına sahiptir. İhtiyari özel arttırmalarda da gayrimenkullerde mülkiyetin intikali ihtiyari aleni arttırmalarda olduğu gibidir. Bir başka deyişle taşınmazın mülkiyeti burada da ancak tapu siciline tescil ile alıcıya intikal eder. Ancak ihtiyari özel arttırmada taşınmazın müşteriye ihale edilmiş olması ihtiyari açık arttırmalardan farklı olarak satım akdinin kurulmuş sayılması için yeterli değildir. İhalenin ardından alıcıyla satıcı arasında ayrıca usulüne uygun bir senedin (Tapu memuru önünde resmi şekilde yapılması gereken) düzenlenmesi gerekir. Tapu memuru tescili, artık ihale zabıtnamesine dayanarak değil, işte bu resmi senede dayanarak yapar, taşınmazın mülkiyeti de ancak bu tescil işleminden sonra alıcıya geçer.¹⁵

4.4. Semen Ödenmesi ve Ödememe Halinde Satımın Feshi

B.K. m.229'a göre ihale bedelinin peşinen veya satım şartnamesinde başka bir koşul öngörülmüşse, bu koşula uygun olarak ödenmesi gerekir. İhale bedeli peşin veya satım şartlarının gerektirdiği şekilde ödenmez ise, satıcı satımı derhal feshedebilir.¹⁶ Buna göre bir ihtara ve mehil tayinine gerekte yoktur.¹⁷ Satımın feshi md.226'daki 10 günlük süreye tabi değildir.¹⁸ Satıcı gecikirse yani hemen denilen süreyi sessiz geçirirse veya ihtirazı kayıt koymazsa o zaman sözleşmeden dönme hakkından feragat ettiği düşünülebilir.¹⁹ Satıcının md.229 gereği sahip olduğu fesih hakkı para borcunun adem-i ifası halinde

¹⁵Tandoğan, s.324 Feyzioğlu, s.182, Uygur,s.278

Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu meriyette olduğu dönemde belediyeye ait bir taşınmaz açık arttırma ile satışa çıkarılmış olup, Yargıtay'a göre, yasada taşınmaz mülkiyetinin ihale yapılmasıyla alıcıya geçeceğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir, sözü geçen yasa hükümlerince yapılan taşınmaz satışına dair ihaleler cebr-i müzayede olmayıp ihtiyari arttırma niteliğinde bulunduğundan böyle bir ihale ile mülkiyet alıcıya geçmez, burada M.K. 633.maddesinin (YMK m.705) uygulama olanağı yoktur. 13 HD 9.10.1982, E 49/96 K 6045, Uygur, (4.cilt.s.282)

¹⁶ İhtiyari açık arttırmada ihale en çok arttırana yapılacağı için, malı satanın, alıcıyı seçme ve onun ödeme gücü hakkında bir bilgi sahibi olmak olanağı mevcut değildir. Kanun bundan ötürü eğer semen peşin ödenmez veya öngörülmüş olan sürede ödenmez ise, satıcının böyle bir akitten dönme hakkını garanti etmiş görünmektedir. (Guhl/Merz/Koller, s.341)

¹⁷Tandoğan,s.325, Gümüş, s.267, Uygur, s.208

¹⁸Tandoğan, s.325, dipnotu 30'da anılan Yargıtay kararı.

¹⁹Akyiğit, Teksir

B.K.'nun 106.m.'indeki olanakların kullanılmasını bertaraf etmez. Satıcı isterse B.K. m.106'daki olanaklardan da yararlanabilir.²⁰Becker'e göre fesih hakkında feragat edilebilir ve bu durum üstü kapalı olarak da gerçekleştirilebilir. Örneğin satış bedelinin teminat altına alınması ve ödemenin uzun süre ertelenmesi gibi hallerde. İşte böyle durumda devreden artık B.K.m.106'daki imkânlardan istifade etmek için mehil tayinine ihtiyaç duyacaktır. Becker'in zikrettiğine göre, İsviçre Borçlar Kanununun m.229 hükmü, SchKG m.129'dan kopya edilmiştir ve özellikle Kanunun bu hükmü kredili satımlar için silinmek istenmiş ise de, bu öneri red edilmiştir. Fakat artırma hukukunun sert hukuk olması gereği icabı dolayısıyla ciddi olmayan isteklilerin pey sürebilmesi de engellenmek gerekmektedir. Bu bakımdan, artırma bedeli acaba sadece ihale görüşmesinin içinde mi yapılmak gerekir yoksa aksi de mümkün müdür, sorusuna cevabı daha sonra ayrıntılı anlatmaya çalışacağız.

Bir görüşe göre takas ile ödeme peşin ödeme kavramı içinde mütalaa edilemez ve dolayısıyla B.K.m.229'a göre caiz değildir. Bu görüşü savunanlara göre, takas ile itfa (ifa) için devreden özel izni gerekir.²¹ Bu noktada SchKG m.129 metnine rağmen her ne kadar cebr-i arttırmalarda peşin ödeme aransa bile; Jâger, ihaleye alacaklı da katılmış ve sonuçta ihale onun üzerinde kalmışsa, onun takas hakkının, varlığını kabul etmektedir. Paranın ödenmemesi dolayısıyla ihalenin feshinin sonuçlarının ne olacağı ihtiyari arttırmalar açısından ayrıca düzenlenmemiştir. Buna karşılık cebr-i arttırmalarda paranın ödenmemesinin hukuki sonuçları İ.İ.K.'nun m.130'da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olup; üzerinde ihale bırakılan kişiden “evvel en yüksek teklifte bulunmuş olan kişinin ileri sürdüğü pey İ.İ.K.'nun 129.m.'sinin aradığı şartlara uygun bulunması ve bu kimsenin adresinin de malum olması halinde bir muhtıra tebliğ edilerek arz ettiği bedelle taşınmaz kendisine teklif edilir ve üç gün zarfında almaya razı olursa ona ihale olunur, razı olmaz veya cevapsız bırakılırsa veya (o kişi bulunamazsa) taşınmaz icra dairesince hemen

²⁰Tandoğan, s.325, Uygur, s.208, Feyzioğlu, s.191

²¹Becker, s.195

arttırmaya çıkarılır. Bu arttırma ilgililere tebliğ edilmeyip yalnızca satıştan en az yedi gün önce yapılacak ilan ile yetinilir. Bu arttırmada, teklifin, 129.maddedeki hükümlere uyması şartıyla taşınmaz en çok arttırana ihale olunur.”

Bu durumda ihaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri, teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen mesuldürler. İhale farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil olunur. Bu fark, varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur (İ.İ.K. m.133/f.2) İhtiyari arttırmalarda bedelin ödenmemesi dolayısıyla ihalenin feshinde bazı hukukçulara göre, sadece menfi zararın tazmini istenebilir. Bilineceği üzere menfi zarar “uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyaydı, uğranılmıyacak olan zarardır.”²² İşte burada özellikle ilk arttırmanın masrafları menfi zarar kavramı içinde mütalaa edilebilecektir.²³ Buna karşılık Becker’e göre cebr-i arttırmalara ilişkin hükümler burada da kıyasen uygulanmalı ve böylece arttırmanın feshinden sonra yeni bir arttırma yapılabilmesi ve bu yeni ihale de ilk ihaleden daha düşük bir fiyat elde edilirse, aradaki fark ihalenin feshine neden olan kimseye tazmin ettirilmelidir. Fakat zararın tespiti başka tarzda da yapılabilir demektir.²⁴

4.5.Zapta ve Ayıba Karşı Tekeffül

Bu problemi B.K.’nin 230.m.’si çözüme kavuşturmaktadır. Maddenin birinci fıkrası cebr-i arttırmalarda zapta ve ayıba karşı tekeffülü düzenlemektedir. Bu

²²Uygur, s.263

²³Tandoğan,s. 326

²⁴Becker, md.233 kenar notu 5 s.196

hükme göre tekeffül ancak “müzayede şartnamesinde sarîh bir taahhüdün bulunması” halinde söz konusu olacaktır. Ayrıca müzayedeye iştirak edenlere karşı bir hile yapılmış olması hallerinde de tekeffülün sözkonusu olabileceği, bunun dışındaki hallerde ise, zapta ve ayıba karşı tekeffülün söz konusu olamayacağı ifade edilmiş bulunmaktadır. “Cebr-i arttırmalarda satış konusuna ilişkin değer tespitinin bir ekspere yaptırılmış olması dahi bir nitelik vadi sayılmaz.”²⁵ Nitekim Yargıtay’da 24.6.1953 tarih ve 14/6 sayılı kararında “.....cebr-i ihalenin hususi hukuk sahasına giren bir bey (satım) olduğuna ve mebiin zaptına müteallik hükümlerin, hassaten (B.K. 192’nci madde hükmünün) cebr-i ihalelerde tatbik olunacağına mütedair görüş ve mütalaalarının kabulüne imkân görülemediği.” demektedir. B.K.’nin m.230/f.1 hükmünde bahsedilen arttırma şartnamesinde muayyen hususları tekeffül etmek imkânını tanıyan bu hüküm eleştirilmektedir. Gerçekten böyle bir tekeffülden dolayı kim sorumlu tutulacaktır? Rızası olmaksızın satılan malın maliki mi, yoksa mal kendisinin olmayan icra memuru mu? “İhaleyi yöneten ve şartnameyi hazırlayan icra memuru da satım akdindeki tekeffül hükümlerine dayanılarak sorumlu tutulamaz. Çünkü memur arttırmaya konulan şeyin maliki değildir, malın arttırma yoluyla satılmış olmasından dolayı da kendisinin şahsi çıkarı yoktur.”²⁶ “Memur olsa olsa eğer şartları varsa görevini ihmal veya kötüye kullanmadan dolayı sorumluluğuna sebep olabilecektir.”²⁷ Bu görüşte olanlara göre, satışa çıkarılan malla ilgili olmak üzere şartnamede belli vasıfların bulunduğu açıkça taahhüt edilir ise, bu vasıfların bulunmaması sadece ihalenin feshi için bir sebep teşkil edebilir, yoksa B.K. anlamında bir tekeffül söz konusu olmaz.²⁸ Nitekim Yargıtay’ın bir İ.B.K.’sına göre de; satışa arz olunan gayrimenkullerin ihaleden evvel son durumunun imar ve belediye dairelerinden sorularak alınacak cevabın satış ilanına ve arttırma şartnamesine derci öngörülmüştür. (18.6.1958 tarih ve 11/13 sayılı İ.B.K.) “Bu gerek yerine getirilmeden yani ilgili dairelerden gayrimenkulün son durumu sorulmadan

²⁵Gümüş, s.267

²⁶Feyzioğlu, s.183 ve dipnotu 229’da anılan hukukçu.

²⁷Feyzioğlu, s.184

²⁸Tandoğan, s.327

ihalenin yapıldığı ileri sürülerek şikâyet vuku bulduğu takdirde merciin bu hususu tahkik ve vaziyette esas vasıf ve kıymete müessir bir tebeddül husule gelip gelmediği hakkında mezkûr dairelerin vereceği cevaba göre bir muamele yapması lazım gelir. İcra Hâkiminin göz önünde tutacağı esas mesele gayrimenkuldeki bu gibi tebeddüllerin kıymete ve esas vasıflara ehemmiyetli derecede müessir olup olmadığı cihetidir.” Bu karardan anlaşılacağı üzere şartnameye taşınmazın imar durumunun yansıtılmamış olması başlı başına ihalenin feshi için bir neden teşkil etmemekte, ihalenin feshine karar verebilmek için alınacak imar durumunun taşınmazın vasıf ve kıymetine etki edecek nitelikte bulunması gerektiği ifade edilmiş olmaktadır. İmar durumuna göre, gayrimenkulün kıymetine etkili bir durum mevcut değilse, ihale fesih edilemeyecektir. Bu İ.B.K.’dan da ortaya çıktığı üzere, bu durumlarda B.K. hükümleri uygulanamayacaktır. Burada şu Yargıtay Kararını anmakta yarar görüyoruz:

Taşınmazın imar durumunda talebi ve talibi artıracak bir değişiklik olduğu kanıtlanmadığına göre, imar durumunun sorulmamış olması ihalenin feshi nedeni yapılamaz. Diğer alacaklılar namına, ihalenin feshi istenemez.

İİK.m.241’e göre yapılan satışlarda, BK M.225 ve artından gelen maddeler uygulanır.

(..... Talebi ve talibi artıracak, fabrika binasının bulunduğu taşınmazın imar durumunda bir değişiklik olduğu kanıtlanmamış olmasına, Yargıtay ilâmında gerekçesi benimsenen merci kararına atıfta bulunarak karar verilmiş olmasına, diğer alacaklılar namına ihalenin feshinin istenemeyeceğine, alacaklıların karar vermesi ile taksitle ve pazarlıkla satış mümkün olduğundan ve bu nedenle de maddede 127.maddeye atıfta bulunulmamasına, 241.maddeye göre yapılan satışlarda Borçlar Kanununun 225 ve takip eden maddelerinin uygulanacağına binaen, sair tashih istekleri yerinde değilse de, müflis vekili fesat olarak teyp bandına dayandığından, bu bandın dinlenerek kime ait olduğunun tespiti mümkün ise tespit edilmek, belirlendiği takdirde muhammen

değeri, satış değeri ve tüm dosyadaki diğer deliller birlikte takdir edilerek bir karar verilmek gerekirken, noksan incelemeyle, bu hususta tetkikat yapılmadan karar verilmesi isabetsizdir.....) gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (YHGK., 29.11.1989 T., E.12-604, K.365) Borçlar Kanununun 230.maddesinin 2.f.'sına göre "Müzayede ile mal alan kimse o mala tapu siciline ve satım şartlarına ve kanuna nazaran muayyen olan hali ve hakları ve mükellefiyetleri ile malik olur" denmektedir. Burada zapta karşı tekeffül bakımından, mükellefiyetler listesinin mi yoksa tapu sicilinin mi esas alınması gerektiği hususunda hukukçular arasında bir tartışma mevcut bulunmaktadır. Bir görüşe göre, mükellefiyetler listesinde yer almamış aynı yükler alıcı tarafından bilinmiş olmadıkça, müşteriye bağlamaz. Hatta bu görüşe göre, tapu kütüğünde tescil edilmiş olduğu halde mükellefiyetler listesine geçirilmemiş aynı tahditler dahi müşteriye karşı dermeyeran edilemeyecektir. Bu görüşte olan hukukçulara göre B.K.'nun 230 m./2.f.'sı çok karanlık ifade edilmiş olup, çözümde herhangi bir değişiklik husule getirmez. "Satış şartnamesi içinde yer alan mükellefiyetler listesine geçmemiş olan ve fakat tapu kütüğünde kayıtlı bulunan aynı tahditler şekli bir terkin işlemine lüzum olmaksızın dahi sukut ederler; bu durumda icra memuru müşteriye intikal etmemiş olan bu aynı yüklerin tapu sicilinden terkinini M.K.'nun 1026.maddesi uyarınca talep etmekle yükümlüdür.²⁹ Bu düşünce mükellefiyetler listesi ile tapu kütüğü arasında ortaya çıkabilecek olan tezadı mükellefiyetler listesi lehine çözüme bağlamaktadır. Bu suretle M.K.'nunun1020/2'nci m.'sinde ifade edilen "Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez." şeklinde ifade edilen hükmün cebr-i arttırma sonucu yapılan ihalelerde uygulanamayacağı ifade

²⁹Üstündağ, s.267 dipnotu 859 ve 860'da anılan Jager ART 135 N.2

edilmektedir. Buna karşılık mükellefiyetler listesinde yer almamış olsa bile, tapu kütüğünde kayıtlı bulunan aynı hakların da müşteriye intikal edeceği fikri İsviçre’de Blumenstein tarafından savunulmuş (s.456-458) ve mükellefiyetler listesine geçmemiş olan aynı yüklerden ancak, tapu kütüğünde kayıtlı olmayanların müşteriye intikal etmeyeceği öngörülmüştür. Bu fikir ayrıca Türk Hukuku’nda Sungurbey ve Berkin tarafından savunulmuştur.³⁰ Yargıtay’da bu görüştedir.³¹Buna karşılık, bazı hukukçular tapu kütüğünde mevcut olmadığı halde, yasa gereği var olan hak ve yükümlülüklerin de alıcıya geçeceğini ifade ile şu örneği vermektedirler: “Bu nedenle bir doğrudan yasal ipoteğin tapu kütüğüne tescil edilmediği durumlarda dahi, yeni malik taşınmazı söz konusu doğrudan yasal ipotek hakkı ile yüklü biçimde iktisap eder.”³²

Tapu kütüğüyle mükellefiyetler listesi çakışınca tapu kütüğünde hak sahibi olan kişi mükellefiyetler listesine geçmemiş olan hak sahibi bu hakkını ileri sürmek bakımından ihalenin feshi imkânına sahip bulunmak gerekir. Buna karşılık zarar görenlerin icra veya tapu memuruna karşı tazminat davası açabileceği ileri sürülmekteyse de (Yavuz s.214); bunu İ.İ.K.’nın m.5 uyarınca devlet aleyhine dava açılması şeklinde anlamak gerekir. (Ayrıca bkz. Tapu Kütüğünün Tutulmasından Devletin Sorumluluğu M.K. m.1007). B.K. m.230 son fıkra hükmüne göre, ihtiyari ve aleni müzayedelerde satıcı adi satımda olduğu gibi satılanı tekeffül ile mükelleftir. Şu kadar ki, hilesinden mütevellit olandan maada tekeffüllerde usulü dairesinde ilan edilen satım şartları zımında, takallüs edebilir.” Satıcının ihtiyari aleni arttırmaya katılanlardan sadece bir kısmına karşı tekeffülden önceden kurtulması caiz değildir.”³³

“İsteğe bağlı (ihtiyari) açık artırmada (ise) devir eden, diğer satıcılar gibi sorumludur. Fakat hileden sorumluluk dışta olmak üzere, açıkça ilan edilmiş artırma koşulları ile tekeffülü ret edebilir.” (B.K.m.230/2)

³⁰Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963 s.126 ve ayrıca Medeni Hukuk Eleştirileri II.Cilt, İstanbul 1970, S.239 vd.,**Berkin**, İHFM cilt XXXIV s.289

³¹Bkz.Üstündağ, s.268 dipnotu 866’da anılan Yargıtay kararları

³²Gümüş, s.268

³³Feyzioğlu, s.185 ve dipnotu 233’te anılan Gürün,c.II, s.593

4.6.Müzayedenin Butlanı

Yabancı bir kaynakta ifade edildiği üzere “açık arttırma; rekabete, sadakate ve itimada aykırı düşen şekilde etkilenmiş ve tahrif edilmiş olmamalıdır.”³⁴

Genel butlan sebepleri BK m.19-20’de düzenlenmiştir. Bu sebepler hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, ahlaka aykırılık ve sözleşmenin konusunun objektif olarak imkansız olması halleridir. Bu durumlarda ihale kesin hükümsüzdür ve baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Oser-Schönenberger’e göre BK m.226’da öngörülen iptal sebebi genel iptal sebeplerinin yanında, ilave seçenekler olduğu ve diğer genel butlan sebeplerini bertaraf etmediği vurgulanmıştır. Bu genel butlan sebeplerinin açık artırma hukukundaki yansımalarına örnekler vermek gerekirse, örneğin bir taşınmazın randevu evi aykırı olarak kiraya verilmesi³⁵ için açık artırmaya çıkarılması durumunda sözleşmenin gayesi ahlaka aykırı olduğu için açık artırma batıldır veya para karşılığı metres hayatı yaşamak maksadıyla bir taşınmazın açık artırma ile satın alınması durumunda da sözleşmeyi geçersiz saymak gerekir.³⁶

İhalenin iptaline yol açan bir başka halde Yargıtay kararlarına göre örneğin açık artırma yapıldıktan 8-10 gün sonra devrin gerçekleşeceğine ilişkin aldatıcı irade beyanının varlığıdır.³⁷

Bu duruma göre B.K. 226’ncı maddesinde müzayedenin butlanı sebebi olarak belirtilen “Kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir tertibatla müzayedeye fesat” karıştırılmasının ne anlama geldiğinin açıklamasına geçelim. Bu gibi tertiplerin çoğu açık arttırmaya katılanlar tarafından yapılır.

³⁴Huguenin, s.5’de anılan hukukçular, Koller/Siehr, s.145

³⁵Nomer, s.45

³⁶Nomer, s.45

³⁷Velidedeoğlu/Özdemir,

Ferdin şahsi ve iktisadi hürriyetine kabul edilemeyecek şekilde yüksek surette tahdit eden sözleşmeler adaba aykırıdır. İsviçre yüksek mahkemesi bir açık artırmaya anlaşmanın gerçekleşmesi şartıyla katılmamayı öngören sözleşmelerin ahlak ve adaba aykırı olduğuna karar vermiştir.³⁸—pactum de nonlicitando-

Bir kimsenin artırmaya katılmaması için ona bir miktar para vermek suretiyle de artırmaya fesat karıştırılmış olabilir. Arttıran şahsın taşınmaz üzerinde rehinle temin edilmiş alacağı olan kimselere, artırmaya girmedikleri veya devam etmedikleri takdirde bu alacaklarını ödeyeceği hususunda taahhütte bulunması da hukuka aykırı tertiplerdendir.³⁹ İhaleye fesat karıştırmaya örnek olarak fiyatı yükseltmek için sonradan borçtan kurtarmak vaadi ile kukla adamlar angaje etmek de (Neuenburg JZ 2 268 Nr.139) örnek olarak verilebilir.⁴⁰Guhl/Merz/Koller'in belirttiğine göre şarap bağıışı ve bedava bira da açık artırmaya fesat karıştırılması için uygulanan bir yöntemdir. Yine Guhl/Merz/Koller'e göre, saman adam tedariki de aynı şekilde mütalaa edilmelidir. Becker'in zikrettiğine göre, arttırma süresinin bir mumun sonuna kadar yanması ile sınırlandırılması da caiz değildir. “Yargıtay’ın evvelce vermiş olduğu bir kararına göre, “sürülen peyden sonra nisbet kabul etmeyecek yüksek bir bedel teklif eden alıcı, bu bedeli ödemez ise, kendisinden evvel çok düşük pey süren alıcıya ihaleyi sağlamak amacıyla kötü niyetle hareket etmiş sayılır, bu sebeple ihaleye fesat karıştırıldığından fesih kararı verilir, düşük teklifte bulunan alıcılara ihale icrası caiz olmayıp taşınmazın usulü dairesinde tekrar artırmaya çıkarılması gerekir.” Bu karardan sonra İ.İ.K.m.133/f.I’de yapılan değişiklikle düşük pey sürene teklif yapılması için bunun m.129/f.II’deki şartlara uygun olması öngörülmüştür. 3222 sayılı Kanunla İ.İ.K.m.129/F.II’ye getirilen değişiklikle de ihale bedelini ödemeyenden sonra en yüksek teklifte bulunana ihale yapılabilmesi için onun teklifinin malın

³⁸Esener, s.205

³⁹Tandoğan, s.329

⁴⁰Becker, s.191

tahmin edilen değerinin %60'ını bulması gerekir.”⁴¹ Federal Mahkeme İçtihadına göre, “teslimatçının (tevdî edenin-Einlieferer) açık arttırmada birlikte pey sürmesi de iyi ahlaka aykırı düşer.” (BGE 109 II 123 f f.126)⁴²

“Hukuka veya ahlaka aykırı etkiler olmasaydı, ihale sonucunun farklı bir şekilde gerçekleşeceğinin ispatına gerek yoktur. Sadece arttırmaya etki eden caiz olmayan tertibatların ispatı yeterlidir.”⁴³

Borçlar Kanununun m.226 hükmüne göre ise, ihtiyarı açık arttırmalarda hukuka veya ahlaka (adaba) mugayir tertibatla artırmadın sonucu üzerine etki yapılmışsa ihaleye fesat karıştırılmış sayılır. Çıkarı olan herkes 10 gün zarfında arttırmaya itiraz edilebilir. Bu itiraz cebri müzayedelerde icra ve iflas muamelelerine nezaret eden makamlara ve diğer hallerde mahkemeye arz olunur. Bu noktada iki hususu belirtmekte yarar vardır ki, birincisi, mahkemenin inşai iptal kararı açık arttırma ile satımın etkisizliğini geriye dönük olarak etkiler.⁴⁴ Kanun her alakadarın bu nedenlere dayanarak müzayedenin iptalini isteyebileceğinden bahsetmiştir. Bu surette müzayedenin iptalini istemeye yetkili şahısların çevresi geniş tutulmuş olduğu için, mukavelenin tarafı olanların dışında, diğer ilgililerin dahi, alacaklı ve borçlu, arttırma işleminin geçerliliği hakkında adli bir kararın vücuda getirilmesi bakımından iptali istemeye yetkili sayılması öngörülmüştür.⁴⁵ “İhaledeki bir yolsuzluk sebebi ile menfaatlerinin ihlâl edildiğini ileri süren her ilgili de ihalenin feshini isteyebilecektir.” Bu noktada kanunen himayeye layık bir hukuki menfaate sahip olan herkes ihalenin feshini isteyebilir.⁴⁶ Sözleşmenin taraflarına bundan başka, satımın hükümsüzlüğüne veya tek taraflı

⁴¹Tandoğan, s.329, İ.İ.D.16.9.1963 E.9950/K 9640, Olgaç, s.no.255

⁴²Huguenin, s.5

⁴³Gümüş, s.265 ve dipnotta 1332'de anılan hukukçular

⁴⁴Huguenin, s.5

⁴⁵Guhl/Merz/Koller, s.342

⁴⁶Üstündağ, s.290, Jâger, 136 bis N.2A

bağlamazlığına Borçlar Hukukunun genel kısmındaki hükümlere göre dayanabilme olanağı da açıktır.⁴⁷

Cebr-i müzayedelerde ihalenin feshi veya başka bir deyişle iptali, 134.m.'de de düzenlenmiş ise de, bu madde ihalenin feshi sebeplerini saymamış olup, B.K.'nın 256.'ncı m.'sindeki açık arttırmaya ilişkin bulunan iptal sebeplerinin de cebr-i arttırma sonucu yapılan ihalelerde uygulanacağını ifade etmiştir. Bu duruma göre cebr-i ihalelerde iptal sebepleri B.K.226'da anılan sebepler ile sınırlı olmayıp daha geniş bulunmaktadır. Tez konumuz olan ihtiyari açık arttırmalarda iptal sebebi olarak "Kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir tertibatlı müzayedeye fesat karıştırılmış olunması, iptal için yegâne nedeni oluşturmaktadır.

İptal hakkının ne zaman kullanılacağı tartışmalıdır. İsviçre'de eski eserlerde ve Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere iptal hakkının kullanılma anı ihalenin yapıldığının öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Bir diğer görüşe göre iptal hakkının kullanılma anı yolsuzluğun öğrenildiği tarihten itibaren başlar. (Tandoğan, s.332) Yasada öngörülmüş olan 10 günlük süre hak düşürücü niteliktedir.⁴⁸ İhalenin feshi davalarında hasım olarak üzerine ihale yapılan kişi veya kişiler gösterilmelidir.⁴⁹ İ.İ.K.'nın da düzenlenmiş olan bazı hükümler ihtiyari açık arttırmalarda uygulama alanı bulabilir. Mesela, İ.İ.K.m.129 f.1 gibi. Artık bu uygulama bir teamül haline gelmiştir ve icra ve iflas dairesinin İ.İ.K.'nu bağlamında vermiş olduğu kararların bu nedenden ötürü kıyasen cebr-i arttırmalardan ihtiyari açık arttırmalarda da geçerli olacağı kanaatindeyiz. İ.İ.K.'nu m.129 f.1'e göre: "Gayrimenkul üç defa bağırıldıktan sonra en çok arttırana ihale edilir." Mezatçının üç defa bağırıldığını, bağırmasına rağmen daha fazla verenin çıkmadığını zabıtnameye geçirip imzası ile tasdik etmesi gerekir. Aksi davranış ihalenin feshi sebebi teşkil eder. Yargıtay'da bu görüştedir. Y.İ.İ.D. 13.2.1952 1216/1092 sayılı kararı (bkz.Atasayan sh.208

⁴⁷ Gulh/Merz/Koller, s.342

⁴⁸ Feyzioğlu, s.196, Gümüş s.265 ve dipnotu 1335'de anılan hukukçular

⁴⁹ Feyzioğlu, s.195 ve dipnotu 264'de Y.H.G.K.'nın 12.5.1954-59/61 sayılı kararı (Olgaç m.226,N.4)

N.903)⁵⁰ Bu nedenle ihalenin alıcıya yapıldığı saatin tutanağa geçirilip, vaziyetin imza ile tevsik edilmemesi de bir fesih sebebidir. Y.İ.İ.D. 12.11.1951 tarihli 5450/605 sayılı kararı (bkz.Atasayan s.206,N.892)⁵¹

Bu açıklamalarımız ile, İcra ve İflas Kanununa tabi olarak yapılan açık artırmalar ile Borçlar Kanununun düzenlemiş olduğu ihtiyarı açık artırmalar arasındaki farklara ayrıntılı sayılabilecek şekilde değinmiş oluyoruz. Ancak, bu farklılıklar belirtilmeye çalışılırken ister istemez her iki artırma çeşidi ile ilgili olmak üzere muhtevaya ilişkin bazı bilgilere de değinmek zorunluluğu doğmuş bulunduğu için; bundan sonra yazacağımız konularla ilgili bilgiler ile yukarıda verilmiş olan konuya ilişkin bilgiler arasında bir tekrardan kaçınılmak gereği dolayısıyla; yapacağımız yeni açıklamalarda artık yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara yeniden burada yer vermeyip; yukarıda verilmiş olan bilgiler sadece atıf yapmakla yetineceğiz.

⁵⁰Feyzioğlu, s.190

⁵¹Feyzioğlu, s.190

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. GAYRİMENKULLERDE CEBR-İ İHALE

Mukayeseli hukukta cebr-i satışla (halk dilinde haraç-mezat satılması ile) mal varlığının heba edilmesi (Vermögens-verschleuderung) icra hukukunun temel bir sorunudur.¹

Gayrimenkullerin paraya çevrilmesinde uygulanacak olan paraya çevrilme çeşidi münhasıran açık arttırmadır. İlgililer muvafakat etse bile, pazarlıkla satış yapılamaz.²

Paraya çevirme gayrimenkulün bulunduğu yer icra dairesince yapılmak gerekir. Eğer takip yeri icra dairesi ile gayrimenkulün bulunduğu yer aynı değilse, gayrimenkul istinabe yoluna gidilerek satılır (m.360). Satış talebinden itibaren iki ay içinde gayrimenkulün satılması gerekir (m.123). Cebri satışı açık artırma ile olduğu takdirde büyük masrafları gerektirse dahi yine pazarlık yoluyla satış yapılamaz ve satışın açık artırma yolu ile yapılması gerekir.³

5.1.Paraya Çevirmeyi Talep Edecekler

Satış talebi haczi koyduran (icra takibini yürüten) icra dairesine yapılır.⁴ Satış talebinde bulunan alacaklının satış gideri yatırması gerekir. Eğer satış talebinde bulunmakla beraber, süresinde satış gideri yatırılmamışsa, o zaman haciz

¹Yıldırım, s.206

²Üstündağ, s.257 dipnotu 833'te anılan hukukçu

³Olgaç s.362

⁴Kuru, s.347

kalkacaktır.⁵ Bu arada belirtmek gerekirk, icra memuru başlangıçta hesapladığı ve alacaklının yatırdığı satış giderinin yetmeyeceğini anlarsa, satış gideri avansını yükseltebilir, yani alacaklıdan ek satış gideri isteyebilir.⁶ Takip nasıl alacaklının talebi ile vukuu buluyorsa, paraya çevirmede talep ile vukuu bulur. Borçlu da malın paraya çevrilmesini talep etmek hakkına sahiptir.⁷ Ancak borçluya bu yetkiyi tanıyan 113.madde hükmü kanunun menkullerin satışı ile ilgili başlığı altında düzenlendiği için, bu durum gayrimenkullerde tartışmalıdır.⁸ Belirtmek gerekir ki, borçlunun talebini icra memuru kabul etmekle yükümlü değildir. Eğer derhal satış alacaklının zararına olacak ve daha sonradan daha yüksek bir bedele ulaşması söz konusu olabilecekse talebin reddi gerekir.⁹ Satış talebi bir şekilde tabi değildir. Sözlü olarak tutanağa geçirilmek üzere veya yazılı olarak yapılabilir.

“Münadinin öncelikle belediye görevlileri arasından seçilmesi zorunludur. Bunun imkânsızlığı belirtilmek suretiyle icra dairesinde resmi görevi bulunan kişilerden birine de bu görev yaptırılabilir. Bunların dışında ve özellikle gayrimenkulü satın almaya talip olan bir kimseye bu vazifenin verilmesi, ihalenin normal şartlar altında yürütülmesini etkileyebileceğinden, hiçbir veçhile caiz değildir. Bu durumda satışın bozulması gerekir” (İ.İ.D.,9.3.1970, 2541/2441:İ.B.D.1970/5-6, s,464); “Kamu düzeni ile ilgili ve Devletin sorumluluğu altında yürütülen işlemlerden olduğu için cebri ihalenin, yetkililer tarafından görevlendirilmiş kimselerce yapılması zorunludur. Dellallık işini icra memurunun adalet dairesi odacısına bırakışı kanuni dayanaktan yoksun ve onun iştiraki ile yapılan satışın feshi gerekli iken aksinin kabulü ile şikayetin reddi isabetsiz, temyiz isteği yerindedir” (İ.İ.D. 10.9.1971, 8640/8602:İBD 1973/3-4, s.511)

Satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan ipotek alacaklıları, satış bedelinin bu ipotekli alacaklarını karşılama şartından vazgeçemezler; bkz.

⁵ **Kuru**, s.347 ve dipnot 3’de anılan Yargı kararları.

⁶ İsviçre Federal Mahkemesi 3.3.1959; BGE 85 III s.81/86, **Kuru**, s.347

⁷ **Üstündağ**, s.238

⁸ **Üstündağ**, s.238

⁹ **Üstündağ**, s.238

Mesela: İsviçre Federal Mahkemesi 23.11.1978 (BGE 104, III, s.79-83); İİD 6.2.1958, 790/692 (Olgaç-Köymen no.2227). İ.İ.K.'nun 129.maddesinde açıklandığı gibi her halükarda artırma bedeli “satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olmak ve bundan başka paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını tecavüz etmek” lazımdır. Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olup Kanunun 16.maddesinin 2.fıkrasına göre şikâyet süreye bağlı değildir. Yusuf’a yapılan ihale rüçhanlı olan Asım’ın ipotekli alacağını karşılamamıştır. Bu sebeple ihalenin feshine karar vermek gerekirken süre yönünden talebin reddi isabetsizdir” (1.HD, 29.5.1979, 4229/4887, Uyar age s.159)

Satış isteme süresi: Taşınmazlarda haczin tatbik edildiği tarihten en geç iki yıl içinde satış talep etmek gerekir .aksi halde haciz kalkar. İsviçrede ise takip ortadan kalkar. Yargıtayın görüşüne göre bu durumda yeniden ödeme emri tebliğine gerek yoktur.

5.2.Mükellefiyetler Listesi

İcra memuru mükellefiyetler listesini hazırlar, hangi unsurların mükellefiyetler listesine geçirileceğini belirlerken İİK m.128/I hükmüne dayanır. Tapu siciline kayıtlı veya resmi senede bağlı mükellefiyetler, mükellefiyetler listesinin esasını oluşturur. İcra memuru gayrimenkul üzerindeki mükellefiyetleri tapu sicil memurluğundan soracak¹⁰ ve ayrıca arttırma ilanı üzerine gayrimenkul üzerinde hak sahibi olduklarını bildiren kimselerin¹¹ iddia ettikleri haklarını da

¹⁰ 128.maddeye göre mükellefiyetler listesinin mümkün mertebe satışa en yakın bir zamanda tapudan celp olacak kayıtlara göre düzenlenmesi lazımdır. Gayrimenkul kayıtlarında değişiklikler vukuunu mümkün kılacak uzun bir zaman evvel alınmış kayda göre mükellefiyet listesi düzenlenmesi doğru değildir (İİD 25.2.1964, 2239, 2489:Tuncay Demirhan no 370 (Kutu s.381))

¹¹ Tapudan anlaşılmadıkça müracaat eden alacaklı kimliğini ve haklarını belgelendirmelidir (BGE 97 III 72) Yıldırım s.139 İcra Memuru şekle uygun ve zamanında yapılmış tüm bildirimleri maddi yönden incelemeye tabi tutmaksızın kayd eder. (VZG 36)

kendi araştırması sonucunda mükellefiyetler listesine geçirecektir. Mükellefiyetler listesinin muhtevası:

Tapuya tescili geçerlilik koşulu oluşturmayan haklar.

Kanuni tasarruf takyitleri (Örneğin: Kanuni şufa hakkı)

Belirtilen kaynaklar tapu sicili dışında mükellefiyet olarak re'sen kaydedilebilecek unsurlardır. Ayrıca yüklerden kastedilen gayrimenkul üzerindeki her türlü irtifak hakları gayrimenkul mükellefiyetleri, gayrimenkul rehinleri ve tapu siciline şerh verilmiş olan kişisel haklar dahildir.

Tapu kaydında açıkça yazılı kuvvetlendirilmiş şahsi hakkın şartnamede yükümlülük listesinde gösterilmemiş olması, eşyaya bağlı borcun yeni alıcıya geçmesini önlemez.

Davacı, tapu siciline şerh verilmiş satış vaadi sözleşmesine rağmen taşınmazın satıldığını ileri sürerek, zararının tazminini istemiştir. Mahkeme satış bedeli olan 3.000.000 liranın davalı Devlet'ten tahsiline karar vermiştir.

Davacının 7041 ada 8 parselde kayıtlı taşınmaz üzerinde bulunan 9 no.lu bağımsız bölümün satışı için kayden malik olan kişiyle satış vaadi sözleşmesi yaptığı ve tapu kütüğüne şerh edildiği, daha sonra malik aleyhine yapılan bir icra takibinde taşınmazın icra yoluyla üçüncü kişiye satıldığı ve tapu memurunun tapuda şerh edilmiş satış vaadi sözleşmesini icra memurluğuna bildirmediğinde bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davacının, satış vaadi sözleşmesinde taraf olan malik aleyhine açtığı tescil davası sırasında, ancak davadan önce, taşınmazın icra yoluyla üçüncü kişiye satıldığını öğrendiği ve bu olay karşısında da tescil davasının reddedildiği anlaşılmıştır.

Devletin, tapu sicilinin tutulmasından dolayı Medeni Kanununun 917.maddesine dayanan kusursuz sorumluluğu, tapu siciline şerh edilmiş, kuvvetlendirilmiş şahsi hakları da kapsar. Davacının dayandığı satış vaadi sözleşmesi de tapu

sicilinde şerh edilmekle kuvvetlendirilmiştir; o halde, öncelikle, somut olayda sorumluluğun unsurları, özellikle zarar ve illiyet bağı üzerinde durulmalıdır.

Davacı, satış vaadi sözleşmesine dayanarak açtığı tescil davasının reddedilmesinden sonra doğrudan bu davayı açmıştır. Davacının, icrada taşınmazı olan kişi aleyhine bir dava açma veya bu satış işlemini esas alan ihalenin feshini isteme olanağı bulunduğu kabul edilirse, zarar ve illiyet bağının varlığından söz edilmeyecektir.

Gerçekte tapu sicilinde bulunmasına rağmen, kesinleşen icra şartnamesinde bulunmadığı için, bu şekilde satılan taşınmazın yeni maliki ile kuvvetlendirilmiş şahsi hak sahibi arasında hukuki ilişkinin nasıl sonuçlanacağı tartışmalıdır (Bkz.R.Aslan-İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, sh 48; Erel, Eşyaya Bağlı Borç İlişkisi, s.4; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları 20.6.1951 gün ve 13/15-21.5.1958 ve 7/5 sayılı).

1. Kuvvetlendirilmiş şahsi hak ilişkisinin ortaya çıkardığı eşyaya bağlı borç kavramı esas alındığında, borçluluk sıfatı, üzerinde şerh kaydı mevcut olan taşınmazın mülkiyetine bağlıdır. Malik kim ise, taşınmazla ilgili şerhin konusu olan borcun borçlusu da odur. Malik değiştikçe, o borcun borçlusu da değişir ve eski borcundan kurtulur. O andaki malikidir. (Gürsoy-Eren-Cansel, Türk Eşya Kanunu, 1978 sh:294; Oğuzman-Seliçi, Eşya Hukuku, 1982 sh.26)

Bu şekilde kuvvetlendirilmiş bir şahsi hakkın yarattığı hukuki ilişki ve durum esas alındığında, hakkın yarattığı hukuki ilişki ve durum esas alındığında, hakkın, satış sırasında açıklanmamış veya bilinmemiş olması sonuca etkili olmayacaktır. Çünkü, borç ilişkisinin herkese karşı ileri sürülmesini sağlayan şerh kayıtları hakkında, Medeni Kanununun 931.maddesinde düzenlenen ve iyi niyetli kişileri koruyan genel güven kuralı uygulanmaz; bu kural, sadece tapu üzerinde aynı hakların kazanılmasına ilişkindir (Gürsoy-Eren, Cansel age., sh.287). Diğer taraftan satış şartnamesinde yer almamış olmasına rağmen, tapudaki kaydın bilinmediği itirazının dinlenemeyeceği, çünkü alıcının kendisinden beklenen özeni gösterip tapu sicilini de incelemesi gerektiği de

ileri sürülmektedir (Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, 1963, s-125-129).

Bu görüşler esas alındığında, tapuda kayıtlı olan satış vaadi sözleşmesinin yarattığı mükellefiyetler yeni alıcıya geçmiştir. Davacı, bunun aleyhine dava açmadığına göre, doğmuş bir zarardan söz edilemeyecektir. Kaldı ki, davacı tescil davası sırasında bu kişi aleyhine dava açmayacağını da söylemiştir.

2. Bu yolda ileri sürülen ikinci görüş, İcra ve İflas Hukukunu esas alarak aksi bir sonuca varmaktadır. Tapu siciline kayıtlı olmasına rağmen usulüne uygun olarak hazırlanmış ve kesinleşmiş bulunan mükellefiyetler listesine geçmemiş bulunan yükler, bunu bilmeyen (iyi niyetli) alıcıyı bağlamaz. Tapu kayıtlarıyla mükellefiyetler arasında fark bulunduğu takdirde, mükellefiyetler listesindeki kayıtlar üstün tutulmalıdır. Tapu sicilinin aleniyetine ve sicilde yer alan kayıtların bilindiğine ilişkin ilke burada kabul edilmemelidir; arttırma şartnamesi artık tapu sicili hükmündedir ve alıcı şartnameye göre pey sürecektir. (Prof.Dr.Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, 1983, s.382; R.Arslan, age., s.49)

Ne var ki, bugün gerek uygulamada gerekse öğretilerde, arttırma şartnamesi ve buna ilişkin konularda yapılan yolsuzluklardan dolayı, tapu sicilinde kayıtlı kişisel hak sahiplerinin ihalenin feshini isteyebileceği kabul edilmektedir (R.Arslan, age., s.127 vd.ve orada anılan kararlar).

O halde, bir an için bu görüş benimsenmiş olsa dahi, tapu sicilinin tutulmasıyla zarar arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir. Çünkü davacımız, yasaların kendisine tanıdığı hukuki durumlardan yararlanmak suretiyle ihalenin feshi yoluna gitmemiş ve fesih isteme süreleri de geçmiştir; bu hak kullanılmış olsaydı, zarar gerçekleşmeyecekti. Davacının ortaya çıkan bu özensiz durumu, Devletin sorumluluğunda illiyet bağıni kesen ağır bir kusur niteliğindedir.

Görülüyor ki, davacının sahip olduğu kuvvetlendirilmiş şahsi hakkı ile, icrada yapılan satış işlemleri nedeniyle ortaya çıkan hukuki durumu, yukarıdaki görüşlerden hangisiyle değerlendirilirse değerlendirilsin, sonuç değişmeyecektir. Sorumlulukta zarar ve illiyet bağının unsurlarından biri eksik kalacak ve sonuçta Devletin sorumluluğundan söz edilmeyecektir. Mahkemenin, maddi olguları, yasal ve hukuki gerçekler içinde tartışmadan sorumluluğu kabul etmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur; hüküm, dava reddedilmek üzere bozulmalıdır (Y.4.HD., 26.1.1987 T., E. 7807, K.482).

Kuru'nun zikrettiği 14.3.1960 gün ve 1/3 sayılı İBK: RG 26.5.1960 sayı 10514'e göre bazı hisseleri üzerinde intifa hakkı bulunan bir gayrimenkulün satışının bu intifa hakkı ile yükümlü olarak yapılması gerekir. (İcra ve İflas Hukuku s.380)Cebri icra yoluyla satılan bir taşınmaz üzerindeki intifa hakkı kendiliğinden sona ermez. Ancak intifa hakkı nakde çevrilen taşınmazın değerini azaltır ve alacaklıları zarara uğratırsa önce kurulan ipotek hakkı sahibinin talebi ile intifa terkin olunur. Yani satılan malın bedeli rehinli alacaklıların alacağını karşılamazsa diğer haklar terkin olunur. Rehlin alacaklıdan artan bedel hakkı terkin olunan hak sahiplerine ödenir.

Mükellefiyetler listesinin iki işlevi vardır. I. Arttırma şartnamesinin cüz'ünü teşkil etmesi ve tapu sicili hükmünde olması. II. Satış bedelinin paylaşılması şeklini gösterir bir sıra cetveli olması. Mükellefiyetler listesi tekemmül ettikten sonra haciz alacaklıları ve borçluya tebliğ edilir ve bir itirazları varsa bildirmeleri için kendilerine üç günlük süre verilir İİK m.128 I son cümle bu hususta istihkak davalarına ilişkin prosedürün yani m.96 ve 97'nin uygulanacağını belirtmektedir. Alacaklı veya borçlunun itirazı halinde icra memuru dosyayı hemen icra hâkimliğine gönderir. İcra hâkimliği ilk önce takibin devamına veya talikine karar verir. (m.97/I) İcra hâkimliği takibin devamına karar verir ise, gayrimenkulün iddia edilen (itiraz konusu) haktan ari satılması gerekir. Gayrimenkul üzerinde iddia ettiği hak muhalefete uğrayan 3.kişi icra takibinin taliki veya devamı hakkındaki icra hâkimliği kararının kendisine tefhim veya tebliği edildiği tarihten itibaren 7 gün içinde icra

hâkimliğinde istihkak davası açmak zorundadır, aksi halde alacaklıya karşı iddia ettiği haktan vazgeçmiş sayılır. Üstündağ itiraz vukuunda ihtilafın kesin olarak halline kadar erteleneceğinden bahseder. Yazara göre, icra hâkimliği İİK m.97/I'deki takibin devamına karar verme yetkisini kullanamaz. (s.319-320) İsviçre'de konu VZG 37 ile 40.maddelerinde düzenlenmiştir. İhtilaf ihale bedelinin tespitini etkileyecek ise veya onsuz satış meşru menfaatleri çiğneyecekse bu prosedür kesin şekilde halledilmedikçe gayrimenkul paraya çevrilemez. (Yıldırım s.139/140) (Sch KG Art 141, BGE 107 III 124, 110 III 74) (Mehaz Art 141 Türk İİK'sına alınmamıştır)

Mükellefiyetler listesinin kesinleşmesinden sonra arttırma şartnamesine geçilir, icra dairesi daha sonra gayrimenkulün yeni bir kıymetini takdir eder veya ettirir “Borçlu; değer takdirinin binanın iki katlı iken yapıldığını, bodrum, zemin ve ondan sonra beş katın daha yapıldığını, bu cihetin evvelce yapılan değer takdirinde nazara alınmadığını cihetle yeniden değer takdiri yapılmasını istemiş, merciice 3494 sayılı Kanunla değişik İİK.’nun 128.maddesine dayalı olarak iki yıl geçmeden yeniden değer takdiri istenemeyeceğinden bahisle tetkiksiz şikâyet reddedilmiştir. Bu kararın temyizi kâbil değilse de, ihalenin feshi isteği üzerine tetkik merciince incelenip, ihale etkisi değerlendirilebilir.

İki sene geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine dair hüküm kıymet takdirinden sonra taşınmazda kıymeti etkilemeyecek inşaat mevcut olmaması, diğer bir deyimle kıymet takdirinden sonra taşınmazın değişikliğe uğramaması ile sınırlı bulunduğu, kıymet takdirine itiraz üzerine verilen 14.3.1990 tarih, 39/18 sayılı mercii kararından kıymet takdirinden sonra taşınmaza beş kat daha yapılmasının anlaşılmasına, bu durumda yeniden kıymet takdiri ile satışın buna göre yapılması gerekmesine binaen ihalenin feshine karar verilmek gerekirken, reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan mercii kararının İİK.’nun 336 ve HUMK.’nun 428.maddeleri uyarınca (bozulmasına), 21.9.1990 gününde oybirliği ile karar verildi.” (12.HD.21.9.1990, 7424/8874; YKD.Mart 1991, s.384) İcra Müdürü mükellefiyetler listesinin kesinleşmesinden sonra kıymet takdiri yaptırmalıdır.

Ancak uygulamada haciz sırasında yapılan kıymet takdirinin satışta da esas alındığı görülmektedir. Oysaki, hacizden sonra satış ilanı üzerine bildirilen mükellefiyetler haciz tarihinde tespit edilen kıymeti etkileyebilir.

Mükellefiyetler listesine geçirilmesi talep edilen aynı hak veya tapu siciline şerh verilmiş bir kira hakkı hacizden sonra doğmuş ise, haciz koyduran alacaklının hakkını etkilemez bu halde haciz sahibi alacaklı gayrimenkulün bu haklardan ayrı olarak veya bu haklar ile birlikte arttırmaya çıkarılmasını isteyebilir. Yükten arı olarak ihale yapılırsa ipotek alacaklısı yükün tapudan silinmesini talep edebilir.¹² Bedelden artan bir kısım varsa bu lehine yük bulunana tazminat olarak bırakılır (SchKG Art, 142 III)¹³

5.3.Açık Arttırmanın İlanı

Artırma satıştan en az bir ay önce ¹⁴ ilan edilir. Artırma ilanında aşağıdaki unsurlar yer alır.

Satışın yapılacağı yer, gün ve saat

Artırma şartnamesinin hangi tarihten itibaren icra dairesinde herkes tarafından görülebileceği

Yukarıda gösterilen yer ve zamanda yapılacak birinci artırma sonunda teklif edilen en yüksek bedel (pey) gayrimenkulün tahmin edilen kıymetinin yüzde altmışını bulmadığı takdirde en çok artıran taahhüdü ile bağlı kalmak üzere artırmanın 10 gün daha uzatılacağı ve 10.gün aynı yer ve saatte yapılacak ikinci artırmada gayrimenkulün en çok arttırana ihale edileceği

¹²Yıldırım, s.145

¹³Yıldırım, s.145

¹⁴“İİK'nın değişik 126.maddesinde açıklandığı gibi artırmanın satıştan en az bir ay önce ilan edilmesi şarttır. Bu bir aylık süre ilk ilan tarihinden başlar. Kamu düşüncesine dayanan bu hükme muhalefet önceden şikâyet konusu yapılmamış olsa dahi ihalenin feshi talebine mesned tutulabilir. (İİD 22.2.1971, 1977/1976: RKD 1971/5 s.131-132, ABD 1971/6 s.1008) **Kuru**, s.376

İpotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin gayrimenkul üzerindeki haklarını 15 gün içinde icra dairesine bildirmeleri ilanda belirtilir. Eğer, bu kimselerin hakları tapu sicilinden anlaşılmazsa, satış bedelinin paylaştırılmasında hariç kalacakları da ilanda belirtilir. 15 günlük bu süre hak düşürücü süredir (BGE 113 III 17 vd, 45), uzatılmaz eski hale getirme istenemez.

Satış ilanının birer sureti borçluya, alacaklıya, gayrimenkulün tapu sicilinde kayıtlı bulunan ilgililerine, tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur. Borçluya satış ilanının tebliğ edilmemesi veya tebliğ işleminin usulsüz olması tek başına ihalenin feshi nedenidir. 12.HD 14.11.2006 18168/21285 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan s.3137) Yıldırım s.235.

“Tapuda hissedar olup hissesi satılmayan kişi de İİK’nın 134.maddesinde belirtilen ilgililerden sayılır ve ihalenin feshi davasını ayrıca açabilir. Tapuda adresi bulunmayan hissedara satış ilanı tebliğ zorunlu olmadığından bu eksiklik nedeniyle ihalenin feshine karar verilemez.” 12.HD 07.03.2003 1684/4544 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan s.3140) Yıldırım s.235

Tapuya kayıt edilmeden geçerli olan hakların bildirilmesine gerek yoktur.¹⁵ Örneğin; Açıkta olan mecra ile ilgili irtifak hakkı, geçit irtifak hakkı¹⁶ Kamu hukukundan kaynaklanan takyitlerin de keza bildirilmesi gerekmez. Zira bunlar icra takibinden etkilenmezler.¹⁷ Kanunda belirtilen asgari unsurları taşımayan ilan geçerli değildir.¹⁸ İlan yapılmaz veya gereği gibi yapılmazsa ihalenin feshi şikayet yolu ile istenebilir.¹⁹

¹⁵Yıldırım, s.235

¹⁶Yıldırım,s.235

¹⁷Yıldırım, s.235-236

¹⁸Pekcanitez, s.244

¹⁹Pekcanitez, s.244

5.4.Artırma Şartnamesi

Alıcı taşınmazı açık artırma şartnamesine göre iktisap eder. İcra dairesinin tespit ettiği artırma şartları, artırmadan önce en az 10 gün süre ile icra dairesinde herkesin görmesi için açık bulundurulur. Kesinleşmiş mükellefiyetler listesi şartnamenin bir cüz'üdür.²⁰ Artırma şartnamesinde taşınmaz üzerindeki irtifak hakları, taşınmazın mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetlerine yer verilir. Yine, şartnamede sözkonusu taşınmazın üzerindeki irtifak hakları, taşınmazın mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile garanti edilmiş kişisel borçlarının alıcıya geçeceği yer alır. Bu borçlardan kastedilen müccel borçlardır. Müccel borçlar ise, satış bedelinden öncelikle ödenir. Her ne kadar borçlunun taşınmazı ile garanti edilmiş kişisel borçları alıcıya geçse dahi, ipotek ve ipotekli borç senedi ile yükümlü olarak taşınmazın satılması durumunda borçlunun kendi sorumluluğu da devam eder. Eğer alacaklı ihaleden itibaren bir yıl içinde müracaat hakkının saklı olduğunu bildirmemişse, satışla alıcıya geçen ipotek yüklerinden önceki borçlu kurtulur. Şartnamede artırmaya iştirak edeceklerin tahmini değerinin %10'u tutarında teminat göstermeleri gerektiği yazılır. Ancak, 124.maddesinin son fıkrası satılığa çıkarılan gayrimenkulün üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı %10 nispetinde ise, artırmaya iştiraki halinde pey akçesi göstermesi gereği aranmaz. Ayrıca, şartnamede hangi masrafların alıcıya ait olduğuna yer verilir. Tellâliye borcunun yükümlüsü borçludur. Fakat bu sorumluluk şartnamede açıkça bildirilmek kaydıyla alıcıya yüklenebilir. Tellâliye resminin müşteriye aidiyeti şartnamede öngörülmüş ise, tellâliye resminin ödenmemesi ihalenin feshine yol açar. Halin icabına göre şartnameye konulması uygun olan diğer kayıtlar ve beyanlar, mesela İsviçre'de satılan gayrimenkulün niteliklerinden dolayı müşterinin rücu hakkının olmayacağı gibi kayıtlar ve beyanlar da şartnameye konulabilir.

²⁰Yıldırım,s.242

Paraya çevrilecek taşınmazın cinsi önemli vasıfları açık artırma ilanında ayrıntılı olarak belirtilir. Taşınmazın tapu kaydına ilişkin bilgileri (pafta, ada, parsel numaraları), taşınmazın bulunduğu açık adres var ise mahallesi, caddesi, sokağı, kapı numarası, satışa çıkarılan taşınmaz bir dairesi ise; bulunduğu kat ve daire numarası da açıkça belirtilmelidir.²¹ Taşınmazın metrekaresi, arttırma konusu taşınmaz arsa niteliğinde ise; imar durumunun da açıkça belirtilmesi gerekir.²² Bu hususlardaki eksik ve yanlışlıklar ihalenin feshi sebebi olacaktır.²³

İlanın ne şekilde yapılacağını, arttırmanın yeri ve günü, ilanın gazete ile yapılabileceği hususlarını icra müdürü takdir eder. “Somut olayda satışa konu yer toplam 21.878.852.100.TL değerinde, arsa üzerinde ev ve eklentiler retinan bir taşınmazdan ibarettir. Açıklanan özellikleri gözetildiğinde bu taşınmazın satış ilanının mahalli gazetede yapılması yeterli olup memurun işlemi İ.İ.K.114/2 maddesine uygundur. Kararda yer verilen dairemiz içtihatlarına göre ilanın tirajı yüksek ve Türkiye genelinde yayınlanan bir gazetede yapılması hususu, her yöreden alıcısı çıkacak nitelikteki otel, fabrika ve benzeri gibi yüksek değerli yerler için olup görülmekte olan davaya emsal teşkil etmez.” (12.HD, 26.12.2002, 28200/27696 (Man.BD). 2003/3, s.98)

5.5.Arttırmanın Yapılması ve İhale

Gayrimenkulün açık arttırma ile satılması kural olarak menkullerde olduğu gibidir. İhalenin yapılabilmesi için karşılama prensibinin karşılanması gerekir. Teklifin karşılama prensibini aşması gerekir. Bu oran ilk arttırmada yüzde altmış, ikinci arttırmada, birinci arttırmanın semeresiz kalması sonucunda yapılacak olan, yüzde kırktır. Peki, hangi meblağın yüzde altmışı veya yüzde kırkı? Malın muhammen kıymeti bu noktada hesapta önem arz eder. Fakat bu şart tek başına yeterli değildir. Ayrıca muhammen kıymet dışında haciz edilen

²¹Dönmez, s.95

²²Dönmez, s.95

²³Dönmez, s.95

söz konusu mal ile temin edilmiş rüçhanlı alacakların ve satış ve paylaşırma masraflarına elde edilecek teklifin tecavüz etmesi gerekir. Eğer teklif karşılama prensibini aşmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır ve arttırmada teklif ileri sürmüş bulunanlar taahhütlerinden kurtulurlar. İlk arttırma semeresiz kalınca ikinci arttırmaya geçilir. İkinci arttırmada ki aynı oranın mı, yoksa daha değişik bir oranın aranacağı ve eğer arttırma semeresiz kalırsa yaptırımının ne olacağı İİK m.116’da düzenlenmiştir. İİK m.116 “İkinci arttırma ilk arttırmayı izleyen beşinci gün yapılır. Beşinci günün resmi tatil gününe rastlaması halinde ikinci arttırma resmi tatili izleyen ilk iş günü yapılır. İkinci arttırmada mal en çok arttıranın üstünde bırakılır. Şu kadar ki, arttırma bedelinin malın tahmin edilen kıymetinin yüzde kırkını bulması ve satış isteyen alacağına rüçhan olan alacakların toplamından fazla olması ve bundan başka paraya çevrilme ve paraların paylaşırılması masraflarının geçmesi şarttır. Böyle fazla bir bedelle alıcı çıkmazsa satış talebi düşer.”

Doktrinde ikinci arttırmanın da semeresiz kalması üzerine arttırmanın muhammen bedelin belirli bir yüzdesini vermeye hazır alacaklıya bırakılması görüşü savunulmuştur. İlk arttırmada eğer arttırma bedeli muhammen kıymeti ve satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacakları ve satış ve paylaşırma masraflarını karşılamaz ise taşınmaz en çok arttıran taahhüdü ile bağlı kalmak üzere arttırma on gün daha uzatılmış olur. İkinci arttırma aynı yer ve saatte yapılır. Alıcının adı belirli ise ihale yapılabilir.²⁴ Temsilci kimi temsil ettiğini bildirmemişse veya beyan edildiği gibi bir hükmi şahıs aslında yoksa ihale geçersizdir.²⁵

5.6.Satış Bedelinin Ödenmesi

Gayrimenkulün satış bedeli peşin para ile ödenir. (BGE 121 III 26). “...Haciz koyduran alacaklının taşınmazı veya taşınırını ihale ile satın alması ve

²⁴Yıldırım, s.145

²⁵Yıldırım, s.145

kendisinden önce gelen başka alacaklı bulunmaması halinde, alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabileceği, “satış bedelini, alacağına mahsup edebileceği” satışa çıkarılan taşınırın (taşınmazın) alacaklı tarafından alacağına mahsuben alınmak istemesi ve taşınır (taşınmaz) üzerinde alıcının yaptığı takip nedeniyle koydurduğu hacizden önce konumlaş, başka haciz bulunması halinde ileride sıra cetveli yapılması gerekeceğinden ve henüz sıra cetveli yapılmamış olduğundan, alacaklının alacağının ihale bedelini karşılayıp karşılamadığı saptanıp ve dolayısıyla alacaklı aleyhine fark doğduğu tespit edilmeden ve alıcının önce haciz koyduran 3.kişilerin alacaklarının miktarlarının ne olduğu dahi belirlenmeden alıcı alacaklıya ihale bedelinin yatırılması için muhtıra çıkarılması doğru değildir. (12.Hukuk Dairesi, 27.11.1996 tarih, 1996/12741-15312 sayılı kararı). Şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde şikâyetin reddi isabetsizdir.” (12 HD. 17.03.2003, 2230/5512 Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s.3187)

“Müşteki ipoteğin paraya çevrilmesi ile ilgili takibin alacaklısıdır ve taşınmaz üzerine 225.000.000 TL limitli ipoteği vardır. Gayrimenkulün açık artırma ilanının satış şartları bölümünün 2.maddesinde “satış peşin para iledir. Alıcı isteğinde 20 günü geçmemek üzere mehil verilebilir” kaydı vardır. Müşteki son olarak 214 milyon pey sürmüştü ve taşınmaz bu bedelle kendisine ihale olunmuştur. İpotekli alacaklı olması nedeniyle asıl alacak ve gerileri ile takipten kaynaklanan diğer alacakların limit içinde kalmak kaydıyla satış bedelinden mahsup etmek hakkına sahiptir. Ancak bu mahsubun yapılabilmesi için icra dairesinin hesap tablosu yapıp yapılabilecek mahsubu alacağı belirlemesi alacaklı aleyhine farkın doğduğundan farkın ödemesini bildirmesi ve sonucuna göre uygulama yapması gerekirken ihale anında bedelin ödenmesi konusunda bir uyarıda bulunmadan eylemsiz kalarak 2.pey sürenin tahriki ile ihaleyi fesh etmesi yasaya ve olaya uygun değildir. Açıklanan şu durum karşısında şikâyetin kabulü ve 2.pey sürene yapılmış ihale işleminin iptali gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz alacaklı vekilinin temyiz itirazı yerinde görüldüğünden mercii kararının (bozulmasına) oybirliği ile karar verildi.” (12.HD. 14.6.1991, 386/7833; İKİD.1992, sy.380, s.8954). İhale

bedeli yerine çek, banka teminat mektubu veya senet verilemez.²⁶ Ancak icra memuru alıcıya yirmi günü geçmemek üzere ödeme süresi verebilir. m.130'daki süre 2003 yılında 4949 sayılı kanunla, takibin hızlandırılması ve alacaklının alacağına daha çabuk ulaşması amacıyla 20 günden 10 güne indirilmiştir. İsviçre Art.136'da süre 6 aydır ve süre şu hallerde uzatılabilir: Bütün ilgililer muvafakat ederlerse veya şikâyet üzerine icra mahkemesince ek süre tanınmışsa. (BGE 75 III 13; BGE 109 III 40; Amonn/Gasser, s.28, no.64).Alıcı ödemekle yükümlü olduğu paranın tamamını ödeyinceye kadar hasarı kendisine ait olmak üzere icra memurunda kalır.²⁷ İcra memuru vade tanırken alıcıdan teminat göstermesini isteyebilir.²⁸ İhale bedeli derhal ve tanınan süre içinde önenince gayrimenkulün alıcı adına tescil edilmesi için icra dairesi tapu idaresine bir yazı gönderir ve gayrimenkul alıcıya teslim edilir. Yalnız bunun için ihalenin kesinleşmiş olması yani yedi gün içerisinde ihalenin feshinin istenmemiş olması veya istenmiş olup da tetkik merciinin ihalenin feshi talebini reddetmiş ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekir.

5.7.Satış Bedelinin Ödenmemesi Hali

Alıcı ihale (satış) bedelini derhal veya kendisine verilen üst sınır olan yirmi günlük süre içerisinde ödemezse icra memuru kendiliğinden (re'sen) ihaleyi fesh etmekle yükümlüdür. "...Satış memuru dosyayı re'sen tetkik edecek vakit bulamadığından dolayı, ihale müddet hitamında feshedilmemiş ise, verilen mehilden sonra müşteri para getirdiği zaman bunu kabul etmeyerek ihalenin feshine karar vermek icap eder. Şayet satış memuru bunu yapmayarak parayı alıp vezneye koymuş ise alakadarların mercie şikâyeti üzerine, icra hâkimliğince bu muamelenin bozulmasına ve mezkûr 133'üncü madde uyarınca satış memurluğunca ihalenin feshi lüzumuna karar verilmesi iktiza eder. Müddet geçtikten sonra verilen paranın kabulü ile ihalenin tekemmül ettirilmesi, kanunun tayin ettiği müddetin satış memurluğunca uzatılması

²⁶Kuru s.386

²⁷Yıldırım, s.146

²⁸BGE 109 III 107 AmonnGasser, 28 no 65

demek olur ki, bu hal müddetleri kesin olarak tespit eden İİK.'nun ruh ve müfadaına aykırı düşer. Sözü geçen Kanunun 20'nci maddesinde müddetleri değiştiren mukaveleler hükümsüz addolunmuştur. Bir an için bunun aksi kabul edilirse, tatbikatta birçok ihtilafların doğmasına ve işlerin sürüncemede kalmasına sebebiyet verilmiş olur. Ancak, muamelede menfaattar olan alakalılar muvafakatleri halinde ihale tekemmül edeceğinden, böyle bir vaziyette para müddet geçtikten sonra verilmiş olsa bile satış memuru ihaleyi feshedemez.

Netice : İİK.m.133 uyarınca ihale bedeli ile artırma şartnamesinde müşteriye aidiyeti tasrih olunan dellaliye resmi derhal veya verilen mühlet içinde ödenmediği takdirde satış memurluğunca ihalenin re'sen feshedilmesi, edilmediği surette vaki olacak şikâyet üzerine mercice ihalenin feshi lüzumuna karar verilmesi lazım geldiğine karar verildi. (İBK.23.3.1955, 1/5; RG.25.6.1955, sy.9038) İcra memuru ihaleyi kendiliğinden fesh etmezse ilgililer icra hâkimliğinde şikâyet yoluna başvurabilirler. “Burada icra memurunun davranışı (ihaleyi fesh etmemesi) bir hakkın yerine getirilmemesi olduğunda şikâyet süresizdir”²⁹

Temerrüt halinde mülkiyet borçluya geri döner, ihale bedelinin icra yoluyla tahsiline girişilmez.³⁰ İcra memuru alıcıdan önceki en yüksek peyi teklif etmiş olan kimseye söz konusu meblağ ile gayrimenkulü önerir. Eğer en yüksek peyi teklif eden kimse üç gün içerisinde almaya yanaşmazsa gayrimenkul hemen açık arttırmaya çıkarılır. Yargıtay 12.HD.'nin içtihadında her ne kadar İİK.m.133'e göre ihalenin feshi için bir süre öngörülmemiş ise de, İİK.m.134'e göre ihalenin feshi için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin burada da uygulanmasının kanun koyucunun amacına uygun olacağı benimsenmiştir. (Örn.bkz.12.HD.6.12.2005, 19793-24177, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s.3214) Alıcıdan önceki en yüksek peyi teklif edene malın önerilebilmesi için onun telifinin de İİK m.129/a arttırmanın birinci ve ikinci olmasına göre uygun

²⁹Kuru, s.390

³⁰Yıldırım, s.147

olması ve adresinin malum olması şarttır. Ancak icra memurunun alıcıdan önceki en yüksek teklifte bulunana gayrimenkulü almasını teklif edebilmesi ve almazsa gayrimenkulü hemen yedi gün müddetle arttırmaya çıkarabilmesi için yirmi günlük ödeme süresi geçtikten sonra hemen ihaleyi fesh etmiş olması gerekir.³¹ Aksi halde icra memuru ihaleyi geç feshederse gayrimenkulün normal ihale hükümlerine göre yeniden ihaleye çıkarılması gerekir.³²

5.8.Hakların İntikali

Gayrimenkullerde ihale ile mülkiyet geçer “....Gebi icra usulleri amme hukukundan ise de, bunun neticesinde (gayrimenkul satılınca) hususi hukuk sahasına giren aynî bir hak doğar. Filhakika ihale üzerine bir ayın üzerindeki mülkiyet bir şahıstan diğer şahsa geçer. Mülkiyetin bu intikali mevzuu, usul ve kanunlara uygun olmak lazımdır. Aksini iddia edip ihalenin feshine isteyenler öteden beri umumi mahkemelere müracaat edenler ve davaları bu mahkemeler tarafından görülüp hükme bağlandı. Sonradan İİK. Bu gibi fesih taleplerinin nacak icra tetkik merciine şikâyet yolu ile arz olunabileceğini tasrih etmiştir.” (İBK.18.11.1942, 2/12; RG.28.1.1943, sy.5316) (BGE 117 III 43) Müşteri mülkiyeti aslen iktisap eder.³³ İhale olunan şeyin mülkiyeti ile birlikte yararı ve hasarı da alıcıya intikal eder. “İİK.’nin 134.maddesi hükmünce, cebri ihale ile satılan bir taşınmazın mülkiyeti, ihale sonunda alıcıya geçer. Ancak bu geçiş alıcıya taşınmaz üzerinde temlik tasarruf olanağını sağlamaz. Cebri icra yoluyla taşınmazın satışı, BK.’nin 231.maddesi hükmünce her ne kadar taşınmaz alım ve satımın BK.nda bir özel türü olarak tanımlanmış ise de bazı İçtihadı Birleştirme Kararları gerekçelerinde ve özellikle 24 Haziran 1953 gün ve 14/6 sayılı kararın gerekçesinde açıklandığı üzere “bir alım satım değil, icra dairesinin bir özel tasarrufudur.” Böyle bir tasarrufa dayanan mülkiyetin taşınmazın zarar ve yararlarıyla (nefi hasarıyla) alıcıya geçmesinde, özellikle mülkiyetin geçen yararı konusunda ve zamanaşımı yönünden alım satım

³¹Kuru, s.390

³²Kuru, s.390

³³Yıldırım, s.146

hükümleri uygulanmaz. O halde, içtihadı birleştirme kararında da açıkça vurgulandığı gibi; davacı ihalenin kesinleştiği 28.5.1976 gününden sonra davalı eski malik tarafından toplanan kiraları yani yararları (bu yönü ispat şartıyla) davalıdan isteyebilir.” (4.HD. 25.3.1980, E.1980/1383, K.1980/3932; YKD.Haziran 1981, s.687-688) Müşteri ancak tapuya adı yeni malik olarak kaydedildikten sonra gayrimenkulde tasarruf edebilir. Tapu kaydı sadece açıklayıcı (deklatorisch) etkiye sahiptir. Spühler/Pfister s.175³⁴

5.9.İhalenin Feshi

Açık arttırmada yapılan usulsüzlükler sonucunda ihale şikayet yoluyla icra hâkimliği tarafından fesh edilir. İhalenin feshi gayrimenkullerde Tapu Kütüğünde kendiliğinden bir oynama yaratmayacağından ihalenin feshi ile birlikte tapu kütüğünün tashihi de talep edilmelidir.³⁵İhalenin feshi konusunda bir Yargıtay kararını anmakta yarar görüyoruz. Artırma şartnamesi tutanağında depo edilecek teminat miktarının yanlışlıkla eksik gösterilmesi durumunda acaba bir hak iddiası vuku bulabilir mi? Özellikle artırmanın yapılacağı zaman kesitinin kısılalığı durumunda bu hal daha önem arz edecektir. Yani eğer artırmanın başlayacağı an üçüncü kişinin icra dairesinde yanlışlıkla eksik gösterilen teminatı yatırmak istemesi durumunda teminatın tamamlanması ihalenin kaçırılmasına yol açacaksa hak kaybına uğrayan üçüncü kişinin iddiası dinlenebilecek midir? Yargıtay 14.6.1979 tarihli kararında buna izin vermemiştir.³⁶“Takdir olunan kıymet ile ihale bedeli arasında aşırı fark bulunması tek başına ihalenin feshini gerektirmeyeceğine, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İİK.’nun 363 ve HUMK.’nun 4438.maddeleri

³⁴Yıldırım, s.146

³⁵Yıldırım, s.148 ve dipnotunda andığı Üstündağ s.341 ve orada karşı fikirde fesih kararının yeterli olacağı hakkında Postacioğlu,no 447

³⁶Muşul,s.768

uyarınca (onanmasına), (12.HD.1.5.1984, E.1984/3212, K.1984/5382; YKD.Kasım 1984,1639-1690).

“Taşınmaz 10.5.1983 tarihinde 4.503.000 TL.na Tamer’e ihale edilmiş, verilen süre içinde ihale bedelini ödememiş, icra dairesince Tamer’den sonra en çok pey süren Hatice’ye teklif yapılmış kabul etmemiş, memurlukça ihale fesih edilmiş, 133.maddeye göre yapılan arttırmada evvelce 4.502.000.TL pey süren Hatice’ye, 1.700.000.TL.na ihale edilmiştir. Evvelce 4.502.000.TL pey sürülüp bu fiyatla kapatmaya matuf olduğu düşünülmeden fesih talebinin reddolunması isabetsiz.” (12 HD.10.12.1984, E.1984/9599, K.1984/122780; YKD.Mayıs 1985, s.687)

5.9.1.İhalenin Feshi Sebepleri

İhalenin feshi sebepleri çeşitli aşamalarda ortaya çıkmış olabilir. Örneğin; geçerli bir satış talebi olmadan ihalenin yapılması da bir ihalenin feshi sebebini teşkil edebilir.³⁷ Yine arttırmanın ilanda belirtilen saatten önce başlayıp ilanda gösterilen saatten önce bitirilmesi, yetkisiz memur tarafından ihalenin yapılmış olması da ihalenin feshi sebebidir.³⁸ İhalenin sağlıklı bir şekilde cereyan etmesine engelleyici davranışlarda, örneğin; tehdit gibi yöntemlerle alıcıların ihaleden uzaklaştırılmaları da ihalenin feshi sebebidir.³⁹

Arttırmanın çeşitli aşamalarında yolsuzluk ortaya çıkmış olabilir. Örneğin:

Arttırmaya hazırlık döneminde mükellefiyetler listesinin haciz ve ipotek alacaklılarına tebliğ edilmemiş olması,Satış ilanının ilgililere tebliğ edilmemiş bulunması.

Taşınmaz muhammen değeri üzerinde satıldığına göre, ilandaki usulsüzlük, zarar unsuru gerçekleşmediğinden, fesih nedeni yapılamaz.

³⁷Pekcanitez, s.254

³⁸Pekcanitez, s.254-255

³⁹Pekcanitez, s.255

İlanın tirajı yüksek bir gazetede yapılmasına karar verildiği halde, bu karara uygun ilan yapılmadığı anlaşılmış ise de, taşınmaz hissesinin muhammen değer üzerinde satılmak suretiyle, dava şartı olan İİK'nun 134.maddesinde yazılı karar unsurunun mevcut olmamasına, kıymet takdir tarihi ile satış tarihi arasında kıymeti etkileyecek bir sürenin geçmemiş olmasına, şahadetin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre, yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle, usul ve kanuna uygun merci kararının onanması gerekir. (Y.12.HD., 14.12.1989 T., E.6114, K.15431)

Arttırmanın yapılmasında karşılama prensibine, muhammen kıymetin asgari yüzdesi ve rüçhanlı alacaklar ile satış ve paylaşırma masraflarına tecavüz şartına uyulmaması, İhalenin ehliyetsiz bir memur tarafından yapılmış olması⁴⁰.

Kanuna veya ahlaka (adaba) aykırı bir şekilde arttırmaya fesat (dolan) karıştırılmış olması. İhale olunan gayrimenkulün belediyece kamulaştırılarak meydan veya park yapılacağı şeklinde söylenti çıkartılması. Arttırma sırasında bilinmeyen bir kişinin satılan gayrimenkulün mezarlık olduğu şeklinde bağırması (örnekler için bakınız Kuru).

“Birinci ihalede alıcı çıkmadığından satış yapılamamış, ikinci ihale günü usulüne uygun olarak ihaleye başlanmamış ve tutanak tanzim edilmemiş, İİK.'nun 129.maddesi gereğince belediye başkanlığından tellal bulundurulması 23.11.1982 tarihli müzakere ile istendiği halde usulsüz yapılan ihalede tellal tarafından gerekli çağrı yapılmamış olduğu düşünülmeden ve 5.000.000.lira değerli taşınmazın 500.000.lira gibi çok düşük bir bedelle satılıp 134.maddedeki zarar unsurunda mevcut olduğu hususu nazara alınmadan fesih isteğinin reddi isabetsiz olduğu gibi kabul şekline göre de 23.11.1982 tarihli icra zaptına geçirilen satış şartnamesinde köyle ve belediye hoparlörü ile ilana karar verildiği halde bu hususların yazılan müzakerelere göre yerine getirilip

⁴⁰Üstündağ, s.287,Postacıoğlu,s.447b

getirilmediği araştırılmıdan ve değeri nazara alınarak gazete ilanı öngörüldüğü halde başka bir dosya ile yapılacak satış sebep gösterilerek ve bu dosyada ilan yapılmasına mahal olmadığına karar verilerek satışın yapılması isabetsiz.” (12 HD, 21.6.1983/3310, K.1983/5014; YKD.Ekim 1983, s.1504/1505)

Alıcının malın esaslı niteliklerinde hataya düşürülmüş olması gayrimenkulün ihaleden önce kamulaştırılmasının kararı verilmiş olması. (rnekler için bakınız Kuru).

“Eğer hata iş hayatında (bu tür hukuki işlemlerde) geçerli dürüstlük kurallarına göre malın alıcı tarafından arttırmaya katılıp pey sürerken göz önünde tuttuğu (tutabileceği) belli özelliklere ilişkin ise asılsı sayılmalıdır.”⁴¹

İİK m.134’deki hata, esaslı hatadır. Diğer hata halleri buraya girmez.

Alıcı, malın önemli niteliklerinde hataya düşürüldüğü iddiasıyla, ihale gününden itibaren yedi gün içinde ihalenin feshini isteyebilir (İİK m.134/11). Ancak alıcı kendisine ihale edilen malın niteliklerinin şartnamede öğrendiklerinden farklı olduğunu, bu konuda hataya düşürülmüş olduğunu ihale gününden sonra öğrenirse, ihalenin feshini isteme süresi, alıcının hataya düşürüldüğünü öğrendiği günden başlar.

Davacılar, 23.5.1986 gününde ihale ile satın aldıkları taşınmazın niteliğinde hataya dşrldğlerini, 2.6.1986 gününde belediyeden aldıkları bir yazıyla imar durumunu öğrendiklerini ne sürmüşlerdir; dava ise 6.6.1986 gününde açılmıştır.

Ne var ki, yargılama sırasında dinlenen tanıklar, satışı yapılan taşınmazın imar durumunun davacılar dâhil satışa iştirak edenler tarafından bilindiğini ve bu konunun satıştan önce açıkça tartışıldığını açıklamışlardır. O halde davacıların, malın niteliğine ilişkin hatayı, ihale gününde öğrendikleri kabul edilmelidir. Kaldı ki, niteliği tarla olduğu açıklanan taşınmazı çok katlı binalar yapmak üzere satın alacak kişinin (ki davacılar bu amaçla ihaleye iştirak ettiklerini ileri

⁴¹Uygur,s.5478 ve dipnotu 56’da anılan yazar

sürmüşlerdir), taşınmaz niteliği hakkında önceden ilgili yer ve kurumlardan bilgi alması, hayat deneyleriyle elde edilen bilgilere (tecrübe kuralı) uygun düşer.

Mahkemenin, taşınmazın ihalesi öncesi malın niteliğine ilişkin konuşma ve tartışmaları, “ihaleye katılmaları önceleme” şeklinde değerlendirmesi yeterli değildir. Hukukun olgulara uygulanmasında, tamamen varsayıma dayanan kurallar (..... İhalede alıcıların heveslerini kırma) bir değer ifade etmezler. Çünkü bu herkesçe bilinebilecek bir kural değildir. Olayımızda mahkemece hayatın olağan akışı olarak ifade edilen tecrübe kuralı, “çok katlı inşaat yapmak üzere taşınmaz satın alacak kişinin deneylerle beklenen davranışları”dır. Kaldı ki, satış ilanında taşınmazın niteliğinin tarla olarak belirtilmesi de, (davacıların satışa girmeden önce satın alma amaçları gözetildiğinde) bir araştırma yapmalarını zorunlu kılar.

O halde mahkemenin davanın süresinde açıldığını kabul ederek işin esasını incelemiş olması usul ve yasaya aykırıdır; hüküm bu nedenle davalılar yararına bozulmalıdır.

Mahkeme, satış ilanında taşınmazın niteliğinin yazılmadığını, bu nedenle davacıların malın niteliğinde önemli hataya düşürüldüğünü kabul etmiştir. Satış ilanında, taşınmazın özelliğinin “tarla ve kadastro parseli” olduğu, satış şartnamesi ve tutanağında da diğer bilgilere ek olarak “taşınmazın imar parseline geçmediği”, hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek biçimde açıklandığı görülmüştür. Diğer taraftan satılan taşınmazın, imar planında “Çocuk Eğlence Merkezi” içinde bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, bu yoldaki imar planının Büyükşehir Belediye Başkanlığının 7.5.1986 gününde kesinleştiği de (ihaleden sonra) tartışmasızdır. O halde taşınmazın niteliğinin “tarla ve kadastro parseli” olarak gösterilmesi hata değil, doğrudan doğruya gerçeğin kendisidir. Hata ihaleye çıkarılan malın niteliğinin açıklanmasında değil, davacıların, subjektif beklentilerinden kaynaklanmıştır. Kaldı ki, 134.maddede öngörülen hatadan amaç, önemli (esaslı) bir hatadır; bir an için hatanın varlığı kabul edilse dahi, taşınmazın ilan edilen niteliklerinin yanında

ayrıca “imarda Çocuk Eğlence Merkezi” içinde kaldığının açıklanmaması, ihalenin feshini gerektirecek önemli bir hata değildir.

O halde mahkemenin işin esasına ilişkin değerlendirmesi de, kabul şekli bakımından hatalı olmuştur. (Y.13.HD., 13.8.1987 T., E, 4143, K.5822)

Satış ilanının aksine satılan taşınmaz üzerinde ev, ahır ve samanlığın bulunmaması esaslı hata oluşturur.

Davacının ev, ahır ve samanlığın 102 parselde olmayıp 104 parselde bulunduğu itirazı satış memurluğu ile, buna vaki itiraz üzerine sulh hukuk mahkemesince reddedilmiş bulunmaktadır. Diğer deyişle, 102 parsel üzerindeki ev, ahır ve samanlıkla ihaleye çıkarılmıştır. Yapılan ihale sonunda 102 parsel davacı üzerinde kalmıştır. Ne var ki, ihaleden sonra davacının yaptırdığı tespit ev ve ahırın 102 parsel hudutları içinde değil, 104 parsel hudutları içinde olduğu belirtilmektedir. Bu son tespit gerçeği ifade etmekte ise, gerçekten ihalenin feshi gerekmektedir. Mahkemece bu husus yeterince araştırılıp incelenmeden, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir (Y.4.HD., 17.12.1987 T., E.9083, K.9310)

Taşınmazın yüzölçümünün satış ilanında fazla gösterilmesi ve üzerindeki binanın kaçak olması nedeniyle yıkılmasına karar verilmesi, esaslı hata oluşturur.

Müşteki, şikâyet dilekçesinde, ihalesi üzerinde kalan dairenin alanının 200 metrekare olduğunu belirttiğini, oysa ihaleden sonra tapuda yaptığı inceleme sonucu 70 metrekare olduğunu söylediklerini, taşınmazın evsafında hataya düşürüldüğünü belirterek ihalenin feshini istemiştir.

Gerçekten dosyadaki ilanlarda dairenin alanının 200 metrekare olduğunu belirtildiği görülmüştür.

İhalenin feshi için yapılan şikayetten sonra, davalı alacaklı tarafça yapılan başvuru sonucu, Şişli 4.As.Hukuk Mahkemesince yapılan tespit de, sonradan yapılan ilave inşaatla alanın 203 metrekareye çıkarıldığı anlaşılmıştır.

Şişli Belediye Encümeninin 23.7.1987 tarih 1987/788 sayılı kararı ile imar durumuna aykırı kaçak olarak yapılan 84 metrekarelik ilavenin 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42.maddeleri gereği yakılmasına karar verildiği, 6.2.1989 tarihli Şişli Belediye Başkanlığının yazısı ile sabittir.

Soyut damat kayınvalide ilişkisi ve dairenin daha önce müşteki tarafından borçluya satılması, sonradan yapılan ilavenin kaçak olduğunu müştekinin bildiğini göstermeye yeterli değildir. Davalı taraf da, bu hususu ihaleden önce müştekinin öğrendiğini herhangi bir delille ispat etmiş değildir. Bu durumda istemin kabulüne karar verilmek gerekirken, reddinde isabet yoktur (Y.12.HD., 29.3.1989 T., E.3170, K.4373)

5.9.2.İhalenin Feshi Usulü

İhalenin feshi sebepleri gerek ihale öncesi gerekse ihale sonrası İcra Müdürünün bir işlemine karşı olduğu için ihalenin feshi genel Mahkemelerden talep edilmez. Yetkili İcra Mahkemesi satışın yapıldığı yer İcra Dairesinin bağlı bulunduğu İcra Mahkemesidir ve bu yetki kesindir.

İhale tarihinden itibaren yedi gün içerisinde şikâyet vukuu bulmalıdır. İlgililerin ihalenin yapılmasına kadar olan işlemlerde usulsüzlüklerini en geç ihale tarihinde öğrendikleri kabul edilir. Süre istisnaen satış ilanı tebliğ olunmamış ise, malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihaledeki fesada sonradan vakıf olunmuşsa fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren başlar ve ihale tarihinden itibaren bir yıl geçmekle sona erer.Ancak belirtmek gerekir ki bazı fesih sebepleri açısından icra tetkik merceğinin yetkisini aşan bir düzenlemeye gidildiğini kabul etmek gerekir. Uygulamada izale-i şuyu ilamları

neticesinde vuku bulan ihalelerde fesih taleplerinde sulh hukuk mahkemelerinin baktığı görülmektedir.⁴²

“İhalenin feshi sebepleri:

Satış ilanının ilgililere tebliği veya satış şartlarının tespit edilememesi halinde olduğu gibi satış hazırlıkları sahasına,

Satışın muayyen gün ve saatte yapılmaması, ilk arttırmada muhammen bedelin yüzde yetmişbeşini bulmadan ihalenin icrası hallerinde olduğu gibi bizatihi ihaleye,

Alıcının iradesinin hataya duçar edilmesinde olduğu gibi iradeye.

Binnetice gayrimenkulün hakiki değeriyle ihale edilmesine mani olmak maksadı ile, kanuna veya ahlak ve adaba mugayir tertibatla arttırmaya fesat karıştırılmış olması halinde, taalluk eder.

Satış hazırlıklarına taalluk eden fesih sebeplerine ilgililerin ilan namenin tebliğ edildiği tarihte ve nihayet ihale tarihinde ıttıla kesbetmiş olacağı muhakkaktır. Fakat sair fesih sebeplerine ve bilhassa Borçlar Kanununun 226.maddesinde söz konusu edilen fesadı mucip sebeplere ihale gününde ıttıla kesbolunması her zaman mümkün olmayabilir. Binaenaleyh bu gibi hallerde ıtılanın tarafların durumlarına, hadisenin özelliğine göre araştırılıp tespit edilmesi, gerekirse tarafların göstereceği deliller toplanarak şikâyet ve dava müddetin buna göre hesaplanması lazımdır. (İDD.19.3.1963, 368/3488; AD.1963, sy.9/10, s.1076)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, salt ihale konusu taşınmazların niteliklerini ve rüçhanlı alacaklar toplamı ile ihale gününü gösteren satış ilanının davacıya tebliğ edilmiş olması kendisinin katılmadığı belirli günde şartnameye aykırı biçimde ve usulsüz olarak ihalenin yapıldığını öğrendiği anlamına gelemez. Aksine satış memurunun satış ilanında öngörülen satış şartlarına ve özellikle İcra İflas Kanununun buyurucu nitelikteki 129.maddesine aykırı biçimde

⁴²Üstündağ, s.288

ihaleyi yapması bozukluk olup bir tür fesattır. Bu itibarla şikayete niteliği gereği İcra İflas Kanununun 134.maddesinin 4.fikrasındaki sürenin uygulanması icap eder. 7 günlük süre de davacı şikâyetçinin ihaleye fesat karıştığını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Olayda ihale gününden itibaren bir yıl geçmediği gibi davacı (şikayetçi) bankanın ihaleye fesat karıştırdığını öğrendiği tarihten itibaren 7 günlük süre içerisinde mercide şikayette bulunmadığı da kanıtlanmış değildir.

Hal böyle olunca ihalenin feshine karar verilmek gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. O itibarla direnme kararı bozulmalıdır. (HGK.24.1.1990, E.1989/12-554-K.12; İKİD.1991, s.366, s.7059-7060)

“...Satış iflas idaresince, alacaklıların verdikleri karar dairesince pazarlık suretiyle yapıp muhammen değeri 67.402.068 olan taşınmazı %10.7 milyon TL teminat mektubu yatıkıp ihaleye katılan limited şirket temsilcilerine ihale edilmiştir.

Satış zaptında imzası bulunanlar satışın normal şartlar altında yapıldığını belirtmiş, satışı yapılan taşınmazın yarı hissesine sahip olan şahitlerden Şükrü Taşkın ihaleye girmek isteyenlere mani olunmadığını bir saat beklendiğini bundan sonra şirket temsilcisine ihalenin yapıldığını bildirmiş, diğer bir tanık ve resmi tellal dahi bu hususu teyit etmiştir.

Davacı şahidi Oktay Harman kendisinin de satışa girmek istediğini ihaleye sokulmadığını kendisinin de alıcı olarak geldiğini bildirmiş davacının diğer iki şahidi Salih ve Metin Mahalden bizi nasıl ihaleye sokmazsınız gibi laflar işittiklerini avukatın tanıklık yaparmısın diye söylediğini beyan etmiş, iflas masa memuru şahit Oktay Harman'ın ihaleye girmek için geldiğini, satış ilanındaki teminatı göstermesini istediğini cevaben teminat için çocuğu gönderdiğini söylediğini bildirmiş, şahit yarı hisse sahibi Şükrü Taşkın ikici defa dinlendiğinde ihaleye sokmama durumu mevcut olmadığını bildirmiştir. Şahit Oktay Harman'ın teminat yatırdığı veya yatırmak istediği halde iflas masasınca kabul edilmediği hakkında davanın kabulünü gerektirir bir delil

getirilmediği teminat olmadan ihaleye sokulmamakta olaya ve yasaya uymayan bir cihet bulunmadığı teminat mevcut olmadığından, Şahit Oktay'ın ihaleye girmesinin sözkonusu bulunmadığı teminatsız girmek hususunda bir talebi olmadığından bu cihedin satış zaptına geçirilmesine gerek bulunmadığı düşünülmeden mücerret bu Őahidin sözlerine atfen beyanda bulunan Salih ve Metin'in ifadeleri ile muhammen bedel üzerinde satışın gerçekleŐtiđi de nazara alınmadan ihalenin feshine karar verilmesi bedel üzerinde satışın gerçekleŐtiđi de nazara alınmadan ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir, gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yarfilama sonunda; mahkemece önceki karar direnilmiştir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen zel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. (HGK.7.2.1990 E.1989/12-673-K.60; İKİD 1990,s.7610-7611)

“.....Haciz alacaklısı kural olarak ihalenin feshini isteyemez, ancak tapu sicilinde lehine haciz Şerhi olan alacaklı tapu sicilindeki ilgili sıfatıyla ihalenin feshini isteyebilir. Taşınır üzerinde haczi olan alacaklı ise ancak kendi takip dosyasında satış istemiş olması halinde taşınır ihalesinin feshini talep edebilir. Satış talebinin ihaleden önce gerçekleŐmiŐ olması gerekir.” 12.HD 16.2.2007, 2006-22396/257, Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s.3264

“.....Somut olayda takibin kesinleştiği ve ihale safhasına gelindiği görülmektedir. Satışın durdurulması yönünde bir karar verilmediği sürece yapılan ihalenin feshi, yukarıda yazılı maddede (İİK 134) belirtilen nedenlerle talep edilebilir. Kesinleşen takibin daha sonra iptal edilmiş olması tek başına ihalenin feshini gerektirmez.” 12.HD 15.7.2005, 11944/15760, Oskay/Koçak, Deynekli/Doğan, s.3315

“İİK.'nun 134.maddesine dayalı ihalenin feshi davasına bakmak görevi, tetkik mercii hkimliğininindir.

İhalenin feshedilmesinde hukuki yararı (menfaati) bulunan kimseler şikâyet yolu ile ihalenin feshini isteyebilirler.

5.9.3.İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler

İhalenin feshini isteyebilecek kimseler 134.madde de yalnızca satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler olarak sayılmıştır. “İİK’nun 134/2.maddesinde ihalenin feshini isteyebilecek kişiler arasında (tapu sicilindeki ilgililer) de gösterilmiştir. Yasa koyucu tapu sicilindeki ilgilinin dava açma hakkı olduğunu belirleyerek bu konuda anılan hüküm dışında bir kısıtlamaya yer vermemiştir. Medeni Kanun’un 733/1.maddesine göre cebr-i artırmalarda önalım hakkı da kullanılmayacağına göre, payı satış konusu olmayan diğer paydaşa fesih isteme hakkı tanınması gerekir. Şikayetçi Metin’in tapu kaydında pay sahibi olduğu anlaşıldığına göre onun payı satılmasa dahi, diğer pay sahibiyle ilgili ihalenin feshini istemesi anılan madde hükmüne göre mümkündür. Yerleşik Yargıtay uygulaması bu yönde olup mahkemece şikâyetin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” 12.HD 12.4.2005, 4680/7905 YKD 2005/10, s.1573-1574. Yargıtay ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin sınırlı sayıldığı görüşündedir. “... ihalede, müşteki s....3.sırada pey süren kişidir. Öncelikle belirtelim ki bir ihalenin İİK’nun 133.maddesi nedeniyle fesih olunması halinde anılan madde gereğince ihale 2.pey sürene (koşulların oluşması) halinde teklif edilir. Bu nedenle bir ihalede 2.pey sürenden önce 3.derecede pey süren kişinin bu ihalenin feshini istemesinde İİK. Hükümleri çerçevesinde hukuki yararı yoktur. (...).alacağına mahsuben alacaklının ihale konusu mahcuzu olması halinde, mahcuz üzerinde alacaklının alacağına tercihi olan başka hacizlerin bulunmaması halinde alacaklının ihale bedelini dosyaya yatırması gerekmez.” 12.HD 10.4.2003, 4645/7837 (TBBD 2003/11-12, s.301 Örneğin; Yargıtay

taşınırlarda rehin sahibinin⁴³, satılan taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz koydurmuş kişinin⁴⁴ ihalenin feshini isteyemeyeceği görüşündedir.⁴⁵ Fesih isteyen ilgilinin ileri sürdüğü fesih nedeni olarak yolsuzluğun kendi menfaatini İcra-İflas Kanunu m.134 bendVIII’de öngörülen hüküm bir anlamda dava şartı olarak nitelendirilebilir. “İhalenin feshi davasının niteliğine, takip alacaklısının icra takibini sürdürmesinde ve borçlunun açmış olduğu ihalenin feshi davasını sonuçlandırmasında hukuki yararı bulunmasına göre yetkili mahkemede davayı takip yetkisinin bulunmasına (HGK.’nun 19.3.1969 tarih 1/633-183 sayılı kararı, Prof.Dr.BakiKuru’nun Hukuk Usulü kitabının 2001 baskısı 1.cilt, sayfa 335, Prof.Dr.HakanPekcanitez, Doç.Dr.Oğuz Atalay, Yrd.Doç.Dr.MuhammetÖzekes’in Medeni Usul Hukuku’nun 2001 yılı baskılı kitabının sayfa 98) Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İİK.’nun 366 ve HUMK.’nun 438.maddeleri uyarınca (ONANMASINA), 4.960.000 lira onama harcı alındığından, başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 2.5.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.” 12.HD 2.5.2002, 7529/9214 (yayımlanmamıştır).

Taşınmaz üzerinde haczi bulunan alacaklılar ihalenin feshini talep edebilirler. Haciz sahibinin ayrıca kendi dosyasından satış talebinde bulunması gerekmez.⁴⁶

⁴³ “Menkul ihalelerinde de uygulanan İİK’nun 134/2 maddesinin ihalenin feshini isteyebilecek ilgililer sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar “satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerdir.” Rehin alacaklısı olan şikâyetçinin ise ihale tarihinden evvel, satışı yapılan menkuller hakkında satış isteği bulunmadığı gibi rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapmış olduğu icra takibi de bulunmaması nedeniyle ihalenin feshi davası açmasına yasal imkân yoktur. Mercice istemin bu nedenle ve aktif husumet yokluğundan reddi gerektiğinden işin esası incelenerek ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir.” 12.HD 27.2.2001, 2295/3702 (YKD 2002/5, s.742)

⁴⁴ “Taşınmazın tapu kaydı üzerine müşteki tarafından şerh ettirilen ihtiyati tedbir kararı taşınmazın üçüncü kişilere devrini önler mahiyette olup, ihtiyati haciz gibi hukuki sonuç doğurmayacağından tedbir koyduran İİK.’nun 134.maddesinde açıklanan ihalenin feshini isteyebilecek ilgililerden değildir.” 12.HD 13.3.2001, 1627/2628 (YDK 2002/6, s.884)

⁴⁵ Pekcanitez, s.256

⁴⁶ Dönmez, s.441

İcra hâkimliğinin kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. İcra hâkimliği her türlü delile dayanarak fesih kararı verebilir. İcra hakemliği tarafların ikrarı ile bağlı değildir. İcra hâkimliği ihalenin feshi talebini yerinde görmezse, ihalenin feshi talebini reddeder ancak ret kararı kesinleşmeden ihale bedeli alacaklılara ödenmez. İcra hâkimliğinin fesih talebinin kabulü veya reddi kararları temyiz edilebilirler. Eğer ihalenin feshine ilişkin karar kesinleşirse tapudaki tescil iptal edilir. Alıcıya ödediği ihale bedeli nemalandırılmış olarak iade edilir.⁴⁷

Eskiden ihalenin feshinin istenmesi halinde alıcı satış bedelini nakden ödemek zorunda değildi. Bunun yerine bu bedeli karşılayacak bir banka kefaleti gösterebilirdi. Alıcı daha önce ihale bedelini ödemiş ise, ihalenin feshinin istenmesi halinde muteber bir banka kefaleti karşılığında ödediği paranın kendisine geri verilmesini isteyebilir. Yeni Kanun döneminde ise alıcı uğradığı zarar varsa buna katlanacak. Buna karşılık semerelerden de ara dönem için yararlandırılacaktır.⁴⁸ Bu arada üçüncü kişiler iyi niyetle hak iktisap etmişlerse, şikâyet yoluyla fesih bu hakları bertaraf etmez.⁴⁹

“İhaleden sonra ihalenin feshi davası açıldığında ihale alıcısı ihalesi yapılan gayrimenkulün fiili ve ekonomik bütünlüğünün korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını İcra Müdürlüğünden isteyebilir. Satışı yapılan taşınmaz fabrika vb.bir yer ise masrafları ihale alıcısı tarafından karşılanmak üzere bu taşınmazın fiili ve ekonomik bütünlüğünün korunması için ticari faaliyetine engel olmayacak şekilde İcra Müdürü tarafından gözetmen denetmen ataması yapabilir. Atanan gözetmen denetmenin taşınmazın bütünlüğünün korunması için atandığı taşınmazın bulunduğu yer güvenlik görevlilerine gözetmen denetmenin kimlik bilgileri de yazılmak suretiyle bildirilir. Taşınmazın fiili ve ekonomik bütünlüğünün korunması için alınacak bir tedbirler sırasında taşınmazın ticari faaliyetini engelleyici herhangi bir işlem yapılmaması gerekmektedir. Örneğin; taşınmaz faal bir fabrika ise taşınmazın fiili ve

⁴⁷Yıldırım, s.150

⁴⁸Yıldırım,s.150

⁴⁹Yıldırım, s.150 Spühler/Pfister,s.177

ekonomik bütünlüğünü sağlıyorum diye tüm kapılarının kapatılıp mühürlenmesi ticari faaliyetini engeller bir girişimdir. Bu durumda bu fabrikayı işletenler ilerde ihale fesh olduğunda ticari faaliyetinin engellendiğinden bahisle Adalet Bakanlığı aleyhine tazminat davası açabilirler. Bu nedenle ihalesi yapılan taşınmaz ile ilgili alınacak kararlarda İcra Müdürünün mutlaka öncelikle alacaklı ve borçlu ile ihale alıcısının haklarını koruması, tüm bunları yaparken de yaptığı işlemlerde yasaya aykırılık bulunmamasına dikkat etmesi gerekmektedir. Taşınmazın fiili ve ekonomik bütünlüğünün korunması için yapılan masrafların ihale alıcısı tarafından karşılanması gerekir.⁵⁰

⁵⁰Ahmet Özata-Yavuz Süphandağ, s.174

SONUÇ

Açık artırma hukuku Türk hukukunda üç yönlüdür. Bunlar, özel kişiler arasındaki ihtiyari açık artırma, cebr-i artırma ve kamu idarelerinin hizmet gördürmek maksadıyla özel kişilere yaptığı ihalelerdir. Cebr-i artırmalar bir yandan özel kişilerin alacağını tahsil maksadıyla yapılabileceği gibi diğer yandan kamu alacaklarının tahsili için de yapılabilirler. Her ne kadar cebr-i müzayedeler daha önce belirttiğimiz gibi bir hakimiyet tasarrufu olsalar da Dr. FritzFunk'a göre medeni hukuka ilişkin sonuçlar meydana getirirler.¹ Ayrıca yazara göre cebr-i artırmaya ilişkin hükümler ihtiyari açık artırmaya kıyas yoluyla uygulanamazlar.² Alelade cebr-i icra ile örneğin vergi borcuna ilişkin olarak cebr-i icra arasında bazı farklar mevcuttur. Her ne kadar Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun şekli bir cebr-i icra kanunu olsa da nihayetinde bir kamu hukuku kanunudur. Bu sebeple özel hukukta yer alan tasarruf ilkesinin yerini resen veya görevi gereği harekete geçme ilkesi almaktadır.³ Özel hukukta geçerli ilke irade serbestisidir. BK m.1'e göre bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanına ihtiyaç vardır. Cebr-i artırma süreci her ne kadar alacaklının iradesiyle harekete geçirilse de bu vakaya borçlunun rıza göstermesi söz konusu değildir. Rıza hilafına cereyan eden bu prosedür sözleşme hürriyetine kanunen getirilmiş bir sınırlamadır. Dolayısıyla kanımızca burada yani cebr-i artırma süreçlerinin prosedürlerinin arkasında kanundan doğan borçlu açısından bir sözleşme yapma mecburiyeti yatmaktadır. Bu görüşe nasıl vardığımızı açıklamak gerekirse Alman doktrinin de Nipperdey tarafından

¹Olgaç, s.362

²Olgaç, s.363

³Karakoç, s.130

savunulan fikre göre eğer herhangi bir kimse bir diğetine ahlak ve adaba aykırı surette zarar verirse o zaman bu kimse BGB 826'ya göre zararı tazmin ile yükümlü olacaktır. İşte bu noktada bir tazmin konusunda sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır.⁴ Bizim düşüncemize göre nasıl ki öğretilerde savunulan fikre göre haksız fiilin yarattığı durumun eski hale iadesinin talebi noktasında bir sözleşme yapma zorunluluğu doğuyorsa sözleşmeden doğan borçlarda da bu borçların ifa edilmemesi noktasında yani borçlunun kusurlu ifa imkansızlığı halinde doğacak yeni borcun tasfiyesi borçlunun ancak icra dairesiyle yapmak zorunda kalacağı zımni sözleşme ile vuku bulacaktır.

Tarihsel süreçte cebri artırmanın değişik şekillerde cereyan ettiği de değinilmesi gereken bir vakadır. Eren'e göre sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması bir bakıma hak ehliyetine ilişkin de bir sınırlamadır. Çünkü Roma'da kölelik müessesesinin kaynağını bir bakıma da borç ödemedi acze düşmüş Romalı hür vatandaşların oluşturduğuna şahit oluruz. Yine şahsiyete karşı takibat Shakespeare'in Venedik Taciri isimli kitabında da örneklenmiştir.⁵

⁴Esener, s.197

⁵Doğan,s.1

KAYNAKÇA

- [1] **AKİPEK, J., AKINTÜRK, T.** (2009), *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [2] **ASLAN, E. K.** (2004), *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi*, Güncel Yayınevi, İzmir.
- [3] **BECKER, H.** (1993), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Yargıtay Yayınları, Ankara.
- [4] BernerKommentar
- [5] **BUCHER**, *Obligationenrecht Besonderer Teil*.
- [6] **DOĞAN, C.** (2000), *İcra ve İflas Hukuku*, Niğde.
- [7] **DÖNMEZ, M.** (2010), *İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- [8] **EREN, F.** (1987), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Sevinç Matbaası, Ankara.
- [9] **ESENER, T.** (1969), *Borçlar Hukuku 1*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No 246, Ankara.
- [10] **FEYZİOĞLU, N.F.** (1978), *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Özel Borç İlişkileri Cilt 1*, İstanbul.

- [11] **GUHL/MERZ/KOLLER.** *Obligationenrecht Besonderer Teil.*
- [12] **GÜMÜŞ, M. A.** (2008), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- [13] **HUGUENİN,** *Obligationenrecht Besonderer Teil.*
- [14] **KURU, B.** (1983), *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara.
- [15] **MUŞUL, T.** (2001), *Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku 1 İcra Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul.
- [16] **NOMER, H.** (2011), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [17] **OLGAÇ, S.** (1970), *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akin Nevileri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- [18] **ÖZATA, A., SÜPHANDAĞ, Y.** (2010), *İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Taşınmaz Satımında Uygulamalar*, Bilge Yayınevi, Ankara.
- [19] **PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., SUNGURTEKİN Ö., ÖZEKES, M.** (2006), *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [20] **POSTACIOĞLU, İ.** (1962), *İcra Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- [21] **SUNGURBEY,** (1963), *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi.*
- [22] **TANDOĞAN, H.** (1985), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 1-1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- [23] **TUNÇOMAĞ, K.** (1977), *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2*, Sermet Matbaası, İstanbul.

- [24] UYGUR, T. *Borçlar Kanunu Şerhi*.
- [25] ÜSTÜNDAĞ, S. (2004), *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul.
- [26] ÜSTÜNDAĞ, S. (2009), *İflas Hukuku*, İstanbul.
- [27] VELİDEDEOĞLU, H. V., ÖZDEMİR, R. (1987), *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Yargıtay Yayınları. Ankara.
- [28] YAVUZ, C. (2002), *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [29] YILDIRIM, K. (2004), *İcra Hukuku Ders Notları*, Alkim Yayınları, İstanbul.
- [30] ZEVLİLER, A. (1998), *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [31] KARAKOÇ, Y. (2001), *Kamu Alacaklarının Tahsili Kamu İcra Hukuku, Vergi Sorunları*, Haziran sayısı.

EK
ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 11 Mart 1984, İstanbul
Medeni Hali :Bekar
Telefon : 0536 527 99 38
E-mail : emirustundag@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Alan	Üniversite	Yıl
Yüksek Lisans	Hukuk	Çankaya Üniversitesi	2011
Lisans	Hukuk	Marmara Üniversitesi	2007
Lise		Avusturya Lisesi	2003

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konum
2010-2011	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİLLER

Almanca, İngilizce, Latince