T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKUNDA

Y E D İ E M İ N L İ K

Doktora Tezi

K. Haluk Eruygur

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Ankara-2005

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU)
ANABİLİM DALI

MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKUNDA

Y E D İ E M İ N L İ K

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi.....

İÇİNDEKİLER

Sayfa

İÇİNDEKİLER iii
BİBLİYOGRAFYA xxii
KISALTMALAR CETVELİ xxxviii
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM

YEDİEMİNLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TARİHÇESİ VE İNGİLİZ VE ABD HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

§. 1) YEDİEMİN KAVRAMI 4

§. 2) YEDİEMİNLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ 5

A) YEDİEMİNLİĞİN BİR ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER 8
I) YEDİEMİNİN BK m. 100 ANLAMINDA YARDIMCI ŞAHIS OLDUĞU GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ 8
II) YEDİEMİN İLE TAYİN EDEN MAKAM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN BİR SÖZLEŞME OLDUĞU GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ 11
III) ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ 18
IV) SONUÇ 23
B) YEDİEMİNİN MEMUR VEYA KAMU GÖREVLİSİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER VE ELEŞTİRİSİ 24
C) GÖRÜŞÜMÜZ 43

§ 3) YEDİEMİNLİĞİN BENZERİ MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI 47

A) YEDİEMİNLİĞİN VASİYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 47
B) YEDİEMİNLİĞİN KAYYIMLIK İLE KARŞILAŞTIRILMASI 49
C) YEDİEMİNLİĞİN TTK m. 324'DE VE İİK m. 179, 179/a, 179/b'DE DÜZENLENEN YEDİEMİNLİK İLE KARŞILAŞTIRILMASI 53
D) YEDİEMİNLİĞİN KONKORDATO KOMİSERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 56
E) YEDİEMİNLİĞİN İFLAS İDARESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 59
F) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 263'E GÖRE TEMİNAT KARŞILIĞI İHTİYATEN HACZOLUNAN MALLARIN BIRAKILDIĞI BORÇLU VE ÜÇÜNCÜ ŞAHISIN HUKUKİ DURUMU İLE KARŞILAŞTIRILMASI 62

G) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 88'DEKİ ADALET BAKANLIĞININ DEPO VE GARAJLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI 64
H) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 270/I'E GÖRE MALLARININ DEFTERİ TUTULARAK KENDİSİNE BIRAKILAN KİRACI İLE KARŞILAŞTIRILMASI 69

§ 4) YEDİEMİNLİK MÜESSESESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ 71

A) ESKİ HUKUKUMUZDA YEDİEMİNLİK 72
B) ROMA HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 74

§ 5) İNGİLİZ VE AMERİKAN HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 88

A) İNGİLİZ HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 89
I) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 89
1) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA HÜKÜMLERİN İCRASINA YARDIM EDEN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ (INTERIM REMEDIES) 90
a) Belirli Bir Mal Veya Malların Ya Da Malvarlığının Dondurulması Emirleri (freezing injunctions or orders) ... 90
b) Araştırma Emirleri (search orders) 93
2) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA MAHKEME EMİRLERİNİN VE HÜKÜMLERİNİN NİHAİ İCRASI 94
a) Receiver Atanması 96
b) Sequestration İcra Emri 97
c) Taşınır Veya Taşınmaz Malların İadesi İcra Emirleri 99
d) Para Borçlarının İcrası Emri 100
aa) Malların Derhal Kaldırılması (immediate removal) ... 102
bb) Yakın Zilyedlik (close possessıon) 103
cc) Borçlu Tarafından Kabul Edilmiş Zilyedlik (possession by known intent) 103
dd) Yürüyen Zilyedlik Sözleşmesi (walking possession agreement) 103
ee) Malların Muhafazası Sebebiyle Hukuki Sorumluluk . 107
ff) Malların Muhafazası Nedeniyle Cezai Sorumluluk 109
gg) İngiltere ve Galler Hukukunda Reform Çalışmaları ve Yedieminlik 111
3) İNGİLTERE VE GALLER ACZ (INSOLVENCY) HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 114
a) İhtiyari Anlaşma Usulleri (voluntary arrangements) 115
aa) Gerçek Kişilere İlişkin İhtiyari Anlaşma Usulü (individual voluntary arrangements) 115
bb) Şirketlere İlişkin İhtiyari Anlaşma Usulü (company voluntary arrangements) 116
b) İdareci Kayyımlık Usulü (administrative receivership) 117
c) Kayyımlık Usulü (administration) 118
d) İflas 119
aa) Gerçek Kişilerin İflası (Bankruptcy) 119
bb) Şirketlerin İflası (Winding-Up) 119
B) AMERİKAN HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 120
I) GİRİŞ 120

II) ABD HUKUKUNDA GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ VE MAHKEME HÜKÜMLERİNİN İCRASINDA YEDİEMİNLİK 123
1) GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ (PROVISIONAL REMEDIES) 124
a) İhtiyati Haciz (attachment) 124
b) Geçici İdare Memuru (Temporary Receıver) 125
2) MAHKEME HÜKÜMLERİNİN İCRASI (ENFORCEMENT OF JUDGMENTS) 127
III) ABD İFLAS HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK 129
1) İFLAS MEMURU (TRUSTEE) 131
2) DENETÇİ (EXAMINER) 134
3) KENDİLERİNDEN HİZMET ALINAN PROFESYONELLER (PROFESSIONAL PERSONS) 135
4) ABD İFLAS DAİRESİ (UNITED STATES TRUSTEE) 135

İKİNCİ BÖLÜM

YEDİEMİNLİK İHTİYACI, TÜRLERİ VE YEDİEMİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 6) YEDİEMİNLİK İHTİYACI VE HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMESİ. 137
A) İCRA İFLAS HUKUKU'NDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 141
I) İCRA HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 141
1) İLAMSIZ İCRADA YEDİEMİNLİK 141
a) Genel Haciz Yolu Ve Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolunda Yedieminlik 141
aa) Para Alacakları İçin Genel Haciz Yolunda Yedieminlik 142
aaa) Taşınırların Haczinde Yedieminlik 143
bbb) Taşınmazların Haczinde Yedieminlik 149
bb) Teminat Alacakları İçin Genel Haciz Yolunda Yedieminlik 153
aaa) Konusu Para Olan Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibinde Yedieminlik 153
bbb) Konusu Paradan Başka Şey Olan Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibinde Yedieminlik 154
b) Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu İle Tahliyesinde Yedieminlik 155
2) İLAMLI İCRADA YEDİEMİNLİK 157
a) Para Ve Teminat Verilmesi Hakkındaki İlamların İcrasında Yedieminlik 157
b) Para Ve Teminattan Başka Borçlar Hakkındaki İlamların İcrasında Yedieminlik 157
aa) Taşınır Mal Tesliminde Yedieminlik 157

bb) Taşınmazların Tahliye Ve Teslîminde Yedieminlik .. 158
cc) Bir Şeyin Yapılmasına Veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrasında Yedieminlik 160
dd) İrtifak Hakkına İlişkin İlamların Ve Çocuk Teslimine Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yedieminlik 162
3) REHNİN PARAYA ÇEVRİLMESİ YOLU İLE TAKİPTE YEDİEMİNLİK 162
4) İHTİYATİ HACİZ VE GEÇİCİ HACİZDE YEDİEMİNLİK 164
5) İHALEYİ MÜTEAKİP İHALE KESİNLEŞİNCEYE KADAR GEÇEN DÖNEM İÇİN YEDİEMİNLİK 167
II) İFLAS VE KONKORDATO HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 168
1) İFLAS HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 168
2) KONKORDATO HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 170
B) MEDENİ USUL HUKUKU'NDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 174
C) İİK VE HUMK DIŞINDA HUKUKUMUZDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DİĞER BAZI DÜZENLEMELER 182
I) AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 182
II) CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 191
III) ORMAN KANUNUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 198
IV) 3091 SAYILI TAŞINMAZ MAL ZİLYEDLİĞİNE YAPILAN TECAVÜZLERİN ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 201
V)1581 SAYILI TARIM VE KREDİ KOOPERATİFLERİ VE BİRLİKLERİ KANUNUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 204
§ 7) YEDİEMİNLİĞİN TÜRLERİ 205
A) YEDİEMİNLİĞİN YEDİEMİNİ ATAYAN VEYA YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ VEREN MAKAMA VEYA KİŞİYE GÖRE AYIRIMI 205
I) YARGISAL BİR KARAR İLE MEYDANA GETİRİLEN YEDİEMİNLİK (ADLİ YEDİEMİNLİK) 205
II) İDARİ BİR KARAR İLE MEYDANA GETİRİLEN YEDİEMİNLİK 206
B) YEDİEMİNLİĞİN YEDİEMİNİN GÖREVİ KABUL ZORUNLULUĞU OLUP OLMAMASINA GÖRE AYIRIMI 206
I) İHTİYARİ YEDİEMİNLİK 207
II) ZORUNLU YEDİEMİNLİK 207
§ 8) YEDİEMİNİN ATANMASI 208
A) YEDİEMİNDE ARANAN NİTELİKLER 208
I) YEDİEMİNİN GERÇEK KİŞİ OLMASI 208
II) YEDİEMİNİN FİİL EHLİYETİNE SAHİP BULUNMASI 210

III) YEDİEMİNİN KENDİSİNE TESLİM EDİLEN MAL HAKKINDA BİLGİ SAHİBİ OLMASI 212
IV) YEDİEMİNİN GÜVENİLİR BİR KİŞİ OLMASI 212
V) BORÇLUNUN YEDİEMİN OLARAK ATANABİLMESİ İÇİN KANUNEN İZNİ GEREKEN KİŞİLERİN İZNİNİN OLMASI 213
VI) ATANACAK YEDİEMİNİN, YEDİEMİN TAYİN AMACI İLE ÇELİŞİR BİR KİŞİ OLMAMASI 214
VII) YEDİEMİNİN, YEDİEMİN SEÇİLEMEYECEK KİŞİLERDEN OLMAMASI 215
B) YEDİEMİNİN ATANMA BİÇİMİ 215
I) TALEP ÜZERİNE ATAMA 215
II) RE'SEN ATAMA 217
C) ATAMAYA YETKİLİ MAKAM VE ATAMA KARARININ VERİLMESİ 219
D) ATAMA KARARINA İTİRAZ 224
E) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN KABULÜ 227
F) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN TEVDİİ (ATAMA KARARININ İCRASI) 228
G) MALIN YEDİEMİNE RESMEN VE FİİLEN TESLİMİ 229

§ 9) YEDİEMİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI 230

A) YEDİEMİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ 230
I) MALI MUHAFAZA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 230
II) MALI ÖZENLE MUHAFAZA VE GEREKTİĞİNDE ÖZENLE YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 232
III) MALI İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ 239
IV) MALI DIŞARIDAN GELEN SALDIRILARA KARŞI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 242
V) YEDİEMİNİN KENDİSİNİ ATAYAN MAKAMIN TALİMATLARINA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ 243
B) YEDİEMİNİN HAKLARI 244
I) ÜCRET VE MASRAFLARINI TALEP ETME HAKKI 244
II) TEVDİ EDİLEN MALIN SATILMASINI TALEP ETME HAKKI 253
III) YEDİEMİNİN GÖREVİNE SON VERİLMESİNİ İSTEME VE İSTİFA HAKKI 257
IV) YEDİEMİNİN KENDİSİNE TEVDİ EDİLEN MALLARI MASRAFLAR VE/VEYA ÜCRETİ ÖDENMEDEN İADEDEN KAÇINMA HAKKI 259

§ 10) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN SONA ERMESİ 267

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YEDİEMİNİN SORUMLULUĞU

§ 11 YEDİEMİNLİKTE HUKUKİ SORUMLULUK 273

A) ALACAKLININ VE İHTİYATİ TEDBİR TALEP EDENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 273

B) YEDİEMİN ATANMASI KARARI VEREN HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 274
I) KAPSAM 274
II) HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ 275
III) HAKİMİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI 279
1) HUKUKA AYKIRI FİİL VE KUSUR 279
2) ZARAR 281
3) İLLİYET BAĞI 283
IV) GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME, ZAMANAŞIMI VE KANUN YOLLARI 285
V) 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUNDA HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN YER ALAN DÜZENLEMELER 285
C) İCRA VE İFLAS MÜDÜRÜNÜN HUKUKİ SORUMLULUĞU 288
I) SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ 288
II) SORUMLULUĞUN KAPSAMI 289
III) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI 297
1) HUKUKA AYKIRI FİİL 297
2) KUSUR 298
3) ZARAR 300
4) İLLİYET BAĞI 300
IV) İİK m. 5'E GÖRE AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR 301
V) YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME 301
VI) ZAMANAŞIMI 302
VII) DEVLETİN SORUMLU MEMURA RÜCU ETMESİ 302
D) CUMHURİYET SAVCISININ, İNFAZ MEMURUNUN VE YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN DİĞER YETKİLİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 304
I) YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN CUMHURİYET SAVCISININ HUKUKİ SORUMLULUĞU 304
II) İNFAZ MEMURUNUN VE YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 309
E) YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 310
I) İİK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU 310
1) SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ 314
2) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI 319
a) İİK Uyarınca Usulüne Göre Atanmış Bir Yedieminin Varlığı 320
b) Muhafazası İçin Teslim Edilen Malların İİK Uyarınca Haczedilmiş Olması 323
c) Bir Yediemin Tutanağı Düzenlenmiş ve Anılan Tutanakta Malların Değerinin Gösterilmiş Olması 325
d) Malların Tesliminin İcra Dairesi Tarafından İstenmesine Karşın Evvelki Vaziyeti İle İcra Dairesine İade Edilmemiş Olması 327

e) Haksız Fiile Ait Unsurların Gerçekleşmiş Olması ve Yedieminin Kendisine Teslim Edilen Malları Evvelki Vaziyeti İle İade Edememesinin Kendisine Atfolunamayacak bir Sebepten Dolayı Gerçekleştiğini İspat Edememesi ... 328
aa) Hukuka Aykırı Fiil ... 329
bb) Kusur ... 333
cc) Zarar ... 340
dd) İlliyet Bağı ... 343
3) İCRA DAİRESİNCE ZARARIN RE'SEN TAZMİN ETTİRİLMESİ ... 345
4) İCRA DAİRESİNİN YAPACAĞI İŞLEME KARŞI BAŞVURULACAK HUKUKİ YOL (ŞİKAYET) ... 345
a) İcra Dairesinin İşlemine Karşı Başvurulacak Hukuki Yolun (Şikayetin) Hukuki Niteliği ... 345
b) Şikayet Eden ... 349
c) Şikayet Usulü ve Süresi ... 350
d) Yetkili ve Görevli Mahkeme ... 354
e) Kanun Yollları ... 356
f) Zamanaşımı ... 360
II) İİK m. 358 UYGULAMASI DIŞINDA KALAN YEDİEMİNİN VE ÖZELLİKLE HUMK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU ... 361
1) İİK m. 358 UYGULAMASI DIŞINDA KALAN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE NİTELİĞİ ... 361
2) HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNE GÖRE YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU ... 365
a) Haksız Fiilin Unsurları ... 365
aa) Hukuka Aykırı Fiil ... 366
bb) Kusur ... 366
cc) Zarar ... 367
dd) İlliyet Bağı ... 369
b) Haksız Fiilde Zamanaşımı ... 371
c) Haksız Fiilde Yetkili Ve Görevli Mahkeme ... 375
d) Haksız Fiil Davasında Taraflar ... 377
3) İSTİHKAK DAVASI ... 378

§ 12) YEDİEMİNİN RÜCU HAKKI ... 380

A) YEDİEMİNİN ÖDEME YAPMAK ZORUNDA KALDIĞI KİŞİYE KARŞI RÜCU HAKKI ... 380
B) YEDİEMİNİN ASIL BORÇLUYA KARŞI RÜCU HAKKI ... 383

§ 13) YEDİEMİNLİKTE CEZAİ SORUMLULUK ... 386

A) BORÇLUNUN, ALACAKLININ VE İHTİYATİ TEDBİR TALEP EDENİN CEZAİ SORUMLULUĞU ... 386
B) HAKİMİN, İCRA VE İFLAS MÜDÜRÜNÜN VEYA YEDİEMİN ATAMAYA YETKİLİ DİĞER BİR KAMU GÖREVLİSİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU ... 387
C) YEDİEMİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU ... 388

I) HUMK DIŞINDA BİR KANUN UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU 388
1) 30.06.2003 TARİHİNE KADAR OLAN DÖNEM (765 SAYILI TCK m. 276 VE 277'YE GÖRE YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİSTİMAL SUÇU) 389
a) Suçta Korunan Hukuki Yarar 389
b) Suçun Faili 390
c) Suçun Maddi Unsuru 390
d) Manevi Unsur 391
e) Suça Tesir Eden Sebepler 392
f) Yargılama Usulü 393
2) 30.06.2003-31.05.2005 TARİHLERİ ARASINDAKİ DÖNEM (İİK m. 336/a'YA GÖRE YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİSTİMAL SUÇU) 394
a) Suçun Faili 394
b) Suçun Maddi Unsuru ve Suçta Korunan Hukuki Yarar ... 395
c) Manevi Unsur 399
d) Görevli Ve Yetkili Mahkeme 399
e) Şikayet – Şahsi Dava 399
f) İcra Hakiminin Ceza Kararnamesi 400
3) 1 HAZİRAN 2005 TARİHİNDEN SONRAKİ DÖNEM (5237 SAYILI TCK m. 289'DA DÜZENLENEN YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİİSTİMAL SUÇU) 402
a) 5237 Sayılı TCK m. 289'un Tatbik Esasları 402
aa) Suçta Korunan Hukuki Yarar 403
bb) Suçun Faili 404
cc) Suçun Maddi Unsuru 406
dd) Suçun Manevi Unsuru 414
aaa) Kast 414
bbb) Taksir 415
ee) Suça Etki Eden Sebepler 419
ff) Zamanaşımı 421
aaa) Dava Zamanaşımı 421
bbb) Ceza Zamanaşımı 423
ccc) Dava ve Ceza Zamanaşımı Sürelerinin Hesabı ve Uygulaması 423
gg) Yargılama Usulü 424
b) Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespiti 425
aa) Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespitine İlişkin İlkeler 426
bb) 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş, Kararı Verilmiş, Henüz Kesinleşmemiş veya Kesin Hükümle Sonuçlanmış ve Fakat Henüz İnfazı Sona Ermemiş Yedieminlik Görevini Suiistimal Suçlarında Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespiti 430
II) HUMK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU 433
1) UYGULANACAK KANUN MADDESİNİN TESPİTİ 433

2) HUMK m. 113/A'NIN UYGULAMA ESASLARI 442
a) Suçla Korunan Hukuki Yarar 442
b) Suçun Faili 442
c) Suça Konu Olan Mal 442
d) Suçun Manevi Unsuru 443
e) Suçun Maddi Konusu 444
aa) Geçerli Bir İhtiyati Tedbir Kararının Bulunması ve Bu Kararın Devam Ediyor Olması 444
bb) Failin İhtiyati Tedbir Kararının Varlığından Haberdar Olması 448
f) Suç Tarihi Ve Zamanaşımı 453
g) Görevli Mahkeme 453
D) MALI YEDİEMİNİN ELİNDEN ALANLARIN VEYA TAHRİP YA DA TELEF EDENLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU 454

SONUÇ 456
TEZ ÖZETİ 464
ABSTRACT 467

BİBLİYOGRAFYA

AKINTÜRK, Turgut : Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2002.

AKYOL, Şener : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.

ALACAKAPTAN, Uğur : Suçun Unsurları, Ankara 1970.

ALANGOYA, H. Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004.

ANDOH, Benjamin/ MARSH, Stephen : Civil Remedies, England 1997.

ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk İcra ve iflas Usulleri, Ankara 1960 (İcra).

ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 2002 (İslam).

ARAR, Kemal : İcra ve İflas Hükümleri, C. I, İcra, Ankara 1944.

ARSLAN, Çetin : İtirazname, (MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.2, Ankara 2002, s. 2250 vd.)

ARSLAN, Ramazan : İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.

ARSLAN, Ramazan : "İcra ve İflas Kanunu'nda İhale ve İhalenin Feshi Konusunda Yapılan Değişiklikler", İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklikler, Seminer, İstanbul 2004, s. 57-75.

ATALAY, Oğuz : Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996.

AUBIJOUX-IMARD, Patricia : Le Séquestre, Petites Affiches, 6 Juill. 2001, s.15-24.

AYAN, Mehmet : Miras Hukuku, Konya 2003.

AYBAY, Aydın : İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975.

AYDIN, M. Akif : Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2001.

AYDINALP, Sezai : Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997.

AYİTER, Nuşin/ KILIÇOĞLU, Ahmet : Miras Hukuku, Ankara 1983.

AYİTER, Nuşin : "Kamping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Telef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi?", AÜHFD, C. XXV, S. 1-2, Ankara 1968.

AYİTER, Nuşin : Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968.

AZAK, Ünal : Polis Soruşturması ve Sorgu Teknikleri, Ankara 2001.

AZMİ, Sait/ İZZET, Nazım : Yeni İcra ve İflas Kanunu Esasları ve Şerhi, İstanbul 1932-1933.

BEATSON, Jack : Independent Review of Bailiff Law Report, June 2000.

BELLOIR, Philippe : "Le Séquestre", Petites Affiches, 30 Mars 2000, s. 4-10.

BENGÜ, Cemil Halit : "Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi", Adliye Dergisi, S.3, Yıl 36, Mart 1945.

BERKİN, Necmeddin : "Cebri İcra Faaliyetinde Sorumluluk", İÜHFM, C.XXXVII. S. 1-4, s. 217-241 (Sorumluluk).

BERKİN, Necmeddin : Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul (İcra).

BERKİN, Necmeddin : Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (Usul).

BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.

BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BLACK, Henry Campbell: Black's Law Dictionary, the United States of America 1998.

BRANNAN, Julie/
CHING, Jane/
JONES, Peter/
NAPIER, Michael/
OSBORNE, Craig/
SIME, Stuart : Blackstone's Guide To The Civil Procedure Rules, London 1998.

Britain's Legal Systems, HMSO, 1993.

BROWN, James J. : Judgment Enforcement, New York 2003.

BUCKLAND, W. W. : A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1950.

BUDAK, Ali Cem : "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şirket Kurtarma", Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 343-359.

BUDAK, Ali Cem : İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Ankara 2003.

BURROWS, Bernard : İngiltere'nin Hükümet ve İdare Sistemi, Ankara 1960.

CANSEL, Erol : Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961.

CENTEL, Nur/
ZAFER, Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003.

CİN, Halil/
AKGÜNDÜZ, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi, 2. Cilt, Konya 1989.

COLLIN, P.H. : Dictionary of Law, London 2004.

CLARKE, Alison
(Çev. BUDAK, A. Cem) : "İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku'ndan Sonra Şirket Kurtarma ve Yeniden Örgütlenme", Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 39-63

ÇAĞA, Tahir/
KENDER, Rayegan : Deniz Ticaret Hukuku, C. III, İstanbul 2005.

ÇETİNGİL, Ergon : Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul 1972.

ÇOLAK, Haluk : İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

DALLOZ, Code Civil, 102 Edition, 2003.

DEMİRBAŞ, Timur : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

DESCHENAUX, Henri/
TERCIER, Pierre
(Çev. ÖZDEMİR, Salim) : Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

DONAY, Süheyl/
KAŞIKÇI, Mahmut : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004.

DÖNMEZ, Recai : Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, Ankara 2005.

DÖNMEZER, Sulhi/
ERMAN, Sahir : Ceza Hukuku Özel Kısım, İstanbul 1984.

DÖNMEZER, Sulhi/
ERMAN, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, İstanbul 1981 (I).

DÖNMEZER, Sulhi/
ERMAN, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, İstanbul 1983 (II).

EDİS Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.

EGGER, A.
(Çev. ÇERNİS, Volf) : Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, C. II, Ankara 1955

EKŞİ, Nuray : Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul 2003.

ERCAN, İbrahim : "İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması" (HUMK m. 113/A), Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003.

EREM, Faruk/
DANIŞMAN, Ahmet/
ARTUK, Mehmet Emin : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk/
TOROSLU, Nevzat : Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1983.

EREM, Faruk : Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C.2, Ankara 1968 (II).

EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. III, Ankara 1985 (1985-III).

EREM, Faruk : Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. II, Ankara 1998 (1998-II).

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 1991 (I).

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Ankara 1991 (II).

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara 1991 (III).

ERGÜL, Teoman (ed.) : "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara Eylül 2004, s. 285-317.

ERMAN, Sahir/
ÖZEK, Çetin : Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.

ERMAN, Sahir : Askeri Ceza Hukuku, İstanbul 1983.

ERMAN, Sahir : "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.II, S.3-4, 1947, s. 235- 276, (Memur).

FRANKO, Nisim : "Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde-İflas ve Tehiri", Prof.Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 409-433.

FRIEDENTHAL, Jack H./
KANE, Mary Kay/
MILLER, Arthur R. : Civil Procedure, United States of America, 2001.

GIFIS, Steven H. : Barrron's Dictionary of Legal Terms, United States of America 1998.

GÖKCAN, Hasan Tahsin : Mühür Bozma, Yedieminlik Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararına Aykırılık Suçları ve Zarara Yol Açan Yediemin İle Haksız Tedbir Uygulatana Karşı Tazminat Davaları, Ankara 2001.

GÖKCEN, Ahmet : Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994.

GÖZLER, Kemal : İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat : Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957 (Mücbir Sebepler).

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat : Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.III, Ankara 1967 (III).

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ AKILLIOĞLU, Tekin : Yönetim Hukuku, Ankara 1993.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut : İdare Hukuku, C.1, Ankara 1988.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

GÜNAY, Erhan : Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu İle Hakimlere, C. Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Ankara 2000.

GÜNDAY, Metin : İdare Hukuku, Ankara 2003.

GÜRSOY, Kemal Tahir/
EREN, Fikret/
CANSEL, Erol : Eşya Hukuku, Ankara 1978.

HAFIZOĞULLARI, Zeki : Emniyet Tedbirleri, SBFD. C. 46, S. 3-4, 1991.

HALBACH, Edward C. : Trusts, United States of America, 2000.

HAZARD, Geoffrey C./
TARUFFO, Michele : American Civil Procedure, New Heaven and London 1993.

İÇEL, Kayıhan : Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967 (Taksir).

İÇEL, Kayıhan : Suçların İçtiması, İstanbul 1972.

İMRE, Zahit : "Alelade Vedia Akdi Üzerine Bir Tetkik", Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 213-240 (Alelade).

İMRE, Zahit : "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", İÜHFM, C. XVIII, S. 3-4, 1952, s. 742-781 (Hapis Hakkı).

İMRE, Zahit : "Otel, Han, Umumi Ahır ve Garaj İşletenlerin Mesuliyeti", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956.

İMRE, Zahit : "Usulsüz Vedia", İÜHFM, C.X, S. 1-2, İstanbul 1944.

İMREGÜN, Oğuz : Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968.

İNAN, Ali Naim : Miras Hukuku, Ankara 1982.

İNAN, Yusuf Ziya : İcra Tatbikatında Suç Sayılan Fiiller ve Ceza Davaları, İstanbul 1968.

INGMAN, Terence : The English Legal Process, Great Britain 2004.

İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer : Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.II, Ankara 2002.

JACOB, Jack I.H. : Fabric of English Civil Justice, England 1987.

JASPER, Margaret C. : Individual Bankruptcy and Restructuring, New York 2002 (Bankruptcy).

JASPER, Margaret C. : The Law of Debt Collection, New York 2001 (Collection).

JONES, Bill/
KAVANAGH, Dennis :British Politics Today, Manchester 1998.

JORDAN, Robert/
WARREN, William D./
BUSSEL, Daniel J. : Bankruptcy, New York 1999.

KABAAĞAÇ, Sina/
ALOVA, Sinan : Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.

KAÇAK, Nafiz : İcra ve İflas Suçları, Ankara 2004.

KANGAL, Zeynel T. : Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003.

KARAGÜLMEZ, Ali : Ceza Kararnamesi ve Önödeme, Ankara 2002.

KARAGÜLMEZ, Ali : Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları-Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Ankara 2005.

KAYE, Peter/
BRUCE, Morgan : England and Wales, Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s.51-72.

KEITH, J.A./
PODEVİN, W.B./
SANDBROOK, Claire : The Execution of Sheriff's Warrants, Chichester 1996.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

KOÇ, Nevzat : İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992.

KOÇ, Nevzat : "Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı", Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000 (Hapis).

KORKUSUZ, M. Refik : İcra Hukuku ve Uygulaması, Ankara-Haziran 2004.

KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret : Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim : Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim : Aile Hukuku, İstanbul 1989 (Aile).

KÖSEOĞLU, Y. Cemal : Haşiyeli Türk Ceza Kanunu ve Esbabı Mucibe Layihası, 1937.

KRUSE, John : "Legal Problems in the Process of Impounding of Distrained Goods by Private Bailiffs", C.J.Q. Vol 17, January 1998 (1998).

KRUSE, John : The Law of Seizure of Goods: Debtors Rights and Remedies, Chichester 2000.

KUNTALP, Erden : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

KUNTER, Nurullah/
YENİSEY, Feridun : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, İstanbul 2002 (KUNTER/YENİSEY (I)).

KUNTER, Nurullah/
YENİSEY, Feridun : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, İstanbul 2003 [KUNTER/YENİSEY (II)].

KUNTER, Nurullah : "Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti", CXIII, İHFM., 947, s. 755 vd.

KUNTER, Nurullah : "Sanığın Yokluğunda Yapılan Sonsoruşturmada Uygulanacak Taban Kurallar", S .43, İHFM. 1978.

KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2001.

KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004 (Usul).

KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004 (İcra).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001 (Usul-III).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001 (Usul-IV).

KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI. İstanbul 2001 (Usul-VI).

KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku, C. 1, İstanbul 1988 (İcra-I).

KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku, C. 3, İstanbul 1988 (İcra-III).

KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul Kasım 2004 (El kitabı).

KURU, Baki : İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971.

KURU, Baki : "Teminat Alacakları İçin İlamsız Takip Yapılması", Batider, C. 8, S.4 1976 (Teminat).

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan : Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2002.

MAJNO : Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.2, Ankara 1978.

MALKOÇ, İsmail/ MALKOÇ, Aytaç : Memurlar ve Suçlar, Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1988.

MALKOÇ, İsmail : Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C.2, Ankara 2002

MECHAM, Leonidas Ralph : Bankruptcy Basics, 2004.

MERAN, Necati : Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık/ SAVAŞ, Vural : Yargısal ve Bilimsel İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I., Ankara 1985.

MUŞUL, Timuçin : İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, Nisan 2002.

MUŞUL, Timuçin : Notlu İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, İstanbul 2004.

MUŞUL, Timuçin : İflas Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları İle Diğer İflas Suçları, İstanbul 1998.

OĞUZ, Arzu : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

OĞUZMAN, Kemal/
ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

OĞUZMAN, Kemal/
SELİÇİ, Özer : Eşya Hukuku, İstanbul 1992.

ONAR, Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İstanbul 1966.

ÖNDER, Ayhan : Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi, İstanbul 1966 (Kararname).

ÖNDER, Ayhan : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

ÖZBALCI, Yılmaz : Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamalar, Ankara 2003.

ÖZEKES, Muhammet : İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

ÖZEN, Burak : Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003.

ÖZEN, Muharrem : Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004.

ÖZÖN, Mustafa Nihat : Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, Ankara 1965.

ÖZKAN, Hasan : Açıklamalı İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz İle Kamu Alacağının Tahsili Halinde İhtiyati Haciz, Ankara 1997.

ÖZMEN, İsmail : Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Ankara 1996.

ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1974.

ÖZSUNAY, Ergun : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.

ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, Ankara 2000.

ÖZTAN, Bilge : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organ Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970 (Organ).

PARLAR, Ali/ PARLAR, Aynur : İcra ve İflas Suçları, Ankara 2004.

PARRY, Clive (Çev VERSAN, Vakur) : İngiliz Hukuk Sistemi, İstanbul 1945.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004 (İcra).

PEKCANITEZ, Hakan : Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991.

PEKCANITEZ, Hakan : İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.

PEKCANITEZ, Hakan : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.

POLATCAN, İsmet : Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, 1983.

POSTACIOĞLU, İlhan E. : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 (İcra).

POSTACIOĞLU, İlhan E. : İflas Hukuku İlkeleri, C.I. İflas, İstanbul 1976.

POSTACIOĞLU, İlhan E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1973 (Usul).

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali : Türkçe Sözlük, Ankara 2004.

RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.

REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999.

ROBSON, W.A. (Çev. ARIK, Fikret) : İngiliz Hükümet Sistemi, Ankara 1960.

SARI, Suat : Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1993.

SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık : Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, Ankara 1999 (1999-II).

SAYHAN, İsmet : "Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi", Batider, C. XXIII, S.1, Haziran 2005, s. 77-121.

SAYMEN, Ferit H. : "Vasiyeti Tenfiz Memurunun Hukuki Mahiyeti", İstanbul Barosu Mecmuası, S. VIII, Yıl: XII, Ağustos 1938 s. 481-504.

SCHREIBER, Alfred
(Çev. ARIK, K. Fikret) : "İsviçre Hukukunda Vasiyeti Tenfiz Memurunun Hukuki Mahiyeti", Adliye Ceridesi,No:31, Ankara 1941, s. 707-717.

SCOTT, I.T. : Civil Procedures, White Book 2003 V.1-2, London 2003 (White Book-I –II).

SELÇUK, Sami : Karşıoylarım, Ankara 2001.

SEROZAN, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998.

SINMAZ, Burhan/
KARATAŞ, İzzet : Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu, Ankara 1987.

SİRMEN, Lâle : Alacak Rehni, Ankara 1990.

SİRMEN, Lâle : Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995 (Eşya).

SİRMEN, Lâle : Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devlet'in Sorumluluğu, Ankara 1976 (Tapu).

ŞEKERCİOĞLU, Metin : Ceza Hukuku Yönünden Memur Kavramı, Doktora Tezi, Ankara 1973.

ŞENOCAK, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

TAHİROĞLU, Bülent : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Ankara 1985 (Borçlar-I/1).

TANDOĞAN, Haluk : İsviçre Borçlar Kanunu Kısım III-IV ve Haksız Rekabete Dair Federal Kanun, Ankara 1958.

TANDOĞAN, Haluk : Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kusura Dayanmayan).

TANDOĞAN, Haluk : "Otelcilerin Mesuliyeti", AÜHFD, C. XII, S. 3-4, İstanbul 1956.

TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mesuliyet).

TANRIVER, Süha :Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Yetki ve Sorumluluğu, Ankara 2002 (Bilirkişi).

TANRIVER, Süha : Konkordato Komiseri, Ankara 1993 (Komiser).

TEKİNAY, S. Sulhi/
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atillâ : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TERCAN, Erdal : Hakimlerin Sorumluluğu, Ankara 1988 (Yüksek Lisans Tezi).

The Directory of High Court Enforcement Officers for England and Wales (Directory)

TOROSLU, Nevzat : Ceza Hukuku, Ankara 2005.

TOSUN, Öztekin : Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.II. İstanbul 1976.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.

TÜRK, Ahmet : Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 1991.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 1969.

UMAR, Bilge : İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

UMUR, Ziya : Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat).

UYAR, Talih : Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C. VII, İzmir 1997 (İİK-7).

UYAR, Talih : İcra Hukukunda Haciz, Manisa 1990 (Haciz).

UYAR, Talih : İcra Hukukunda Şikayet, Manisa 1991 (Şikayet).

UYAR, Talih : İcra Hukukunda Yetki-Görev, Manisa.

UYAR, Talih : İcra ve İflas Hukukunda Suç Sayılan Fiiller, Manisa 1987 (Ceza).

UYAR, Talih : "Türk Hukukunda Yedieminlik ve Sorunları", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, s. 125-137 (Yediemin).

UYGUN, Mehmet/ SAVAŞ, Vural/ MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık : Ceza Genel Kurul Kararları Ankara 1991.

ÜÇOK, Coşkun/ MUMCU, Ahmet : Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, Ankara 1981.

ÜNVER, Naci : İcra ve İflas Kanununda Suç Sayılan Eylemler, Ankara 1997.

ÜSTÜNDAĞ, Saim : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004 (İcra).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : İflas Hukuku, İstanbul 2002 (3 Mart 2004 tarihli Eki ile birlikte) (İflas).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981 (İhtiyati Tedbirler).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2000 (Yargılama).

Von OVERBECK
(Çev. ŞAKİR, Sabri) : İcra ve İflas Kanunu Şerhi ve Esasları, İstanbul 1929.

WARREN, Elizabeth : Business Bankruptcy, Washington 1993.

WAXMAN, Ned W. : Bankruptcy, United States of America 2002.

WESTBROOK, Jay Lawrance
(Çev. BUDAK, Ali Cem) : "ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu-Şirketlerin "Going Concern" Olarak Alacaklılara Karşı Korunması", Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 9-30.

YALMAN, Süleyman : Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü Halinde Borçlunun Tevdi Hakkı, Doktora Tezi, Konya 1997.

YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997.

YILDIRIM, M. Kamil : İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2002.

YILDIRIM, Mustafa : İslam Borçlar Hukukunda Vedia, Doktora Tezi, İzmir 1995.

YILMAZ, Ejder : Hukuk Sözlüğü, Ankara 2004 (Sözlük).

YILMAZ, Ejder : Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.1-2, Ankara 2001 (Geçici Hukuki Himaye-I veya II).

YILMAZ, Ejder : İflas İdaresi, Ankara 1976 (İflas).

YILMAZ, Ejder : "İflas İdaresinin Hukuki Niteliği ve Durumu", İflasta Tasfiye Sempozyumu, Ankara 1985 (İflas İdaresi).

YILMAZ, Ejder : İstinaf, Ankara 2005.

YILMAZ, Ejder : "Yedieminlik", Türk Hukuk Dünyası, Yıl 1, S.1 Mayıs 2000, s. 7-16.

YILMAZ, Orhan : İhtiyati Tedbirler, Konya (İhtiyati Tedbirler).

YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2002 (9).

YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005 (11).

YURTCAN, Erdener : Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005.

ZANICHELLI, Nicola : West's Law & Commercial Dictionary, Bologna 1988.

ZİLELİOĞLU, Hilal : Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 1985.

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ALL ER : All England Law Reports

AsCK : Askeri Ceza Kanunu

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Av. K. : Avukatlık Kanunu

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Borçlar Kanunu

bkz. : bakınız

C. : Cilt

c. : cümle

CCA : County Court Act

CCR : County Court Rules

CGK : Ceza Genel Kurulu

CİHK : 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun

C.J.Q. : Civil Justice Quarterly

CMK : 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK : 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

CPR : Civil Procedure Rules

DMK : Devlet Memurları Kanunu

f. : fıkra

FİİK : İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu

Fr.MK : Fransız Medeni Kanunu

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İİK : İcra ve İflas Kanunu

İİD : İcra ve İflas Dairesi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İt. Ygt. : İtalyan Yargıtayı

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

Krş. : Karşılaştırınız

KoopK : Kooperatifler Kanunu

m. : madde

O. : Order (Emir)

r. : rule (kural)

RG : Resmi Gazete

RSC : Rules of the Supreme Court

S. : Sayı

s. : sayfa

SBFD : Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

sec. : section (bölüm)

Tarife : Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TSHK : Türk Sivil Havacılık Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UMK : Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu

v. : versus (karşı)

vd. : ve devamı

Vol. : Volume (Cilt)

Yarg. : Yargıtay

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

Yönetmelik : Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajlarının Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik

GİRİŞ

İnceleme konumuz medeni usul ve icra iflas hukukunda yedieminliktir. Yedieminlik, hukukumuzun hemen her alanında mevcut olan ve fakat son derece dağınık bir şekilde düzenlenmiş bir müessesedir. Bu konuda, şimdiye kadar yapılmış monografik bir çalışma da mevcut değildir. Yapılan çalışmalar ise, genellikle, başka bir konu hakkındaki bir çalışmanın içerisinde bir bölüm olarak gerçekleştirilmiştir. Oysa yedieminlik çok sık rastlanan ve gereksinim doğduğunda tarafları için oldukça önemli bir fonksiyon yerine getiren bir müessesedir. Bu sebeple doktora tezi inceleme konusu olarak "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik"'i seçmeyi uygun gördük.

İncelememiz sırasında, hepsinin yedieminlik adı altında ifade edilmesine karşın, ileride ayrıntılı olarak belirtileceği üzere sözleşmeden doğan yedieminlik ile medeni usul ve icra iflas hukukunda düzenlenen yedieminliğin birbirlerinden çok farklı olduğunu müşahede ettik. Zira, medeni usul ve icra iflas hukukunda düzenlenen yedieminliklerde, sözleşmeden doğan yedieminliklerden farklı olarak, taraf iradelerinin rol almadığı, kanunen tesit olunan şartların mevcudiyeti halinde, yetkili kılınan makam, mercii veya kişi tarafından malların yediemine tevdi kararının verildiğini ve yediemin atamasının gerçekleştirildiğini; yedieminin de bu atamaya bağlı olarak bazı görevlerinin oluştuğunu ve bu görevlere bağlı olarak da, bazı yetki, hak ve sorumluluklarının ortaya çıktığını tespit ettik. Söz konusu görev, yetki, hak ve sorumlulukların da, daha çok kamusal nitelikli bulunduğu incelememiz sırasında anlaşılmıştır.

Öte yandan, yine gördük ki, medeni usul ve icra iflas hukukundaki yedieminlik, tamamen de kamusal bir nitelik taşımamaktadır. Bir başka deyişle, incelememiz sırasında ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, bu anlamda yediemini idare hukuku anlamında bir "kamu görevlisi" veya "memur" olarak kabul etmek imkanı yoktur. Yani medeni usul ve icra iflas

hukukundaki yedieminlik, kamusal niteliği bulunan, kanunla verilen yetki ile ve kanunen yetkili kılınan merci tarafından atanan ve fakat kendine özgü yapısı bulunan bir müessesedir. Bu açıdan, medeni usul ve icra iflas hukukundaki yedieminliği, sözleşme ile oluşturulan yedieminlikten ayırmak üzere, "*kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik*" olarak adlandırdık. Sözleşme ile oluşturulan yedieminliğe ise, "*akdi yedieminlik*" dedik.

Öte yandan, incelememiz sırasında tespit ettiğimiz ve medeni usul ve icra iflas hukukunda düzenlenen yedieminliğin başta gelen özelliği olan, kanunen yetkili kılınan bir merci tarafından, bir malın muhafazası görevinin bir kişiye (yediemine) verilmesi hususunun, başka pek çok hukuk dallarında mevcut yedieminlikler için de geçerli olduğunu gördük. Böylece, diğer hukuk dallarında da mevcut bulunan ve medeni usul ve icra iflas hukukunda düzenlenen yedieminlik ile ortak özelliklere sahip olan; bir başka deyişle, aynı hukuki niteliğe sahip yedieminlikleri (kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikleri) de belirlemeye çalıştık. Bu itibarla, konu başlığımızı "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik" olarak tespit etmenin uygun olacağını düşündük. Bununla beraber hemen belirtmek gerekir ki, incelememizde temel olarak Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen yedieminlik esas alınmış olup, diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikler mümkün olduğunca belirlenmeye ve incelenmeye çalışılmıştır.

İncelememizde, yukarıda belirtilen çerçevede, önce (Birinci Bölümde), medeni usul ve icra iflas hukukundaki (kamu hukuku ilişkileri doğuran) yedieminliğin hukuki niteliği incelenmiş, benzeri müesseseler ile mukayesesi yapılmış ve ayrıca, yedieminliğin tarihçesi ve yabancı hukuklarda (İngiliz ve ABD hukukunda) yedieminlik müessesesi incelenmiş; daha sonra, İkinci Bölümde tespit olunan bu yedieminlik (kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik) müessesesini doğuran ihtiyaç, bu ihtiyaca gören hukukumuzda mevcut kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminliklerin neler olduğu (esasen medeni usul ve icra iflas hukuku

temel alınarak) tespit edilmeye çalışılmış ve bu yedieminliğin türleri ve yedieminlik müessesesinin taraflarının hak ve yükümlülükleri belirlenmiştir. Üçüncü Bölümde ise, yedieminlikte tarafların hukuki ve cezai sorumlulukları incelenmiş ve sonuç bölümünde ise, yapılan incelemenin genel bir değerlendirmesi yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
YEDİEMİNLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TARİHÇESİ VE İNGİLİZ VE ABD HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

§. 1) YEDİEMİN KAVRAMI

Osmanlıca'da "yed" kelimesi, "el, kudret, güç, yardım, vasıta, mülk" anlamlarına gelmektedir[1]. Buna göre yediemin, "emin-el, emin-yardımcı, adaletli el, adaletli yardımcı" demektir[2].

Yediemin kavramı hukukumuzun pek çok alanında kullanılmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, nizalı şeyin, niza sonuçlanıncaya kadar, muhafazası için; İcra ve İflas Kanunu'nda, haczedilen malın, satımı gerçekleştirilinceye kadar muhafazası için ve bunun dışında da, iflas davasında, hakkında iflas davası açılan kişinin iflasına hükmetmeye gerek olup olmadığının tespiti ve iflasına karar verilir ise, alacaklıların alacaklarını alabilecekleri malların belirlenmesi ve muhafazasını temin etmek üzere bir muhafaza tedbiri olarak veya iflasın açılması halinde, sadece, alacaklıların alacaklarını alabilmelerini temin için bir muhafaza tedbiri olarak yahut yine İcra ve İflas Kanunu'nda, bir taşınmazın tahliyesi halinde, malların sahibi bulununcaya veya sahibi mallarını alıncaya kadar malların muhafazası için; genel olarak ceza usul hukukunda (ve özelde Orman Kanununda) suç delillerinin veya suça konu olan malların tespiti veya ileride müsaderesine karar verilebilmesini temin etmek üzere muhafazası için; 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunda, yokluğunda taşınmazın boşaltılması halinde, mütecavizin taşınmazdan bulunan eşyalarını, daha sonra alabilmesini temin etmek için anılan eşyaların muhafazası amacıyla tevdi edildiği kişiye yediemin denilmektedir. Bu örnekleri çoğaltmak

[1] ÖZÖN, Mustafa Nihat, "Yed", Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, Ankara 1965.
[2] YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.1, Ankara 2001, s. 183 [YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I)].

mümkündür. Ancak, tüm bu işlemlerde önemli olan husus, teslim zamanı geldiğinde, malın, yediemine teslim edildiği durumu ile muhafazasının amaçlanmasıdır. Yani yediemine mal tesliminin amacı, malın geri istenmesi gibi belirli bir olayın gerçekleşmesine kadar durumunun değişmeksizin saklanmasını sağlamaktır. O halde, malın muhafazası amacını sağlayabilmek için anılan malların idaresi veya işletilmesi gerekli ise, bu işlemin de yediemin tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir.

Yukarıda belirtilenler çerçevesinde, yediemini, kanaatimizce, şöyle tanımlamak mümkündür; *yediemin*, hukuki durumu çekişmeli veya belirsiz olan bir malın veya malların, söz konusu çekişmenin ya da belirsizliğin sona erdiği zamana kadar elkonularak, elkonulduğu andaki durumu ile muhafazasını temin etmek üzere ve/veya bu muhafazanın gerektirdiği ölçüde idare ve/veya işletilmesi için tevdi edildiği ve çekişme ya da belirsizlik sona erdiğinde ve hukuken iadeyi talebe yetkili kişi talep ettiğinde, anılan hak sahibi olan kişiye, teslim aldığı durumu ile sözkonusu mal ya da malları vermek ile yükümlü olan kişidir.

§. 2) YEDİEMİNLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kesin hukuki himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden davacı ve/veya davalıyı (hatta aile hukuku gibi bazı örneklerde çocuklar gibi üçüncü kişileri de) korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki himayeye *geçici hukuki himaye* ve bunu sağlayacak somut araçlara ise, *geçici hukuki himaye tedbiri* adı verilmektedir[3]. Bu anlamda, HUMK m. 101-113/A'da ve diğer kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbir[4]; İcra ve İflas Kanunundaki ihtiyati haciz[5]; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanundaki ihtiyati haciz[6] ve CMK'da

[3] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 32.
[4] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 169; s. 671-810
[5] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1077-1298.
[6] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1298-1333.

düzenlenen elkoyma[7] birer geçici hukuki himaye tedbiridir. Bu geçici hukuki himaye tedbirlerinden, HUMK m. 101/1'de düzenlenen ihtiyati tedbirlerden birisi de, yediemine tevdidir. Aynı şekilde, diğer kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirler, ihtiyati haciz, İİK m. 159, I'de düzenlenen muhafaza tedbirleri, 6183 sayılı Kanunda düzenlenen ihtiyati haciz ve CMK'da düzenlenen elkoyma şeklindeki geçici hukuki himaye tedbirleri de, somut olayın şartlarına göre yediemine tevdi şeklinde gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, yediemine tevdi de bir geçici hukuki himaye tedbiridir.

Bütün geçici hukuki himaye tedbirlerinde beş özelliğin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu özellikler; yargı organlarınca verilme, her iki tarafça da istenebilmesi; geçiciliği; geçici hukuki himaye talebinin incelenmesinin basitliği ve çabukluğu ve bağlayıcı olmasıdır. Öğretide, İİK m. 69, I'de yer alan muvakkat haczin ve İİK m. 270'e düzenlenen hapis hakkının da geçici hukuki himaye tedbiri olması ve benzeri hükümler nedeniyle, icra müdürünün de geniş anlamda yargı organı olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. YILMAZ, 1982 Anayasası m. 9'da yer alan "yargı yetkisinin, millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı" yönündeki düzenleme karşısında, mahkemeler dışındaki bazı adli mercilerin yargı organı kavramı içine sokulup sokulamayacağı yorumu yerine; kuralın, geçici hukuki himaye tedbirlerini yargı organlarının (mahkemelerin) vereceği şeklinde olduğunu; ancak, kanunlarda yargı organları dışında görevlendirilen bazı kişi ve mercilerin de istisnaen geçici hukuki himaye tedbiri alabileceği sonucuna varmanın daha doğru olacağını ifade etmiştir[8].

Bu itibarla, yukarıda belirtilen çeşitli kanunlarda düzenlenen yediemine tevdii bir geçici hukuki himaye tedbiri olarak kabul etmek gereklidir.

Ancak, yediemine tevdinin söz konusu olduğu tüm hallerde, ortada bir geçici hukuki himayenin bulunduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

[7] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1739-1753.
[8] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 36.

Örneğin, İİK. m. 88, II'ye göre yediemine tevdi durumunda, geçici hukuki himayenin tanımı gereği var olması gereken bir dava ortada yoktur. Bu durumda ise, dava sonuna kadar, ortaya çıkabilecek risklerden, davalı veya davacıyı korumaktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu halde yediemine teslimde amaç, dava sonuçlanıncaya kadar ortaya çıkabilecek risklere karşı davacı veya davalıyı korumak değil; haczedilen malın satış aşamasında hazır edilmesi için muhafazasıdır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

O halde, kanaatimizce, konumuz açısından, HUMK, İİK ve diğer kanunlarda düzenlenen yediemine tevdi hallerinin hepsinin birer geçici hukuki himaye tedbiri olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ancak, bazı yediemine tevdi hallerinin, geçici hukuki himaye tedbirleri arasında yer aldığı da açıktır.

Usul hukuku açısından, bazı görünümleri geçici hukuki himaye tedbiri niteliğinde bulunan yedieminliğin, maddi hukuk açısından da hukuki niteliğinin saptanması gereklidir. Zira yedieminlik ilişkisinin taraflarının hakları, yükümlülükleri ve sorumlulukları, ancak bu saptama gerçekleştirildikten sonra belirlenebilir.

Bu konuda öğretide ve yargı kararlarında çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerin bir kısmı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, İcra ve İflas Kanunu'nda ve diğer bazı kanunlarda, bir kamu yetkilisine verilen yetki ile yediemine mal tevdi halinin özel hukuk ilişkisi oluşturduğu yönündedir; bir kısmı ise, yedieminin bir kamu görevlisi olduğu yönündedir. Bu görüşleri aşağıda, "yedieminliğin bir özel hukuk ilişkisi olduğu yönündeki görüşler" ve "yedieminin memur veya kamu görevlisi olduğu yönündeki görüşler" olarak iki başlık altında inceleyeceğiz ve daha sonrada görüşümüzü belirteceğiz.

A) YEDİEMİNLİĞİN BİR ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Yedieminliğin bir özel hukuk ilişkisi olduğu yönündeki görüşler aşağıda üç altbaşlık altında incelenecektir.

I) YEDİEMİNİN BK m. 100 ANLAMINDA YARDIMCI ŞAHIS OLDUĞU GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ

BERKİN, İİK m. 5[9]'in, 3222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki dönemde yaptığı bir incelemede, icra ve iflas müdürlerinin[10], anılan maddeye göre şahsi kusurlarından dolayı doğrudan sorumlu tutulmalarının sebebinin, icra ve iflas müdürlerinin, bir hiyerarşiye tabi olmamaları ve İcra ve İflas Kanununu doğrudan yorumlayıp, uygulamaları olduğunu ve fakat resmi görevlerini Devlet adına yürüttükleri ve görevlerinde Devleti temsil ettikleri için, cebri icra işlemlerinin Devlete muzaf olduğunu ifade ettikten sonra[11]; şahsi kusurdan doğan haksız fiil sorumluluğunun, şahsa raci olduğu için, sadece icra müdürü için değil, icra dairesindeki tekmil yardımcı görevliler hakkında da söz konusu olabileceği sonucuna varmıştır[12]. BERKİN, buna göre, icra katiplerine de, tıpkı icra müdürü tarafından görevlendirilen avukat, dava vekili, bilirkişi, eksper, *emanet memuru (yeddiadil)*, kıymet takdiri memuru, tellâl veya icra tetkik

[9] İİK m. 5'in, 15.6.1985 tarih, 18785 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 3222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki şeklinde göre, "İcra ve iflas memurları ve muavinleri ve icra ve iflas dairelerinin katip ve mübaşir ve müstahdemleri, kusurlarından ileri gelen zarar ve ziyandan mesuldürler. Bu zarar ve ziyanın davasına mahkemede bakılır".

[10] 25.11.1988 tarih ve 20000 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 3494 sayılı Kanun, geçici madde 2'ye göre, "Bu Kanun (İİK) ile diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yer alan 'icra memuru' unvanı 'icra müdürü', 'icra memur yardımcısı' unvanı 'icra müdür yardımcısı', 'iflas memuru' unvanı 'iflas müdürü' olarak değiştirilmiştir".

[11] BERKİN, Necmeddin, Cebri İcra Faaliyetinde Sorumluluk, İÜHFM, C. XXXVII, S. 1-4, s. 220-221 (BERKİN (Sorumluluk)). BERKİN, icra müdürünün, muavini ve icra dairesinin tekmil katip ve müstahdemlerinin şahsi kusurlarından değil de başka sebeplerden dolayı sorumlu tutulamayacağını; zararın başka sebeplerin de karışmasından meydana gelmesi halinde, bu hususun tazminat miktarının tayininde dikkate alınacağını ve fakat, zarar şahsi kusur dışında bir sebeple, örneğin, sadece hizmet kusurundan doğmuş ise, icra müdürünün değil, Devletin sorumlu olacağını ifade etmektedir (BERKİN (Sorumluluk), s. 231-232).

[12] BERKİN (Sorumluluk), s. 229.

merciince (icra mahkemesince) tayin olunan konkordato komiseri gibi, Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi anlamında birer muavin şahıs gözü ile bakılmasının mümkün olduğu ve fakat, tazmini gereken bir zararın husule gelmesinde şahsi kusurları yoksa, icra katiplerinin sorumluluğunun ancak asıl görevi üzerine almış bulunan icra müdürüne ait bulunması görüşünde olduğunu belirtmektedir[13].

Yukarıda belirtilenlerden BERKİN'in, yedieminin, icra müdürünün BK m. 100 anlamında, muavini olduğu görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. BERKİN, daha sonra ise, açıkça, icra müdürü tarafından kendisine yardımda bulunmak üzere görevlendirilen avukat, bilirkişi, eksper, *yediemin* gibi muavin şahısların kusurlarından meydana gelen zararlardan, bu şahısların icra müdürüne, icra müdürünün de zarar görenlere karşı sorumlu olduğunu (BK m. 321, 390) belirtmektedir[14].

BERKİN, İsviçre Federal Mahkemesinin ve öğretinin ittifakla böyle durumlarda, muavin şahsı görevlendiren icra müdürü aleyhine dava açılabileceği görüşünde olduğunu belirttikten sonra, İcra ve İflas Kanununun, 5 inci maddesinde her ne kadar, "müstahdem" terimi kullanılmış ise de, icra müdürünün görevlendirdiği kişinin bir iş akdine değil, vekalet akdine dayandığını ve bir müstahdem olmadığını; fakat, kanundaki "müstahdem" teriminin geniş anlamda alınabileceği yönünde görüş açıklamaktadır[15].

İnceleme konumuz dışında olmaları itibariyle, yukarıda belirtilen yediemin dışındaki kişiler hakkında, herhangi bir görüş açıklamanın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Ancak, yediemine ilişkin olarak hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, yukarıda açıklanan görüşe katılabilme olanağı yoktur[16].

---

[13] BERKİN (Sorumluluk), s. 229-230.
[14] BERKİN (Sorumluluk), s. 239.
[15] BERKİN (Sorumluluk), s. 240.
[16] BERKİN, yukarıda belirtilen ve yedieminleri de kapsamına alınan nitelikteki görüşlerinden sonra, yediemin hakkında, İİK m. 358'den söz etmekte ve yediemin hakkında başka bazı hususlara daha değinmekte ve fakat, bu konu ile ilgili başkaca bir açıklama yapmamaktadır.

Zira, bilindiği gibi, BK m. 100'ün uygulanabilmesi için, öncelik ile bir borç ilişkisinin varlığı gereklidir. Öte yandan, BK m. 100'ün uygulanması özellikle, bir sözleşmenin yardımcı şahıslar tarafından ihlali açısından önem arzetmekle beraber, bu borç ilişkisi, sözleşmeye dayanabileceği gibi, aile hukukuna, haksız fiile veya haksız iktisaba da dayanabilir. Yani bir sözleşme borcunu veya haksız fiil tazminat borcunu ya da haksız iktisapta bulunan şahıs iade borcunu yerine getirmek için bir yardımcı şahıs kullanabilir[17]. Oysa, icra müdürünün, alacaklı veya borçlu ile ya da haczin sona ermesi yahut istihkak iddiasının kabul edilmesi sebebiyle mal sahibi ile olan ilişkisi, ne bir sözleşme ilişkisi veya bir haksız iktisap ya da haksız fiil ilişkisi yahut bir aile hukuku ilişkisidir ne de bu kişilerin arasında, anılan sebepler veya başka bir sebepten doğan bir borç ilişkisi ve bu borç ilişkisi nedeniyle doğan bir borcun ifası mevcuttur. İcra müdürü sadece görevini yapmaktadır.

Bu sebeple, yediemin ile icra müdürü arasındaki ilişkiyi bir yardımcı şahıs ilişkisi olarak kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan, yediemin ile icra müdürü arasındaki ilişki bir vekalet akdi ilişkisi de değildir; çünkü icra müdürü bir devlet memurudur ve kendi işini yapmak üzere bir başkasına vekalet veremez, sadece kendisine kanunen tanınan yetkiler çerçevesinde bir görev verebilir. Kaldı ki, yediemin ile icra müdürü arasındaki ilişkiyi, BK m. 100 anlamında bir yardımcı şahıs ilişkisi ve/veya vekalet sayar isek, malın muhafazası görevi esasen, icra müdürüne yani Devlete ait olmalıdır ve bu takdirde ise, bu gün için İİK m. 5 değiştirilmiş olduğundan, anılan maddenin bugünkü şekli ve ayrıca 1982 Anayasası m. 129, V gereği, hukuki sorumluluk için davanın idare/Devlet aleyhine açılması gerekir. Bu takdirde ise, alacaklı, borçlu veya mal sahibinin yediemine yönelme olanağı kalmaz. Öte yandan, gerek İİK. m. 5'in eski şeklinde yer alan "müstahdem" ifadesi gerek ise bugünkü şeklinde yer alan "görevli" ibaresi, yediemini de kapsayacak şekilde genişletilemez. Zira, BERKİN'in

[17] TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (TANDOĞAN Mesuliyet), s. 435; ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolay Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 57-58.

kendisinin de ifade ettiği gibi, icra müdürünün, müstahdem veya görevli tayin etme yetkisi yoktur[18].

Bu nedenlerle, kanaatimizce, yediemini, icra müdürünün yardımcı şahsı kabul etmek ve sorumluluk hakkında BK m. 100'ü uygulamak mümkün değildir.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda incelenen görüş, esasen, icra müdürü ile yediemin arasındaki ilişki açısından belirtilmiş olmakla beraber, şayet bu görüş, icra müdürü ile yediemin arasındaki ilişki açısından kabul edilir ise, örneğin, HUMK m. 101/1 uyarınca tayin edilen yedieminde, yediemine tevdiye ilişkin ihtiyati tedbir kararını infaza memur edilen, yazı işleri müdürü veya katip ile yediemin veya kanunen yediemine mal tevdiye yetkili olan diğer şahıslar ile yediemin arasındaki ilişkiler açısından da uygulanabilir olacağından veya en azından uygulanabilirliğinin araştırılması gerektiğinden, HUMK ve İİK'da ve diğer mevzuatta düzenlenen yedieminlerin hukuki niteliğini açıklamaya çalışan müşterek bir görüş olarak incelenmiştir.

II) YEDİEMİN İLE TAYİN EDEN MAKAM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN BİR SÖZLEŞME OLDUĞU GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ

Öğretide bazı yazarlarca savunulan bu görüşe göre, mahkeme ile yediemin arasındaki ilişki, bir sözleşme ilişkisi, yani BK. m. 473 vd. ve özellikle m. 471'de düzenlenen bir vedia sözleşmesidir[19]. Şayet, yediemine teslim edilen mal ve özellikle de taşınmaz, semere veren (ekili tarla gibi) veya (otel, garaj, kiraya verilmiş bir ev veya apartman gibi) gelir getiren bir mal ise, yediemin ile mahkeme arasındaki sözleşme, vedia,

[18] BERKİN bu konuda aynen şöyle demektedir: "Mehaz İsviçre Kanununa göre, icra ve iflas memuru kendisi tarafından tayin edilen müstahdemin kusurundan doğan zararlardan da mesuldür (bkz. FİİK. m. 5, f.1). Bu hüküm Türk Kanununa alınmadığından, Türk Hukukunda icra ve iflas memurunun müstahdemleri tayine yetkisi yoktur" [bkz. BERKİN (Sorumluluk), s. 229, dn(19)].

[19] KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, s. 4294 [KURU (Usul-IV)]; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, s. 770.

hizmet veya vekalet sözleşmelerinden oluşan karma bir sözleşmedir[20]. Burada, yediemin ile mahkeme arasında bir sözleşmeden söz edilmekle beraber, bu hususu, anılan görüş çerçevesinde, yediemin ile, İİK. için icra müdürü veya başka bir kanunun uygulaması açısından anılan kanuna göre yetkili kılınan kişi veya merci arasındaki yukarıda belirtilen tipte sözleşmeler olarak anlamak mümkündür.

Bu görüşün eleştirisine geçmeden önce bir hususun açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki; yukarıda belirtilen görüşe göre, yediemin ile mahkeme arasında, muhafaza altına alınacak malın niteliğine göre, vedia sözleşmesi, yediemine tevdi sözleşmesi veya karma bir sözleşmenin kurulacağı belirtilmişti. Oysa, mahkemenin tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve hakim veya icra müdürü yahut diğer bir yetkili kişi de, kendi adına hareket etmemekte, devlet adına hareket etmektedir. Bu itibarla, yukarıda belirtilen görüşe göre, esasen, yediemine tevdi halinde, yediemin ile devlet arasında bir sözleşmenin doğmuş olduğunun belirtilmek istendiği sonucuna varmak gereklidir.

Ancak, anılan görüşe, yukarıda belirtilen yaklaşım biçimi ile de katılamıyoruz. Zira, yediemin ile devlet arasında bir sözleşmenin varlığının kabulü halinde; birinci görüşün eleştirisi sırasında da belirtildiği gibi, esasen, malı muhafaza ve/veya idare ve işletme görevinin devlete ait olduğunu sonucuna varmak gereklidir. Oysa, örneğin, İİK m. 88, I'de, anılan maddede belirtilen kıymetli şeylerin, ancak icra dairesi tarafından muhafaza edileceği açıkça belirtilmiştir. Bu kıymetli şeylerin muhafazasından devletin sorumlu olduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. İİK m. 9'a göre ise, anılan kıymetli şeylerin, bir bankada saklanacağı öngörülmüştür. İİK m. 88, I'e göre saklama sorumluluğu devlete aittir ve devlet hak sahibi veya alacaklı yahut borçluya karşı, anılan malların uğradığı zarar ve ziyan için sorumludur. Oysa, İİK m. 9 ile, memurun kıymetli şeyleri nasıl saklayacağı belirtilmiş olup bu hususa

[20] KURU (Usul-IV), s. 4305; YAVUZ, s. 770.

uygunsuzluk halinde, memur devlete karşı sorumlu olacaktır (bkz. örneğin, İİK m. 6). İİK m. 88, I dışında kalan mallarda ise, malın saklanması hususunda, yediemin adı verilen bir kişiye saklama görevini verebilmek konusunda icra müdürüne yetki verilmiştir. Bu halde, saklama işlemini devlet değil, yediemin yapmaktadır. Bu özel düzenlemeler (bkz. örneğin, İİK m. 88, II, IV, V; m.92, III) ile yediemine malların tevdii konusunda icra müdürüne verilen yetki dışında, başka özel düzenlemeler ile, bu sorumluluğa aykırılığın sonuçları düzenlemiştir (bkz. İİK m. 358). Diğer kanunlarda da, yediemine muhafaza için mal tevdii konusunda bazı kişi veya mercilere yetki verildiği özel düzenlemelere (örneğin, bkz. HUMK m. 101) istinaden, yediemine mal tevdii halinde yedieminin görevini suiistimal etmesi haline ilişkin olarak da 5237 sayılı TCK m. 289 ve yedieminde bulunan malı alan için 5237 sayılı TCK m. 290 ile özel düzenlemeler getirilmiştir. Bir başka deyişle, malların yediemine tevdi hallerinde, saklama görevinin yediemine ait olduğu yasal düzenlemelerde açıkça belirtilmiş ve yedieminin görevini suiistimalinin cezai sonuçları açıkça tespit olunmuş; hatta İİK m. 358 ile hukuki sorumluluğu dahi düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu hallerde saklama görevinin devlete ait olmadığı açıktır.

Keza saklama görevinin devlete ait olduğu hallerde, İİK m. 5 ve Anayasa m. 129, V gereği, davanın devlete karşı açılması gereklidir. Bu durumda ise, alacaklı veya borçlu ya da hak sahibinin yediemine yönelmesi mümkün olamazdı. Hukuki sorumluluk için, İİK m. 5 ve Anayasa m. 129, V gereği devlete karşı dava açmak ve cezai sorumluluk için ise, devlet memurlarına ilişkin cezai sorumluluk hükümlerini uygulamak gerekirdi. Yani 5237 sayılı TCK m. 289 veya 290 şeklindeki düzenlemelere gerek olmayacaktı.

Hukuki sorumluluk açısından tekrar belirtmek gerekir ki, sözleşme, devlet ile yediemin arasında bulunduğu için, alacaklı, borçlu veya hak sahibi bu sözleşme ilişkisine yabancı olacaklardı.

Bu nedenlerle, anılan düşünceye katılamıyoruz.

Bu noktada, Fransız Medeni Kanununda (Fr.MK) yer alan bazı düzenlemelerden de söz etmek gerektiği kanaatindeyiz. Fransız Medeni Kanunu, m. 1955'e göre, yedieminlik (séquestre; sequestration), akdî veya adlî olabilir. Akdî yedieminlik, bir veya daha fazla kişinin, üzerinde uyuşmazlık bulunan bir malı, uyuşmazlık sona erdikten sonra, anılan malı elde etme hakkına sahip olduğu tespit olunan kişiye iade etmek üzere, üçüncü bir kişiye verdikleri bir vediadır (Fr.MK m. 1956). Yedieminliğin ücretsiz olması zorunlu değildir (Fr.MK m. 1957). Yedieminlik ücretsiz olduğunda, kanunda belirtilen farklılıklar dışında, fiili vedia (dépôt proprement dit; actual deposit) hükümlerine tabidir (Fr.MK m. 1958). Yedieminliğin konusunu yalnız taşınır mallar değil aynı zamanda taşınmaz mallar da oluşturabilir (Fr.MK m. 1959). Yedieminlik ile görevli olan müstevdi (dépositaire; depositary), uyuşmazlık çözülmeden, yalnızca, ilgili tarafların rızası veya hakim kararı ile borcundan kurtulabilir" (Fr.MK m. 1960).

Ancak, mahkeme de,
-borçlunun elinde haczedilen taşınır malları;
-mülkiyeti veya zilyedliği iki veya daha fazla kişi arasında ihtilaflı olan bir taşınır veya taşınmaz malı veya
- borçlunun borcundan kurtulmak için vermek istediği şeyi,

yediemine tevdi edebilir (Fr.MK m. 1961)[21]. Buna da adlî yedieminlik denir. Fr.MK m. 1962'e göre, "Adlî bir yedieminin atanması, yediemin ile haciz koyduran kişi arasında karşılıklı bir borç yaratır. Yediemin, el konulan malların korunması için, iyi bir aile babasının göstereceği özeni[22] göstermeye mecburdur./ Yediemin, anılan malları, ya satış durumunda

[21] Ancak bu sıralamanın tahdidî olmadığı kabul edilmektedir (bkz. AUBIJOUX-IMARD, Patricia, Le Séquestre, Petite Affiche, 6 Juill. 2001, s. 15; Code Civil, 102 Edition, 2003, s.1700).
[22] le soins d'un bon pére de famille - the care of a prudent owner

borcu ödenecek olan mala haciz koyduran kişiye ya da el koymanın sona ermesi halinde, malına haciz konulan kişiye iade etmelidir./ Haciz koyduranın borcu, yediemine, hukuken tespit olunan ücreti ödemeyi içerir." Fr.MK m. 1963'e göre ise, "Adlî yedieminlik, ya ilgili tarafların üzerinde anlaştıkları kişiye veya talep üzerine hakim tarafından saptanan kişiye verilir. Her iki halde de, şeyin emanet edildiği kişi, akdî yedieminliğin içerdiği tüm borçlara uyruktur".

BELLOIR, Fransız hukukunda akdî yedieminliğin bir sözleşme olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmadığını, fakat, adlî yedieminliğin hukuki niteliği üzerinde eski öğretide tartışmaların bulunduğunu belirttikten sonra; adlî yedieminliği, tarafları, bir yanda yediemin diğer yanda bu önlemi (yedieminliği) talep eden taraf olan, hukuken oluşturulmuş ve sonuç doğurması için hakimin müdahalesini gerekli kılan sözleşme olarak tanımlamaktadır[23]. BELLOIR, bu haliyle, yedieminliğin, hakim tarafından empoze edilebildiğinden, sözleşme yapmama özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olduğu görüşündedir[24] ve adli yedieminliğin bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini temel olarak iki sebebe dayandırmaktadır: Bu sebeplerden birincisi, adlî yedieminliğin, Fransız Medeni Kanununda kullanılan sistem içinde özel sözleşmeler kategorisine konulması; diğeri ise, Fr.MK m. 1963, II'ye göre, adlî yedieminin, akdî yediemin ile aynı yükümlülüğe tâbi olduğunun belirtilmesidir. BELLOIR, sonuç olarak, adlî yedieminliğin, akdî yedieminliğin sistemini benimsediğini; esas olanın bu akdî yedieminlik olduğunu; çünkü, ilişkinin hukuki durumunu (tarafların hak ve borçları gibi), akdî yedieminliğin belirlediğini ifade etmektedir[25].

Acaba, Fransız hukukundan esinlenerek, aynı husus hukukumuz için de düşünülebilir mi? Bir başka deyişle, hukukumuzda da, icra müdürünün haczedilen malların yediemine tevdiine karar vermesi halinde haciz

[23] BELLOIR, Philippe, Le Séquester, Petites Affiches, 30 Mars 2000, s. 4.
[24] BELLOIR, s. 4.
[25] BELLOIR, s. 4 ve s.7; AUBIJOUX-IMARD, bir açıklama yapmadan, adlî yedieminliği de kapsayacak şekilde, yedieminliği bir sözleşme olarak nitelendirmektedir (bkz. AUBIJOUX-IMARD, s. 15 ve s. 17).

koyduran ile yediemin arasında bir sözleşmenin oluştuğu düşünülebilir mi? Kanaatimizce, haciz koyduran kişinin mal üzerinde aynî veya şahsî bir hakkı bulunmadığından bu görüş kabul edilemez. Haciz koyduran kişi, yani alacaklı, alacağını alabilmek için icra müdüründen veya ihtiyati hacizde mahkemeden talep ederek mal üzerine haciz koydurmakta ve icra müdürü de, malı muhafaza altına almak üzere, şartlar mevcut ise, malı yediemine muhafazası için vermektedir. Böyle bir halde, ortada yediemin ile haciz koyduran arasında bir sözleşme kurulduğundan söz edilmesi, mal sahibini sözleşmenin dışında bırakmaktadır. Mal sahibi gerçi, haczin kalkması halinde veya haciz kalkmasa bile, malına zarar verilmesi halinde, mülkiyet hakkına dayanarak, yedieminden talepte bulunabilir ise de, kendisinin sözleşme dışında kalması açıklanamaz. Oysa, alacaklının borçluya ait mala icra müdürü vasıtasıyla haciz koydurması, tamamen devletin kamu hukukundan doğan bir gücünden kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, özel bir kanun maddesi olmadan, alacaklı ile yediemin arasında sözleşme doğduğunu söylemek, irade serbestisine dayanan sözleşme hukuku alanında, mal sahibinin iradesini tamamen dışarıda bırakarak, bir sözleşme kurulması şeklinde kabul edilemez bir sonuç yaratmaktır. Kaldı ki, bu konuda özel bir hüküm konulması halinde bile durum çok fazla değişmeyecek; sözleşme hukukundaki irade serbestisi dışında, kişinin mülkiyet hakkı da ihlal edilecektir. Haczin sona ermesi halinde ise, devletin tekrar müdahale ile, malı geri almasının mantığı da açıklanamaz olacaktır. Böyle bir sözleşme mantığı ancak, alacaklının, borçlunun elinde bulunan mala el koymak konusunda bir hakkının var olduğunun düşünülmesi ile açıklanabilir hale gelir. Zira bu halde, mala el koyma hakkı olan alacaklı mala elkoyacak ve fakat, bu hakkını, devletin icra müdürü vasıtasıyla kullanacaktır. Halbuki, alacaklının böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Tam tersine böyle bir işlem, şayet mal üzerinde, alacaklının aynî bir hak iddiası olsa, bizzat ihkakı hak suçunu[26] oluşturabilir; böyle bir iddiası yok ise, hırsızlık veya yağma suçuna da

[26] 765 sayılı TCK'nın 308 inci maddesinde düzenlenmiş olan bizzat ihkakı hak suçu, 5237 sayılı TCK ile ayrıca düzenlenmemiş ve fakat, anılan kanunun 150 nci maddesi kapsamında mütalaa edilmiştir (bkz. 5237 sayılı TCK'nın 150 nci maddesinin gerekçesi).

vücut verebilir. Üstelik, sadece, alacaklının yedieminden tazminat istemek hakkını sözleşme temeline oturturken, devletin niçin malı geri istemek hakkının bulunduğunu açıklayamaz.

Benzeri durum, ihtiyati tedbir için de geçerlidir. İhtiyati tedbir koyduran ile, yediemin arasında, bir sözleşme doğacağını düşünmek; ihtiyati tedbirde malın aynı üzerinde bir ihtilaf olması nedeniyle, tedbiri koyduran ile malı elinde bulunduranın hakları aynı olmasına karşın niye, tedbir talep eden ile, yediemin arasında sözleşme doğduğu ve fakat malı fiilen elinde bulunduranın bu ilişkinin dışında kaldığı açıklanamaz. Ayrıca, böyle bir sözleşme halinde, devletin malı iade konusundaki yetkisi de, aynı sözleşme mantığı içinde açıklanamaz.

Aynı sonuca, taşınmaz mal zilyedliğine yönelik müdahalelerin önlenmesi halinde, malın yediemine tevdii halinde de ulaşmak mümkündür.

Bunlar dışında kalan, yediemine tevdi hallerinde ise, konuyu açıklamak daha da zorlaşmaktadır. Örneğin, ceza usul hukukunda, suçta kullanılan veya suç eşyasına el konulup, yediemine tevdide, sözleşme yediemin ile kim arasında kurulacaktır? Sözleşmenin, yediemin ile suça konu veya suç delili malın sahibi arasında kurulacağı söylenebilir. Ancak bu halde de yukarıda belirtilen sakıncalar ortaya çıkacaktır.

Yukarıda belirtilen tüm halleri kapsar şekilde belirtmek gerekir ki, esasen tüm bu hallerde, yediemine tevdi ancak, yetkili merci veya kişinin sahip olduğu bir tasarruf olup, malların doğrudan devlet tarafından da saklanmasına karar verilebilir. O halde ise, sözleşme ilişkisi kurulmayacaktır.

Kanaatimizce, hukuk sistemi ile bu kadar çelişkili sonuçlar ortaya koyan bir görüşü kabul etmek mümkün değildir. Üstelik belirtmek gerekir ki, özel ve

açık bir düzenleme olmasına karşın, Fransız hukukunda dahi tartışmalara yol açmış bir sistemi hukukumuzda savunmak mümkün görünmemektedir.

III) ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ VE ELEŞTİRİSİ

Bilindiği gibi, üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edim kararlaştırılmasıdır[27]. Bu sözleşme ilişkisi içinde borçlu, bizzat alacaklıya değil, üçüncü bir şahsa edimi ifa ile yükümlü olmaktadır.

İşte acaba, alacaklı veya davacı yahut hak sahibi kişi, yetkili mercie, bir yediemin atanması için başvurduğunda ya da yetkili merci, bu konudaki yetkisi çerçevesinde re'sen yediemin için atama yaptığında, yediemin ile yetkili merci veya yediemin atanmasını isteyen arasında üçüncü kişi yararına yapılmış bir sözleşme kurulmuş olabilir mi? Bu sözleşme muhafazanın niteliğine göre, üçüncü kişi yararına vedia sözleşmesi veya vedia ve/veya vekalet ve/veya hizmet sözleşmesi ile bir arada bulunan bir kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme veya karma sözleşme olabilir mi?

Yediemine tevdi halinde, yetkili merciin devlet adına, yararlananı ileride hak sahibi olacak kişi olan, bir üçüncü kişi yararına sözleşme yaptığı yönündeki görüş, bir Yargıtay kararına da konu olmuştur. Anılan olayda, Yargıtay aynen aşağıda belirtilen şekilde bir karar vermiştir[28]:

> "… Yediemin olarak malları zabıtadan veya müddeiumumiden teslim alan kimse, onları adli makamların emrine tâbi tutmak ve ileride hak sahibi olduğu sübut bulacak kimseye teslim etmek borcunu üzerine almıştır. Hak sahibi ile yedi adil arasındaki münasebet ise Borçlar Kanununun 111 inci maddesinde tanzim edilen başkası

[27] AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, s. 10.
[28] Yarg. HGK, 14.12.1955, 4-95/95 (bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 966).

> lehine şart münasebetidir. Bu yönden on senelik zaman aşımı hükümlerinin tatbiki lâzım gelir…"

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen Yargıtay kararına da konu olan bu görüşe katılabilmek mümkün görünmemektedir. Zira, devletin, böyle bir sözleşmeyi yapabileceğini kabul etmek için, öncelikle, saklama görevinin devlete ait olduğunun kabulü gereklidir. Bu halde ise, yukarıda, ikinci görüşün eleştirisi sırasında belirtilen sakıncalar ortaya çıkacaktır.

Yukarıda belirtilen diğer durum ise, hatırlanacağı üzere, yediemine tevdi halinde, acaba, yediemine tevdii talep eden ile, yediemin arasında bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin oluştuğunu kabulünün mümkün olup olmadığıydı.

Benzeri bir durum, Borçlar Kanununun 91 inci maddesinde düzenlemiştir (ayrıca bkz. BK . 166). Öğretide, genellikle BK m. 91'de düzenlenen tevdi eden ve tevdi edilen arasındaki ilişki, üçüncü şahıs yararına sözleşme ile açıklanmaktadır[29].

Buna göre, borçlu tevdi için, tevdi edilecek şahısla bir vedia akdi (BK. m. 463) yapar ve bu akit üçüncü şahıs (alacaklı) lehine bir akit tarzında yapılmak gerekir. Yani akitte, malı alma hakkı alacaklıya tanınır.

Benzeri şekilde, burada da, yediemin tayinini isteyen ile yediemin arasında, yetkili merci tarafından, ileride hak sahibi olduğu ispatlanacak kişi lehine, muhafazanın niteliğine göre, üçüncü kişi yararına vedia sözleşmesi veya vedia ve/veya vekalet ve/veya hizmet sözleşmesi ile bir

[29] OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, 277; TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 844; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999, 267; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 453; KOÇ, Nevzat, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992, s. 205 vd.; YALMAN, Süleyman, Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü Halinde Borçlunun Tevdi Hakkı, Doktora Tezi, Konya 1997, s. 124 vd.

arada bulunan bir kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme veya karma sözleşme yapıldığı düşünülebilir.

Bir sözleşmenin yapılabilmesi için malın sahibi olmaya veya hatta o malın var olmasına bile gerek bulunmadığına göre bu sonuç normaldir. Zira, ortada bir taahhüt muamelesi mevcuttur ve buna göre de, malın sözleşmenin yapıldığı anda var olması ve/veya sözleşmenin tarafının mülkiyetinde bulunması ve/veya sözleşmeyi yapanın mal üzerinde bir tasarruf hakkının bulunmasına gerek yoktur.

Bazı hallerde (örneğin, aynı çekişmeli bir malın ihtiyati tedbir olarak, yediemine tevdii halinde), ileride kimin hak sahibi olacağının bilinmediği ifade edilebilir ise de, bilindiği gibi, üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehine sözleşme yapılanın, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut ve belirlenmiş olması şart değildir; fakat belirlenebilir olması yeterlidir[30].

Buna göre, ilerde hak sahibi olacak kişi, HUMK m. 101'e göre ihtiyati tedbir olarak yediemin tayininde, malın sahibi olduğu bir yargı kararı ile saptanacak kişi; İİK m. 88, II'ye göre, haczedilip ve yediemine teslim ile muhafaza altına alma halinde, söz konusu malın paraya çevrilmesi talep edildiğinde, alacaklı; şayet haciz sona ererse, mal sahibi; ceza usul hukukunda, mala el konulması halinde, şayet mal ileride müsadere edilmiş ise, Devlet; mal sahibine iade edilecek ise, mal sahibi olabilir.

Öte yandan bilindiği gibi, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme veya üçüncü kişi yararına tam sözleşme şeklinde yapılabilir. Üçüncü kişi yararına eksik sözleşmede, üçüncü kişi bir alacak hakkı kazanmadığından, kendisine yapılacak ifayı kabul etmekten başka bir yetkisi yoktur. Bu sebeple de, üçüncü kişi (hak sahibi olacak kişi), ifanın yapılmaması veya gecikmeli yapılması ya da ayıplı olmasından

[30] OĞUZMAN/ÖZ, s. 801; AKYOL, s. 100; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara 1991, s. 322 (EREN (III)).

dolayı borca aykırılığa dayanarak tazminat isteyemez[31]. Bu imkan, vaadettirene (yediemin tayinin talep edene), aittir. Üçüncü kişi yararına tam sözleşmede ise, vaadettiren ve vadeden (yediemin) arasında sözleşmenin yapılması ile birlikte, lehdar üçüncü kişi bir alacak hakkı kazanmaktadır. O halde, yediemin tayini halinde, tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapıldığı sonucuna varılabilir. Ancak bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, hakim görüş ve uygulama, vaadettirenin de bu edimin ifasını isteyebileceği yolundadır[32]. BK m. 111, II metninde yer alan "... üçüncü şahıs... dahi... borcun ifasını talep etme hakkını haizdir" ifadesi bu sonucu doğrulamaktadır. Ancak, vaadettiren ifanın ancak üçüncü şahsa yapılmasını isteyebilir.

İlk bakışta durum yukarıda belirtildiği gibi olmakla beraber, konu daha yakından incelendiğinde, farklı bir sonuca varmak gereği ortaya çıkmaktadır.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme daha yakından incelendiğinde, üçlü bir ilişkinin var olduğu görülür. Bilindiği gibi, burada alacaklı (vaadettiren) ile borçlu (vaadeden) üçüncü bir kişi (lehdar) yararına bir sözleşme yapmaktadırlar ve böylece üçüncü kişi, doğrudan bir hak kazanır ve üçüncü kişi ile borçlu (vaadeden) arasında bir hukuki ilişki meydana gelir. Yani, borçlu, üçüncü bir kişiye karşı belli bir edimi ifa etme borcu altına girer ve üçüncü kişi de bu edimi talep etme hakkı kazanır. İşte bu ilişki, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye oranla dışarıda kaldığı için, *dış ilişki* adını alır. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki ise, borçlunun, üçüncü kişiye ifa edeceği edimin karşılığını oluşturur. Bu nedenle, alacaklı ile borçlu arasıdaki ilişkiye, *kapama (karşılık) ilişkisi* denir[33].

[31] OĞUZMAN/ÖZ, s. 802; KILIÇOĞLU, s. 393.
[32] OĞUZMAN/ÖZ, s. 803; AKYOL, s. 110; TUNÇOMAĞ, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin, vaadettirene de üçüncü kişiye ifayı isteme yetkisi verip vermediğinin bir yorum işi olduğunu; fakat duraksama halinde, vaadettirene de bu yetkiyi tanımanın yerinde olacağını ifade etmektedir (bkz. TUNÇOMAĞ, s. 968).
[33] AKYOL, s. 85.

Üçüncü şahıs yararına sözleşmede, üçüncü şahsın, borçluya yönelik olarak doğan talep hakkının kaynağı, gerçekte, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmedir. Bu sözleşme ile, üçüncü şahıs yararına bir kazandırma yapılmaktadır ve bu nedenle de, bu ilişkiye (alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkiye) *kazandırma (değer) ilişkisi* denir[34].

Fransız öğretisinde, üçüncü şahıs yararına sözleşmenin geçerliliği için, alacaklının bu sözleşmeyi kurmakta maddi veya hiç olmazsa manevi bir menfaatinin bulunması şartı aranmasına rağmen, Alman ve onu izleyen İsviçre Hukuklarında, alacaklının menfaatinin varlığı, üçüncü şahıs yararına sözleşmenin geçerliliği için bir şart olarak kabul edilmemektedir. Ancak, tarafları birbirine bağlayan kazandırmaların amacı, bir başka deyişle her bir kazandırmanın sebebi (causa) kazandırmanın geçerliliğini tayin eder[35].

Bu itibarla, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki değer (kazandırma) ilişkisi feshedilir ise ya da taraflardan biri irade sakatlığı sebebiyle sözleşme ile bağlı olmadığını bildirirse üçüncü şahsa yapılan kazandırma sebepsiz hale gelir. Buna göre, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki hukuki ilişki (kazandırma ilişkisi) üçüncü şahıs yararına borçluya karşı bir alacak hakkı tesis etmektedir. Üçüncü şahsın alacaklıya olan talebi ile kendisine borçluya karşı kazandırılmış talebi birbirine bu sebeple bağlıdır. Yani sebep tektir, fakat bundan biri alacaklıya diğeri borçluya karşı olmak üzere iki talep doğmaktadır[36]. Bu itibarla da, yukarıda belirtildiği gibi, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki değer ilişkisi sona ererse, üçüncü şahsa yapılan kazandırma sebepsiz hale gelir.

Yukarıda belirtilen hususları, yediemine tevdiye uygular isek, bir mahkeme kararı veya kanunen yetkili kılınan bir merci vasıtasıyla, yediemin tayin

[34] AKYOL, s. 135.
[35] AKYOL, s. 137-138; SEROZAN, bu karşılık veya kazandırma ilişkisinin, lehdarın hakkı kazanmasının sebebini (causa) kapsadığını ifade etmektedir (SEROZAN, Rona, ifa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 31).
[36] AKYOL, s. 146-147.

edilmesini isteyen kişi ile yediemin arasında, sonradan hak sahibi olacak kişi lehine bir üçüncü kişi yararına sözleşme kurulacak ve bu sözleşmede, yediemine tevdiyi talep eden kişi vaadettiren, yediemin vaadeden ve hak sahibi olduğu tespit olunacak ve malın iade edileceği kişi de, lehdar (üçüncü kişi) olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yediemin tayinini isteyen kişi ile daha sonra hak sahibi olacak ve malın verileceği kişi arasında herhangi bir kazandırma ilişkisi mevcut değildir. Bu yönü ile sözleşme başlangıçtan itibaren sebepsiz kalacaktır.

Öte yandan, üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin, hakkını kullanmak istediğini borçluya beyan ettiği zamana kadar, alacaklı, bu sözleşmeden her zaman dönebilir[37] (bkz. BK m. 111, III). Oysa, yediemine tevdide, tevdi gerçekleştikten sonra, tevdii isteyen kişi de, yetkili merciin kararı olmaksızın, malı yedieminden alamaz.

Bu sebeplerle, yedieminliği, üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklamak da mümkün görünmemektedir.

IV) SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, HUMK m. 101/1 veya İİK.'ye göre ya da bir başka kanunla verilen yetki ile muhafazası için kendisine mal tevdi edilen yedieminin hukuki durumunu ve sorumluluğunu, B.K m. 100'de düzenlenen yardımcı şahıs veya sözleşme ile açıklamak mümkün değildir. Zira, özet olarak belirtmek gerekir ise;

- HUMK m. 101/1 veya İİK.'ye göre ya da bir başka kanunla verilen yetki ile yediemine muhafazası için mal tevdi edilerek oluşturulan yedieminlikte, taraflar, yediemini, özgür iradeleri ile bir sözleşme yaparak tayin etmezler; kanunun kendisine verdiği bir yetkiye dayanarak, yetkili bir merci veya kişi tayin eder,

[37] TUNÇOMAĞ, s. 975; ayrıca bkz. AKYOL, s. 148 vd.

- sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, bir sözleşmeyi yapanların her zaman o sözleşmeyi aralarında anlaşarak sona erdirme hakları olmasına rağmen, HUMK m. 101/1 veya İİK.'ye göre ya da bir başka kanunla verilen yetki ile yediemine muhafazası için mal tevdi edilerek oluşturulan yedieminlikte, yediemin tayinin isteyen kişi dahi, sadece bir irade açıklaması ile veya yediemin ile anlaşarak, yedieminliğe son veremez. Mutlaka bu isteğin, yetkili mercie veya kişiye yöneltilmesi gerekir ve ancak yetkili merci veya kişi kabul ederse, yedieminlik sona erer.

Bu itibarla, özel hukuk ilişkileri çerçevesinde ve özellikle tarafların özgür iradeleri ile bir sözleşme ile kurulan ve muhafaza ile görevli kişinin yine yediemin olarak adlandırıldığı müesseseler (BK m. 463 vd. ve m. 471) inceleme konumuzu açılayamamaktadırlar ve inceleme konumuz dışında kalmaktadırlar.

B) YEDİEMİNİN MEMUR VEYA KAMU GÖREVLİSİ OLDUĞU YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER VE ELEŞTİRİSİ

HUMK m. 101/1 veya İİK'ye göre ya da bir başka kanunla verilen yetki ile yediemine muhafazası için mal tevdi edilerek oluşturulan yedieminlikte, yedieminin BK m. 100 anlamında bir yardımcı kişi olmadığını veya yediemine tevdi ile bir sözleşmenin gerçekleşmediğini belirledikten sonra, hukuki niteliğinin ne olduğunun saptanması gereklidir. Bu konuda bir Yargıtay kararı aynen şöyle demektedir:

> "Davacı, davalının üçüncü kişi aleyhine aldığı ihtiyati tedbir kararının mahkemece tayin edilen memur aracılığı ile yerine getirilmesi sırasında infaz memurunca üzerine tedbir konulan işyerinin muhafazası için bekçi olarak tayin edildiğini, ancak yedieminlik ücretinin ödenmediğini iddia ile davalıdan tahsilini istemiştir. İnfaz memurunun yaptığı işlem *kamu tasarrufu olup* bu tasarrufla, ne davacı bekçi ile ne de başka bir kişi ile bir sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Taraflar arasında hizmet veya vedia sözleşmesi

bulunmadığı gibi, dava niteliği itibariyle konulan tedbirden dolayı davacının emeğinin karşılığının ödetilmesinden ibarettir"[38].

Söz konusu Yargıtay kararında, işlem bir kamu tasarrufu olarak tanımlanmıştır. Ancak, acaba, bu kamu tasarrufu sonucunda atanan yediemin memur veya kamu görevlisi midir?

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), m. 279, I'e göre, "Ceza Kanununun tatbikatında:
1-Devamlı veya muvakkat surette, teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;
2- Devamlı veya muvakkat, ücretli ve ücretsiz, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır". Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise, "Ceza Kanunu tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:
1-Devamlı veya muvakkat surette, teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur ve müstahdemleri;
2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir".

ERMAN, 765 sayılı TCK m. 279'a göre, memurlar ve kamu hizmeti görmek ile görevli (amme hizmeti görmekle muvazzaf) olanlar şeklinde bir ayırım yapıldığını; bu şekilde iki farklı idari ajan kategorisinin oluşturulduğunu ve bu iki ajan kategorisini birbirinden ayırt eden yegane kıstasın da ifa ettikleri faaliyetin mahiyetinde bulunduğunu ve birisinin kamu görevi gördüğünü ve bu nedenle memur olduğunu diğerinin ise, kamu hizmeti gördüğünü ve bu nedenle kamu hizmeti ile görevli (amme hizmeti ile muvazzaf) kişi olduğunu ifade etmektedir[39].

[38] Yargıtay Başkanlar Kurulunun 4.3.1976 gün ve 72/113 sayılı Kararı [bkz. KURU (İcra-IV), s. 4305].
[39] ERMAN, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, C.II, S.3-4, 1947, s. 242 [ERMAN (Memur)].

ERMAN, bu durumda, kamu hizmeti ile kamu görevinin tanımlanması ve birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini belirttikten sonra, bu konuda idare hukuku alanında mevcut çeşitli teorileri incelemekte[40] ve son olarak da, MIELE'nin görüşünün en makbul ölçütü getirdiği sonucuna varmaktadır[41]. Buna göre, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, üzerlerine almış oldukları görev ve faaliyetleri belirli bir takım amaçların gerçekleştirilmesi için oluşturulmuş daha alt organlara tevdi ederler ve böylece Devlet içinde bir işbölümü gerçekleşmiş olur. Bu işbölümüne göre, Anayasa'da da belirtildiği gibi Devletin faaliyetleri, yasama (teşrii), yargı (adli) ve yürütme (idari) olarak üçe ayrılır. Bu faaliyetlerden yasama ve yargıyı açıklamak kolaydır; çünkü, bu organların elde etmek istedikleri gaye, ifa ettikleri faaliyette saklıdır. Bu organlar, sadece faaliyette bulunmaları ile amaçladıkları gaye gerçekleşmiş olur. Oysa, idari faaliyet bu bakımdan farklı şekilde karşımıza çıkar. Yani idari faaliyetin bazı öyle cepheleri vardır ki, bu tür faaliyetlerde, Devlete ait hukuki yetki ve iktidarın kullanılması hemen hemen hiç göze çarpmaz. Örneğin, eğitim, sağlık, sosyal sigortalar gibi. Bu alanlarda, Devlete ait hukuki yetki ve iktidarın kullanılması ile gayeye erişilmiş olunmaz, istenilen, bu iktidar ve yetkilerin belirli bir netice vermesidir. Oysa, bazı sahalarda ise, hukuki yetki ve iktidarın kullanılmasının ön plana geçtiği; çünkü bu cephelerde Devletin ancak şahsi hürriyet ve mülkiyeti çeşitli yönlerden tahdit etmek, yani iktidar ve yetkilerini kullanmak suretiyle gayesine ulaşabildiği görülür. Örneğin, adli zabıta, vergi tarh ve tahsili gibi[42].

O halde, bir faaliyet Devletin kendine has hukuki iktidar ve yetkilerinin kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğinde *kamu görevi (amme vazifesi)/kamu fonksiyonu (amme fonksiyonu)*; bu iktidar ve yetkinin kullanılması ikinci planda kaldığında ise, *kamu hizmeti* (*amme hizmeti)* söz

[40] Söz konusu teoriler için bkz. ERMAN (Memur), s. 241-249.
[41] ERMAN (Memur), s. 249;
[42] ERMAN (Memur), s. 249-250.

konusu olur[43]. Ancak, Devlete ait hukuk iktidar ve yetkiyi kullanarak, hukuki tasarruf ve fiillerin ifasını gerçekleştirenlerin kamu görevi (fonksiyonu) ifa etmeleri nedeniyle memur oldukları; bu iktidar ve yetki kullanılmasının ikinci planda kalması halinde ise, kamu hizmeti ile görevli kişilerin söz konusu olacağı şeklinde yapılacak bir tanımlama, memur kapsamının çok daralmasına sebep olacaktır. ERMAN, bu nedenle, yukarıdaki unsura, yardım ve iştiraki de eklemek gerektiğini; yani, bir hukuki tasarrufu veya fiili yapacak olan asıl Devlet organlarının faaliyetlerini tamamlayan, ona yardım ve iştirak edenlerin de bir kamu (amme) fonksiyonu gördüğünü kabul etmenin gerekli bulunduğunu belirtmektedir[44].

Öte yandan "yardım" ve "iştirak unsuru" çok kapsamlı olarak uygulanır ise, bu defa da, kamu fonksiyonu (görevi) ile kamu hizmeti arasında fark kalmaz. Bu durum da ise, başvurulacak müessese "kamu (amme) hukuku usulü"dür. İdare hukuku sahasında, her hukuki tasarruf veya fiil, kamu (amme) hukuku usulü denilen bir usule göre meydana getirilir. Böylece, hukuki tasarruf veya fiil, çeşitli aşama ve safhalardan geçtikten sonra tamamlanır ve hukuk dünyasında kendine özgü bir neticeyi hasıl eder. İşte hukuki tasarruf veya fiillerin yapılmasına kamu hukuku usulüne göre iştirak ve yardım edenler de kamu görevi görürler ve bu nedenle de memurdurlar[45].

ERMAN, daha sonra, 765 sayılı TCK m. 279, I'e göre, memur sayılan kişilerin iki zümrede toplandığını belirtmekte ve buna göre memurların ya Devlet veya kamu (amme) müessesesinin müstahdemi olacağını veya olmayacağını ifade etmektedir. Yazar müstahdemin ise, üç unsuru bünyesinde toplaması gerektiğini; bu unsurların, yaptığı işi bir ivaz mukabilinde yapması, işi devamlı olarak yapması ve işi isteği ile üstlenmiş

[43] ERMAN (Memur), s. 250.
[44] ERMAN (Memur), s. 251.
[45] ERMAN (Memur), s. 252.

olması olduğunu; ancak bu unsurları taşıyan müstahdemin aynı zamanda, teşrii veya adli ya da idari bir vazife görmesi de gerektiğini belirtmektedir[46].

Öte yandan, 765 sayılı TCK m. 279, I/b.2 ise, müstahdem olmayan ve fakat kamu görevi gören ve memur sayılan diğer kimselerden söz etmektedir. Bu kişileri de iki büyük kategoriye ayırmak mümkündür. Buna göre, bu kişiler, ya müstahdem olmamakla beraber, Devlet veya kamu müesseselerinin organları arasına girerler ya da Devlet ve kamu müesseselerine karşı tamamen yabancı ve müstakil durumda bulunurlar. Birinci kategoriye fahri ajanlar girerler; ikinci kategori ise, Devlet veya kamu müesseselerine nazaran tamamen serbest olan vatandaşlardır[47].

İşte özel bir şahsın bir kamu görevi veya hizmeti görmesi, bazen bir zorunluluk bazen ise, bir menfaat esasına dayanır. Söz konusu zorunluluk veya menfaatin ise, bir kanun hükmü ile düzenlenmiş olması gerekir. Ancak, bir kamu görevi veya hizmetinin ihtiyariyle ifa olunması halinde, ferdin memur veya kamu hizmeti ile görevli kimse sıfatını kazanabilmesi için, ilk aranacak nokta bir kanun hükmünün bu hususa açıkça izin vermiş olmasıdır. Bununla beraber, ferdin hukuki bir tasarruf veya fiile iştirak ederek bir kamu görevini ifa etmesi halindeki iştirak unsurunu dar anlamak gerekir. Aksi halde, kamu fonksiyonlarının ifasına herhangi bir şekilde iştirak eden herkesi memur saymak gerekir (örneğin, bir suçu ihbar eden veya vergi kanunlarına göre verilen beyannameleri veren kişiyi). Bu nedenle, bir iştirakin kamu görevi sayılabilmesi için, başka bir unsura daha ihtiyaç vardır ki, bu unsur da, Devletle hukuki tasarruf veya fiile iştirak eden fert arasında *özel bir kamu hukuku ilişkisi ve bağı*nın bulunmasıdır[48].

Bir yükümlülük, ödev veya iznin, vatandaşların bütününe yönelik olması ve bir ferdin de bu yükümlülük, ödev veya izne dayanarak, belirli bir tasarruf veya fiilin yapılmasına katılması halinde, kamu görevine iştirakten söz

[46] ERMAN (Memur), s. 257-259.
[47] ERMAN (Memur), s. 264,
[48] ERMAN (Memur), s. 265.

edilemez. Ancak, bu yükümlülük veya izin belirli bir şahsa yönelmişse ve böylece şahısla Devlet arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi kurulmuş ise, o zaman iştirak unsuru gerçekleşmiş olur. Örneğin, tanık, bilirkişi, avukat, tercüman hukuki bir tasarrufa, yani hükme iştirak etmektedirler; bu kişiler ile Devlet arasında özel bir amme hukuku ilişkisi kurulmaktadır. Ancak, örneğin, muhbir, iştirak etmiş sayılamaz[49].

ERMAN, yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde, 765 sayılı TCK m. 279, I/b.2'ye göre, adli ya da idari nitelikteki veya yasama niteliğindeki bir kamu görevi ifa eden özel şahısların, tespit olunabileceğini belirtmekte ve bu esaslara göre, yedieminlerin, adli bir kamu görevi ifa eden özel şahıslardan olduğu sonucuna varmaktadır. Yazar, İİK m. 88 gereğince, taşınır malların muhafazası tevdi olunan kimsenin memur olduğunu; kanunen bu hususun düzenlenmiş bulunduğunu; icra memuru tarafından malların tevdi olunması ile yediemin ile Devlet arasında özel bir kamu hukuku bağının oluştuğunu ve yedieminin ifa eylediği faaliyetin bir hukuki fiil olduğunu; çünkü bu muhafaza keyfiyetinin bir takım kanuni neticeler doğurduğunu ifade etmektedir[50]. Buna göre, kanunen tanınan bir yetkiye dayanılarak, bu yetkiye sahip bir kişi veya merci tarafından yediemin atanması halinde, söz konusu yediemin Ceza Hukuku anlamında, 765 sayılı TCK m. 279, I/b.2,'ye göre memur sayılmaktadır.

Aynı şekilde, POLATCAN da, hakemler (HUMK m. 516), iflas idare memurları (İİK m. 223), *yediemin* (İİK m. 88), seçim sandık kurulu başkan ve üyelerinin görevli oldukları süre içinde Ceza Kanunu tatbikatında memur sayıldıkları görüşündedir[51].

[49] ERMAN (Memur), s. 265-266.
[50] ERMAN (Memur), s. 266 ve s. 269.
[51] POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, 1983, s. 52.

ŞEKERCİOĞLU da, yedieminin Ceza Kanunu açısından memur olduğu görüşündedir[52].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 1985 tarihli bir kararında ERMAN'ın yukarıda belirtilen görüşüne yollama yapmış ve anılan görüşün hala geçerliliğini kabul etmek gerektiğini belirttikten sonra, yukarıda belirtilen görüş çerçevesinde, bir vatandaşın kamu görevlerinden herhangi birini ifa etmesinin bazen bir zaruret bazen de menfaat esasına dayanacağını; fakat özel bir vatandaşın kamu fonksiyonu ifa etmesinin veya ifasına iştirak etmesinin onun her zaman memur sayılacağına delalet etmeyeceğini, bir kimsenin memur sayılabilmesi için bazı şartların da gerçekleşmesinin de gerekli olduğunu belirttikten sonra; ilk şartın, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasının bir kanun hükmünün açıkça uygun olması veya müsaade etmiş olması olduğunu ve diğer şartın da, Devletle hukuki tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının bulunması olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, anılan Yargıtay kararında, zaruret veya kamu yararı icabı, herhangi bir kamu görevinin bir vatandaş tarafından ifasına kanun izin vermiş veya uygun bulmuş ise ve vatandaş da bu fonksiyonu Devletle özel bir kamu hukuku ilişkisi kurup hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise, anılan özel şahsın memur sayılacağı sonucuna varılmıştır. Yargıtay kararında, daha sonra, kamu görevi gören özel kişilere örnek olarak, şahit, bilirkişi ve tercüman verilmekte ve bu kimselerin, hakim tarafından verilen hükme iştirak ettikleri ve buna da mecbur oldukları (765 sayılı TCK m. 282) ve bunların re'sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla Devlet arasında söz konusu özel rabıtanın kurulduğu ve bu itibarla anılan kişilerin 765 sayılı TCK m. 279 anlamında ve "diğer kimseler" tabiri içine dahil memur oldukları açıkça belirtilmiştir. Anılan

[52] ŞEKERCİOĞLU, Metin, Ceza Hukuku Yönünden Memur Kavramı, Doktora Tezi, Ankara 1973, s.36, ŞEKERCİOĞLU, yedieminin, memur olduğunu ifade ederken, Ceza Kanunu anlamında memur olduğunu belirtmemiş olmakla beraber, incelemesini yaptığı yerin bölüm başlığı, "Ceza Kanunumuzun 279. Maddesine göre Memurların Tasnifi ve Toplu Tanımı" olduğu için, yediemini Ceza Kanunu anlamında, memur saydığını belirtmekte bir sakınca görmedik (bkz. ŞEKERCİOĞLU, s. 30).

Yargıtay kararında daha sonra da, POLATCAN'nın yukarıda belirtilen görüşüne yollama yapılarak, hakemler (HUMK m. 516), iflas idare memurları (İİK m. 223), *yediemin* (İİK m. 88), seçim sandık kurulu başkan ve üyelerinin de görevli oldukları süre içinde Ceza Kanunu tatbikatında memur sayıldıkları ifade edilmiştir[53].

Yukarıda belirtilen görüşler çerçevesinde, yediemini, 765 s. TCK m. 279, I/b.2 gereği, Ceza Kanunu anlamında memur olarak kabul etmek zorunluluğu vardır.

Öte yandan, 26.09.2004 tarihinde kabul edilen ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile, 765 s. TCK m. 279'dan farklı olarak, "memur" kavramı yerine "kamu görevlisi" kavramı getirilmiştir. Anılan "kamu görevlisi" kavramı da, "Tanımlar" başlığını altında, 5237 sayılı TCK m. 6/c'de şöyle tanımlanmıştır: "Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, (...) anlaşılır".

Söz konusu tanım, 765 sayılı TCK m. 279'dan oldukça farklıdır. Memur kavramı yerine, kamu görevlisi kavramı getirilmiştir. Kamu görevlisi olunması için ise, aranan tek ölçüt, işin kamusal faaliyet olmasıdır. İşin, teşrii (yasama niteliğinde), idari veya adli olmasına gerek yoktur. İşin ücretli veya ücretsiz olmasının, ihtiyari veya mecburi olmasının ve müstahdem veya diğer bir kişi olmasının da bir önemi yoktur ve hatta bu hususlar maddeye dahi alınmamıştır. Süreli, sürekli veya geçici olmasının ve atama, seçilme yahut herhangi bir başka surette, kamusal faaliyetin görülmesine katılan veya kamusal faaliyeti gören kişi kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. Kamusal faaliyet ise Gerekçe'de, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan siyasal bir kararla, bir hizmetin

[53] Yarg.CGK, 25.11.2985, 1-410/595 (bkz. MALKOÇ, İsmail/MALKOÇ, Aytaç, Memurlar ve Suçlar, Memurlar ve Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1988, s. 211).

kamu adına yürütülmesi olarak tanımlanmıştır[54]. Buna göre, kamusal faaliyet, bir kamu hizmetinin yürütülmesidir.

Bu itibarla, kanaatimizce, yukarıda 765 s. TCK m. 279 nedeniyle belirtilen görüşler esas alınarak denilebilir ki, 5237 s. TCK. anlamında da bir özel kişinin, kamu görevlisi sayılabilmesi için, özel kişinin bulunacağı faaliyetin bir kanun hükmüne açıkça uygun olması veya bir kanun hükmünün buna müsaade etmesi ve ayrıca da, Devletle hukuki tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında özel bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının bulunması gereklidir. Bu açıdan bakıldığında, kanunun bir hükmüne dayanarak, bir kişiye malların muhafazası görevini verilmesi ile, Devlet ile anılan şahıs, yani yediemin arasında bir özel kamu hukuku ilişkisi ve bağlantısı kurulmuş olacağı açıktır. Zira yukarıda belirtilen her iki şart da, bu durumda tahakkuk etmiş olacaktır. Bir başka deyişle, 5237 s. TCK. m. 6/c'ye göre de, yediemin bir kamu görevlisi sayılacaktır.

[54] 5237 s. TCK. m. 6/c'nin madde gerekçesinde de aynen şöyle denilmektedir: "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkartılarak; memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi' tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır./ Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan siyasal bir kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevini yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler./ Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır" (5237 sayılı Kanun, m. 6'nın Madde Gerekçesi). Ancak, söz konusu, 5237 s. TCK. m. 6/c'de yer alan kamusal faaliyet terimi, öğretide eleştirilmiştir. Galatasaray Üniversitesi görüşünde, kamusal faaliyet teriminin, Türk İdare Hukukunda bulunmayan bir terim olduğu belirtilerek; anılan terim eleştirilmiştir (bkz. ERGÜL, Teoman, (ed.), Türk Ceza Kanununun Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara Eylül 2004, s.291); Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu'nda, "'kamusal faaliyetin yürütümü' gibi belirsiz ve bu nedenle de yasallık ilkesine aykırı bir ifadeye yer veren anılan hükmün (...) özellikle 1985 yılından bu yana istikrar kazanmış olan uygulamayı (Yarg. CGK. 25.11.1985 1-140/595), kimlerin 'kamu görevlisi' sayılacağı yönünde yeniden kargaşaya sürükleyeceği anlaşılmaktadır" denilmektedir (bkz. ERGÜL, s. 336).

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, Ceza Hukuku anlamında memur kavramı ile İdare Hukuku anlamında memur kavramı birebir aynı değildir[55]. Öte yandan, 5237 s. TCK. m. 6/c'de belirtilen kamu görevlisi kavramı ile, idare hukuku anlamında kamu görevlisi kavramı da aynı değildir.

İdare hukuku anlamında kamu görevlisinin pozitif hukukumuzda tanımını saptamak için Anayasaya ve kanunlara bakmak gereklidir.

Anayasa m. 128'e göre, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür./ Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir./ Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir".

Söz konusu Anayasa hükmünün esasen, bir memur ve kamu görevlisi tanımı yapmadığı ve sadece, hangi işlerin, memurlar ve kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğini belirttiği Türk İdare Hukukunda genel olarak

[55] Bkz. ŞEKERCİOĞLU, s. 39; Ceza hukuku anlamında memur kavramının mı, idare hukuku anlamında memur kavramının mı daha geniş kapsamlı olduğu konusunda öğretide ve yargı kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, idare hukuku anlamında memur kavramı ile ceza hukuku anlamında memur kavramı arasında hiç bir benzerlik ve bağlantı bulunmamaktadır (bkz. Yarg. CGK. 25.11.1985, 1/410-595; MALKOÇ/MALKOÇ, s. 209). Bir başka görüşe göre, ceza hukuku anlamındaki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramından, çok daha dar anlam ve niteliktedir (bkz. . CGK. 25.11.1985, 1/410-595; MALKOÇ/MALKOÇ, s. 209; KUNTER, Nurullah,Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti, İHFM., 1947, CXIII., s. 755). Bir diğer görüşe göre ise, ceza hukuku anlamındaki memur kavramının, idare hukukundaki memur kavramından daha geniştir (EREM, Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, C. 2, Ankara 1968, s.51). Hemen belirtmek gerekir ki, ilk görüş kabul edilemez; çünkü, yukarıda belirtilen ve halen kabul gören ERMAN'ın görüşü incelenirken de, idare hukuku kavramları kullanılmıştır ve bu itibarla, idare hukukundaki memur kavramı, ceza hukuku anlamında memur kavramı incelenirken, dikkate alınması gereken bir husustur. Öte yandan, pek çok olayda, idare hukukundaki memur ile ceza hukukundaki memur aynı kişidir. Diğer iki görüşe gelince; aşağıda, yedieminin idare hukuku anlamında memur olup, olmadığı incelenirken de görüleceği üzere, bazı durumlarda, ceza hukukundaki memur kavramı bazı durumlarda ise, idare hukukundaki memur kavramı daha geniştir (bu konuda ayrıntılı bir inceleme için ve aynı yönde bkz. ŞEKERCİOĞLU, s. 40-41).

kabul gören görüştür[56]. Ancak, Anayasa m. 128, I yine de, memur ve kamu görevlisi için, bazı unsurlar belirlemektedir.

GÖZLER, Anayasa m. 128, I'e göre, mutlaka kamu görevlileri eliyle gördürülmesi gereken görevleri şu şekilde belirlemiştir[57]:
1-Söz konusu hizmetin devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması gerekir;
2-Söz konusu kamu hizmetinin "gelen idare esasları"na göre yürütülmesi gerekir;
3-Söz konusu görevin asli ve sürekli nitelikte olması gerekir.

GÖZLER, yukarıda belirtilen şartların, kümülatif şartlar olduğu ve ancak, her üç şartın birlikte gerçekleşmesi halinde, söz konusu görevin bir kamu görevlisi eliyle yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu itibarla da, örneğin, sürekli olmayan bir hizmet, genel idare esaslarına göre yürütülse de, bu görevin mutlaka kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerekli değildir. Buna göre, idareyle yaptıkları bir sözleşme uyarınca, geçici bir süre için veya belli bir iş için işbirliği yapan kişiler (örneğin idarenin belli bir davayı takip etmek için tuttuğu avukat, idarenin belli bir plan ve projeyi çizdirmek için istisna akdettiği mimar, idarenin sağlık taramasında belli bir süreyle çalıştırdığı doktor) veya idarenin kendilerine olağanüstü hallerce çalışma yükümlülüğü getirdiği kişilerin, kamu görevlisi sayılmasını gerektirecek bir anayasal zorunluluk yoktur; çünkü bunların yaptığı görev sürekli bir görev değildir[58].

Bu noktada hemen tekrar belirtmek gerekir ki, Anayasa m. 128, I, bir kamu görevlisi tanımı vermemekte; fakat, hangi görevlerin mutlaka kamu görevlileri tarafından yapılacağını belirtmektedir. Bu durumda ise, asli ve sürekli nitelikte olmayan bir görev niteliğindeki, yedieminlik görevini yapan kişinin de kamu görevlisi olması gerekli değildir.

[56] GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.1, Ankara 1998, s. 578; GÜNDAY, s. 511; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Bursa 2003, s. 559.
[57] GÖZLER, s. 559.
[58] GÖZLER, s. 566.

Öğretide, kamu görevlisinin, bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler olarak tanımlandığını ifade edilmektedir[59]. Bu tanımın unsurları, bir kamu tüzel kişisine bağlı olma; istihdam edilme ve kamu tüzel kişisine bir kamu hukuku bağı ile bağlı olmadır.

Bir kamu tüzel kişisine bağlı olma şartının, yediemine, malı muhafaza görevini veren, kanunen yetkili olan kişinin, bu görevi, Devlet adına veriyor olması karşısında yerine getirildiğini kabul etmek gerekir.

Kamu tüzel kişisine bağlı olarak çalışan kişinin, idare ile arızi veya dışsal şekilde işbirliği yapmış olması yeterli değildir; bu kişinin idare tarafından istihdam edilmesi gerekir. İstihdam ise, bir kişinin az çok uzunca bir süre çalıştırılması anlamına gelir[60]. Bu itibarla, GÖZLER, örneğin, re'sen atanan avukatların, jüri üyeliği olan ülkelerde jüri üyelerinin, mahkemeler tarafından çağrılan tanıkların, bilirkişilerin, *yedieminlerin* vs.'nin de kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, yazar, burada esasen, arızi yükümlülerden söz etmekte ve yukarıda belirtilen re'sen atanan avukatları, jüri üyeliği olan ülkelerde jüri üyelerini, mahkemeler tarafından çağrılan tanıkları, bilirkişileri, *yedieminler* vs.'yi de, anılan arızi yükümlüler arasında saymaktadır. Ancak, "yükümlü", kanunun sarih bir hükmüne istinaden idarenin tek taraflı bir hukuki tasarrufuyla, zorla hizmete aldığı ve kattığı kimselerdir (az çok daimi nitelik taşıyan yükümlülerin durumu, örneğin, askerlerin durumu kamu görevlisi durumuna dahildir)[61].

Yedieminlik, ülkemizde, örneğin, Orman Kanunu m. 84 veya 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanuna, 4807 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 2 gibi istisnai

[59] GÖZLER, s. 567.
[60] GÖZLER, s. 569.
[61] GÖZLER, s. 570.

düzenlemeler dışında, zorunlu değildir ve bu itibarla, esasen, yedieminin arızi yükümlü olarak kabulü mümkün değildir. Ancak, yediemini, idarenin tek taraflı tasarrufu ile, zorla hizmete aldığı hallerde dahi, ilişkinin az çok devamlı bir nitelik taşımaması nedeniyle kamu görevlisi olarak kabulüne imkan olmadığının belirtilmesi karşısında, böyle bir zorunluluğun mevcut olmadığı ülkemizdeki yedieminlik hallerinde öncelik ile, bir kamu görevlisinden söz edilemeyeceği açıktır.

GÖZÜBÜYÜK/TAN ise, kamu görevlisi deyiminin, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtildiği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri kapsadığını; bu kişilerin devlet memurları ve diğer kamu görevlileri olduğunu; kamu görevlisi deyiminin 1982 Anayasası ile hukukumuza girdiğini ve bunların da, memurlar gibi, genel idare esaslarına göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten görevliler olduklarını ve nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin, memurlar gibi kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir[62].

Anayasa m. 128, I'e göre, memur ve kamu görevlilerinin kim olduğunun belirlenebilmesi için, öncelik ile, "genel idare esaslarına" göre yürütülen kamu hizmetleri ile "asli ve sürekli" görevlerin açıklanması gereklidir. GÖZÜBÜYÜK/TAN, görevin asli ve sürekli niteliğinin, o görev için "kadro" tahsisi ile ortaya çıktığına işaret etmekte ve "genel idare esasları"nın ise kamusal yönetim biçimini anlattığını belirtmektedir[63]. Esasen genel idare esaslarına göre yürütülecek kamu hizmetlerinin Devlet, KİT'ler ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirileceğinin belirtilmesi de bu yönetim biçiminin tüm kamu kesimi için geçerli bir idare usulü olduğunu kanıtlamaktadır.

[62] GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 571-572.
[63] GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 578.

GÜNDAY, Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "genel idare esaslarına göre" yürütülmesi gereken işlerin, kamu hizmetleri olarak değil de, kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevler olarak anlaşıldığı takdirde Anayasa koyucunun gerçek iradesini belirlemenin mümkün hale geleceğini ifade etmektedir[64]. Yazar, buna göre, genel idare esaslarından kamu hukuku rejimi ve kamu yönetim usullerinin anlaşılması gerektiğini; kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usullerinin ise, kamu gücü kullanarak tek yanlı idari işlemler tesis edilmesi ve idari kararlar alınması olduğunu belirtmekte ve ayrıca, idari faaliyet veya kamu hizmetinin yürütülmesi için yerine getirilmesi gereken görevlerden ancak, asli ve sürekli nitelikte olanların kamu görevlileri tarafından yerine getirileceğine işaret etmektedir. Kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gereken ise, o görevin kadroya bağlanmış olmasıdır. Anayasanın 128. maddesinin ikinci fıkrasından çıkan sonuç, kamu görevlisi ile onu istihdam eden İdare arasındaki ilişkinin bir statü ilişkisi olduğudur; yani, bu ilişkinin içeriği ve kapsamı bir sözleşme ile değil, genel, nesnel ve kişilik dışı olarak kanunla belirlenir ve kamu görevlisi, İdarece tesis edilecek bir atama işlemi ile bu statü ilişkisi içine alınır[65].

Anayasa Mahkemesi ise, bir kararında, Anayasasının 128 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen, "genel idare esasları" deyiminin, kamu görevinin anayasal dayanağı olduğuna işaret ederek, "Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri 'genel idare esaslarına' göre yürütülmektedir.-'Genel idare esasları'na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır.- Anayasanın 128 inci maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin,

[64] GÜNDAY, s. 506.
[65] GÜNDAY, s. 507.

kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikler görülmektedir" demektedir[66]. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, "Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, 'bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru gibi cezalandırılacakları' biçimindeki hüküm de, yalnız başına bu elemanlara 'memur' veya 'Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen kamu görevlisi sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliği kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüter bir ilişki de yoktur.... bu itibarla yeminli büro elemanlarının Anayasanın 128 inci maddesinde nitelikleri belirtilen 'kamu görevlileri' deyimi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır"[67] şeklinde içtihatta bulunmuştur.

Anayasa mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarından da anlaşılacağı üzere, kamu görevlisinden söz edebilmek için, kişinin, genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmetinde çalışması ve idare ile statüter bir ilişki içinde olmaları gerekmektedir. Öte yandan, 1982 Anayasası m. 128, II'ye göre de, "memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir". Bu husus da, Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ifade olunmaktadır[68].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında şöyle demektedir[69]: "Türk İdare Hukukunda baskın ve yaygın görüş, bu deyimin (kamu görevlisi deyiminin) iki unsur içerdiğidir. Bunlardan birincisi, görevlinin bir kamu

[66] Anayasa Mahkemesinin 9.2.1993 tarih, 1992/44 E. ve 1993/7 K. sayılı kararı (bkz. 19.06.1993 tarih ve 21612 sayılı RG; ayrıca bkz. İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. II, Ankara 2002, s. 1143-1144).

[67] Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 tarih, 1985/11 E. ve 1986/19 K. sayılı kararı (bkz. 18.04.1987 tarih ve 19435 sayılı RG; ayrıca, bkz. İZGİ/GÖREN, s. 1134-1135).

[68] "Bu personeli göreve alma, görevden çıkarma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterilmelidir. Kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler ancak bu biçimde yapılabilir. Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Kadro tahsisi genel idare hizmetlerinin karakteristiğidir." (Anayasa Mahkemesinin 19.04.1988 tarih, 1987/16 E. ve 1988/8 K. sayılı kararı; bkz. 23.08.1988 tarih, 19908 sayılı RG, s. 53).

[69] Yarg.HGK. 14.9.1983, 1980/1714 E., 1983/803 K. (bkz. YKD., C. IX., S. 11, Kasım 1983, s. 1587).

hizmetini yüklenmesi, ikincisi ise, bu görev karşılığı Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek vs. gibi her ne nam altında olursa olsun görevliye bir maddi meblağın tahsis edilmesidir... Bakanların bu iki unsuru tam olarak taşımaları kamu görevlisi olarak kabullerinin açık bir kanıtını oluşturmaktadır".

Memurlar hakkında düzenleme ise, 20.07.1965 tarih ve 12053 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) ile yapılmıştır. 657 sayılı Kanun, m. 4'e göre, kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, Devlet Memurları Kanununun uygulanmasında memur sayılır (DMK m. 4/A). DMK'ya göre, memurların yerine getirdiği görevler bir kadroya bağlanmıştır ve memur da bu kadro ile bütünleşmiştir; yani, memurun yerine getirdiği görev asli ve süreklidir. Memurun, İdare ile olan ilişkisinin kapsamı ve boyutları da, genel, nesnel ve kişilik dışı olarak yasa ile belirlenmiştir[70].

Yukarıda açıklanan ve yapılan inceleme çerçevesinde belirtmek gerekir ki, yediemin, hem 765 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamında memur, hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir. Öte yandan, yediemin, ne 1982 Anayasası m. 128'de belirtilen anlamda kamu görevlisi ne de DMK anlamında memurdur. Zira anılan düzenlemelere göre İdare Hukuku anlamında kamu görevlisi veya memur olabilmek için, idare ile arasında statüter bir ilişki olması ve kendisine bir kadro tahsisi yapılmış olması; Devletten ücret alıyor olması gerekir. Oysa, yediemine, herhangi

[70] GÜNDAY, s. 509; DMK. m.4'de belirtilen, sözleşmeli personel ve geçici personelin ifa edeceği görevler ise, asli ve sürekli nitelikte değil, arızi niteliktedir ve bir kadroya bağlanmamıştır. Ayrıca, sözleşmeli personel ve geçici personelin İdare ile ilişkisinin kapsamı ve boyutları da, genel, nesnel ve kişilik dışı bir biçimde yasa ile belirlenmemiştir ve bu personel ile İdare arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Keza, işçiler de, bir iş akdine dayanarak kamu kesiminde çalışan personeldirler ve özel hukuk hükümlerine tabidirler (bkz. GÜNDAY, s 509).

bir kadro tahsisi yapılmaz ve Devlet tarafından da kendisine herhangi bir ödeme yapılmaz.

İİK ve HUMK'a göre atanan yedieminlere ücret, alacaklı veya borçlu ya da davacı yahut davalı tarafından ödenir. Ceza Hukukuna göre tayin olunan yedieminlere ödenen ücret de (muhakeme masrafı olarak), mahkumiyeti halinde sanıktan alınır. Şayet, sanık beraat eder ise, Devlet bütçesinden yapılan ödemenin, Devlet üzerinde kalması da farklı bir sebebe dayanır. Bu sebep, yedieminin bir kamu görevi yapıyor olması değil; ceza yargılama hizmeti sırasında yapılan harcamaların , kamu adına Devlet tarafından karşılanmasıdır.

Bu durumda, yedieminin, İdare Hukuku anlamında bir kamu görevlisi ve/veya memur olmadığı sonucuna varmış bulunuyoruz. Ancak, bu noktada belirtilmesi gereken bir hususu daha bulunmaktadır.

TANRIVER, gerek bilirkişilerin hukuki statüsü, yükümlülükleri, yetkileri ve sorumlulukları gerek konkordato komiserinin hukuki niteliği ve sorumluluğu üzerine yapmış olduğu incelemelerinde, bir kişinin kamu görevlisi olarak sayılıp sayılmayacağını belirlemek konusunda ölçütün, Devlet ile kişi arasında bir kamu hukuku ilişkisi bulunup bulunmadığı noktasında toplandığını ifade etmektedir[71]. TANRIVER, resmi bilirkişilerin zaten hem anayasa hem de idare hukuku anlamında memur konumunda bulunduğunu belirttikten sonra, resmi olmayan bilirkişilerin, görevlendirilmeleri ile birlikte, kendilerini görevlendiren mahkeme (bilirkişiyi görevlendiren Cumhuriyet Savcısı veya diğer adli organ ile) ile bunlar arasında kendine özgü bir kamu hukuku ilişkisi kurulduğunu; bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp, genel çerçevede de olsa kanun hükümleri ile belirlenmiş bulunması ve adli bir organın kamusal bir tasarrufu ile gerçekleştirilmiş olması; bazı hallerde bu görevi kabule

[71] TANRIVER, Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 41-42; TANRIVER, Süha, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 136.

zorunlu olmaları (CMK m. 65; HUMK m. 278, I); özellikle ceza yargısı anlamında yeminle yükümlü bulunmaları (CMK m. 64/5, 6, 7); objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri ve bu kapsamda hakimler hakkındaki sebeplere dayanılarak reddedilebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri (CMK m. 70; HUMK m. 278, II); görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümlerinin öngörülmüş bulunması (CMK m. 71, m. 60, HUMK m. 278, III, m. 253); ihzaren celbedilebilme ve tutuklanabilme olanaklarının varlığı; bazı kamusal yetkilerle donatılmış bulunmaları (CMK m. 66; HUMK m. 279); Türk Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunmaları ve adli sistem içinde üstlenmiş oldukları görevin bir kamu görevi niteliği taşıması nedeniyle bilirkişilerin kamu görevlisi oldukları sonucuna varmaktadır[72].

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen hususlardan, kendisini görevlendiren makam ile arasında, özel bir kamu hukuku ilişkisi oluşması hususu yedieminler için de geçerlidir. Öte yandan, örneğin, Orman Kanunu m. 84 veya 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a, 4087 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 2 yer alan zorunlu yedieminliğe[73] ilişkin bazı düzenlemeler dışında, yedieminlerin görevi kabul zorunluluğu bulunmamaktadır. Zorunlu yedieminlik halleri de dahil olmak üzere, yedieminlerin objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde görev yapma mecburiyetleri yoktur. Zira görevleri bunu gerektirmemektedir. Zaten, borçlu dahi yediemin olabilmektedir. Yedieminleri ret veya yedieminler için çekinme sebepleri bulunmamaktadır. Öte yandan yediemin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamında memur (765 s. TCK m. 279) veya 5237 sayılı TCK m. 6 anlamında kamu görevlisidir. Fakat, kendilerine teslim edilen mallara yönelik olarak işledikleri suçlar için, zimmet, ihtilas, irtikap vs. hükümler değil; özel başka hükümler (765 s. TCK. m. 276, 5237 s. TCK. m. 289) uygulanır. Bu itibarla, kanaatimizce, yediemini, idare hukuku anlamında

[72] TANRIVER (Bilirkişi), s. 43-44.
[73] Zorunlu yedieminlik için bkz. aşağıda, § 7, B, II.

yukarıda belirtilen düşünceler çerçevesinde de kamu görevlisi olarak kabul etmek mümkün değildir.

Öte yandan, yedieminin görmüş olduğu hizmetin bir kamu hizmeti olduğuna kanaatimizce şüphe yoktur. Zira, esasen yediemin, Devlet tarafından yürütülmesi gereken, bir muhafaza hizmetini yerine getirmektedir ve ceza hukuku anlamında memur veya kamu görevlisi sayılmasının sebebi de, zaten, bir kamu hizmeti yürütmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, bu durum yedieminin idare hukuku anlamında bir kamu görevlisi sayılması sonucunu doğurmaz. Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği için kısaca belirtmek gerekir ise, idare hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmak için gerekli olan, bir statü ilişkisi içinde bulunma, kadro tahsisi, hizmetin az çok uzun bir süre devam etmesi ve devamlı nitelik taşıması, genel idare esaslarına göre yürütülme gibi unsurları yedieminlik müessesesi karşılayamamaktadır.

Bu noktada İtalyan Yargıtay'ının önüne gelen bir davada vermiş olduğu bir kararı da belirtmek istiyoruz. Anılan davada İtalyan Yargıtay'ı aynen şöyle içtihat etmiştir[74]: "haczedilen malların muhafızı memurdur, çünkü borçlunun mallarının alacaklıların teminatını teşkil eylediği hususundaki hukuk kaidesini Devlet vasıtasıyla tahakkuk ettirmeğe müteveccih bulunan cebri icranın icbar edici faaliyeti, bu faaliyet ister adli ister isterse idari addedilsin, daima amme kudretinin bir fonksiyonudur". Bu tespit, İtalyan hukuku açısından doğru olabilir; fakat yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, Türk İdare hukuku açısından kabul edilemez. Ancak, bu durum ve İtalyan Yargıtay'ının kararı hizmetin bir kamu hizmeti olduğu belirtmesi açısından önemlidir.

[74] ERMAN (Memur), s. 269.

C) GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda ayrıntılı olarak yapılan incelemeden anlaşılacağı üzere, Türk İdare Hukukuna göre, yediemin bir kamu görevlisi ve/veya memur değildir. Bu nedenle, yediemin hakkında, Anayasa m. 129, V'i uygulama imkanı bulunmamaktadır. Bilindiği gibi, Anayasa m. 129, V'e göre, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işlediği kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir". Şayet yedieminin bir kamu görevlisi olduğu sonucuna ulaşsaydık; yedieminin görevini yerine getirirken, vermiş olduğu zararlardan dolayı, Devlete karşı dava açılması gerektiği sonucuna da ulaşmamız gerekecekti.

Ayrıca hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa m. 129, V'te belirtilen kamu görevlisi ifadesi, Anayasa m. 128'de belirtilen kamu görevlisidir. Zira, hem m.128 hem de m. 129, "D. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan başlığın altında, m. 128, "Genel İlkeler"; m. 129, ise, "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" altbaşlıkları altında düzenlenmiştir.

Anayasa m. 40, II'de ise, "Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemleri sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir" hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce, söz konusu hükmün, m. 129, V'ten farklı bir düzenleme getirdiğini kabul için bir sebep bulunmamaktadır. Memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa'da "İdare" başlığı altında yer alan, "D. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa m. 40'da yer alan resmi görevli ibaresinin, "memur ve diğer kamu görevlileri" ibaresi dışında farklı bir içeriği olan bir terim olarak kabulü için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir yorum, bizi her iki hükmün (m. 40, II ve m. 129, V) birbiri ile çelişkili olduğu sonucuna götürür. Oysa, Anayasada, kamu görevlisi karşılığı olarak pek

çok başka terim (bkz. Anayasa, m. 33, 39, 68, 76, 121, 137) de kullanılmış olup, hepsi esasen kamu görevlisi terimini ifade etmektedir[75].

Bu itibarla her ne kadar yediemin, adli bir hizmet olarak, bir kamu hizmeti yapıyor ise de, idare hukuku anlamında kamu görevlisi değildir. Bu anlamda, belki, TTK m. 324, II'de düzenlenmiş olan kayyım için, SCHECH'in kullandığı ifadeden[76] esinlenerek, bir kamu görevinin devri ilişkisinin var olduğundan söz etmek mümkündür.

Ancak, "kamu görevinin devri" şeklinde bir tanımlama ve açıklama Türk Hukukunda kabul edilen bir açıklama değildir; bu itibarla, kanaatimizce, burada daha çok, kanun ile belirlenmiş bir görevin ifası söz konusudur. Bu görevin, kamu hizmeti niteliği bulunabilir. Fakat, bu hizmeti ifa eden kişiler, kamu görevlisi değildirler. Onlar sadece, kanunla kendilerine verilen görevi yerine getirmektedirler. Hukukumuzda bu durumun başkaca örnekleri de mevcuttur. Örneğin vasi ve kayyımın durumu, yediemine benzer niteliktedir.

Ulaştığımız bu noktayı, yukarıdaki bölümlerde yer alan açıklamaları da içine alacak şekilde kısaca özetlemek gerekir ise;

- yediemin, BK m. 100 anlamında kendisini atamaya yetkili merciin bir yardımcı şahsı değildir; onun, devlet ile olan ilişkisini, bir sözleşme ilişkisi olarak da niteleyemeyiz;
- öte yandan, yediemin, ceza hukuku anlamında bir memur veya kamu görevlisi olmakla beraber, anayasa hukuku ve idare hukuku anlamında bir memur veya kamu görevlisi de değildir;
- yediemin, kanunen yetkili kılınan kişi veya merciin, kendisine kanunla verilen yetki ve/veya görev çerçevesinde, zorunlu

[75] GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 572.
[76] SCHECH, G. Der Konlkursaufschub im schweizerischen Recht (Diss.), Zürich 1937, s.86 (ATALAY, s. 127, dn(163)'ten naklen).

yedieminlik[77] halleri dışında, yedieminin de kabulünü alarak atadığı ve görev verdiği bir kişidir.

Bu itibarla, özel hukuk (özellikle BK m. 471) hükümlerine göre sözleşme ile oluşturulan yedieminlik ile, HUMK m. 101/1 veya İİK.'ye göre ya da bir başka kanunla verilen yetki ile yediemine muhafazası için mal tevdi edilerek oluşturulan yedieminliği birbirinden ayırmak için, ilkine "*akdi yedieminlik*", ikincisine ise, "*kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik*" diyeceğiz. Ancak tezimizin konusu, kendisi de kamu hukuku ilişkileri doğuran bir yedieminlik olan "Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik" olduğundan, tezde, "yedieminlik" veya "yediemin" kavramlarıyla kastedilen, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik veya bu müessese içinde yer alan yediemin olacaktır. Akdi yedieminlikten söz edilmek istendiğinde bu husus ayrıca belirtilecektir.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen nitelikleri ile yediemin, görevini, kanunen veya kanunun verdiği yetki ve kapsam içinde, atayan kişi veya merci tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde yerine getirmek zorundadır. Yediemin görevini yerine getirmediği veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde, sorumluluğu kanuni bir görevin ihlali nedeniyledir; yoksa bir haksız fiile dayanmamaktadır[78]. Yani yediemin görevini, kanunen yetkili kişi veya merciin kendisini tayin etmiş olması nedeniyle, kanuna dayanarak yapmaktadır ve anılan görevini ihlal etmesi halinde, kanunla verilen görevini yapmadığı için sorumludur.

---

[77] Zorunlu yedieminlik için bkz. aşağıda, § 7, B, II.

[78] ÖZTAN, benzeri bir değerlendirmeyi, vesayet organları (bkz. TMK m. 396 vd.) için yapmaktadır (bkz. ÖZTAN, Bilge Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 699); yine vesayet organları için aynı yönde [bkz. EGGER, A. (Çev. ÇERNİS, Volf), Medeni Kanun Şerhi, Aile Hukuku, Üçüncü Kısım, Vesayet, C. II, Ankara 1955, s. 725]; EGGER, bu konuda aynen şöyle demektedir: "vasi vazifesini vesayet makamının kendisini tayin etmiş olması itibariyle kanuna müsteniden, kanuni mümessil sıfatıyla görür ve ex lege (kanunen) de mes'uldür" (bkz. EGGER, s. 725); öte yandan AKINTÜRK, burada kanundan doğan haksız fiil sorumluluğunun özel bir türünün bulunduğu görüşündedir (AKINTÜRK, Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul Nisan 2002, s. 528). Ayrıca bkz. aşağıda, § 3, B.

Kanuni bir görev söz konusu olduğunda, esasen sorumluluğun da kanun ile düzenlenmiş olması gereklidir. Ancak, kanunda ayrıca düzenlenmeyen hallerde, haksız fiil hükümleri uygulandığından, yedieminlerin sorumluluğuna da haksız fiil ile ilgili hükümler tatbik edilecektir[79].

Buna göre, icra dairesi tarafından haczedilip yediemine tevdi edilen mallara ilişkin olarak yedieminin hukuki sorumluluğu konusunda, İcra ve İflas Kanununun 358 inci maddesinde özel bir düzenleme yer aldığından, şartları çerçevesinde, anılan yedieminliklere bu madde uygulanacaktır[80]. Anılan İİK m. 358 kapsamı dışında kalan yedieminlerin hukuki sorumluluğu konusunda ise, BK m. 41 vd. (haksız fiil hükümleri) uygulanacaktır[81]. İleride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, yedieminin hukuki sorumluluğu, kusura dayanan sorumluluk olup, yedieminin ve yedieminlik ilişkisinin tarafı olan kişilerin sorumluluğu aşağıda, sorumluluk bölümünde incelenecektir.

Yedieminin kanuni görevini ihlali nedeniyle cezai sorumluluğu için ise, 5237 sayılı TCK m 289 uygulanacaktır. Söz konusu hüküm ve şartları, ileride cezai sorumluluk kısmında ele alınacaktır.

---

[79] Vesayet organlarının sorumluluğu konusunda yapılan benzeri bir değerlendirme için bkz. ÖZTAN, s. 699. Hemen belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin "organları" ile "vesayet organları" teriminde sözü edilen "organ" kavramı aynı değildir. "Vesayet organları", vesayet yetkisini doğrudan doğruya kullanan kişiler ile bunların faaliyetine iştirak eden ve bunları denetleyen makamlardır (bkz. ÖZTAN, s. 625) Tüzel kişilerin "organları" ise, tüzel kişilerin yasaya ve tüzüklerine göre, temsile ve/veya iradelerini belirtmeye yetkili bir veya birden çok kişi ve kurulları ifade eder [bkz. YILMAZ (Sözlük), s. 939]. Tüzel kişilerin "organ" kavramı ve organ kavramını tayinde başvurulacak kıstaslar için bkz. ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organ Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 28 vd.

[80] Bkz. aşağıda, § 11, E, II.

[81] Öte yandan, ileride incelenecek olduğu üzere, İİK m. 358 kapsamında bulunan yedieminlere de bazı haller de, haksız fiil hükümlerinin tatbiki mümkündür (bkz. aşağıda, § 11, E, II).

§ 3) YEDİEMİNLİĞİN BENZERİ MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) YEDİEMİNLİĞİN VASİYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Vasiyeti yerine getirme görevlisi (vasiyeti tenfiz memuru) TMK m. 550-556'da düzenlenmiştir. Mirasbırakanın son arzuları bir çok halde, mirasçılarının çıkarları ile çatıştığından, söz konusu son arzuların yerine getirilmesini sağlamak üzere, tarafsız kimselerin görevlendirilmesi mirasbırakan için bir ihtiyaçtır. İşte bu görevli kimseye vasiyeti yerine getirme görevlisi denilmektedir[82].

Mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisini bir vasiyetname ile atar (TMK m. 550, I). Vasiyeti yerine getirme görevlisini atama tek taraflı bir hukuki işlemdir[83].

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın vekili; bir başka görüşe göre, mirasbırakanın temsilcisi, bir diğer görüşe göre ise, kendisine tereke mallarının idaresine dair, kendine özgü münhasır bir ayni hak devredilen güvenilir bir şahıstır[84].

AYİTER/KILIÇOĞLU, vasiyeti yerine getirme görevlisi açısından unutulmaması gereken hususun, mahiyeti nasıl izah edilirse edilsin, sui generis bir niteliğe sahip bulunması ve bir kamu görevlisi değil, bir özel

---

[82] AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1993, s. 129.
[83] AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya 2003, s. 107.
[84] İNAN, Ali Naim, Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara 1982, s. 171; AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 129; AYAN, s. 107; Bu görüşler hakkında ayrıntılı ve karşılaştırmalı incelemeler için, bkz. SAYMEN, Ferit H., "Vasiyeti Tenfiz Memurunun Hukuki Mahiyeti", İstanbul Barosu Mecmuası, S. VIII, Yıl: XII, Ağustos 1938, s. 481-504; SCHREIBER, Alfred (Çev. K. Fikret ARIK), "İsviçre Hukukunda Vasiyeti Tenfiz Memurunun Hukuki Mahiyeti", Adliye Ceridesi, No: 31, Otuzikinci Sene 9 uncu Sayı, Ankara 1941, s.707-717.

hukuk işi olması olduğunu ifade etmektedir[85]. Oysa, yedieminlikte, yediemin, kamusal bir tasarruf ile oluşturulur ve söz konusu yediemin, kendisine bir görev verilen kişidir.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK m. 556 ile de “”vasiyeti yerine getirme görevlisi(nin), (...) ilgililere karşı vekil gibi sorumlu” olduğu açıkça ifade edilmiştir. AYAN, bu hükme göre, kanun koyucunun, vasiyeti yerine getirme görevlisini vekil olarak değerlendirdiğini isabetli olarak belirtmektedir[86]. Kamusal bir nitelik taşıyan yedieminin bir vekil olarak kabul edilemeyeceği açıktır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri de yedieminden farklıdır. TMK m. 552 ve 553'te düzenlenen bu görev ve yetkilere göre, genel olarak belirtmek gerekir ise, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke mallarını idare etmek görev ve yetkisi vardır. Zira, onun görevi, vasiyeti; yani mirasbırakanın son arzularını yerine getirmektir. Bu anlamda, icrai bir görevi vardır; terekeyi yönetir, yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini ister, tereke alacaklarını tahsil eder, borçlarını öder, terekenin paylaştırılması için plan hazırlar, tereke ile ilgili dava takiplerde miras ortaklığını temsil eder vs. (TMK m. 552). Oysa yediemin, kendisine verilen malları muhafaza ile yükümlüdür ve idare ve/veya işletme yetkisi ve görevi sadece, malların muhafazasının gerektirdiği ölçüde söz konusu olabilir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi adından da anlaşılacağı üzere ve yukarıda da belirtildiği gibi, vasiyeti yerine getirmek ile yükümlü olduğu için, bu görevi çerçevesinde tasarruf yetkisine (TMK m. 552) de sahiptir. Oysa yedieminin kendisine teslim edilen mallar üzerinde tasarruf yetkisi mevcut olmayıp, tam tersine böyle bir hareketi hukuki sorumluluğu yanında, 5237 sayılı TCK m. 289 gereği, cezai sorumluluğunu da doğurabilir.

[85] AYİTER/KILIÇOĞLU, s. 130.
[86] AYAN, s. 107.

B) YEDİEMİNLİĞİN KAYYIMLIK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Türk Medeni Kanununa göre, kayyımlık, TMK'nın 396-494 maddelerinde "vesayet" kısmı içinde ve oldukça dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. TMK. m. 396'ya göre, kayyımlar, vesayet organları arasında yer alırlar.

AKINTÜRK, vesayeti, velayet altında bulunmayan küçükleri, çeşitli sebeplerle kendi kendilerini yönetmekten âciz ergin kişileri, gerek kendileri gerek malları bakımından korumaya ve onları temsil etmeye yönelik kurum olarak tanımlamaktadır[87].

Genel olarak vesayetin iki türü olduğu kabul edilmektedir[88]. Bunlar "kamu vesayeti" ve "özel vesayet"tir. Kamu vesayeti, fonksiyonu itibariyle bir kamu kurumudur[89]. Özel vesayet veya diğer bir deyişle aile vesayetinde ise, vesayet altındaki kişinin himayesi devlete ait değildir ve devletin görevi ikinci derecededir[90]. Türk Medeni Kanunu m. 398-402'de "istinai" olarak aile vesayeti düzenlenmiştir. Ancak, Türk hukukunda aslolanın kamu vesayeti sistemi olduğu söylenebilir[91].

TMK m. 396'ya göre, vesayet organları, vesayet daireleri[92] ile vasi ve kayyımdır. Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının *kişiliği ve malvarlığı* ile ilgili *tüm menfaatlerini korumak* ve *hukuki işlemlerde onu temsil etmek* üzere atanır (TMK m. 403, I). Kayyım ise, *belirli işleri görmek* veya *malvarlığını yönetmek* için atanır (TMK m. 403, II). Ancak, TMK'da

[87] AKINTÜRK, s. 466.
[88] AKINTÜRK, s. 468; ÖZTAN, s. 626.
[89] AKINTÜRK, s. 468; ÖZTAN, s. 626.
[90] AKINTÜRK, s. 468; ÖZTAN, s. 626. Özel vesayeti, kamu vesayetinden ayıran husus, sulh mahkemesi yerine aile meclisinin geçmesidir (bkz. ÖZTAN, s. 626).
[91] AKINTÜRK, s. 469 ve 471.
[92] Kamu vesayetinde, vesayet daireleri, vesayet makamı ve denetim makamı olmak üzere iki tanedir (TMK m. 397, I). Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397, II). Özel vesayette, vesayet makamı, kurulacak olan aile meclisidir (TMK m. 398, II).

vasi hakkında yer alan hükümler, aksi belirtilmiş olmadıkça kayyım hakkında da uygulanır (TMK m. 403, III).

Kayyımlık, TMK'da, "temsil kayyımlığı", "idare kayyımlığı" ve "isteğe bağlı kayyımlık" olmak üzere üç ayrı tipte düzenlenmiştir. Şayet kayyım, bir kimsenin belli bir işini görmek, bir başka deyişle, anılan işte, atandığı kişiyi temsil etmek üzere görevlendirilmiş ise, "temsil kayyımlığı" söz konusudur[93]. Temsil kayyımının atanması halleri TMK m. 426'da belirtilmiş olup, bu haller ortaya çıktığında, vesayet makamı re'sen veya talep üzerine temsil kayyımı atar. Eğer kayyım, herhangi bir kimse tarafından yönetilmeyen, diğer bir deyimle, yönetimsiz malların yönetilmesi için atanmış ise, buna da "yönetim kayyımlığı" denir. Yönetim kayyımı atanmasını gerektiren haller, TMK m. 427'de sayılmıştır. TMK m. 408'de belirtilen isteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden birinin varlığında, ergin kişinin kendi talebi üzerine atanan kayyıma ise, "isteğe bağlı kayyımlık" denir (TMK m. 428)[94].

Öte yandan, Türk hukukunda "kayyımlık" adı altında düzenlenen kurumlar yukarıda belirtilenlerden ibaret değildir. Bunlardan bazılarını belirtmek gerekir ise[95], örneğin, TMK m. 345 uyarınca, "çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hakimin onayına bağlıdır"[96]. Keza, HUMK m. 41'e göre, "iki taraftan birinin vefatı halinde diğer tarafın talebiyle hakim davanın takibi için bir kayyım tayin edebilir"[97]. Sendikalar Kanunu m. 57'ye

---

[93] AKINTÜRK, s. 496.

[94] Bu tür kayyımlıkta, hem temsil hem de yönetim kayyımlığı birleştiği için, AKINTÜRK, bu kayyımlığa "karma kayyımlık" denilebileceğini ifade etmektedir (bkz. AKINTÜRK, s. 498).

[95] Türk hukukunda bulunan diğer bazı kayyımlıklar hakkında detaylı bir liste için bkz. ÖZMEN, İsmail, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Ankara 1996, s. 257 vd.

[96] Burada söz konusu olanın kayyım olduğu yönünde öğretide görüş birliği vardır (bkz. ÖZTAN, s. 531).

[97] "Bu maddenin kaynak Nöşatel Usul Kanununun 35. maddesi gibi şu şekilde anlaşılması gerekir : 'Taraflardan birinin ölümü halinde, dava mirasın kesin olarak intikaline kadar ertelenir. Bununla beraber, hakim, taraflardan birinin isteği üzerine, fakat

göre ise, "faaliyeti durdurulan sendika veya konfederasyonun *mallarının idaresi* ve menfaatlerinin korunması ve durdurma süresinin sonunda yeniden faaliyete geçebilmesi için genel kurul yapılması Medeni Kanun hükümleri gereğince tayin olunacak bir veya üç kayyım tarafından sağlanır".

Görüldüğü gibi ister temsil kayyımı veya yönetim kayyımı olsun ister karma nitelikte olsun tüm kayyımlık türlerinde ortak özellik, ya belirli bir işin yapılması ve bu sebeple temsil veya mal ya da malların yönetimi yahut bunların ikisinin de bir karmasının söz konusu olmasıdır. Oysa, yedieminlikte ortak özellik, yediemine verilen malların, muhafazası veya muhafazanın gerektirdiği ölçüde onların yönetimi ve/veya işletilmesidir.

Vesayet organlarının sorumluluğu ise, TMK m. 466-469'da düzenlenmiştir. TMK m. 466'ya göre, "vesayet organları ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş diğer kişiler, bu görevlerini yerine getirirlerken *iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni* göstermekle yükümlüdürler". Devlet, vesayet dairelerinde (sulh ve asliye mahkemelerinde) görevli olanların hukuka aykırı olarak (kusurlu davranışları ile[98]) sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumludur (TMK m. 468, I). Yani burada devletin sorumluluğu asli sorumluluktur. Önceki 743 sayılı Medeni Kanun m. 410 ve 411'e göre ise, vesayet dairelerinin yani sulh ve asliye hâkimlerinin vesayeti altındaki kişiye kendi kusurları ile verdikleri zararlardan dolayı kendilerini sorumlu tutmaktaydı ve Devletin sorumluluğu ise, vesayet daireler tarafından ödenemeyen kısmı için söz konusu oluyordu[99]. 4721 sayılı yeni TMK m. 468, I ile gerçekleştirilen bu köklü değişikliğin sebebi, anılan maddenin, madde gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır: "Birinci fıkrada (…) vesayet dairelerinde görevli olanların haksız fiilleri ile

---

yalnız gecikmesinde zarar olan hallerde, davayı takip için (görevli mahkemece) bir kayyım tayin edilmesi gerektiğine karar verebilir' (bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 45, dn4).

[98] AKINTÜRK, s. 531.

[99] Bkz. SİRMEN, Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 30.

başkalarına verdikleri zarardan dolayı Devlet'in sorumlu tutulması esası getirilmiştir. Türk hukukunda geçerli olan memurların memuriyet görevleri nedeniyle verdikleri zarardan memurun değil doğrudan doğruya Devlet'in sorumlu olduğu, zararı tazmin eden Devlet'in kendi memuruna rücu etmesine ilişkin genel ilke maddede aynen tekrar edilmiştir. Aynı kural Anayasa'nın 129 uncu maddesinde de yer almıştır"[100].

Oysa, Devlet, vasi ve kayyımın verdiği zararların, onlar tarafından tazmin edilemeyen kısmından sorumludur (TMK m. 468, I). Burada devletin sorumluluğu, ikincil nitelikte olup vasi veya kayyımın ödeyemediği zarardan sorumludur. Vasi, yasal danışman ve kayyımın sorumluluğu kusur sorumluluğudur (TMK m. 467, I). Zararı tazmin eden devlet, zararın meydana gelmesinde kusurlu olanlara rücu eder (TMK m. 468, II).

ÖZTAN, vesayet organlarının sorumluluğunun kanuni bir görevin ihlali nedeniyle sorumluluk olduğunu; yoksa bir haksız fiile dayanmadığını ve kanunda ayrıca düzenlenmeyen haller için haksız fiil hükümleri uygulandığından, anılan kişilerin sorumluluğuna da haksız fiile ilişkin hükümlerin tatbik edileceğini ifade etmektedir[101]. AKINTÜRK ise, vesayet organlarının sorumluluğunun mahiyet itibariyle, kanundan doğan haksız fiil sorumluluğun özel bir biçim olduğu görüşündedir[102]. Biz, ÖZTAN'ın görüşüne katılıyor ve yedieminlerin sorumluluğu için de, yine aynı görüşten faydalanıyor olmamıza rağmen, kanaatimizce, belirtmek gerekir ki, AKINTÜRK de, vesayet organlarının sorumluluğunun, kanundan doğan bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu ve bu haliyle haksız fiil sorumluluğunun özel bir türü olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Görüldüğü gibi kayyım da dahil olmak üzere vesayet organlarının sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Ancak devlet, vesayet dairelerinin kusurları ile verdiği zararlardan dolayı asli sorumludur ve daha sonra

[100] Gerekçe, s. 465.
[101] ÖZTAN, s. 699; ayrıca bkz. EGGER, s. 725.
[102] AKINTÜRK, s. 528.

kusurlu olanlara rücu edecek; vasi, yasal danışman ve kayyımın kusurlu davranışları ile verdiği zararlar nedeniyle ise, asıl olarak kendileri sorumlu olacak ve fakat onların ödeyemedikleri zararlar için devlet sorumlu olacaktır. Oysa, yedieminin sorumluluğunda, ileride inceleneceği üzere, yediemin BK m. 41 vd.'de düzenlenen kusura dayalı haksız fiil hükümlerine göre sorumludur. Devletin yedieminin kusurlu davranışından dolayı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Devletin sorumluluğu, sadece, örneğin, yediemini atayan, icra veya iflas dairesi görevlisinin kusuru ile bir zarar meydana gelmiş ise söz konusu olabilir. Devletin bu sorumluluğu ise, kendi memurunun (İİK m.5 ve Anayasa m. 129, V) kusurlu eyleminden doğmaktadır. Yoksa, yedieminin kusurlu eyleminden dolayı Devletin bir sorumluluğu yoktur.

C) YEDİEMİNLİĞİN TTK m. 324'DE VE İİK m. 179, 179/a, 179/b'DE DÜZENLENEN YEDİEMİNLİK İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Sermaye şirketlerinin (anonim ve limited şirketlerin) ve kooperatiflerin doğrudan doğruya iflası hususu, hem TTK m. 324, II'de hem de İİK m. 179, 179/a ve 179/b düzenlenmiştir[103] [104]. Buna göre, anılan şirketlerin "borçlarının aktiflerinden fazla olması" halinde, söz konusu maddelerde belirtilen kişiler tarafından yetkili ticaret mahkemesinden şirketin iflası talep edilecektir[105].

---

[103] ÜSTÜNDAĞ, İİK m. 179'un karşılığı olan kaynak İsviçre İcra İflas Kanunu m. 192'de, (TTK m. 324'ün karşılığı olan) İsviçre Borçlar Kanununun 725 inci maddesinden açıkça söz ederek düzenlemede bulunulduğunu ifade etmektedir (bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflas Hukuku, İstanbul 2002, s. 52).

[104] İİK'nın 179 uncu maddesi, 17.07.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve anılan Kanun ile İİK'ya m. 179/a ve m. 179/b eklenmiştir. 4949 sayılı Kanun geçici madde 5, b. 28'e göre, 179 uncu maddeyi değiştiren hüküm 4949 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak iflas ertelemesi taleplerinde; geçici madde 5, b. 29'a göre ise, eklenen 179/a ve 179/b maddeleri, 4949 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği sırada derdest iflasın ertelenmesi taleplerinde uygulanacaktır.

[105] Şirketin pasifinin aktifinden fazla olması halinde, anonim şirketler (TTK m. 324, II) ve kooperatiflerde (KoopK m. 63, II) yönetim kurulu; limited şirketlerde müdürler (TTK m. 540) ve şirket tasfiye halinde ise tasfiye memurları (TTK m. 466, II), bu durumu yetkili ticaret mahkemesine bildirmeye mecburdurlar [bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 556].

Ancak, TTK m. 324, II, c. 5 ve 6'ya göre, "şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir *yediemin* tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tetbirleri alır". Burada kullanılan "yediemin" terimine karşın, kastedilenin "kayyım[106]" olduğu hususunun öğretideki baskın görüş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[107].

Nitekim, 4949 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen m. 179/a, II'ye göre, "mahkeme erteleme kararı ile kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla yetinebilir". Görüldüğü gibi, söz konusu olanın yediemin değil, kayyım olduğu, kanuni bir düzenleme ile kesinleşmiştir. Anılan değişikliğin madde gerekçesine göre, mahkeme erteleme kararı verdiğinde, kayyım atamak zorundadır[108].

---

[106] Geçici bir süre de olsa, tüzel kişinin yönetim kurulunun en önemli bazı görevlerini yüklenen kayyımlara, söz konusu tüzel kişinin organı niteliği verilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZTAN (Organ), s. 79.

[107] TANDOĞAN, TTK m. 324'ün mehazı olan İsviçre Borçlar Kanununu m. 725'i tercüme ederken, "yediemin" değil "kayyım" terimini kullanmıştır (bkz.TANDOĞAN, Haluk, İsviçre Borçlar Kanunu Kısım III-V ve Haksız Rekabete Dair Federal Kanun, Ankara 1958, s. 54); KURU, "mehaz İsviçre BK'nun 725. maddesinin 4. fıkrasında, Almanca metinde (konkordatoda –m. 287- olduğu gibi) 'komiser" (Sachwalter), Fransızca metinde ise 'kayyım" (curateur) kelimesi kullanılmış olup, bu kelime bizim kanuna yanlış olarak 'yediemin' şeklinde geçmiştir. (...) Tandoğan, mehaz kanunun bu hükmünün tercümesinde 'kayyım' kelimesini kullanmıştır ki, komiser kelimesinin konkordato komiseri (m.287) ile karıştırılması ihtimali olduğundan bizce de 'kayyım' denilmesi uygun olur. Kooperatifler Kanunu buna 'yönetim memuru' demektedir (Kooperatifler K. m. 63, III) ki, bu da TTK m. 324, II'deki 'yediemin' kelimesinin teknik anlamda kullanılmadığına munzam delildir" demektedir (KURU, Baki, İflas ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, s. 138); aynı yönde bkz. FRANKO, Nisim, "Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde- İflas ve Tehiri", "Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 429; PEKCANITEZ, Hakan, Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s. 56, dn(116); TÜRK, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 354; SAYHAN, İsmet, Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertelenmesi, Batider, C. XXXIII, S. 1, Haziran 2005, s. 108; Nitekim yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının, mer'i TTK m. 324, II'ye karşılık gelen, 377 nci maddesinde de, yedieminden değil, kayyımdan söz edilmektedir.

[108] "İflasın ertelenmesi durumunda mahkeme kayyım atamak zorundadır; böylece şirket veya kooperatifin uzun bir süre için eski yönetim organı elinde kalması önlemiş olacaktır. Mahkeme duruma göre yönetim organının bütün yetkilerini kayyıma verebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılabilecektir.

Erteleme kararı ile atanan kayyıma, anılan maddeden de anlaşılacağı üzere, ya yönetim organının yetkilerini tümüyle verilebilecek veya yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliği kayyımın onayına bağlı kılınabilecektir. Mahkeme bazı hususlarda yönetim tümüyle kayyıma verirken, bazı hususlar için kayyımın onayı aranması şeklinde karma bir yöntem belirleyebilir. İİK m. 179/a, III'de, "iflasın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir" hükmü yer almaktadır.

Bu nitelikleri ile TTK m. 324, KoopK m. 63, İİK m. 179, 179/a ve 179/b'de düzenlenen kayyımlığın, yedieminlikten çok farklı olduğu açıktır. Zira, burada amaç, şirketin iflastan kurtulması olduğundan, şirketin yönetimi ve/veya denetimi ön planda bulunmaktadır. Oysa yedieminlikte amaç, mal veya malların muhafazası veya muhafazasının gerektirdiği ölçüde yönetimi ve/veya işletilmesidir.

Ayrıca bu konuda bir hususun da açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyoruz. TTK m. 324, II/son c.'de yukarıda da belirtildiği gibi, mahkemenin, iflas ertelemesi kararı verir ise, "envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri" alacağı ifade edilmiş ve fakat burada belirtilenin yediemin değil, kayyım olduğu yukarıda açıklanmıştı. Benzeri bir düzenleme, İİK m. 179/a, I'de de yer almaktadır. Buna göre, "iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır". İİK m. 179/a, II'de ise, mahkemenin erteleme kararı ile birlikte kayyım atamasına karar vereceği belirtilmektedir. Bu durumda, İİK m. 179/a, I'de belirtilen "gerekli her türlü tedbir" içerisinde kayyım tayini önplanda bulunmaktadır[109]. Mahkemenin gerekli göreceği başka tedbirler var ise, onları da alacağı, anılan madde hükmüne göre tabiidir. Ancak, bu tedbirler arasında, bazı

Ancak kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak iflas ertelenmesi kararında gösterilmelidir" (bkz. 4949 sayılı Kanun, 52 inci madde gerekçesi).

[109] Daha önce belirtildiği gibi, esasen mahkeme, iflas erteleme kararı ile birlikte kayyım atamak zorundadır (bkz. yukarıda, dn107 civarı).

malların yediemine tevdiinin bulunabileceğini düşünmek kanaatimizce pek mümkün değildir. Zira, bazı malların yediemine tevdii, şirketin iflastan kurtarılması amacıyla uyumlu değildir. Ancak, yinede, mahkeme, esasen muhafaza amacıyla bazı malların yediemine tevdiine karar verir ise, bu da bir yediemine tevdidir. Fakat, bu yedieminin tayini, amaç olarak, anılan maddelerde belirtilen, kayyımdan farklı olacaktır. Yani söz konusu kayyımın görevi (İİK m. 179, 179/a ve 179/b) başka, bazı malların muhafazası için atanan yedieminin görevi (malların muhafazası ve muhafazası gerektirdiği ölçüde idare ve/veya işletme) başka olacaktır.

D) YEDİEMİNLİĞİN KONKORDATO KOMİSERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

TANRIVER, konkordatoyu, dürüst bir borçlunun belli bir zaman dilimi içerisindeki tüm adi borçlarını, alacaklıları tarafından kanunda gösterilen nitelikli çoğunlukla (İİK m.297) kabul edilmiş ve yetkili makamca (ticaret mahkemesince) tasdik edilmiş olan teklifi doğrultusunda ve kendisi için daha elverişli olan şartlar çerçevesinde ödemesini mümkün kılmak üzere, ona kanun tarafından tanınmış bir hukuki imkan olarak tanımlamaktadır[110].

Şayet alacaklılar, alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederler ise, bu konkordatoya "yüzde konkordatosu" veya "tenzilat konkordatosu"; alacaklılar, alacaklarından feragat etmezler ve fakat, vadesi gelmiş olan alacakları için borçluya bir vade tanırlar ise, bu konkordatoya, "vade konkordatosu" denir. Şayet alacaklılar, hem alacaklarının belli bir kısmından feragat ederler hem de borçların ödenmesi belli bir vadeye bağlanır ise, bu hem tenzilat hem de vade konkordatosudur[111].

Konkordato, "adi konkordato" (İİK m. 285-309) ve "malvarlığının terki suretiyle konkordato" (İİK m. 309/a-309/l) olarak iki ayrılır.

[110] TANRIVER (Komiser), s. 3.
[111] KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul Kasım 2004, s. 1230.

Adi konkordato da, yapılış zamanına göre, "iflas dışı konkordato" (İİK m. 285-308) ve "iflas içi konkordato" (İİK m. 309) olmak üzere ikiye ayrılır. İflas dışı konkordato, iflasa tabi olsun olmasın herhangi bir borçlunun yapabileceği bir konkordatodur ve fakat, iflasa tabi şahıs ise, iflas etmeden önce yapmış olduğu konkordatodur. İflas içi konkordato ise, iflas eden kişinin, iflastan kurtulmak için teklif ettiği konkordatodur[112].

İflas dışı konkordatoda, konkordato mühleti talebinin kabulüne karar veren icra mahkemesi aynı zamanda bir veya bir kaç konkordato komiseri de atar (İİK m. 287, II).

Konkordato komiserinin görevi, borçluya takip yapmaları veya takiplerine devam etmeleri yasak olan alacaklıların yararını korumak için borçluyu ve özellikle borçlunun tasarruflarını denetlemek ve konkordatoyu hazırlayıp, ticaret mahkemesine sunmaktır[113]. Konkordato komiseri ayrıca, icra mahkemesine raporlar vermek ve alacaklıları bilgilendirmek, defter tutmak, ilan ile alacaklıları davet etmek, alacakları incelemek görevleri de vardır. Komiserin görevi, tam olarak, konkordato hakkında ticaret mahkemesinin kararının kesinleştiğinin ilanı ile son bulur (İİK m. 300, II) ve konkordatonun icrası, yani konkordato şartlarına göre borçların ödenmesi, borçluya ait bir görevdir[114].

Konkordato komiseri, yalnız görevli bulunduğu konkordato işine münhasır olmak üzere resmi bir icra organıdır[115]. Öte yandan, İcra ve İflas Kanununa, 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile eklenen madde 334/a ile, Konkordato komiserlerinin işledikleri eylemler bakımından 765 sayılı TCK m. 279 anlamında memur sayılacağı hükmü

[112] KURU (El Kitabı), s. 1231.
[113] KURU (El Kitabı), s. 1258.
[114] KURU (El Kitabı), s. 1266; Ancak, ticaret mahkemesi, kararında, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almak için, komiseri veya uzman bir kişiyi görevlendirebilir (İİK m. 303, III/c.2). Bu halde görevlendirilen kişi iki ayda bir borçlunun işletmesinin durumu ve borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği hakkında mahkemeye rapor verir (İİK m.303, III/son c.).
[115] KURU (El Kitabı), s. 1255.

getirilmiş[116] olmasına karşın, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi ile, anılan İİK m. 334/a yürürlükten kaldırılmıştır[117].

İflas sonrası (içi) konkordato da ise, iflas dışı konkordatodaki komiserin en önemli görevi olan, borçlunun tasarruflarını denetlemek (iflasta, borçlu zaten tasarrufta bulunamaz, İİK m. 91), defter tutmak, alacaklıları ilan ile davet etmek ve alacakları incelemek görevi iflasta esasen iflas idaresi tarafından yapılacağından, konkordato komiserine gerek yoktur[118].

Yukarıda adi konkordato dışında bir de malvarlığının terki suretiyle konkordatonun bulunduğunu ifade etmiştik. Malvarlığının terki suretiyle konkordato ile, borçluya, malvarlığındaki aktifleri tamamen veya kısmen alacaklılara devrederek, bu malların tasfiyesinden elde edilecek hasılatın aralarında paylaştırılması veya malvarlığını kısmen veya tamamen satın almak isteyen üçünü bir kişiye devredilmesi ve satış bedelinin paylaşılması suretiyle borçtan kurtulmayı teklif etme imkanı tanınmıştır[119] (İİK m. 309/a, 309/b). Burada konkordato komiserinin tayini ve görevleri, iflas dışı adi konkordatodaki gibidir[120].

Yukarıda belirtildiği üzere, konkordato komiserinin görevi, konkordato mühletinin verilmiş olması sonucu olarak alacaklıların borçluya takip yapmaları veya takiplerine devam etmeleri yasaklandığı (İİK m. 290) için, alacaklıların yararını korumak için borçluyu ve özellikle borçlunun tasarruflarını denetlemek ve konkordatoyu hazırlayıp, ticaret

[116] "Konkordato komiseri önemli bir işleve sahiptir; görevi ihmal veya görevi kötüye kullanma gibi tipik memur suçlarını işlemeleri mümkündür. Bu nedenle konkordato komiserlerinin Türk Ceza Kanunu anlamında memur sayıldıkları yolunda hüküm eklenmiştir./Ayrıca bunların her eyleminin ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması hem kargaşaya yol açacağı hem de kanun yapma tekniğine aykırı olacağından madde bu şekilde düzenlenmiştir" (Hükümet Gerekçesi).

[117] "Maddeyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sistemine uymayan ve kaldırılması durumunda uygulamada boşluk doğmayacak olan İcra ve İflas Kanununun (…) 334/a (…) maddeleri yürürlükten kaldırılmaktadır" (Hükümet Gerekçesi).

[118] KURU (El Kitabı), s. 1325.

[119] PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004, 420; KURU (El Kitabı), s. 1336-1338.

[120] KURU (El Kitabı), s. 1339.

mahkemesine sunmaktır. Oysa, yedieminin görevi, kendisine tevdi edilen malların muhafazası ve muhafazası gerektirdiği ölçüde onların idaresi ve/veya işletilmesidir.

E) YEDİEMİNLİĞİN İFLAS İDARESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bilindiği gibi, iflas, ticaret mahkemesinin iflas kararı ile birlikte açılır (İİK m. 165, I) ve kararı veren mahkeme, iflas kararını yargı çevresindeki iflas dairesine bildirir (İİK m. 166, I). İflas kararının kendisine tebliği üzerine, iflas dairesi, müflisin mallarının defterini tutmaya başlar ve muhafazası için gerekli tedbirleri alır (İİK m. 208, I). Bu muhafaza tedbirleri arasında, kanaatimizce, borçlunun bazı mallarının yediemine teslimi de vardır.

İflas dairesi, iflas kararının kendisine tebliğinden itibaren en geç üç ay içerisinde tasfiyenin adi veya basit şekilde yapılacağına karar vermek zorundadır[121] (İİK m. 208, III). Şayet, iflas dairesi adi tasfiyeye karar verirse, adi tasfiyeyi ilan eder ve alacaklıları on gün içinde toplantıya çağırır. Birinci alacaklılar toplantısı denilen bu toplantının görevlerinden birisi de (en önemlisi), üç kişiden oluşacak olan iflas idaresinin icra mahkemesi tarafından seçimi için iki katı (altı kişi) aday göstermektir (İİK m. 223, I). Alacaklılar toplanması mümkün olmazsa veya karar nisabı oluşmazsa, iflas dairesi ikinci alacaklılar toplantısına kadar masayı idare eder (İİK m. 222). Şayet ikinci alacaklılar toplantısı yapılamazsa veya karar nisabı oluşmazsa, iflas dairesi tasfiye kapanıncaya kadar işe devam eder (İİK m. 239).

[121] İflas dairesi, müflisin mallarının defterini tutup, gerekli muhafaza tedbirlerini alıp, malların kıymet takdirini yaptıktan sonra, iflas masasına ait hiçbir mal bulunamazsa, iflas tasfiyesi yapılamayacak demektir. Bu halde iflas dairesi tasfiyenin tatiline karar verir ve bunu ilan eder (İİK. m. 217). Bu itibarla iflas tasfiyesinin tatilinde iflas idaresi yoktur. İflas dairesince defteri tutulan mallar bedelinin tasfiye masraflarını karşılayamayacağı anlaşılırsa basit tasfiye usulü uygulanır (İİK m. 218, I). Bu tasfiyeyi iflas dairesi yapar, yani basit tasfiyede de iflas idaresi yoktur. Şayet, iflas masasındaki malların adi tasfiye giderlerini karşılayacağı anlaşılırsa (veya karşılamamasına rağmen alacaklılar isterse) adi tasfiye yapılır [bkz.YILMAZ, Ejder, "İflas İdaresinin Hukuki Niteliği ve Durumu", İflasta Tasfiye Sempozyumu, Ankara 1985, s. 71-72); YILMAZ (İflas İdaresi)].

Birinci veya ikinci alacaklılar toplantısı ile iflas idaresi için aday seçimi yapılıp, icra mahkemesi tarafından, iflas idaresi üyeleri seçilince, tasfiye, iflas idaresine havale olunur (İİK m. 223, II).

İflasın açılmasıyla müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur (İİK m. 184, I/c.1). İşte masaya dahil olan müflise ait malları satıp alacaklılara paylaştıracak olan, iflas idaresidir. İflas idaresi müflisin pasifini ve aktifini tespit edecek, onları satacak, alacaklarını tahsil edecek ve daha sonra da müflisin borçlarını ödeyecek; bir başka deyişle iflas masasına giren aktifi, alacaklılara paylaştıracak ve kısaca iflası tasfiye edecektir[122].

İflas idaresinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır[123]. YILMAZ, iflas masasının, iflas hukukunun yarattığı kendine özgü bir hukuk süjesi[124] olduğunu, iflas idaresinin de iflas masasının, bir organı, İİK m. 226, I'in deyimiyle kanuni temsilcisi olduğunu ifade etmektedir[125]. İflas idaresi tasfiyeyi yaparken, iflas masasının menfaatlerini gözetmek zorundadır (İİK m. 226, I). Ayrıca, iflas idaresinin bir kamu hukuku niteliği de vardır[126].

---

[122] YILMAZ (İflas İdaresi), s. 73.

[123] İflas idaresinin hukuki niteliği hakkındaki çeşitli görüşler ve tartışmalar için bkz. YILMAZ (İflas İdaresi), s. 76-91; YILMAZ, Ejder, İflas İdaresi, Ankara 1976, s. 28-45 (YILMAZ (İflas)); UMAR, Bilge, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 262-268.

[124] Bir şahsın mameleki içinde sarih tariflere göre sınırlandırılmış, kendi başına iktisadi inkişaf imkanları bulunan haklar çevresi mevcut ve şahsın kendisine ait kanunen belirlenmiş bu malları umumi mamelekinin yanı sıra malikin bizzat kendisi veya bir başka şahıs tarafından idare ediliyor ise, bu mallara özel mamelek denilmektedir (AYİTER, Nuşin, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara 1968, s. 40-41). İflasın açılması ile, müflisin haczi caiz bütün mallarının oluşturduğu masanın, bir özel mamelek oluşturduğu kabul edilmektedir. Zira mallar alacaklıların tatmin gayesine tahsis edilmekte, idare bakımından özel rejime tabi olmakta, bu mallar üzerinde mamelekin sahibinin tasarruf yetkisi kalkmış bulunmaktadır (AYİTER, s. 45).

[125] YILMAZ (İflas İdaresi), s. 98; KURU da, iflas idaresinin, iflas masasının kanuni mümessili olduğunu, yani onun iflas masasının bir organı olduğunu ifade etmektedir (KURU (İcra- IV), s. 3171).

[126] İİK m. 227, I'e göre, iflas idaresi tutanak düzenler (İİK m. 8, I, II); para ve değerli eşyaları tevdi eder (İİK. m. 9); kendi kendisiyle iş yapamaz (İİK m. 11) ve iflas idaresinin işlemlerine karşı şikayet yoluna başvurulabilir. İİK m. 227, V gereği, iflas idaresini teşkil edenler TCK uygulamasında memur sayılırlar.

İflas idaresi üyeleri kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar ve bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır (İİK m. 227, III).

İflas idaresini teşkil edenler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar[127] (İİK. m. 227, V).

Yedieminlerin de kamu hukuku niteliği olmakla beraber, idare hukuku anlamında memur veya kamu görevlisi sayılmazlar. Söz konusu yedieminler, alacaklının veya borçlunun yahut davacı ya da davalının kanuni temsilcisi değil, kendisine, kanunen bu konuda yetki verilen merciler tarafından kendilerine tevdi edilen malların muhafazası için görev verilen kişilerdir. İflas idaresinin görevi, müflisin mallarının ve alacaklarının tespiti, bunlardan tahsili gerekenlerin tahsili ile, elde edilen paralarla, müflisin tüm borçlarının ödenmesi olmasına karşın, yedieminin görevi, sadece, hacizde satış aşaması, ihtiyati tedbirde ise, dava sonuçlanıp hak sahibi belirleninceye yahut başka bir yetkili merci veya kişi karar ile atanmış ise, atama kararına sebep olan olay sonuçlanıncaya kadar, kendisine tevdi edilen malların muhafazası veya muhafazasının gerektirdiği oranda anılan malların yönetimi ve/veya işletilmesidir. Ayrıca, iflas idaresinin görevi, müflisin alacaklılarının en üst düzeyde tatmini olduğu için ve bu amaca ulaşmak için, gerektiğinde, sözleşmeler yapmak (örneğin, müflisin taşınmazlarının kiraya verilmesi) veya (müflisin alacaklarının tahsili için) davalar açmak ya da icra takipleri yapmak zorunda bulunacağı için, müflisin mallarının idare görev ve yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Oysa yediemin, bu tür yetkilere sahip değildir.

[127] Bkz. yukarıda dn(115) ve (116) civarı

F) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 263'E GÖRE TEMİNAT KARŞILIĞI İHTİYATEN HACZOLUNAN MALLARIN BIRAKILDIĞI BORÇLU VE ÜÇÜNCÜ ŞAHISIN HUKUKİ DURUMU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İİK m. 263'e göre, "Haczolunan mallar istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek ve bu hususu temin için malların kıymetleri depo edilmek veya icra müdürü tarafından kabul edilecek esham ve tavhilât veya taşınır ve taşınmaz rehni veya muteber bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla borçluya ve mal üçüncü şahıs elinde haczolunmuşsa bir taahhüd senedi alınarak bu şahsa bırakılabilir. İstenilecek teminat her halde borç ve masraf tutarını geçemez"[128].

Bu maddeye göre, ihtiyati haciz halinde, icra dairesi, maddede belirtilen teminatı gösteren borçluya veya mal üçüncü şahıs elinde haczolunmuş ise, taahhüd senedi veren üçüncü şahsa malı bırakabilir[129]. Hemen vurgulamak gerekir ki, İİK. m. 263, ancak, ihtiyati haciz halinde uygulanır; eğer ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmüş ise, artık İİK. m. 263 uygulanamaz[130].

Esasen, İİK m. 261'e göre, ihtiyati haciz, hacze ilişkin İİK m. 79-99 hükümlerine göre uygulanır (İİK m. 261, II). Ancak, KURU, haklı olarak,

---

[128] Söz konusu, İİK m. 263'ü, İİK m. 266 ile karıştırmamak gerekir. İİK m. 266'ya göre, "Borçlu, para veya mahkemece kabul edilecek rehin veya esham yahut tahvilât depo etmek veya taşınmaz yahut muteber bir banka kefaleti göstermek şartı ile ihtiyati haczin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir. Takibe başlandıktan sonra bu yetki, icra mahkemesine geçer". KURU, İİK. m. 263'e göre malların teminat karşılığı borçluya bırakılmasında, mallar üzerindeki ihtiyati haczin devam ettiğini; borçlunun istenildiği zaman (örneğin, ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğü, İİK m. 264, V), kendisine bırakılan malı aynen veya para olarak icra dairesine vermek zorunda olduğunu, oysa İİK. m. 266'ya göre, ihtiyati haciz, mahkeme (veya icra mahkemesi) tarafından kaldırılınca, ihtiyati haczin tamamen kalktığını ve onun yerine teminatın ihtiyaten haczedilmiş sayıldığını ifade etmektedir (KURU (El kitabı), s. 899).

[129] KURU, anılan maddenin üzerine ihtiyati haciz konulan taşınır mallara ilişkin olduğu görüşündedir (bkz. KURU (El kitabı), 892). ÖZEKES, her ne kadar, üçüncü kişi adına kayıtlı bir taşınmazın borçluya yönelik olarak haczi mümkün olmadığı için, üçüncü kişiye ait taşınmazlar için anılan maddenin uygulanamayacağını ifade ediyor ise de, söz konusu maddenin borçluya ait taşınmazların ihtiyati haczinde de uygulanabileceği görüşünü ileri sürmektedir (ÖZEKES, Muhammet, İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 296-297). Biz de bu görüşe katılıyoruz.

[130] KURU (El kitabı), s. 893.

hacizli mallar için alınacak muhafaza tedbirlerine ilişkin maddelerin (örneğin, İİK m. 88, m.92, III, m.93, I) yalnız başına değil, İİK m. 263 ile birlikte uygulanacağını belirtmektedir[131]. Buna göre borçlu teminat gösterir ise, icra dairesi, haczolunan malları borçluya bırakacaktır. Şayet borçlu, bu imkandan yararlanmaz ise, işte o zaman, hacze ilişkin muhafaza tedbirleri (İİK m. 88 gibi), uygulanacaktır[132]. Borçlu teminat göstererek, ihtiyaten haczolunan tüm malların kendisine bırakılmasını isteyebileceği gibi, malların bir kısmı hakkında da böyle talepte bulunabilir[133].

Söz konusu teminatların alınarak malların borçluya veya üçüncü kişi elinde haczolundu ise üçüncü kişiye bırakılabilmesinin nedeni, borçluya bırakılan mallar istenildiği zaman, yani ihtiyati haciz, icrai hacze dönüştüğü (İİK m. 264, V) veya borçlunun iflası sebebiyle malların iflas masasına alınması (İİK m. 186) gerektiği zaman, aynen veya para olarak icra dairesini teslimini sağlamaktır [134].

KURU, İİK m. 263'e göre, borçlunun teminat karşılığı kendisine bırakılan malları, istenildiği zaman "para veya ayın" olarak teslime yetkili olması karşısında, bu mallar üzerinde tasarruf yetkisinin devam ettiğini kabul etmek gerektiğini ve bu nedenle de, anılan mallar hakkında İİK m. 86, I'e göre borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı sonucuna varılacağını isabetli olarak ifade etmektedir[135]. Zira aksi halde, İİK m. 88 II veya m. 92, III yahut m. 93, I karşısında, niye İİK m. 263'ün var olduğunu açıklamak güç olur. Kanaatimizce, aynı durum, borçlunun üçüncü kişi elinde haczolunan malları için de geçerlidir.

---

[131] KURU (El kitabı), s. 892; Ancak hemen belirtmek gerekir ki, KURU, İİK m. 263'ün sadece taşınırlara ilişkin olduğu görüşüne bağlı olarak, burada, hacizli mallara ilişkin olarak alınacak muhafaza tedbiri olarak sadece taşınırlara ilişkin İİK m. 88'den söz etmektedir [KURU (El kitabı), s. 982].
[132] KURU (El kitabı), s. 892.
[133] KURU (El kitabı), s. 892.
[134] KURU (El kitabı), s. 893.
[135] KURU (El kitabı), s. 893.

Nitekim, YILMAZ, ihtiyaten haczolunan ve teminat karşılığı kendisine bırakılan borçlu veya elinde mal haczolunan üçüncü kişinin ihtiyati hacizli malı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olduğunu; çünkü, İİK m. 263' göre, söz konusu borçlu veya üçüncü kişinin istenildiği zaman haczolunan aynı veya onun teminatı olan bedeli (parayı) verebileceğinin belirtildiğini ifade etmektedir[136]. Ayrıca YILMAZ, bu durum karşısında, borçluyu veya üçüncü kişiyi yedieminlik görevini suiistimalden (5237 sayılı TCK m. 289) cezalandırmanın da mümkün bulunmadığını açıkça belirtmektedir[137].

Yukarıda açıklananlar ışığında, kanaatimizce, İİK m. 263'e göre teminat karşılığı kendisine ihtiyaten haczolunan mal bırakılan borçlu ve elinde mal haczolunan üçüncü kişilerin yediemin sıfatı yoktur. Bu nedenle de bu kişiler hakkında, yedieminlere dair hükümler uygulanamaz.

G) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 88'DEKİ ADALET BAKANLIĞININ DEPO VE GARAJLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İİK m. 88, IV'e göre, "Adalet Bakanlığı, mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garaj açabileceği gibi; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına da açtırılabilir veya işletme hakkını verebilir. Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma usul ve esasları yönetmelikte gösterilir".

Maddede sözü edilen yönetmelik, "Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajlarının Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik" (Yönetmelik) adı ile, 13.7.1987 tarihli ve 19516 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Daha sonra anılan Yönetmelikte, 26.12.1992 tarihli ve 21447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik yapılmıştır. Söz konusu Yönetmelik halen yürürlüktedir.

---

[136] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1166; aynı yönde, ÖZEKES, s. 296; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 514.
[137] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1166.

İİK m. 88, IV'te belirtilen depo ve garaj ücretlerinin Adalet Bakanlığınca belirleneceğine dair hüküm ve bu hükme paralel olarak düzenlenen Yönetmelik m. 28, I uyarınca "Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ" (Tarife) çıkartılmıştır[138].

İİK m. 88, IV'ün açık hükmü gereği, Adalet Bakanlığı tarafından açılacak depo ve garajlar, *mahcuz malların saklanması* amacıyla açılacaktır. Çıkartılan Yönetmelik de, gerek İİK m. 88, IV'ün açık hükmüne, gerek ismine ve 1 inci maddesine göre, Adalet Bakanlığınca mahcuz malların muhafazası için açılacak olan depo ve garajların açılması, nitelikleri, çalıştırılması ve denetimlerine dair esas ve usulleri düzenlemektedir.

İİK m. 88, IV ve Yönetmelik m. 4'e göre, Adalet Bakanlığı, icra dairelerince haczedilen malların muhafaza edilmesi için, uygun göreceği yerlerde depo ve garaj açabilir.

Depo ve garajların, yapı ve tesisleri bakımından mahcuz malların en iyi şekilde saklanmasına elverişli olması; İİK m. 88, I kapsamı dışında kalan küçük ve kıymetli eşyanın saklanmasına müsait özel rafları ve depolarının bulunması ve mahcuz malın depo ve garaj içinde nakli, istifi gibi ambarcılık hizmetlerinin yapılmasına müsait olması gereklidir (Yönetmelik, m.5). Anılan depoya, kıymeti süratle düşen; yanıcı, parlayıcı veya patlayıcı olan; muhafazası özel bakım ve tesise lüzum gösteren; bir arada bulundukları eşya için tehlike arz eden veya yaş deri gibi fena koku yayan mallar dışında kalan mallar alınır. Depoya alınmayacak mallar hakkında, icra müdürlüğünce İİK m. 113, II'ye göre işlem yapılır (Yönetmelik m. 6).

[138] Yönetmelik m. 28, I uyarınca tarifede gerekli görülecek değişiklikler yılda bir yapılır. Yapılan en son değişikleri içeren söz konusu Tarife, 16.02.2005 tarih ve 25729 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, aynı Tarife'nin 6 ncı maddesi uyarınca 24.2.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, anılan Tarife halen yürürlüktedir. Söz konusu Tarife'nin, Adalet Bakanlığına ait olmayan depolar için de kıyasen uygulanacağı hususundaki Yargıtay kararı için bkz. aşağıda, § 9, B, I.

Depo ve garajlarda, memur, hizmetli ve bekçi denilen üç tip personel çalıştırılır. Anılan görevliler, adli yargı adalet komisyonunca işe alınır (Yönetmelik, m. 9). Anılan personelin görevleri Yönetmelik m. 10-13'de düzenlenmiştir.

Depo ve garaj memurluğunca üç tip defterin tutulması zorunludur. Bu defterler, Depo ve Garaj Emanet Defteri, Muhabere Defteri ve Zimmet Defteridir (Yönetmelik m. 15). Defterlere kullanılmadan önce sıra numarası verilir, sahifelerin birleştiği yerin üst kısmına memurluğa ait mühür basılır ve defterlerin ilk ve son sayfasına kaç sahifeden ibaret olduğu yazılır ve bu durum İcra Mahkemesi Hakimi tarafından tasdik olunur (Yönetmelik, m. 15-20).

Depo ve garaj memurluğunca ayrıca, giriş makbuzu ve çıkış makbuzu olmak üzere iki tip makbuz tutulur. Anılan makbuzların içerikleri Yönetmelik m. 22 ve 23'tye gösterilmiştir.

Depo ve garaj memurluğu, yukarıda belirtilen defter ve makbuzlar dışında, dört tip karton da tutar. Bu kartonlar, mahcuz eşyanın depo ve garaja alındığına dair makbuz kartonu; mahcuz eşyanın muhafaza hitamında geri verildiğine dair makbuz kartonu; giden evrak kartonu ve gelen evrak kartonudur (Yönetmelik, m. 21).

Söz konusu defter ve makbuzlar Adalet Bakanlığınca bastırılır ve Cumhuriyet Savcılığınca zimmet mukabili teslim alınır (Yönetmelik, m. 24).

Depo ve garaj memurluğuna getirilen mahcuz mallar, ilgili icra dairesince bağlanıp, numaralandırıldıktan sonra, o icra dairesinin mührü ile mühürlenir. Mührü olmayan eşya, depo ve garaj memurluğunca teslim alınmaz. Mahcuz malı depo veya garaja tevdi edecek icra dairesi, malın

cins, tür, marka, model, numara ve ölçü gibi benzerlerinden ayırmaya yarayan bütün nitelikleri ile icra dairesindeki dosya numarası, alacaklı ve borçlunun adı ve soyadlarını muhtevi bir etiketi mala yapıştırır (Yönetmelik, m. 25, 26).

Depo ve garajlarda muhafaza edilecek mahcuz malların bu yerlere getirilmesi, teslimi, yerleştirilmesi ve geri alınması işleri ilgili icra dairesince yerine getirilir. Bu işlere ait masraflar, icra dairesince alacaklıdan peşin alınan avanstan karşılanır (Yönetmelik, m. 27).

Muhafaza ücreti, Tarife'ye göre alınır. Muhafaza ücreti ilgili icra dairesince muhafaza hitamında bu tarifeye göre hesap edilir; bu ücret, alacaklıdan peşin alınan avanstan karşılanır ve bu suretle tahsil edilen ücret en geç onbeş gün içinde Maliye veznesine ilgili icra dairesince yatırılır ve keyfiyet depo ve garaj memurluğuna yazı ile bildirilir (Yönetmelik, m. 28, I ve IV).

Depo ve garaj memurluğu adalet müfettişleri ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından denetlenir. Adalet müfettişleri, yapacakları teftiş sırasında depo ve garajlarda, mahcuz malların alınması, saklanması ve geri verilmesi işlemlerinde Yönetmelik hükümlerine riayet edilip edilmediğini incelerler. Depo ve garaj memurluğu her sene Mart ayı içerisinde o yer Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Savcı tarafından da aynı şekilde denetlenir (Yönetmelik, m. 14).

Depo ve garaj memurluğuna atanan memurlardan birisine, bu yerleri yönetme yetki ve sorumluluğu verilir (Yönetmelik, m. 9). Depo ve garaj amiri, Ayniyat Talimatnamesinin 58. maddesi gereğince her mali yıl sonunda hesaplarını evrakı müsbiteleri ile birlikte Sayıştay'a gönderir (Yönetmelik, m. 29).

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde Yönetmelik uyarınca açılacak depo ve garajların açılması, çalışma esas ve usulleri belirtildi. Buna göre,

özetlemek gerekir ise, söz konusu depo ve garajlar, Adalet Bakanlığı tarafından açılacaktır; depo ve garaj memurluğu olarak anılacaktır; bazı defter, karton ve makbuzlar tutmak zorundadırlar; çalışanları adalet komisyonu tarafından işe alınacaklardır; her yıl adalet müfettişleri ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından denetleneceklerdir; depo ve garaj ücretleri, doğrudan Maliye veznesine yatırılacaktır ve her mali yıl sonunda Ayniyat Talimatnamesinin 58. maddesi gereğince her mali yıl sonunda hesaplarını evrakı müsbiteleri ile birlikte Sayıştay'a göndereceklerdir.

O halde, bu depo ve garaj memurluğu, bir Devlet dairesidir ve çalışanlarının (en azından, Yönetmelikte yetkili memur ve depo ve memuru denilen çalışanlarının) da Anayasa, m. 128 gereği memur veya kamu görevlisi olması gereklidir. Ayrıca, kendilerine bir kadro tahsisi yapılmış ve Devlet bütçesinden maaş almaları gerekmektedir.

Bu durum karşısında, depo ve garaj memurluğu personelinin, mensubu bulunduğu memurluğun mahcuz malların saklama görevini yaparken yapacakları usulsüzlükler, doğrudan doğruya bir Devlet memurunun yapacağı usulsüzlük niteliğinde bulunacaktır. Yani kendileri hakkında, 5237 sayılı TCK m. 289 uygulanmayacak; eylemleri, niteliğine göre, görevi kötüye kullanma; görevi savsama; zimmet veya başka bir devlet memuru tarafından işlenecek suç olacaktır. Keza, bu kişilerin yapmış olduğu eylemlerden dolayı doğacak hukuki sorumluluk ise, memurun görevi ile ilgili değil ise, kişisel kusur teşkil edeceği için haklarında, BK m. 41vd. gereği haksız fiil hükümleri uygulanacak, yok eğer, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlu hareketlerinden doğan bir tazminat davası söz konusu ise, bu dava Anayasa m. 129, V'e göre Devlete karşı açılacak, ancak, Devlet kusuru oranında memura rücu edecektir.

Oysa, yediemin bir özel hukuk kişisidir. O sadece kendisine bir görev tevdi edilen kişidir. Cezai sorumluluğunda, ceza hukukuna göre esasen 5237 sayılı TCK'ya göre kamu görevlisi olmasına rağmen, haklarında özel bir

suç tipi (5237 sayılı TCK. m. 289) düzenlenmiştir. İdare hukuku anlamında ne bir kamu görevlisi ne de memurdurlar.

Ayrıca bir yedieminin, tüzel kişi olması da mümkün değildir ve gerçek kişi olması gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle, depo ve garaj memurluğunu ve memurlarını yediemin olarak kabul etmek mümkün değildir.

Öte yandan yine İİK m. 88, IV'e göre, Adalet Bakanlığına depo ve garajı Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına açtırabileceği veya işletme hakkı verebileceği ifade edilmiştir. Söz konusu işlemlerin Adalet Bakanlığı tarafından yukarıda belirtilen Yönetmelik kapsamında kurulan bir örgüt çerçevesinde yürütülmesi halinde, yukarıda belirtildiği gibi, bu durumu bir yedieminlik olarak kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce, aynı durum, bu tür depo ve garajların Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına, Adalet Bakanlığı tarafından yaptırılması halinde de geçerlidir. Zira, bu işi esasen, Adalet Bakanlığı yapacak olup, bu görevi anılan Vakfa vermesi kendisi ile Vakıf arasındadır. Bir başka deyişle, bu halde de kanaatimizce söz konusu malları muhafaza görevi Bakanlığa dolayısıyla devlete ait olup, herhangi bir sorun halinde sorumluluk Bakanlığa ve dolayısıyla devlete ait olacaktır.

H) YEDİEMİNLİĞİN İİK m. 270/I'E GÖRE MALLARININ DEFTERİ TUTULARAK KENDİSİNE BIRAKILAN KİRACI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bilindiği gibi, BK m. 267 ve 281, III gereği, kiralayanın, geçmiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira için, kiralananda bulunan menkul mallar üzerinde hapis hakkı vardır. İİK m. 270 ve 271'e göre ise, hapis hakkının korunması iki şekilde olabilmektedir: 1) kiralayanın hapis hakkı için defter

tutulması (İİK m. 270); 2) hapis hakkına tabi eşyanın kaçırılması halinde geri alınması (İİK m. 271).

İİK m. 270, I'e göre, kiralayan bir icra takibi yapmadan, hapis hakkının geçici olarak muhafazası için icra dairesinin yardımını talep edebilir. Bu talep üzerine, icra dairesi, şayet şartları var ise[139], İİK m. 270, III'e göre, kiralayanın üzerinde hapis hakkı bulunan mallarının bir defterini yapar.

KURU, anılan malların defterinin yapılmasının, hacizdekinin (İİK m. 86) aksine, kiracının malları üzerindeki tasarruf ehliyetini sınırlamadığını ve malların kural olarak kiracının elinde bırakıldığını ifade etmektedir[140]. BUDAK ise, deftere kaydedilen malların, kiracının elinde bırakıldığını ve fakat defter tutulması ile birlikte, kiracının anılan mallar üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandığını; mallar kiralanandan çıkarılsa bile üzerlerindeki hapis hakkının devam ettiğini belirtmekte; ancak, kiralanandan uzaklaştırılan malların, kiralanandan ayrıldıktan sonra (malları uzaklaştıran kişi dışında) bir üçüncü kişi tarafından iyi niyetle iktisap edilmesi halinde, bu malların kiralanana iadesinin, İİK m. 86, II'ye kıyasen talep edilemeyeceğini ifade etmektedir[141].

BUDAK, ayrıca, öğretide, vadesi gelmiş kira alacakları hakkında tutulan hapis hakkı defterinin, paraya çevrilebilecek malları tespite yaradığının; işlemekte olan kira alacakları hakkında tutulan hapis hakkı defterinin ise, hapis hakkının etkisiz bırakılma tehlikesini bertaraf etmeye yaradığının kabul edildiğini ve bu hali ile, işlemekte olan kira alacakları hakkında hapis hakkı defterinin tutulmasının bir geçici hukuki himaye önlemi mahiyetinde bulunduğunu belirtmektedir[142].

---

[139] Bkz. KURU (El kitabı), s. 759; BUDAK, Ali Cem, İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Ankara 2003; s. 60-65.
[140] KURU (El kitabı), s. 760.
[141] BUDAK, s. 71-73.
[142] BUDAK, s. 58.

Öte yandan, kiracının/borçlunun defteri yapılan malları kaçırması veya gizlemesi halinde ise 5237 sayılı TCK m. 289 uyarınca cezalandırılacağı, İİK m. 335 hükmü gereğidir[143].

Acaba, kendilerine, yedieminin cezai sorumluluğunu düzenleyen, 5237 sayılı TCK m. 289'un, uygulanıyor olması ve kiralayanın hapis hakkının yukarıda belirtilen hukuki niteliği karşısında; kiralayanın üzerinde hapis hakkı bulunan malların defterinin yapılmasını istediği kiracı, bir yediemin midir?

Kanaatimizce, bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Zira, yedieminin en önemli özelliklerinden birisi, malın mevcut durumunun muhafazası ile görevlendirilmiş bulunmasıdır. Oysa, malları üzerinde hapis hakkı tesis edilerek, defteri tutulan kiracı, kendisine bırakılan malları kullanabilir[144]. 5237 sayılı TCK m. 289'da belirtilen suç ise, İİK m. 335'e göre ancak, anılan malların borçlu/kiracı tarafından kaçırılması veya gizlenmesi halinde meydana gelir. Deftere geçirilen ve kiracının elinde bırakılan malların iyi muhafaza edilmemesi nedeniyle zarar görmesi halinde, söz konusu suç oluşmaz[145].

§ 4) YEDİEMİNLİK MÜESSESESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Bu bölümde yedieminlik müessesinin eski hukukumuzda ve Roma hukukundaki düzenlemesini kısaca incelemeye çalışacağız.

[143] İİK m. 335'de esasen 765 sayılı TCK m. 276'ya atıf yapılmış olmakla beraber, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun m. 3'e göre, "mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış" sayılacağından, söz konusu atfı, 5237 sayılı TCK m. 289'a yapılmış kabul etmek gereklidir.
[144] BUDAK, s. 72.
[145] BUDAK, s. 76.

A) ESKİ HUKUKUMUZDA YEDİEMİNLİK

İslamiyet öncesi Türk devletlerindeki uygulanan hukuk sistemleri hakkında yapılmış pek fazla çalışma bulunmamaktadır. Yapılmış olan çalışmalarda ise, yargılama hukuku ve icra ve iflas hukuku alanında son derece sınırlı bilgilere rastlanmaktadır.

İslamiyet sonrası Türk devletlerinin hukuk sistemleri üzerinde yapılan çalışmalar da genel olarak Osmanlı Devleti üzerine yoğunlaşmıştır.

Osmanlı Devletinde, Tanzimat ile başlayan yenileşme hareketleri sonucu Başkanlığını A. Cevdet Paşa'nın yaptığı bir komisyon tarafından 1868-1876 yılları arasında yapılan bir çalışma ile "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye" veya kısaca "Mecelle" adı verilen ve İslam dünyasının ilk Medeni ve Borçlar Kanunu niteliğini taşıyan bir kanun hazırlandı ve hemen kanunlaştırıldı[146]. Böylece, darmadağın, sistemsiz ve nerede bulunacağı bilinemeyen İslam hukuku kurallarının bir kısmı sistematik bir şekilde bir araya getirilmiş oldu[147].

Doğrudan doğruya muhafaza gayesi güden vedia akdi ile ikincil olarak aynı amaca hizmet eden ariyet akdi, "Kitab ül-emanet" başlığı altında Mecelle'nin VI. Kitabında düzenlenmiştir[148]. Vedia terk anlamına gelen vedea kelimesinden gelmektedir[149]. Mecelle, vedia akdini, "ida, kendi malının muhafazasını başkasına ihale etmektir" şeklinde tanımlamıştır[150].

---

[146] ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi Ders Kitabı, İkinci Baskı, Ankara, 1981, s. 326.

[147] ÜÇOK/MUMCU, s. 328. Ancak, toplam 16 kitap ve 1851 madde olan Mecelle, çoğunlukla borçlar hukuku, pek az kısmı da eşya hukukuna ve hiç de yeri olmadığı halde yargılama hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Kişi, vakıf, aile, miras hukukları Mecelle'de bulunmadığı gibi, eşya hukukuna ilişkin düzenlemeler de çok azdır. İçtihat yoluna da başvurulamaması nedeniyle, Mecelle, XIX, yüzyılın sanayi, ticaret ve tarım alanındaki hızlı gelişmesine cevap verememiş ve hatta bazı hükümleri uygulanamaz nitelikte kalmıştır (bkz. ÜÇOK/MUMCU, s. 326-330).

[148] CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, 2. Cilt, Konya, 1989, s. 237; ÜÇOK/MUMCU, s. 327.

[149] ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2002, s. 197 (ANSAY (İslam)).

[150] ANSAY (İslam), s. 197.

İhale eden kimseye "mûdî", bunu kabul edene, "vedî", "müstevda" veya "mûda" ve o mala da, "vedîa" denir (Mecelle m. 763, 764)[151].

CİN/AKGÜNDÜZ, vedia akdi hakkında şu tespitleri yapmaktadır: 1) Akit konusu mal, vedia alan elinde muhafazası gereken bir emanettir ve kasıt, kusur ve muhafazasında ihmal bulunmadıkça, vedia alanın tazmin borcu yoktur. 2) Mal sahibinin talebi halinde vedianın, hemen iadesi gerekir ve vedia masrafları vedia verene aittir. Vediayı teslimde akdin yapıldığı yere itibar edilir[152].

Ancak, yapılan incelemede, Borçlar Kanunumuzun 471 inci maddesinde düzenlenmiş olan yedieminlik sözleşmesine benzer bir müesseseye rastlanılmamıştır[153].

Öte yandan, yediemin kelimesine, rehin işlemlerine ilişkin düzenlemelerde rastlamak mümkündür. CİN/AKGÜNDÜZ, rehin işleminin bağlayıcılığı için rehin konusu malın rehin alana veya yed-i emine (adl) tesliminin şart olduğunu ifade etmektedir[154]. AYDIN ise, rehini rehinli bir alacağı teminat altına almak üzere bir malın alacaklıya veya onun razı olduğu bir yed-i eminde alıkonulması olarak tarif edebiliriz demektedir[155].

Bu noktada, İslam hukukundaki icra işlemlerine de kısaca değinmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. ANSAY, borcunu ödemeyen borçlunun, mallarını satarak borçlarını ödemeye zorlamak için hapis edildiğini; borçlunun yine ödememekte direnmesi halinde ise, hakimin, borçlunun mallarını satarak, borcu ödeyeceğini ifade etmektedir. ANSAY, icra işlemi sırasında, satılması kolay ve borçluya daha az zararlı olandan başlanarak,

---

[151] ANSAY (İslam), s. 197.
[152] CİN/AKGÜNDÜZ, s. 238.
[153] YILDIRIM da, İslam Borçlar Hukukunda Vedia isimli incelemesinin, Vedianın Özel Şekilleri kısmında, yediemine tevdii Türk borçlar hukukunda yer alan bir düzenleme olarak açıklamaktadır (bkz. YILDIRIM, Mustafa, İslam Borçlar Hukukunda Vedia, Doktora Tezi, İzmir 1995, s. 44 vd.).
[154] CİN/AKGÜNDÜZ, s. 281.
[155] AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, İstanbul, 2001, s. 371.

sırasıyla önce paralara el konulduğunu, sonra taşınır malların ve daha sonra da taşınmaz malların satıldığını belirtmektedir[156]. Bir başka deyişle, icra işlemlerine ilişkin olarak da yedieminden söz edilmemektedir.

B) ROMA HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

Vedia akdinin Roma hukukundaki karşılığı, *depositum*[157] [158]dur. Öğretide, depositum'un, (Türkçe'ye inançlı muameleler olarak çevirilen) *fiducia (güven, güvence, emanet)*'[159]nın bir türü olduğunu ifade edilmektedir[160].

---

[156] ANSAY (İslam), s. 345; Ayrıca, bkz. ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara, 1960, s. 10, dn (28) [ANSAY (İcra)].

[157] "Vedîa kelimesi vedeadan müştaktır. Gerek hıfz için verilen şeye ve gerek tevdi suretiyle meydana gelen akdin kendisine derler. Bu terime lâtince hukuk metinlerinde *depositum* kelimesi tekâbül eder. Bu kelimede işbu iki mâ'nâ mündemiçtir" [bkz. SPIES, Otto, Depositum nach Islamischen Recht (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, XLV Band, s. 244); ANSAY (İslam), s. 197, dn(388)'den naklen].

[158] *Depositum* kelimesinin kökeni tartışmalıdır. Bir görüşe gore, "*ponere*" koymak, yerleştirmek (bkz. KABAAĞAÇ, Sina/ALOVA, Sinan, Latince-Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s. 455) fiiline "*de*" öneki getirilerek güçlendirilmek sureti ile, tam bir güven ve emanet etmek düşüncesine dayanan ve tevdi etmek, emanet etmek anlamına gelen "*deponere*" fiili türetilmiştir. Bir başka görüşe göre ise, depositum kelimesi, uzun zaman için bir yere koymak anlamına gelen "*diu positum*"dan gelmektedir. Ancak, genel olarak, ikinci görüşün tuhaf ve uydurma olduğu Roma hukukçuları tarafından kabul edilmektedir (bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 28).

[159] Türkçe'ye "inançlı muameleler" olarak çevrilen "*fiducia*", bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa nakledilmesinden ve tarafların, üzerinde anlaşmış oldukları netice tahakkuk ettirildikten sonra, alanın malın mülkiyetini diğer tarafa iadeten nakletmesi mükellefiyetini doğuran eksik iki taraflı, hüsnüniyet davaları doğuran ayni akit olarak tanımlanır [bkz. UMUR, Ziya, Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1975, s. 73 UMUR (Lügat)]. Söz konusu tanımda geçen, "*mancipatio*" ve "*in iure cessio*" kavramlarının konunun anlaşılması açısından tanımlanmasının uygun olacağı düşünülmektedir : *Mancipatio*, beş ergin Roma vatandaşı şahit, bir terazi tutan (*libripens*), malı devreden ve devralan olmak üzere sekiz kişinin hazır bulunması ile yapılan şekle bağlı bir hukuki muameledir. Söz konusu muamele, henüz basılı paranın bulunmadığı dönemlerin peşin alım-satım aktidir. Buna göre satılan mal karşılığında, para yerine terazide tartılan muayyen ağırlıkta maden verilirdi. XII Levha kanunundan çok önce basılı para icat edilmiş olduğundan, maden tartılmasına lüzum kalmamış, ancak, hakiki alım satım olmaktan çıkarak satılmış malın mülkiyetini devretmeye yarayan hayali bir muamele olmuş (*imaginaria venditio*) ve Iustinianus hukukunda ise tamamen kaybolmuştur. Rahip hukukçular *mancipatio*'yu *res mancipi*'lerin mülkiyetinin devrinden başka, irtifak tesisi borcun teminatı *(nexum*), borcun sukutu, vasiyetname tanzimi gibi bir çok yerde kullanmışlardır [bkz. UMUR(Lügat), s. 130]. *In iure cessio* ise, özellikle, *res mancipi*'lerin mülkiyetini nakletmek için kullanılan yollardan birisidir (diğeri mancipatio'dur). Malı iktisap etmek isteyen kişi, *magistra*'nın huzurunda mala dokunarak "bu malın bana ait olduğunu iddia ediyorum" der, malı devredecek olanın sukut etmesi veya ikrarı ile magistra malın orada davacı mevkiinde bulunan müktesibe ait olduğunu beyan ederdi (*addictio*). Bu şekil mülkiyetin naklinden başka, intifa hakkı ve diğer irtifakların tesisi, mirasçılık gibi bir çok gayeler ile kullanılmakta idi [UMUR (Lügat), s. 87]. Bu noktada, *res mancipi"*nin de tanımlanması gerektiğini düşünmekteyiz. UMUR, *res*

Roma hukukunda, *fiducia*'nın pek çok uygulaması vardı. GAİUS, Roma eşya hukuku alanında[161], *fiducia*'nın iki kategorisi olduğundan söz etmektedir: *fiducia cum creditore* (mevcut bir borcu teminat altına almak gayesi ile yapılan *fiducia*-alacaklı ile yapılan *fiducia*) ve *fiducia cum amico* (dostluk için yapılan *fiducia*-dost ile yapılan *fiducia*)[162].

Eski Roma hukuku, modern anlamda ayni teminat müessesesini tanımadığı için özellikle *fiducia cum creditore contracta*'nın (mevcut bir borcu teminat altına almak gayesi ile yapılan *fiducia* sözleşmesinin) yaygın bir uygulama alanı vardı[163]. Buna göre bir malın[164] mülkiyeti teminat isteyen alacaklıya devrolunur; fakat, mülkiyetin devrinden önce, taraflar arasında yapılan bir inanç anlaşması (pactum[165] fiducia) ile inanç konusu

---

mancipi'nin, eski ve klasik hukukta, ziraat ile uğraşan küçük bir kavim açısından, ekonomik ve sosyal açıdan önemli sayılan mallar grubunu ifade ettiğini belirtmektedir (İtalya'daki araziler, arsalar ve binalar, köleler, fil ve deve hariç büyük yük ve çeki hayvanları, gyarımenkul irtifakları, geçit irtifakları, su geçirme irtifakları gibi). Bu mallarım mülkiyetinin devri, yukarıda belirtildiği gibi, *mancipatio* veya *in iure cessio* ile mümkündü. *Res mancipi* olmayan tüm mallar ise, *res nec mancipi* idi. Bunların mülkiyeti, şekilsiz bir muamele olan *traditio* (teslim) ile nakledilmekteydi. Res mancipi ve res nec mancipi ayırımı, Iustinianus hukukunda tamamen kalkmıştı [UMUR(Lügat), s. 182].

[160] BUCKLAND, W.W., A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1950, s. 467.

[161] *Fiducia*'nın Roma kişiler hukukundaki (the law of persons) uygulaması için bkz. BUCKLAND, s. 431; Eşya hukuku, kişiler hukuku ayırımı yapmaksızın, fiducia'nın başka görünümleri de olduğuna ilişkin olarak bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 10, dn(10) ve orada belirtilen diğer eserler.

[162] BUCKLAND, s. 431; ÖZSUNAY, s. 9.

[163] ÖZSUNAY, s. 10.

[164] Burada sözü edilen mal, *res mancipi*'dir [res mancipi için, bkz, yukarıda dn(158)].

[165] "Çağdaş hukuk doktrininde sözleşme iki ya da daha çok kişinin belli bir hukuki sonuca yönelmiş, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olarak tanımlanmaktadır. Roma Hukukunda sözleşme kavramını ifade etmek üzere kullanılan *contractus* sözcüğü ise, çağdaş hukukumuzda geçerli olan bu sözleşme tanımını karşılamamaktadır. Buna göre *contractus*, sadece *ius civile* tarafından geçerli sayılıp borç doğurduğu kabul edilen anlaşmaları ifade eder. (...) *Ius civile* tarafından geçerli sayılan ve *contractus* adı verilen sözleşmeler dışında kalan diğer anlaşmalar için ise, *pactum* sözcüğü kullanılmıştır. *Ius civile* bakımından borç doğurmayan ve bu sebeple bir dava ile de korunmayan *pactum*'lar, *praetor*'lar veya imparatorlar tarafından himaye edilmiş ve bu gelişmenin sonunda *pactum*'lar ile *contractus*'lar arasında bir fark kalmamıştır (bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 21-22). Ancak, Roma Hukuku'nda pactum'lara dava hakkı verilerek sözleşme sayısı artırılmış olmasına rağmen, hiç bir zaman çağdaş hukukumuz anlamında bir sözleşme özgürlüğü ilkesine ulaşılamamıştır. KÜÇÜKGÜNGÖR, Roma Hukuku'nda sözleşmelerin belli tipte ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olduklarının söylenebileceğini ifade etmektedir. Bu yüzden Roma Hukuku'nda tek tek sayılmış belirli sözleşmelerden oluşan bir "sözleşmeler sistemi"'nin mevcut olduğu söylenebilir (KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 22).

şey üzerindeki mülkiyetin kesin olarak devredilmediği, devrin sadece teminat maksadı ile yapıldığı, bu nedenle de, alacağın ödenmesi halinde alacaklının şeyi inanana iadeten devir etmekle yükümlü olduğu tespit edilirdi[166].

"Fiducia cum amico" da ise, bir şey, depositum (vedia) veya mandatum (vekalet) akitlerinin şekil şartlarına uyularak güvenilen bir dosta inançlı olarak devrediliyordu[167]. Böylece, inanç konusunun ya depositum (vedia) durumunda olduğu gibi nezaret ve korunması temin ediliyor; ya da mandatum (vekalet) durumlarıyla bir şeyin satılması veya bir üçüncü şahsa verilmesi sağlamış oluyordu[168] [169].

RADO, ariyet (commondatum) ve vedianın[170] (depositum) henüz *ius civile* tarafından tanınmamış olduğu eski devirlerde malını bir müddet kullanması için veya saklaması için bir dostuna bırakmak isteyen kimsenin *fiducia* yolu ile malının mülkiyetini karşı tarafa geçirdiğini; alanın da onu kullandıktan sonra veya istendiği zaman mülkiyetini eski malike devretmek borcu altına girdiğini ifade etmektedir[171]. Bütün bu hallerde, mülkiyetin nakli için kullanılan muamelenin yanında bu mülkiyetin hangi gaye ile devredildiğini gösteren bir anlaşma, bir *fiducia pactum* yapılırdı[172].

---

[166] ÖZSUNAY, s. 10.
[167] ÖZSUNAY, s. 10.
[168] ÖZSUNAY, s. 10. ÖZSUNAY'ın, sadece depositum ve mandatum'dan söz etmiş olmasına karşın, bu durumun, fiducia cum amico'ların (dostluk için yapılan *fiducia'ların)* tümü için geçerli olduğunu düşünüyoruz.
[169] OERTMAN, *fiducia cum amico*'nun başka uygulama şekillerini de tespit etmiştir. Buna göre: a) bir şeyin saklanması için fiducia (Deponierung einer Sache); b) ariyet maksatları için *fiducia*; c) yed-i adle tevdi hususunda *fiducia* (sequestration); d) vekalet maksatları için *fiducia*; e) *mancipatio* ve *in iure cessio* yollarıyla devretmek üzere satış için tevdi *fiducia*'sı (Trödelvertrag); f) dava takibi için *fiducia*; g) bağışlama maksadı ile *fiducia* vs. (bkz. OERTMAN, Paul, Die Fiducia im römischen Privaterecht, 1890, s. 223 vd. – ÖZSUNAY'dan naklen, s. 10, dn(9)). ÖZSUNAY, bu itibarla, OERTMAN'ın, fiducia cum amico contracta'nın bütün kullandırma akitlerinin anası olarak nitelendirmesinin haksız olmadığını söylemektedir (bkz. ÖZSUNAY, s. 10, dn(9)).
[170] Kanaatimizce, bu durum daha sonra ayrı bir akit olarak tanınan tüm fiducia cum amico'lar için geçerlidir. Ayrıca bkz. dn(34).
[171] RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 89.
[172] RADO, s. 89.

Roma Hukukunda *depositum (vedia)* bir aynî akit[173] olarak kabul edilir. Aynî akitlerin oluşması için, tarafların uygun irade beyanları yeterli değildir; ayrıca borçlunun borç altına girmesi için, sonradan iade edeceği bir şeyi (*res*) alacaklıdan alması gerekir. GAIUS'un Institutiones'inde aynî akit olarak olarak sadece *mutuum* (karz) aktinden söz edilmektedir. Ancak daha sonra Roma hukukundaki aynî akitlerin alanı genişlemiş ve üç akit daha de *ius civile* tarafından aynî akit olarak kabul edilmiştir[174]. Bu akitler : ariyet (*commondatum*), vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) akitleridir. Sonradan aynî akit olarak tanınmış olan anılan üç akit hüsnüniyete tâbi, yani davaları hüsnüniyet davası (*actio bonae fidei*[175]) olan akitlerdi[176].

BUCKLAND de, *depositum*'un *praetor* kökenli (praetorian in origin) ve *fiducia*'nın sadeleştirilmiş (simplification) şekli olduğunu ifade etmektedir[177].

Depositum (vedia) akdi, eksik iki taraflı bir aynî akittir ve bu akde göre, vedia veren menkul bir malı ücretsiz olarak saklamak üzere vedia alana tevdi eder; o da bu malı istendiği zaman iade etmek borcu altına girer. Roma hukukuna göre, vedia bir aynî akit olduğu için, saklanmak üzere

---

[173] Roma Hukuku'nda akitler oluşmaları bakımından, dört gruba ayrılmışlardır. Bunlar: ayni akitler (*re contrahitur*), sözlü akitler (*verbis contrahitur*), yazılı akitler (*litteris contrahitur*) ve rızai akitler (*consensu contrahitur*)'dur. Sözlü akitlerde, akitlerin geçerli olabilmesi için, tarafların rızalarını belirli sözlü bir şekle uyarak beyan etmeleri gereklidir. Bu sözlü ve resmi şekle uyulmadıkça, akit tam olmazdı (bkz. RADO, s. 62 ve s. 90 vd.; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, s. 108 vd.; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 349 vd.; KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 207 vd). Yazılı akitlerde, sözlü akitler gibi şekle tabidir; ancak burada söz konusu olan şekil sözlü değil, yazılı şekildir (bkz. RADO, 63 ve 111 vd.; TAHİROĞLU, s. 154 vd.; UMUR, s. 354 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s. 226 vd.). Rızai akitlerin oluşması için ne bir şeyin verilmesi ne de muayyen bir şekle uymak zorunluluğu vardır, tarafların nasıl beyan edilirse edilsin uygun rızaları yeterlidir (bkz. RADO, s. 63; TAHİROĞLU, s. 157 vd.; UMUR, s. 355 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s. 242 vd.).

[174] Ancak, UMUR ve TAHİROĞLU, GAIUS'un aynî akit olarak yalnızca, mutuum (karz) akdinden söz ettiğini, oysa, *ius civile* tarafından kabul edilen üç aynî akit tipinin daha olduğunu ve bunların *commondatum* (ariyet), *depositum* (vedia) ve *pignus* (rehin) akitleri olduğunu ve bunlara, Iustinianus döneminde ortadan kalkmış olan *fiducia*'yı da ilave etmek gerektiğini söylemektedirler (bkz. UMUR, s. 336; TAHİROĞLU, s. 105).

[175] KOSCHAKER/AYİTER, s. 206

[176] RADO, s. 62; Aynî akitlerin eskisi olan karz (*mutuum*) akdi her devirde dar hukuk (*stricti iuris*) akdi niteliğini korumuştur (bkz. RADO, s. 62).

[177] BUCKLAND, s. 467.

verilen şeyin teslimi ile akit tamamlanır. Günümüz hukukunda ise, aktin meydana gelmesi için tarafların rızası yeterlidir (B.K m. 463 vd.). Başkasına ait olan mal da, vedia olarak verilebilir (hatta hırsız dahi, çaldığı malı başkasına vedia olarak bırakabilir). Böyle bir akit dahi geçerlidir ve vedia veren, verdiği şeyin iadesi için gerekli davayı açabilir. *Depositum*'un konusu daima bir taşınır maldır. Taşınmaz mal vedia olarak verilmiş ise, Roma hukukuna göre bu bir depositum değil, bir vekalet (*mandatum*) aktidir[178].

Vedia alan Roma hukukuna göre, vedia aldığı şeyin zilyedi olamaz. Sadece, elinde bulunduran (*detentor*) durumumdadır[179]. Oysa, günümüz hukukuna göre, vedia alan zilyettir.

Roma hukukuna göre, *depositum*, ücretsiz bir akittir. Şayet vedia alana, vedia aldığı malı saklaması zahmetine karşılık olarak, bir ücret ödenir ise, bu akit *depositum* değil, istisna akti (*locatio conductio operis*) olurdu[180]. Oysa, günümüz hukukunda, vedia akti ücretli de yapılabilmektedir.

Vedia akdi, eksik iki taraflı bir hüsnüniyet akdidir. Vedia alan kendisine emanet edilen şeyi muhafaza etmek ve istendiğinde, onu aynen ve aldığı durumuyla iade etmek ile yükümlüdür. Bu nedenle, vediadan doğan borç, bir parça borcudur. Vedia konusu geri verilirken, saklandığı süre içinde meydana gelen semerelerin de iade edilmesi gerekir. Vedia alanın iade borcu o derece mutlaktır ki, vediayı veren hırsız da olsa, ona iade edecektir[181].

Vedia alan, aldığı şeyi iade edemiyor ise, XII Levha Kanununa göre, vedia aldığı şeyin değerinin iki mislini ödemeye mecbur edilirdi. Bu aslında, emniyeti kötüye kullanmış, sözünde durmamış olan kimseye verilen bir cezaydı. Daha sonraları pretorlar vedia alanı iadeye zorlamak için bir *actio*

[178] RADO, s.79-80.
[179] RADO, s. 80.
[180] RADO, s. 80.
[181] RADO, s. 80-81.

in factum[182] tanımışlardı. Bu davaya *actio depositi directa* denirdi. Bu dava ile vedia alan sadece o şeyin bedelini (*simplum*) ödemeye mahkum edilirdi. Ancak, eski devirlerin ceza davasını bir izi olarak bu dava neticesinde mahkum olan kişi şerefsizliğe (*infamia*) uğrardı. Daha sonraları *depositum* akti *ius civile* tarafından bir *contractus* olarak kabul edilince, davası da hüsnüniyet davaları grubuna giren bir *actio in ius concepta*[183] oldu[184].

Vedia alan, aldığı şeyi, telef olması, bozulmuş veya zarar görmüş olması nedeniyle hiç iade edemiyor veya aldığı gibi iade edemiyor ise, eski ve klasik hukukta, ancak kastı (*dolus*) var ise sorumlu tutulurdu; Justinianus hukukunda ise ağır ihmalinden (*culpa lata*) de sorumlu tutulurdu. RADO, sorumluluğun ancak, kasıt veya ağır ihmal ile sınırlandırılmış olmasının nedeninin, vedia alanın sorumluluğunun başlangıçta cezai bir sorumluluk oluşu ve aynı zamanda akitten herhangi bir menfaatinin olmayışı ile izah edilebileceği düşüncesindedir. Bununla beraber, taraflar isterler ise, vedia aktine bağlı olarak yaptıkları ek bir anlaşma (*pactum*) ile vedia alanın hafif ihmallerden (*culpa levis*) de sorumlu olacağının şart koşabilirlerdi. Vedia alan, aldığı şeyi kullanır ise, "kullanma hırsızlığı"ndan (*furtum usus*[185]) dolayı takip edilebilirdi. Her ne kadar vedia alanın sorumluluk ölçüsü hafif

[182] "Ius civile tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından, ius civile'ye göre davası olmayan fakat praetor'un himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için bir formula'nın intentio'suna dahil ederek zikrettiği bir vakıaya dayanan praetor davaları" [bkz. UMUR (Lügat), s. 15]; Konunun açıklanması açısından, formula ve intentio kelimelerinin de açıklanmasının uygun olacağını düşüyoruz: formula, Roma'da mahkemelerde uygulanan bir yöntemdir. Bu usulde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı inceleyen magistra, taraflara uyuşmazlıklarına uygun bir formula vererek onları hakime gönderirdi. Formula'ya önce hakimlerin ismi yazılır, daha sonra intentio denilen bölümünde, şartlı bir cümle ile de davacının iddiası açıklanır; comdemnatio isimli bölümünde ise, hakime, bu iddia ispat edilebilirse davalının mahkum edilmesi, aksi takdirde beraat ettirilmesi emri verilirdi [bkz. YILMAZ (Sözlük), s. 386]. Intentio ise, formula'nın en önemli kısımlarından birisi olup, Si paret (sabit olursa) kelimeleri ile başlayarak davacının iddiasını belirten ve şartlı bir cümle ile davacının davalıya karşı ileri sürdüğü hukuki mesnedi şematik bir surette açıklayan kısımdır [bkz. UMUR (Lügat), s. 89].

[183] Actio in ius consepta, formula'ların intentio kısmında ius civile'ce tanınmış bir hakkın zikredilmiş bulunduğu davalara verilen isimdir [bkz. UMUR (Lügat), s. 15].

[184] RADO, s. 81.

[185] *Furtum usus* (kullanma hırsızlığı), başkasına ait bir malı, kendisine mal etme niyeti olmamakla beraber, hakkı olmadığı halde kullanmaktır. Vedia alanın malı kullanması gibi (bkz. UMUR (Lügat)).

tutulmuş ise de, eğer kasıt veya ağır ihmali var ise ve yüzden de mahkum olmuş ise, mahkumiyetinin neticesi "şerefsizlik"ti (*infamia*). RADO, bu ağır neticenin, vedianın Roma hukukunda itimada (*fides*'e) dayanan bir akit olması, aldığı vediayı iade etmeyenin de emniyeti kötüye kullanmış, itimada layık olmayan biri sayılması ve mahkumiyetinin de, ancak ağır kusur hallerinde (*dolus* ve *culpa lata*) mümkün olmasıyla izah edilebileceğini ifade etmektedir[186].

Vedia akdi yukarıda belirtildiği gibi eksik iki taraflı bir akittir. Bu itibarla, borç esasen, vedia alana aittir (vedia verilen malı muhafaza borcu). Ancak, bazı hallerde vedia veren de borçlanabilirdi[187]: Vedia alan, bırakılan şeyin, örneğin hastalıklı olması nedeniyle veya örneğin, saklamak üzere bırakılan şeyin patlayıcı bir madde olduğu söylenmemiş ve bu yüzden bir zarar görmüş ise, vedia veren bu zararları tazmin ile mükellefti. Vedia veren, akitten menfaati olduğu için, hafif ihmalinde dahi sorumlu idi. Aynı esas bugünkü hukukumuzda da mevcuttur (BK m. 464, II). Oysa, örneğin, ariyet verenin, akitten istifadesi olmadığı için sorumluluğu daha hafiftir. Öte yandan, vedia veren, vedia alanın o şeye yaptığı zaruri ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür. Menfaat vedia verene ait olduğu için, vedia veren tüm masrafları yüklenir. Ancak, Roma hukukunda, vedia alanın, ariyet alan gibi masraflar ödeninceye kadar, verilen şey üzerinde hapis hakkının (*ius retentionis*) olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Genel olarak, hapis hakkının varlığı, yalnız klasik devir için kabul edilmekte; Justinianus hukukunda ise, vedia alanın kendisine emanet edilmiş şey istenir istenmez derhal iade ile mükellef olduğu ve kendisine açılan davaya karşı bir (*exceptio doli)* ileri süremeyeceği gibi, herhangi bir takas iddiasında da bulunamayacağı; masrafları için yalnız *actio depositi contraria* açabileceği kabul edilmektedir[188].

[186] RADO, s. 81-82.
[187] Bu hallerde vedia verene karşı açılacak davaya, "*actio depositi contraria*" denirdi (bkz. RADO, s. 82).
[188] RADO, s. 82-83.

Depositum (vedia akti) yanında bazı özellikleri ve farklı kuralları ile ondan ayrılan üç ayrı vedia tipi daha vardır. Bunlar, zaruri vedia, usulsüz vedia ve yediemine tevdidir. Zaruri vedia (*depositum miserabile*), ayaklanma, yangın, gemi kazası veya benzeri bir felaket nedeniyle, vedia verenin, vedia alanı seçme olanağı olamadığı hallerde söz konusu olan vediadır. Vedia alan, tevdi edile şeyi iade etmediğinde, şeyin değerinin iki katını (*in duplum*) ödemeye mahkum edilebiliyordu[189].

Usulsüz vedia (*depositum irregulare*), tevdi edilen şeylerin (para veya misli eşya) açık olarak tevdi edildiği ve vedia alanın, aynı şeyleri değil, fakat aynı cins ve aynı miktar şeyleri iade etme borcu altına girdiği vediadır. Vedia alan, tevdi edilen şeyleri, kullanabilir ve hatta tüketebilir; zira, o şeylerin mülkiyetini iktisap etmiştir. Buradaki borç parça borcu değil, nevi borcudur. Bu durum özellikle, hasar bakımından çok önemlidir, çünkü, usulsüz vediada nevi borcu söz konusu olduğu için, alınan şeylerin yok olması borcu ortadan kaldırmaz[190]. Bu vedia türü, Türk Borçlar Kanununun 472 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Yediemine tevdi (*sequestratio*), iki veya daha fazla kişiler arasında mülkiyeti ihtilaflı olan bir şeyin, söz konusu ihtilaf halledilinceye kadar saklanmak üzere taraflarca emin bir kimseye bırakılmasıdır. İhtilaf sona erdiği zaman, yediemin (*sequester*), malı, haklı çıkan tarafa vermek borcu altındadır[191].

Normal vedia ile yediemine tevdi arasındaki en büyük fark, normal vedianın yalnız taşınır mallar için söz konusu olmasına karşın, yediemine tevdinin, taşınmaz mallar için de yapılabilmesidir. Bir diğer önemli fark ise, normal vediada, vedia alan tevdi edilen şeyin zilyedi olmamasına karşın, yediemin, tevdi edilen şeyin zilyedi olur[192]. Bu nedenle herhangi bir

[189] BUCKLAND, s. 469; RADO, s. 83.
[190] RADO, s. 83-84.
[191] RADO, s. 85.
[192] TAHİROĞLU, S. 146; RADO, s. 83; UMUR, s. 346.

tecavüz halinde, zilyetlik davalarını (*interdictum*[193]'ları) açabilirdi. RADO, yediemine daha kuvvetli bir durumun tanınmasının nedeninin, ihtilaf halledilinceye kadar, o şeyi koruyacak şahsın, (mülkiyetin ihtilaflı olması nedeniyle) belli olmamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Yedieminin malı iade etmemesi halinde, *sequestraria depositi actio* denilen bir *actio in factum* açılırdı[194]. Yediemine tevdi, Türk Borçlar Kanununun 471 inci maddesinde düzenlenmiştir.

BUCKLAND, yediemine tevdii, bir malı, iki veya daha fazla kişinin müştereken (jointly) tevdi etmesi olduğunu ifade etmektedir. Yediemine tevdi, genellikle, dava gibi, bir şeyi (thing) etkileyen bir uyuşmazlıktan (dispute) kaynaklanırdı ve tevdi edilen (emanet verilen), yalnızca uyuşmazlık halledildiğinde iade olunurdu ve iade, lehine karar verilen kişiye yapılırdı. Ancak, yediemine tevdi, aynı şekilde, şeyin, belirli şartlar halinde, birisine iadesi gerekiyor ise, müşterek bir emanete vermeden de kaynaklanabilirdi. Bu halde, söz konusu şart gerçekleştiğinde, yalnızca taraflardan birisinin bu mala ilişkin bir hakkı olabilirdi. Yedieminin (*sequester*), daha önce malı iade etmesi, akdin ihlali niteliği taşırdı; fakat, bazı hallerde, yediemin, praetor'a başvurarak taraflara, başka bir şahsın yediemin olması için ihbar gönderilmesini isteyebilirdi veya aynı başvuru ile, şeyin bir mabede (temple) tevdi edilmesini talep edebilirdi. Yediemine tevdi kararı (order) bazen, hakim (iudex) tarafından da verilirdi; fakat, zamanla, uyuşmazlık konusunun para olması halinde, hakimler, yediemine tevdi kararı vermemeye başladılar. Yediemine tevdi, taşınır mallara uygulandığı gibi taşınmaz mallara da uygulanmaktaydı; fakat, genellikle herhangi bir tarafın kazandırıcı zamanaşımını (*usucapio*) önlemek için yediemine zilyetlik hakları (possessory rights) da verilirdi. Şayet yediemin (*sequester*) zilyetliğe (*possessio*) değil, sadece detention[195]'a sahip

[193] "Yasaklama; men etme; zilyetliğin korunması davası ; hacir altına alma; Pretörün veya valilerin, egemen güçlerine dayanarak bazı durumlarda, yargıcın karar vermesine gerek bırakmayacak biçimde, uyuşmazlık konusu bir işin yapılmasını yasaklayarak veya emrederek çözümlemeleri" [YILMAZ (Sözlük), s. 564].
[194] RADO, s. 85.
[195] "Bir mal üzerinde, müruru zamana iktisaba götürmeyen ve interdictum'larla himaye edilmeyen fili hakimiyet" [bkz. UMUR (Lügat), s. 57].

olsaydı, kazandırıcı zamanaşımı süreleri, yediemine tevdi halinde de müktesip yararına işleyebilecekti[196].

KÜÇÜKGÜNGÖR, yedieminliğin, tarihsel olarak ele alındığında, menfaat uyuşmazlıklarından kaynaklandığını ve yediemine tevdi müessesesinin ilk zamanlarda bir istihkak davasının konusunu teşkil eden mallara (*vindiciae*) ilişkin olarak kullanıldığı ifade etmektedir. Buna göre, bir mal üzerinde istihkak iddiasında bulunan arasındaki anlaşmazlığı çözmeye yönelik olarak faaliyete geçen *praetor*, önceleri malın zilyetliğini geçici süreyle davanın taraflarından birine verirdi (*sequestratio necessaria*). Ancak daha sonraki dönemlerde, *praetor*, uyuşmazlık konusu malın zilyetliğini, tarafların iradelerine uygun olarak tespit edilen üçüncü bir kişiye vermeye başlamış ve bu müessese her zaman müracaat edilen bir yöntem haline gelmiştir[197].

Yukarıda ifade edildiği üzere, önceleri bir mal üzerinde birden fazla kişinin uyuşmazlığa düşmeleri halinde müracaat edilen bir yöntem olan yediemine tevdi işleminin, zamanla diğer bazı durumlarda da uygulamaya başlandığının görüldüğü KÜÇÜKGÜNGÖR tarafından belirtilmektedir. Örneğin, birbirine güvenmeyen alıcı ve satıcı, değerlerinin doğruluğu tespit edilinceye kadar malı ve semeni bir üçüncü kişiye yediemin sıfatıyla saklaması için teslim edebilirlerdi. Keza, alacak hakkını kanıtlayan miras belgeleri, miras taksim edilinceye kadar bir üçüncü kişiye emanet edilebilirdi. *Iustinianus* Döneminde ise, evli kadının delirmesi halinde, eğer koca bilerek boşanmaz ve cihaz mamelekini bilerek israf eder ise, kadının kayyımı veya akrabaları tarafından yapılan müracaat üzerine hakimin, cihazın yediemine tevdii edilmesine karar verebileceği kabul edilmiştir[198].

Yediemine tevdi müessesesi ile vedia akdi arasında, esasında önemli farklılıklar mevcuttur. KÜÇÜKGÜNGÖR, aralarındaki bu farklılıklara

[196] BUCKLAND, s. 469.
[197] KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 111.
[198] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.112.

rağmen, yediemine tevdi işleminin Roma Hukuku'nda bir vedia işlemi olarak yapıldığını ve bu sebeple de bir tür vedia olarak kabul edildiğini, haklı olarak ifade etmektedir[199]. Nitekim, yediemine tevdi, hemen hemen tüm Roma Hukukçuları tarafından vedianın, bir takım özellikleri olan bir türü olarak ve vedia akdi başlığı altında incelenmektedir[200].

Öte yandan, normal vedia ile yediemine tevdi pek çok açıdan birbirine benzemektedir. Öncelik ile belirtmek gerekir ki, Roma Hukukunda, normal vedia alanın sorumluluğu ile yedieminin sorumluluğu aynı idi ve her ikisinin sorumluluğu da "*dolus*" (kast) ile sınırlıydı[201]. Hem yediemine tevdi hem de normal vedia akdi, ivazsız olarak yapılmaktaydı. Zira bir ivaz kararlaştırılacak olur ise, yediemine tevdi, bir *locatio conductio*'ya (kira sözleşmesine[202]) dönüşürdü[203]. Bundan başka, yediemine malı muhafaza etme (*custodia*[204]) dışında, ayrıca malları idare etmek veya satmak gibi başka yükümlülükler yüklenmiş ise, yediemine tevdi sözleşmesi bir vekalet veya ücret alıyor ise istisna (l*ocatio conductio operis*) akdine dönüşürdü[205].

Roma Hukuku açısından, yediemine tevdi ile normal vedia arasındaki farklılıklara da değinmek gerekmektedir. Bu farklardan birisi, normal vedia akdinin konusunu yalnızca, taşınır mallar oluşturuyor olmasına karşın, yediemine tevdi akdine taşınmaz mallar da konu olabilmektedir. Ancak KÜÇÜKGÜNGÖR, Roma Hukuku metinlerinde taşınmaz malların da yediemine tevdi işlemine konu olabileceğine ilişkin bir açıklığın yer almadığını, bu sonuca, yediemine tevdi işleminin çağdaş hukuklarda kazanmış olduğu fonksiyon dikkate alınarak ve Roma Hukuku kaynaklarında, taşınmaz malların yediemine tevdi edilmeyeceğine ilişkin

[199] KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 112.
[200] UMUR, s. 344-346; TAHİROĞLU, s. 140-146; RADO, s. 79-86; BUCKLAND, s. 467-469.
[201] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.112.
[202] Bkz. YILMAZ (Sözlük), s. 749.
[203] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.112.
[204] Bkz. aşağıda dn(214) civarı.
[205] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.113.

açık bir sınırlama olmaması nedeniyle müessesenin genişletilmesi ile ulaşıldığını ifade etmektedir[206].

Yediemine tevdi ile normal vedia arasındaki diğer bir fark ise, normal vediada, vedia alanın, malın zilyetliğine sahip olmamasına karşın, yediemine tevdide, yedieminin, malın zilyedi olmasıdır. Bu durum, yukarıda da açıklandığı gibi, malı yediemine tevdi eden kişilerin, malın kime ait olduğunun belli olmaması nedeniyle, zilyetlik *interdictum*'larına müracaat etme imkanını kaybetmeleri nedeniyle, yediemine, aslında, yedieminin malı kendisi için elinde bulundurma iradesi (*animus rem sibi habendi*) olmamasına rağmen, zilyetlik *interdictum*'larından yararlanarak, malı muhafaza borcunu yerine getirebilmesini sağlamak üzere tanınmıştı[207].

Normal vediada, vedia alanın, sözleşme ile kararlaştırılan süre öncesi, borcundan kurtulmak imkanına sahip olmamasına karşın, yediemin, bir takım haklı sebeplerin varlığı halinde, *praetor*'un izni ile sözleşmeden dönebilirdi[208].

Yediemine tevdi ile normal vedia arasındaki bir diğer fark ise, malın iadesi açısından ortaya çıkmaktadır. Yediemine tevdi halinde, aralarında uyuşmazlık konusu olan malı tevdi eden en az iki kişi bulunduğu için, malın muhafazasında bu kişilerin ortak bir menfaati bulunduğu ve hepsinin birlikte (*in solidum*) malı yediemine emanet ettikleri kabul edilirdi[209]. KÜÇÜKGÜNGÖR, bu durumun, yediemine tevdi sözleşmesinin mutlaka aralarında ihtilaf bulunan iki kişi tarafından yapılması anlamına gelmediğini ve ihtilafa taraf olanlardan sadece birisinin, rızasını beyan etmiş olan

[206] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.113-114.
[207] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.114; malın yedieminde bulunduğu süre içinde, tarafların, kazandırıcı zamanaşımından yararlanma imkanına sahip olup olmadığı ve bunun yedieminin malın zilyetliğine sahip olup olmaması hususunda yarattığı tereddüde dair tartışma için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, s.115-116.
[208] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.116.
[209] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.117.

diğeri için de yediemin ile vedia sözleşmesi yapabildiğini belirtmektedir[210]. Ancak, tevdi sözleşmesi ile tarafların müşterek bir malı tevdi etmiş oldukları kabul edilmez; her birinin malın tamamını tevdi etmiş oldukları kabul edilirdi[211]. Bu nedenle, yediemin, ancak sözleşmede öngörülen şartların gerçekleşmesi (*certa condicione reddendum*)[212] halinde ve özellikle mal üzerinde kimin gerçek hak sahibi olduğunun belirlenmesi halinde malı, bu kişiye tevdi ile borcundan kurtulabilirdi[213].

Bu noktada bir hususun daha belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hatırlanacağı üzere, yukarıda, bir malın muhafazası için "custodia" kelimesi kullanılmıştı[214]. Söz konusu kelimenin anlamının açıklığa kavuşturulması, konunun daha iyi anlaşılması açısından önem taşımaktadır:

Roma hukukunda, custodia sorumluluğu, baskın görüşe göre, kendisine, mülkiyeti başkasına ait olan herhangi bir mal bırakılan kişinin, bazı beklenmedik olaylar nedeniyle, mala verilen zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmasıdır[215].

ZİLELİOĞLU, Roma hukukunda, "custodia" kelimesinin, genellikle, üç ayrı kullanım biçiminin bulunduğunun kabul edildiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki, custodia'nın halk dilindeki, "nezaret etme", "gözetme" veya "koruma" anlamında ve teknik olmayan biçimde kullanımıdır; ikinci kullanım biçimi, kişiler veya şeyler üzerinde hakimiyet anlamında kullanımıdır ve bu

[210] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.117. Bu yüzden aralarında müteselsil alacaklılık olmasına rağmen, borçlunun (yedieminin) alacaklılardan herhangi birine malı teslim etmekle borcundan kurtulamayacağı öğretide ifade edilmektedir (bkz. ARANGIO-RUIZ, V., Studii sulla dottrina romana del sequestro, Archivio Giuridico, 78, 1907, s. 237, KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 117, dn(40)'dan naklen).
[211] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.117.
[212] Taraflar yediemin sözleşmesinde, iadenin hak sahibi olan kişi dışında bir başkasına yapılacağını, belli şartların gerçekleşmesi halinde iadenin gerçekleştirileceğini veya davanın açılacağını kararlaştırabilirlerdi (ARANGIO-RUIZ, s. 240-241, KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 118, dn(41)'den naklen)
[213] KÜÇÜKGÜNGÖR, s.118.
[214] Bkz. yukarıda dn(204) civarı.
[215] ZİLELİOĞLU, Hilal, Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Doktora Tezi, Ankara 1985, s. 31

anlamda zilyetlikle ilişkili bulunmakta ve zilyetliğin, fiili hakimiyet ve elinde bulundurma niyeti şeklindeki iki öğesinden, fiili hakimiyet öğesi ile ilgili olduğu kabul edilmekte ve bu hali ile, fiili hakimiyetin korunması şeklinde yorumlanmaktadır. Üçüncü kullanım şekli ise, sözleşmeye dayanan sorumlulukta, teknik olarak "custodiam praestare[216]" şeklinde özel bir sorumluluk biçimidir ve fakat, bu kelimenin (custodia'nın) diğer iki anlamının da, yani, bazen "alelade koruma" veya "hakimiyet" bazen de her iki anlam bir arada olmak üzere, anılan üçüncü kullanım şekline dahil olabildiği görülmektedir[217].

"Custodiam praestare"'nin, bir sorumluluk biçimi mi yoksa, sözleşmeden doğan bir borç mu olduğu yönünde, Roma hukukçuları arasında bir tartışma mevcuttur[218]. Ancak, Roma hukukunda, herhangi bir şeyin korunması borcu sözkonusu olduğu zaman, daima bu tür bir sorumluluk (custodia sorumluluğu) ile karşılaşılmamaktadır. Örneğin, ariyet, rehin, locatio conductio gibi belirli bazı sözleşmelerde, bu tür sorumluluk mevcut olmasına karşın, malın korunmasının sözleşmenin asıl amacı olduğu vedia (depositum)'da sorumluluk klasik çağda, custodia değil, dolus'tu. İşte, gözetimin (custodia) sözkonusu olduğu her borç ilişkisinde, gözetim sorumluluğunun bulunmaması olgusu, sorumluluk ile fiil (gözetim fiili) arasında bir bağlılık olmadığını göstermektedir[219].

ZİLELİOĞLU, "custodia" sorumluluğunun bulunduğu hukuki ilişkilerin çoğunda (örneğin, ariyet, rehin veya locatio conductio gibi) koruma borcunun ikincil bir borç olduğunu ve hukuki ilişkilerin esas amaçlarının farklı olduğunu ve eğer ücret alınıyorsa, yine koruma nedeniyle değil,

---

[216] "Edada veya ifada bulunmak. Eski manası ile bir kefilin, borçlunun borcunu ifa edeceğine dair teminat göstermesi; daha sonraki manası ile, hüsnüniyet davası doğuran bir aktin yüklediği bir mükellefiyeti yerine getirmek demekti. Türkçe'de edim kelimesi ile ifade edilen praestatio umumiyetle borcun, vermeğe (dare), yapmağa (facere) veya yapmamağa (non facere) taalluk eden muhtevasını ve hususi olarak, ifa için teminat verilmesini ifade etmekte idi. Keza, meselâ bir borcun ifa edilmemesi veya maldaki ayıplar dolayısıyla başkasına verilen bir zarardan mesul olmağa da praestare denilmekte idi" [bkz. UMUR (Lügat), s. 165].
[217] ZİLELİOĞLU, s. 33-35.
[218] Bu tartışmalar için bkz. ZİLELİOĞLU, s. 35 vd.
[219] ZİLELİOĞLU, s. 40 ve s. 70.

sözleşmedeki esas amaç için alındığını (örneğin, istisna sözleşmesinde olduğu gibi) belirttikten sonra, "custodia" sorumluluğunun günümüze kadar gelen tek örneğinin gemi, otel ve ahır sahiplerinin sorumluluğu olduğunu; custodia'nın, Klasik Hukuk Döneminden sonra nitelik değiştirip, gözetimdeki özen eksikliğinden kaynaklanan bir kusur sorumluluğuna dönüşürken, sadece bu hukuki ilişkilerde objektif sorumluluk olarak kaldığını; ancak, burada Klasik Hukuk Dönemindeki nitelikleri itibariyle bir "custodia" sorumluluğunun olduğundan şüphe edilebileceğini; çünkü gemi, otel ve ahır sahiplerinin sorumluluğunun Klasik Hukuk Döneminde custodia sorumluluğuna tâbi iken, daha sonraki dönemlerde sözleşmeye eklenen bir takım şartlarla gerçekleştirilmeye başlandığını ve giderek kanundan doğan bir sorumluluk halini aldığını ve gemi, otel ve ahır sahiplerinin sorumluluğunun çağdaş hukukumuzda da kanundan doğan sorumluluklar arasında yer aldığını ifade etmektedir[220].

§ 5) İNGİLİZ VE AMERİKAN HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

Aşağıda İngiliz ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Hukuklarında yedieminlik müessesesi incelenecektir. Ancak, İngiliz ve ABD Hukuklarında yukarıda açıklandığı şekilde bir yedieminlik mevcut değildir. Bu itibarla, anılan hukuklarda yedieminlik müessesesinin incelenmesi, fonksiyonel açıdan gerçekleştirilecektir. Bir başka deyişle, Türk icra ve iflas hukukunda ve usul hukukunda yedieminlerin yerine getirdiği fonksiyonları İngiliz ve ABD hukuklarında kimlerin yerine getirdikleri ve sistemin işleyişi belirlenecek ve sorumlulukları incelenecektir.

[220] ZİLELİOĞLU, s. 269-270.

A) İNGİLİZ HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

Türkçe'de "İngiltere" olarak ifade edilmesine karşın, anılan devletin adı, Büyük Britanya Birleşik Krallığı[221] (the United Kingdom of Great Britain)'dır. Büyük Britanya Birleşik Krallığı, tek bir hukuk sistemine sahip değildir ve üç ayrı hukuk sistemine bölünmüştür. Bunlar, 1) İngiltere ve Galler[222], 2) İskoçya ve 3) Kuzey İrlanda hukuk sistemleridir[223]. Her birinin hukuk sistemlerinde ve uygulamalarında önemli farklılıklar mevcuttur ve her birinin ayrı mahkeme teşkilatları vardır[224].

Ancak, İngiliz hukuku denildiğinde genelde anlaşılan İngiltere ve Galler hukuku olduğu için incelememiz İngiltere ve Galler hukukuna göre yapılacak ve temel olarak da anılan hukuk sistemindeki fonksiyonel anlamda yedieminlik müessesesi incelenecektir.

I) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

İngiltere ve Galler hukukunda ilamsız icra yoktur[225]. Mahkeme hükümlerinin (judgments) ve emirlerinin (orders) icrasına dair ilamlı icra yolu ise mevcuttur. Bunun dışında, İngiltere ve Galler hukukunda, geçici hukuki himaye tedbirleri (interim remedies) de düzenlenmiştir.

Bu itibarla aşağıda sırasıyla, geçici hukuki himaye tedbirleri; mahkeme hükümlerinin ve emirlerinin nihai icrasını inceleyeceğiz. Daha sonra ise, İngiliz ve Galler iflas hukukunda yer alan yedieminliğe benzeyen düzenlemelere ve konumuz olan yedieminlik müessesesi açısından İngiliz

---

[221] Büyük Britanya Birleşik Krallığı ifadesi genel olarak Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda'yı kapsar. Büyük Britanya ifadesi ise, İngiltere, Galler ve İskoçya'yı kapsar [bkz. Britain's Legal Systems, HMSO, 1993, s. 1, dn(1)].

[222] 1536 ve 1542 tarihli Birleşme Kanunları (the Acts of Union) ile İngiltere ve Galler, idari, siyasi ve hukuki açılardan birleşmişlerdir (Britain's Legal Systems, s. 4). Bir başka deyişle İngiltere ve Galler aynı hukuk sistemi içinde yer alırlar.

[223] Britain's Legal Systems, s. 1

[224] KAYE, Peter/BRUCE, Morgan, England and Wales, Methods of Execution of Orders and Judgments in Europe, Chichester 1996, s. 51.

[225] UMAR, s. 130.

ve Galler Hukukunda son zamanlarda yürütülen reform çalışmalarına değineceğiz.

1) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA HÜKÜMLERİN İCRASINA YARDIM EDEN GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ (INTERIM REMEDIES)

İngiltere ve Galler Hukukunda, hükümlerin icrasına yardım eden geçici hukuki himaye tedbirleri (interim remedies[226]), 1997 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun (Civil Procedure Act 1997) 2 nci maddesi uyarınca hazırlanan 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları'nın (Civil Procedure Rules 1998-CPR) 25 inci maddesinde (rule) düzenlenmiştir.

Geçici hukuki himaye tedbirleri (interim remedies), dava açılmadan önce ve hüküm verildikten sonra dahil her zaman verilebilir[227]. CPR m. 25'te, ondört tip, geçici hukuki himaye tedbiri düzenlenmektedir[228]. Ancak aşağıda konumuz açısından önemli olan ve daha geniş uygulaması bulunan iki tanesi incelenecektir[229].

a) Belirli Bir Mal Veya Malların Ya Da Malvarlığının Dondurulması Emirleri (freezing injunctions or orders)

Borçlunun belirli bir mal veya mallarının ya da malvarlığının dondurulması emirlerine Mareva emri[230] (Mareva injunction veya Mareva order) de

---

[226] "Interim remedy" terimi, yapılacak birebir bir çeviride, "geçici hukuki çareler" olarak tercüme edilebilir. Ancak, biz, söz konusu terimin, esasen, Türk Hukukundaki geçici hukuki himaye tedbirlerinin gördüğü fonksiyona benzer bir fonksiyonu ifa etmesi ve daha anlaşılır olması nedeniyle, anılan terimi, "geçici hukuki himaye tedbirleri" şeklinde çevirmeyi uygun bulduk.

[227] BRANNAN, Julie/CHING, Jane/FRENCH, Derek/JONES, Peter/NAPIER, Michael/OSBORNE, Craig/SIME, Stuart, Blackstone's Guide To The Civil Procedure Rules, London 1999, s. 145.

[228] Belirli geçici hukuki himaye türünün, maddede gösterilmemiş olması, mahkemenin bu tedbiri vermesine engel olmaz (CPR. r.25.1(3)).

[229] Benzeri bir inceleme için bkz. KAYE/BRUCE, s. 53-61 ve BRANNAN ve diğerleri, s. 145 vd. Diğer geçici hukuki himaye tedbirleri için bkz. White Book (I), s. 511-529.

[230] Söz konusu emir adını, ilk kez 1975 yılında, Mareva Compania Naviera S.A. ile İnternational Bulkcarriers S.A. arasındaki davada verilmiş olması nedeniyle, anılan

denir. Bu emirler, üç tiptir; borçlunun tüm varlıklarını kapsayan genel Mareva emirleri (general Mareva orders veya injunctions); borçlunun alacaklının talebi ile faiz ve mahkeme masraflarına kadar azami bir meblağı karşılayan mallarını kapsamına alan, azami meblağ emirleri (maximum sum orders) ve sadece belirli mal veya malları (örneğin, bir gemiyi veya uçağı) kapsayan emirler[231].

Borçlunun belirli bir mal veya mallarının ya da malvarlığının dondurulması emirleri, hukukumuzdaki ihtiyati tedbirlere benzemektedirler. Anılan emirler geçici bir nitelik taşırlar ve borçlunun, olası bir mahkeme hükmünün uygulanmasına engel olacak şekilde, varlıklarını (mallarını) İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisi dışına taşımasına veya tasarruf etmesine (harcama, gizleme vs.) engel olmak amacı ile verilirler[232]. Bu itibarla, davacı, borçlunun yukarıda belirtildiği şekilde davranışlar içine gireceğine ve böylece ileride elde edeceği bir mahkeme hükmünün icrasına engel olacağına dair gerçek bir tehlikenin varlığını ispat etmek zorundadır[233]. Zira burada amaç, daha sonra verilecek mahkeme hükmünün icrasını temin etmektir.

Anılan emirler genellikle, nihai hüküm öncesi verilmekle beraber, davacının, borçlunun, mahkeme hükmünün icrasına engel olmak üzere, varlıkları üzerinde tasarrufta bulunacağına inandırıcı sebepler gösterebilmesi halinde, hükümden sonra da verilebilir[234].

---

davadan almaktadır. 1975 yılından önce böyle bir tedbir kararı bilinmiyordu. Söz konusu davaya kadar, İngiltere ve Galler Hukukunda davacının elinde bir mahkeme hükmü olmadan, davalının malları üzerinde tasarrufta bulunmasının engellenemeyeceği kabul ediliyordu (bkz. ANDOH, Benjamin/MARSH, Stephen, Civil Remedies, England 1997, s. 254-255). İlk kez 1975 yılında verilen borçlunun belirli bir mal veya mallarının ya da malvarlığının dondurulması emirleri, 1981 yılında çıkarılan Supreme Court Act 1981'in 37. maddesinin 3 üncü fıkrası ile ilk kez kanunlaştı. Söz konusu emirler artık, Mareva injunctions olarak değil freezing injunctions olarak anılmaktadır (BRANNAN ve diğerleri, s. 153; White Book (I), s. 521). Bu konuda ayrıca bkz. CPR 1998 r..25.1(1)(f).

[231] ANDOH/MARSH, s. 255.

[232] ANDOH/MARSH, s. 254 ve 256; anılan emirlerin verilme şartları ve usulü hakkında geniş bilgi için bkz. ANDOH/MARSH, s. 255-268; White Book (I), s. 521-525.

[233] ANDOH/MARSH, s. 262-263; INGMAN, Terence, The English Legal Process, Great Britain 2004, s. 403.

[234] INGMAN, s. 403.

Mahkemeden, böyle bir emri alan davacı, ileride davayı kazanamaması veya temin ettiği sözkonusu emrin yanlış olduğunun anlaşılması halinde, davalının (borçlunun) karşı karşıya kalabileceği zararı karşılamak üzere, genellikle bir teminat vermek zorundadır[235].

Ancak bu emrin sadece şahsi (in personam) bir etkisi vardır; yani, davacıya bir rüçhan hakkı vermez ve başka bir alacaklı söz konusu malları haczettirebilir ve üçüncü şahısların bu mallar üzerindeki herhangi bir hakkı üzerinde de bir kısıtlama yaratmaz; sadece borçlunun, şahsi olarak, dondurulan mallarını, devretmesini, başka bir yere nakletmesini veya muhtemel mahkeme hükmünün icrasını engelleyecek tasarruflarda bulunmasını yasaklar. Bu emirlere uyulmaması, sadece mahkemeye itaatsizlik (contempt of court[236]) olarak kabul edilebilir[237].

Bu emirler, esasen, bir mahkeme hükmü gibi icra edilmezler. Ancak, davacı, borçlunun mallarının neler olduğunu bilmek ister ise, mahkemeye müracaat ederek çıkarttıracağı bir emirle, şeriften[238] yardım isteyebilir. Bu

---

[235] INGMAN, s. 405.

[236] Contempt of court (mahkemeye itaatsizlik), adaletin düzgün bir şekilde işleyişini veya mahkemenin itibarını veya otoritesinin saygınlığını bozmaya veya azaltmaya yönelik ihmali veya icrai nitelikteki harekettir (bkz. GIFIS, Steven H., Barrron's Dictionary of Legal Terms, United States of America 1998, s. 97). Zaman zaman bir faydasının bulunmadığı ve anlamsız olduğu iddia edilse de, mahkemeye itaatsizlik (comtempt of court), geleneksel olarak, suç teşkil eden (criminal) ve özel hukuk anlamında (civil) mahkemeye itaatsizlik olarak ikiye ayrılır (INGMAN, s. 127). Bazen, usule itaatsizlik (contempt in procedure) de denilen, özel hukuk anlamında mahkemeye itaatsizlik (civil comtempt of court), bir mahkeme hükmüne veya emrine itaatsizlik veya mahkemeye açıkça ya da zımni olarak verilen bir taahhüde itaatsizlik şeklinde olabilir (bkz. INGMAN, s. 156). Bu nedenle, belirli bir mal veya malların ya da malvarlığının dondurulmasına emrine itaatsizlik, özel hukuk anlamında mahkemeye itaatsizlik (civil contempt of court) teşkil eder. Özel hukuk anlamında mahkemeye itaatsizlik, hapisle cezalandırılabilir ise de, mahkeme emrine veya hükmüne itaatin başka bir yolla sağlanabildiği hallerde, mahkemelerce, genellikle, hapis cezası verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir (bkz. INGMAN, s. 158). Ayrıca bkz. ileride dn(311).

[237] ANDOH/MARSH, s. 265; White Book (I), s. 522 ve 952; BRANNON ve diğerleri, s. 473.

[238] Şerif, geçmişi eski Saksonya dönemlerine kadar uzanan ve Krallık dışında, ülkedeki en eski laik (secular) görevi ifa eden kişidir. 10 uncu yüzyıla kadar, şerifin görev ve yetkisi gittikçe arttı ve coğrafi görev bölgesi içinde Kraliyetin asli görevlisi ve temsilcisi durumuna dönüştü. Şerif, görevini, yalnızca, Kralın fermanı (pleasure) ile yürütüyordu. Kral I. William (Conqueror/Fatih), Şeriflik (Shrievalty) müessesesinin, asillerin ve baronların büyük güçlerini dengelemek ve daha sonra da, azaltmak için kullanılabileceğini anlamıştı ve Şeriflere, Shire denilen idari taksimat bölgesinde, tüm kontrol ve gücün bırakılmasını

halde, şerif, borçlunun evine girerek sadece malların bir listesini çıkarabilir ve fakat mallara elkoyamaz[239]. Bu durumda ise, malların muhafaza altına alınması söz konusu olmadığı için, bir yediemine veya yedieminin fonksiyonunu üstlenecek bir kişiye ihtiyaç bulunmamaktadır.

b) Araştırma Emirleri (search orders)

1976 yılında, Anton-Piller KG. ile Manufacturing Processes Ltd. arasındaki davada verilmiş olması nedeniyle adı Anton Piller order (emri) olan bu mahkeme emirleri, 1997 tarihli Civil Procedure Act'in 7 inci maddesi ile kanuni bir temele oturtulmuştur[240]. CPR 1998[241] r.25.1(1)(h)'de bu emriler, araştırma emirleri (search orders) olarak ifade edilmektedir.

Araştırma emirleri, davacının avukatına (solicitor), davalıya karşı açılan bir davada delil teşkil edebilecek olan dokümanların ve malların bulunduğu davalının mülküne girmek ve anılan mal ve dokümanlara elkoymak izni verir[242]. Bu itibarla anılan emirlerin amacı, sadece, davalının, davadan önce, söz konusu dokümanları ve delil niteliği taşıyan diğer malları tahrip ederek veya davada göstermeyerek, adil bir yargılamanın (fair trial) gerçekleşmesine engel olmasının önüne geçmektir[243].

---

teşvik etmişti. Zamanla gittikçe artan Şerif'in görev ve yetkileri, yolsuzluklara ve bu gücün kötüye kullanılmasına da yol açmıştı. Bu sebeple çıkartılan kanunlarla, Şerif'in yetkileri sınırlandırıldı ve görev süresi de bir yıla indirildi. Ondokuzuncu yüzyılda, Şeriflik görevi, tekrar yapılandırıldı ve 1837 ve 1887 tarihli Sheriffs Acts (Şerif Kanunları) çıkartıldı. Şerif, son yıllarda, görevlerinin gittikçe azaltılmasına rağmen, coğrafi görev alanı içinde, hala Kralın temel idari görevlisidir. Şerif, High Court'un hüküm ve emirlerinin pek çoğunun icrası ile görevlidir [bu konuda bkz. aşağıda dn(254) civarı]. Her ne kadar, 1971 tarihli Courts Act ile ölüm cezası kaldırılmış ise de, daha önce ölüm cezalarının infazından da şerif sorumluydu. Hatta, şerif, gerektiğinde, görevlerinin icrasına veya kentin savunmasına yardım etmek üzere halkı (*posse camitatus*) göreve çağırmak yetkisine de sahiptir (KEITH, J.A./PODEVIN, W.B./SANDBROOK, Claire, The Execution of Sheriff's Warrants, Chichester 1996, s. 1-2).

[239] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s. 224.

[240] White Book (I), s. 525; BRANNAN ve diğerleri, s. 154; ANDOH/MARSH, s. 268.

[241] Civil Procedure Rules 1998 (CPR 1998), Civil Procedure Act 1997'nin 2. maddesi uyarınca kurulan bir komite tarafından yapılmıştır.

[242] ANDOH/MARSH, s. 268; araştırma emirlerinin verilme şartları ve usulü hakkında geniş bilgi için bkz. ANDOH/MARSH, s. 268-278; KAYE/BRUCE, s. 58-60;BRANNAN ve diğerleri, s. 153 vd.

[243] ANDOH/MARSH, s. 268.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, araştırma emri, davacıya, davalının rızasına hilafına, davalının mülküne girme izni vermez. Bir başka deyişle, davacı, zor kullanarak, davalının mülküne giremez. Öte yandan, söz konusu emir davalıya, davacının, mülküne girmesine izin vermesini emreder; bu emre aykırı hareket, mahkemeye itaatsizlik (contempt of court) teşkil edebilir ve mahkeme emrine itaat etmeyen kişi cezalandırılabilir[244].

Araştırma emri ile ekonulan mallar ve dokümanlar, yargılama boyunca, mahkemenin bir yetkilisi gibi muhafaza etmesi için[245], davalının avukatına bırakılır[246]. Bu nedenle, söz konusu mallar ve dokümanların hukuki durumu Polis'in muhafazasına bırakılmış mallara benzer ve bu mallar ve dokümanların akıbeti, anılan araştırma emrinden sonra yapılacak olan yargılamanın sonucuna bağlıdır[247]. Görüldüğü gibi burada malların saklanması işlevini, davacının avukatı yürütmektedir.

2) İNGİLTERE VE GALLER HUKUKUNDA MAHKEME EMİRLERİNİN VE HÜKÜMLERİNİN NİHAİ İCRASI

Elinde bir mahkeme hükmü bulunan kişi, İngiltere ve Galler hukukunda mevcut çeşitli icra yollarına başvurarak, anılan mahkeme kararına bağlı alacağının tahsilini veya taşınır ya da taşınmaz malının iadesini isteyebilir[248].

---

[244] ANDOH/MARSH, s. 270; INGMAN, s. 400; White Book (I), s. 525 ve 952. ayrıca bkz. yukarıda, dn(235).
[245] for safekeeping as officers of the court pending the trial.
[246] KAYE/BRUCE, s. 59; ANDOH/MARSH, s. 270.
[247] KEITH/PODEVİN/SANDBROOK, s. 223.
[248] Bu çeşitli icra yolları için bkz. KAYE/BRUCE, s. 61-71; White Book (I), s. 1590 vd.; KEITH/PODEVİN/SANDBROOK, s. 193-196; KRUSE, s. 5-12.

İngiltere ve Galler hukukunda, genel hukuk mahkemeleri[249] iki derecelidir[250]: High Court ve county court[251]. Anılan mahkemelerden hükmü alan davacı, hükmün icrası için, hükmün konusuna ve değerine göre, icra emrini çıkartmaya yetkili olan mahkemeye başvurur[252].

High Court tarafından çıkarılan icra emirlerine genellikle *writ*, county court tarafından çıkarılan icra emirlerine ise genellikle *warrant* denir. County court tarafından çıkarılan icra emirleri, *bailiff* denilen, mahkeme görevlileri tarafından icra edilir[253]. High Court tarafından çıkarılan icra emirleri ise, *sheriff* denilen bir tür mülki amir tarafından icra edilirken, bu emirlerden, taşınır ve taşınmaz malların iadesi icra emirleri ile para borçlarının icrası emirleri 1 Nisan 2004 tarihinden itibaren Lord Chancellor[254] veya yetki

---

[249] ordinary civil courts.

[250] KAYE/BRUCE, s. 51. Ancak, başka hukuk mahkemeleri de vardır. Bu mahkemeler için bkz. Britain's Legal Systems, s. 19-31 ve INGMAN, s. 1-115.

[251] High Court ile county court arasındaki görev ayırımı, High Court and County Courts Jurisdiction Order 1991 ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme, dava konusunun değerine ve dava konularına göre yapılmış olup, oldukça karmaşıktır. Bu konuda bkz. White Book (II), s. 2096-2099. High Court ve county court'un kararlarına karşı, Temyiz Mahkemesine (Court of Appeal) ve oradan da Lordlar Kamarasına (House of Lords) temyize gidilebilir (KAYE/BRUCE, s. 51). Lordlar Kamarası, İskoçya ve Kuzey İrlanda'daki hukuk mahkemeleri için de en yüksek mahkemedir (OĞUZ, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 275).

[252] Örneğin miktarı 5000 Sterlin'i aşan county court mahkemeleri tarafından verilmiş hükümlerin icrası, High Court'ta yapılır. Bu konuda bkz. White Book (II), s.2099 ve KEITH/PODEVİN/SANDBROOK, s. 19.

[253] KAYE/BRUCE, s. 53.

[254] Lord High Chancellor da denilen Lord Chancellor'ın Türkçe'ye tam bir çevirisini yapmak kolay değildir. Lord Chancellor, bazı sözlükler de, İngiltere'deki en yüksek adli görevli olarak tanımlanmaktadır (bkz. BLACK, Henry Campbell, Black's Law Dictionary, the United States of America 1998, s. 231; ZANICHELLI, Nicola, West's Law & Commercial Dictionary, Bologna 1988, s. 964). Bu anlamı ile ele alındığında, Lord Chancellor'u, Yüksek Hakim olarak çevirmek gerekecektir. Oysa, Lord Chancelllor, aynı zamanda, Lordlar Kamarasının başkanı ve hükümet ve kabinenin (bakanlar kurulunun) bir üyesidir ve İngiltere ve Gallerdeki yargıçların atanması ve adalet hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu kişidir (bkz. COLLIN, P.H., Dictionary of Law, London 2004, s. 184; JONES, Bill/KAVANAGH, Dennis, British Politics Today, Manchester 1998, s. 127; ROBSON, W.A. (Çev. ARIK, Fikret), İngiliz Hükümet Sistemi, Ankara 1960, s. 21; BURROWS, Bernard, İngiltere'nin Hükümet ve İdare Sistemi, Ankara 1960, s. 6; PARRY, Clive (Çev VERSAN, Vakur), İngiliz Hukuk Sistemi, İstanbul 1945, s. 40; BLACK, s. 231). Bu hali ile ise, Lord Chancellor'ı, yerine getirdiği fonksiyon dikkate alınarak, Adalet Bakanı olarak tercüme edebiliriz. Bir başka deyişle, Lord Chancellor'ı yargıçlık yönünü ön plana çıkararak, Yüksek Hakim veya siyasetçi ve bakan yönünü ön plana çıkararak, Adalet Bakanı olarak kabul etmek mümkündür. Biz bu nedenle, çeviri yapmadan, Lord Chancellor terimini aynen kullanmanın daha uygun olacağını düşündük. Lord Chancellor'ın, Türk hukuku için farklı bu durumu esasen, İngiliz hukuk sisteminin tarihsel gelişim sürecinden kaynaklanır. Lordlar Kamarası, yüzyıllardan beri, bir Parlamento

verdiği bir kişi tarafından atanan icra memuru (enforcement officer) tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır[255].

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, çıkartılan icra emirleri, borçluya değil, bailiff'e veya icra memuruna (enforcement officers) gönderilir. Borçluya ise, genellikle bir uyarı gönderilir[256].

Aşağıda konumuz açısından önemli olan bazı icra emirlerinin icrası incelenecektir.

a) Receiver Atanması

Receiver, hüküm alacaklısı tarafından mahkemeye yapılacak başvuru üzerine, kira alacağı, bir sözleşmeye göre borçluya yapılacak ödeme, bir şirketten dağıtılacak kâr payı gibi, hüküm borçlusuna ödenecek vadesi gelmiş paraları almak üzere, mahkemece atanan kişidir[257].

Yüksek Mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Zira parlamento, en eski common law mahkemesidir. Bu gün de, Lordlar Kamarası, İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda için hem ceza hem de hukuk davalarında ve İskoçya için ise, sadece hukuk davalarında en yüksek temyiz mahkemesi olarak görev yapar. Ancak, bu fonksiyon, Law Lords denilen ve mevcut Lord Chancellor, eski Lord Chancellor'lardan ve diğer bazı yargıç lordlardan oluşan kişiler tarafından yürütülür (bkz INGMAN, s 46; COLLIN, s. 173; JONES/KAVANAGH s. 128). Ancak, Lordlar Kamarasının ve Lord Chancellor'un bu nitelikleri eleştiriye maruz kalmış ve bu nedenle de, 2004 tarihli bir Anayasa Reform Tasarısı (Constitutional Reform Bill 2004) hazırlanmıştır. Sözkonusu Tasarı ile, Lordlar Kamarasının mahkeme olma niteliğinin kaldırılması ve yerine Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United Kingdom) ismi ile yeni bir mahkemenin kurulması ve Lord Chancellor'ın sekretaryasının kaldırılarak, adli bağımsızlığı temin etmek üzere, yargıçların seçilmesi ve atanması işlemlerini yerine getirmek üzere bir Adli Atama Komisyonu (Judicial Appointmet Commission) kurulması amaçlanmıştır. Yina aynı Tasarı ile, Lord Chancellor'ın, bakanlık işlevleri Devlet Bakanlığına (Secretary of State) devredilmesi öngörülmüştür (INGMAN, s. 12). Ancak, 15 Mart 2005 tarihinde, Lordlar Kamarasında yapılan oylama sonucunda sözkonusu tasarı reddedilmiştir (bkz. http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/uk_politics/4352047.stm)

[255] The Directory of High Court Enforcement Officers for England and Wales, s. 3 (Directory).

[256] KRUSE, s. 79.

[257] KAYE/BRUCE, s. 66; Receiver atanmasına ilişkin hükümler, 2 Aralık 2002 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Usul Kurallarını Değiştiren Kurallar [Civil Procedure (Amendment) Rules 2002] isimli bir düzenleme ile değiştirilmiş ve daha önce receiver atanmasına ilişkin düzenlemeler içeren RSC O. 30 (Receivers) ve RSC O. 51 (Receivers: Equitable Execution) yürürlükten kaldırılmıştır (bkz. White Book (I), s. 1449).

Receiver hem High Court hem de county court tarafından atanabilir. Mahkeme receiver'ı yargılama başlamadan önce, yargılama sırasında veya hükmün verilmesinden sonra da atayabilir. Receiver atanmasının amacı, hüküm borçlusunun, mal üzerindeki hakkının niteliği nedeniyle, anılan malın haczinin uygun olmaması durumunda, hüküm alacaklısının alacağını elde etmesini sağlamaktır[258]. Yani receiver, borçlunun bir alacağını alacak ve hüküm alacaklısına verecektir.

Bu itibarla, receiver, bizzatihi icra işlemini gerçekleştirmek üzere atanmaktadır. Oysa yediemin, icra ile amaçlanan işlem gerçekleşene kadar (örneğin, satış aşamasına gelinceye kadar) malların mevcut hali ile muhafazası için atanır. Receiver'ın bu hali ile, bir yediemin niteliği fonksiyonel anlamda da bulunmamaktadır.

b) Sequestration İcra Emri

Bir mahkeme hükmü ile, hüküm borçlusunun, belirli bir süre içinde bir şeyi yapması veya bir şeyi yapmaması emredilir yahut mahkeme itaatsizlikten dolayı bir para cezasını ödemeye mahkum edilir ise ve hüküm borçlusu, belirlenen süre içinde, mahkum olduğu parayı ödemez, malı vermez veya gayrımenkulün zilyetliğini devretmez yahut tecavüze son vermez ise, davacı, mahkemeye müracaat ile bir sequestration icra emri (writ of sequestration) çıkarılmasını talep edebilir[259]. Söz konusu mahkeme emirlerini yerine getirmeyen hüküm borçlusunun, mahkemeye itaatsizlik içinde bulunduğu kabul edilir[260].

Sequestration emrinin sonucu, hüküm borçlusunun malvarlığının tamamı üzerindeki tasarruf yetkisinin ve bu malvarlığının gelirlerinin "komisyon üyeleri" (commissioner) denilen dörtten az olmayan sequestrator[261]'a,

[258] White Book (I), s. 1449.
[259] KAYE/BRUCE, s. 66; diğer örnekler için bkz. White Book (I), s. 1611.
[260] KAYE/BRUCE, s. 66; White Book (I), s. 1609.
[261] Sequestration icra emrini icra etmek için atanan kişi (bkz. ZANICHELLİ, s. 1406).

borçlu mahkeme hükmüne uygun davranıncaya kadar verilmesi ve sequestrator'ların, borçlunun borçlu olduğu miktar ödeninceye kadar, alınan paraları hüküm alacaklısına vermeleridir. Burada amaç, mahkeme hükmünün gereğinin yerine getirilmesinin, dolaylı bir biçimde sağlanmasıdır[262].

Ancak, sequestrator'lar, mahkeme izni olmaksızın, borçlunun mallarını satamazlar. Arazinin sequestration'ı ise, tescil edilir. Üçüncü kişilerin, bilerek, sequestrator'ların görevlerini yerine getirmelerine engel olmaları da, mahkeme emrini engelleme niteliği taşıyacağından, mahkemeye itaatsizlik teşkil eder[263].

Borçlu, mahkeme emrine uygun hareket ederek ve önceki itaatsizliği nedeniyle özür dileyerek, mahkemeye itaatsizliğine son verir ise, mahkemeye başvurarak, sequestrator'ların görevlerinin sona erdirilmesine ve mallarını iadesine karar verilmesini isteyebilir[264].

Yukarıda belirtildiği üzere, sequestrator'ların tayin edilme sebebi borçlunun mahkeme hükmüne veya kararına itaatsizliğidir ve amaç onun itaatini sağlamaktır. Öte yandan, borçlunun, yerine getirmediği mahkeme hükmü veya kararının gereklerinin yerine getirilmesi de, amaçlar arasında yer almaktadır. Bu hali ile ise, sequestration'ın bizatihi kendisi de bir icradır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sequestrator'lar aynı zamanda borçlunun bu malvarlığı yönetmektedirler. Yani burada yönetim ve işletme başat bir rol oynamaktadır.

Oysa yedieminlikte, haczedilen mallar, satış aşamasına kadar muhafaza edilmek üzere yediemine teslim edilmektedir. Yani yedieminin yönetim ve işletme yetkisi malların muhafazasının gerektirdiği ölçüdedir. Öte yandan, İİK'da yediemin tayininin amacı bir mahkeme kararının yerine getirilmesi

[262] KAYE/BRUCE, s. 66.
[263] KAYE/BRUCE, s. 66-67; White Book (I), s. 1611.
[264] KAYE/BRUCE, s. 67; White Book (I), s. 1612.

veya HUMK uyarınca ya da diğer bir sebeple yediemin tayini halinde de, mahkeme kararının veya ulaşılmak istenen belli bir amacın yerine getirilmesi değil, söz konusu amaçlara ulaşıncaya kadar malın mevcut durumu ile muhafazasını sağlamaktır. Bu itibarla, sequestrator'ları yediemin olarak kabul etmek, kanaatimizce mümkün değildir.

c) Taşınır Veya Taşınmaz Malların İadesi İcra Emirleri

Bir taşınmazın iadesi (recovery of land) hakkındaki bir mahkeme hükmünün icrası için, mahkemeye müracaat ile bir icra emri talep edilebilir[265]. Söz konusu emir, yetkili kişi[266] tarafından, gerekirse kuvvet kullanılarak icra edilir ve taşınmazın zilyetliği davacıya teslim edilir[267].

Bir taşınır malın iadesi (recovery of goods) hakkındaki bir mahkeme hükmünün icrası için, mahkemeye müracaat ile bir icra emri talep edilebilir[268]. Anılan emir, yetkili kişi[269] tarafından icra edilir ve söz konusu taşınır mal hüküm alacaklısına teslim edilir.[270]. Öte yandan, şayet mahkeme hükmü, borçlusuna, malı veya malın değerini vermek konusunda bir seçim hakkı veriyor ise ve taşınır malın iadesi icra emrine konu olan mal ele geçirilemiyor ise, söz konusu icra emri, icrayı gerçekleştiren yetkili kişiye, hükme ve icraya konu malın değeri kadar, borçlunun mallarına haciz koyma yetkisi de verir. Yani böyle bir halde, söz

[265] High Court'a yapılan müracaat ile alınan icra emrine, "writ of possession"; county court'a müracaat ile alınan icra emrine, "warrant of possession" denir (bkz. KAYE/BRUCE, s. 67); Ayrıca, bkz. RSC r.45.3 ve CCR r.26.17.
[266] High Court'tan istenen taşınmazın iadesi icra emirlerini yerine getirmeye yetkili kişi, icra memuru (enforcement officers) (bkz. Directory, s. 3) ve country court'tan istenen icra emirlerini yerine getirmeye yetkili kişi ise, bailiff'tir (bkz. KAYE/BRUCE, s. 67).
[267] KAYE/BRUCE, s. 67.
[268] High Court'a yapılan müracaat ile alınan icra emrine, "writ of delivery"; county court'a müracaat ile alınan icra emrine, "warrant of delivery" denir (bkz. KAYE/BRUCE, s. 67); Ayrıca, bkz. RSC r.45.4 ve CCR r.26.16.
[269] High Court'tan istenen taşınır malların iadesi icra emirlerini yerine getirmeye yetkili kişi, icra memuru (enforcement officers) (bkz. Directory, s. 3) ve country court'tan istenen icra emirlerini yerine getirmeye yetkili kişi ise, bailiff'tir (bkz. KAYE/BRUCE, s. 67).
[270] KAYE/BRUCE, s. 67; White Book (I), s. 1579.

konusu taşınır malın iadesi icra emrinin etkisi, para alacaklarına dair icra emirlerinin[271] etkisi ile aynı olur.

Doğal olarak, şayet taşınır veya taşınmazın malın iadesi hususunda mahkeme hükmünde bir süre belirlendi ise, sequestration icra emri ile de, anılan mahkeme hükmünün yerine getirilmesi yoluna gidilebilir[272].

d) Para Borçlarının İcrası Emri

Elinde bir para borcuna ilişkin mahkeme hükmü bulunan alacaklı, usulüne uygun olarak, ya High Court'a müracaat ile "writ of fieri facia" (kısaca "writ of fi fa") denilen bir icra emri ya da county court'a başvurarak "warrant of execution" denilen bir icra emri çıkartır[273].

Hüküm alacaklısı çıkarttırdığı icra emrini, şayet bu emir bir "writ of fi fa" ise, alacaklı tarafından icra memuruna (enforcement officers) veya bu emir bir "warrant of execution" ise, bailiff'e gönderilir[274].

Söz konusu icra emri icra memuruna[275], mahkeme hükmünde belirtilen alacak miktarını ve masrafları karşılayacak, borçlunun, icra memurunun görev bölgesi içinde bulunan mallarını haczetmesini ve onları satarak, alacak miktarını alacaklıya ödemesini emreder[276]. Ancak bu icra emri, icra memuruna, malı kullanma hakkı vermez[277].

---

[271] Bkz. aşağıda, § 5, A, 2, d.
[272] KAYE/BRUCE, s. 67; White Book (I), s. 1576 ve s. 1579.
[273] KAYE/BRUCE, s. 61, White Book (I), s. 1592.
[274] KAYE/BRUCE, s. 61; Directory, s. 3.
[275] Bu durum warrant of execution ve bu emrin gönderildiği bailiff için de geçerlidir (bkz. White Book (I), s. 1809). Bu itibarla, aşağıda yapılacak açıklamalar sadece icra memuru belirtilerek yapılacak olmakla beraber warrant of execution'ın yerine getirilmesi ve bailiff'leri de kapsayacaktır.
[276] White Book (I), s. 1591; KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.22.
[277] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.22.

Yargıç Simon Brown, Evans ile South Ribble Borough Council arasındaki davada[278], haczin unsurlarını şöyle tanımlamıştır: "*haciz (levy) üç aşamadan ibarettir: taşınmaz ve müştemilatına girilmesi (entry), mallara orada elkonulması (seizure) ve daha sonra ise, malların güvence altına alınması (ki buna genellikle, muhafaza altına alma (impounding) denilir)... Muhafaza altına alma (impounding) pek çok biçimde olabilir*".[279]

İngiltere ve Galler hukuku açısından elkoyma ile muhafaza altına almak arasında önemli bir fark vardır. Elkoymak (seizure) sadece, malların zilyetliğini almak anlamındadır; oysa, muhafaza altına almak (impounding), borçlunun mallarının ele geçirilen zilyedliğini korumak, elkonulan mallar üzerinde, icra memurunun hukuki kontrolü (legal control) sağlamasını ifade eder. Yani muhafaza altına alma (impounding) ile mallar adli koruma altına (in the custody of law) alınmış olur[280]. İcra memurunun, gerektiğinde, tekrar, elkoyduğu malların bulunduğu borçluya ait yere girmesi, malları kaldırması ve onları satması, ancak, söz konusu mallar üzerindeki hukuki kontrolü sağlamasını temin eden, muhafaza altına alma ile gerçekleşir[281]. Aksi halde, icra memuru veya bailiff'in taşınmaza tekrar girmesi bir tecavüz (trespass) olarak kabul edilebilecektir[282].

---

[278] *Evans v. South Ribble Borough Council* [1992] 2 ALL ER 695.
[279] KRUSE, s. 116.
[280] KRUSE, s. 116 ve 119; KRUSE, John, Legal Problems in the Process of Impounding of Distrained Goods by Private Bailiffs, C.J.Q, Vol. 17, January 1998, s. 42 [KRUSE (1998)].
[281] KRUSE (1998), s. 44. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, esasen birer devlet görevlisi konumunda bulunan icra memuru ve county court bailiff'i için, muhafaza altına alma işlemini yapmak gerekli değildir. Zira onların, mallara elkoyması ile, muhafaza altına almanın gerçekleştiği kabul edilir. Oysa icra memuru ve county court bailiff'leri dışında bazı şartları yerine getiren ve özel bailiff denilen bazı özel hukuk kişilerine de bazı durumlarda haciz yapma yetkisi verilmektedir. İşte esasen, muhafaza altına alma işlemini yapması gereken bu kişilerdir. Ancak uygulamada, icra memuru ve county court bailiff'leri de herhangi bir riske girmemek için, muhafaza atlına alma işlemini yapmaktadırlar [bkz. KRUSE (1998), s. 44; KRUSE, s. 127].
[282] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s. 28; KRUSE, 107.

Muhafaza altına alma işlemi ile birlikte, mallar, yine borçlunun olmaya devam etmekle beraber, borçlunun hakları, icra memurunun hakları ile sınırlandırılmıştır[283] ve bu hali ile, mallar borçlunun emir ve tasarrufundan (order and disposition) çıkar ve icra memuru mallar üzerinde özel bir hakka (special property) sahip olur; böylece söz konusu mallara yönelik gasp (conversion) veya tecavüz (trespass) halinde kendisine dava açma hakkı veren bir hukuki zilyedlik (legal possession) kazanır[284].

İngiltere ve Galler hukukunda dört tip muhafaza altına alma tanınmaktadır[285]: malların derhal kaldırılması, yakın zilyedlik, borçlu tarafından kabul edilmiş zilyedlik ve yürüyen zilyedlik anlaşması.

aa) Malların Derhal Kaldırılması (immediate removal)

Bu yöntemde, icra memuru veya bailiff haczi yaptığında, haczettiği malları kaldırıp, bir antrepoya (store room) götürmekte ve bu şekilde muhafaza altına almaktadır. Böylece mallar fiziksel olarak kontrol altında bulundurulmaktadır. Ancak, bu yöntem, içerdiği bazı sorunlar ve çok pahalı olması nedeniyle, ticarethanelerin haczi dışında pek kullanılmamaktadır. İçerdiği bu sorunlardan en önemlisi, malların, borçlunun taşınmazından çıkarılması durumunda, malın başına gelecek olan zararlardan dolayı, icra memurunun (veya bailiff'in) sorumlu olmasıdır. Bu sebeple icra memurları (ve bailiff'ler) bu yöntemi tercih etmemektedirler[286].

---

[283] KRUSE, s. 119.
[284] KRUSE, s. 120; KRUSE (1998), s. 52.
[285] KRUSE, s.121; KRUSE (1998), s. 44. Esasen bir başka malları muhafaza altına alma şekli daha mevcuttur. Buna "malların bulundukları taşınmazın veya müştemilatının bir odasında güvenlik altına alınması" denilmektedir. Ancak, bu muhafaza altına alma yöntemi, sadece, kira alacakları için hapis hakkında (distress for rent) tanındığı için, konumuz dışında kaldığından incelenmemiştir (bkz. KRUSE, s. 121; AYBAY, Aydın, İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975, s. 119 vd.).
[286] KRUSE, s. 121.

bb) Yakın Zilyedlik (close possessıon)

Yakın zilyedlik denilen muhafaza altına alma işleminde, icra memuru veya bailiff, haczettiği malların başına, malları muhafaza etmesi için bir elemanını yediemin[287] (possession man) olarak bırakmaktadır. Ancak, burada yediemin (possession man), borçlunun taşınmazında kalacağı için oldukça masraflı bir işlemdir. Söz konusu masraflar ve personel problemleri ile kanuni olarak izin verilen çok küçük ücret yakın zilyedliği kullanılamaz hale getirmektedir[288]. Bu gün daha çok kullanılan, ileride incelenecek olan, "yürüyen zilyedlik"tir (walking possession).

cc) Borçlu Tarafından Kabul Edilmiş Zilyedlik (possession by known intent)

Muhafaza altına almanın bu türü esasen, İngiltere ve Galler hukukunda genel kabul görmeyen bir yöntemdir. Ancak bir kaç mahkeme kararında kabul edilmiştir. Bu yöntemde, borçlu mallarına elkonulduğunu ve onların haczedildiğini kabul etmekte ve bunu inkar etmemektedir. Bailiff'in (veya icra memurunun) hakları da buradan kaynaklanmaktadır. Bu tür muhafaza altına almaya pek rastlanmamaktadır[289].

dd) Yürüyen Zilyedlik Sözleşmesi (walking possession agreement)

Yürüyen zilyetlik, borçlunun, malların kendi taşınmaz ve müştemilatında kalacağını, ama icra memurunun (veya bailiff'in) zilyetliğinde bulunacağını, icra memurunun, geri gelmek, malları satış için götürmek hakkı olduğunu

[287] Possession man'i yerine getirdiği fonksiyonu dikkate alarak, yediemin olarak çevirdik. Ancak esasen, bu kişi haczi yapan icra memurunun veya bailiff'in bir elemanı olduğu için, malın korunması için tevdi edildiği bir üçüncü kişi değildir.
[288] KRUSE, s. 121-122; KRUSE (1998), s. 44.
[289] KRUSE (1998), s. 44-45.

ve ayrıca, icra memuruna günlük küçük bir ücret ödeyeceğini kabul ettiği (genellikle yazılı bir sözleşme[290] ile yapılan), bir işlemdir.

Böylece, borçlu için, malları kullanma imkanının sona ermesinin yaratacağı sakınca (inconvenience) önlenmiş olur[291]. İcra memuru için ise, malların kendisine bırakılması veya malların nakledilmesinin sakıncaları

290

Yürüyen Zilyetlik Sözleşmesi

High Court'un

..... Bölümü
..... Bölgesi

High Court dava numarası.....
[County Court dava numarası.....]

[..... County Court'undan ..... tarihinde gönderilmiştir]

Davacı .....
Davalı .....

High Court'dan gönderilen icra emrini yerine getirmek için görevlendirilen ..... icra memuruna

Bu dava için verilen icra emrine göre, elkoymuş olduğunuz malların, yakın zilyetliğini (close possession) taşınmazım içinde bir yediemine (possession man) bırakmamanızı talep ediyorum.

Şayet bu talebim kabul edilir ise, söz konusu icra emri geri çekilene veya gereği yerine getirilinceye kadar, aşağıdaki hususları taahhüt ediyorum:

a) söz konusu malları kısmen veya tamamen ne ben başka bir yere nakledeceğim ne de sizin adınıza işlem yapmaya yetkisi olmayan bir kişinin bir yere nakletmesine izin vereceğim;
b) haczi yapmak üzere taşınmazıma ve müştemilatına gelen herhangi bir kişiye, icra emrine göre, benim mallarımın zilyedinin halihazırda siz olduğunuzu bildireceğim;
c) böyle bir ziyareti hemen size bildireceğim.

Size veya sizin adınıza hareket eden kişilere, icra emrinin gereği yerine getirilinceye veya geri çekilinceye kadar, her zaman ve söz konusu malları muayene etmek veya icra işlemini tamamlamak üzere gerekli gördüğünüz sıklıkta taşınmazıma ve müştemilatına tekrar girme (re-enter) izni ve yetkisi veriyorum.

Tarih : .....

imza

Hüküm Borçlusu

Bkz. Directory, s. 97.

[291] ve malların kullanılmasına devam edilmesi, malların muhafaza altına alınmış olması ile çelişik değildir.

aşılmış olur. Bu itibarla, hem icra memuru hem de borçlu için, ödeme için bir yol bulununcaya kadar, bir nefes alma imkanı sağlanmış olmaktadır. Daha önce belirtildiği gibi, elkoyma, zilyetliğin elde edilmesi olmasına rağmen, yürüyen zilyetlik, el koymanın ve onun devam ettiğinin ve korunduğunun (malların muhafaza altına alındığının) bir delili veya teyidi işlevi görür.

KRUSE, yürüyen zilyetliğin hukuki niteliğini saptayabilmek için, öncelik ile, taşınır mallar üzerindeki haklar konusundaki genel hukuk kavramlarını incelemek gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada iki husus önem taşımaktadır. Bir tanesi, zilyetliğin niteliği diğeri ise, zilyetliğin nasıl devredildiğidir[292].

İngiliz hukukunda zilyetlik kavramı kesin değildir ve tanımlanması gerekmektedir. Taşınır mallar ile ilgili olarak, zilyetlik kavramı, bazen *de facto* (fiili) zilyetlik (possession) de denilen, bir malın, fiziksel (physical) ve koruyucu (custodial) kontrolünü açıklamak için kullanılabilir. Zilyetliğin bu niteliği, mal üzerinde bir hak veya menfaat olan "hukuki zilyetlik" ("legal possession") kavramına atıf yapar. Bir başka deyişle, hukuki zilyetlik, hukuk tarafından, kabul edilen ve korunan zilyetlik anlamına gelmektedir. Böyle bir zilyetlik, mallara zilyet olmak niyeti (intention) ve mallar üzerinde mallara müdahaleleri önlemeye elverişli yeterli kontrol ile açıklanabilir. Fiili zilyetliğe sahip olmayan fakat hukuki zilyetliğe sahip olduğu kabul edilen kişinin, farazi zilyetliğe (constructive possession) sahip olduğu söylenir. İşte bu durum, yürüyen zilyetliği açıklamaktadır. Ayrıca, zilyetliğe sahip olan kişinin (person in possesion) mülkiyete de sahip olduğu (property in the goods) hukuki karinesi (presumption of law) mevcuttur. O halde, zilyet olan şahıs, yasadışı müdahalelere (wrongful interference) karşı, hukuki yollara başvurarak mallar üzerindeki bu haklarını korumaya yetkilidir[293].

[292] KRUSE (1998), s. 46.
[293] KRUSE (1998), s. 46.

Zilyetlik pek çok yolla devredilebilir. Mallar ile fiziksel temas (physical contact), bunun en açık metodudur; yakın zilyetlik (close possession) ve malların kaldırılması (removal) da aynı anlama gelir. Bununla beraber, tarafların zilyetliği devretme niyeti var olduğunda, mallar ile temasın önemi yoktur. Zilyetlik, malların yeri değiştirilmeksizin veya mallar ile ilgilenen kişiler değişmeksizin, sadece sözleşme ile devredilebilir. Yürüyen zilyetlik ve borçlu tarafından kabul edilmiş zilyetlikte, durum böyledir[294].

Ticari işlemlerine (trading businesses) devam eden bir ticari işletme üzerinde haciz (distress) uygulandığında, elkonulan (seized) ve yürüyen zilyetlik sözleşmesine konu olan stokların ve malzemelerin (materials), şayet, ticari işletmenin devam etmesi gerekiyor ise, firmanın kendisi tarafından satılması gerekir. Ancak, teorik olarak böyle bir işlem, borçlu açısından, yürüyen zilyetlik sözleşmesinin ihlali ve icra memuru veya bailiff açısından ise, haczedilen malların terki (abandonment) niteliği taşıyacaktır. Öte yandan, firmaya ticari işlerini sürdürmek imkanı verilmesi, firmanın borçlarını ödeyebilecek bir gelir elde etmesini sağlayabilir. Bu nedenle, icra memurunun veya bailiff'in hem haczedilen mallar üzerinde açık (apparent) zilyetliği elinde bulundurmasını sağlayacak hem de firmanın ticari işlemlerine devam etmesini temin edecek bir yöntem bulunması gerekir[295].

Çözüm, *Dalton, ex parte Herrington & Carmichael v. Trustee* ([1963] Ch 336) davasında, Yargıç Russell tarafından belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu stok haczi ve yapılan yürüyen zilyetlik sözleşmesi ile, belirli bir mal veya mallar haczedilmemiş; fakat, belli bir tür stoklar haczedilmiştir. Buna göre şayet, yürüyen zilyetlik, malları güvence altına almış ise, bu güvenlik, "yüzen" (*floating)* veya " gezen" (*ambulatory*) bir nitelik taşır. Belirli bir mal veya mallara ilişkin değildir. Haczin kristalleşmesi (crystallize), ancak, mallar satılmak üzere götürüldüğünde söz konusu olur. O zamana kadar, firma, alım-satımına normal olarak devam edebilir; stoklarını satabilir;

[294] KRUSE (1998), s. 46.
[295] KRUSE, s. 124.

yerlerine yenilerini koyar ve haciz, yeni satın aldığı mallar üzerinde devam eder[296]. Ancak burada dikkat edilmesi gerek bir husus vardır. Haciz kendiliğinden, yeni stoklar üzerinde devam etmez. Bailiff, bunun için çok dikkatli bir şekilde, bir sözleşme hazırlamalıdır; aksi halde, elkoyduğu malları terk etmiş konumuna düşebilir. Buna göre, el koyma sırasında, ayrıntılı bir envanter çıkartılmalı ve stok değişiklerinin bu envanter üzerinde gösterileceği belirtilmelidir. Malları kontrol etmek üzere, ticari işletmeye düzenli ve tekrar eden ziyaretler yapılmalıdır. Ayrıca, bailiff'in zaman zaman, ya yeni gelen malları haczederek envanteri güncellemesi veya satılan malların satış hasılatlarını (proceeds) alması gerekir. Şayet satılmış olan stokların yerine yenileri konmuyor ve anılan malların değerlerine karşılık gelen hiçbir fon da mevcut bulunmuyor ise, bailiff'in, malları kaldırmayı/götürmeyi (removal) düşünmesi gerekir. Bu işlemde getirilen yenilik şudur; daha önce, haciz işleminin tek bir işlem ("once only" activity) ile yapılması gerekiyordu. Tamamlama haczi yapmak mümkündü; ancak, daha önce gerçekleştirilmiş bir haczin bulunması gerekiyordu. Oysa, belirli mallara el konulup, o mallar muhafaza altına alınmadığında, terk gerçekleşmiş oluyor ve yeniden haciz yapmak gerekiyordu. Bu yöntemde ise, haciz işlemi gerçekleşmiş olmakta; fakat, bailiff'in, terk durumuna düşmemek için zaman zaman gelip, envanteri güncellemesi veya satış hasılatını alması gerekmektedir[297].

ee) Malların Muhafazası Sebebiyle Hukuki Sorumluluk

Borçlunun malları haczedildiğinde, icra memuru (veya bailiff) haczedilen malların muhafazası için uygun bir yer seçmelidir. Zira, icra memuru elkonulan malların bakımından sorumludur. İcra memuru, saklanılan yerin (pound) uygunsuzluğunun (unfitness) yol açacağı zararlardan dolayı dava edilebilir. Seçilen yer, yalnızca genel olarak uygun bir yer değil, söz konusu haczedilen mallar için ve söz konusu özel olay için de uygun bir

[296] KRUSE (1998), s. 48-49.
[297] KRUSE, s. 124.

yer olmalıdır. İcra memuru, malların muhafaza edileceği yeri önceden ve muhafaza sırasında düzenli olarak kontrol etmesi gereklidir. Şayet malların muhafaza altında tutulduğu yer sonradan uygunsuz hale gelir ise, başka bir yer bulmalıdır[298].

İcra memuru, hem malları götürürken hem de depolarken (storing), gerekli dikkate ve özeni (care) göstermek zorundadır. Aksi halde kendisine karşı, özensizlik davası (action for negligence) açılabilir.

Şayet mallar, satış için, bir müzayede salonunda (action store) depolanmış ise, müzayedeyi yapan kişi (auctioneer), malların muhafazası sırasında, kendi işlerinde göstereceği dikkat ve özeni (ordinary care and diligence) göstermelidir ve ihmal (default) ve dikkatsizliğinden (negligence) doğacak her türlü zarar ve ziyandan sorumludur[299].

İcra memuru, haczedilen malları kendi amaçları için kullanamaz; fakat, malların korunması (preservation) veya malikin menfaatleri (benefit) için gerekli ise, malları kullanabilir (örneğin, ineklerin sağılması). *Bagshaw v. Goward* ([1607] Yelv 96) davasına konu olayda, davalı (yediemin) el konulan (seized) bir ata binmişti. Mahkeme, böyle bir kullanımı, elkoymanın, söz konusu mal üzerinde bir mülkiyet hakkı (property) vermediği ve sadece bir muhafaza hakkı (custody) verdiği gerekçesi ile başlangıcından itibaren, usulsüz/haksız fiil (wrong) niteliğine dönüştüğüne ve davacının, malın değeri kadar bir tazminata hak kazandığına karar vermiştir[300].

Şayet muhafaza altına alınan mallar, muhafaza eden kişinin, ihmali (negligence) neticesinde, zarara uğrar veya kaybolur ise, malik, malın değeri için dava açabilir[301] (ancak, anılan davada, Yargıç Hitcham karara muhalif kalarak, elkonulan malların kaybının veya zarar görmesinin haczi

[298] KRUSE, s. 132.
[299] KRUSE, s. 200.
[300] KRUSE, s. 202.
[301] *Perkins v. Butterfield* (1627) Het 75 (bkz. KRUSE, s. 202).

ab initio hukuka aykırı/tecavüz (trespass) hal(in)e getireceğini ifade etmişti). Daha yakın döneme ilişkin örneklerde ise, icra memurunun veya muhafaza eden kişinin borçlunun el konulan arabasını süremeyeceğini, ama, şayet düzeli olarak kullanılmaz ise, bozulabilecek ekipmanları, periyodik olarak çalıştırabileceğine karar verildiğini görmekteyiz[302].

ff) Malların Muhafazası Nedeniyle Cezai Sorumluluk

Bir şahsın, henüz muhafaza altına (impounding) alınmadan önce, yasa dışı olarak elkonulan mallarını, geri alması *(recaption)* hukuka uygundur. Bu duruma örnek olarak, geçersiz bir icra emrine dayanılarak gerçekleştirilen elkoymayı verebiliriz. Ancak, yasa dışılık, elkoyma işlemine ilişkin olmalıdır. Yoksa, örneğin, vergi borcunun yokluğuna dair itiraz yasal yollardan yapılır; bu durum, elkonulan bir malın geri alınması için kullanılamaz. Yolsuz elkoymaya karşı hem zorla geri alma (forcible recapture) hem de zor kullanarak karşı çıkma (forcible resistance) hukuka uygundur ve bir saldırı davasında (in action for assault) itiraz olarak kullanılabilir. Fakat, izin verilecek zor kullanma düzeyini belirlemek güç olabilir[303].

Yasal olarak elkonulmuş ve fakat henüz muhafaza altına alınmamış malların alınması, *rescue*[304] (*rescous*) suçunu oluşturur. Öte yandan, muhafaza altına alınmış olan malların alınması ise *poundbreach*[305] denilen suçu oluşturur[306].

---

[302] KRUSE, s. 202.
[303] KRUSE, s. 31.
[304] "Rescue" kelimesi, kurtarma, kaçırma anlamına gelen bir kelime olup, İngiltere ve Galler hukukunda, elkonulmuş ve fakat henüz muhafaza altına alınmamış malların alınması suçunu ifade etmektedir. Bu suçun, Türk hukukunda tam karşılığı bulunmadığı için bir çeviri yapılmadan aynen kullanılmıştır.
[305] "Pound" kelimesi, hacizli malların saklandığı yer anlamına gelmektedir (Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 1991, s. 531). "Breach" ise, ihlal, bozma, tecavüz anlamındadır. Bu hali ile, poundbreach, hacizli malların saklandığı yere tecavüz anlamına gelir; ancak, İngiltere ve Galler hukukunda, muhafaza altına alınmış olan malların, bu yerden alınması suçunu ifade etmek üzere kullanılır ve bu hali ile, anılan suçun Türk hukukunda tam bir karşılığı bulunmadığı için çeviri yapmadık ve sözkonusu kelimeyi aynen kullandık.
[306] KRUSE, s. 32.

Bir hareketin rescue suçu teşkil etmesi için, muhafaza eden kişinin (keeper) huzurunda yapılmasından başka, toplum huzurunun ihlali (breach of the peace) veya ona eşit sayılabilecek bir hareketin mevcudiyeti gerekir[307].

Haciz işlemleri, yasadışı olsa bile, pound'a tecavüz bir suçtur (offence); zira, muhafaza altına alınan mallar, adli muhafaza altındadırlar (in the custody of the law) ve bu itibarla, eylem Taç'a (Devlet'e) karşı bir tecavüzdür ve toplum huzurunu bozucu (breach of the peace) bir nitelik taşır. Bir hareketin poundbreach teşkil etmesi için, suç işleme kastının bulunması gerekir. Toplum huzurunun bozulması gerçekleşsin veya gerçekleşmesin ve el konulan mallar ister usulüne uygun ister usulüne uygun olmadan depolanmış (stored) olsun, eylem, basitçe, adli muhafazanın (legal custody) ihlali (violation) niteliği taşıdığından, poundbreach bir suçtur[308].

Söz konusu fail, common law 'a göre, re'sen takibi gereken bir suçun (indictable offence) faili olarak, yasal takibata tabi tutulur. Ayrıca, poundbreach fiilini işlemeye teşebbüs (an attemp to commit poundbreach) de bir suçtur. Faillerin mahkumiyetine karar vermek için, söz konusu suçun işlenmesine bilerek katıldıklarına (engaging in) veya yardım ettiklerine (assisting in) ilişkin açık delil (clear evidence) bulunması gereklidir. Ceza, failin kullandığı araçlara ve suçun ağırlığına bağlı olarak, hapis cezasına (committal) veya bir para cezasına (fine) mahkum edilebilir[309].

[307] KRUSE, s. 32.
[308] KRUSE, s. 32.
[309] KRUSE, s. 32.

Hemen belirtmek gerekir ki, poundbreach suçu (the offence of poundbreach), kira alacağı için hapis hakkında (distress for rent) uygulandığı gibi, kanuni elkoymada (statutory distraint) da uygulanır[310].

County court icra emirlerinin icrası söz konusu olduğunda, County Court Act (CCA), m. 92, elkonulan malları alan (rescue) bir kişinin, bir ay hapis ve/veya 2500 pound'a kadar para cezasına (fine) çarptırılacağını amirdir. Söz konusu kişi tutuklanabilir/hapsen tazyik edilebilir (arrested) veya bailiff tarafından aleyhine dava açılabilir (hakim önüne çıkartılabilir). Hapsen tazyik (arrest), şayet mallar bailiff tarafından yakalandı ise, hemen (on the spot) uygulanır veya alternatif olarak, mahkemeden bir davetiye (summons) gönderilir[311].

High Court icra emirleri söz konusu olduğunda ise, el konulan malların tekrar alınması hali, suç teşkil eden mahkemeye itaatsizlik[312] (criminal contempt) olarak kabul edilir[313].

gg) İngiltere ve Galler Hukukunda Reform Çalışmaları ve Yedieminlik

28 Mart 1994 tarihinde, dönemin Lord Chancellor'ı olan Lord Mackay, Lord Woolf'u, İngiltere ve Galler'deki hukuk mahkemelerinin usul (prosedure) kurallarını (rules) incelemesi ve bir rapor hazırlaması için görevlendirdi. Yapılacak incelemenin amacı; a) adli başvuru imkanlarını

---

[310] KRUSE, s. 32.
[311] KRUSE, s. 33.
[312] "Suç teşkil eden mahkemeye itaatsizlik (criminal contempt) ifadesi, adli işleri (administration of justice), engelleme veya ona müdahaleye mütemayil veya engelleyen söz (words) ve davranışlara (conducts) denilir; bu, bu nedenle, mahkemelerin, seri muhakeme usulü ile (by summary process), davaya bakma ve eylemi, hapis ile veya para cezası ile cezalandırma yetkisi yahut iyi davranışlar için bir teminat verme (security for good behaviour) niteliği ile, kamusal niteliği olan bir suçtur. Hukuk mahkemesinde bir taraf lehine verilen karara diğer tarafın uymaması şeklindeki özel hukuk anlamındaki mahkemeye itaatsizlik (civil comtempt) ise, usulü bir itaatsizliktir ve mahkemenin hükümlerine, emirlerine (order) veya diğer işlemlerine uygun davranmamaktan ibarettir ve özel bir zararı (private injury) içerir." (bkz. JACOB, Jack I.H., Fabric of English Civil Justice, England 1987, s. 206). Ayrıca bkz. yukarıda dn(235).
[313] KRUSE, s. 33.

düzeltmek ve mahkeme masraflarını azaltmak; b) usul kurallarının karmaşıklığını azaltmak ve terimleri güncellemek ve c) usul kurallarında yer alan gereksiz farklılıkları gidermekti[314].

Lord Woolf'un raporu[315] sonucunda, 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe giren 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları (Civil Procedure Rules 1998) hazırlandı. Söz konusu Kurallar ile High Court ve county court'da uygulanan usul kurallarında çok önemli ve köklü değişiklikler yapılmıştır; fakat, icra ve haciz hukukuna yönelik olarak önemli bir değişiklik yapılmamıştır[316].

Ancak, reform çalışmaları hala devam etmektedir. Lord Chancellor's Department[317] tarafından, hukuk mahkemelerinin hüküm ve emirlerinin icrasına ve genel olarak icra hukukuna yönelik olarak yürütülen reform çalışmaları neticesinde, anılan Department (Daire) tarafından, İstişare Raporu (Consultation Report –CP) denilen çeşitli raporlar hazırlanmış ve ilgili meslek kuruluşlarından ve üniversitelerden görüşler istenmiştir.

Söz konusu raporlara göre İngiliz icra hukukunda yapılması düşünülen değişiklikleri, konumuzu ilgilendirdiği ölçüde aşağıdaki gibi belirleyebiliriz :
- Bilindiği gibi, İngiltere ve Galler icra hukukuna göre, taşınmaza "giriş" (entry) gerçekleştirildikten sonra, haczin iki aşaması vardır: el koyma (seizure) ve muhafaza altına alma (impounding). Hazırlanan raporlarda, mahkemeler tarafından, el koyma ve muhafaza altına alma konusundaki ayırımdan pek çok mahkeme kararında söz edilmediği ifade edilmiş ve [Department'ın (Dairenin) raporları hakkında görüş belirten] Katılımcıların çoğunluğu, bu ayırımın kaldırılmasını önermişlerdir. BEATSON, el koyma ile muhafaza altına alma arasındaki ayırımın kaldırılarak, yerine ikame

[314] BRANNAN ve diğerleri, s. 1.
[315] Lord Woolf tarafından hazırlanan bu rapor, "Access to Justice, Final Report" adını taşımaktadır.
[316] KRUSE, s. 6; BRANNAN ve diğerleri, s. 28. Söz konusu 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları, İngiliz hukukunda, 1875 yılında yapılan köklü değişiklikten sonra yapılan en önemli değişiklik olarak kabul edilmektedir (bkz. BRANNAN ve diğerleri, s. 1).
[317] Lord Chancellor'n başkanlığını yaptığı daire.

edilecek usulün tek ve basit bir usul olmasını önermiş ve adına da "adli kontrol altına alma" (taking legal control") denilmesini önermiştir[318].

- BEATSON, şayet el koyma (seizure) ile muhafaza altına alma (impounding) arasındaki ayırım kaldırılır ve yerine, "giriş"ten (entry) sonra, malların "adli kontrol altına alınması" (taking legal control) tek ve basit işlemi getirilir ise, kontrol biçimlerine ilişkin olarak bir sorunun doğacağını ifade etmektedir. BEATSON, bu halde, malların üç tür yasal kontrol altına alınmasının mümkün olabileceği fikrindedir: malların taşınmazdan dışarı çıkarılıp, teminat altına alınması; malların taşınmazda teminat altına alınması ve yürüyen zilyetliğe (walking possession'a) dayanan biçim. Katılımcıların çoğunluğunun, "yürüyen zilyetlik" ("walking possession") teriminin artık uygun olmadığını ifade etmesine karşın, BEATSON, bütünüyle başarılı bir alternatif getirmenin pek kolay olmadığını düşünmektedir. Katılımcıların önerileri şöyledir : "icranın ileriki aşamaları için saklama" (reserved pending further enforcement action), "uzaktan zilyetlik" (remote possession) ve "fiziksel zilyetlik olmaksızın hukuki kontrol" (legal control without physical possession). BEATSON, önerilerden birincisinin kendisine daha yakın geldiğini ifade etmektedir[319].

- Hem borçlunun hem de haczi yapan kişinin (distrainor) borçlarını açıkça tespit eden standart bir yürüyen zilyetlik sözleşmesi formunun yasa ile tespit edilmesi gerektiği yönünde Katılımcılar arasında baskın bir görüş vardır[320].

- Katılımcıların (Respondents) çoğunluğu, haciz halinde (in distraint), el konulan malları geri almanın bir suç (criminal offence) teşkil etmesi yönünde görüş bildirmişlerdir. Bazıları ise, borçlunun eylemi ile orantılı bir müeyyideye ihtiyaç olduğunu söylemişlerdir. Bu kişiler, para cezasının, alacaklının zararı ile orantılı olarak, borçlunun varlıklarını azaltması

[318] BEATSON, Jack QC, Independent Review Of Bailiff Law Report, June 2000 (The University of Cambridge Centre for Public Law), s. 52.
[319] BEATSON, s. 58.
[320] BEATSON, s. 61.

gerektiğini düşünmektedirler. BEATSON ise, icra yolu (distraint) ile el konulan malları geri alma (rescuing goods seized in distraint) için genel bir suç (general criminal offence) yaratmanın uygun olacağı yönünde görüş belirtmiştir. BEATSON, 1984 tarihli County Court Acts'ın 92 nci section'ının bu konuda iyi bir örnek olduğunu, anılan maddeye göre, "county court'un verdiği hükümlerin icrası sırasında el konulan malları geri alan veya almaya çalışan" bir şahısın, bir yıla kadar hapis veya 2.500 Sterlin'e kadar para cezasına yahut ikisine birlikte mahkum edileceğini ve kendi önerisinin de, benzeri hükümlerin tüm icra işlemleri için geçerli olması gerektiği yönünde olduğunu ifade etmiştir[321].

- Yukarıda belirtildiği gibi, Katılımcıların çoğunluğu, el koyma ve muhafaza altına almanın birleştirilmesi gerektiğini düşünmektedirler. Katılımcılar, bu hususun kabul edilmesi halinde, icra takibi yolu ile adli kontrol (legal control) altına alınan mallara haksız müdahale için iki değişik özel hukuk sorumluluk tipini muhafaza etmenin bir mantığı (rationale) kalmadığını ifade etmektedirler. Tek bir biçim öneren büyük çoğunluk, rescous ve pounbreach'in ikisinin birlikte sürdürülmesinin gereksiz olması, tek biçimin bir avantajı olduğunu belirtmişlerdir. BEATSON ise, icra takibi ile adli kontrol altına alınan mallara haksız müdahale edilmesine karşı, rescous ve pounbreach yerine tek bir özel hukuk sorumluluk tipinin konulmasını önermektedir[322].

3) İNGİLTERE VE GALLER ACZ (INSOLVENCY) HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

İngiltere ve Galler acz hukukuna ilişkin düzenlemeler temel olarak, Insolvency Act 1986 ve Insolvency Rules 1986'dır. Insolvency Act 2000 ile de önemli bazı reformlar yapılmıştır. Daha kapsamlı bir değişiklik ise, Enterprise Act 2002 ile gerçekleştirilmiştir. Ancak anılan kanunun tam

[321] BEATSON, s. 84.
[322] BEATSON, s. 86.

olarak uygulanabilmesi için ikincil hukuki düzenlemelerin yapılması beklenmektedir[323].

Alacaklının, bir gerçek kişinin veya bir şirketin iflası hususunda dava açabilmesi (petition) için temel şart, söz konusu borçlunun, borcu ödemek konusundaki yetersizliğini/zaafiyetini (a lack of ability) veya isteksizliğini (unwillingness) ispatlayabilmesidir[324].

Aşağıda İngiltere ve Galler acz hukuku, inceleme konumuzu ilgilendirdiği ölçüde, bir başka deyişle, yedieminliğe benzer müesseseler bulunup bulunmadığının tespiti açısından incelenecektir.

a) İhtiyari Anlaşma Usulleri (voluntary arrangements)

aa) Gerçek Kişilere İlişkin İhtiyari Anlaşma Usulü (individual voluntary arrangements)

Gerçek kişilere ilişkin ihtiyari anlaşma usulünün başlaması, borçlunun, Temsilci (Nominee[325]) denilen, bir Acz İşleri Meslek Memuru (Insolvency Practitioner) ile birlikte bir yeniden ödeme teklifi (repayment proposal) hazırlaması ve alacaklılara sunulmak üzere bir ayrıntılı yeniden ödeme planı (detailed repayment scheme) düzenlemesi ile başlar[326]. Bu işlemlerin yapılabilmesi için ihtiyaç duyulan süreyi sağlamak üzere, borçlu, mahkemeden bir ihtiyati tedbir kararı[327] (interim order) isteyebilir[328].

---

[323] White Book (II), s. 1133.
[324] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.115.
[325] Bir başkası adına mali konularla ilgilenmesi için atanan kişi (bkz. COLLIN, s. 201)..
[326] KRUSE, s. 46.
[327] Insolvency Act 2000 ve 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren Insolvency (Amendment) Rules 2002'ye kadar, alacalılarına teklif sunmak isteyen, borçlu için, bir ihtiyati tedbir (interim order) talep etmek zorunluluğu vardı. Ancak anılan düzenleme ile, artık, alacaklılarına karşı bir korunmaya sahip olma ihtiyacı duymayan borçlu, söz konusu ihtiyati tedbir (interim order) almak zorunda değildir (White Book (II), s. 1147).
[328] KRUSE, s. 46. Ayrıca krş. adi konkordatoya (iflas dışı konkordatoya) ilişkin İİK m. 285-308.

İhtiyati tedbir kararının (interim order) verilmesi, başlamış olan tüm icra işlemlerini (execution) ve her türlü yasal takibatı (legal proceedings) durdurur ve mahkemenin izni olmadan yeni herhangi bir yasal takibat da başlatılamaz[329].

İhtiyati tedbir kararı, 14 gün sonra, etkisini yitirir; fakat, mahkeme, borçluya danışmanlık yapan ve borçlu adına acz hali için başvuruda bulunan, Temsilci'nin[330] müracaatı ile kararın süresini uzatabilir[331]. Teklif, bu alacaklıların dörtte üç çoğunluğu ile kabul edilir ise, bu teklif tüm alacaklıları bağlar[332].

Yukarıda belirtildiği gibi, sözkonusu Temsilci, borçluya, yeniden ödeme planı hazırlanmasına yardım eden kişi olup, kanaatimizce, herhangi bir şekilde yediemin olarak kabul edilemez.

bb) Şirketlere İlişkin İhtiyari Anlaşma Usulü (company voluntary arrangements)[333]

Bu usul de, şirket yöneticilerinin, (şayet bir kayyımlık emri -administration order- mevcut ise) kayyımın (administrator) veya (şirket tasfiye halinde ise) tasfiye memurunun (liquidator), Temsilci (Nominee) denilen bir bir Acz İşleri Meslek Memuru (Insolvency Pratitioner) ile şirketin işlerinin düzenlenmesi için bir plan hazırlaması ile başlar. Temsilci, bu raporu inceler ve planı uygun görüp görmediği hakkındaki bir raporu ile birlikte, mahkemeye sunar. Şayet plan uygun görülür ise, şirket ortaklarının ile

[329] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.116; CLARKE, Alison, İngiliz Hukukunda 1986 Aciz Hukuku'ndan Sonra Şirket Kurtarma ve Yeniden Örgütlenme, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 56.
[330] İhtiyari Anlaşmaya (Voluntary Arrangement) göre, teklifleri görüşmek üzere atanan Tasfiye Memuru (Insolvency Practitioner) (bkz. KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.137).
[331] White Book (II), s. 1147.
[332] White Book (II), s. 1147; KRUSE, s. 46.
[333] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.128-129;

alacaklılarının oluşturdukları toplantılarda bu rapor tartışılır. Teklif nitelikli çoğunlukla kabul edilir ise, bütün ilgilileri bağlar[334].

Burada da Temsilcinin durumu, gerçek kişilere ilişkin ihtiyari anlaşmalar usulü ile aynı olduğundan, bir yedieminden söz etmek mümkün değildir.

b) İdareci Kayyımlık Usulü (administrative receivership)

Bu usul, yüzlerce yıldan beri yürürlükte bulunan, teminatlı bir alacaklının, teminat teşkil eden mallara elkoymak ve bunları kendi hesabına paraya çevirmek üzere, bir idareci (receiver) tayin edebildiği bir usuldür. İngiltere ve Galler hukukunda, geçen yüzyılda yüzen teminat[335] (floating charge) müessesesinin ortaya çıkması ile birlikte, yüzen teminat alacaklısına şirketin bütün malvarlığı üzerinde külli bir teminat kazanmak imkanı verilmiştir. Buna göre, yüzen teminat sahibi alacaklı, şirketin tüm mallarına ve yönetimine elkoyarak bir idareci atamak imkanını kazandı[336].

İdareci kayyım, mahkeme tarafından atanmış bir görevli değildir; Acz İşleri Meslek Memuru (Insolvency Practitioner), yani çoğunlukla meslekten bir muhasebecidir. İdareci kayyım, şirketin işletmesini ve malvarlığını yönetmek en geniş yetkilerle donatılmıştır[337]. Ancak, esasen görevi,

---

[334] White Book (II), s. 1135; CLARKE, s. 56-57. Bu usulde moratoryum yoktur. Ancak, 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren, Insolvency Act 2000'e göre, belirli şartları taşıyan ve elverişli şirket (eligible company) denilen bazı şirketlere, bir kayyımlık emri (administrator order) almadan da, moratoryum elde etme imkanı tanınmıştır (bkz. White Book (II), s. 1135). Ayrıca krş. adi konkordatoya (iflas dışı konkordatoya) ilişkin İİK m. 285-308.

[335] "Yüzen teminat (yüzen rehin hakkı), kurulduğu anda tekemmül etmemiş bir teminat türüdür; teminat hakkı başlangıçta, genel olarak, işletmenin bütün malvarlığını kapsamakta; fakat hiç bir münferit mala bağlanmadan, adeta malların tamamı üzerinde alınmakta ve yüzmektedir. Teminatlı alacaklı teminat hakkını icra etmedikçe (veya icra edene kadar), borçlu yüzen teminatın kapsamına giren mallar üzerinden, sanki hiç bir teminat yükü yokmuş gibi serbestçe tasarruf edebilir. Fakat, teminat icraya konulunca, yüzen teminat 'kristalize' olur; yani, borçlunun (o tarihteki) malvarlığında bulunan bütün mallar üzerine çöker ve onlara bağlanır. Bu tarihten itibaren, artık teminatlı alacaklı şirketin bütün malları üzerinde bir sabit teminat (fixed charge) hakkını haiz olur" (bkz. CLARKE, s. 43, dn(6)).

[336] CLARKE, s. 43. Ayrıca krş. mal varlığının terki suretiyle konkordatoya ilişkin İİK m. 309/a-309/l.

[337] CLARKE, s. 45.

şirketin mallarını kendisini atayan alacaklı menfaatine paraya çevirmek ve alacaklıya ödemektir[338].

İdareci kayyım, teminatlı alacaklı tarafından atanır, ancak, ondan bir ölçüde bağımsızdır, teminatlı alacaklının değil şirketin temsilcisi (agent) olduğu kabul edilmektedir ve görevinden ancak, mahkeme tarafından alınabilir[339].

Yukarıda belirtilenlerden de anlaşılabileceği üzere, görevi ve fonksiyonu itibariyle, idareci kayyımı, bir yediemin olarak kabul etmek mümkün değildir.

c) Kayyımlık Usulü (administration)

Yeni çıkan Enterprise Act 2002, önceki Insolvency Act 1986'nın, kayyımlık usulünü düzenleyen, hükümlerinin yerini almaktadır[340]. Buna göre, kayyım (administrator), kanunda yer alan şartlara göre, mahkeme emriyle, yüzen teminat alacaklıları tarafından, şirket veya yöneticileri tarafından atanabilir. Kayyımın atanma amacı, şirketin "going concern" olarak kurtarılması; alacaklılar için şirketin iflasından daha iyi sonuçların elde edilmesi veya teminatlı ya da tercihi alacaklılardan bir veya daha fazlasına dağıtım yapabilmek için şirket mallarının paraya çevrilmesidir. Kayyım kanunda belirtilen bu amaçları, yukarıda belirtilen sıra ile elde etmeye çalışmalıdır[341].

Kayyım, bir mahkeme emri ile atansın veya atanmasın, mahkemenin bir görevlisidir ve şirketin bir temsilcisidir (agent)[342].

---

[338] CLARKE, s. 46; KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s. 136.
[339] CLARKE, s. 44 ve 46.
[340] Önceki düzenleme için bkz. CLARKE, s. 48-55 ve White Book (II), s. 1136-1138.
[341] White Book (II), s. 1139. Ayrıca, krş. sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasına ilişkin İİK m. 309/m-309/ü.
[342] White Book (II), s. 1139.

Yukarıda açıklananlardan anlaşılacağı üzere, kayyımın (administrator) da görevleri ve fonksiyonu itibariyle yedieminden önemli farklılıkları bulunmaktadır.

d) İflas

aa) Gerçek Kişilerin İflası (Bankruptcy)[343]

Gerçek Kişinin İflası Kararı, mahkemenin, borçluyu acz halinin baskısından korumak ve borçlunun varlıklarının, alacaklıları arasında eşit bir şekilde dağıtılmasını temin etmek üzere verdiği bir karardır. Bu halde bir Resmi İdareci (Official Receiver)[344] veya bir Trustee[345] atanır ve müflisin (bankrupt) tüm işlemlerini kontrol altına alır. Müflis, varlıklarını Trustee'ye teslim etmek ve borçları ve taahhütlerinin tüm ayrıntılarını bildirmek zorundadır.

Görüldüğü gibi, Resmi İdareci ve Trustee'nin görevleri de, yedieminden oldukça farklıdır.

bb) Şirketlerin İflası (Winding-Up)

Bir şirketin, tüzel kişiliği (legal entity) bulunduğundan, tasfiye usulü şirketin varlığını sona erdirmek için yürütülür. Şirketlerin tasfiyesi, mecburi ve ihtiyari olmak üzere iki şekilde olabilir[346].

---

[343] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.119-126.
[344] Bireylerin iflası halinde, mahkeme tarafından atanan ve iflas işlemleri ile ilgilenen mahkeme görevlisine veya Ticaret Bakanlığı Memuruna (Member of the Department of Trade) verilen isim (bkz. KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.137).
[345] Gerçek kişilerin iflası halinde, müflisin malvarlığı ile ilgilenmek üzere atanan Acz İşleri Meslek Memuruna (Insolvency Practitioner) verilen isim (bkz. KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.137).
[346] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.129.

İhtiyari Tasfiye (Voluntary Liquidation), şirket üyelerinin (member) istek ve teşviki (instigation) ve alacaklıların rızası ile gerçekleştirilen bir prosestir. Mecburi Tasfiye (Compulsory Liquidation) ise, bir mahkeme kararı ile ve alacaklarını alamamış alacaklıların istek ve teşviki ile yapılır[347].

İflas halinde, şirket varlıkları ile ilgilenmek ve kanuni sıraya göre borçları ödemek üzere Tasfiye Memuru (Liquidator) atanır. Tasfiye memur veya memurları, alacaklılar toplantısı (creditors' meeting) tarafından izin verilmedikçe, çabuk ve kolay bozulabilir olanlar dışında şirket varlıkları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verilmez. Ancak, tasfiye memur veya memurlarının, şirket varlıklarını kontrol altında tutmak ve varlıkların korunması için gerekli davaları açmak yetkisi vardır[348].

Öte yandan mahkeme, iflas kararı verilmeden önce, yetkilerini de belirleyerek, bir Geçici Tasfiye Memuru atayabilir.

Atanma sebepleri ve yerine getirecekleri görev gereği olmak üzere, tasfiye memurlarının bir yediemin olarak kabul edilemeyecekleri açıktır.

B) AMERİKAN HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

I) GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri, elli eyalet ve bir ulusal hükümetten oluşan federal bir hükümet yapısına sahiptir[349]. Amerikan Anayasasına göre, Federal Devletin, sadece belirli ve sınırlı olarak sayılmış konularda kanun koyma yetkisi vardır[350]. Birleşik Devletler Anayasası, 8 inci Bölüm'ün 1

[347] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.129.
[348] KEITH/PODEVIN/SANDBROOK, s.133-134.
[349] HAZARD, Geoffrey C./TARUFFO, Michele, American Civil Procedure, New Heaven and London 1993, s. 34.
[350] OĞUZ, s. 295.

inci maddesi, Kongreye (*Congress*) "İflas hukuklarını birleştirmek" yetkisi vermiştir[351].

Kongre bu yetkiye dayanarak, 1938 yılında esaslı değişiklikler yapılacak olan 1898 tarihli İflas Kanununu (*Bankruptcy Act*) kabul etti. 1 Ekim 1979 yılında yürürlüğe giren 1978 tarihli İflas Reform Kanunu (*Bankruptcy Reform Act*) ise, 1898 tarihli İflas Kanununu ilga etti ve yerine yeni bir İflas Kanunu (*Bankruptcy Code*) getirdi[352]. Sözkonusu Kanun, Birleşik Devletler Kanunları (*United States Code*) Başlık 11 (*Title 11*) olarak numara almıştır ve yürürlüğe girdiği günden beri pek çok değişikliğe uğramıştır. Söz konusu kanun, ABD'deki tüm iflaslarda uygulanan, yeknesak bir federal kanundur[353]. ABD'deki iflas usulü aynı zamanda, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin (*Supreme Court of the United States*) sahip olduğu yetkiye dayanarak yayımladığı İflas Kuralları (*Bankruptcy Rules*) tarafından düzenlenmektedir[354].

Medeni usul kuralları açısından ise, durum bu kadar açık değildir. Zira, ABD Anayasasında medeni usul kurallarına ilişkin olmak üzere kanun yapmak için Federal Devlete bir yetki verilmemiştir.

Ancak, ABD Anayasası'ndaki, eyaletlerdeki mahkemelerden bağımsız bir federal mahkemeler sistemi kurulması konusunda düzenlemeden yararlanılarak, devletin ve değişik eyaletlerin vatandaşlarının taraf olduğu davaları görmeye yetkili olmak üzere, yeni federal ilk derece mahkemeleri kuruldu. Bu mahkemelerin hangi hukuku uygulamaları gerektiği konusunda ise ortaya bir sorun çıktı. Zira her eyaletin kendi usul sistemi mevcuttu. Bu durumda, 1789 yılında çıkartılan Uyumlaştırma Kanunu (*Conformity Act*) ile, her eyalette bulunan federal mahkemelerin, o eyaletin

[351] JASPER, Margaret C., Individual Bankruptcy and Restructuring, New York 2002, s. 1 (JASPER (Bankruptcy)).
[352] WAXMAN, Ned W., Bankruptcy, United States of America 2002, s. 2.
[353] JASPER (Bankruptcy), s. 2.
[354] JORDAN, Robert L./WARREN, William D./BUSSEL, Daniel J., Bankruptcy, New York 1999, s. 1.

usul kurallarını uygulayacağı kabul edildi. Ancak, her eyaletin usul kuralları farklıydı ve bu durum ciddi sorunlar çıkarıyordu[355].

Bu sebeple, Kongre 1934 yılında bir Yetki Kanunu (*Enabling Act*) kabul etti ve tüm federal mahkemelerde uygulanacak bir medeni usul kuralları sistemi oluşturmak konusunda, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesine yetki verdi. Böylece, oluşturulan bir komite tarafından hazırlanan Federal Medeni Usul Kuralları (*Federal Rules of Civil Procedure*) 1938 yılında Kongre tarafından kabul edildi. Gerçekleştirilen pek çok değişikliğine rağmen anılan Federal Kurallar halen yürürlüktedir[356].

Eyaletlerin çoğunluğu kendi istekleri ile, usul kuralarını yukarıda belirtilen Federal Kurallar modeline uygun hale getirmişlerdir[357]. Ancak yine de eyaletler arasındaki farklılıklar devam etmektedir. Özellikle bu farklılıklar, mahkeme hükümlerinin icrası konusunda en yoğun şekilde mevcuttur ve oldukça karışıktır[358]. Aynı durumun geçici hukuki himaye tedbirleri için de geçerli olduğunu belirtebiliriz (bkz. Federal Kurallar, Kural 64).

Aşağıda, ABD hukukunda yedieminlik müessesesi incelenirken, medeni usul hukuku bakımından, eyaletlerin geçici hukuki himaye tedbirleri ve hükümlerin icrası konusundaki karmaşık prosedürlerinin bir özeti şeklinde bir inceleme yapılacak; iflas hukuku açısından ise, İflas Kanunu (Title 11) esas alınarak konu incelenecektir. Ancak, medeni usul hukuku açısından tespit edebildiğimiz eyaletlere ilişkin farklılıklar da belirtilecektir.

ABD hukukunda, vergi borçları gibi bazı konular hariç, bir mahkeme hükmü veya emri olmaksızın haciz yapmak imkanı yoktur[359]. Bu itibarla,

---

[355] HAZARD/TARUFFO, s. 26-27.
[356] HAZARD/TARUFFO, s. 27-28.
[357] HAZARD/TARUFFO, s. 28.
[358] FRIEDENTHAL, Jack H./KANE, Mary Kay/MILLER, Arthur R., Civil Procedure, United States of America 2001, s. 715.
[359] JASPER, Margaret C., The Law of Debt Collection, New York 2001, s. 8 (JASPER (Collection)); Vergi daireleri ise, vergi alacağını almak için, bir mahkeme hükmüne ihtiyaç duymazlar. Buna göre, genel hatları ile belirtmek gerekir ise, vergi dairesi, vergi

ABD hukukunda, sözkonusu istisnai durumlar hariç ilamsız icra yoktur. Bu istisnaları dışarıda bırakmak suretiyle, aşağıda önce, (yukarıda belirtilen çerçevede) ABD hukukunda geçici hukuki himaye tedbirleri ve nihai hükümlerinin icrasında ve daha sonra da iflas hukukunda yedieminlik müessesesi ve yedieminlerin fonksiyonunu gören müesseseler değerlendirilecektir.

II) ABD HUKUKUNDA GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ VE MAHKEME HÜKÜMLERİNİN İCRASINDA YEDİEMİNLİK

ABD hukukunda davanın esası hakkında karar verilinceye kadar, eyalet mahkemeleri, davacının genel olarak "geçici hukuki himaye tedbirleri" (*provisional remedies*) denilen koruyucu tedbirler (*protective measures*) talep edebilmesi imkanı sağladılar. Bunun nedeni davalının, davacının başvurduğu hukuki yolları etkisiz ve mahkemenin verdiği hükmü uygulanamaz kılma amaçlı olarak malları üzerinde tasarrufta bulunmasını engellemektir. Davacı, bu himaye tedbirlerinden birisini kullanarak, davayı kazandığı zaman hükmedilecek tazminatı alabileceği varlıkların mevcudiyetini; veya bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına dair emirlerle (injunctive relief) ise, dava devam ederken mevcut durumun korunmasını temin edebilir[360].

Hukuki başvuru yolları yelpazesinin diğer ucunda, mahkeme hükümlerinin icrası araçları (*devices*) yer alır. Bir davayı kaybeden davalı, davacının mahkeme tarafından kabul edilen hakkını vermekte isteksiz olduğunda, eyalet kanunları, borçlunun varlıklarını tespit ve alacağı bu varlıklardan

---

borçlusuna bir ödeme emri (Notice and Demand for Payment) gönderir. Vergi borçlusu, bu ödeme emrinin gereğini yerine getirmez ise, kendisine bir nihai haciz ve itiraz hakkı ihbarı daha gönderilir. Vergi borçlusu bu ihbara karşı 30 gün içinde, vergi dairesine itiraz edebilir. Vergi dairesi bu itiraz üzerine bir karar (determination) verir. Vergi borçlusu bu karara karşı da, 30 gün içinde vergi mahkemesinde itiraz edebilir. Oldukça karışık ayrıntıları olan bu usul için bkz. JASPER (Collection), s. 25-35.

[360] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, Civil Procedure, United States of America 2001, s. 714.

tahsil konusunda bir dizi usul temin eder[361]. Aşağıda bu usuller incelenirken, doğal olarak sadece konumuzu ilgilendiren usuller üzerinde durulacaktır[362].

1) GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ (PROVISIONAL REMEDIES)

a) İhtiyati Haciz (attachment)

ABD hukukunda, ihtiyati haciz (*attachment*), davacının talebi üzerine, mahkemenin, bir görevlisine [veya pek çok eyalette, şerife ("sheriff")], davalının taşınır mallarına elkoyması veya taşınmaz malları üzerinde ise, kontrol ve hakimiyet tesis etmesini emrettiği bir usul olarak tanımlanır. İhtiyati haciz, bir davada verilen hükmün yerine getirilmesini sağlayacak malvarlığı değerlerinin elden çıkarılmasına veya bu malların değerlerinin azaltılmasına engel olmak için istenir[363].

İhtiyati haciz emri, ister taşınır ister taşınmaz olsun veya maddi ya da gayrımaddi nitelikte olsun, davalının mallarının veya alacaklarının bulunduğu yerdeki şerife yöneltilir ve ondan söz konusu mallar ve alacakları haczetmesi istenir. Bu şekilde mallar, mahkemenin kontrolüne geçmiş olur. Genellikle, haczedilen mallar şerif tarafından muhafaza altına alınır. Ancak, malların mahkemenin kontrolü altına girdiğini belirtir bir ihbarın (*notice*) bırakılması da yeterli olacaktır. Burada anahtar durum, şerifin işleminin malların davalının kontrolünden çıkarılması ve mahkemenin kontrolüne geçirilmesini sağlamaya yeterli olmasıdır. Öte yandan, davalı, haczedilen malların değeri ve şerifin ücret ve masrafının

[361] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 715.
[362] Söz konusu usuller hakkında ayrıntılı bir inceleme için, bkz. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 714 -735.
[363] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 715.

ya da öngörülen daha yüksek bir meblağı ödeyerek haczin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir[364].

Bu konuda tespit ettiğimiz, North Carolina eyaleti uygulamasına göre, şerif, haczedilen malların muhafaza ve bakımından sorumludur. Şerif, haczedilen malların, muhafazası ve saklanması masraflarını zaman zaman, alacaklıdan talep edebilir. Bu masraflar, asıl davanın mahkeme masraflarından kabul edilir[365].

Görüldüğü gibi, ihtiyati haczedilen malların muhafazası ve bu muhafazanın sorumluluğu bir devlet görevlisi olan şerife aittir.

b) Geçici İdare Memuru (Temporary Receıver)

Bir geçici idare memurunun (*temporary receiver*) atanması, davacının veya bazı eyaletlerde, dava konusu mal üzerinde herhangi bir hakkı olan kişinin, mahkemeden, asıl uyuşmazlık çözümleninceye kadar, davalının tüm malları veya bazı mallarını idare etmek üzere, uzman (*competent*) bir kişinin atanmasını talep etmesine ilişkin usuldür. Bir idare memurunun atanması, geçici hukuki himaye tedbiri niteliği taşıdığından, diğer hukuki başvuru yollarına (*remedies*) yardımcı bir nitelik taşımaktadır ve kendisi başlıbaşına bir dava ile istenen bir hukuki çare olamaz[366].

Bir geçici idare memuru atanmasına genellikle, bir malın eyalet dışına çıkarılacağına, kaybolacağına veya maddeten zarar göreceğine veya yok olacağına dair esaslı bir tehlikenin var olması halinde, izin verilir. Bununla beraber, pratikte, davalının fiili veya potansiyel acz hali (*insolvency*), diğer tarafın, davalının malının bir idare memuruna verilmesini talep etmesinin önemli bir gerekçesini oluşturur[367].

---

[364] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 717.
[365] BROWN, James J., Judgment Enforcement, New York 2003, s. 11-64.
[366] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 722 ve dn(1).
[367] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 722.

Bir davanın devamı sırasında bir idare memurunun atanması kararı, mahkemenin takdir hakkı kapsamındadır. Ancak, bir idare memurunun atanması, davalının malı üzerindeki tasarruf hakkına müdahale niteliği taşıdığından, söz konusu mala tamir edilemez şekilde bir zarar vermesi ihtimali gibi, açık ve ikna edici bir delil mevcut olmadıkça, bir idare memuru atanamaz[368].

İdare memuru, özel bir amaç için atanmış olan bir mahkeme görevlisidir. İdare memuru, her zaman, mahkemenin denetimine (control) tabidir ve yalnızca, atama emri ile kendisine verilen yetkilere sahiptir. İdare memuru, muhafazası altında bulunan, mal üzerindeki tüm menfaat, iddia ve talepler karşısında tam olarak tarafsız olmak zorundadır. Bir mahkeme görevlisi olarak, idare memurunun görevi, kendisinin yetki ve sorumluluklarını bir başkasına devretmesi işlemini yasa dışı hale getirir. İdare memuru, muhafazası altında bulunan mal üzerinde herhangi bir iddiası bulunan kişi ile inanç ilişkisi içindedir ve bir trust[369]'ın yönetiminde bulunan inanılan kişi (*trustee*) ile aynı dikkat ve ihtimam standardına tabidir (bir trustee'nin göstermesi gereken dikkat ve ihtimamın aynısından sorumludur)[370].

Trust hukukuna göre, inanılan kişi, trust'ın işlerini, durumun gerektirdiği dikkat, yetenek ve ihtiyat ile yürütmek zorundadır. Durumun gerektirdiği dikkat ve yetenek ile, inanılan kişinin hangi işi yapıyor ise, o işin gerektirdiği dikkat ile hareket etmesi ve o işin gerektirdiği bilgiyi sahip olması kastedilir. İhtiyat ise, inanılan kişinin, kendi işlerindeki serbesti

---

[368] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 722.

[369] "Trust"'a benzer bir ortaklık tipi, Türk hukukunda yoktur. Trust'ta, trust'ı yapan, trust'ı yöneten (trustee) ve trust'tan faydalananlar (cestuis que trust-beneficairies) olmak üzere üçlü bir ilişki vardır. Trust'ı kurmak isteyen kişilerin ortaklığa koymak istedikleri sermaye, trust olarak olarak nitelendirilir ve teşebbüsü yönetecek kişileri de trustee olarak seçerler. Trust'ı kuranlar genellikle trust'tan yararlanacak kişi olarak kendilerini gösterirler. Teşebbüsün yönetimi ve temsili trustee'lere aittir. Trust'ın bir tüzel kişiliği olmaması nedeniyle, trust'ı kuran kişilerin yatırdıkları sermaye trustee'lerin mülkiyetindedir. Trust'tan faydalananların ise, trust'ın sermayesi ve geliri üzerinde bir meşru menfaatleri (equitable interest) mevcuttur. Trust'an faydalananlarla ile, trustee arasındaki ilişki bir inanç ilişkisidir (İMREGÜN, Oğuz, Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968, s. 27).

[370] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 722.

içinde değil, görevinin gerektirdiği tutuculuk (*conservatism*) içinde hareket etmesini ifade eder. Kısaca belirtmek gerekir ise, inanılan kişi, basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır[371]. Anılan şekilde hareket etmeyen inanılan kişi, sorumludur.

İdare memuru olarak atanacak kişinin, birey olarak, kusursuz bir şöhrete sahip olması gereklidir. Bir idare memuru atanmak üzere olan kişinin, dürüstlüğü hakkındaki her türlü durumu mahkemeye bildirme görevi vardır ve böyle bir bildirimde bulunulmaması veya böyle bir bildirimde bulunmaktaki ihmal, mahkemeye karşı hile (fraud upon the court) olarak kabul edilir. Ayrıca, eyalet kanunları, genellikle, idare memurunun, kendisine verilen trust'ı, adil ve sadakatle yöneteceğine yemin etmesini ve ayrıca mahkeme tarafından saptanacak miktarda bir teminat/taahhüt vermesini mecbur tutmaktadır. İdare memuru, şayet yetkisi kapsamında hareket etti ise, sözkonusu taahhüt, sorumluluğunun azami sınırını oluşturur. Şayet, idare memuru, yetkisi dışına çıkmış ise, ferdi sorumluluğunun sınırı, ispatlanan zararın tümüdür[372].

Yukarda belirtilenlerden anlaşılacağı üzere, geçici idare memurunu bazı açılardan yediemine benzetmek mümkün bulunmakla beraber, geçici idare memurunun temel görevinin kendisine bırakılan malları idare etmek olması nedeniyle, kanaatimizce, hukukumuzdaki yedieminlikten çok kayyımlığa benzemektedir.

2) MAHKEME HÜKÜMLERİNİN İCRASI (ENFORCEMENT OF JUDGMENTS)

Eyalet kanunları, bir ilâm alacaklısının alacağını alabilmesi konusunda pek çok olanak sağlar. Bu olanaklardan "icra" (*execution*) denilen klasik olanı, hükmün infazının üzerinde gerçekleştirileceği, hüküm borçlusunun malının niteliğine bağlı olarak, çeşitli biçimlerde olabilir. Bununla beraber,

[371] HALBACH, Edward C., Trusts, United States of America 2000, s. 123.
[372] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 723.

genellikle, icra işlemleri, hüküm alacaklısının malına el koymak (*seizure*) veya onun üzerinde hakimiyet (*dominion*) sağlamak üzere şerife yetki veren mahkeme yazı işleri müdürü (*the clerk of the court*) veya bazı eyaletlerde, hüküm alacaklısının avukatı (*attorney*) tarafından gönderilen evraklar ile başlar[373]. Bir icra emri (*writ of execution*), hüküm borçlusunun mallarının doğrudan doğruya haciz yapılabilmesini sağlaması nedeniyle, güçlü bir araçtır. İcra emri, şerife, hüküm borçlusuna ait herhangi bir malı haczetmek yetkisi verir[374]. Bu konuda, her bir eyaletin kendi hukuku uygulanır. Federal mahkemeler de, bulundukları eyalette geçerli olan kanuni usulleri kullanırlar [bkz. Federal Kurallar, kural 69(a)][375].

Bu konudaki, North Carolina eyaleti uygulamasına göre, bir taşınır malın haczi, o malın şerifin kontrolü altına alınmasını gerektirir. Pek çok durumda, bu, mala fiziksel olarak elkonulması yolu ile gerçekleştirilir. Ticari bir işletme söz konusu ise, şerif, haczedilen malların bir envanterini yapar ve bu malları götürebilir veya şayet ticari işletmenin tüm malları üzerine haciz konulmuş ise, ticari işletmenin kapısını kilitleyebilir[376].

Şerif, mallara haczedilerek elkonulması ile satılması arasındaki zaman boyunca, malların muhafazasından sorumludur. Ancak şerif, borçludan alacağı bir teminat senedi (*forthcoming bond*) karşılığında, haczedilen malları borçluda bırakabilir. Şayet borçlu, satış zamanı geldiğinde, satış yerine malları getirmez ise, söz konusu teminat senedi şerifin sorumluluğunu karşılamaya yeterli olacaktır. Yani artık, şerifin bir sorumluluğu olmayacaktır[377].

ABD hukukunda eyalet kanunları arasında farklılıklar mevcut olması itibariyle kesin bir sonuca varmak mümkün görünmemekle beraber, kanaatimizce, ABD medeni usul ve icra hukukunda da, İngiltere ve Galler

[373] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 725.
[374] FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 726.
[375] Ayrıca bkz. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, s. 724, dn(1).
[376] BROWN, s. 11-129.
[377] BROWN, s. 11-130.

hukukunda olduğu gibi, hukukumuzdaki yedieminlik müessesesine benzer bir müessesenin bulunmadığını ve anılan görevi bir devlet memuru konumundaki kişilerin yürüttüğünü belirtebiliriz.

III) ABD İFLAS HUKUKUNDA YEDİEMİNLİK

ABD iflas hukukunda, iflas (*bankruptcy*) terimi, hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin ödeme aczi usulleri için kullanılır. Yani, İngiltere ve diğer "common law*"* ülkelerinde, "bankruptcy" terimi gerçek kişilerin iflası ve ödeme güçlüğü sorunları ve "winding-up" terimi ise, şirketlerin ve ticari müesseselerin iflası ve ödeme güçlüğü sorunları için kullanılmasına karşın, ABD hukukunda, "bankruptcy" terimi her ikisini de kapsar[378].

ABD İflas Kanunu'na (*Bankruptcy Code*) göre, beş tip iflas davası mevcuttur. Söz konusu iflas tiplerine geleneksel olarak, kanunda bulundukları bölüm (*chapter*) numaraları ile anılmaktadırlar. Bunlar, Tasfiye (*Liquidation*) başlığını taşıyan Chapter (Bölüm) 7; Düzenli Geliri Olan Gerçek Kişilerin Borçlarının Düzenlenmesi (*Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income*) başlığını taşıyan Chapter 13; Yeniden Örgütlendirme (*Reorganization*) başlığını taşıyan, Chapter 11; Düzenli Yıllık Geliri Olan Aile Çiftçilerinin Borçlarının Düzenlenmesi (*Adjustment of Debts of a Family Farmer with Regular Annual Income*) başlığını taşıyan Chapter 12 ve Belediyelerin Borçlarının Düzenlenmesi (*Adjustment of Debts of a Municipality*) başlığını taşıyan Chapter 9'dur[379].

Chapter 7, hem gerçek kişilere hem de şirketlere uygulanabilen bir iflas türüdür[380]. Bu iflas türünde, borçlunun, iflas tarihindeki (muaf olan malları

---

[378] WESTBROOK, Jay Lawrence, ABD Şirket Kurtarma Usulü Kanunu-Şirketlerin "Going Concern" Olarak Alacaklılara Karşı Korunması, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 10.

[379] JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 20-22; WAXMAN,, s. 3-4; MECHAM, Leonidas Ralph, Bankruptcy Basics, 2004, s. 3-4.

[380] Ancak, bu ifadeden tüm gerçek ve tüzel kişilerin bu iflas türü kapsamında olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu iflas türüne elverişli (*eligible*) olmayanlar, İflas Kanununda belirtilmiştir (bkz. İflas Kanunu, m. 109/a; WAXMAN, s. 31).

hariç) tüm malları bir iflas masası (*bankruptcy estate*) oluşturur ve bir iflas idarecisi (*trustee*) tarafından bu mallar usulüne uygun şekilde nakde çevrilir ve alacaklılara ödenir[381]. Bu iflas şeklinin en önemli özelliği, gerçek kişi bir borçlunun, iflas öncesi tüm borçlarından kurtularak kendisine yeni bir başlangıç imkanı verilmesidir; şirketler için bu imkan yoktur. Şirketler tasfiye edilerek, son bulurlar[382].

Chapter 13, sadece, kanunda belirtilen şartları taşıyan (bkz. İflas Kanunu, m. 109/e) ve düzenli geliri olan gerçek kişilere uygulanır. Anılan iflas türü ile, kanuni şartlar çerçevesinde, düzenli geliri olan, borçlarını ödemek isteyen ve fakat mali açıdan içinde bulundukları sıkıntı nedeniyle bunu yapamayan gerçek kişilere, mahkemenin koruması (*protection*) ve denetimi (*supervision*) altında, alacaklılarına, bir ödeme planı sunması ve bu planı uygulaması imkanı verilir[383].

Chapter 12, kanunda tanımlanmış olan (bkz. İflas Kanunu, m. 101/18) ve düzenli yıllık geliri olan aile çiftçilerine bir rehabilitasyon imkanı sağlar. Bu iflas türü, iflasta borçlarını yeniden yapılandırırken, çiftliklerini kaybetmek korkusu duyan aile çiftçileri için düzenlenmiştir[384].

Chapter 9'un amacı, mali sıkıntı içinde bulunan belediyeleri (bkz. İflas Kanunu, m. 101/40), borçlarını düzenlemek için, bir plan yaparken veya görüşmelerde bulunurken, alacaklılarından korumaktır. Belediyelerin borçlarının yeniden yapılandırılması, ya borç vadelerinin uzatılması ve anapara ve faiz miktarlarının düşürülmesi ya da yeni borç temini ile mevcut borçların yeniden finanse edilmesidir[385].

Chapter 11, hem gerçek kişiler hem de organizasyonlar tarafından kullanılabilir. Ancak esasen, ticari örgütler için düzenlenmiştir. Anılan

[381] JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 20-21; MECHAM, s. 3.
[382] JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 21.
[383] MECHAM, s. 18.
[384] JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 22.
[385] MECHAM, s. 45.

düzenlemeye göre, borçluya, varlıklarına sahip olmaya devam etme ve ticari işlerini yürütmek imkanı sağlanır. Borçlu, alacaklılarına, nasıl ödeme yapacağına dair bir yeniden yapılandırma teklifi sunar[386].
İster borçlunun isteği ile (*voluntary*) ister borçlunun isteği olmadan (*involuntary*) olsun, iflas davasının[387] açılması kendiliğinden bir iflas masası oluşturur[388]. Borçlunun, İflas Kanunu m. 501'de belirtilen tüm mal ve hakları iflas masasın oluşturur[389]. Söz konusu iflas masasında ise, iflas masası görevlileri denilen bazı kişiler görev yaparlar.

Yukarıda belirtilen iflas usulleri oldukça karmaşık ve kapsamlı bir nitelik taşırlar ve bu yönleri ile inceleme konumuz dışındadırlar. İnceleme konumuz yönünden önemli olan ise, söz konusu iflas türlerinde görevli olan masa görevlilerinin, yediemin niteliği taşıyıp taşımadıklarıdır.

Bu kişiler, iflas memuru (*trustee*), denetçi (*examiner*), kendilerinden hizmet alınan profesyoneller (*professional persons*) ve ABD İflas Dairesi (*the United States trustee*)'dir.

1) İFLAS MEMURU (TRUSTEE)

İflas memuru (*trustee*), iflas masasının resmi temsilcisi (*official representative of the estate*)'dir[390] (Krş. İİK. m. 226, I). Şirketler veya gerçek kişileri iflas memuru olabilirler[391]. Önemli olan bu kişilerin tarafsız olmasıdır[392].

---

[386] JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 21.
[387] Chapter 7 ve Chapter 11'e göre, açılacak davalar, (borçlunun isteği dışında-*involuntary*) alacaklılar tarafından da açılabilir; ancak, Chapter 9, Chapter 12 ve Chapter 13'den birine göre, yeniden örgütlenme (*reorganization*) sadece, borçlunun isteği (*voluntary*) ile başlatılabilir (bkz. WARREN, Elizabeth, Business Bankruptcy, Washington 1993, s. 33).
[388] WAXMAN, s. 74; JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 28; WARREN, s. 53.
[389] WAXMAN, s. 73 vd; JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 28 vd.; WARREN, s. 53 vd.
[390] WAXMAN, s. 53.
[391] WAXMAN, s. 53; JORDAN/WARREN/BUSSEL, s. 23.
[392] WAXMAN, s. 53. Kimlerin tarafsız sayılmayacağına ilişkin olarak bkz. WAXMAN, s. 54.

Bütün Chapter 7 davalarında, bir iflas memuru (*trustee*) tayini zorunludur. Bu nedenle, önce, ABD İflas Dairesi (*United States trustee*), alacaklılar toplantısına (*section 341 meeting*) kadar görev yapmak üzere, bir geçici iflas memuru (interim trustee) atar. Alacaklılar toplantısı tarafından bir başkası seçilmedikçe, geçici iflas memuru (*interim trustee*), toplantıdan sonra sürekli iflas memuru (*permanent trustee*) olur. Çoğu kez, bir seçim yapılmaz ve geçici iflas memuru, sürekli iflas memuru olarak görev yapar[393].

Chapter 7'de, iflas memurunun, görevi, genel hatları ile, iflas masası mallarını tespit etmek ve onlara elkoymak; bu malları nakde çevirmek; İflas Kanununda belirtildiği şekilde bu paraları, alacaklılara dağıtmak ve daha sonra da, masaya son vermektir[394].

Chapter 11 davalarında, bir iflas memuru atanmasını gerektirir bir durum[395] var olmadıkça, borçlu, malları (iflas masası) üzerindeki zilyedliğini sürdürür ve ticari işlerini yürütmeye devam eder[396]. Bu işlemdeki mantık, borçlunun, dışarıdan gelecek olan bir iflas memuruna göre, işletmesini daha iyi tanıyor olması ve yaptığı iş konusunda daha tecrübeli olmasıdır[397].

Bu şekilde masa mallarına zilyedliği devam ettirerek faaliyetlerine devam ettiren borçluya, "*debtor in possession*" denilmektedir. Bu kişi, bir iflas memurunun tüm haklarına, görevlerine ve sorumluluklarına sahip olacaktır. Bunun iki istisnası bulunmaktadır. Birisi, bu borçlu görevi için bir ücret isteyemez ve ikincisi ise, borçluyu (yani kendi kendini)

[393] WAXMAN, s. 54-55. İflas memurunun asıl seçileceğine ilişkin olarak bkz. WAXMAN, s. 55.
[394] WAXMAN, s. 57; iflas memurunun diğer görevleri için bkz. WAXMAN, s. 57 ve İflas Kanunu, m. 704.
[395] Bir iflas memurunun atanması sebepleri, mevcut idarenin (borçlunun idaresinin), hileli veya dürüstlükten uzak veya yeteneksiz ya da ağır yönetim hataları yapmış olmasıdır (bu konuda bkz. WAXMAN, s. 56).
[396] WAXMAN, s. 55.
[397] WAXMAN, s. 55.

denetleyemez[398]. Bu itibarla biz "*debtor in possession*"'ı "iflas memuru borçlu" olarak çevirmeyi uygun buluyoruz[399].

Chapter 11'de, borçlunun yerine atanan iflas memurunun görevi, borçlunun işletmesini yönetmek ve işletmektir[400].

Chapter 12 ve 13 uygulamalarında da, genellikle, borçlu, masa malları üzerindeki zilyedliğini sürdürür. Ancak gerekli olursa, her iki iflas davası türünde de, bir iflas memuru atanabilir[401].

Chapter 13'de iflas memuru, ödeme planı konusunda mahkemede görüş bildirir ve tasdik edilen ödeme planına göre alacaklılara ödeme yapar. Chapter 12'de de, şayet borçlu iflas masası mallarının zilyedliğini sürdürüyor (iflas memuru borçlu) ise, iflas memurunun görevleri, Chapter 13'deki iflas memurunun görevlerine benzer. Şayet iflas masası mallarının zilyedliği borçludan alınır ise, iflas memurunun görevleri Chapter 11'deki iflas memurunun görevleri gibidir[402].

Mahkeme, iflas memuruna hizmetlerinin karşılığı olarak makul bir ücret (*reasonable fee*) verilmesine karar verebilir[403].

İflas memurunun görevlerini yerine getirmemesi halinde şahsi sorumluluğu vardır. İflas memurunun sorumluluğunun esasları konusunda mahkemeler arasında bir görüş birliği olduğu söylenemez. Bazı mahkemeler, iflas memurunu, hem kastından hem de ihmalinden sorumlu tutarken, bazı

---

[398] WAXMAN, s. 260.
[399] Bu itibarla, "*debtor in possession*"'ı, "yediemin borçlu" olarak çeviren BUDAK'ın görüşüne katılamıyoruz (bkz. WESTBROOK, s. 26 ve BUDAK, Ali Cem, Amerika Birleşik Devletler Hukukunda Şirket Kurtarma, Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka ilişkileri Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 354).
[400] WAXMAN, s. 57; iflas memurunun diğer görevleri için bkz. WAXMAN, s. 57-58 ve İflas Kanunu, m. 1106(a).
[401] WAXMAN, s. 56.
[402] WAXMAN, s. 58-59.
[403] WAXMAN, s. 67.

mahkemeler, sadece kastından sorumlu tutmakta ve bazı mahkemeler ise, hem kastından hem de ağır ihmalinden sorumlu tutmaktadırlar[404].

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, iflas memurunun esasen, iflas davası türüne bağlı olarak, idare ve işletme ve/veya malları paraya çevirerek alacaklılara ödeme yapma ve/veya borçluyu denetleme gibi görevleri vardır. Bu nitelikleri ile iflas memurunu bir yediemin olarak kabul edemeyiz.

2) DENETÇİ (EXAMINER)

Chapter 11 davalarında, mahkeme, bir iflas denetçisinin atanmasına karar vermediğinde, bazen, bir denetçi atanmasına karar verebilmektedir. Bu halde, denetçi, borçlunun mevcut veya geçmişteki yönetimi sırasındaki, herhangi bir hileli (*fraud*), dürüst olmayan (*dishonesty*), yetersiz (*incompetency*) veya kötü yönetimini (*mismanagement*) araştırmak üzere, ödeme planının onaylanmasından önce atanır. Bu halde, mallar borçlunun zilyedliğinde kalır ve borçlu (iflas memuru borçlu) ticari işletmesini yönetmeye devam eder. Denetçiyi, ABD İflas Dairesi seçer; atamayı mahkeme yapar[405].

Mahkeme, denetçiye, hizmetlerinin karşılığı olarak makul bir ücret verilmesine karar verebilir[406].

Denetçinin görevleri de, yedieminden farklı olup denetçiyi de bir yediemin olarak kabul edemeyiz.

[404] WAXMAN, s. 60.
[405] WAXMAN, s. 62.
[406] WAXMAN, s. 67.

3) KENDİLERİNDEN HİZMET ALINAN PROFESYONELLER (PROFESSIONAL PERSONS)

İflas memuru veya (mallar, borçlunun zilyedliğinde bırakılmış ise) borçlu, mahkemenin onayı ile, iflas masasına ilişkin bazı hizmetleri icra etmesi için, bazı meslek mensubu kişilerle sözleşme yapabilir. Burada önemli olan bu kişilerin tarafsız kişiler olmasıdır. Öte yandan, mutlaka önceden mahkemenin onayının alınmış olması gerekir. Aksi halde, mahkeme sonradan onay vermez ise, bu kişilere, çok faydalı bile olsalar herhangi bir ücret ödemesi yapılamaz[407].

Söz konusu kendilerinden hizmet alınan profesyoneller, avukatlar, mali müşavirler, yöneticiler, görevliler, müzayedeciler, değerleme uzmanları veya danışman firmalar vb. olabilir.

Görüldüğü gibi, kendilerinden hizmet alınan profesyoneller, masa malları ile ilgili olarak bazı hizmetlerin alındığı kişilerdir. Bu nitelikleri ile, yedieminden farklıdırlar.

4) ABD İFLAS DAİRESİ (UNITED STATES TRUSTEE)

ABD kendi içinde 21 bölgeye ayrılmış olup, Adalet Bakanı (*Attorney General*), her bir bölge için, beş yıllık bir dönem için bir ABD İflas Dairesi memuru atar. Gerektiğinde, bu ABD İflas Dairesi memurlarına yardımcı da atanabilir[408].

ABD İflas Dairesi memurları, Adalet Bakanının gözetimi (*supervision*) altında pek çok idari görev yerine getirirler. Bu görevlerden bazıları, Chapter 7'de çalışmak üzere, bir iflas memurları listesi hazırlamak ve bu listeyi izlemek; Chapter 7 davalarında, geçici iflas memurları (*interim*

[407] WAXMAN, s. 63.
[408] WAXMAN, s. 71.

trustee) atamak; Chapter 11'de mahkeme talep ettiğinde, iflas memuru (*trustee*) veya denetçi (*examiner*) atamaktır[409].

Görüldüğü gibi, ABD İflas Dairesi, iflas memuru veya denetçi atanmasına iştirak eden bir devlet dairesi niteliğinde bulunmaktadır. Bu niteliği ile, yedieminlik müessesesi ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.

[409] WAXMAN, s. 71-72.

İKİNCİ BÖLÜM
YEDİEMİNLİK İHTİYACI, TÜRLERİ VE YEDİEMİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 6) YEDİEMİNLİK İHTİYACI VE HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMESİ

Yedieminlik ihtiyacı hayatın pek çok alanında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bulunduğu yer dışında başka bir yere gitmek isteyen bir kişi, sahip olduğu ve çalınmasından veya kaybolmasından endişe duyduğu bir eşyayı komşusuna veya bir başka tanıdığına ya da bir bankaya bırakmak isteyebilir. Hatta bu kişi söz konusu eşyasını, yanında saklamak istemediği için de güvendiği bir başkasına veya bankaya bırakmak isteyebilir. Bu konuda BK. m. 463'te yer alan düzenleme ile, malı bırakanın (saklatanın-mudi), malı saklamayı kabul ederek, onu emin bir şekilde saklamayı borçlanan saklayan (müstevdi) ile yaptığı sözleşmeye vedia sözleşmesi denilmektedir[410].

Bu sözleşmede, saklanması için verilen şey, tarafların zımni veya açık anlaşmasına göre, aynen değil de mislen geri verilebiliyor ise, buna BK m. 472 uyarınca, usulsüz vedia denilmektedir[411].

Keza, saklanmak üzere verilen şeyleri temsilen, saklayan (ardiyeci-umumi mağaza[412] sahibi), bir senet çıkarmasına yetki verilmesini ilgili makamdan istemeye mezun ise, ardiye sözleşmesi söz konusudur. Bu sözleşme BK m. 473-477, TTK m.744 vd.[413] ve 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu

---

[410] Bu konuda bkz. İMRE, Zahit, Alelade Vedia Akdi Üzerine Bir Tetkik, Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 213 vd.; Ayrıca bkz. "Genel saklama sözleşmesi" başlığını taşıyan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 566.

[411] Bu konuda bkz. İMRE, Zahit, Usulsüz Vedia, İÜHFM, C.X, S. 1-2, İstanbul 1944, s. 188 vd. Ayrıca bkz. "Misli şeylerin saklanması" başlığını taşıyan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 575.

[412] BK m. 473-477'de kullanılan "ardiye" terimi "umumi mağaza" anlamında kullanılmaktadır (bkz. YAVUZ, s. 771).

[413] Ayrıca bkz. "Ardiyeciye bırakma" başlığını taşıyan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 576-580.

ve 13.8.1984 tarih ve 84/8429 sayılı Umumi Mağazalar Tüzüğünde düzenlenmiştir.

Otelcilerin, hancıların, umumi ahır işletenlerin müşterinin beraberinde getirdiği eşyanın hasar veya ziyaı halinde sorumluluğu konusunda ise, BK m. 478-482 uygulanır[414].

Öte yandan, vedianın bir türü olarak yediemine tevdi madde başlığını taşıyan BK m. 471 uyarınca, iki veya daha fazla kişilerin haklarını muhafaza için hukuki durumu çekişmeli veya şüpheli olan şeyi bir saklayana veya yediemine tevdi ederse, saklayan veya yediemin bunları tüm ilgililerin oluru veya hakimin kararı olmadıkça hiçbirisine iade edemez.

Keza bunlar dışında da, günlük veya ticari hayatın ihtiyacına göre, başka sözleşmeler veya yukarıda belirtilen sözleşmelerin ya da kanunda yer alan başka sözleşmelerin unsurlarının kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirilmesi ile oluşturulan *karma sözleşmeler* veya tamamen ya da kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiç birinde bulunmayan unsurlardan meydana gelen *kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler*[415] şeklinde de sözleşmeler söz konusu olabilmektedir.

Ancak, bütün bu hallerde, tarafların tamamen özgür iradeleri ile ve bir malın veya malların saklanması hususundaki istek veya ihtiyaçlarına göre yaptıkları bir sözleşme söz konusudur. Örneğin, yukarıda belirtilen vedia, rızaya dayanan bir sözleşmedir. Bu itibarla, tarafların anlaşması ile, teslimden önce akit tamam olur, şeyin teslimi gerekmez. Ancak, yediemin

[414] Bu konuda bkz. TANDOĞAN, Haluk, Otelcilerin Mesuliyeti, AÜHFD, C. XII, S. 3-4, İstanbul 1956, 201 vd.; AYİTER, Nuşin, Kamping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Telef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi?, AÜHFD, C. XXV, S. 1-2, Ankara 1968, s. 133 vd.; İMRE, Zahit, Otel, Han, Umumi Ahır ve Garaj İşletenlerin Mesuliyeti, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 189 vd. Ayrıca bkz. "Konaklama yeri, ahır, garaj ve otopark işletenlere bırakma" başlığını taşıyan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, m. 581-585.

[415] TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Ankara 1985, s. 12 (TANDOĞAN (Borçlar-I/1)); KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 13; OĞUZMAN/ÖZ, s. 47-48;

veya teslim alanın iade borcu ancak, şeyin teslimi ile doğar. Bu itibarla, vedia akdi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir akittir[416]. Ayrıca, vedia sözleşmesi veya yediemine tevdi sadece, saklatan veya saklatanlar yararına yapılan bir akittir ve bu nedenle, rızai bir akit olarak vedia sözleşmesi oluşmuş olmasına rağmen, yediemin veya saklayan, şeyin kendisine teslimini talep edemez[417].

Oysa, taraflar arasında uyuşmazlığın mahkemeye veya icra ve iflas dairesine yansıması yahut tarafların Devletin ilgili mercilerinden yardım istemeleri, zaten aralarında bir sorunu halledemedikleri hallerde ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sorunlar, mahkemelerce veya icra ve iflas dairelerince ya da Devletin yetkili kurumlarınca veya mercilerince çözümlenmektedir. Yani bu gibi durumlarda, tarafların, serbest iradeleri ile bir sözleşmeye varmalarını beklemek pek mümkün görünmemektedir.

İşte bu hallerde, bir akdi yedieminliğin değil, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminliğin söz konusu olduğunu daha önce belirtmiştik[418]. Örneğin, bir sorunun çözümlenmesi için mahkemeye başvurulduğunda, davanın başlaması ve muhakemenin yapılması ile kararın verilmesi arasında bir süre geçmektedir. Bu süre içerisinde, davalının, uyuşmazlık konusu eşyaya zarar vermesi veya tamamen yok etmesi yahut iyiniyetli bir üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Bu halde dava kazanılmasına rağmen, davacı, malına sahip olamayacaktır. Bu sebeple, HUMK m. 101 vd.'da belirtilen şartları varlığı halinde, söz konusu malın üzerine ihtiyati

[416] BİLGE, s. 347; YAVUZ, s. 763 ve 767.
[417] BİLGE, s. 350; YAVUZ, s. 766. Ancak, yediemine tevdi halinde, saklatanların kendi aralarında, haklarını muhafaza için, "hukuki vaziyeti münazaalı veya şüpheli şeyin" yediemine teslimi için yapmış oldukları sözleşme uyarınca, saklatanlardan birinin, şeyi yedinde bulunduran ve yediemine teslim etmeyen tarafın, şeyi yediemine teslimini sağlamak için, aralarındaki akdi ilişkiye dayanarak dava edebileceği düşüncesindeyiz. Bununla beraber tarafların BK m. 471 anlamında bir işlem yapmasının uygulamada zaten son derece nadir olabilecek olması yanında, böyle bir işlem halinde de, öncelik ile mahkemeye müracaat ile haklarını, aralarındaki akdin yerine getirilmesinin sağlamak yolu ile değil de doğrudan ihtiyati tedbir talebi ile güvence altına almak istemeleri daha pratik ve etkili bir yol olacağı için, söz konusu sonuç, teorik olmaktan öteye gidemeyecektir.
[418] Bkz. yukarıda, § 2, C.

tedbir konulması imkanı getirilmiştir. Bu ihtiyati tedbir yollarından birisi de, malın bir yediemine tevdii ile muhafaza altına alınmasıdır.

Keza, bir para alacağını alabilmek için, mahkemeye veya icra yoluna başvurmayı düşünen kişi, davayı kazandığında ya da icra takibini kesinleştirdiğinde, borçlunun tüm malvarlığını devretmesi nedeniyle

alacağını alamayabileceğinden korkmaktadır. Bu halde, İİK m. 257-268'de belirtilen şartların varlığı halinde, borçlunun mallarının ihtiyaten haczi yoluna gidilebilecektir. Bu halde yapılan ihtiyati haczi müteakip, şartları var ise, mallar bir yediemine teslim ile muhafaza altına alınabilecektir.

Öte yandan, bir sanığın, suçta kullandığı düşünülen aletler veya suç delillerinin de, muhafaza altına alınması gerek daha sonra suçun ispatı gerek suç aletlerinin müsaderesinin gerçekleştirilebilmesi için önemlidir.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak hepsinde ortak olan nokta, bir malın veya malların korunmasıdır. Yani, şüpheli durum ortadan kalktığında veya çekişme sona erdiğinde ve hak sahibi talep ettiğinde, bütün bu işlemlere konu olan mal veya malların, mevcut hali ile hak sahibine teslimini sağlamaktır. İşte bu imkanı sağlayacak müesseselerden birisi de yedieminlik müessesesidir. Yani yedieminlik böyle bir ihtiyacın sonucudur.

Aşağıda öncelik ile HUMK ve İİK olmak üzere, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik hallerine ilişkin olarak hukukumuzda yer alan düzenlemeler incelenecektir. Bu düzenlemeler aynı zamanda, yedieminlik ihtiyacının varlığı nedeniyle getirildiğinden veya başka bir deyişle yedieminlik ihtiyacını da gösterdiğinden, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik ihtiyacı ve hukukumuzdaki düzenlemelerini tek bir başlık altında incelemenin uygun olacağını düşündük.

A) İCRA İFLAS HUKUKU'NDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilindiği gibi, iki çeşit cebri icra vardır: cüz'i icra (icra takibi) ve külli icra (iflas takibi)[419]. Cebri icra hukukuna ilişkin bu ikili ayırım dikkate alınarak, aşağıda önce icra hukukunda daha sonra da iflas hukukunda yer alan yedieminliğe ilişkin düzenlemeleri incelemeye çalışacağız.

I) İCRA HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İcra hukuku da, alacaklının elinde, borçlusuna karşı alınmış bir mahkeme ilamının bulunduğu ve bu ilama dayanarak icra takibi yaptığı *ilamlı icra* ve alacaklının yalnız para ve teminat alacaklarına özgü olarak, elinde, borçlusuna karşı alınmış bir ilama gerek duymaksızın takip yapabildiği *ilamsız icra* olmak üzere ikiye ayrılır[420].

1) İLAMSIZ İCRADA YEDİEMİNLİK

İlamsız icra, üç çeşittir: genel haciz yolu (İİK m. 46-144); kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu (İİK m. 167-170b) ve kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesi (İİK m. 269-276)[421].

a) Genel Haciz Yolu Ve Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolunda Yedieminlik

Genel haciz yolunda takibin aşamaları beş tanedir. Bunlar, takip talebi; ödeme emri ve kesinleşmesi; haciz; paraya çevirme ve paraların

[419] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 32.
[420] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 34-35.
[421] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 117.

paylaştırılması[422]. Bu aşamalardan, haciz aşamasında, duruma göre, haczedilen malların muhafaza tedbiri olarak, yediemine tevdii hususu gündeme gelebilir. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, takibin kesinleşmesine kadar ki ilk iki safha (takip talebi ve ödeme emri) için özel hükümler konulmuş olmasına rağmen, ödeme emrinin kesinleşmesinden sonraki safhalar tamamen genel haciz yolundaki gibidir[423]. Bu sebeple, gerek genel haciz yolunda gerek kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, haczedilen malların muhafazası için yediemine teslimi söz konusu olabilir.

Genel haciz yolu, yalnız para ve teminat alacakları içindir[424]. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip, haczedilen malların muhafaza altına alınması yönünden, para alacakları için genel haciz yolu ile aynıdır.

Ancak, para alacakları için genel haciz yolu ile teminat alacakları çin genel haciz yolu arasında inceleme konumuz açısından farklılık olduğu için aşağıda bu iki konu ayrı başlıklar altında incelenecektir.

aa) Para Alacakları İçin Genel Haciz Yolunda Yedieminlik

Yukarıda belirtildiği gibi, takip talebi ve ödeme emrinin gönderilmesi ve kesinleşmesinden sonra haciz aşamasına gelinir. Haciz aşamasında, borçlunun borcuna yetecek malları haczedilir. Haczedilen malların muhafaza altına alınması işlemi de bu aşamada gündeme gelir. Ancak haciz işleminin yapılışı, haczedilecek mala göre değişeceğinden aşağıda haczedilen mala göre yapılacak haciz işlemi ve malın muhafaza altına alınması incelenecektir. Yediemine tevdi de, bir muhafaza altına alma işlemi olduğundan, bu husus konumuz açısından önemlidir.

[422] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 394.
[423] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 407.
[424] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 117.

aaa) Taşınırların Haczinde Yedieminlik

Taşınırların haczedilmiş sayılabilmesi için, icra dairesinin istediği zaman bu mallara el koyabilmek imkanına sahip olması gerekir[425]. Bu imkan ya icra müdürünün haczedilen taşınırı icra dairesinde veya İİK m. 88, I ve 9'a göre bir bankada muhafaza altına alması ya da yediemine tevdi etmesi ile mümkün olur.

Bilindiği gibi İİK m. 88,I, II ve III'e göre, "Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeleri ve sair cirosu kabil senetlerle altın ve gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder./ Diğer taşınır mallar masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek şartıyla borçlunun yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahıs elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılabilir./ İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. Ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise, icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir".

Yukarıda belirtilen İİK m. 88, I'den anlaşılacağı üzere, haczolunan paralar, banknotlar, hamiline ait senetler, poliçeler, diğer cirosu kabil senetler, altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler icra dairesi tarafından muhafaza edilir. Yani bu şeyler, muhafazası için yediemine tevdi edilemez. İİK m. 9 uyarınca da, icra dairesi, aldığı paraları, kıymetli evrakı ve değerli şeyleri, en geç ertesi işgünü çalışma saati sonuna kadar, Adalet Bakanlığınca uygun görülen bankalardaki hesaplarına yatırmaya, banka bulunmayan yerlerde icra veya mahkeme kasalarında muhafazaya, kasa bulunmayan yerlerde ise mal sandıklarında bırakmaya mecburdur. İcra ve iflas

[425] KURU (El kitabı), s. 371.

dairelerinin para ve değerli şeyleri yatıracakları bankalar hazırlanacak yönetmelikte gösterilir[426].

Özetlemek gerekir ise, İİK m. 88, I'de belirtilen para ve kıymetli şeylerin haczi söz konusu olduğunda, anılan şeyler, muhafaza için bir yediemine tevdi edilmez ve icra dairesi tarafından muhafaza edilir. İcra dairesi de, bu muhafaza işlemini, İİK m. 9'a göre yapar. Bu sebeple, İİK m. 88, I'de belirtilen para ve kıymetli şeylerin haczini müteakip muhafazası inceleme konumuz dışında kalmaktadır[427].

İşte, yediemine tevdi, yukarıda belirtildiği gibi İİK m. 88, II'de belirtilen malların muhafaza altına alınması için gereklidir. Bu yediemin, şartlara göre borçlu, alacaklı, elinde mal haczedilen üçüncü şahıs veya bir başkası olabilir.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 79, II/son c.'ye göre, resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir[428]. Yani resmi sicile kayıtlı taşınırlarda, fiili haciz yapılmadan, kaydi haciz yapılabilmektedir ve bu haciz geçerlidir[429]. Bir başka deyişle, resmi sicile kayıtlı taşınırlarda, icra

---

[426] Bkz. İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği, m. 92.

[427] İcra dairesince muhafaza altına alınan şeyler, şayet para ise, bu paraların zimmete geçirilmesi halinde, İİK m. 6 hükmü uygulanır. Şayet icra dairesince muhafaza altına alınan şeyler, para dışındaki şeyler ise, icra dairesi görevlilerinin sorumluluğu hakkında İİK m. 5 ve 7 uygulanacaktır (İİK m. 5 ve 7'nin uygulanmasına dair olmak üzere ve fakat daha çok yediemine mal tevdii nedeniyle icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğu hakkında, bkz. aşağıda § 11, C ve § 13, B). İcra dairesi görevlilerinin gerek para gerek para dışında kalan mallara yönelik zimmet ve diğer suç teşkil eden hareketleri hakkında memurların sorumluluğuna ilişkin 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanır (bkz. 5237 sayılı TCK m. 247 vd.).

[428] Bu cümle (İİK m. 79, II/c. 3), 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 4949 sayılı Kanun ile eklenmiş olup, anılan Kanun geçici madde 5/4 uyarınca söz konusu Kanunun yürürlük tarihi olan 30.7.2003 tarihinden sonra yapılacak hacizlerde uygulanır. Söz konusu madde gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: "…Maddeyle, uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla, Yargıtay kararlarına uygun olarak, resmi sicile kayıtlı malların haczinin takibin yapıldığı icra dairesince kaydına işlenmek suretiyle doğrudan da yapılabilmesi hükmü getirilmiştir" (Hükümet Gerekçesi).

[429] "Kara taşıt araçlarının trafik kaydına konulan haciz, fiili haciz gibi geçerlidir" (Yarg. 19. HD. 27.09.2001, 3986/5982; KURU (El kitabı), s. 381, dn(43)).

dairesinin böyle bir kaydi haciz ile malı, muhafaza altına alması mümkündür.

Bir taşınırın resmi sicile kayıtlı olması onun hem kaydi haczedilmesini hem de fiili haczedilmesini engellemez[430]. Bu durumda ise, malın yediemine tevdi gündeme gelecektir.

Öte yandan, taşınır mallara ilişkin olarak elbirliği mülkiyet hissesinin haczine de değinmek gereklidir. İİK m. 94, I/c.8'e göre, bir taşınır mala ilişkin elbirliği mülkiyet hissesinin haczi halinde, icra dairesi söz konusu taşınırın devrine engel olmak için gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirler kapsamında olmak üzere, o taşınır malı diğer hissedarlara yediemin olarak teslim edebilir.

Bir taşınır mal üzerinde bulunan paylı mülkiyet hissesinin haczi halinde, icra dairesinin alacağı muhafaza tedbirlerinin, hacizle ilgisi olmayan diğer müşterek maliklerin haklarına zarar vermemesi gerekir[431]. Ancak, TMK. m. 692, I'e göre, bir taşınırın devri için tüm müşterek maliklerin kabulü gerektiğinden ve hacizli taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerin iyiniyetle iktisapları korunduğundan (İİK m. 86, II); diğer hissedarların taşınır malı ellerinde bulundurmalarının kendilerine hiç bir yarar sağlamadığı hallerde, taşınır malın icra dairesince muhafaza altına alınması veya bir yediemine teslimi mümkündür[432].

Belirtilmesi gerekli bir diğer husus da, gemilerin durumudur. Bilindiği gibi, İİK m. 23, IV ve TTK m. 867, I gereği, Türk gemi siciline kayıtlı olan gemiler, taşınmaz, diğer gemiler, taşınır sayılır. Yabancı gemiler de, yabancı gemi siciline kayıtlı olsa bile, aynı sebeplerle, taşınır sayılırlar[433].

---

[430] "Kara taşıt araçlarının fiili haczi ve trafik kaydına konulan haczi geçerlidir" [Yarg. 19. HD. 25.02.1999, 7242/1117; KURU (El kitabı), s. 381, dn(43)].
[431] KURU (El kitabı), s. 398.
[432] KURU (El kitabı), s. 399.
[433] EKŞİ, Nuray, Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul 2000, s. 99; "Yabancı gemiler, başka bir ülkede gemi sicilinde kayıtlı olsalar bile, Türkiye'de İİK'nın 23/3 maddesi

Bu sebeple, bu gemilerin muhafaza altına alınması için bir yediemine tevdi mümkündür.

ÇAĞA/KENDER, İİK m. 86, I'de yer alan, borçlunun, alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni olmaksızın, mahcuz taşınır mallar üzerinde tasarrufta bulunamamasına dair hükümde geçen "tasarruf" kavramına, belirli tehlikeleri de beraberinde getirmesi[434] nedeniyle, geminin borçlu (veya üçüncü şahıs) tarafından işletilmesinin de dahil sayılmasının gerekli olduğunu ve bu itibarla, mahcuz geminin seferden men'inin İİK m. 86, I hükmünün bir icabı olduğunu belirtmektedir[435]. Bu durumda ise, taşınır hükmünde olan bir geminin bir yediemine tevdii halinde, anılan geminin, işletilmemesi gereklidir. Aksine bir durum haczin amacı ve İİK m. 86, I ile çelişecektir. Öte yandan, alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni ile dahi, yediemin gemiyi işletemeyecektir. Zira, yedieminin görevi malın muhafazası olup, yediemin bu görevi kapsamında kalabilecek ufak tefek tamirat işleri veya bakım vs.yi yapabilecektir. Bunun dışında, geminin işletilmesi gibi bir hal söz konusu olduğunda, burada bir yediemin değil, asli iş geminin işletilmesi olması nedeniyle, kayyım söz konusu olacaktır.

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK), m. 3/b'ye göre, hava aracı terimi, havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü aracı; m. 3/d'ye göre de, Türk sivil hava aracı terimi, Devlet hava araçları tanımı dışında kalan ve mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları ifade eder.

---

uyarınca menkul hükmündedirler" (Yarg. HD. 8.7.1997, 7634/8154; YKD. 1997, S.11 s. 1743-1744).

[434] Haczi yaptıran alacaklının haklarına takaddüm edecek yeni gemi alacaklarının doğması, geminin kıymetten düşmesi veya batması gibi.

[435] ÇAĞA, Tahir/ KENDER, Rayegan, Deniz Ticaret Hukuku, C. III, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 145-146; aynı yönde, bkz. ÇETİNGİL, Ergon, Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul 1972, s. 35; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 421, dn(281); aksi görüşte bkz. POSTACIOĞLU (İcra), s. 736-737, dn(50) ve dn(50a); Ancak, ÇAĞA/KENDER'in isabetli olarak belirttiği üzere, POSTACIOĞLU'nun borçlunun yedinde bırakılan mahcuz malı kullanma hakkını 'malın kıymetine noksan iras etmeyene mutad istimal muameleleri'ne hasrettiği halde geminin işletilmesinin haciz koyduran alacaklının haklarını geniş ölçüde haleldar ve hatta yok etmeğe müsait niteliğini dikkate almak istememesinin tutarlı görünmediğini belirtmektedir [bkz. ÇAĞA/KENDER, s. 146, dn(10)].

TSHK m. 65'e göre, anılan kanunda aksine hüküm bulunmadıkça hava araçları taşınır mal hükümlerine tabidir. Hava araçları üzerindeki mülkiyet ve diğer ayni hakların tesis, devir ve temliki yazılı sözleşme ile mümkündür. Bu yazılı sözleşme bir sıhhat şartıdır (TSHK m. 66, I). Ancak, sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez (TSHK m. 66, II). Uçak sicili ise, Türk sivil hava araçlarının tescili için Ulaştırma Bakanlığınca tutulan sicilin adıdır (TSHK m. 50, I).

Öte yandan, uçak sicilindeki bir kayda iyi niyetle dayanarak mülkiyet, ipotek veya diğer bir ayni hakkı iktisap eden kişinin bu iktisabı geçerli olur (TSHK m. 52, I). TSHK, hava aracının rehni için, taşınmazlara benzer bir düzenleme yapmış ve hava aracı üzerinde sicile tescil ile ipotek tesisi imkanı getirmiştir (TSHK m. 69, 70).

Ancak, yukarıda belirtilen ve gemiler hakkındaki düzenlemeye benzer düzenlemelere rağmen, gemiler için söz konusu olan İİK m. 23, IV hükmü, sivil hava araçlarını kapsamamaktadır. Bu itibarla, sivil hava araçlarının haczinin taşınır haczine dair hükümlere göre yapılması gerektiği sonucuna varılabilir.

Buna karşın, sivil hava araçları için, İİK m. 23, IV ve TTK m. 867, I benzeri bir hüküm yer almamakla beraber, uçak siciline ancak, Türk sivil araçlarının tescil edilecek olması ve uçak siciline, mülkiyet, ipotek, diğer bir ayni hak (TSHK m. 52, I), ihtiyati tedbir (TSHK m. 53, II) ve haciz (TSHK m. 59) kayıtlarının işlenecek olması nedeniyle, uçak siciline kayıtlı olmayan Türk ve yabancı sivil hava araçlarının taşınır mal hükmünde olduğu ve fakat, uçak siciline kayıtlı Türk sivil hava araçlarının ise, sadece, uçak siciline haciz kaydının düşülmesi ile haczedilebileceğini düşünüyoruz[436] (İİK m. 79, II/son c.).

[436] Ayrıca bkz. yukarıda dipnot (428) civarı.

Her ne kadar, uçak siciline kayıtlı bulunan Türk sivil hava araçları TSHK m. 65 gereği taşınır mal hükmünde ve bu hususta İİK'da da farklı bir düzeleme bulunmamakta ise de, TSHK m. 66, II gereği, uçak siciline kayıtlı Türk sivil hava araçlarının mülkiyet, ipotek ve diğer bir ayni hak tesis, devir ve temlikine dair yazılı sözleşmelerin, uçak siciline kayıtlı olmaması halinde üçüncü şahıslar bakımından geçerli olmaması karşısında, İİK m. 91, I ve TMK m. 1010 ile taşınmazlar ve bu anlamda Türk gemi siciline kayıtlı gemiler için sözkonusu olan, haczedilen taşınmazlarda ve Türk gemi siciline kayıtlı gemilerde tasarruf hakkının kısıtlamaya uğramasına ilişkin sonucun, uçak siciline kayıtlı Türk sivil hava araçları için de geçerli olduğunu düşünüyoruz. Yani İİK m. 86, I ile haczedilen sivil hava araçları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta; ancak, İİK m. 86, II gereği, haczedilmiş taşınır mallar üzerinde üçüncü şahısların zilyetlik hükümlerine dayanarak iyi niyetle iktisap ettiği haklar saklı kalmakta olmasına karşın; haciz kaydı, uçak siciline kayıtlı ve siciline haciz kaydı işlenmiş Türk sivil hava araçları üzerinde sonradan hak iktisap edenlere karşı onların kötü niyetli olduğunu ispata hacet kalmaksızın, ileri sürülebilecektir.. Bu itibarla, gemilere benzer şekilde, uçak siciline kayıtlı Türk sivil hava araçlarının, taşınmazlara benzer şekilde haczedileceğini ve uçak siciline kayıtlı olmayan, Türk sivil hava araçları ve yabancı hava araçlarının taşınırlar gibi haczedilebileceği sonucuna varmak gerektiğini düşünüyoruz.

TSHK m. 146'da da, sivil hava araçlarının cebri icra yönünden İİK. hükümlerine tabi olacağı ifade edilmektedir.

Bu itibarla, taşınır sayılan gemiler hakkında yapılan açıklamaların, uçak siciline kayıtlı olmayan, Türk sivil hava araçları ve yabancı hava araçları için de geçerli olduğunu düşünüyoruz.

bbb) Taşınmazların Haczinde Yedieminlik

Taşınmaz kavramına nelerin girdiği, TMK m. 704 ve 998'de belirtilmiştir. Ayrıca, İİK m. 23, IV'de ve TTK m. 867, I'e göre Türk gemi siciline kayıtlı olan gemiler de taşınmaz kabul edilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, İİK m. 79, II/son c.'ye göre, resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir[437]. KURU, bu uygulamaya göre, haczin tamamlanması (geçerli olması) için, taşınmazın haczedildiğinin tapu siciline şerh verilmesinin yeterli olduğunu ve haczin geçerliliği için ayrıca, taşınmazın mahallinde fiilen haczedilmesine gerek olmadığını belirtmektedir[438]. Yani taşınmazlara, bir muhafaza tedbiri olarak ayrıca, fiilen el konulmasına veya bir yediemine teslimine gerek bulunmamaktadır. Ancak, doğal olarak, sicile verilecek şerh dışında, taşınmazın korunması için ayrıca bir yediemin tayinin gerektiren şartların var olduğu düşünülür ise, taşınmaz için de kanaatimizce bir yediemin tayin edilmemesi için bir sebep yoktur (İİK m. 92, III/c.1).

Bir taşınmazın haczi hasılat ve menfaatlerine de şamildir (İİK m. 92, I) ve icra dairesi taşınmazın idare ve işletilmesi ile eklentilerinin korunması için gerekli tedbirleri alır (İİK m. 92, III).

Bu tedbirler meyanından olmak üzere, icra dairesi taşınmaz kendilerine rehnedilmiş olan alacaklılarla kiracılara hacizden haber verir (İİK. m. 92, II) ve kiracıya, işleyecek kiraları icra dairesine ödemesini emreder (İİK m. 92, III). Ayrıca, zarar görme ihtimali bulunan eklenti, rehin alacaklısının talebi üzerine, işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde muhafaza

[437] Bkz. yukarıda dn(428) civarı.
[438] KURU (El kitabı), s. 383.

altına alınır. İdare ve muhafaza masrafları satış bedelinden öncelik ile ödenir[439] (İİK m. 92, III).

Yukarıda belirtilen, İİK m. 92, III'den de anlaşılacağı üzere, haczedilen taşınmazda bulunan kiracının, ödemeyi, icra dairesine yapacak olması nedeniyle, bu konuda bir yediemin tayinine ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, haciz konulan taşınmazın bir eklentisi var ise ve zarar görme ihtimali de bulunuyor ise, rehin alacaklısının talebi üzerine, işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde muhafaza altına alınacaktır. Yani, bu kapsamda bir yediemine tevdi edilebilecektir.

İİK m. 92, III'de yer alan, haczedilen taşınmazın idare ve işletilmesi için gerekli tedbirlerin alınması kapsamına, mahsullerin toplanması (İİK m. 93), taşınmazı kiraya vermek, ufak tefek tamirleri yaptırmak vs. de girer[440].

Söz konusu, işlemler kanaatimizce, bir yediemin tayinini gerektirmez. Hatta, bu işlemler için yediemin kanaatimizce tayin edilemez. Zira bu işlemler, başlı başına muhafaza işlemidir[441]. Bu itibarla, bu işlemler, icra dairesi tarafından yaptırılır ve bu işlemleri yapan kişiler, söz konusu işlemlerin yapılması için gerekli olan sözleşme ile anılan işlemleri yapacaklardır[442]. Ancak, mahsullerin toplanmasından sonra, söz konusu

---

[439] Son iki cümle (İİK. m. 92, III/c. 3 ve 4), 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 4949 sayılı Kanun ile eklenmiş olup, anılan Kanun geçici madde 5/4 uyarınca söz konusu Kanunun yürürlük tarihi olan 30.7.2003 tarihinden sonra yapılacak hacizlerde uygulanır.

[440] KURU (El kitabı), s. 384.

[441] Haczedilen malda gerekli olan tamirat vs. de muhafaza işlemi kapsamında yer alır. Ancak, örneğin, tamirat işlemi, icra dairesi tarafından yürütülen bir muhafaza işlemi olmakla beraber, tamiratı yapan kişi için bir muhafaza işlemi değildir. Tamiratı yapan, hangi işlemi yapıyor ise (örneğin, akan çatının tamiri), o işe ilişkin sözleşme yapmıştır ve görevi o işin yapılmasıdır, muhafaza değildir. Halbuki yediemin başlı başına muhafaza için görevlidir.

[442] ÜSTÜNDAĞ, bu işlemlerin, icra dairesi tarafından borçluya, halihazır işleticiye veya bir üçüncü şahısa bırakılabileceğini ve fakat idare ve işletmenin tüm sorumluluğunun daireye ait olduğunu ifade etmektedir (bkz. ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 159). Ancak kanaatimizce, burada sözü edilen de, bu işlemlerin bırakıldığı üçüncü kişinin yediemin olmadığıdır. Zira, aksi halde, sorumluluğun yediemine ait olması gereklidir. Bu itibarla, sorumluluğu icra dairesine ait olmak üzere, yukarıda belirtildiği gibi, bir özel hukuk sözleşmesi ile bu işlemleri yapacaklardır.

mahsullerin muhafazası aşamasında, bir yediemin tayini gerekli olabilecektir.

Öte yandan, haczedilen bir taşınmazın yediemine teslimi gerekli ise, bu halde yediemine teslim edilebilir. Ancak, bir yedieminin görevi sadece, malın muhafazasıdır ve bu kapsamda, ufak tefek tamirat işlemlerini yapabilir, hatta muhafaza kapsamında gerekli ise yapmak zorundadır. İİK'da bir işletmenin haczi mümkün olmadığı için de, zaten herhangi bir şekilde bir işletmenin yediemine teslimi gündeme gelemez. Kaldı ki, bir an için bir işletmenin haczinin mümkün olduğu düşünülse dahi, böyle bir durumda temel görev işletmenin işletilmesi ve yönetimi olacağı için, bir yediemin tayini değil, kayyım tayini gündeme gelecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Türk gemi siciline kayıtlı gemiler de İİK anlamında taşınmaz sayıldıkları için, onların haciz halinde de aynı hükümler uygulanacaktır. Ancak, İİK anlamında gemilerin taşınmaz sayılmasına rağmen, esasen taşınmaz değil taşınır olmaları sorun çıkaracak niteliktedir. Gerçekten, bir taşınmaz, yerinde sabittir ve tapu siciline haciz konulduğu zaman, icra müdürünce, gerektiğinde ele geçirilmesi mümkündür. Halbuki, aynı durum gemiler için geçerli değildir. O halde, haciz alacaklısının haklarının tam olarak korunabilmesi için, geminin seferden men'ine de gerek vardır. Bu durumda bir diğer tedbir olarak, haczolunan geminin, sefere çıkamaması için onun yediemine tevdii de gündeme gelebilecektir.

Bu durumun sebebi, sefere çıkacak bir geminin, batması, kıymetten düşmesi gibi tehlikeler ile karşılaşması ihtimalidir. Böyle bir hal ise, haczi koyduran alacaklının haklarına zarar verecektir[443]. Bir başka deyişle, haciz

[443] ÇAĞA/KENDER, bu sebeple, POSTACIOĞLU'nun, icra memurunun, İİK m. 92, III'e göre, mahcuzun borçlu tarafından işletilmesine izin verebileceği yönündeki görüşüne (bkz. POSTACIOĞLU (İcra), s. 736) karşı, İİK m. 85, II uyarınca, borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif ile yükümlü bulunan icra memurunun, alacaklının haciz ile kazandığı hakları ihlale son derece elverişli böyle bir tedbire başvuramayacağını haklı olarak belirtmektedir [ÇAĞA/KENDER, s. 148, dn(17)].

ile amaç, icra dairesi gerek gördüğünde, malı satabilmesi imkanını sağlamaktır. Yediemine tevdide de amaç budur. Yani yediemin malı sadece muhafaza etmeli onu işletememelidir. Bu durum, yedieminin görevi ile de uyumludur. Ancak, mutlaka işletilmesi gerektiği düşünülür ise, bu durumda ise, karşımıza yedieminlik değil, kayyımlık müessesesi çıkacaktır. Kaldı ki, zaten hukukumuzda işletme haczi bulunmadığı için, haczedilen işletme değil, işletmenin taşınır ve/veya taşınmaz malları olacaktır.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği[444] üzere, esasen, taşınır olmasına rağmen, uçak siciline kayıtlı bulunan Türk sivil araçlarının da haczi taşınmazlara benzer olarak yapılabildiği için, Türk gemi siciline kayıtlı gemiler için belirtilenler anılan sivil hava araçları için de geçerlidir.

Burada İİK m. 84'ün de belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bilindiği gibi, TMK m. 685 gereği, doğal ürünler, asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçası olurlar. Buna göre de yetişmemiş mahsuller, arazinin bütünleyici parçasıdırlar ve asıl şey ile birlikte haczedilebilirler. İşte İİK m. 84, bu kuralın bir istisnasını oluşturur. Yani, yetişmemiş mahsuller, İİK m. 84'deki şartlara uyulmak kaydıyla, asıl şeyden (araziden) bağımsız olarak haczedilebilirler. İcra dairesi, haczedilen mahsuller olgunlaşınca, onların toplanması için gerekli tedbirleri alır (İİK m. 93). Bu işlem de kanaatimizce, esasen yukarıda belirtilen anlamda başlı başına bir muhafaza olduğu için, bu iş için yediemin tayin edilemez. Ancak, anılan toplanan mahsullerin korunması veya mahsuller, henüz toplanmadan önce, araziden toplanıp götürülmemesi için bir yediemin tayin edilebilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer hususun da, borçlunun zilyet bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki fevkalade zamanaşımı ile iktisabını istemek hakkının haczedilmesidir (İİK m. 94, III). Bu halde, icra dairesi zilyetliğin başkasına

[444] Bkz. yukarıda dn(435) civarı.

devrini önleyecek tedbirleri alır (İİK m. 94, III). Bu tedbirlerden birisi de söz konusu taşınmazın bir yediemine teslimidir.

bb) Teminat Alacakları İçin Genel Haciz Yolunda Yedieminlik

Teminat alacakları, kanundan (örneğin, TMK m. 808; BK m. 43, II, m. 173, III, m. 503), mahkeme kararından veya sözleşmeden (örneğin, teminat mektubu) doğabilir[445].

Teminat alacakları, teminatın konusuna göre, bir miktar para, taşınır veya taşınmaz rehni ya da borç için kefil gösterilmesi şeklinde olabilir[446].

Teminat alacakları için yapılacak olan ilamsız icra takibi, teminatın para veya paradan başka şey olmasına göre değişir.

aaa) Konusu Para Olan Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibinde Yedieminlik

Konusu para olan teminat alacakları için yapılan ilamsız icra takibinde, alacaklı, teminat gösterilmesini belirterek bir takip talebinde bulunur. Takip talebini alan, icra dairesi, borçluya bir ödeme emri gönderir. Ödeme emrini alan borçlu, istenen teminatı icra dairesine yatırır ise, icra takibi sona erer.

Borçlu ödeme emrine itiraz etmez ve fakat teminatı da yatırmaz ise veya alacaklının talebi üzerine, itirazı kaldırılır ya da iptal edilir ise, icra dairesi borçlunun teminata yetecek kadar malını haczeder ve bu malları paraya çevirir. Ancak, icra dairesi anılan parayı alacaklıya ödemez; üzerinde

[445] KURU, Baki, Teminat Alacakları İçin İlamsız Takip Yapılması, Batider, 1976, C. 8, S.4, s.33-34 [KURU (Teminat)].
[446] KURU (Teminat), s. 34.

alacaklı lehine rehin hakkı tesis eder ve İİK m. 9'a göre bir bankaya tevdi eder[447].

Görüldüğü gibi, bu durumda, sadece, haciz aşamasında malların, bir yediemine tevdii gündeme gelebilir.

bbb) Konusu Paradan Başka Şey Olan Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibinde Yedieminlik

Konusu paradan başka şey olan teminat alacakları için yapılan ilamsız icra takibinde, alacaklı, takip talebi ile icra dairesine başvurur; icra dairesi borçluya ödeme emri gönderir ve borçlu istenen ayni veya şahsi teminatı verir ise, icra takibi son bulur. Teminat kefalet ise, borçlu kefil olduğuna dair, tutanağı imzalar. Teminat taşınmaz rehni ise, ilgili siciline, icra dairesi tarafından yazı yazılır. Ancak, şayet teminat bir taşınır rehni ise, icra dairesi söz konusu taşınır üzerinde rehin tesis eder ve taşınır malı, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye teslim eder.[448]

Kanaatimizce, üzerinde rehin tesis edilerek muhafazası için taşınır malın teslim edildiği alacaklı veya üçüncü kişi yediemindir[449]. Zira, mal kendilerine, muhafaza amaçlı teslim edilmiştir. Alacaklı da, malı, sadece bir rehin sözleşmesine istinaden değil, yaptığı bir icra takibine bağlı olarak icra dairesi tarafından tesis edilen rehnin sonucu olarak ve icra dairesi tarafından yapılan teslim ile elinde bulundurmaktadır. Bu sebeple alacaklı sadece, lehine rehin tesis edilmesine dair bir kanun hükmü veya mahkeme kararı yahut sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi olarak değil; resmi bir işlem ile malı muhafaza için elinde bulundurmaktadır.

---

[447] KURU (Teminat), s. 37.
[448] KURU (Teminat), s. 37.
[449] KURU, bu konuda yazdığı makalede, açıkça olmamakla beraber, "alacaklıya veya üçüncü bir kişiye (yediemine) teslim eder" ifadesi kullanarak; sadece üçüncü kişinin yediemin olduğu ve fakat mal alacaklıya teslim edilir ise, alacaklının yediemin olmadığı görüşünde olduğu izlenimi yaratmaktadır [KURU (Teminat), s. 37].

Öte yandan, ödeme emrini alan borçlu, ödeme emrine itiraz etmez ve fakat istenen teminatı da göstermez ise ya da itiraz eder, ancak itirazı iptal edilir ise, alacaklı, taşınır malın borçludan zorla alınarak üzerinde rehin tesisini veya taşınmaz mal üzerine ipotek konulması için ilgili sicile yazı yazılmasını isteyebilir[450]. Taşınır malın borçlunun elinden zorla alınmasından sonra, yukarıda belirtilen işlemler yapılır. Yani mal üzerinde rehin tesis edilerek alacaklıya veya üçüncü kişiye yediemin olarak teslim edilir.

b) Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu İle Tahliyesinde Yedieminlik

Kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesinde, icra takibinin aşamaları, anılan ilamsız icra takibinin amacı nedeniyle, genel haciz yolundan farklıdır. Kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesine iki nedene dayanılarak başvurulabilir. Bu nedenlerden birisi, kira bedelinin ödenmemesi diğeri ise kira süresinin bitmesidir.

Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle, kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesinde, takip talebi ve ödeme emrinin gönderilmesi aşamasından sonra, ödeme emrine itiraz edilmiş ve fakat itirazın kaldırılması yoluna ilişkin şartlar mevcut ise, alacaklı icra mahkemesine, itirazın kaldırılması ve tahliye talebi ile başvurabilir. Şayet itirazın kaldırılması ve tahliye talebi, icra mahkemesi tarafından kabul edilir ise veya kiracının ödeme emrine itiraz etmemesi ve kira borcunu da ödememesi nedeniyle alacaklının talebi üzerine icra mahkemesi tahliye kararı vermiş ise alacaklı, borçlunun mallarının haczedilmesini ve tahliyeyi isteyebilir[451]. Bu durumda, borçlunun haczedilen malları, genel haciz yolunda olduğu gibi, muhafaza tedbiri olarak, bir yediemine tevdi edilebilir.

[450] KURU (Teminat), s. 37.
[451] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 409-416.

Kira süresinin bitmesi nedeniyle, kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesinde, kiralayan, şartları var ise, tahliye talebinde bulunur ve icra müdürü kiracıya bir tahliye emri gönderir. Tahliye emrine süresi içinde itiraz edilir ise, kiralayan, itirazın kaldırılması için, icra mahkemesine başvurur. İcra mahkemesi itirazın kaldırılmasına karar verir ise veya tahliye talebine itiraz edilmez ise, tahliye emrinin kesinleşmesi üzerine, icra dairesi tarafından kiracı kiralanandan çıkarılır.

Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki, gerek kira bedelinin ödenmemesi gerek ise, kira süresinin sona ermesi nedeniyle tahliye söz konusu olduğunda, taşınmaz için de eşyaların bulunması ve fakat taşınmaz da hiç kimsenin bulunmaması veya taşınmaz içinde bulunan kiracının ya da başka bir kişinin eşyaların kendisine ait olmadığını belirtmesi halinde ne yapılacağı hususunda, yasada, yukarıda belirtilen İİK m. 273, II fıkrası dışında bir açıklama bulunmamaktadır. KURU, kira sözleşmesine dayanarak verilmiş olan tahliye kararları hakkında da İİK m. 26 vd.'nin uygulanması gerektiği görüşündedir[452]. Buna göre, kanaatimizce, kiranın ödenmemesi nedeniyle tahliyede de, tahliye için mutlaka icra mahkemesinin tahliye kararı gerekli olduğu için, İİK m. 26 uygulama imkanı bulur. Kira süresinin bitmesi nedeniyle tahliyede ise, İİK m. 273'ün, hem kiracının tahliye talebini de içeren ödeme emrine itiraz etmemesi nedeniyle, icra mahkemesinin kararının olmadığı hem de kiracının itirazı nedeniyle, icra mahkemesinin kararının mevcut olduğu her iki hali de düzenlemesi nedeniyle; İİK m. 273, II gereği, tahliye edilecek taşınmazda eşyaların mevcudiyeti halinde, İİK m.26 kıyasen uygulanacaktır.

Buna göre, kanaatimizce, tahliye olunan taşınmazda, kiralayana ait olmayan eşya var ise, bir yediemine teslim edilebilecektir.

[452] KURU (El kitabı), s. 823.

2) İLAMLI İCRADA YEDİEMİNLİK

İİK, para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası için ayrı (İİK m. 31-33a) ve para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilamların icrası (İİK m. 24-31) için ayrı hükümler koymuştur[453].

a) Para Ve Teminat Verilmesi Hakkındaki İlamların İcrasında Yedieminlik

Burada da, icra takibi, bir takip talebi ile başlar. Ancak, alacağın bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye (İİK. m. 38) dayanması nedeniyle, borçluya bir ödeme emri değil; icra emri gönderilir. İcra takibinin diğer aşamaları aynıdır. Buna göre, para alacakları hakkındaki ilamlı icra takibinin aşamaları: takip talebi; icra emri; haciz; paraya çevirme ve paraların paylaştırılmasıdır.

Yediemine tevdi hususu haciz aşamasında gündeme geldiği için, para alacakları hakkındaki ilamların icrasında, yediemine tevdi açısından, ilamsız icraya göre bir farklı durum bulunmamaktadır. Keza aynı durum teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası için de geçerlidir.

b) Para Ve Teminattan Başka Borçlar Hakkındaki İlamların İcrasında Yedieminlik

aa) Taşınır Mal Tesliminde Yedieminlik

Taşınır mal teslimi (İİK m. 24) konusunda bir ilama dayanılarak bir icra takibi yapılmış ise; alacaklının takip talebi üzerine, icra dairesi, kanunda belirtilen hususları taşıyan bir icra emri düzenler ve borçluya gönderir. Borçlu taşınır malı icra dairesine teslim eder ise, sorun kalmaz. İcra dairesi anılan malı alacaklıya teslim eder.

[453] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 428.

Borçlu malı icra dairesine teslim etmez ise, icra dairesi, malı, borçlunun elinden zorla alıp, alacaklıya teslim eder.

Şayet, mal borçlunun elinde değil ise, borçlunun borcu kanundan dolayı para borcuna dönüşür[454]. Bu durumda, malın değeri ilamda yazılı ise bu değeri; ilamda yazılı değil ise, tarafların üzerinde anlaştığı ya da taraflar anlaşamaz ise, icra dairesinin tespit ettirdiği değeri, borçlu, icra dairesine yatırır ise, yine bir sorun yoktur. Ancak, borçlu, ilamda yazılı olan veya ilamda yazılı değil ise, tarafların üzerinde anlaştıkları veya taraflar üzerinde anlaşamadığı için icra dairesi tarafından tespit edilen ya da ettirilen değeri icra dairesine yatırmaz ise, ayrıca, bir hükme ve icra emrine gerek kalmaksızın borçlunun bu borcunu karşılamaya yetecek malı haczedilir, mallar satılır ve bedelinden alacaklının alacağı ödenir (İİK m. 24, IV). Söz konusu haczedilen mallar da, satış gününe kadar, muhafaza edilmek üzere yediemine teslime edilebileceğinden, burada da yediemine mal teslimi gündeme gelebilecektir.

bb) Taşınmazların Tahliye Ve Tesliminde Yedieminlik

İcra edilebilir hale gelmiş taşınmaz mal tahliye ve teslimine dair bir ilamın icrası (İİK m. 26-29) sırasında, şayet taşınmaz borçlunun elinde bulunuyor ise ve takip talebini müteakip, icra dairesi tarafından gönderilen taşınmazın teslimine dair icra emri üzerine, borçlu, taşınmazı rızası ile icra dairesine teslim ederse sorun yoktur. Ancak, borçlu rızası ile taşınmazı icra dairesine teslim etmez ise, icra dairesi tarafından, icra emrinin gereği zorla yerine getirilir ve taşınmaz, alacaklıya teslim edilir.

Görüldüğü gibi, söz konusu aşamada yediemin tayinini gerektiren bir durum mevcut değildir. Bu aşamada, alacaklıya teslim edilen taşınmaza haklı bir sebep olmaksızın yeniden giren borçlu, bir mahkeme hükmüne

[454] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 448.

gerek olmaksızın icra dairesi tarafından taşınmazdan çıkarılır (İİK m. 26, III) ve genel hükümler uyarınca cezalandırılır[455] (İİK m. 342, 5237 sayılı TCK m. 290).

Ancak, borçlunun taşınmazdan çıkarılması sırasında karşılaşılabilecek bir sorun vardır. Bu sorun taşınmaz içinde, ilama dahil olmayan eşyanın bulunmasıdır. Anılan hal, İİK m. 26, IV'de düzenlenmiştir. Buna göre, ilama dahil olmayan eşya çıkarılarak borçluya teslim edilir ve hazır değilse vekiline veya ailesi halkından veyahut müstahdemlerinden reşit bir kimseye tevdi olunur. Bunlardan da kimse bulunmazsa mezkur eşya masrafı ileride borçluya ödetilmek üzere peşin olarak alacaklıdan alınıp emin bir yerde veya alacaklının yedinde hıfzettirilir ve icra dairesince hemen yapılacak tebligat üzerine borçlu eşyanın bulunduğu mahalde ise beş ve değil ise otuz gün içinde eşyayı almaktan veya masrafı ödemekten imtina ederse yahut lüzum görülürse icra müdür icra mahkemesi kararıyla bunları satıp tutarından masrafı ifa eder. Fazla kalırsa borçlunun adına, Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikte nitelikleri belirtilen bankalardan birine yatırılır (İİK m. 26, IV).

Kanaatimizce, İİK m. 26, IV uyarınca kendisine muhafaza edilmek üzere mal teslim edilen ailesi halkından ya da müstahdemlerinden reşit kimse; alacaklı veya üçüncü kişi yediemindir. Zira bu kişilere mal, mal sahibine daha sonra mevcut hali ile teslim edilmek üzere, muhafazası için tevdi edilmektedir. Şayet borçlu malın sahibi ise, borçluya veya vekiline mal teslim edildiğinde, ortada bir yedieminlik yoktur. Zira ya borçlu malın sahibidir ve mal, mal sahibine teslim edilmiştir veya vekil, borçlunun vekilidir ve ona yapılan teslimat esasen borçlu nam ve hesabına yapılmaktadır; yani mal yine sahibine teslim edilmektedir. Ancak doğal olarak, vekilin, vekaletini ispat etmesi gerekecektir. Şayet ispat edemez

[455] 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 10 uyarınca, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. Bu suç aynı zamanda, takibi şikayete bağlı olmayan, Cumhuriyet Savcısı tarafından re'sen takibi gereken bir suçtur (aynı yönde bkz. ÇOLAK, Haluk, İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 178).

ise, o zaman, anılan kişiye eşya tevdii de, ancak yediemin sıfatı ile yapılabilecektir.

Öte yandan, borçlu malın sahibi değil ise, ona veya vekiline yapılan tevdi ile, borçlu veya vekili yediemin olacaktır.

Taşınmaz mal tanımı içerisine, İİK m. 23, IV gereği, gemi siciline kayıtlı gemiler de girdiği için, yukarıda belirtilen hususlar, gemi siciline kayıtlı gemiler için de geçerlidir.

Öte yandan, yine İİK m. 23, IV gereğince her ne kadar gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler taşınır mal sayılıyor ise de, İİK m. 24, VII gereği, İİK m. 26, III ve IV gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler hakkında da uygulanacağından; yukarıda belirtilen İİK m. 26, III ve IV için belirtilenler, gemi siciline kayıtlı olmayan ve bu nedenle taşınır mal sayılan gemiler için de geçerlidir.

Ayrıca, TSHK m. 146'ya göre, İİK m. 26, (uçak siciline kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın tüm) sivil hava araçlarını da kapsar.

Şayet taşınmaz mal üçüncü bir kişinin elinde bulunuyor ise, İİK m. 27-29 hükümleri uygulanacaktır. Bu duruma ilişkin olarak inceleme konumuz açısından bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ancak, alacaklının gerekli aşamalar geçirildikten sonra, taşınmazı tahliye ve teslim almaya hakkı doğar ise, kanaatimizce, yukarıda belirtilen hususlar, burada da uygulanacaktır.

cc) Bir Şeyin Yapılmasına Veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrasında Yedieminlik

Bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilamların icrası, İİK m. 30'da düzenlenmiştir.

Alacaklının takip talebi üzerine, icra dairesi, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin icra emrini düzenleyip, borçluya gönderir. İlamın konusu iş, sadece borçlu tarafından yapılacak bir iş ise ve borçlu bunu yapmaz ise veya bir şeyin yapılmamasına ilişkin bir ilam ise ve borçlu bu icra emrinin gereğini yerine getirmez ise, borçlu, alacaklının şikayeti üzerine, İİK m. 343 uyarınca cezalandırılır[456]. Bunun dışında bir işlem yapılamaz. Zira, bir şeyin yapılmasına ilişkin ilamların icrasında, işin yapılmaması, ilamdaki alacağı para alacağına dönüştürmez.[457] Ancak, alacaklı, Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat isteyebilir (bk. BK m. 97). Bir şeyin yapılmamasına ilişkin ilamları ise, söz konusu ceza tehdidi dışında yerine getirtmenin bir yolu yoktur.

İlamın konusu sadece borçlu tarafından yapılabilecek bir iş değil ise ve alacaklı işin başkasına yaptırılması için gerekli giderleri ödemeye razı olur ise, anılan iş, icra dairesi tarafından bedeli alacaklıdan alınarak yaptırılır ve borçlu anılan işin yapılması için yapılan tüm giderlerden sorumlu olup, ayrıca bir hükme gerek kalmaksızın, borçlunun yeteri kadar malı haczedilir ve mal satılarak, bedelinden yeteri kadarı, giderleri ödeyen alacaklıya verilir (İİK m. 30, II).

Alacaklı işin yapılması giderlerini ödemeyi kabul etmez ise, önce, herhangi bir hükme gerek kalmaksızın borçlunun yeteri kadar malı haczedilir. Bu para ile ilamda yazılı olan iş, iş icra dairesince başka bir kişiye yaptırılır (İİK m. 30, II).

Anılan haciz işlemleri sırasında, malların bir yediemine tevdii gündeme gelebilir.

---

[456] İİK m. 343 için ayrıca, bkz. ÇOLAK, s. 133-135; ÜNVER, Naci, İcra ve İflas Kanununda Suç Sayılan Eylemler, Ankara 1997, s. 365 vd.; KAÇAK, Nafiz, İcra ve İflas Suçları, Ankara 2004, s. 275 vd.

[457] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 455.

dd) İrtifak Hakkına İlişkin İlamların Ve Çocuk Teslimine Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yedieminlik

İrtifak hakkının kaldırılmasına veya yüklenmesine ilişkin ilamların icrası, İİK m. 31'de düzenlenmiştir[458]. Böyle bir ilama dayanan alacaklının takip talebi üzerine, icra dairesi gerekli şartları taşıyan bir icra emri düzenler ve borçluya gönderir. Borçlu icra emri gereğini yerine getirmez ise, icra dairesi, irtifak hakkının veya intifa hakkının kaldırılması veya yükletilmesi için tapu siciline veya gemi siciline yazı yazar. Ayrıca, irtifak hakkının konusu olan şey, lehine irtifak hakkı tesis edilene, icra dairesi tarafından teslim edilir.

Öte yandan, icra emrini yerine getirmeyen borçlu alacaklının şikayeti üzerine, İİK m. 343 uyarınca cezalandırılır.

Görüldüğü üzere, irtifak hakkının kaldırılmasına veya yüklenmesine ilişkin ilamların icrası sırasında malın yediemine tevdiini gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrası ise, İİK m. 25 ve 25a'da düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu ilamların konusu gereği, yediemine tevdiinin söz konusu olamayacağı açıktır. Zira, ancak, taşınır veya taşınmaz bir mal, yediemine tevdi edilebilir.

3) REHNİN PARAYA ÇEVRİLMESİ YOLU İLE TAKİPTE YEDİEMİNLİK

Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte, takibin adından da anlaşılacağı gibi, üzerinde rehin kurulmuş olan bir taşınır veya taşınmaz mal vardır.

[458] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 458.

Taşınır rehni, İİK m. 23, II'ye göre, teslime bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanunu m. 940'da öngörülen rehinleri, ticari işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri ifade eder.

İpotek ise, İİK m. 23, I'e göre, ipotekler, ipotekli borç senetlerini irat senetlerini, gemi ipoteklerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususi imtiyazları ve taşınmaz eklentisi üzerindeki rehin muamelelerini ifade eder.

Taşınır rehni, esasen, TMK m. 939, I gereği, zilyetliğin alacaklıya teslimi ile oluştuğu için, rehinli taşınır malın muhafaza altına alınması gereği yoktur. Aynı şekilde, hapis hakkı da, ancak alacaklının zilyet bulunduğu taşınır[459] üzerinde gerçekleşebileceği için, üzerinde hapis hakkı bulunan malın da muhafaza altına alınmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Alacak ve sair haklar üzerindeki rehin hakkında da, TMK m. 954, II gereği, aksine bir hüküm olmadıkça, teslime bağlı rehin hükümleri uygulanır[460].

İşte, taşınır ve taşınmaz rehninde, esasen, üzerinde rehin kurulu olan şeyin, rehnin paraya çevrilmesi için yapılacak ilamlı veya ilamsız takipten önce belli olması nedeniyle bir haciz aşamasına gerek yoktur[461]. Yine taşınır rehninde, rehnedilen malın zaten kural olarak alacaklının elinde olması ve taşınmaz rehninde ise işlemlerin kural olarak sicil üzerinde gerçekleştirilmesi (TMK m. 856-TTK m. 876, 877) nedeniyle muhafaza altına alma işlemine de gerek yoktur. Zaten, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibin aşamaları şunlardır: 1) takip talebi, 2) ödeme emri ve

[459] İMRE, Zahit, Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik, İÜHFM, C. XVIII, S. 3-4, İstanbul 1952, s. 750; CANSEL, 49.
[460] "Alacak rehninin özgün yönü, rehnin paraya çevrilmesi için rehin konusunun mutlaka icra yoluyla satılmasına ihtiyaç göstermemesidir. Nitekim, (…) rehnedilen alacağın borçlusu tarafından rehin alana yapılan ödemeyle paraya çevrilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, rehnedilen alacak İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre de paraya çevrilebilir" (bkz. SİRMEN, Lâle, Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 118).
[461] "Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip usulü, haciz yoluyla takibe benzer. Yalnız burada haciz safhası yoktur" (bkz. SİRMEN, s. 119).

kesinleşmesi, 3) paraya çevirme (satış) ve 4) paraların paylaştırılmasıdır[462]. Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin aşamaları ise: 1) takip talebi, 2) icra emri, 3) paraya çevirme (satış) ve 4) paraların paylaştırılmasıdır[463].

Bu itibarla, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte, yediemin tayinini gerektirir bir husus kural olarak bulunmamaktadır. Bununla beraber, bazı istisnai durumlar da olabilmektedir. Bu anlamda, taşınır rehninde, sicile kayıtla gerçekleştirilen ve teslim gerekmeyen taşınır rehni hallerinde sorun çıkabilecektir. Örneğin, TMK m. 940'a göre özel bir sicile kayıt suretiyle, hayvanlar üzerinde, hayvanın zilyetliği devredilmeden rehin tesisi mümkündür. Bunun gibi, özel bir sicile kayıt suretiyle, zilyetliğin devri gerekmeden rehin tesisinin mümkün olduğu hallerde, icra takibi aşamasında anılan rehinli malın muhafaza altına alınmaması kanaatimizce sorun çıkaracak niteliktedir. Yine kanaatimizce, yapılacak kanuni düzenlemelerle bu hususstaki sorunun giderilmesi uygun olacaktır. İşte, kanaatimizce, bu gibi hallerde, malın muhafazası için yediemin tayin edilebilir.

4) İHTİYATİ HACİZ VE GEÇİCİ HACİZDE YEDİEMİNLİK

Bilindiği gibi, icra mahkemesince itirazın kaldırılmasına karar verilmesi üzerine, alacaklı geçici haciz isteyebilir (İİK m. 69). Keza, borçlunun yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açmasından sonra da, yani davanın derdest olduğu dönem içinde de, alacaklı geçici haciz isteyebilir. Geçici haciz de, kesin haciz ile aynı hükümlere (İİK m. 78 vd.) göre yapılır. Kesin haciz ile geçici haciz arasındaki tek fark, geçici hacizde alacaklının satış talebinde bulunamaması ve bu nedenle de geçici hacizde, satış isteme sürelerinin (İİK m. 106, I) işlememesidir (İİK m. 108, I).

[462] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 463.
[463] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 463.

Bu itibarla, geçici hacizde de, yediemin hakkında yukarıda söylenenler aynen geçerlidir.

İhtiyati haciz, yalnız para ve teminat alacakları hakkındaki davalarda veya icra takiplerinde söz konusu olur[464]. İhtiyati haczin şartları, İİK m. 257'de belirlenmiştir. Buna göre, ihtiyati haciz istenecek alacağın rehin ile temin edilmemiş olması ve muaccel olması gereklidir. Şayet müeccel bir alacak söz konusu ise, İİK m. 257, II'de belirtilen şartlar gerçekleşmiş olmalıdır. Anılan şartlar gerçekleşmiş ise, ihtiyati haciz, kesin hacze ilişkin hükümlere göre yapılır (İİK m. 261, II). Yani bu yönden kesin haciz ile bir fark bulunmadığından yukarıda incelenenler, ihtiyati haciz açısından da geçerlidir. Ancak, bundan başka, inceleme konumuz açısından önemli husus, alacağın rehinle temin edilmemiş olmasıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, rehinle temin edilmiş olan bir alacak söz konusu olduğunda, rehnin paraya çevrilmesi yolu dışında bir icra takibi yolu bulunmamaktadır (İİK m. 45) ve ihtiyati haciz de yapılamamaktadır (İİK m. 257, I). Bununla beraber, alacağın rehinle temin edilemeyeceği anlaşılan kısım (İİK m. 45, I/c.2) için, genel haciz yolu ile takip yapabilir ve bu nedenle de anılan kısım için ihtiyati haciz isteyebilir. Ayrıca, alacak aynı zamanda bir kambiyo senedine bağlı ise, şayet alacaklının ihtiyati haczi tamamlamak için daha sonra kambiyo senetlerine mahsus takip yolunu seçmesi şartı ile, ihtiyati haciz talep edebilir. Bunun dışında, ipotekle temin edilmiş faiz ve senelik taksit alacağı için ihtiyati haciz isteyebilir. Kısaca belirtmek gerekir ise, alacağın rehinle temin edilmiş olmasına rağmen, ilk önce rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak zorunluluğu olmayan hallerde alacaklı ihtiyati haciz isteyebilir[465].

Öte yandan, Ticari İşletme Rehni Kanununa göre, alacaklının bir ticari işletme rehni mevcut ise, alacağını temin için genel hükümlere (İİK m. 257 vd.) göre ticari işletmenin veya münferit unsurlarının ihtiyaten

[464] KURU (El kitabı), s. 880.
[465] KURU (El kitabı), s. 883.

haczedilmesini isteyebilir. Bu halde, ihtiyati haczi tamamlayan merasim rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiptir[466] (Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 14, III).

Bundan başka, gemi alacaklıları da, gemi ve navlun üzerinde sahip oldukları rehin hakkına rağmen, ihtiyati haciz isteyebilirler[467] (TTK m. 1242, II/1; İİK m. 257, IV ve V).

Yukarıda, ihtiyati haczin kesin haciz gibi yapıldığı belirtilmişti. O halde, ihtiyati haciz istenebilen hallerde, haczedilen malların muhafazası için yediemin tayin edilebilecektir.

Ancak, ihtiyati hacizde, bu hususa ilişkin iki istisnai hüküm mevcuttur. Bu hükümlerden bir tanesi, İİK m. 263'tür. Anılan maddeden yararlanıp yararlanmamak konusunda karar vermek yetkisi, maddede belirtilen şartları yerine getirmek kaydıyla, doğrudan borçluya veya elinde mal haczedilen üçüncü kişiye aittir. Bu husus daha önce incelendiği için burada tekrar incelenmeyecektir[468].

Anılan kişiler, şayet İİK m. 263'ün vermiş olduğu imkandan faydalanmak istemezler ise, kendileri hakkında da İİK m. 88'de belirtilen muhafaza tedbirleri uygulanacaktır.

İhtiyati hacze ilişkin diğer istisnai hüküm, İİK m. 266'tır. Anılan madde ile, borçluya, maddede belirtilen teminatları göstermek şartı ile, mahkemeye başvurarak, ihtiyati haczin kaldırılmasını talep etmek yetkisi tanınmıştır. Şayet bu talep kabul edilir ise, ihtiyati haciz tamamen kalkmaktadır ve onun yerine gösterilen teminat ihtiyaten haczedilmiş sayılmaktadır[469].

[466] KURU (El kitabı), s. 884.
[467] KURU (El kitabı), s. 883.
[468] Bkz. yukarıda, § 3, F.
[469] KURU (El kitabı), s. 899; ayrıca bkz. yukarıda dn(127) civarı.

5) İHALEYİ MÜTEAKİP İHALE KESİNLEŞİNCEYE KADAR GEÇEN DÖNEM İÇİN YEDİEMİNLİK

İcra ve İflas Kanunumuzun, 134 üncü maddesinin birinci fıkrasına 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile eklenen cümle ile, ihale kesinleşinceye kadar taşınmazın ne şekilde muhafaza ve idare edileceğine icra dairesi tarafından karar verileceği öngörülmüştür.

ARSLAN, ihale kararından itibaren yedi gün içinde ihalenin feshinin istenmemesi halinde ihalenin kesinleşecek olması nedeniyle, bu olasılıkta, ihalenin kesinleşmesine kadar geçen yedi günlük sürede, satılan taşınmazın muhafaza ve idaresinde önemli bir sorunla karşılaşılmayabileceğini, ancak, ihale kararından itibaren yedi gün içinde, ihalenin feshinin istenmesi halinde, ihalenin feshi veya fesih talebinin reddi kararının kesinleşmesine kadar geçecek sürede, taşınmaz malın ne şekilde muhafaza edileceğine, İİK m. 134, l'de yapılan değişiklik uyarınca icra dairesince karar verilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmekte ve söz konusu değişiklik öncesi, ihaleye konu taşınmazın üzerinde, fabrika, otel vb. bulunması halinde, ihaleyle malın mülkiyetini kazanmış olan şahsın söz konusu fabrikayı veya oteli işletememesi veya bu taşınmazların iyi işletilememesi nedeniyle zarara uğradığını, anılan değişikliğin bu soruna bir çözüm getirdiğini ifade etmektedir. Yazar, buna göre, artık icra dairesinin, bu gibi durumlarda, ihaleye konu olan taşınmazın otel veya fabrika gibi yer olması halinde, uzman bir kişiyi yediemin tayin etmek suretiyle, ihaleyi kazanan kişinin zarara uğramasını engelleyebileceği yönünde görüş açıklamaktadır[470].

Kanaatimizce de, anılan değişiklik ile, ihalenin yapılması ile, ihalenin feshinin istenmesi halinde, bu konuda karar verilinceye kadar geçecek dönem için taşınmazın nasıl muhafaza ve idare edileceğine icra dairesinin

[470] ARSLAN, Ramazan, "İcra ve İflas Kanunu'nda İhale ve İhalenin Feshi Konusunda Yapılan Değişiklikler", İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklikler, Seminer, İstanbul 2004, s. 66-67.

karar vermesi imkanı getirilmiş olması olumlu bir değişiklik niteliği taşımaktadır. Ancak, yukarıda şimdiye kadar açıkladığımız görüşümüzden de anlaşılacağı üzere, kanaatimizce, işletme ve idare unsurunun asli bir görev olarak öne çıktığı bir kişi atanması halinde, yediemin değil, kayyım söz etmek gerekecektir. Bu itibarla, muhafazanın önplanda bulunduğu ve ancak muhafazanın gerektirdiği ölçüde idare ve işletmenin söz konusu olduğu hallerde, icra dairesince atanacak kişinin yediemin sıfatı taşıyacağı ve fakat, idare ve işletmenin asli unsur olması halinde ise, anılan kişinin bir yedieminden değil, kayyım sıfatını taşıyacağını düşünüyoruz.

II) İFLAS VE KONKORDATO HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1) İFLAS HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bilindiği gibi üç tür iflas yolu vardır. Bunlar, 1) Genel iflas yolu; 2) Kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ve 3) Doğrudan doğruya iflas yoludur[471].

Genel iflas yolu, iflas takip talebi ile başlar; bu talebi alan icra dairesi borçluya iflas ödeme emri gönderir; iflas ödeme emrini alan borçlu ödeme emrine itiraz etmez ve borcu da ödemez ise, ödeme emri kesinleşir ve alacaklı, borçluya karşı, ticaret mahkemesinde iflas davası açabilir (İİK m. 156, I). Borçlu ödeme emrine itiraz eder ise, alacaklı hem borçlunun itirazının kaldırılmasını hem de iflasına karar verilmesi için, ticaret mahkemesinde iflas davası açabilir.

Alacaklının iflas davası açması üzerine ticaret mahkemesi, ilk önce, alacaklıların menfaatlerinin korunması için muhafaza tedbirleri alınmasına gerek olup, olmadığına karar verir (İİK m. 159, I). Bu konuda alacaklının bir talepte bulunmasına gerek yoktur; mahkeme re'sen gerekli gördüğü

[471] KURU (El kitabı), s. 948.

muhafaza tedbirlerini emredebilir. Bu muhafaza tedbirlerinden sadece defter tutmak kanunda belirtilmiş olup, diğer tedbirlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu tedbirlerden birinin de, borçlunun bazı mallarının yediemine teslimi olduğu kabul edilmektedir. Şayet böyle bir karar verilir ise, kararı ticaret mahkemesi verecektir. Daha sonra ticaret mahkemesi gerekli incelemeyi yapar, usulü işlemleri gerçekleştirir ve şartları var ise, iflas kararını verir. Ticaret mahkemesinin iflas kararı verdiği anda borçlu hakkında iflas açılmış olur. İflas kararını veren ticaret mahkemesi, iflas kararını derhal, yargı çevresindeki iflas dairesine bildirir (İİK m. 166, I). İflas kararı taraflara tebliğ edildikten sonra taraflar süresi içinde iflas kararını temyiz edebilirler. Ancak iflas kararının temyiz edilmiş olması, iflas kararının sonuçlarını doğurmasına engel olmaz[472]. Yalnız iflas kararı kesinleşmedikçe, ikinci alacaklılar toplantısı (İİK m. 237-239) ve masa mallarının satışı (İİK m. 241-245) yapılamaz (İİK m. 164, III/c.2).

İflas kararı kendisine bildirilen iflas dairesi, derhal iflas kararını ilan eder ve gerekli yerlere bildirir (İİK m. 166, II). İflas dairesi ayrıca, derhal, müflisin mallarının defterini tutmaya (masa mallarını tespit etmeye) ve gerekli muhafaza tedbirlerini almaya başlar (İİK m. 208, I).

İİK m. 210'da özellikle, taşınır mallar için alınacak muhafaza tedbirlerinden söz edilmektedir. İflas dairesinin bu tedbirleri almasının sebebi, ileride masa mallarının paraya çevrilmesi aşamasında bu malların kolaylıkla satılabilmesini sağlayabilmektir[473]. Anılan tedbirler arasında yediemine teslim mevcut olmamakla beraber, kanaatimizce, iflas dairesi gerekli görüyor ise, böyle bir muhafaza tedbirine başvurabilir.

Seçilen iflas idaresinin görevlerinden birisi de[474], masa mallarını muhafaza etmeye devam etmek ve masa mallarının aktifini çoğaltmaktır. Bu anlamda, deftere geçirilmemiş mal bulursa, onu deftere geçirmek ve

[472] KURU (El kitabı) s. 965 vd.
[473] KURU (El kitabı) s. 1082.
[474] İflas idaresinin diğer görevi, iflas masasının pasifini (alacaklılarını) tespit etmektir (İİK. m. 230-236). [bkz. KURU (El kitabı) s. 1109].

muhafaza etmek, iflas idaresinin görevleri arasındadır[475]. Bu sebeple, muhafaza tedbiri olarak yediemin tayini gerektiğini düşünüyor ise iflas idaresi yediemin atayacaktır. İflas idaresi iflas masasının kanuni mümessili (İİK m. 226, I) olduğundan muhafaza konusundaki kararları almaya yetkilidir.

Yukarıda belirtilen hususlar hem kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu (İİK m. 176) ve doğrudan doğruya iflas yolunda (İİK m. 181) da aynen geçerlidir[476].

2) KONKORDATO HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Konkordato İİK'da düzenlenmiştir. Bunlar adi konkordato (İİK m. 285-309) ve mal varlığının terki suretiyle konkordato (İİK m. 309a-309l) olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca, İİK m. 309m-309ü'de düzenlenen sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yolu ile yeniden yapılandırılması müessesesi vardır.

Adi konkordato da, iflasa tabi olsun olmasın herhangi bir borçlunun yaptığı iflas dışı konkordato (İİK m. 285-308) ve iflas ettikten sonra, iflastan kurtulmak için yapılan iflas içi (iflastan sonra) konkordato (İİK m. 309) olarak ikiye ayrılır[477].

İİK m. 289'a göre, konkordato mühleti içinde, borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve ihtiyati haciz kararı uygulanamaz ve başlamış takiplerde durur. Ancak, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabilir veya başlamış olan takibe devam edilebilir ve fakat bu takip nedeniyle muhafaza tedbiri alınamaz ve malın satışı gerçekleştirilemez. Sadece, İİK m. 206'nın birinci sırasındaki alacakları için haciz yolu ile takip yapılabilir.

[475] KURU (El kitabı) s. 1109.
[476] KURU (El kitabı), s. 1077.
[477] KURU (El kitabı), s. 1231.

Konkordato mühleti içinde borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır (İİK m. 290, II). Ancak bu muhafaza tedbirleri arasında yediemine tevdi yoktur.

Yukarıda konkordato mühleti içinde, başlamış takiplerin duracağı belirtilmişti. İşte konkordato tasdik edilir ise, yapılmış olan hacizler düşer (İİK. m. 304) ve muhafaza altına alınmış olan mallar borçluya iade edilir[478].

Öte yandan, ticaret mahkemesi konkordatonun tasdiki talebini reddederse, teminat aramaksızın ve re'sen borçlunun bütün haczi caiz mallarının ihtiyaten haczine karar verir (İİK m. 301, II).

Tasdik edilen konkordatonun, alacaklılardan birisinin talebi ile konkordatonun tamamen feshine karar verir ise, teminat aramaksızın ve re'sen borçlunun tüm haczi caiz mallarının ihtiyaten haczine de karar verir (İİK m. 308, II; m. 301, II).

Konkordato tasfiye memurları konkordato masasının muhafazası ve paraya çevrilmesi veya lüzumu halinde malların devri için gerekli bütün işlemleri yerine getirirler (İİK m. 309c, III). Söz konusu muhafaza sözcüğü içerisine, kanaatimizce, yediemine tevdi de girer

Uzlaşma yolu ile yeniden yapılandırma ise, sadece, anonim şirketler ve kooperatifler için söz konusu olabilir. Anonim şirket veya kooperatif, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde yeniden yapılandırma projesi hazırlar ve bu proje, alacaklılar tarafından kabul edilir ise, projenin tasdiki için, şirket, muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesine başvurur. Mahkeme, başvuruyu aldıktan sonra, otuz gün içinde bir duruşma gerçekleştirir ve projeden etkilenecek ve adresi bilinen alacaklıları davet eder. Mahkeme ayrıca, borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine başvuru hakkında verilecek nihai kararın verilmesine

[478] PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES (İcra), s. 411.

kadar geçecek dönem için borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri hemen alır (İİK m. 309/ö, II).

Ancak bu ara dönem için alınacak borçlunun malvarlığını korumaya yönelik tedbirler arasında her ne kadar, yediemine tevdi de olabilir ise de, söz konusu işin niteliği, bu düşünceyi desteklemekten kanaatimizce uzaktır. Zira, yediemine tevdi işlemi niteliği gereği mevcut durumu korumaya yönelik olmanın ötesinde durağanlığa yol açan bir işlemdir. Oysa, şirketin faaliyetlerine devam etmesi gerekir. Bir başka deyişle, amaç şirketi kurtarmaktır; yoksa malvarlığını bir noktada sabitleyip, tasfiye etmek değildir.

Nitekim, İİK m. 309/ö, II/c.3'de; yani yukarıda belirtilen malvarlığının korunmasına ilişkin hükmün hemen akabinde, mahkemenin, alacaklılar ve borçlu tarafından seçilmiş, atanmasından projenin tasdikine veya reddine ilişkin kararın verilmesine kadar borçlunun faaliyetlerinin sevk ve idaresini üstlenecek ya da bu faaliyetleri denetleyecek olan ve lazım gelen bilgi ve tecrübeye sahip ve gerekli nitelikleri haiz bir veya birkaç ara dönem denetçisi tayin edebileceği ifade olunmaktadır. Bir başka deyişle, kanun koyucu, borçlunun malvarlığını korumaya yönelik tedbir olarak, borçlunun faaliyetlerinin "sevk ve idare" edilmesini göstermektedir. Bu iş ise bir yediemin işi değildir. Zaten kanun koyucu da bu kişi veya kişilere ara dönem denetçisi ismini vermiştir.

Mahkeme ayrıca, bu ara dönem için, tüm takip ve davaların durdurulmasına, etkilenen alacaklılar için yenilerinin yapılmamasına, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasına karar verebilir (İİK m. 309/ö, III).

Mahkeme duruşma günü, tarafları, ara dönem denetçisini dinleyerek, yeniden yapılandırma projesinin kabul veya reddine karar verir (İİK. m. 309/p).

Mahkeme, şayet, borçlunun yeniden yapılandırmaya iyiniyetle başvurduğunu, İİK. m. 309/m-309/o maddelerindeki şartların yerine geldiğini ve projeyi reddetmiş her alacaklının projeyle eline geçecek miktarın en az iflas tasfiyesi sonunda eline geçecek miktara eşit olduğunu tespit eder ise, yeniden yapılandırma projesini tasdik eder; aksi halde reddine karar verir (İİK. m. 309/p, I).

Mahkeme, tasdik kararı ile birlikte, borçlu ile alacaklıların bu konudaki görüşlerini de dikkate alarak, yetkileri sadece projenin yerine getirilmesine ilişkin esasları denetleyip alacaklılara düzenli rapor etmekten ibaret olan bir veya birkaç proje denetçisi tayin edebilir (İİK. m. 309/p, II). Ayrıca proje tasdik kararı ile birlikte, mahkemenin daha önce ara kararı olarak verdiği davaların ve takiplerin durmasına ilişkin kararlar devam eder[479].

Öte yandan, proje ret kararının verilmesi halinde ise, mahkemece verilmiş tedbirler kalkar, dava ve takiplere devam edilir (İİK. m.309/r, IV).

Hem proje ret kararı hem de tasdik kararı, tebliğinden itibaren on gün içinde temyiz edilebilir (İİK m. 309/p, III).

Borçlunun projeden doğan yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesi halinde, durum, yasada belirtilen ilgililer tarafından mahkemeye bildirilir. Bu bildirim üzerine mahkeme, borçlunun malvarlığının korunabilmesi için, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarını önleyici tedbirler de dahil olmak üzere, gerekli muhafaza tedbirlerini alır (İİK. m. 309/t, I). Kanaatimizce, burada yediemine tevdi gündeme gelebilir. Hatta amaç, borçlunun malvarlığı üzerindeki

[479] KURU (El kitabı), s. 1361.

tasarrufunu önlemek olduğuna göre, özellikle taşınır mallar için en iyi muhafaza önlemi bir yediemine tevdidir.

B) MEDENİ USUL HUKUKU'NDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

HUMK m. 101'e göre, "Hakim iki taraftan birinin talebiyle davanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyati tedbirler ittihazına karar verebilir:

1. Menkul ve gayrımenkul malların aynı münazaalı ise bunun haciz veya yediadle tevdiine,
2. Münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin ittihazına,
3. Türk Medeni Kanun ile muayyen hallerde nafaka alınmasına,
4. Ayrılık ve boşanma davası üzerine, Türk Medeni Kanunu mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına".

HUMK m. 103'e göre ise, "101 ve 102[480] nci maddelerde gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defi için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir".

Yukarıda belirtilen HUMK m. 101/1'de, aynı münazaalı taşınır veya taşınmaz malların, haczinden veya yediemine tevdiinden söz edilmektedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, burada öncelik ile bir "malın" varlığı gereklidir. Bu mallar taşınır veya taşınmaz mal şeklinde olabilir. Taşınır ve taşınmaz mal tanımları esasen maddi hukuka ait konulardır[481]. İİK'dan farklı olarak HUMK'ta bu konuda herhangi bir tanım yapılmamıştır.

[480] HUMK. m. 102, 1424 sayılı Kanun m. 342 ile yürürlükten kaldırılmış olup, bugün aynı konuyu İİK. m. 257 düzenlemektedir.
[481] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 179.

TMK m. 762'e göre, "taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir".

TMK m. 704'e göre, "taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:
1. Arazi,
2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,
3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler".

Gemilerin ise, Medeni Hukuk açısından taşınır eşya olduğu ve TTK m. 875-877 ve 893 vd.'da ayrıntılı biçimde düzenlenen gemi ipoteğinin, yine Medeni Hukuk açısından geminin, rehinli alacaklıya teslimini gerektirmeyen bir sicilli taşınır rehni olduğu öğretide kabul edilmektedir[482]. Oysa, daha önce belirtildiği gibi İİK m. 23, IV'e göre, Türk gemi siciline kayıtlı gemiler, İİK açısından taşınmaz sayılırlar. Ancak, HUMK'ta böyle bir düzenleme bulunmadığından, Medeni Hukuktaki düzenlemenin esas alınması gereklidir.

TSHK m. 65'e göre, anılan Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, hava araçları taşınır mal hükümlerine tabidir. TSHK m. 53'e göre ise, "Sicilin muhtevasının gerçek hukuki duruma uygun bulunmadığı yolundaki itirazlar sicile şerh olunabilir./ Bu itirazlar, bir ihtiyati tedbir kararına veya sicilin tadili sonucunda hakkı muhtel olacak kişinin rızasına dayanılarak şerh olunur. İhtiyati tedbir kararının verilmesinde hakkın tehlikede olduğunun kuvvetle muhtemel bulunduğunun ispatı aranmaz".

YILMAZ, taşınır veya taşınmaz bir malın mülkiyetinde, mülkiyet dışındaki ayni hakta veya zilyetliğinde uyuşmazlık var ise; yani taraflardan biri başka diğer başka bir ayni hak iddiasında bulunuyorsa, bu durumda "malın aynı" üzerinde çekişme bulunduğunun kabul edilmesi gerektiğini ve bu nedenle

[482] OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 878.

de ihtiyati tedbire karar verilebileceğini (HUMK m. 101/1) ifade etmektedir[483].

YILMAZ, HUMK m. 101/1'de yer alan, "haciz" kelimesinin, teknik anlamda haciz olmadığını; çünkü, haczin kesinleşmiş bir icra takibini müteakip, alacaklının talebi üzerine, icra dairesi tarafından, borçlunun borcuna yetecek malı üzerinde uygulanan muhafaza işlemi olduğunu; oysa, ihtiyati tedbirde, alacaklının davayı kazanması halinde, dava konusu olan malına aynen kavuşmasının amaçlandığını; ayrıca, kaynak 1924 tarihli Nöşatel Usul Kanununun, HUMK m. 101/1'i karşılayan, 94 üncü maddesinin a bendi hükmünde de, "haciz" kelimesinin bulunmadığına ve elkoyma/yedieadl (yediemin)" karşılığı olan "sequestre" kelimesinin kullanıldığına işaret etmekte ve yukarıda belirtilenler ışığında, HUMK. m. 101/1'de yer alan "haciz" kelimesinin "elkoyma" olarak anlaşılması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir[484].

HUMK m. 101/2'de ise, münazaalı "şey"den söz edilmektedir. Burada, kanun koyucu, taşınır ve taşınmaz mal kelimelerini değil, "şey" kelimesini kullanmıştır. YILMAZ, isabetli olarak, HUMK m. 101/1'deki "menkul ve gayrımenkul mal" terimlerinin çok geniş olduğunu ve eşya hukukundaki "şey" ile aynı anlama geldiğini söylemenin mümkün bulunduğunu ifade etmekte ve bu bakımdan, iki hüküm arasında bir fark olmadığını belirtmektedir[485].

Öte yandan, HUMK m. 101/2'de, ihtiyati tedbir kararı verilmesi için m. 101/1'den farklı olarak, malın aynının münazaalı olması aranmaz ve verilecek ihtiyati tedbir için sadece "haciz" veya "yediadle tevdii" şeklinde bir sınırlama getirilmemiştir ve hakim münazaalı şeyin muhafazası için

[483] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 182.
[484] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 183.
[485] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 279.

gerekli olan her türlü tedbiri alabilir. Bir başka deyişle, HUMK. m. 101/2, m. 101/1'e göre daha geniş anlam taşımaktadır[486].

HUMK m. 103 ise, YILMAZ'ın isabetli olarak işaret ettiği gibi "torba hüküm"dür[487]. Yani, hakim, tehirinde tehlike olan veya mühim bir zararın olacağı anlaşılan hallerde tehlike ve zararı ortadan kaldırmaya yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verebilecek ve hangi halde tehlike ve mühim bir zarar olacağını; buna bağlı olarak, bunlar hakkında nihai kararı beklemenin, yani tehirinin gerekip gerekmediğini ve eğer bunların ortadan kaldırılmasının (def'inin) gerektiği sonucuna varmışsa, burada ne tür bir ihtiyati tedbirin verileceğini takdir edecektir; bir başka deyişle, hakim, alacağı ihtiyati tedbiri her bir somut olayın özelliğini göz önüne alarak değerlendirecektir[488].

Özetlemek gerekirse, HUMK m. 101/1'de taşınır ve taşınmaz mallardan söz edildiği ve HUMK m. 101/2'de taşınır ve taşınmaz malların her ikisinde kapsar şekilde "şey" kelimesinin kullanıldığı ve bu haliyle her iki hükümde de esasen maddi bir varlığı olan şeylerden söz edildiği anlaşılmaktadır[489]. Her iki hükümden de sadece HUMK m. 101/1'de ihtiyati tedbir olarak "yediemine tevdiden" söz edilmekte; HUMK m. 101/2'de ise, "lazım gelen her türlü tedbirden" ifadesi kullanılmaktadır.

O halde, HUMK m. 101/1'e göre sadece, taşınır ve taşınmaz mallar muhafaza için yediemine tevdi edilebilmektedir. Bir başka deyişle, örneğin, bir işletme yediemine tevdi edilemeyecektir. Bu durum, yediemine tevdi halinde, yedieminin, yedieminlik görevini kötüye kullanması hali için

[486] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 279.
[487] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 619.
[488] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 620.
[489] TMK m.762'de sözü edilen ve menkul mal olduğu kabul edilen, "...edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler"in maddi varlığı yoksa da, bu "doğal güçler" zaten yediemine tevdiye konu olamayacağı için inceleme konumuz kapsamına girmemektedir. Keza, TMK m. 704/2'de sözü edilen "tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar"ın da aynı şekilde maddi varlığı bulunmamakla, yediemine tevdiye konu olmayacağı için inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

düzenlenen 5237 sayılı TCK m. 289 hükmü ile de uyumludur. Zira, anılan madde sadece, "malların" yediemine tevdii halinde yedieminin görevini, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçu olarak düzenlemektedir. Şayet bir işletme muhafazası için bir yediemin denilen bir kişiye tevdi edilmiş ise, bu kişinin eyleminde, sadece, işletme içinde bulunan maddi mallar için, maddenin aradığı diğer şartlar da gerçekleşmiş ise[490], yedieminlik görevini kötüye kullanmak suçu oluşabilecek ve fakat örneğin, yediemin adı verilerek kendisine bir işletme tevdi edilen kişi, işletmeyi iyi işletmeyerek, işletmeyi zarara sokarsa, yedieminlik görevini kötüye kullanmak suçu oluşmayacaktır. Bu tür bir eylem belki, eylemin konusuna göre, dolandırıcılık suçuna veya hırsızlık suçuna ya da başka bir suça vücut verebilecektir.

Bir başka deyişle, yedieminlik müessesesi, çeşitli kanunlarda, şu andaki inceleme konumuz itibariyle HUMK m. 101/1'de belirtilen yedieminlik ve 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen yedieminlik ile ya da diğer başka kanunlarda yer alan yedieminlik müesseseleri (örneğin, Orman Kanunu m. 84) ile bütün teşkil etmektedir.

Bu düzenlemelerin hepsi birlikte düşünüldüğünde, yani yediemine bir mal teslimini gerektiren ve buna yetki veren bir kanuni düzenleme, bu görevin yerine getirilmemesi haline, karşılaşılacak cezai müeyyide; hatta bu konudaki hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler bir arada düşünüldüğünde, maddi bir varlığı olan taşınır ve taşınmaz mallar dışında, yediemine tevdiye başka herhangi bir hak veya işletme yahut hukuki bir varlık konu olamaz.

[490] Örneğin, 5237 sayılı TCK m. 289'ya göre, malın yediemine "resmen" teslimi gerekir; bu sebeple, işletme teslim edilirken, kanunen teslime yetkili kılınan kişi, bu malları tek tek belirterek teslim etmiş ise, kendisine işletme teslim edilen kişi için, 5237 sayılı TCK m. 289'daki diğer şartlar da var ise, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçu oluşabilir. Fakat, burada yine de suç, yediemin adı ile kendisine işletme teslim edilen kişinin işletmeyi kötü yönetmesinden değil, kendisine teslim edilen belirli bir mal veya malları muhafaza görevini yerine getirmemesinden oluşacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, HUMK m. 101/2'ye veya HUMK m. 103'e göre, daha kapsamlı olarak ve hakime verilen daha geniş takdir yetkisi ile, taşınır ve taşınmaz mallar dışında, örneğin, yukarıda belirtildiği gibi bir işletmenin veya bir şirketin muhafaza amaçlı olarak bir kişiye neden tevdi edilemeyeceği sorulabilir. Burada ifade edilmek istenen, anılanların veya taşınır ve taşınmaz mal olup, maddi varlığı olmayan şeylerin ya da başka varlıkların muhafaza amaçlı olarak bir kişiye tevdi edilemeyeceği değildir. Söz konusu tüm varlık veya şeyler maddi varlığı olan taşınır ve taşınmaz mal niteliğine sahip olmasa bile özellikle, HUMK. m. 103 ile hakime tanınan geniş takdir yetkisi çerçevesinde, bazı hakların korunması amacı ile bir başkasına tevdi edilebilir ve kazuistik bir düzenleme içermeyen ve gerçekten, hızla değişen ve gelişen toplumsal yaşamın gerekleri de ancak HUMK. m. 103 gibi geniş anlam içeren hükümler ile karşılanabilir. Ancak, bunların hiçi birisi, bir yediemine tevdi niteliği taşımayacaktır. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, gerek yediemine tevdiye ilişkin yetki veren kanuni düzenlemeler ve bunlara uymamanın cezai müeyyidesini ve hatta bazen İİK m. 358 gibi hukuki müeyyidesini teşkil eden düzenlemeler bir bütün teşkil ederler.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen maddi varlığı olan taşınır ve taşınmaz mallar dışındaki varlık veya şeylerin salt muhafaza amaçlı olarak, bir başkasına tevdii de genel olarak mümkün de değildir. Zira bu tür olaylarda, genellikle, önde olan muhafaza değil, söz konusu varlık veya şeyin işletilmesi veya idaresidir. Örneğin bir işletme bu şekilde bir kişiye devredildiğinde, esas amaç, daha çok o işletmenin işletilmesi veya idaresidir. Aynı durum bir şirketin devri halinde de geçerlidir. Bunlar dışında, örneğin, edinilmeye elverişli bir doğal güç de, ancak, maddi bir varlık ile tecessüm ettirilebiliyor ise, yediemine tevdi edilebilir ve bu tevdi salt muhafaza amaçlı olabilir.

Ancak, bu durum, daha önce de belirtildiği gibi, muhafaza da hiç bir şekilde, idare ve/veya işletme olmayacaktır anlamına gelmez. Muhafaza

ile birlikte idare ve/veya işletme de gerekli olabilir; fakat temel amaç daima muhafaza olmalıdır ve idare ve/veya işletme muhafaza için gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır. Aksi halde, muhafaza amacı ikincil plana itilir ve idare ve/veya işletme amacı ön plana çıkar ve muhafaza idare ve/veya işletmenin bir sonucu olmaya başlar. Bu anlamda örneğin, bir kişiye yediemin olarak, bir taşınmaz tevdi edilmiş ise ve bu taşınamazın ufak tefek tamirat işlemleri vs. bu muhafaza görevi içinde yer alır. Tavanı akan bir taşınmazın, muhafazası için bu taşınmazın tavanının tamiri gereklidir. Zira ancak bu şekilde, o taşınmaz teslim edildiği şekilde iade edilebilir. Muhafaza ile belirtilen, muhafaza edilmek üzere verilen taşınır veya taşınmazın teslim edildiği gibi iadesini sağlamaktır. Halbuki, böyle bir taşınmazın daha iyi halde getirilmesi, bir işletmenin veya şirketin işletilerek geliştirilmesi muhafaza değildir; o şeyin veya varlığın daha iyiye götürülmesine yönelik bir çalışmadır ve burada muhafaza yoktur; idare, işletme, iyileştirme vs. vardır.

Ancak, bu konuda verilen bazı yargı kararları üzerinde yapılan incelemeye göre, uygulamada, örneğin, ortaklar arasında çıkan bir anlaşmazlık nedeniyle, mahkeme kararıyla bir garajın "işletilmesinin" bir yediemine verildiği[491] veya bir "anonim şirkete yediemin atandığı"[492] yahut "bir işyerinin yediemine tevdi edildiği"[493] anlaşılmaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanaatimizce, bu hallerde, yediemine tevdi söz konusu olmaz. Zira, esasen mahkeme kararlarında da ifade edildiği gibi, atananlar, hep "idare veya işletme" için atanmışlardır. Zaten böyle bir görevin niteliği de ancak, idare ve/veya işletme olacaktır. O halde, bu kişiler birer kayyım olarak kabul edilebilir; fakat yediemin değildirler. Yediemin olmadıkları için de 5237 sayılı TCK m. 289 vd.'daki cezai müeyyidelere muhatap olmayacaklardır. Ancak, bu durumda, HUMK m.

[491] Danıştay 4. D. 14.03.1972, 233/1590 [(bkz. KURU (Usul-IV), s. 4307].
[492] Danıştay 7. D. 5.6.1995, 1994/2952, 1995/2331 (bkz. www. Basarm.com.tr/dustur/danıstay/uk/95-2331.htm).
[493] Yarg. 10. HD. 20.02.1976; HGK. 18.03.1981, 10/97-144 [bkz. KURU (Usul-IV), s. 4307].

113/A hükmü veya eylemleri başka bir suç teşkil ediyor ise, o suçlara ilişkin hükümler gereğince cezalandırılabilecektir.

O halde, daha önce de belirtildiği gibi, yedieminden söz edebilmek için, esasen, bir malın muhafazası amacıyla görevlendirilmiş olma gereklidir. Ancak, yedieminin, bu muhafaza görevi gerektirdiği ölçüde, muhafazası altındaki malı idare ve/veya işletme görevi de söz konusu olabilir. Bu konuda, örneğin, bir anonim şirketin üzerinde çekişme bulunan hisse senetlerinin mahkeme kararı ile ihtiyati tedbir olarak bir yediemine tevdiini verebiliriz.

Bilindiği gibi, İİK m. 88, I gereği icra daireleri, haczettikleri bir hisse senedini, yediemine bırakamazlar; kendilerinin muhafaza etmesi gereklidir. İİK m. 9 gereği de, bu hisse senetlerini, anılan maddedeki şartlara uygun bir bankada; banka yoksa, icra ve mahkeme kasalarında; kasa bulunmayan yerlerde ise, mal sandıklarında muhafaza etmeye mecburdurlar.

Oysa ihtiyati tedbir olarak yediemine tevdi halinde, ihtiyat tedbiri, icra müdürü de icra etse, icra müdürü sıfatıyla değil; infaz memuru sıfatıyla hareket edecektir. Bu nedenle de, elkoyduğu malları kendi nezdinde muhafaza etmeyip, bunu bir yediemine tevdi etmesi gereklidir[494]. İşte yediemine, bir anonim şirketin hisselerinin tevdii halinde; yedieminin bu hisselerin örneğin, şayet kar payı dağıtımı var ise, bu kar paylarını alması veya örneğin, şirketin bir genel kurulu yapılacak ise, bu genel kurula katılması gerekebilecektir. Bu halde ise, muhafaza görevinin gereği olarak bazı idare işlemlerini yapması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu hallerde, kanaatimizce, yedieminin muhafaza görevinin doğrudan kapsamında olmaması nedeniyle, yediemin kendiliğinden örneğin, gidip kendisine tevdi edilen anonim şirket genel kurulunda oy kullanamayacaktır. Ancak, bu oy kullanma işlemi aynı zamanda yedieminin muhafaza görevi ile bağlantılı

[494] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 183.

olduğundan, yedieminin durumu kendisini yediemin olarak atayan mahkemeye bildirmesi ve nasıl davranacağını öğrenmesi veya bu konuda talimat istemesi kanaatimizce gereklidir[495].

Uygulamada, mahkemelerin, bir anonim şirket hisselerinin yediemine tevdii hususuna çok sıcak bakmadığı görülmektedir.

Keza bir taşınmazın yedieminin de, bu taşınmazın bazı ufak tefek tamirat işlerini vs.'yi görmesi gerekebilecektir.

C) İİK VE HUMK DIŞINDA HUKUKUMUZDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DİĞER BAZI DÜZENLEMELER

I) AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yedieminliğe ilişkin yer alan düzenlemeleri saptamadan önce, anılan Kanunun kapsamının saptanması gereklidir.

6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsil yapılabilmesi için, alacağın, devlete, il özel idaresine veya belediyeye ait olması gerekir (6183 sayılı Kanun, m.1, I). Ancak, bu yeterli değildir. Ayrıca devletin, il özel idaresi

[495] Daha önce belirtildiği gibi, Fransız hukukunda, hukukumuzda kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik olarak ifade ettiğimiz yedieminlik de, bir sözleşme olarak kabul edilmektedir (bkz. yukarıda, § 2, A, II). Buna rağmen, Fransız hukukunda da, yedieminin ana görevinin muhafaza olduğu, yönetim işinin bir ek iş olduğu ve yönetimin öne çıkarılmasının yedieminlik görevinin özünü değiştireceği için kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Benzeri olarak, bir anonim şirketin mülkiyeti ihtilaflı hisse senetlerinin bir yediemin tevdi halinde, yedieminin olağan genel kurul toplantısında oy kullanıp kullanamayacağı hususu, yargıya intikal etmiştir. Mahkeme, yedieminin prensip olarak oy hakkına sahip bulunmadığına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi ise, konuyu biraz yumuşatmış ve "şirketin çalışmasını veya çıkarlarını yakın bir tehlikeden korumak" için yediemine oy kullanma olanağı vermiştir (BELLOIR, s.7).

veya belediyenin alacağının, sözleşmeden[496], haksız fiilden veya haksız iktisaptan doğmamış olması gerekir (6183 sayılı Kanun, m. 1/I). Öte yandan, çeşitli kanunlarda, 6183 sayılı Kanun veya Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen alacaklar hakkında da, 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanır[497] (6183 sayılı Kanun, m. 2).

Kamu alacağı, özel kanunlarında belirtilen zamanlarda ödenir. Özel kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş kamu alacakları Maliye Bakanlığınca belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu ödeme müddetinin son günü kamu alacağının vadesi günüdür (6183 sayılı Kanun, m. 37).

6183 sayılı Kanun m. 54'e göre, ödeme müddeti içinde ödenmeyen kamu alacağı, tahsil dairesince cebren tahsil edilir. Cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki yolu ile yapılır:
1- Kamu borçlusu tahsil dairesine teminat göstermiş ise, teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi,
2- Kamu borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi,
3- Gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi.

6183 sayılı Kanun, m. 82, I'e göre, "haczedilen para, kıymetli maden, mücevher, ticari senet, hisse senedi ve tahvil gibi menkul mallar kaybolmalarını ve değiştirilmelerini önleyecek tedbirler alınarak tahsil dairelerince muhafaza olunur." Buna göre anılan taşınır mallar, tahsil

[496] Burada söz konusu edilen sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleridir. İdari sözleşmelerden doğan alacaklar, 6183 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmektedir (bu konuda ve ayrıntılı bilgi için bkz. ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul, s. 1650 vd.; ÖZBALCI, Yılmaz, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamalar, Ankara 2003, s. 47 vd.).

[497] 6183 sayılı Kanun'a atıf yapan kanunlara ilişkin bir liste için bkz. ÖZBALCI, s. 65-66. Ayrıca, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 55 uyarınca, Rekabet Kurulunun para cezası veya süreli para cezalarının yerine getirilmesi 6183 sayılı Kanun hükümlerine tabidir. 205 sayılı Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu, m. 31, III'e göre "Kurumun aidatını tahakkuk ettirmeyen, kesmeyen ve yukarıdaki müddet içinde Kuruma göndermeyenlerden, bu aidat %10 gecikme zammı ile birlikte Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanununa göre mahalli Maliye Teşkilatınca tahsil olunarak Kuruma verilir".

dairesince, bir başka deyişle devlet tarafından saklanır. Bu taşınır mallar ile ilgili olarak hukuki sorumluluk idare hukuku kurallarına göre belirlenir. Buna göre, hizmet kusuru ve/veya şahsi kusur ilkelerine göre, ilgililerin sorumluluğuna gidilecektir. Cezai sorumluluk yönünden ise, eylem, zimmet veya görevi kötüye kullanma ya da kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir başka suç olabilecektir.

Yukarıda belirtilenler dışında kalan "sair menkul mallar" ise, uygun bir yerde muhafaza altına alınır veya güvenilir bir şahsa veyahut güvenilir bir şahsın kefaleti altında borçlunun veya zilyedinin kendisine bırakılır (6183 sayılı Kanun, m. 82, II). Madde metninden anlaşılacağı gibi, "sair menkul mallar" dahi, gerekli görülür ise, tahsil dairesince, yani devlet tarafından muhafaza edilebilir[498]. Şayet anılan mallar, tahsil dairesince saklanır ise, yine yukarıda, 6183 sayılı Kanun m. 83, I'deki taşınır mallara ilişkin olarak belirtilenler geçerli olacaktır. Ancak, anılan "sair menkul mallar" bir yediemine de bırakılabilir.

61283 sayılı Kanun, m. 83 uyarınca, "borçlular, zilyedler, güvenilir şahıslar 82'inci madde gereğince kendilerine bırakılan malları, alacaklı amme idarelerince yapılacak ilk talep üzerine derhal ve kendilerine teslim edildiği zamandaki durumları ile geri vermek mecburiyetindedirler./ Bu mecburiyeti yerine getirmeyenler, haklarında yapılacak ceza takibinden başka, bu malların kendilerine atfolunmayacak bir sebepten dolayı telef ve zayi olduğunu ispat edemedikleri takdirde, geri verilmeyen malların değerleri tutarınca borçlu sayılıp bu kanunun gereğince takip olunurlar".

Yukarıda belirtilen 83 üncü madde hükmü, İİK m. 358 hükmüne benzemekle beraber, aralarında çok önemli farklar mevcuttur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 83 üncü madde hükmünün borçlular yönünden de uygulanacağı hususunda, maddenin açık ifadesi karşısında bir tereddüt bulunmamaktadır. Öte yandan, anılan madde hükmü, tahsil dairesine

[498] Aynı yönde bkz. ÖZBALCI, s. 774.

re'sen tazmin yetkisi vermemektedir. Sadece, yediemine karşı da, 6183 sayılı Kanun hükümlerinin tatbik edilebilmesi olanağı getirmektedir. Bir başka deyişle, yediemine muhafazası için verilen malların değeri, kamu alacağı haline gelmekte ve yediemin de bu alacağın, borçlusu olmaktadır[499]. Buna göre, idareye karşı borçlu durumda bulunan yediemine karşı, öncelik ile ödemede bulunmasını sağlamak üzere, 6183 sayılı Kanun, m. 37, II[500] hükmü uyarınca, ödeme süresi vermek gereklidir[501]. Ancak, kanaatimizce, 6183 sayılı Kanun, m. 83, I'e göre, kamu idaresince, yediemine, malları teslim konusunda verilen süreyi, söz konusu ödeme süresi olarak kabul etmek kanunun ruhuna uygun olacaktır[502]. Verilen ödeme süresi içinde, malların iadesinin yapılmaması halinde ise, 6183 sayılı Kanun m. 54 vd. uyarınca yediemin hakkında, kamu alacağına dönüşen malların bedeli için takibat yapılacaktır. Yani, yediemine, ödeme emri gönderilecek, yediemin, bu ödeme emrine karşı süresi içinde dava açabilecek ve dava açmaz veya davası reddedilir ise, hakkında haciz işlemi yapılabilecek ve daha sonra da haczedilen mallar satılıp, paraya çevrilebilecek ve bu şekilde kamu alacağı tahsil edilebilecektir. Danıştay kararları da bu yöndedir[503].

---

[499] Aynı yönde bkz. DÖNMEZ, Recai, Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip, Ankara 2005, s. 153.

[500] 6183 sayılı Kanun, m. 37, II'ye göre, "hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş amme alacakları Maliye Vekaletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir".

[501] ÖZBALCI, s. 777.

[502] Burada verilen sürenin, malların aynen teslimi için olduğu, halbuki, 6183 sayılı Kanun m. 37, II'de belirtilen sürenin ise, parasal alacak için verilecek süre olduğu şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Ancak, kanaatimizce, 6183 sayılı Kanun m. 83 ile birlikte düşünüldüğünde, söz konusu ödeme süresinin anılan madde uyarınca, kamu idaresi tarafından verilen süre ile verilmiş olmaktadır. Zira, yediemin anılan kamu idaresinin yazısı ile, iade borcunun son gününü öğrenmiş olmaktadır. Nitekim açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, Danıştay'ın da aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır (bkz. aşağıda, 501 numaralı dipnotta yer alan Danıştay kararları).

[503] "6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa'nın 83. maddesinde, borçlular, zilyedler ve güvenilir şahısların 82. madde gereğince kendilerine bırakılan malları, alacaklı kamu idarelerince yapılacak ilk talep üzerine derhal ve kendilerine teslim edildiği zamandaki durumları ile geri vermek zorunda oldukları, bu zorunluluğu yerine getirmeyenlerin, bu malların kendilerine yüklenemeyecek bir nedenden dolayı yok olduğunu veya yitirildiğini kanıtlayamadıkları takdirde, geri verilmeyen malların değerleri tutarınca borçlu sayılıp, bu yasa hükümleri gereğince takip olunacakları ve aynı Yasa'nın 7. maddesinde de borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu yasa hükümlerinin uygulanacağı, borçlunun ölümünden önce başlamış olan muamelelere devam olunacağı hükme bağlandığından, davacının murisinin güvenilir şahıs olarak kendisine teslim edilen taşınır malların, kamu idaresince istenmesine karşın

Bu noktada bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Esasen, yedieminin kendisine teslim edilen malların zarar veya ziyanına sebebiyet vermesi hali, kendisine verilen bir görevi yerine getirmemesi niteliği taşımaktadır. Bu durumda, sorumluluğa dair, bir düzenlemenin yapılmış olması halinde, anılan düzenleme uygulanacak ve fakat böyle bir düzenleme yer bulunmuyor ise, haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanacaktır. 6183 sayılı Kanun m. 83, II uyarınca, anılan durumda, yedieminin kamu borçlusu sayılacağı ifade olunmaktadır ve hakkında 6183 sayılı Kanuna göre, kamu alacağının tahsili için takip yapılacaktır. Ancak, burada söz konusu olan kamu borçluluğu, yediemine teslim edilen malların değeri ile sınırlıdır. Fakat, İİK m. 358, II'de yer alan malların "*evvelce* tespit edilen kıymetleri" ibaresi, 6183 sayılı m. 83, II'de yer almamakta ve sadece "geri verilmeyen malların değeri" denilmektedir. Bu durum ve 6183 sayılı Kanun m. 81'de yer alan haczedilen malların borçlunun müracaatı üzerine veya tahsil dairesince gerekli görüldüğünde yeniden ve bilirkişi marifetiyle değerlemesinin yapılabilmesi karşısında, İİK m. 358, I'den farklı olarak, malların değerinin önceden belirlenmemiş olmasının, 6183 sayılı Kanun m. 83, II'nin uygulanmasını engelleyici bir niteliği yoktur. Yani, malların değeri önceden tespit olunmamış olsa bile, sonradan değer tespiti yapılarak, 6183 sayılı Kanun m. 83, II

---

verilmemesi nedeniyle, bu malların değeri tutarınca borçlu sayılarak bu borcun, mirası reddetmemiş olduğu çekişmesiz olan davacıdan, mirastaki hissesi oranında, adına düzenlenen ödeme emri ile aranmasında yukarıda belirtilen yasa hükümlerine bir aykırılık bulunmadığı gibi, 6183 sayılı Yasa'nın, sözü edilen ve borçluluk halini öngören 83. maddesi karşısında, olayda, Borçlar Yasasında düzenlenmiş bulunan ve tazmin yükümlülüğü getiren vedia söz konusu olamayacağından, ayrıca asıl kamu borçlusu ..'in ... Tapu Sicil Muhafızlığı 182 pafta, 518 ada, 83 parsel sayılı taşınmazına her yıl haciz uygulanmış olması nedeniyle tahsil zamanaşımı kesilmiş bulunduğundan, davacı vekilinin bu konulara iddialarında da yerindelik görülmemiştir. / Açıklanan nedenlerle yasal dayanağı bulunmayan davanın reddine,, ... 26.9.1979 gününde oybirliğiyle karar verildi (Danıştay 13. Daire, 26.9.1979, 1979/1104 E.; bkz. ÖZBALCI, s. 777-778); "Güvenilir şahıs olarak davacıya 3.11.1976 gününde çalışır vaziyette ve sağlam olarak teslim edilen iki adet kamyonun satış mahallinde hazır bulundurulması yolundaki vergi dairesinin 3.2.1977 günlü yazısı davacı tarafından, satış gününün bildirilmesi halinde kamyonların satış yerinde hazır bulundurulacağı şeklinde cevaplandırıldığı halde, 22.3.1977 ve 28.3.1977 günlerinde yazılan yazılara rağmen kamyonların bildirilen saatte satış yerinde bulundurulmadığı, sözü edilen araçların bozuk olarak asıl vergi borçlularının garajında bulunduğu ve kendisine teslim edilen kamyonları sahiplerine kullandırdığı dosyadaki belgelerden anlaşıldığı cihetle, 6183 sayılı Kanunun 83 üncü maddesi uyarınca güvenilir şahıs olan davacı adına düzenlenen ödeme emrinin tasdikine dair İtiraz Komisyonu kararında yasalara aykırılık görülmemiştir. Bu nedenle davanın reddine..." (Danıştay 4. Daire, 25.5.1978, 272/1724; ÖZBALCI, s. 778).

uygulanacaktır. Buna karşı, değer tespitinin yargılamayı gerektiren bir durum olduğu itirazı yapılabilir. Fakat, bu durumda, anılan itirazın, 7 günlük, ödeme emrinin tebliği üzerine, dava açılması yolu ile idari yargıda ileri sürülmesi gerekecektir. Yetkili ve görevli idare mahkemesi de, söz konusu, değere ilişkin itirazı da inceleyip karara bağlayacaktır.

O halde, idare, zararın malların değerinden fazla olduğunu düşünüyor ise, ne olacaktır. Kanaatimizce, bu halde, 6183 sayılı Kanun m. 83, II uygulanamaz. Zira, haksız fiilden doğan borçların, 6183 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, anılan Kanun m. 1, I hükmüdür. Malların değerini aşan kısım, 6183 sayılı Kanun m. 83, II kapsamına girmediğine göre, kanaatimizce 6183 sayılı Kanun anlamında kamu alacağı değildir ve bu kısım için 6183 sayılı Kanunu uygulama imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda ise, idarenin genel hükümlere göre, yediemin aleyhine adliye mahkemelerinde dava açması gerektiğini ve gönderdiği ödeme emrinde de fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak incelememiz sırasında buna dair bir Danıştay kararına rastlamadık.

6183 sayılı Kanun, m. 54'ün uygulamasında, anılan maddede yer alan cebren tahsil şekillerinin, bir sıra oluşturduğu ve buna göre, (doğal olarak teminatsız) kamu alacağının tahsili için öncelik ile, haciz yolu ile takibat yapılacağı ve bu yolla da kamu alacağı tahsil edilemez ise ve gerekli şartlar da var ise, iflas yolu ile takip yapılacağı şeklinde bir yorum yapılmaktadır[504]. Kanaatimizce, 6183 sayılı Kanun m. 54'de yer alan "cebren tahsil aşağıdaki şekillerden herhangi birinin tatbiki suretiyle yapılır" ifadesi karşısında bu görüşe katılmak olanağı bulunmamaktadır. Ancak, 6183 sayılı Kanun m. 100'e göre, kamu alacağında, da iflas yolu ile takip, İİK hükümlerine göre yapılmaktadır. Bu itibarla, tahsil dairelerinin mümkün oldukça, 6183 sayılı Kanun hükümleri ile takip yapmak yolunu tercih etmeleri doğal olacaktır. Ayrıca, teminatlı bir alacak söz konusu ise, daha kolay olan teminatın paraya çevrilmesine gidilmesi de, makul bir

[504] ÖZBALCI, s. 841-842 ve 598-599.

hareket tarzı olmakla beraber, bu hareket tarzının, 6183 sayılı Kanun m. 54'ün yazılış şekline göre yasal bir zorunluluk olmadığını düşünüyoruz[505]. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, iflas yolu ile takipte, 6183 sayılı Kanun m. 100, I gereği, İİK hükümleri uygulanır ise de, 6183 sayılı Kanun m. 9 ve 10'a göre alınan teminatlar, rehin niteliğinde olmadığından, burada İİK m. 45, I'in uygulama olanağı da bulunmamaktadır.

İflas yolu ile takipte, İİK hükümleri uygulanacağı için, iflas kararının verilmesinden sonra, iflas dairesi, müflisin mallarının muhafazası için gerekli tedbirleri alır ve bu kapsamda, bazı malları yediemine tevdi edebilir. İşte bu şekilde, kendisine mal tevdi edilen yedieminin hukuki sorumluluğu da genel hükümlere göre belirlenir.

6183 sayılı Kanun m. 13'te, ihtiyati haciz düzenlenmiştir. 6183 sayılı Kanun, m. 13'e göre, ihtiyati haciz, anılan maddede belirtilen hallerden birinin mevcudiyeti halinde, hiçbir müddet ile kısıtlı olmaksızın, alacaklı kamu idaresinin en büyük memurunun kararıyla, haciz yapılmasına dair hükümlere göre, derhal uygulanır. 6183 sayılı Kanun uygulamasında ihtiyati haciz, İİK ve HUMK'dan farklı olarak, idari bir işlemle yapılır. Yani, burada ihtiyati haciz idari bir tasarruf niteliğinde olan icrai bir karara dayanılarak re'sen uygulanır[506]. 6183 sayılı Kanun m. 14'e göre ise, "ihtiyaten haczedilen mallar istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek ve bu hususu temin için malların kıymetleri depo edilmek yahut tahsil dairesinin bulunduğu mahalde ikametgah sahibi bir şahıs müteselsil kefil gösterilmek şartıyla borçluya ve mal üçüncü şahıs yedinde haczolunmuşsa bir taahhüd senedi alınarak kendisine bırakılabilir". Borçlu kendisine bırakılan bu malları istediği gibi kullanmakta serbesttir; çünkü,

[505] 6183 sayılı Kanun m. 54'e üç bend halinde yer alan tahsil şekillerinin bir sıra teşkil ettiği ve bir üstte yer alan yöntem ile alacak tahsil edilemez ise, bir alttaki yönteme geçilmesi gerektiği görüşünde olan ÖZBALCI da, uygulamada, tahsil dairelerinin, bazen, teminatın paraya çevrilmesinden daha kolay olduğunu düşündükleri diğer bir takip şekline de yöneldiklerini ifade etmektedir (bkz. ÖZBALCI, s. 599).

[506] ÖZBALCI, s. 202; Bu takdirde, 6183 sayılı Kanun 15 uyarınca, ihtiyati haczin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde, ihtiyati haciz sebebine itiraz için, idari yargı yoluna başvurulabilir.

anılan malları, aynen iade mecburiyeti yoktur[507]. Malları aynen iade borcu olmayan, bir başka deyişle, malı muhafaza borcu olmayan, borçlu, yediemin değildir. Mal elinde bulunduğu için, ihtiyati haczin uygulandığı ve fakat kendisine bir taahhütname karşılığında ihtiyaten haczedilen malların bırakıldığı üçüncü kişi de, esasen ihtiyaten haczedilen malları aynen değil, para ile ödemek yükümlülüğü altında bulunduğundan, yediemin değil; bir tür kefil durumundadır.

Yukarıda belirtilen 6183 sayılı Kanun, m. 83'ün madde başlığı, "Menkul malları koruyacak olanların mecburiyet ve mes'uliyetleri" şeklindedir ve m. 83'te açıkça, haczedilen taşınır malların korunmasına ilişkin olan m. 82'ye atıf yapılmaktadır. Bu itibarla, 6183 sayılı Kanun m. 83'ün "menkul malların" yediemine teslimi halinde, yedieminin sorumluluğunu düzenlediği sonucuna varılabilir. Taşınmazların ve gemi siciline kayıtlı olup taşınmaz sayılan gemilerin haczi ise, 6183 sayılı Kanun, m. 88-99'da düzenlenmiştir. Taşınmaz hacizleri, taşınmazların siciline (tapu sicili veya gemi siciline) haciz şerhi düşülmek suretiyle yapıldığı için, yediemin tayinin gerektirir bir durum genellikle bulunmamaktadır. Buna rağmen, bir taşınmazın, siciline düşülecek haciz şerhi yanında bir yediemine tayini gerektiği sonucuna varılarak, yediemine teslim edilir ise, yedieminin, muhafaza görevini yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlardan sorumluluğu hakkında genel hükümler uygulanacaktır. Zira, İİK m. 358'den farklı olarak, 6183 sayılı Kanun m. 83'te açıkça, m. 82'ye atıf yapılarak, anılan maddenin taşınır mallar için düzenlendiği ifade edilmektedir.

6183 sayılı Kanun, m. 88, III'e göre ise, "alacaklı tahsil dairesi haczedilen gayrimenkul ve gemilerin idaresi ve işletilmesi, menfaat ve hasılatın toplanması için gereken tedbirleri alır". Buna göre, şayet anılan taşınmazların bir yediemine teslim edilecek ise, yediemin, idare ve işletmesini de yürütecektir. Anılan maddede, taşınmazların işletilmesi ve

[507] Aynı yönde bkz. ÖZBALCI, s. 237.

idaresi için gerekli tedbirlerin alınacağı ifade olunmakla beraber, sözü edilen idare ve işletme sözünü geniş anlamamak gerekir. Zira, ilk olarak belirtmek gerekir ki, bir işletmenin kendisinin haczi şeklinde bir müessese yoktur. Bir başka deyişle, haczedilen, işletmenin taşınır veya taşınmaz mallarıdır. Yoksa, işletme, yedieminin idare ve işletmesi altında faaliyetine devam etmeyecektir veya devam edecekse bile bu yediemin dışında gerçekleşecektir ve haczin konusu olmayacaktır. İkincisi ise, yedieminin görevi malların muhafazası olduğu için, yediemin ancak muhafaza amacı ile sınırlı olarak, taşınmazı idare edebilir ve işletebilir. Bunun dışında yapılacak, bir idare ve işletme halinde, bir yedieminden değil, kayyımdan söz etmek gerekir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, böyle bir haciz türü de yoktur.

KURU da, 6183 sayılı Kanun m. 88, III'e benzer hüküm getiren İİK. m. 92, III ilişkin olarak, bu tedbirlerin, kiraları almak, mahsullerin toplanması, taşınmazların kiraya verilmesi, ufak tefek tamiratlar yaptırmak olarak ifade etmektedir[508]. Kiraya verilmiş olan bir taşınmazın yediemine tevdiine gerek olması ihtimali düşük olmakla beraber, tevdi edildiği düşünülse dahi, kanaatimizce, burada, kirayı toplamak yedieminin görevi değildir; çünkü kira, 6183 sayılı Kanun m. 79 (bkz. İİK m. 89) gereği, üçüncü kişilerdeki hak ve alacakların haczine dair hükümlere göre haczedilir. Mahsullerin toplanması, ufak tefek tamiratların yapılması, taşınmazın kiraya verilmesi gibi işler ise, şayet söz konusu taşınmaz bir yediemine tevdi edilmiş ise, yine tahsil dairesi tarafından yapılması gerekir. Şayet tahsil dairesi bu işlemlerin yapılmasını yedieminden ister ise, yediemin tahsil dairesinin vekili olarak hareket etmiş olacaktır ve fakat bu hareketinin yedieminlik görevi ile bir ilgisi olmayacaktır.

Yetişmemiş mahsullerin haczi, 6183 sayılı Kanun, m. 72'ye göre yapılır. Ayrıca, 6183 sayılı Kanun m. 88, III'e göre, tahsil dairesi mahsullerin toplanması için gerekli olan tedbirleri alır. Ancak belirtmek gerekir ki,

[508] KURU (İcra-I), s. 652.

kanaatimizce, tahsil dairesi bu işlem için yediemin tayin edemez. Zira yediemin, malın muhafazası için tayin edilir. Bu itibarla, yediemin, ancak, toplanmış olan mahsulün muhafazası için tayin edilebilir. Bunun dışında, mahsulün toplanması için, tahsil dairesi, mal sahibinin temsilcisi olarak bir kişi veya kişiler ile sözleşme yapabilir. Ancak, bu kişi veya kişiler, yediemin değil, mahsulün toplanması için tamamen özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapılan kişiler olacaktır.

Özetlemek gerekir ise,

- Devletin, 6183 sayılı Kanun, m. 83 kapsamı dışında kalan ve haczedilen taşınır malların değerini aşan alacakları;
- Taşınmaz malların yediemine tevdi halinde, anılan mallar, 6183 sayılı Kanun m. 83 kapsamı dışında kaldığı için, bu mallar sebebiyle yedieminin sorumluluğu;
- İflas yolu ile takip yapılması sonucu olarak muhafazası için yediemine bırakılan taşınır ve taşınmaz mallar nedeniyle yedieminin sorumluluğu;

genel hükümlere tabidir.

II) CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, 5347 sayılı Kanun ile değişik 18 inci maddesinin 1 inci fıkrasının a bendine göre, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), anılan Kanun'un (CMK), 5328 sayılı Kanun ile değişik 334 üncü maddesi gereğince 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Halen yürürlükte olan kanun, 5271 sayılı CMK'dır ve bu

sebeple aşağıda yapılacak inceleme söz konusu CMK esas alınarak yapılacaktır.

YILMAZ, ceza yargılamasının, suç oluşturan fiilin işlenmesi üzerine ortaya çıkan hukuka aykırılığın (uyuşmazlığın) çözümü için yapılan iddia-savunma ve yargılamadan ibaret bir faaliyet olduğunu belirttikten sonra, bütün yargılamalar gibi ceza yargılamasında da davanın açılması anı ile sonuçlanması anı arasına bir zaman parçasının girdiğine işaret etmekte ve işte bu zaman kesiti içerisinde, hakimin ileride vereceği nihai kararının şimdiden etkinliğini ve bu kararın sonuçsuz kalmamasını sağlayabilmek için bazı tedbirlerin alınmasına ihtiyaç duyulduğunu ve bu tedbirlerin "geçici hukuki himaye tedbirleri" olduğunu ifade etmektedir[509].

1412 sayılı CMUK elkoymanın uygulanabileceği iki grup eşya saymaktaydı. Bunlar, soruşturma için ve ispat bakımından faydalı görülen eşya ve müsadereye tabi eşyaydı[510].

CMK m. 123'e göre, "(1) ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. (2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir"[511]. Yani taşınır mal zilyedin elinden alınır[512].

---

[509] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1737; Geçici hukuki himaye tedbirleri kavramı yerine, "ihtiyati tedbir", "koruma tedbiri", "usul tedbiri", "önleme veya koruma tedbiri", "ceza yargılaması önlemi", "zorlayıcı önlem" , "emniyet tedbiri" gibi farklı kavramlar da kullanılmaktadır [bu kavramlar için, bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-II), s. 1747; CENTEL, Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, Hukuk Araştırmaları, 1994-1-3, cilt 8, s. 70-71; KUNTER/YENİSEY (II), s. 659-662].

[510] YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005, s. 342. (YURTCAN (11)).

[511] "Madde, kamu davasında suçun ispatı bakımından yararlı görülen veya müsadereye veya Devletin mülkiyetine geçmesi yaptırımına tâbi olan eşyanın muhafazası veya başka bir şekilde güvence altına alınması yetkisi vermektedir. Eşyanın önce yanında bulundurandan teslimi istenecek, vermezse eşyaya elkonabilecektir. Elkoyma terimi Tasarıda zapt yerine kullanılmakta ve rızası bulunmayan hallerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir./ Madde böylece önemli bir koruma tedbirine yer vermiş olmaktadır" (Hükümet Gerekçesi).

[512] YURTCAN (11), s. 345.

CMK m. 128'de hangi malvarlığı değerlerine elkonulacağı ve hangi suçlarda elkoyma veya muhafaza altına alma işleminin gerçekleştirileceği tek tek sayılmıştır[513].

CMK m. 128, I'e göre, bu malvarlığı değerleri, şüpheli veya sanığın, taşınmazları, kara, deniz veya hava ulaşım araçları, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesapları, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacakları, kıymetli evrakı, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları, kiralık kasa mevcutları ve diğer malvarlığı değerleridir. Bu taşınmaz, hak ve alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi elkoyma işlemi yapılabilir (CMK m. 128, I/ son c.).

Taşınmaza elkonulması kararı tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir (CMK m. 128, III).

Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur (CMK m. 128, IV).

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya mali kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmayan yönelik işlemler geçersizdir (CMK m. 128, V).

---

[513] YURTCAN, maddede elkonulacak değerler yönünden "sayma" yönteminin tercih edilmesinin, yasama tekniği açısından bir eskiye dönüşü; kazüistik bir yöntem uygulaması olduğunu haklı olarak ifade etmektedir. Yazar, ayrıca, elkoyma ve muhafaza altına alma işleminin, bir yargılama önlemi olarak, iki tür görevi olduğunu; birincisinin bu yolla delillere ulaşmak, ikincisinin müsadere edilecek olan eşyayı el altında bulundurmak olduğunu hatırlattıktan sonra, bu hususların her suç açısından önemli olduğunu ve önemli suç-önemsiz suç ayırımının yapılamayacağını; üstelik de, CMK m. 131'e göre, gerektiğinde bu eşyaların geri verilmesi öngörüldüğünden ortada böyle bir düzenlemeyi gerektiren bir sorun olmadığını belirttikten sonra, isabetli olarak, anılan düzenlemelerin doğru bir yaklaşımı göstermediğine işaret etmiştir [YURTCAN (11), s. 344 ve ayrıca bkz. YURTCAN, Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005, s. 84].

Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir (CMK m. 128, VI).

Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ olunur (CMK m. 128, VI).

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde, elkoyma halinde, sadece, şüpheli veya sanığın kara, deniz veya hava ulaşım araçları ve ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları hariç taşınırlarının bir yediemine teslimi söz konusu olabilir. Kıymetli evrak da, cismi itibariyle bir taşınır olduğundan, o da, yediemine teslim edilebilir. Kiralık kasa mevcutlarının ise, her ne kadar yasada bir düzenleme yer almıyor ise de, saklandığı yerde muhafazasına devamının daha kolay olması sebebiyle, saklayan yer de kalması amaca daha uygun görünmektedir. Ancak, artık, tesliminin, yeni bir hakim kararı ile izin verilmedikçe sahibi olan sanık veya şüpheliye yapılmayacağı açıktır. Bunun dışında da, şayet gerekli görülür ise, söz konusu kiralık kasa mevcutlarının bir yediemine teslimi mümkün olabilecektir.

CMK m. 132, IV'e göre, elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır[514].

[514] "Uygulamada, muhafazası açısından gerekli tedbirlerin alınmaması dolayısıyla elkonulan eşyanın zarar görmesi olaylarına tanık olunmaktadır. Bunun önüne geçebilmek amacıyla, maddenin dördüncü fıkrası hükmü kabul edilmiştir./ Elkonulan eşyanın kamu eliyle muhafazası çoğu zaman bir külfet oluşturmaktadır. Bu nedenle, elkonulan eşyanın zilyedliği şüpheliye, sanığa, mağdura veya diğer bir kişiye bırakılarak muhafazası yoluna gidilmesi kabul edilmiş ve bunun şartları maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir" (Hükümet Gerekçesi). Öte yandan belirtmek gerekir ki, CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde de, anılan Kanunda bir hüküm bulunmamasına karşın, elkonulan eşyanın bir yediemine tevdi edilebileceği ve bu konuda 6831 sayılı Orman Kanununun 84 üncü maddesinin kıyasen uygulanabileceği öğretide ifade edilmekteydi (bkz. GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s. 151). Uygulamada da, zaten, elkonulan eşyalar için, yediemine tevdi yoluna gidildiği görülmekteydi (bkz. AZAK, Ünal, Polis Soruşturması ve Sorgu Teknikleri, Ankara 2001, s. 418).

Buna göre, yetkili merci, elkonulan eşyanın muhafazası için gerekli tedbirler alacaktır. Bu tedbirler, esasen, anılan malların Suç Eşyası Yönetmeliği[515] m.4, I ve II uyarınca, her Cumhuriyet başsavcılığı nezdinde kurulan adalet emanet dairesinde saklanmasıdır. Bu saklama işlemi, Devlet tarafından gerçekleştirilen bir saklama olacağından, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Öte yandan, elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade etmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir (CMK m. 132, V). Bu teslim etme işi, bir yediemine tevdi işlemidir.

Anılan maddeye göre tevdi, şüpheliye veya sanığa da yapılabilecektir. Ancak, kanaatimizce, tevdi sanığa veya şüpheliye de yapılsa, yediemin sıfatıyla yapılacaktır. Yani, sanık veya şüpheli de yediemin sıfatını alacaktır. Bu itibarla kanaatimizce, bir yediemin teslim tutanağının düzenlenmesi şarttır. Aynı durum, üçüncü kişiye yapılacak teslimler için de geçerlidir.

Öte yandan, CMK m. 132, V/son cümleye göre, bu bırakmanın teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabileceği belirtilmiştir. Acaba teminat istenmiş ise, bir yediemine tevdi söz konusu mudur? Bu sorunun cevabını, teminat da alınarak, kendisine elkonulmuş mal teslim edilen kişinin, istendiğinde malı teslim etmek yerine sadece, teminata ödeyerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı belirleyecektir.

Kanaatimizce, bu kişi, teminatı ödeyerek malı teslimden kurtulamaz. Zira, elkoyma işleminin niteliği buna uygun değildir. Nitekim CMK m. 123, I'de,

[515] 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren Suç Eşyası Yönetmeliği.

ispat aracı olarak görülen veya müsaderenin konusunu oluşturan mallara elkonulacağı yazılıdır. O halde ispat aracı yerine teminatın geçmesi düşünülemeyeceğine göre ispat aracı olması nedeniyle elkonulan malın yerine teminatı vererek yediemin sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Müsadere de ise suçta kullanılan veya suçun işlenmesi için tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen bir eşya yahut bizzat kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç olan eşya söz konusudur[516](5237 sayılı TCK m. 54). Bu tür eşyaların yerine teminatın verilerek, malı iade sorumluluğundan kurtulunabileceğini düşünmek mümkün değildir.

O halde, CMK m. 132, V/son cümleye göre, teminat gösterilmesi karşılığında da olsa, sanığa veya şüpheliye ya da üçüncü kişiye elkonulan mal muhafaza amacıyla tevdi edilir ise, söz konusu kişiler yediemin sıfatını haiz olacaktır. Teminatın, sadece kişiyi malı iadeye zorlamak açısından getirilmiş bir düzenleme olduğunu düşünüyoruz.

Öte yandan, CMK m. 132, VI'da belirtilen halde, elkonulan eşyanın yerine, müsadere konusunu teminat oluşturacağından burada bir yedieminlik söz konusu değildir[517].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, CMK m. 128, VIII'de, CMK m. 128'e göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, 5237

[516] Müsaderenin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müsadere emniyet tedbiridir [bkz. EREM (II), s. 384-385, HAFIZOĞULLARI, Zeki, Emniyet Tedbirleri, SBFD, C. 46, S. 3-4, 1991, s. 52]; bir diğer görüşe göre ise, TCK. m. 36, I'deki müsadere ceza, m. 36, II'deki müsadere tedbirdir [bkz. DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 712]. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, yukarıda da belirtildiği gibi, teminatı vererek malı iade yükümlülüğünden kurtulunabileceğini kabul etmek mümkün değildir.

[517] Nitekim madde gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir:"Maddenin altıncı fıkrasında, elkonulan ve müsadere edilebilecek nitelikte olan eşyanın, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, başka bir surette elden çıkarılması usulü düzenlenmiştir. Elkonulan eşya ilgili kişi açısından büyük önemi haiz olabilir veya muhafaza altında tutulması büyük bir külfet oluşturabilir. Bu durumda eşya, rayiç derhal tahsil edilmesi karşılığında ilgiliye teslim edilebilir. Mahkeme kararı üzerine yapılan bu teslimat halinde, bilahare verilecek olan müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değerin oluşturacağı kabul edilmiştir" (Hükümet Gerekçesi).

sayılı TCK m. 289'da düzenlenen muhafaza (yedieminlik) görevini kötüye kullanma hükümleri uygulanır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bu hüküm, CMK m. 128'de belirtilen elkoyma hallerinde, anılan elkoyma kararına aykırı hareket eden herkesi yediemine haline getirmez. Burada sadece, anılan hallerde de yedieminlik görevini kötüye kullanma hükümlerinin uygulanacağını göstermektedir. Yediemin sıfatını taşıyanlar yukarıda belirtilmişti.

Söz konusu yedieminlerin hukuki sorumluluğu, diğer yedieminlerden[518] ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş olup, buna göre, CMK m. 141, I/j gereği, kişiler maddi ve manevi zararları nedeniyle Devlete karşı tazminat davası açmaktadırlar ve CMK m. 143, II gereği, Devlet de, kusuru oranında, kamu görevlisine rücu edebilmektedir. Ancak, ceza hukuku anlamında bir kamu görevlisi olmakla beraber, idare hukuku anlamında bir kamu görevlisi olmayan yedieminler için, niçin hukuki açıdan böyle bir düzenleme getirildiği anlaşılamamaktadır.

Bu itibarla, hiçbir pratik avantaj sağlamayan, ancak, sistemin genel yapısını bozan, yedieminlerin verdikleri zararlardan dolayı devleti sorumlu tutan CMK'da yer alan düzenlemelerin bir an önce kanundan çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz.

Yukarıda belirtilen elkoyma dışında da özel elkoyma türleri mevcuttur. Bunlar, postada elkoyma (CMK m. 129); basılmış eserlere elkoyma; avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma (CMK m. 130); bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m. 134) ve şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m. 133). Bunlardan ilk dördüne ilişkin olarak, elkonulan malın saklanması hususunda yukarıda belirtilenler, niteliklerine aykırı düşmedikçe, anılan elkoyma halleri için de geçerlidir. Sonuncu halde ise, bir yediemin tayini

[518] Yedieminlerin hukuki sorumluluğu için bkz. aşağıda, § 11, E, II; ayrıca, CMK m. 141, I/j'de yer alan düzenlemenin sakıncaları için bkz. aşağıda, dn(740) civarı.

söz konusu değildir. Zira, burada CMK m. 133'de belirtilen şartların varlığı halinde şirkete bir kayyım atanmaktadır.

Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki, CMK, CMUK'tan farklı olarak, gaipler hakkında duruşma açılamayacağını, sadece mahkemenin delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemleri yapacağını belirtmiştir (CMK m. 244). Buna göre, CMK'da, CMUK'ta olduğu gibi, gaipler için belirli mallara elkoyma ve genel elkoyma hükümleri bulunmamaktadır. Ancak, doğal olarak, delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla, elkoyma işlemleri gündeme gelebilir.

CMK m. 247-248'te ise, CMUK'tan farklı olarak, kaçak olmak şeklinde yeni bir kavram getirmiştir. Kaçak[519] sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır (CMK m. 248, I). Elkonulan mal, hak ve alacakların korunmasında elkoymaya ilişkin hükümler uygulanır (CMK m. 248, III).

III) ORMAN KANUNUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

6831 sayılı Orman Kanunu, m. 84, I, II, III, IV ve V'e göre "*Orman suçlarından dolayı zaptolunan* ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair *mahsuller ile suçta kullanılan aletler*, vazifeli orman memurları tarafından muhafaza edilmek üzere orman depolarına, orman deposu yoksa ve suç mahalli belediye hudutlarında ise o yer belediyesine, köy hudutları içinde ise o köy muhtarına, yokluğunda vekiline, onun da yokluğunda ihtiyar heyeti üyelerinden birine yediemin senedi mukabilinde teslim olunur. Belediye ve köy yetkililerine teslim edilen bu mallar en kısa zamanda orman depolarına idarece nakledilir. Bunlardan çürüyecek veya bozulacak

[519] "Hakkında kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir" (CMK m. 247, I).

olanlarla muhafazası müşkül ve masraflı bulunanlar, Cumhuriyet Savcılığına yazılı bilgi verilip on beş gün beklendikten sonra herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın orman işletmesi müdürlüklerinin müsadereli mallar satış komisyonlarınca mahallinde veya pazar yerlerinde ilân edilmek suretiyle derhal satılır./Ancak, sahiplerinin talepleri üzerine *suç aletleri* yukarıda belirtilen satış komisyonlarınca takdir ve tespit edilecek rayiç değerleri karşılığında, kanunen muteber teminat ve muteber müteselsil kefil göstermeleri ve dava neticesinde müsaderesine karar verildiği takdirde aynen iadesi şartıyla sahiplerine teslim edilir./Zaptolunan *nakil vasıtaları* orman idaresinde veya yedieminde bekletilemez. Bu vasıtaların kayıtlı olduğu trafik bürosuna derhal durum bildirilir ve trafik görevlilerince de, trafik siciline ve ruhsatnamesine orman suçundan zaptedilmiş olduğu hususunda açıklama konulur. Trafik sicili ve ruhsatnamesinde bu açıklamayı taşıyan nakil vasıtasını satın alan üçüncü şahısların iyi niyet iddiaları dikkate alınmaz. Bu nakil vasıtaları; sahiplerinin talepleri üzerine birinci fıkrada belirtilen satış komisyonlarınca tespit ve takdir edilecek rayiç değerleri karşılığında kanunen muteber teminat veya muteber müteselsil kefil göstermeleri ve dava neticesinde müsaderesine karar verildiği takdirde aynen iadesi şartıyla sahiplerine teslim edilir./Zaptolunan *nakil vasıtaları* ile yeniden orman suçu işlendiği takdirde vasıtanın sahibine iade olunabilmesi için nakit veya Devlet tahvili veya banka teminatı verilmesi zorunludur./*Suçta kullanılan nakil vasıtaları* kesin bir zaruret olmadıkça yediemine teslim edilemez. Sahibi tarafından belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan veya istenmeyen veya sahibi bulunmayan *canlı nakil vasıtaları* beş gün, *diğer nakil vasıtaları* ise en çok bir ay beklendikten sonra birinci fıkrada belirtilen satış komisyonunca mahallinde veya pazar yerlerinde, bu yerlerde alıcı bulunmadığı veya uygun fiyat teşekkül etmediği takdirde, idarece uygun görülecek herhangi bir yerde, ilân edilmek suretiyle satılır".

Görüldüğü gibi, yukarıdaki maddede, Orman suçlarından dolayı zaptolunan ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair mahsuller ile suçta

kullanılan aletlerin kimlere yediemin olarak teslim edileceği sıra ile sayılmıştır.

YILMAZ, bu sıraya aykırı bir şekilde yediemin tayini halinde, yedieminin cezai sorumluluğu bulunmadığını ifade etmektedir[520]. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu söylenebilir[521].

Kanaatimizce, Orman Kanunu m. 84'de belirtilen sıranın mutlaka uyulması gereken bir sıra olduğunu ve bu sıraya uymamanın, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçunun oluşmasına engel olacağı düşünülür ise, esasen, bu sıraya uyulmaması halinde, ortada bir kamu ilişkileri doğuran yedieminin de bulunmadığı sonucuna varmak gereklidir. Zira, yedieminlik müessesesinin bir bütün teşkil ettiğini ve ceza hükümleri ile birlikte bir bütün olarak düzenlendiğini düşünüyoruz.

Kanaatimizce, burada bir hususun daha belirtilmesi gereklidir. Orman Kanunu m. 84'e göre, yukarıda belirtilen sıra içerisinde bir de "belediye" yer almaktadır. Oysa, belediye bir tüzel kişidir ve bu haliyle, kendisine, cezai hükümler uygulanamayacağı için, yediemin olması mümkün değildir[522]. Ancak, uygulamada, bu maddenin, belediye başkanına teslim ile icra edildiği görülmektedir[523]. Kanaatimizce bu uygulama usul ve yasaya uygundur.

---

[520] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 227.

[521] "Orman Kanununun 84. maddesi uyarınca, köyde emvalin, sırasıyla köy muhtarına, onun köyde bulunmadığı zaman sırasıyla ihtiyar kurulu üyelerinden birisine teslimi gerekmesine göre; teslim tarihinde köyde muhtar veya sanıktan önceki üyelerin bulunup bulunmadığı saptanmadan, suçun oluştuğunun kabulüyle, yazılı şekilde hüküm (TCK.nun 276/1-son maddesi uyarınca mahkumiyet) kurulması bozmayı gerektirmiştir" [Yarg. 4. CD. 30.09.1983, 3939/4526; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 228]; "Suç tarihinde köy muhtarının veya vekilinin köyde bulunup bulunmadıkları araştırıldıktan sonra ihtiyar kurulu üyesi olan ve yediemin olarak görevlendirilen sanığa teslimin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma ile hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 02.02.1998, 11578/381; bkz. GÖKCAN, s. 149).

[522] Yedieminin gerçek kişi olması gerektiği hakkında bkz. aşağıda, § 8, A, I.

[523] "Suç konusu olan mallar olaydan sonra Belediye Başkanı olan davacıya yediemin olarak teslim edilmiştir. 6831 sayılı Orman Yasasının 84 üncü maddesine göre, bu gibi mallar belediye teşkilatı olan yerlerde belediye, olmayan yerlerde köy muhtarına tevdi edilecektir. Yedieminlik sıfatı, bu kişilerin haiz olduğu resmi görevleri gözönünde tutularak yasa tarafından belli edilmiştir. O halde, resmi görevleri icabı yediemin olan kişilerin, bu

IV) 3091 SAYILI TAŞINMAZ MAL ZİLYEDLİĞİNE YAPILAN TECAVÜZLERİN ÖNLENMESİ HAKKINDA KANUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a, 4807 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 2'ye göre, "Üzerindeki tecavüz veya müdahale men edilen taşınmaz mal içinde bulunan mütecavize ait eşya çıkarılarak mütecavize, vekiline veya bunlar hazır değilse mütecavizin aile efradından veya işçilerinden reşit bir kişiye teslim edilir. Bunlardan hiç birinin bulunmaması halinde, anılan eşya yed'i emin olarak zilyedin uhdesinde muhafaza altına alınır ve infaz memurunca mütecavize hemen tebligat yapılarak; eşyanın bulunduğu mahalde ise beş ve değilse otuz gün içinde eşyayı teslim alması, aksi halde eşyanın açık artırma yolu ile satılacağı bildirilir. Verilen süre içinde teslim alınmayan eşya, kaymakamın, vali veya yetkili vali yardımcısının emriyle görevlendirilen en az bir memur veya gerekirse bilirkişiler tarafından yapılacak bedel takdiri ve ilanı takiben açık artırma yolu ile satılarak muhafaza ve satışla ilgili bütün giderler karşılanır. Artan para, mütecaviz hesabına Ziraat Bankasına yatırılır ve durum kendisine tebliğ edilir./ Bozulması ihtimali bulunan eşya, tebligat yapılmaksızın, miktar tespiti ve bedel takdiri yapıldıktan sonra satılır"[524].

---

görev dolayısıyla yükümlülükleri kişisel olmayıp mensup oldukları kamu idaresine izafetle olmak gerekir. Hal böyle olunca, davada ileri sürülen yedieminlik giderleri belediye tarafından yerine getirilmek icap eder ve bunu ilgiliden geri istemek hakkı belediyeye düşer. Davacı bu giderleri şahsen yapmış olsa dahi, bu yoldaki işlem belediye adına vekaletsiz tasarruf kuralları uyarınca yapılmış bir işlem niteliği kazanır ki, geri alma davasında hasım olarak Orman İdaresi değil, belediye gösterilmek icap eder. Belediye Başkanının şahsen katlandığı giderlerin ödetilmesi davasında husumet Orman İdaresine düşmeyeceğinden davanın reddi ancak bu nedenle ve sonucu bakımından doğrudur, onanması gerekir" (Yarg. 4. HD. 10.04.1970, 1457/3075; SINMAZ/KARATAŞ, s. 241). Hemen belirtelim ki, bu karar sadece, teslimatın belediye başkanına yapılmasını göstermesi açısından konulmuştur. Bunun dışında anılan karar katılmak olanağı yoktur. Zira, belediyenin, tüzel kişilik olarak yediemin olması mümkün değildir; çünkü tüzel kişinin cezai sorumluluğu bulunmadığına ve cezaların şahsiliği prensibi mevcut bulunduğuna göre, yediemin belediye ise, mahsus bir suç olan 765 sayılı TCK m 276 vd. veya 5237 sayılı TCK m. 289'un uygulanma olanağı kalmayacaktır. Bu halde ise, yedieminlik değil, belediyenin kanuni bir görevi yapması söz konusu olur. O halde, herhangi bir yedieminlik ücreti veya masraf talebi doğmaz. Belediye tüm masrafa katlanacaktır.

[524] Krş. İİK m. 26, IV.

Yukarıda belirtilen maddeden de anlaşılacağı üzere, yediemine teslim edilecek olan eşya, zilyetliğe yönelik tecavüz halinde, 3091 sayılı Kanunun uygulanmasının zilyet tarafından istenmesi halinde, tecavüze konu olan taşınmazda bulunan mütecavize ait taşınır eşyalardır. Bir başka deyişle, burada yediemine bir taşınmaz teslimi söz konusu olmaz.

Tecavüze uğrayan taşınmazda bulunan eşyalar öncelik ile, mütecavize, vekiline veya bunlar hazır değilse mütecavizin aile efradından veya işçilerinden reşit bir kişiye teslim edilir. Bu durumda, anılan eşyalar, mütecavizin kendisine veya yasa ile mütecaviz adına eşyayı teslim almaya yetkili olduğu kabul edilen, vekiline veya vekili de hazır değil ise, mütecavizin aile efradından birisi yahut işçilerinden birine teslim edildiğinde; acaba, tecavüze uğrayan taşınmaz içinde bulunan eşyalar, mütecavize teslim edilmiş mi kabul edilmektedir?

Kanaatimizce, bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira, bir vekilden söz edebilmek için, anılan vekilin, bu konuda bir vekaletnamesinin olması gerekir[525]; şayet böyle bir vekaletname var ise, o zaman vekil zaten müvekkili adına eşyaları telim aldığı için, eşyaların mütecavize teslim edildiği sonucuna varmak gerekecektir. Ancak, eşyaları teslim almak konusunda yetki verilmiş bir kişinin varlığı hayatın olağan akışına pek uygun görünmemektedir.

Öte yandan, mütecavizin aile efradından veya işçilerinden reşit bir kişiye yapılacak teslimatı, mütecavize yapılan bir teslimat olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira bu kişilerin, mütecaviz adına teslimi kabul etme yetkisi bulunmamaktadır.

Bu itibarla, vekil olduğunu ispat edemeyen kişiye veya mütecavizin aile efradından bir kişiye veya mütecavizin bir işçisine yapılan teslimatta,

[525] Hemen belirtmek gerekir ki, vekalet sözleşmesinin geçerliliği için yazılı yapılması gerekli değildir. Ancak, eşyaların teslimi aşamasında, kişinin bu yetkisini ispatlaması için, yazılı bir vekaletnamenin varlığının aranması gerektiğini düşünüyoruz.

anılan kişilere ancak yediemin sıfatı ile eşyalar tevdii edilebileceğini düşünüyoruz. Bu durumda ise, kanaatimizce, bu kişilerin reşit olması yetmez, temyiz kudretine de sahip olmaları ve kısıtlı bulunmamaları; kısaca, fiil ehliyetine sahip olmaları da gereklidir[526].

Anılan kişilerden herhangi birinin de bulunmaması halinde, söz konusu eşyalar, taşınmazı tecavüze uğrayan zilyede yediemin sıfatı ile teslim edilir.

Teslimi yapacak ve kanunda belirtilen kişileri yediemin olarak tayin edecek kişi, tecavüz veya müdahalenin önlenmesi hakkında karar vermeye yetkili amirce[527] görevlendirilecek olan infaz memurudur (bkz. 3901 sayılı Kanun, m. 9, I ve ek m. 2, II).

Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik ek madde 1, II/cümle 1'e göre, eşya yediemine bir tutanak düzenlenmesi suretiyle teslim edilir. Mütecaviz eşyanın bulunduğu mahalde ise beş, değil ise otuz gün içinde eşyayı alması için tebligat yapılır ve aksi halde açık artırma yolu ile eşyanın satılacağı bildirilir.

Süresi içinde müracaatı halinde eşya, mütecavize veya vekiline infaz memuru tarafından yerinde tutanak ile teslim edilir (Yönetmelik, ek madde 1, IV). Varsa muhafazaya ilişkin masraflar infaz memurunun yolluğu ve araç ücreti ile teslime ilişkin diğer masraflar eşyanın tesliminden önce mütecavizden alınır (Yönetmelik, ek madde 1, V).

Verilen süre içinde teslim alınmayan eşyanın niteliği ve miktarı da göz önüne alınarak bedel takdiri yapmak, satış ilanı ve satışla ilgili işlemleri

[526] Bkz. aşağıda, , § 8, A, II.
[527] "Taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi halinde taşınmaz mal merkez ilçe sınırları içinde ise, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı, diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir" (bkz. 3091 sayılı Kanun, m. 2).

yürütmek için kaymakam, vali veya vali yardımcısı tarafından en az bir memur ve yeteri kadar bilirkişi görevlendirilir. İş ve işlemler tamamlandıktan sonra eşya açık artırma yolu ile satılır (Yönetmelik, ek madde 1, VI). Muhafaza ve satışla ilgili tüm belgeler belgelendirilmek suretiyle satış bedelinden karşılanır. Artan para, mütecaviz hesabına Ziraat Bankasına yatırılır ve durum kendisine tebliğ edilir (Yönetmelik, ek madde 1, VII).

Yukarıda belirtilen yediemin de, kamu hukuku ilişkileri doğuran yediemindir ve hukuki sorumluluğu yönünden haksız fiil hükümleri uygulanır.

V)1581 SAYILI TARIM VE KREDİ KOOPERATİFLERİ VE BİRLİKLERİ KANUNUNDA YER ALAN YEDİEMİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1581 sayılı Tarım ve Kredi Kooperatifleri ve Birliği Kanunu m.1, I'e göre, "Bu Kanunda yazılı hükümlerden faydalanılmak suretiyle üreticiler, aralarında ekonomik menfaatlerini korumak ve özellikle meslek ve geçimleriyle ilgili ihtiyaçlarını sağlamak amacıyla karşılıklı yardım ilkesine dayanan ve tüzel kişiliği olan değişir ortaklı, değişir sermayeli Tarım Kredi Kooperatifleri kurabilirler". 1581 sayılı Kanun, m. 1, III'e göre ise, "Bu esaslara göre kurulan bir veya birkaç il dahilindeki kooperatifler bölge birliklerini, en az beş bölge birliği de, merkez birliğini kurarlar".

Kooperatifler ve bölge birlikleri, mevduat toplamak, bankacılık hizmetleri ve sigorta acenteliği yapmak yetkisine sahiptirler (1581 sayılı Kanun, m. 3/I/C ve m. 3/II/e). Ayrıca, merkez ve bölge birlikleri ile Kooperatifler, kredi ihtiyaçlarını da karşılamak üzere, banka ve sigorta şirketleri kurabilirler veya bu gibi kuruluşlara iştirak edebilirler (1581 sayılı Kanun, m. 3/son fıkra).

1581 sayılı Kanun m. 13, I'e göre, "ortakların kredilerine mesnet olarak gösterdikleri ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili her türlü makine araçları üzerinde ortağı bulundukları kooperatiflerin mutlak rehin hakları vardır". Bunlar, borçlu ortaklara yediemin sıfatıyla teslim edilmiş sayılırlar ve üçüncü şahıslar tarafından hiçbir suretle haciz olunamazlar (1581 sayılı Kanun, m. 13, II).

§ 7) YEDİEMİNLİĞİN TÜRLERİ

Yedieminliği, yedieminlik görevini veren veya yediemini atayan makama göre ve yedieminin, görevi kabul hususundaki ihtiyarı veya zorunluluğuna göre ayırabiliriz.

A) YEDİEMİNLİĞİN YEDİEMİNİ ATAYAN VEYA YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ VEREN MAKAMA VEYA KİŞİYE GÖRE AYIRIMI

Yedieminliği, görevi veren kişi veya makama göre, yargısal bir kararla meydana getirilen yedieminlik ve idari bir kararla meydana getirilen yedieminlik olarak ikiye ayırabiliriz.

I) YARGISAL BİR KARAR İLE MEYDANA GETİRİLEN YEDİEMİNLİK (ADLİ YEDİEMİNLİK)

Anayasa'nın 9 uncu maddesine göre, yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu nedenle, "yargısal karar"[528] denildiğinde ifade edilmek istenen bir mahkeme tarafından verilen kararla meydana getirilen yedieminliktir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki,

[528] YILMAZ, öğretide, icra müdürlerini İİK m. 69, I'deki (muvakkat haciz), İİK m. 270'deki (hapis hakkı) ve benzeri diğer hükümlerdeki yetkileri dolayısıyla geniş anlamda yargı organı içinde kabul eden görüşlerin bulunduğunu ve hatta yine aynı görüşte olanlarca, İİK m. 270, I'deki yetkileri nedeniyle kolluk kuvvetlerinin de geniş anlamda yargı organı kavramı içinde mütalaa edildiğini ve fakat, 1982 Anayasası m. 9'un açık hükmü karşısında bu yorumların kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir [YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 35-36].

burada yediemine tevdi kararını alan makamdan söz edilmektedir. Bunun dışında, bir mahkemenin vermiş olduğu yediemine tevdi kararının, bir başka kişi tarafından, örneğin, yazı işleri müdürü veya infaz memuru sıfatıyla icra müdürü tarafından yerine getirilmesi, bu açıdan önemli değildir.

Bu anlamda, iflas davasının açılması üzerine ticaret mahkemesi tarafından yediemin atanması (İİK m. 159) veya bir ihtiyati tedbir kararı olarak hukuk mahkemesi tarafından yediemin atanması (HUMK m. 101 ve 103) ya da ceza mahkemesi tarafından yediemin atanması (CMK m. 127) hallerinde, yargısal bir karar ile yediemin atanması söz konusudur.

II) İDARİ BİR KARAR İLE MEYDANA GETİRİLEN YEDİEMİNLİK

İdari bir kararla yediemin atanması halinde ise, kanunun verdiği bir yetkiye dayanarak, idari bir makam veya kişi tarafından yediemin atanmaktadır. Örneğin, icra müdürü tarafından veya iflas idaresi ya da iflas dairesi tarafından yahut 6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca vazifeli orman muhafaza memurları tarafından veya savcılık ya da kolluk tarafından yahut 3091 sayılı Kanun uyarınca taşınmaza yönelik müdahalenin önlenmesi hakkında karar vermeye yetkili amirce atanan infaz memuru tarafından yediemin atanması veya bir kişiye yediemin sıfatıyla mal tevdii halinde idari bir kararla meydana getirilen yedieminlik söz konusudur.

B) YEDİEMİNLİĞİN YEDİEMİNİN GÖREVİ KABUL ZORUNLULUĞU OLUP OLMAMASINA GÖRE AYIRIMI

Yedieminliği, kendisine görev verilen yedieminin, bu görevi kabul zorunluluğu bulunup bulunmamasına göre, ihtiyari yedieminlik ve mecburi yedieminlik olarak ikiye ayırabiliriz.

I) İHTİYARİ YEDİEMİNLİK

Yedieminlik, yetkili merci tarafından, yedieminlik görevinin bir kişiye verilmesi olduğu halde, bu görevin tevdi edildiği kişi anılan görevi kabul etmek zorunda değildir. Zira yedieminlik görevi yediemine bazı görev ve sorumluluklar yüklemektedir[529]. Anayasa m. 18, I'e göre, "Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır". Bu itibarla, yedieminlik kural olarak ihtiyaridir ve kişi yedieminlik görevinin kabule zorlanamaz.

II) ZORUNLU YEDİEMİNLİK

Kural yedieminlik görevinin isteğe bağlı bulunması olmasına rağmen, şayet, yedieminlik görevinin kabul zorunluluğuna ilişkin bir yasa hükmü mevcut ise, bu durum istisnadır[530]. Örneğin Orman Kanunu m. 84, I, c.1'e göre, "Orman suçlarından dolayı ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair mahsuller ile suçta kullanılan aletler, vazifeli orman memurları tarafından muhafaza edilmek üzere orman depolarına, orman deposu yoksa ve suç mahalli belediye hudutlarında ise o yer belediyesine, köy hudutları içinde ise o köy muhtarına, yokluğunda vekiline, onun da yokluğunda ihtiyar heyeti üyelerinden birine yediemin senedi mukabilinde teslim olunur". Bu itibarla bu kişiler, kendilerine verilen yedieminlik görevini kabul mecburiyetindedirler[531].

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a, 4807 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 2'ye göre, bir taşınmaza tecavüz halinde, taşınmazda bulunan mütecavize ait eşya

[529] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 189.
[530] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 189.
[531] "Orman Yasasının 84. maddesine göre köy hudutları içinde yakalanan kaçak emvalin, öncelikle köy muhtarına, yokluğunda vekiline, onun da yokluğunda, ihtiyar kurulu üyelerinden birine yediemin sıfatıyla teslim edileceğinin bildirilmiş olması karşısında, suç tarihinde köy muhtarı, yoksa vekilinin görevde olup olmadığı araştırıldıktan sonra ihtiyar kurulu üyesi olan ve yediemin olarak görevlendirilen sanığa yapılan teslimin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi; hukuka uygun olmadığı takdirde suçun oluşmayacağının gözetilmesi gerekirken, eksik soruşturma sonucu hükümlülük kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 26.6.1997 T. E: 6248, K: 5788 – GÖKCAN, s.149).

çıkarılarak mütecavize, vekiline veya bunlar hazır değilse mütecavizin aile efradından veya işçilerinden reşit bir kişiye teslim edilir; bunlardan hiç birinin bulunmaması halinde ise, anılan eşya yediemin olarak zilyedin uhdesinde muhafaza altına alınır. İşte, kanaatimizce, kanun metnine göre, anılan kişiler (mütecavizin aile efradından veya işçilerinden reşit bir kişi ya da zilyet) için sırasıyla yedieminlik görevini kabul mecburiyeti vardır.

Keza İİK m. 26, IV'de[532] belirtilen, borçlunun ailesi halkından veya müstahdemlerinden reşit kimsenin ve 1581 sayılı Tarım ve Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m.13, I'de[533] belirtilen ortakların kredilerine mesnet olarak gösterdikleri ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili her türlü makine araçları üzerindeki yedieminlikleri zorunlu yedieminliktir.

§ 8) YEDİEMİNİN ATANMASI

A) YEDİEMİNDE ARANAN NİTELİKLER

I) YEDİEMİNİN GERÇEK KİŞİ OLMASI

Yedieminin gerçek kişi olması gerektiği yönünde yasada herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, kanaatimizce yedieminin bir gerçek kişi olması, yedieminlik görevinin niteliği gereğidir.

Yedieminin bir tüzel kişi olması durumunda, tevdi edilen malı alan kişi, ya tüzel kişinin organı sıfatı[534] (TMK m. 49) ile ya da temsilcisi sıfatı ile teslim alacaktır. Her iki halde de, yedieminlik sıfatı tüzel kişi nezdinde doğacaktır.

---

[532] Bkz. yukarıda, § 6, A, I, 2, b, bb.
[533] Bkz. yukarıda, § 6, C, V.
[534] "Tüzel kişiye ait görevleri, kanuna, tüzel kişinin esas sözleşmesi veya tüzüğüne veya bunlara uygun olarak yapılan iç talimatnamesine dayanarak müstakil bir surette ifa etmek üzere tayin edilen veya kendisine böyle görevleri müstakilen ifa selahiyeti fiilen ve haricen

TMK m. 48, II'ye göre, "organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar". Buna göre, organların haksız fiillerinden tüzel kişiler sorumludurlar[535]. Ayrıca, TMK m. 48, III'e göre, "organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar". Bu durumda, tüzel kişinin yediemin olması halinde, hem tüzel kişinin hem de organın ika edilen haksız fiilden sorumlu olacağı ve böylece sorumlu sayısının artacağı ve bu durumun haksız fiilden zarar görenin lehine olduğu düşünülebilir.

Şayet kişi temsilci olarak tüzel kişi adına hareket etmiş ise, haksız fiillerde temsil söz konusu olamayacağı[536] için, tüzel kişiyi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

Öte yandan, sermaye şirketlerinden birisinin (örneğin, bir anonim şirketin), yediemin olduğu düşünülür ise, anılan şirketlerin sorumluluklarının sadece sermaye ile sınırlı olması itibariyle de, yedieminliğe uygun değildirler.

Yedieminin cezai sorumluluğu ise, 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenmiştir. Bu suçu sadece yediemin işleyebilir[537]. Bir başka deyişle yediemin dışında bir kişinin bu suçu işlemesi mümkün değildir. Ayrıca suçun oluşması için malın yediemine "resmen" teslim edilmesi gerekir (5237 sayılı TCK m. 289). Bütün bunların dışında cezaların "şahsiliği" prensibi ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisidir. Oysa yedieminin bir tüzel kişi olması durumunda, tevdi edilen malı alan kişi, ya tüzel kişinin organı sıfatı (TMK m. 49) ile ya da temsilcisi sıfatı ile teslim alacaktır. Her

---

belli olacak surette bahsedilen şahıs veya şahıs gruplarına organ denir" (bkz TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 127); ayrıca bkz. yukarıda, dn(79) civarı.

[535] OĞUZMAN/ÖZ, s. 516; ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1974, s. 60 vd.

[536] EREN (I), s. 511.

[537] ÖNDER, s . 253 (Hemen belirtmek gerekir ki, ÖNDER, bu sonuca, (henüz 5237 sayılı TCK m. 289'un olmadığı bir dönemde) sadece 765 sayılı TCK m. 276 açısından varmıştır. Ancak, kanaatimizce, 5237 sayılı TCK m. 289 hükmü, 765 sayılı TCK. m. 276'ın karşılığı olup aralarında sonuca etki edecek bir farkı bulunmadığından, aynı ifadeyi 5237 sayılı TCK m. 289 için de kullanmakta bir sakınca görmedik).

iki halde de, yedieminlik sıfatı tüzel kişi nezdinde doğacak ve böylece cezai sorumluluğun tüzel kişiye ait olması gerekecektir. Tüzel kişinin cezai sorumluluğu olamayacağı[538] için, yedieminler hakkındaki cezai hükümler uygulanamaz hale gelecektir. Cezai nitelik taşıyan eylemler nedeniyle, yediemin tüzel kişinin idare ve temsil organının cezai sorumluluğuna gitmek ise, cezaların şahsiliği ve kanuniliği prensipleri gereği, özel olarak düzenlenmiş bir hüküm bulunmadıkça mümkün değildir. Bunun dışında, tüzel kişi organı olan gerçek kişinin veya temsilcinin, cezai sorumluluğunun doğabilmesi için, muhafaza görevini bizzat üstlenmiş olması gerekir ki, bu durumda da, zaten yediemin olan tüzel kişi değil, söz konusu gerçek kişinin kendisidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, sadece organın fiili halinde, zarar görenler lehine bir durum doğmasına karşın, temsilcinin haksız fiilinde tüzel kişiyi sorumlu tutmak mümkün olamamakta ve cezai hükümler ise bütünüyle işlemez hale gelmektedir. Bu durumda, yedieminin tüzel kişi olabileceğini kabul, kanunun düzenleme amacına aykırı olacaktır. Bu itibarla kanaatimizce yedieminin tüzel kişi olması mümkün değildir.

II) YEDİEMİNİN FİİL EHLİYETİNE SAHİP BULUNMASI

Yedieminin mümeyyiz ve ergin olması gerektiği yönünde bir şart da yasalarda yer almamaktadır. Ancak, yedieminin yaptığı işin niteliği, bizi yedieminin mümeyyiz ve ergin olması gerektiği sonucuna götürür. Yediemin, kamusal nitelik taşıyan bir şekilde, kanunen yetkili kılınan merci tarafından kendisine tevdi edilen malı muhafaza görevini yapan kişidir. Bu anlamda, hukuki ve cezai sorumluluk altına girmektedir[539]. Öte yandan,

[538] Bkz. 5237 sayılı TCK m. 20 ve m. 60; Ayrıca, bkz. KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 53.
[539] YILMAZ, "Yediemin seçilecek kişinin reşit ve mümeyyiz olması da gerekir. Bu husus, (...) yedieminin hukuki ve cezai sorumluluğu bakımından da önem arz eder" demektedir [bkz. YILMAZ, (Geçici Hukuki Himaye-I) s. 185].

kendisine teslim edilen mal üzerinde hak sahibi olan kişiler açısından da, bu malların iyi bir şekilde muhafaza edilmesi önemlidir.

Bilindiği gibi TMK m. 15'e göre, kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Yani böyle bir hukuki işlem, mutlak butlan ile maluldür. TMK m. 16, I'e göre ise, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleri ile borç altına giremezler.

Bu itibarla, işin niteliği gereği yediemin atanacak kişinin mümeyyiz ve ergin olması ve kısıtlı olmaması şarttır. Hatta, TMK m. 429, I/5'te yer alan, kendilerine yasal müşavir tayin edilenlerin, "ödünç verme ve alma" işini yasal danışmanının izni olmadan yapamaması, karşısında, bu kişilerin dahi yediemin olamayacaklarını düşünüyoruz. Bu sebeplerle, kanaatimizce, yedieminin fiil ehliyetine sahip olması gereklidir.

Yargıtay da aynı görüşte bulunmaktadır[540]. Her ne kadar, anılan kararlarda, yedieminin reşit ve mümeyyiz olması şartı üzerinde durulmuş ise de, TMK m. 16'ya atıf yapılmış olması ve m.16'da küçükler ile birlikte kısıtlıların da kendi işlemleri ile borç altına giremeyecekleri belirtildiğine göre, Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğunu ifade etmenin mümkün bulunduğunu düşünüyoruz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, fiil ehliyeti olmayan bir kişiyi yediemin tayin eden merci, bu nedenle ortaya çıkan zarardan, diğer şartlar da mevcut ise sorumlu olabilecektir.

---

[540] "Türk Medeni Kanununun 16. maddesinde öngörüldüğü üzere, 18 yaşını bitirmeyen sanığın yediemin olarak görevlendirilmesi geçersiz ve suçun hukuka aykırılık ögesinin gerçekleşmemesi karşısında TCK.nun 276/1 maddesindeki cürmün oluşmayacağının gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir" [Yarg. 4. CD. 24.03.1992, 1472/2154; YILMAZ(Geçici Hukuki Himaye-I), s. 225]; "Reşit olmayan sanığın yediemin olarak görevlendirilmesi hukuken geçersiz sayılır. Bu nedenle üzerine atılı yedieminlik görevini kötüye kullanma suçu oluşmaz" [Yarg. 4. CD. 19.04.1990, 2049/2500; EREM (1998-II), s. 1479].

III) YEDİEMİNİN KENDİSİNE TESLİM EDİLEN MAL HAKKINDA BİLGİ SAHİBİ OLMASI

Yedieminin, verilen muhafaza görevini iyi bir şekilde yerine getirebilmesi için, kendisine teslim edilen malı tanıyor ve o malın muhafazası için yapılması gerekenleri biliyor olması gerekir. Aksi halde, muhafaza görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir.

Nitekim Yargıtay kararlarında da bu husus açıkça belirtilmiş ve hatta yediemini seçim ile görevli olan merciin, bu hususa dikkat etmemiş olmasını, seçimi ve atamayı yapan merciin sorumluluğunu doğuracağını isabetli bir şekilde belirtmiştir[541].

IV) YEDİEMİNİN GÜVENİLİR BİR KİŞİ OLMASI

Yedieminin, adı ile uyumlu olarak, güvenilir bir kişi olması gerekir. Güvenilir kişi olmayı belirleyecek objektif bir kriter saptamak ise kolay görünmemektedir. Bununla beraber, kanaatimizce bazı kıstaslar saptanabilir:

- Yediemin olarak atanacak kişinin sabit bir ikametgahının ve belirli bir iş adresinin olması gerekir;

[541] "Davacılar, traktörlerinin davalıya yediemin olarak bırakıldığını, daha sonra geri alındığında suyun donması nedeni ile hasara uğradığını gördüklerini bildirerek zararlarının giderilmesini istemişlerdir. – Davalı traktörün kendisine güvenilir kişi olarak bırakıldığını, araç bakımı konusunda herhangi bir bilgisinin olmadığını, o nedenle sorumlu tutulamayacağını savunmuştur.- Dosya içeriğine göre traktör, bakım konusunda herhangi bir tembih yapılmadan, çiftçi davalıya 15.02.1985 de 'güvenilir kişi' olarak (sırf geniş bahçesinden park yeri olarak yararlanılmak üzere) bırakılmış, 12.03.1985'de geri alınmıştır. Bu arada suyun boşaltılmaması ya da antifriz konulmamış olması yüzünden motor bloğunun çatladığı anlaşılmıştır.-Şubat ayının ortasına gelinceye kadar bu türlü önlemleri almayanlar, davalının bahçesine traktörü bıraktıktan sonra suyunu boşaltmayanlar, bakımdan anlayan kişileri yediemin tayin etmeyenlerin kusurlu bulunacağı konusunda mahkemece değerlendirme yapılmadan davalının beklenenden daha çok özen borçluyla yükümlü olacağı gibi bir varsayımla onun sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirir" Yarg. 4.HD. 4.4.1998, 10645/3340 [bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 185].

- Yediemin atanmasını isteyen tarafın yediemin olarak atanacak kişinin güvenilir olmadığı konusunda bir itirazının bulunmaması gerekir;
- Ayrıca mümkün olduğunca ve müessesenin işlemesine engel olunmasına izin verilmemek şartıyla, malı yediemine teslim edilecek kişinin yediemin konusundaki görüşlerinin de dikkate alınması gerekir.

Yediemin atanacak kişinin güvenilir kişi olmasının temini açısından, bilirkişilikte olduğu gibi, bazı yediemin isimlerinin önceden belirlenmesi yoluna gidilebilir. Böyle bir listenin varlığı yediemin atayacak merci açısından da faydalı olacaktır.

V) BORÇLUNUN YEDİEMİN OLARAK ATANABİLMESİ İÇİN KANUNEN İZNİ GEREKEN KİŞİLERİN İZNİNİN OLMASI

İİK m. 88, II, c.2'ye göre, taşınır mallar, "Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek şartile muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir". Buna hükme göre, malın borçlu elinde yediemin olarak bırakılabilmesi için alacaklının izni gerekir. Anılan maddede belirtilen "veya üçüncü şahıs" ifadesi, borçlunun bir malı elinde haczedilen üçüncü kişiyi ifade eder[542]. Yoksa, borçlunun elinde haczedilen malın üçüncü bir kişiye yediemin olarak bırakılabilmesi için alacaklının iznine ihtiyaç yoktur.

İİK m. 88, II, c.3'e göre ise, "üçüncü şahıs elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahıs yedinde bırakılabilir". Söz konusu cümle, 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 88'e eklenmiştir. Anılan cümlenin gerekçesinde, borçlunun bir malı alacaklının elinde haczedildiğinde, alacaklının muvafakati alınması gerektiği şeklindeki uygulamaya son vermek olduğu ifade edilmesine

[542] KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 262, dn(23).

rağmen, cümlenin yazılış şekline göre, alacaklının muvafakatinin alınması şarttır[543].

VI) ATANACAK YEDİEMİNİN, YEDİEMİN TAYİN AMACI İLE ÇELİŞİR BİR KİŞİ OLMAMASI

HUMK m. 101'de, üzerine ihtiyati tedbir konan aynı nizalı malın, malı elinde bulunduran kişiye veya davanın karşı tarafına yediemin olarak bırakılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ihtiyati tedbir olarak yediemine tevdi kararının verildiği bir durumda, yediemine tevdiinin nedeni, malın muhafazası olduğuna göre, anılan malın, malı elinde bulunduranda bırakılmasının amacı karşılamayacağı açıktır. Zira burada amaç, dava sonuçlanıncaya kadar, nizalı malı korumaktır ve ayrıca, böyle bir yediemine tevdi kararı, kanaatimizce uyuşmazlığın esasını çözümleyecek niteliktedir.

Öte yandan uyuşmazlık konusu olan malın, ihtiyati tedbir isteyene yediemin olarak bırakılmasının da, nihai karar ile elde edilecek sonucu ihtiyati tedbir kararı ile gerçekleştirmek olacağı ve ayrıca, nizalı malın korunması amacı ile çelişir nitelik taşıyacağı için, hukuka uygun olmadığını düşünüyoruz. Örneğin, B'nin elinde bulunan ve A ile B arasında aynı uyuşmazlık konusu olan bir mal için, A'nın B'ye açtığı bir davada, mahkemece ihtiyati tedbir olarak malın, A'ya yediemin olarak verilmesi, davanın esasını çözer nitelikte olması nedeniyle kanaatimizce uygun değildir[544].

Bu gibi durumlarda, malın, yediemin olarak üçüncü bir kişiye tevdiinin amaca daha uygun olacağını ve ihtiyati tedbir kararı ile aynı nizalı bir

[543] Bkz. KURU (Elkitabı), s. 376.

[544] Benzeri şekilde, YILMAZ da aynen şöyle demektedir: "Münazaalı taşınır veya taşınmaz malın yedi emin sıfatile taraflardan birine tevdiine ihtiyati tedbir olarak karar verilmesi doğru değildir. Çünkü bu şekilde verilmiş olan bir ihtiyati tedbir kararı uyumazlığın esasını halleder bir nitelik taşımaktadır" [bkz. YILMAZ (İhtiyati Tedbirler), s. 74].

malın yediemine tevdi halinde, atanacak yedieminin, yediemine tevdi kararı ile istenen amaç ile çelişir ve/veya uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi ve/veya davacının, esas hükümle elde edeceği amacı peşinen elde etmesi sonucunu doğuracak bir kişi olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

VII) YEDİEMİNİN, YEDİEMİN SEÇİLEMEYECEK KİŞİLERDEN OLMAMASI

Anayasa m. 140, V'de, hakim ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları belirtilmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce, hakim ve savcılar, yediemin de olamazlar.

5237 sayılı TCK m. 53'de "belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında, bazı cezaları alan kişilerin, güvenlik tedbiri olarak bazı haklardan yoksun bırakılacağı düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK. m. 53, I/a'ya göre ise, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olan kişi, sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden (...) yoksun bırakılır". Anılan maddede belirtilen şekilde kamu görevinin üstlenilmesinden mahrum bırakılan kişi, anılan Kanun m. 6, I/c'ye göre bir kamu görevi olduğuna şüphe bulunmayan yedieminlik görevine de atanamayacaktır.

B) YEDİEMİNİN ATANMA BİÇİMİ

I) TALEP ÜZERİNE ATAMA

HUMK m. 101 ve m. 103'de düzenlenen yedieminlikte, hakimin, bir ihtiyati tedbir olarak yediemini atayabilmesi için davacı veya davalının talebi gereklidir. Tarafların talebinin aranması gereği, HUMK m. 72, 74 ve 75 ile

birlikte düşünüldüğünde, söz konusu yedieminin kamusal niteliği ile çelişik değildir.

Hem taşınırlar hem de taşınmazlar, ihtiyati tedbir olarak yediemine tevdi edilebilirler (HUMK m. 101 ve 103).

HUMK m. 101/1'de "haciz" terimi geçmesine karşın, bu terimin "el koyma" anlamında olduğu öğreti tarafından haklı olarak ifade edilmektedir[545]. Bir başka deyişle, dava açılmadan önce veya sonra, taraflardan birisinin talebi üzerine, hakim aynı münazaalı olan mala el koyacak ve yediemine tevdi edecektir. Böylece, mahkeme, aynı çekişmeli olan dava konusu taşınır mala el konulmasına ve onun yediemine teslimine karar vermek suretiyle, o malın dava sırasında başkasına devredilmesini önlemiş bulunmakta[546] ve malın yargılama sonuna kadar, muhafazası mümkün olmaktadır.

Taşınmazlar için ise durum daha değişiktir. Zira, kanaatimizce, taşınırlara el konulup, yediemine tevdi edilmesinin sebebi, taşınırlarda mülkiyet devrinin, teslim ile geçmesidir. Bir başka deyişle, şayet, aynı çekişmeli olan bir taşınıra el konulup, yediemine tevdi edilmez ise, taşınırı elinde bulunduran kişi, söz konusu malı başkasına devredebilecek ve TMK. m. 985 ve 988 uyarınca anılan malı iyiniyet ile kazanan kişinin iktisabı korunacağından, yargılama sonucunda haklı çıkacak kişi hakkını alamayabilecektir. Oysa, taşınmazlarda, mülkiyetin devri, (kanunda sayılan istisnalar dışında) ancak tapu siciline tescil ile gerçekleşebilir (TMK m. 705, I). Bu itibarla, taşınmazlar söz konusu olduğunda, uygulamada,

[545] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 701; BİLGE/ÖNEN, maddedeki haciz kelimesinin tasarruf hakkının tahdidi, ferağın meni manasında kullanıldığı düşüncesindedir (bkz. Necip BİLGE/Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Ankara 1978, s. 369); BERKİN, buradaki "haciz"den maksadın, mülkiyeti münazaalı olan mal üzerindeki tasarruf yetkisinin tahdidi ve böylece taşınır malın satılmasının veya el değiştirmesinin önlenmesi yahut taşınmazın tapuda ferağdan yahut yük altına sokulmaktan men edilmesi olduğunu ifade etmektedir (bkz. BERKİN, Necmeddin Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul s. 515); POSTACIOĞU, "haciz" teriminden maksadın "ferağdan men" olduğu görüşündedir (bkz. POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 1973, s. 425); ÜSTÜNDAĞ ise, söz konusu "haciz" teriminin yersiz olduğunu ifade etmektedir (bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2000, s. 583).
[546] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 703.

taşınmazın "ferağdan men'ine" (başkasına devrinin yasaklanmasına) karar verilmekte ve karar Tapu Sicil Müdürlüğüne bildirilerek, bu husus tapu siciline şerh verilmektedir.

Ancak, yine de şayet bir olayın özelliği gereği, şayet bir taşınmazın da yediemine tevdii gerekli ise, yukarıda da belirtildiği gibi, taşınmazların da bir yediemine tevdi mümkündür[547] (HUMK m. 101 ve 103).
İhtiyati tedbir olarak, aynı çekişmeli taşınır veya (yukarıda belirtilen şartlarla) taşınmazın yediemine tevdiini isteyen tarafın, yediemin tayin edilmesini gerektiren sebepleri de talebinde belirtmesi gerekir.

II) RE'SEN ATAMA

İİK m. 88'e göre, haczi müteakip, malların muhafaza altına alınması için yediemin tayininde, alacaklının (haciz isteyenin) haczedilen malların yediemine tayinini istemesi gerekli değildir. Haczi yapan icra müdürü, haczedilen malların muhafazası için gerekli tedbirleri re'sen almak zorundadır[548].

İİK m. 88, I'e göre, şayet haczedilen mallar, para, banknot, hamiline yazılı senet, poliçe ve sair cirosu kabil senet, altın ve gümüş ve diğer kıymetli bir şey ise, anılan malları icra dairesi kendisi muhafaza edecektir. Söz konusu kıymetli şeylerin haczedilmiş sayılması için, icra dairesi tarafından muhafaza altına alınması gerekir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, bu kıymetli

[547] "Davalı kapıcı hakkında, kat maliklerine karşı hakaret ve müessir fiil suçundan ötürü ceza davası derdesttir. Bu şartlar altında ihtilaf ve davanın devam ettiği müddet içinde davalının bütün apartman sakinlerinin bulunduğu yerde gece ve gündüz ikametine ve hizmetinin devamına müsaade edilmesi, neticesi itibariyle çok mahzurlu ve tehlikeli bulunduğu gözönüne alınarak HUMK'nun 101 ve 103 . maddeleri hükümlerince davalının halen ikamet ettiği dava konusu kapıcı yerinden yedinin tedbir yoluyla nezine, ancak söz konusu yerin başkasına tahsis edilmeksizin bir yediadle tevdiine ve karşı tarafın muhtemel zararına karşılık olarak 2.000 lira teminatın davacı tarafından yatırılmasına ve kararın infazı için keyfiyetin icra memurluğuna tevdiine" [Yarg. 9. HD. 11.5.1972, 17521/16137; KURU (Usul-III), s. 3063].
[548] ARAR, Kemal, İcra ve İflas Hükümleri, C. I, İcra, Ankara 1944, s. 205.

şeylere icra dairesince el konulmuş olmasının, bunların haczi için geçerlik (muteberiyet) şartı olduğunu haklı olarak ifade etmektedir[549].

İİK m. 9, I'e göre, icra ve iflas daireleri aldıkları paraları ve kıymetli evrak ve değerli şeyleri, ertesi işgünü çalışma saati sonuna kadar Adalet Bakanlığınca, uygun görülen bankalardaki hesaplarına yatırmaya, banka bulunmayan yerlerde ise, icra veya mahkeme kasalarında muhafazaya, kasa bulunmayan yerlerde ise, mal sandıklarında bırakmaya mecburdurlar. İcra ve iflas dairelerinin para ve değerli şeyleri yatıracakları bankalar hazırlanacak yönetmelikte gösterilir (İİK m. 88, II).

İİK m. 88, I'de belirtilen kıymetli şeyler dışında kalan mallar ise, masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır (İİK m. 88, II). KURU/ARSLAN/YILMAZ'ın, isabetli olarak belirttiği gibi, kıymetli eşyalar haczedildiğinde, haczin geçerliliği için, icra dairesinin bu mallara fiilen el koyması gerektiği halde, kıymetli eşyalar dışındaki şeylerin haczinde, icra müdürünün bunlara fiilen el koymasına gerek olmayıp, bu malları bir yediemine teslimi, yani hukuken el koymuş olması yeterlidir[550].

Kıymetli eşyalar dışındaki mallara el koyan icra müdürünün, bu malları muhafaza altına almak üzere bir yediemine bırakması için alacaklının iznine veya kanaatimizce talebine ihtiyacı yoktur. Bu işlemi re'sen yapmak zorundadır. Ancak, icra müdürlüğünün bu işlemi yapabilmesi için gerekli masrafı alacaklının ödemesi gereklidir (İİK m. 95). Bu masrafın ödenmemesi halinde, haczedilen malların yediemine teslimi mümkün olmayacaktır. Öğretide, bu durumun haczin geçerliliğini etkilemeyeceği, sadece, gidere bağlı işlemin yapılmamasından doğan sonuçlardan, icra müdürünün sorumlu olmayacağı ve bu sonuçlara alacaklının katlanacağı ifade edilmektedir[551].

[549] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 261.
[550] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 261.
[551] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 276.

Haczedilen malın borçlu elinde yediemin olarak bırakılması için ise, alacaklının muvafakati gerekir. Aynı durum elinde borçlunun bir malı haczedilen üçüncü kişiye anılan malın yediemin olarak bırakılması için de geçerlidir (İİK m. 88, II).

Öte yandan, İİK m. 159'a göre iflas talebi halinde ticaret mahkemesi gerekli gördüğü muhafaza tedbirlerini re'sen alacağı için[552], bu tedbirlerden olan bazı malların yediemine tevdi kararını da re'sen alabilir.

İcra ve İflas Kanununda, Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve yukarıda belirtilen idari yedieminlik hallerinde ve CMK ve Orman Kanununda belirtilen hallerde, yetkili merci yediemine tevdi kararını re'sen alabilir.

C) ATAMAYA YETKİLİ MAKAM VE ATAMA KARARININ VERİLMESİ

HUMK m. 101 ve m. 103'e göre, aynı çekişmeli malın ihtiyati tedbir olarak yediemine tevdii, dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra istenebilir. Dava açılmadan önce istenecek yediemine tevdi ihtiyati tedbiri, HUMK m. 104, I uyarınca, en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesinden veya esas dava için yetkili mahkemeden istenebilir. Bu bir yetki kuralıdır. İhtiyati tedbir olarak yediemin tayinine karar verildikten sonra, karar uygulanmış olsun veya olmasın, 10 gün içinde esas hakkında davanın açılması gereklidir; aksi halde tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HUMK m. 109, I).

Görevli mahkeme ise, bu konuda özel bir hüküm var olmadığından, genel kurala göre saptanması gerekir. Bir başka deyişle, esas hakkındaki davada hangi mahkeme görevli ise, yediemini tayine yetkili olan mahkemede, o mahkemedir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, uygulamada bu

[552] KURU (El kitabı), s. 967.

kurala uyulmadığını ve asliye mahkemelerinin görev alanına giren davalarda sulh mahkemelerinden veya sulh mahkemelerinin görev alanına giren davalarda asliye mahkemelerinden ihtiyati tedbir istendiğini ve mahkemelerin de görev hususunu dikkate almadan bu talepleri inceleyerek karar verdiklerini haklı olarak belirtmekte ve eleştirmektedir[553].

Esas hakkında dava açıldıktan sonra ise, bir ihtiyati tedbir niteliğinde olan aynı çekişmeli malın yediemine tevdii kararını, esas davaya bakma ile görevli ve yetkili olan mahkeme verebilir (HUMK m. 104, I).

İhtiyati tedbir kararını ve buna bağlı olarak da bir ihtiyati tedbir niteliğinde olan aynı çekişmeli şeyi yediemine tevdi kararını vermek konusunda yalnızca mahkemeler yetkili ve görevlidirler. Bu nedenle, hakemler (HUMK m. 516 vd.) ihtiyati tedbir kararı ve dolayısıyla yediemine tevdi kararı veremezler[554]. Hakemlerde görülen davalara ilişkin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi de mahkemelere aittir[555].

---

[553] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 706.

[554] Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda veya tarafların veya hakemlerin yahut hakemler kurulunun seçimi halinde uygulanan 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunun "İhtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz " madde başlığını taşıyan, 6 ncı maddesine göre ise, "Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez.
Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez.
Taraflardan biri hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir.
Tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır.
Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan, birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar".
22.01.2000 tarih ve 23941 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan

Mahkemeden ihtiyati tedbir kararı dilekçe ile istenir[556] (HUMK m. 105, I). Mahkeme ihtiyati tedbir talebi üzerine iki tarafı davet eder ve taraflar gelmese dahi gerekli kararı verir (HUMK m. 105, I). Dava açmadan önce ihtiyati tedbir talep eden taraftan başvurma harcı ve karar harcı peşin olarak alınır. İhtiyati tedbir isteyen taraf dava dilekçesi ile ihtiyati tedbir istemiş ise, tek bir başvurma harcı ve dava açarken ödemesi gereken karar ve ilam harcını mahkeme veznesine yatırır.

Mahkeme ihtiyati tedbir olarak yediemin tayini talebi üzerine kural olarak her iki tarafı derhal çağırıp dinledikten sonra karar verecek olmasına rağmen (HUMK m. 105, I), acele veya davacının haklarının derhal korunmasının zorunlu olduğu (örneğin, aynı çekişmeli malın bir yediemine tevdi edilmemesi halinde, davalının malı başkasına satabileceği veya mala zarar verebileceği) hallerde ise tarafları davet etmeden de yediemin atanması kararını verebilir (HUMK m. 105, II).

Yediemin tayin edilmesi talebinde bulunan tarafın, bu tedbiri haklı kılacak delilleri de mahkemeye vermesi gerekir. Ancak, burada tam bir ispat aranmaz[557]; mahkemenin tedbir isteyenin hakkının mevcut olduğuna ve kanaatimizce, yediemin tayini kararı verilmemesi halinde, davacının bir hak kaybına uğrayabileceğine kanaat getirmesi (onu kuvvetle muhtemel görmesi) yeterlidir.

Mahkeme yediemin tayini hususunda kararını verebilmek için, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin, haksız olarak verilebilecek yediemin tayini kararı nedeniyle uğrayabilecekleri zararı karşılamak üzere tedbir isteyenden

---

Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun" uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi halinde de 4686 sayılı Kanun uygulanır (4686 sayılı Kanun m. 1, V).

[555] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 706; BERKİN (Usul), s. 507.

[556] Dilekçenin bir sureti karşı tarafa tebliğ edileceği için, dilekçenin iki nüsha olarak mahkemeye verilmesi gerekir.

[557] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 707.

teminat göstermesini isteyebilir (HUMK m. 110, c.1). Ancak, tedbir isteyen Devlet veya adli yardımdan yararlanan bir kişi ise teminata gerek yoktur (HUMK m.110, c. 2).

Mahkemece aynı çekişmeli şeyin yediemine tevdii konusundaki talep haklı görürse, yediemin tayinine karar verir.

Haczi müteakip muhafaza tedbiri olarak yediemin tayini yetki ve görevi ise haczi yapan icra müdürüne aittir.

Daha önce belirtildiği gibi, iflas yolu ile takip yapılmasını (İİK m. 155 vd. ve İİK m. 171 vd.) müteakip alacaklı tarafından ihtiyari olarak veya alacaklının talebiyle doğrudan doğruya iflas sebeplerinin (İİK m. 177, m. 290, II, III; İİK m. 298; TTK m. 301, I; İİK m. 308, II; TTK m. 180, II; TTK m. 182, I; İİK m. 179) mevcudiyeti halinde yine alacaklı tarafından ihtiyari olarak ya da borçlunun başvurusu ile doğrudan doğruya iflas hallerinde (İİK m. 178) borçlu tarafından İİİK m. 178, I'deki halde ihtiyari olarak, İİK m. 178, III'deki halde ise mecburi olarak yahut sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin doğrudan doğruya iflasının istenmesi gereken hallerde (İİK m. 179) söz konusu sermaye şirketinin veya kooperatifin idare ve temsil ile görevlendirilmiş kişiler[558] tarafından mecburi olarak yetkili ve görevli mahkemeden iflas talep edilmesi gerekmektedir. İflas davasında görevli mahkeme ticaret mahkemesidir[559]. Yetkili ticaret mahkemesi ise,

[558] Anonim şirketlerde idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan yönetim kurulu olduğundan yönetim kurulu tarafından (TTK m. 324, II); kooperatiflerde idare ve temsil yetkisi yönetim kuruluna ait olduğundan yönetim kurulu tarafından (KoopK. m. 63, II); limited şirketlerde, şirketin idare ve temsili müdürlere ait olduğundan, müdürler tarafından (TTK m. 540); şirket tasfiye halinde ise, idare ve temsil yetkisi tasfiye memurlarına ait olduğundan tasfiye memurları tarafından (TTK m. 446, II ve İİK m. 179) şirketin veya kooperatifin iflasının istenmesi gerekir.

[559] HUMK m. 8, I'e göre, iflas davasında dava konusu (iflas isteyen alacaklının iflas takibi yaptığı alacak miktarı) meblağa bakılmaksızın asliye mahkemelerinin görevli olacağı belirtilmiştir. İİK m. 154, IV'e göre ise, iflas davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. İflas davası münhasıran iki tarafın arzusuna tabi bir iş olmadığından, buradaki işbölümü itirazı bir ilk itiraz değildir (TTK m. 5, III). Bu sebeple de, ayrı ticaret mahkemesi bulunan yerlerde, iflas davası asliye hukuk mahkemesinde açılırsa, asliye hukuk mahkemesi kendiliğinden görevsizlik kararı verip, davayı asliye ticaret mahkemesine göndermekle yükümlüdür [KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 500].

borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir ve yetkili ticaret mahkemesinin tespiti için yetki sözleşmesi yapılamaz (İİK m. 154, IV). Bu nedenle, borçlunun muamele merkezi asliye ticaret merkezinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesindir[560] (HUMK m. 22).

İflas talebini içeren dilekçeyi alan yetkili ticaret mahkemesi, ilk önce alacaklıların menfaati için zorunlu gördüğü *bütün* muhafaza tedbirlerini kendiliğinden alabilir (İİK m. 159, I, c.1)[561]. Bir başka deyişle alacaklının talebine gerek yoktur. Ancak, borçlu ödeme emrine itiraz etmemişse, alacaklının talebi üzerine mahkeme muhafaza tedbirlerine karar vermeye mecburdur (İİK m. 159, I, c.2). Kanunda muhafaza tedbiri olarak sadece, defter tutmaktan söz edilmektedir. İİK. m. 159, II'de yer alan ifadenin karşıt anlamına göre, alacaklının talebi üzerine mahkemenin defter tutmak muhafaza tedbirine karar vermek için alacaklıdan teminat istemesi mümkün değildir.

Defter tutmak dışındaki muhafaza tedbirlerinin neler olduğu ise İİK'da belirtilmemiştir. Defter tutmak dışındaki muhafaza tedbirlerinden birisi de borçlunun bazı mallarını yediemine teslim etmektir[562]. Ticaret mahkemesi borçlunun bazı mallarını yediemine teslim etmek muhafaza tedbirini, re'sen verebileceği gibi, alacaklının talebi üzerine de verebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, şayet, borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş ise, mahkeme alacaklının talebi üzerine borçlunun bazı mallarını yediemine teslim kararı vermek zorundadır. İİK m. 159, II, c.1'de, bu halde "mahkeme teminat alınmasını isteyebilir" denilmesine rağmen; KURU, madde gerekçesine dayanarak alacaklının teminat göstermek zorunda olduğunu ifade

[560] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 501.
[561] İİK m. 159, esasında iflas yolu ile takip yapıldıktan sonra açılan iflas davasına ilişkin olarak düzenleme getirmektedir. Ancak, borçlunun veya alacaklının doğrudan doğruya iflas talep edebildiği veya etmek zorunda olduğu yahut sermaye şirketleri ve kooperatiflerin doğrudan doğruya iflasının talep edildiği hallerde de İİK m. 181'in, m. 159'a yaptığı atıf nedeniyle, m. 159 uygulama alanı bulur.
[562] KURU (İcra-III), s. 2730.

etmektedir[563]. Borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş veya alacak bir ilama bağlı ise teminat aranmaz (İİK m. 159, II, c.2). Devlet ve adli yardıma nail kimseler de teminat göstermek mecburiyetinde değillerdir (İİK m. 159, II, c.3).

Özetlemek gerekir ise, iflas davasının açılmasından sonra, muhafaza tedbiri olarak, borçlunun bazı mallarının yediemine teslimi konusunda karar vermeye yetkili mercii, iflas davasına bakan, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir.

D) ATAMA KARARINA İTİRAZ

İhtiyati tedbir olarak verilen yediemin tayini kararı, şayet, karşı taraf davet edilip dinlendikten sonra (duruşma yapılarak) verilmiş ise, bu karara itiraz edilemez. Ancak burada sözü edilen itiraz, HUMK m. 107-108 anlamında itirazdır. Buna karşın, karşı taraf, duruma ve şartlara göre, yediemin tayini ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilir. Yediemin tayini kararının kaldırılmasına veya değiştirilmesine yönelik talepte bulunan karşı taraf, bunun için teminat göstermek zorundadır. Yargıç, durumun özelliğine göre, teminatsız dahi yediemin tayini kararını kaldırabilir veya değiştirebilir (HUMK m. 111).

Öte yandan, yediemin tayini kararı, karşı tarafın yokluğunda verilmiş ise, karşı taraf, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın, yargılama sonuna kadar, bu karara itiraz edebilir (HUMK m. 107, 108). Bu itiraz, kararın icrasını durdurmaz. Fakat, yargıç, itiraz üzerine, kararın icrasının geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (HUMK m. 107, c.2). Gıyabında yediemin tayini kararı verilmiş olan taraf, karara itiraz edince, yargıç, iki tarafı

[563] "Defter tutmadan gayrı muhafaza tedbirleri neticesi itibariyle fiilen borçlunun tasarruf ehliyetini tahdit ettiklerinden, bu tedbirlerin haksız konulduğunun anlaşılması halinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizde olduğu gibi bundan zarar gören borçlunun ve üçüncü şahsın zararının tedbir koyduran alacaklı tarafından ödenmesi gerekir. Bunun için tedbir isteyenin teminat göstermesi mecburiyeti konmuştur" [MM. Ad. Komisyonu gerekçesi; bkz KURU (İcra-III), s. 2730 ve dn(252)].

mahkemeye davet edip, dinledikten sonra itirazı karara bağlar (HUMK m. 108, II). Davet üzerine taraflardan biri veya her iki taraf gelmezse dahi, mahkeme, evrak üzerinde inceleme ile, itirazı hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verir (HUMK m. 108, II, son c.). Mahkemenin, itirazın ret veya kabulüne dair kararlarına karşı, temyize gidilemez. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, HUMK m. 111 uyarınca icap ve vaziyete göre, karşı taraf, söz konusu kararın kaldırılması yargılama sona erinceye kadar her zaman isteyebilir.

Yediemin tayini kararına itiraz, kararı vermiş olan mahkemeye, bir dilekçe ile yapılır ve itirazı haklı gösteren belgelerin de dilekçeye eklenmesi gerekir (HUMK m. 108, I). Şayet, yediemin tayini kararı, esas hakkında dava açılmadan önce verilmiş ve daha sonra dava açılmış ise, itirazın, esasa bakan mahkemeye yapılması gerekir[564].

Yukarıda belirtildiği gibi, bir ihtiyati tedbir kararı niteliğindeki yediemin atama kararı da, mahkeme yazı işleri müdürü veya katipleri ya da icra dairesi tarafından infaz olunur (HUMK m. 106). Yediemin tayin kararı, icra müdürlüğü tarafından infaz olunsa dahi, icra müdürü anılan kararı, icra müdürü sıfatıyla değil, infaz memuru sıfatı ile yürütür. Bu nedenle, işlemlerine karşı şikayet yoluna gidilmesi halinde, şikayet icra mahkemesine değil, kararı veren mahkemeye yapılır[565].

[564] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 709; ÜSTÜNDAĞ (Usul), s. 588; POSTACIOĞLU (Usul), s. 521.

[565] "İhtiyati tedbir kararının infazına karşı şikayetin tedbir kararını veren mahkemece çözümlenmesi gerektiği, icra müdürünün bu sıfatla değil, infaz memuru sıfatıyla muamele yaptığı cihetle, 'görevsizlik kararı' verilmek gerekirken, esasın incelenmesi isabetsiz temyiz itirazları yerinde görüldüğünden mercii kararının İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 17.11.1989 gününde oybirliği ile karar verildi" (12 HD. 17.11.1989 T. E: 4888, K:14121 – UYAR, Talih, İcra Hukukunda Şikayet, 2. Baskı, Manisa 1991, s. 43).

İhtiyati tedbir kararı olarak yediemin ataması kararı mahkemece verildiğinden, yedieminin değiştirilmesi talebinin de yine mahkemeye yöneltilmesi gerekir[566].

Bilindiği gibi, İcra ve İflas Kanununa göre ise, gerek taşınır gerek taşınmazların haczini müteakip, muhafaza altına alınmaları için yediemin tayini halinde, söz konusu atama kararını veren icra müdürüdür. Söz konusu atama kararına karşı itiraz, kanaatimizce İİK m. 16'ya şikayet yolu ile icra mahkemesine yapılır. İİK m. 16'ya göre, (kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar dışında kalan) icra ve iflas dairelerinin yaptığı işlemlere karşı şikayet yoluna, söz konusu işlemlerin kanuna aykırı olması veya hadiseye uygun olmaması yahut bir hakkın yerine getirilmemesi ya da sebepsiz sürüncemede bırakılması hallerinde başvurulabilir. Şikayet süresi kural olarak, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren 7 gündür (İİK m. 16, I). Ancak, bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yerine getirilmemesi halleri (İİK m. 16, II) ile işlemin kamu düzenine aykırı olması hallerinde şikayet süreye tabi değildir. Son durum kanunda yazılı olmamakla beraber, yargı içtihatları ve öğreti tarafından kabul edilmiş ve uygulama da bu yönde gelişmiştir[567].

İİK m. 88, II'ye göre, icra müdürü, m. 88, I dışında kalan taşınır malları münasip bir yerde muhafaza altına alacaktır. Şayet, taşınır mal, m. 88, I kapsamında bir mal ise ve icra müdürü bu malı bir yediemine teslim etmiş ise, kanaatimizce bu durum, kamu düzenine aykırı nitelik taşır ve süresiz şikayete tabidir. Öte yandan, İİK m. 88, II'ye göre, icra müdürü, haczedilen taşınır malı, alacaklının gerekli masrafı yatırmış olmasına rağmen, rızasını almadan, yediemin olarak borçluya bırakmış ise, bu durum da işlemin 7

[566] "Mahkemece 'fabrikanın üç kişilik yediemin heyetine teslim ile çalıştırılmasına' tedbir yolu ile karar verilmiştir. Bu tedbir kararı kaldırılmadıkça veya değiştirilmedikçe icra dairesince evvelce tayin edilen yedieminlerin değiştirilemeyeceği ve fabrikanın çalışmaktan Nizip İcra Memurluğunun kararı ile men edilemeyeceği düşünülmeden, şikayetin reddolunması isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görülmekle merci kararının İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 22.8.1988 gününde oybirliği ile karar verildi" [12. HD. 12.8.1988 T. E: 2943, K: 3444 – UYAR (Şikayet), s. 306].
[567] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 72.

gün içinde şikayet edilmesi gerekir. Zira kanaatimizce alacaklı malların yediemin olarak borçluya bırakıldığını öğrenmesine karşın, 7 gün içinde şikayet yoluna başvurmamış ise, bu duruma muvafakat vermiştir ve bu itibarla, kamu düzenine aykırılık yoktur.

Şikayet üzerine icra mahkemesinin vermiş olduğu karar kesindir. Zira icra mahkemesinin hangi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği, İİK m. 363'te belirtilmiştir ve yediemin tayin kararına yönelik şikayet bu haller arasında mevcut değildir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir[568].

İflas davası sırasında verilen muhafaza tedbiri olarak yediemine tevdi kararına karşı da yedieminin değiştirilmesi veya itirazı talepleri iflas davasına bakan ticaret mahkemesine yöneltilir ve onun tarafından çözümlenir.

E) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN KABULÜ

Daha önce de belirtildiği gibi, yedieminlik kural olarak ihtiyaridir ve kişi yedieminlik görevinin kabule zorlanamaz[569].

Kural yedieminlik görevinin isteğe bağlı bulunması olmasına rağmen, şayet, yedieminlik görevinin kabul zorunluluğuna ilişkin bir yasa hükmü mevcut ise, bu durum istisnadır[570]. Ancak söz konusu mecburiyetlere rağmen, ilgili kişilerin yedieminlik görevini kabul etmemesi halinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir.

---

[568] ""Hacizli menkul malların muhafaza şekli ile ilgili kararlar İİY.'nın 363. maddesi gereğince kesin nitelikte olduğundan temyiz dilekçesinin (REDDİNE), 5.9.1981 günü oybirliğiyle karar verildi" (Yarg. 12. HD. 15.09.1981, 5250/6713 – bkz. UYAR, Talih, İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 265).

[569] Bkz. yukarıda, § 7, B, I.

[570] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 189; ayrıca, bkz. yukarıda, § 7, B, II.

F) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN TEVDİİ (ATAMA KARARININ İCRASI)

Yedieminlik görevinin tevdii, yasa ile kendisine yetki verilmiş merci tarafından gerçekleştirilir.

HUMK m. 106'ya göre, ihtiyati tedbir kararı, icra dairesince yerine getirilir. Ancak ihtiyati haciz dışındaki ihtiyati tedbirler, tedbiri veren mahkeme yazı işleri müdürü veya katibi tarafından da yerine getirilebilir. İhtiyati tedbir olarak yediemine teslim kararını verecek olan mahkemedir. Mahkeme tarafından yedieminin ismen belirtilmesinin, kararın icrası aşamasında herhangi bir uyuşmazlık çıkmaması açısından gerekli olduğunu düşünüyoruz. Mahkemece ismen saptanan veya ismen belirtilmeden sadece yediemine tevdi konusunda verilen kararı icra eden infaz memuru (icra memuru veya yazı işleri müdürü ya da katibi), kararı, düzenleyeceği bir yediemin senedi ile, karara konu malları (kararda yediemin ismen belirtilmemiş ise yediemini de tespit ederek) yediemine resmen teslim eder. Yedieminin yükümlülükleri işbu resmi teslim ile başlar.
İflas davasında muhafaza tedbiri olarak verilen yediemine teslim kararı ise, İİK m.159, I/son c. gereği, iflas dairesince yerine getirilir.

Haciz sebebi ile malların muhafaza altına alınması halinde ise, yediemine malların teslimini, haczi gerçekleştiren icra müdürü yapar. Mallar, bir yediemin senedi ile yediemine teslim edilir ve yedieminin yükümlülükleri bu teslim ile başlar.

İdari bir kararla malların yediemine teslim halinde de, teslimi yasa ile yetkili kılınan resmi merci gerçekleştirir. Örneğin, Orman Yasası m. 84 ve Orman Kanununun 84'üncü Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 4, 6 ve 9 uyarınca, kaçak orman emvalinin veya suç aletlerinin yahut suç nakil vasıtalarının bir yediemine teslimi, düzenlenecek bir yediemin senedi

ile birlikte, orman memurları veya diğer görevliler tarafından gerçekleştirilir[571].

G) MALIN YEDİEMİNE RESMEN VE FİİLEN TESLİMİ

Yukarıda da belirtildiği gibi, yedieminlik görevinin başlayabilmesi için, ayrıca malın da yediemine fiilen ve resmen teslimi gerekir.

Mal gerekli usule uygun olarak, resmen, yediemine teslim edilmelidir. Bu anlamda, genellikle uygulamada, "yediemin senedi" denilen bir evrak kullanılır. Burada, tevdi edilen malların tek tek yazılması uygun olacaktır. Zira, bu işlem ileride uyuşmazlık çıkması halinde hangi malların teslim edildiğini belirlemek açısından kolaylık sağlayacaktır.

Öte yandan, malların evrak üzerinde teslimi yetmez. Malların fiilen de yediemine teslimi gerekir.

Yediemine, yedieminliğin hukuki ve cezai sonuçlarının anlatılması şart değildir. Bir başka deyişle, bu konudaki eksiklik, yedieminlik sıfatının oluşmasını ve yedieminin hukuki ve cezai sorumluluğunu etkilemez[572].

Ayrıca, Yargıtay kararlarında, Orman Kanunu m. 84 uyarınca yapılan yediemine tevdi hallerinde, yapılacak teslimatın, yedieminin muhafaza imkanına sahip olacağı yerde yapılması gerektiği, aksi halde, teslimin

---

[571] "Orman muhafaza memurunun kaçak orman emvalini yedieminin muhafaza edebileceği bir yerde teslim etmesi gerektiği gözetilmeden, hükümlülüğüne karar verilmesi" (Yarg. 4. CD. 2.5.1989, 2998/3554 – GÖKCAN, s. 150).

[572] "Cezai ve hukuki sorumluluğun yediemine hatırlatılmamasının, suçun oluşmasını engellemeyeceği gözetilmeden sanığın beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 4. CD. 28.02.1995, 799/1671; GÖKCAN, s. 122); "6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki Yasanın 84. maddesi uyarınca haciz kararı alınıp alınmadığının araştırılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, cezai ve hukuki sorumlulukların yediemine hatırlatılmamasının suçun oluşmasını engellemeyeceği gözetilmeden, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 24.06.1997, 6031/5716; GÖKCAN, s. 122).

geçerli olmadığına karar verildiği görülmektedir[573]. Orman Kanununda böyle bir zorunluluk olmaması nedeniyle böyle bir şartın aranması hukuki olmadığı ve yediemin, malın teslimini kabul ettikten sonra, nerede teslimin yapıldığının önemli bulunmadığı düşünülebilir ise de, kanaatimizce, yedieminlik görevini kabul zorunluluğunun var olduğu hallerde, bu koşulun aranması gereklidir. Aynı şekilde, diğer zorunlu yedieminlik hallerinde de, koşullarına göre aynı şartın aranmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

§ 9) YEDİEMİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE HAKLARI

A) YEDİEMİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I) MALI MUHAFAZA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir malın yediemine tesliminin amacı, o malın, belirli bir süre içinde, mevcut durumu ile korunmasına yöneliktir. Belirli bir süre ile mevcut durumu korunması istenen mal, aynı münazaalı bir mal olabileceği gibi, üzerine haciz konulan veya bir suça konu olan yahut bir suçta kullanılan mal da olabilir. Görüldüğü gibi tüm bu hallerde amaç, söz konusu geçici durum sona erene kadar malın mevcut halinin korunmasıdır. Bir başka deyişle, malın aynı münazaalı ise, yapılacak muhakeme sonucunda malın kime ait olduğunun tespiti halinde, davayı kazanan kişinin, hakkını elde edebilmesi için, söz konusu malın, yargılama sonucuna kadar mevcut durumunun muhafazası gereklidir. Haczedilen malın ise, haczedilmesi ile satılması arasında geçecek süre boyunca, malın mevcut durumu ile muhafazası gerekli olup, işte bu muhafaza yediemin tarafından sağlanacaktır. Suça konu olan veya suç aleti niteliği taşıyan malların da, yargılama sona erip, sahiplerine teslim edilinceye veya zoralıma tabi tutuluncaya kadar mevcut durumlarının korunması temin edilmelidir.

[573] "Orman muhafaza memurunun kaçak orman emvalini yedieminin muhafaza edebileceği bir yerde teslim etmeleri gerektiği gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi" (Yarg. 4. CD. 02.05.1989, 2998/3554; GÖKCAN, s. 150).

İşte bu mevcut durumu ile muhafaza görevi yediemine verilmektedir. Dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu malların mevcut durumu ile muhafazasıdır. Bir başka deyişle, yedieminin malı daha iyi hale getirmek görevi yoktur. Hatta böyle bir davranış içinde bulunmaması gerekir. Zira aksi halde, malın daha iyi hale getirilmesi için yapmış olduğu masrafları alamayabilir. Malın daha iyi hale getirilmesi durumunda, örneğin, haciz halinde malın daha iyi hale getirilmesi, daha yüksek fiyatla satımı sağlayacağı için herhangi bir sorun çıkmayacağı düşünülebilir ise de, söz konusu iyileştirme masrafını vermek istemeyen mal sahibi veya malın iyileşmesine karşı borca yetmemesi nedeniyle hala alacağının bir kısmını alamayan alacaklıya karşı böyle bir masraf talebinde bulunmak imkanı söz konusu olamayacaktır. Böyle bir durumda diğer şartları da var ise, vekaletsiz işgörme hükümlerine dayanılabilecektir.

Öte yandan, söz konusu iyileştirme çabaları sırasında, malın zarar görmesi halinde ise, iyileştirme çabasında olan kişinin iyiniyeti sonuca etkili olmayacaktır. Bu durumda, ceza davası açısından kastın yokluğundan söz edilebilir ise de, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçunun taksirli halinin de mevcut olması nedeniyle, yediemin yine de cezai bir yaptırımla karşı karşıya kalabilecektir. Hukuki sorumluluk açısından da, böyle bir durumda, kişinin iyiniyetli olması, onu tazminat sorumluluğundan kurtarmayacaktır. Zira buradaki iyiniyet, malın iyileştirilmesi yönündeki iyiniyet olup, yediemin malın kendisine ait olmadığını bilmektedir.

Bu itibarla, yedieminden beklenen sadece, malın mevcut durumunu korumasıdır.

II) MALI ÖZENLE MUHAFAZA VE GEREKTİĞİNDE ÖZENLE YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yedieminin malı, mevcut durumu ile muhafaza ederken, göstermesi gereken özenin ne olduğunun da saptanması gerekmektedir. Zira yedieminin bu özen borcuna aykırı davranışı onun kusurunu oluşturacaktır.

Yediemin görevini yaparken göstermesi gereken özenin ölçüsü hususunda kanunlarda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ortada akdi bir ilişki bulunmadığı için bu konuda, vedia akdine ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkün değildir.

Ancak, kanaatimizce, yedieminin göstermesi gereken özen derecesinin saptanmasında gerekli ölçütlerden tamamen yoksun olunduğu da söylenemez.

Yukarıda belirtildiği gibi[574] yedieminin eylem ve işlemleri ile vermiş olduğu zararlar, ortada bir akdi ilişki bulunmadığı ve yediemin kendisine kanuni bir görev tevdi edilen kişi olduğu için öncelik ile bu konuda konulmuş kanuni hükümler var ise ona göre saptanmak gerekecektir. Öte yandan Kanunda ayrıca düzenlenmeyen haller için haksız fiil hükümleri uygulanacağından yedieminlerin sorumluluğu hakkında da haksız fiillerle ilgili hükümler uygulanacaktır[575].

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu m. 41, I'e göre, "gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararı tazmine mecburudur". Anılan maddede geçen, "kasıt", "ihmal", teseyyüb" ve "tedbirsizlik" kelimelerinin hepsi, failin kusurunu ifade etmektedir. Kusur ise, bir hareket tarzının hukuk düzeni

[574] Bkz. yukarıda, § 2 C.
[575] Benzeri bir yorum tarzı, vesayet organlarının ve bu arada kayyımların hukuki sorumluluğu için ÖZTAN tarafından yapılmıştır, bkz. ÖZTAN, s. 699.

tarafından onaylanmadığının, hoş karşılanmadığının ifadesidir. Kusur sözü ile, bir hukuk düzeninde, bir hareket tarzının, belirli şartlar altında fertlerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmadığı anlatılmak istenir. Bir başka deyişle kusur, ortalama hareket tarzından sapmayı ifade eder[576].

Kusur, genellikle, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Kasıt, failin hukuka aykırı sonucu önceden görmesi ve bu sonucu istemesidir[577]. BK m. 41, I'de yer alan, "teseyyüb" ve "tedbirsizlik" ifadeleri ise, ihmal kavramı içinde yer alır. İhmal, failin hukuka aykırı neticeyi istememekle beraber, bu neticeyi önlemek için, koşulların gerektirdiği dikkat ve ihtimamı göstermemesidir[578]. Burada failin iradesi hukuka aykırı neticeye yönelmemekte, söz konusu netice istenmemekte, fakat, içinde bulunulan koşulların gerektirdiği dikkat ve ihtimam gösterilmemek suretiyle normal tipten sapılmakta; böylece hukuk düzeni bu hareket tarzını onaylamamakta ve hoş görmemektedir.

Bu noktada sorun, "koşulların gerektirdiği dikkat ve ihtimamın" nasıl saptanacağında yatmaktadır. Bir başka deyişle, "koşulların gerektirdiği dikkat ve ihtimamın" ölçütü nedir? Sübjektif bir ölçüt kabul edilecek olursa, failin, şahsi vasıfları[579] itibariyle, hukuka aykırı neticeyi öngörüp öngöremeyeceğine bakılacak ve fail şahsi vasıfları itibariyle, hukuka aykırı neticeyi öngörüp, önleyemeyecek durumda ise, ihmali yoktur denecektir[580]. Bugün hakim görüş olan objektif teoriye göre ise, ihmalin saptanmasında, failin şahsi vasıfları dikkate alınmamakta, koşulların gerektirdiği dikkat ve ihtimamın gösterilip gösterilmediği, esas alınan objektif bir tipe göre saptanmaktadır[581]. İşte bu objektif, soyut tip, dikkatli

[576] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 46.
[577] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 46.
[578] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 48.
[579] Şahsi vasıfla belirtilmek istenen kişinin, bilgisi, irade ve zeka kudreti, kabiliyeti, tecrübesi gibi özellikleridir.
[580] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 50; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 59.
[581] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 51; GÜMÜŞ, s. 60.

ve makul insandır[582]. TANDOĞAN, bu hususu şöyle açıklamaktadır: "Objektifleştirilmiş ihmal mefhumunda vasatî bir ölçü caridir. Aynı şartlar altında herkesten aynı hareket tarzı beklenir. Herkes mesleğine ve hayat seviyesine göre, normal ve vasatî bilgi ve ehliyeti haiz olmak mecburiyetindedir. Bu suretle bir şoför müdebbir bir şoförden, bir tabip, müdebbir bir tabipten beklenecek hareket tarzını göstermelidir"[583].

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ihmalin tespitinde, bir başka deyişle gösterilmesi gereken özenin tespitinde objektif bir ölçüt kullanılması, bu ölçütün, bütün insanlar ve bütün haller için aynı olacağı anlamına gelmez. Gösterilmesi gereken özen, somut olayın meydana geldiği şartlar dikkate alınarak, tespit olunmalıdır[584]. Bu itibarla, özen yükümlüsünün, yaşı, cinsiyeti, mesleki bilgisi gibi hususlar dikkate alınarak, değerlendirme yapılması gerekmektedir[585].

Bu itibarla, yedieminin de, muhafaza görevini yerine getirirken, makul ve tedbirli bir kişi gibi davranması beklenecektir. Ancak bu ortalama kişi davranışı veya hareket tarzı, yedieminin, mesleki durumu, eğitimi, yaşı ve cinsiyeti gibi hususlar dikkate alınarak değerlendirilecektir. Normal tipten sapma buna göre tespit olunacaktır.

Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay, yediemine bırakılan bir traktörün, suyunun boşaltılmaması veya antifriz konmaması nedeniyle, kışın motor suyunun donması sonucu motor bloğunun çatlaması olayında, "Traktör, bakım konusunda herhangi bir

[582] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 51; Bu tipe, Roma Hukukunda "bonus pater familias" denilmekteydi [bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 51].
[583] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 52.
[584] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 53.
[585] DESCHENAUX, Henri / TERCIER, Pierre (Çev. ÖZDEMİR, Salim), Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 54; TANDOĞAN, s. 53; "... bir çocuktan umumiyetle daha az kabiliyet, bir kadından daha az maddi kuvvet beklemek lazımdır. ... Bir meslek ne derece ihtisası icap ettiriyorsa, gösterilecek ihtimam derecesi de o nisbette yüksek olmalıdır; bilgisizliği veya beceriksizliği yüzünden bu derece ihtimam göstermeyen meslek mensubu sorumludur" (bkz. TANDOĞAN, s. 53); "...Fakat aynı düzeydeki kişiler için ortalama özen ölçütü vardır (Örnek: 10 yaşındaki bir bisikletliden, ergin bir kişi kadar özen göstermesi beklenemez. Fakat, 10 yaşındaki tüm bisikletlilerden aynı ölçüde özen göstermesi beklenir)" (bkz. DESCHENAUX/TERCIER, s. 54).

tembih yapılmadan çiftçi davalıya güvenilir kişi olarak (sırf geniş bahçesinden park yeri olarak yararlanmak amacıyla) 15.2.1985 günü bırakılmış, 12.3.1985'te geri alınmıştır. Bu arada suyun boşatılmaması ya da antifriz konmamış olması yüzünden motor bloğunun çatladığı anlaşılmıştır. - Şubat ayı ortasına gelinceye kadar bu tür önlemi almayanlar, davalının bahçesine traktörü bıraktıktan sonra suyunu boşaltmayanlar, bakımından anlayan kişileri yediemin tayin etmeyenlerin kusurlu bulunacağı konusunda mahkemece değerlendirme yapılmadan, davalının beklenenden daha çok özen borcuyla yükümlü olacağı gibi bir varsayımla onun sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirir"[586] şeklinde karar vermiştir. Burada Yargıtay, yedieminin beklenenden daha çok özen borcu ile sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir. Yediemin bir çiftçidir ve kendisinin yediemin tayin edilme sebebi, geniş bahçesinden yararlanmaktır. Yargıtay burada, yediemin çiftçiden müdebbir bir şoför gibi davranmasını beklememiş ve çiftçiyi kendi mesleki bilgisi içinde değerlendirmiştir. Biz de Yargıtay'ın bu kararına katılıyoruz. Ancak burada, traktör bakımından anlamayan çiftçinin, neden bu durumu belirtip yediemin olmak istemediğini söylemediği sorulabilir ve bu nedenle sorumlu olması gerektiği ifade edilebilir. Doğal olarak, şayet çiftçi traktör bakımından anlamadığını ve bu işin özel bir bakım gerektirdiğini biliyor ise, böyle bir eleştiri doğru olacak; hatta bu takdirde, yediemin seçiminde yeterli özeni göstermeyenin kusuru, çiftçinin kusurunu ortadan kaldırmayacak, sadece kusur oranına göre onu da müteselsil sorumlu kılacak ve ancak traktörün sahibi kişinin kusuru varsa, onun kusuru şartlarına göre müterafik kusur sayılacak ve olayın özelliğine göre, yedieminin kusurunu azaltacak veya ortadan kaldıracaktı. Ancak, kararın metninin yazılış şekli, çiftçinin traktör bakımından hiç anlamadığı intibaını oluşturmaktadır. Bu halde ise, TANDOĞAN'ın belirttiği gibi, "Eğer fail icra edeceği faaliyet için gerekli bilgi, kabiliyet ve kuvvete sahip olmadığını biliyorsa, bu işe girişmekle ihmali surette hareket etmiştir. Ancak kusuru daima bir irade zaafı olarak görmek isteyenlerin bu tevil tarzı meseleyi

[586] Yarg. 4. HD 4.4.1988, 10645/3340 [bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 185; anılan karar metni için bkz. yukarıda, § 8, A, III].

tamamen halletmez ve şu sualleri cevaplandıramaz: Fail, kabiliyeti ve bilgisi olmadığını bilemeyecek durumda ise ne olacaktır? Niçin bu noksanlarını bilmesi lazımdır?"[587].

Burada yedieminlik görevini kabul zorunluluğu olan kişiler açısından, malı özenle saklama görevi ve özellikle, malın nasıl saklanacağını bilmemesi halinde, yediemini sorumlu tutmanın nasıl söz konusu olabileceği düşünülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, yedieminin malı bizzat saklama zorunluluğu yoktur. Şayet kendisinin malı saklamak konusunda bir yetersizliğinin bulunduğunu düşünüyor ise, dışardan bu konuda yardım alabilir. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur[588].

Daha önce belirtildiği gibi, yedieminin aslen tevdi edilen malların muhafaza ile yükümlüdür. Kendisine tevdi edilen görevin niteliğine göre muhafaza amacı ile sınırlı olarak anılan malları yönetme yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Bu durumda da aynı şekilde, makul ve tedbirli bir kişi gibi hareket edecektir. Yedieminin muhafaza amacı ile sınırlı olarak yönetim ile yükümlü olması da, kanaatimizce, özen yükümlülüğünün tespiti açısından önem taşır. Yönetim ile yükümlü olan bir yediemin, kuşkusuz, yaşı, tecrübesi ve mesleğine göre müdebbir bir müdür gibi hareket etmek ve o şekilde malları yönetmek zorundadır. Ancak, asıl amaç malların muhafazasıdır ve böyle bir yedieminden, örneğin, şayet bir anonim şirketin hisse senetlerini yediemin olarak saklıyor ise ve buna bağlı olarak bir yönetim gerekliliği ortaya çıkıyor ise (örneğin, genel kurulda oy kullanma gibi), ne yapması gerekecektir?

Kendisinden beklenen malın (hisse senetlerinin) mevcut hali ile muhafazasıdır. Bu itibarla, geleceğe yönelik olarak, şirketin, örneğin,

[587] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 53.
[588] "Yediemin sanığın hacizli malı bir ardiyede saklamasının koruma görevine aykırı bir davranış olarak nitelendirilemeyeceği ve kendisinden habersiz ardiye sahibi tarafından kullanılmasından ibaret eylemde, suç öğeleri oluşmadığı gözetilmeden (TCK.m. 276/1-son maddesiyle) hükümlülük kararı verilmesi, bozmayı gerektirir" [Yarg. 4. CD. 7.10.1992, 5453/6087; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 232].

yönetim kurulu üyelerini değiştirmesi veya kar dağıtım kararı alması ya da kar dağıtmama kararı alması yönünde karar almak üzere oy kullanması özen yükümlülüğüne uymayacaktır. Görevi dikkate alındığında bu tür işlemlere girişmemesi daha uygun olacaktır. Bu halde kendisini atayan makama durumu anlatıp izin alması gerektiğini düşünüyoruz. Zira görevi muhafazadır.

Öte yandan, ufak tefek tamirat işleri veya malın korunması için şartların gerektirdiği diğer işleri yapması ve bu anlamda bir yönetim ve/veya işletme işine girişmesi olayın özelliğine göre, kendisinden beklenen muhafaza görevi içinde kabul edilebilecek ve böyle bir harekette bulunmaması özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilebilecektir (örneğin, yediemini bulunduğu bir hayvanın hastalanması halinde, derhal veterinere götürülmemesi gibi).

Yedieminin muhafaza görevi, onun tevdi edilen malı şahsi amaçlar ile kullanmamasını da gerektirir. Doğal olarak, muhafaza amacı gerektiriyor ise bazı işlemleri yapması gerekebilir. Örneğin, kendisine yediemin olarak bırakılan bir ineği sağması veya bir atı yahut köpeği dolaştırması ya da bir otomobili arada bir çalıştırması gerekebilir[589].

Ancak bu işlemlerin hep muhafaza amacına uygun olarak yapılması gerekir. Aksine bir işlem yedieminin sorumluluğunu ağırlaştıracaktır. Örneğin, yedieminin kendisine yediemin olarak bırakılan bir otomobil ile dolaşması halinde, salt bu dolaşma işi veya kendisine yediemin olarak bırakılan bir elmas kolyeyi[590] bir davette takması, salt bu takma işlemi nedeniyle yedieminin hukuki sorumluluğunu doğurmaz. Zira, haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğun doğması için zararın doğması gerekir. Bir elmas kolyenin salt takılmış olması herhangi bir zarar doğurmaz veya bir otomobilin salt kullanılmış olması, aşırı olmamak şartı ile bir otomobilin

[589] Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda, § 5, A, I, 2, d, ee.
[590] Elmas gibi kıymetli eşyaların İİK m. 88, I uyarınca yediemine bırakılmaması, icra müdürlüğü tarafından İİK m. 9 hükümlerine uygun olarak muhafaza edilmesi gerekir.

değerini düşürecek kadar yıpranmasına yol açmaz ve bu nedenle de bir zarar doğmaz veya doğan zarar çok küçük olacağı[591] için herhangi bir davaya yol açmaz[592].

Öte yandan böyle bir işlemin çok önemli başka sonuçları olabilecektir. Normal şartlarda, şartların gerektirdiği koruma önlemleri alınarak, muhafaza edilen malların, yedieminin kusurlu bir hareketi olmadan zarara uğraması veya örneğin bir hırsızlık sonucu çalınması halinde, yedieminin herhangi bir sorumluluğunun bulunmaması gerekmektedir. Zira ondan beklenen, makul ve tedbirli bir insan gibi malı muhafaza etmesidir.

Ancak, malı, muhafaza amaçları dışında kullanan bir yediemin, yukarıda belirtildiği gibi, saklaması gereken bir elmas kolyeyi bir davette takması ve o davette kolyenin çalınması halinde, sorumluluktan kurtulamayabilecektir. Zira, anılan davette kolyenin çalınmasında, yedieminini bir kusuru bulunmamakla beraber, kendisine saklaması için verilen kolyeyi takarak davete gelen yedieminin, bu eylemi özen görevinin ihlali niteliğindedir ve kanaatimizce yedieminin hukuki sorumluluğunu gerektirir.

Ayrıca hemen belirtmek gerekir ki, yedieminin saklaması için kendisine tevdi edilen bir malı salt kullanması zararın doğmaması halinde, eski 765 sayılı TCK döneminde, anılan Kanun m. 276 vd. gereği herhangi bir cezai sorumluluğuna yol açmıyor[593] olmakla beraber, 5237 sayılı TCK m. 289

---

[591] Örneğin, yediemin tarafından 40-50 Km. kullanılmış bir otomobilin değerinde bu sebeple yaratılacak düşme, belki de saptanamaz boyutlarda olacaktır.

[592] Ancak, yedieminin bu tür hareketleri, güvenilirliği hakkında şüphe uyandırabilecek ve taraflardan birinin ya da ikisinin de itirazına yol açabilecek ya da atamaya yetkili makam re'sen bu hareketi bir güvensizlik nedeni olarak kabul edebilecektir (bkz. yukarıda, § 8, A, IV). Öte yandan bu durum zaten, 5237 sayılı TCK m. 289 gereği, yedieminin cezai sorumluluğuna da yol açabilecektir [bkz. aşağıda, dn(593) civarı].

[593] "Sanığın yediemin olarak kendisine teslim edilen otomobili kullanmaktan ibaret olan eyleminin, madde metninde sayılan davranış ögelerinden hangisine uyduğu belirtilmeden TCY'nin 276. maddesiyle hükümlendirilmesi" (Yarg. 4. CD. 20.05.1997, 3874/4121; GÖKCAN, s. 134); "Sanığın kendisine yediemin edilen motosikleti gezip geri getirmesi için kısa süreyle başkasına vermekten ibaret eyleminin, koruma görevine aykırı bir davranış olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle yedieminliği kötüye kullanma suçunun ögelerinin oluşmadığı gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 29.01.1991, 7120/372; GÖKCAN, s. 134).

anlamında, mal üzerinde "teslim amacı dışında tasarrufta" bulunulması suç teşkil ettiğinden; malın salt kullanımı dahi yedieminin cezai sorumluluğuna yol açabilecektir.

III) MALI İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir malı, verilen ihtiyati tedbir kararı sonucu yediemin sıfatı ile elinde bulunduran kişi için iade yükümlülüğü, ihtiyati tedbir kararının kalkması ile doğar. İhtiyati tedbir kararının kalkması ya gıyabında ihtiyati tedbir kararı verilen karşı tarafın itirazı üzerine mahkemenin kararı ile veya karşı tarafın şartlara göre teminat göstererek veya göstermeksizin talebiyle icap ve vaziyete göre mahkemece uygun görülmesi üzerine mahkeme kararı ile yahut ihtiyati tedbir dava açılmadan önce verilmiş ve ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde dava açılmamış ise kendiliğinden yahutta aksi belirtilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi üzerine kendiliğinden kalkar (HUMK m. 112).

Yediemin, malı, ihtiyati tedbiri kaldıran kararda belirtilen veya esas hakkındaki davayı kazanan kişiye teslim edecektir. Yediemin malı rıza ile teslime yanaşmaz ise, bu takdirde, İİK m. 358 uygulanamaz. Zira bu hüküm, İİK'nun uygulanması sonucunda yapılan hacizlerde tatbik imkanına sahiptir. Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır[594]. İhtiyati tedbir kararının uygulanmasının HUMK m. 106 uyarınca, icra müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmiş olması da durumu değiştirmez; çünkü, bu halde de, icra müdürü bu sıfatı ile değil, infaz müdürü sıfatı ile hareket etmiştir[595].

---

[594] "...İİK.nun 358. maddesi icraca haczolunup yediemine bırakılan malların iade edilmemesi hallerinde yapılacak işlemle ilgili olup tedbir kararının infazı ile ilgili memur tarafından yediemine teslim olunan malların iade edilmemesi halinde uygulanacak hüküm değildir. Dolayısıyla bu kabil ihtilafların inceleme mercii, icra tetkik olmadığından işin esasının incelenmesinin isabetsiz olduğuna" (12. HD. 12.11.1981, 6441/8232- Talih UYAR, İcra Hukukunda Yetki-Görev, (s.141 no:22); ayrıca aynı yönde, İİD. 2.3.1956, 1082/1181 (bkz. YILMAZ, Orhan, İhtiyati Tedbirler, Konya, s. 162-163).

[595] "İhtiyati tedbir kararının icrası mahkeme başkatibi ve katiplerinden biri değil de icra dairesince yapılmış olsa bile uygulamayla ilgili ittihaz ve şikayetlerin incelenmesi o kararı

Yedieminin ihtiyati tedbir kararı kalkmış olmasına rağmen malı teslim etmemesi halinde yapılacak işlem, Yargıtay kararlarına göre, hem borçluya hem de yediemine karşı icra takibi yapılması gerektiği yönündedir[596]. Buna göre, yediemin her ne kadar üçüncü kişi ise de, esas hakkındaki kararın yediemine de sari olduğu düşünülmektedir.

Kanaatimizce, böyle bir düşünceye katılmak olanağı yoktur. Zira kararda da açıklandığı üzere, yediemin üçüncü kişidir ve kararın taraflarından değildir.

Kanaatimizce, bu halde, yediemine karşı dava açılması ve esasa davaya ilişkin dosya ve karar delil gösterilmesi, davanın kazanılmasını müteakip, gönderilecek olan icra emri ile yedieminden malın istenmesi gerekir. Bu itibarla, Yargıtay kararına katılmak hukuken mümkün olmamakla beraber, pratik bir uygulama olduğunu söylenebilecektir. Ancak, bu uygulamanın bazı sakıncaları da mevcuttur. Örneğin, yedieminin, kendisine teslim edilen mal ile ilgili olarak yaptığı masrafların kendisine ödenmediği yönünde bir iddiası var ise[597], bu durum yargılamayı gerektirmektedir[598]. Oysa, esas davadaki hükümle beraber, yediemine de icra emri gönderilir ise, bu icra emrini yedieminin durdurması hukuken mümkün değildir. Zira bir icra emri üzerine, icranın geri bırakılması şartları, İİK m. 33 ve 33a'da belirtilmiştir. Bu şartlar, borcun zamanaşımına uğraması, itfa edilmiş

---

veren mahkemece yapılmalıdır" (4. HD. 4.3.1963 10857/5792- ÖZKAN, Hasan, Açıklamalı İçtihatlı İhtiyati Tedbir Delil Tespiti ve İhtiyati Haciz İle Kamu Alacağının Tahsili Halinde İhtiyati Haciz, Ankara1997, s. 242).

[596] "İcraya konulan ilamda esas itibariyle mahkumunaleyh borçlu ise de mahkumunbih malların yediemin sıfatıyla üçüncü şahsa da muzaf olması itibariyle hadisede hem asıl borçlu ve hem de yediemine icra emri tebliği suretiyle ilam hükmünün infazı lazım geldiğinden kararın tasdikine" [İİD. 27.2.1953, 1012/1258-YILMAZ (İhtiyati Tedbirler), s. 161].

[597] Bkz. aşağıda, § 9, B, IV.

[598] Nitekim Yargıtay bir kararında aynen şöyle demektedir : "Dava konusu eşyalar arasında bulunan hayvanın iaşesi için masraf yapıldığını ve davacının bu masrafları vermediğinden dava konusu eşyaları iade etmediğini beyan eylemesi ve bu vaziyette davalının kendisine yediemin olarak teslim edilen hayvan üzerinde hapis hakkı bulunmasına mebni bu cihet gözönünde tutularak davalının bu savunmasının tahkik olunması tahakkuku halinde davanın reddi iktiza ederken bu cihetten zuhul edilmesinin yolsuz olduğuna" [3. HD. 14.10.1964, 954/7669 – YILMAZ (İhtiyati Tedbirler), s. 162].

olması veya ertelenmiş olmasıdır. İtfa edilmiş olma teriminin geniş yorumlanması gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Buna göre, itfa kavramına, ödeme, hibe, ibra, her çeşit af, terkin ve takas gibi borcun son bulması sebeplerinin gireceği kabul edilmektedir[599]. Buna göre, yedieminlik ücretinin veya yaptığı masrafların kendisine ödenmediğini ileri sürerek, malı teslim etmek istemeyen yedieminin bu iddialarını, itfa kapsamında bulunduğu değerlendirilebilir. Ancak, icranın geri bırakılmasının söz konusu itfa talebine dayanabilmesi için itfanın, hükmün verildiği tarihten sonraki bir tarihe dayanmış olması gerekir[600]; oysa, buradaki itfa, genellikle hükümden önceki bir tarihe ilişkin olacaktır ve bu itibarla, icranın bırakılması talebi kabul edilmeyecektir.

Bu itibarla, hem hukuken yedieminin esas davanın tarafı olmaması hem de ilk anda yarattığı intibaya rağmen pratik sonuçlar doğurmaması nedeniyle, esasa ilişkin hükme dayanarak yediemine de icra emri gönderilmesi uygulamasını tasvip etmek olanağı bulunmamaktadır.

Ancak, bu noktada, bir hususu belirtmek gerektiğini düşünüyoruz. YILMAZ'ın haklı olarak belirttiği üzere[601], olması gereken hukuk açısından, İİK m. 358'in, ihtiyati tedbir kararlarında, yedieminin sorumluluğu bakımından da uygulanması uygun olacaktır. Böylece, davayı kazanan kişi, yukarıda belirtilen icra takibi veya dava açılmak gibi hususlarla uğraşmayacaktır ve yukarıda belirtilen Yargıtay kararında gösterilen ve kanaatimizce hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan yollara yönelmek de gerekmeyecektir.

Haczedilen malların muhafazası amacıyla yediemin tayin edilen kişinin malı iade yükümlülüğü icra dairesi tarafından kendisinden bu malın usulüne uygun olarak istendiği anda doğar (İİK m. 358, I). Bu takdirde yediemin malı teslim etmek zorundadır.

---

[599] KURU (El kitabı), s.808.
[600] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 443, dn.(1).
[601] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 209.

Diğer yedieminliklerde de, yedieminin malı iade yükümlülüğü malın kendisinden usulüne uygun olarak istendiğinde doğar.

Öte yandan, yediemin kendisine tevdi edilen malı aldığı gibi iade etmekle yükümlü olmakla beraber, malda elinde iken oluşan fazlalıkları, yani malın hukuki ve doğal semerelerini de, kanaatimizce, iade etmek zorundadır[602].

Yedieminin kendisine tevdi edilen mal üzerindeki hapis hakkı ve ücret alacağı ile bunun malı iade yükümlülüğü üzerindeki etkileri ileride "ücret hakkı" bölümünde inceleneceğinden burada ayrıca incelenmemiştir.

IV) MALI DIŞARIDAN GELEN SALDIRILARA KARŞI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yediemin malı muhafaza görevinin sonucu olarak, malı dışarıdan gelen saldırılara karşı korumak yükümlülüğündedir. Bu konuda göstereceği ihmal kendisinin, hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açabilecektir.

Öte yandan, yediemin, ceza hukuku anlamında kamu görevlisi (5237 sayılı Kanun m. 6) olduğundan, kendisine karşı işlenen suçlar, ayrı bir suç teşkil etmiyor ise (örneğin, 5237 sayılı TCK m. 290, II), kamu görevlilerine karşı işlenen suç niteliğini taşıyacak ve fail ona göre cezalandırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, yediemin, kendisine teslim edilen malın zilyedidir. Yedieminin zilyetliği kanunen yetkili kılınan bir kişi tarafından kendisine verilen bir göreve dayanmaktadır. Yani, yedieminin zilyetliği, kanundan doğmaktadır[603] ve yediemin bu itibarla fer'i zilyettir[604]. Asli zilyet,

---

[602] Krş. BK m. 466, I.

[603] Bazı fer'i zilyetlik hallerinin kanundan doğduğu ve vasinin zilyetliğinin TMK m. 413'den ve kayyımın fer'i zilyetliğinin ise TMK m. 427'den doğduğu hakkında bkz. CANSEL, Erol, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, s. 50.

[604] Yediemin bir zilyetlik yardımcısı değildir. O, zilyetliğini, kendisiyle sosyal bir bağlılık halinde bulunduğu bir diğer kişi adına icra etmez (Zilyetlik yardımcısının, zilyet olmadığı,

şeyin mülkiyet hakkına sahip olan maliktir[605]. Yediemin fer'i ve dolaysız zilyet olduğu için, kanaatimizce, zilyetliğin korunması yollarından yararlanabilmelidir[606].

V) YEDİEMİNİN KENDİSİNİ ATAYAN MAKAMIN TALİMATLARINA UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yedieminin malı muhafaza görevi ve yükümlülüğü, kanunen yetkili kılınan makamın kendisini ataması sonucu oluşmuştur ve yedieminlik görevi devam ettiği sürece anılan yükümlülüğü de devam edecektir.

Ancak, bu yükümlülüğü yetkili makamın kararından doğduğu için, yediemin, yetkili makamın talimatlarına uymak zorundadır. Bu talimatlara uymaması, cezai sorumluluğu ve/veya hukuki sorumluluğunu doğurabilir (örneğin, malın iadesi konusundaki talimata uymaması veya örneğin, malı

---

onun şey üzerindeki hakimiyetinin, kendisiyle sosyal bir bağlılık halinde bulunduğu bir diğeri adına icra ettiği hakkında bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 87). "Ayırımın esasını, zilyet yardımcısının fiili hakimiyetin ne tarzda icra edileceğine karar verme yetkisinin bulunmaması, elindeki malı kullanma tarzının zilyedin talimatına bağlı olması teşkil etmektedir; zilyet, zilyet yardımcısına her an malı kullanma tarzı hususunda talimat verme yetkisini haizdir" (OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 67, dn(39a)). Bu noktada, yedieminin zilyet yardımcısı olduğu, fer'i zilyedin mala el koymak yönünde bir kanun hükmüne dayanan yetkili makam olduğu düşünülebilir. Hatta bu görüşü desteklemek için, İİK m. 88, I dışında kalan taşınır mallarda, malın yediemine teslimi için alacaklının rızasına ihtiyaç olmadığı, onun gerekli masrafı yatırmamasının sadece, bu sebeple malın yediemine teslim edilmemesi nedeniyle doğacak zarara katlanması olduğu ifade edilebilir. Bir başka deyişle, malı muhafaza altına alma görev ve yetkisinin yetkili makamda olduğu bu itibarla da fer'i zilyedin bu kişi olduğu, onun verdiği görev ile zilyet olan yedieminin ise zilyet yardımcısı olduğu sonucuna varılabilir. Ancak, kanaatimizce, yediemin bir zilyet yardımcısı değildir; çünkü, yediemin malın muhafazası için gerekli olan her şeyi yapmak konusunda yetkili ve hatta görevlidir. Zilyetliğine yönelik tecavüzleri defetmek yetki ve görevi vardır. Atamaya yetkili olan makamın talimatlarına uymak zorundadır; ancak bu mecburiyet, görevinin kapsamı ve süresi açısındandır. Yoksa görevi kapsamı içinde gerekli olan işlemleri yapmak yetki ve görevine sahiptir; Nitekim, SİRMEN, zilyet yardımcısının, eşyayı fiili hakimiyet altında bulundurma konusunda ne ayni ne de şahsi bir hakkı olmadığını haklı olarak ifade etmektedir (bkz. SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 1995, s. 52).

[605] BİLGE, s. 349; YAVUZ, s. 764; İMRE (Alelade), s. 225; SİRMEN (Eşya), s. 49.

[606] Zilyetliğin korunması yolları, TMK m. 981'de düzenlenen kuvvet kullanma hakkı; m. 982-984'de düzenlenen zilyetlik davaları ve taşınmazlar için, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen zilyetliğin idari yoldan korunmasıdır. Bu konuda daha fazla bilgi için, bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, s. 85-97.

mutlaka belirli bir sıcaklıkta saklaması gerektiği yönündeki talimata uymaması).

B) YEDİEMİNİN HAKLARI

I) ÜCRET VE MASRAFLARINI TALEP ETME HAKKI

Yediemin atama kararı ile birlikte, kararı veren merciin, yedieminlik ücretini belirlemesi normal ve beklenen bir durumdur. Ücret belirlenmesi halinde de yedieminin yapacağı masrafların da bu ücret içinde yer alması gerekecektir. Bir başka deyişle, yedieminlik ücreti, hem yedieminin söz konusu muhafaza işlemi için yapacağı masrafları hem de verdiği hizmetin karşılığı olacaktır. Masrafların ve verdiği hizmetin değerlendirilmesi yapılarak yedieminlik ücreti belirlenecektir.

Ancak, atama kararı sırasında bu ücretin belirlenmemesi halinde, yedieminin talebi üzerine daha sonra belirlenmesi veya yedieminin sonradan düşük bulduğu ücretin artırılmasını talep etmesi üzerine ücretin artırılması mümkündür. Zira yediemin kendisine tevdi edilen bir görevi yerine getirmektedir ve bu nedenle ücret talep etmesi veya az bulduğu ücretin artırılmasını istenmesi doğaldır[607]. Aşağıda yedieminlik ücretini HUMK ve İİK'ya göre atanmış olan yedieminler için ayrı ayrı incelemeye çalışacağız. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yedieminlik görevini kabul zorunluluğu olanlar için ücret söz konusu değildir[608]. Yargıtay kararlarıyla benimsenen uygulama da bu yöndedir[609].

---

[607] Ancak hemen belirtmek gerekir ki, arada bir sözleşme bulunmadığı için BK m 463, II hükmünü burada uygulamak mümkün değildir.

[608] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 194.

[609] "6831 sayılı Orman Kanununun 84 üncü maddesi yakalanan orman malları ile müsadereye tabi eşyanın köylerde köy muhtarlarına veya ihtiyar heyeti üyelerine teslim edileceğini amirdir. Bu hükümle, muhtarlara ve üyelere görevleri dolayısıyla bu ödev yüklenmiştir. Bu madde hükmü, Köy Kanununun muhtar ve üyelere yüklediği diğer zorunlu ödevler niteliğindedir. O halde, diğer ödevler karşılığında ve bunların her biri için (Köy Kanununun 36 ıncı maddesinin 1 ve sonraki bendlerinde verilen ödevler karşılığında) nasıl iş parası alınmıyorsa bu iş için muhtar ayrıca ücret isteyemez. Nitekim,

HUMK m. 101/1 ve/veya m. 103 uyarınca yedieminin atamasını yapan mahkeme, yedieminlik ücretini de atama kararında gösterir ve ücret tedbir isteyen tarafından mahkeme veznesine yatırılır. YILMAZ, mahkemece tayin edilen yediemin ücretinin mahkeme veznesine yatırılmaması halinde, tedbir kararının verilmemesinin daha uygun bir uygulama olacağını haklı olarak ifade etmektedir[610].

Yukarıda belirtildiği gibi, başlangıçta kararlaştırılmamış yediemin ücreti yedieminin talebi üzerine kararlaştırılabileceği gibi, daha önce kararlaştırılmış olan yediemin ücreti de yedieminin talebi üzerine artırılabilir. Bu hususta yetki mahkemeye aittir. Yedieminin hiçbir ücret istememesi de mümkündür. Ancak, yedieminin ücret istememesi onu cezai ve hukuki sorumluluktan kurtarmaz[611]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kendisine teslim olunan malları zimmetine geçiren yediemin, yedieminlik ücreti talep edemez[612].

Tarım Bakanlığı'nca kabul edilen 25.3.1957 günlü Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yedieminlik köy muhtarı için kanunla verilen bir ödev olduğuna göre muhtarlık görevi sona erince öteki ödevler gibi bu ödevin de yeni muhtara usulüne uygun şekilde devri gerekir. Muhtar bu ödevi gereği gibi yapıp yerine gelene tam olarak devir edince idareye karşı olan sorumluluktan kurtulur ve yerine halefi aynı şartlarla sorumlu olur. Görevin bitmesine rağmen eli altındaki malları devir etmeyen muhtar, muhtarlık görevinin sona ermesinden sonra malları devir etmemesinden doğan savsamasına dayanarak bu dönem için ayrıca ücret isteyemez. Çünkü bir taraftan halefe devir yükümlülüğünü yerine getirmemek; diğer yönden kendisine bir dilekte bulunmak bu savsamanın sonuçlarından, savsayanın faydalanması sonucunu doğurur ki, kanun bu durumu himaye etmez. Mahkemenin aksi görüşle ihtar gününden sonra geçen süre için görevi 1961 yılında sona eren davacıya 1964 ihtar tarihinden sonra ücret takdiri anılan esaslara aykırıdır" (Yarg. 4. HD. 28.4.1967, 3048/3722-YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 195).

[610] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 194.

[611] "Yediemin, mahcuzların teslimi sırasında ve sonradan yedieminlik ücreti istememiş olmasına göre, yedieminlik ücreti takdir edilmemiş olması, sorumluluğunu kaldırmayacağı gibi, 16.11.1980 tarihinde müştekinin huzurunda haciz yapılmış olmasına rağmen, 9.1.1981 tarihinde şikayet edildiğine göre, şikayet süresi de geçmiş olduğundan, şikayetin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 16.3.1981, 1106/2576- YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 195).

[612] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 195; Yargıtay kararları da bu yöndedir: "Yediemanetine bırakılan menkulleri zimmetine geçiren yedieminin vazifesini hakkıyla yapıp ücrete istihkak kesbettiği anlaşılamamış olmasına rağmen ve bilhassa teslim edilmeyen mahcuzun mevhum satış tarihi esas tutularak ücret talebinin icra memuru tarafından kabul olunması ve tetkik merciinin de bu işlemi tasvip eylemesi isabetsizdir" (Yarg. İİD. 6.12.1971, 12172/12373- YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 195).

HUMK m. 101/1 ve/veya m. 103'e göre mahkemece atanan yedieminin ücretinin ne kadar olacağı yönünde herhangi bir kanuni düzenleme veya tarife yoktur. Mahkeme bu ücreti kendisi belirleyecektir[613].

Yukarıda HUMK'a göre atanan yediemin için belirtilen hususlar İİK'ya göre haciz nedeniyle atanan yediemin için de geçerlidir. Ancak, yedieminlik ücretinin belirlenmesi hususunda, farklı bir durum vardır.

30.06.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, İİK m. 88, IV, "Adalet Bakanlığı mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garajlar açabilir. Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri bir yönetmelikle gösterilir" hükmünü amirdi[614]. Anılan madde uyarınca, Adalet Bakanlığı tarafından,

---

[613] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 194.

[614] Söz konusu hüküm, 4949 sayılı Kanun ile, "Adalet Bakanlığı, mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garaj açabileceği gibi; Adalet Teşkilatını güçlendirme Vakfına da açtırabilir veya işletme hakkını verebilir" şeklinde değiştirilmiştir. Her ne kadar, 21.07.2004 tarih ve 25529 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5219 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, İİK m. 88, IV hükmü, "Adalet Bakanlığı mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garajlar açabileceği gibi; Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına da açtırabilir veya işletme hakkını verebilir. Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri bir yönetmelikle gösterilir" şeklinde tekrar değiştirilmiş ise de, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, "Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri bir yönetmelikle gösterilir" hükmünün kaldırılması, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin, 5219 sayılı Kanun ile değiştirilmesine kadar geçen süre içerisinde (30.06.2003-21.07.2004), Adalet Bakanlığının söz konusu yönetmeliği çıkarmak konusunda yetkisinin bulunup bulunmadığı yönünden tereddütlere yol açmıştı. Kanaatimizce, Anayasanın 124 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler" hükmü dikkate alındığında ve 4949 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 88, IV'e göre, mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garaj açmak veya Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına açtırmak ya da işletme hakkı vermek yetki ve görevi Adalet Bakanlığına verildiğine göre, söz konusu yönetmeliği çıkarmanın, anılan dönem içerisinde de Adalet Bakanlığının görev alanı içinde olduğu ve anılan yönetmeliğin de bu itibarla anılan dönem içerisinde de yürürlükte bulunduğu sonucuna varmak gerekecektir. Nitekim öğretide, yönetmeliklerin çıkarılabilmesi için, bunun önceden kanunda veya tüzükte açıkça öngörülmüş olmasının şart olmadığı, kamu yönetiminin yönetmelik çıkarma yetkisine kendiliğinden sahip olduğu genel olarak kabul edilmektedir (bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003, s. 105; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara 1993, s. 55). Ancak daha sonra, 5219 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, tekrar "Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri bir

13.7.1987 tarih ve 19516 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren "Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajlarının Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik" çıkarıldı. İİK m. 88, IV ve anılan Yönetmeliğin 28 inci maddesi uyarınca, yine Adalet Bakanlığı tarafından, "Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ" her yıl çıkarılmaktadır[615]. En son çıkarılan Tebliğ, 16.2.2005 tarih ve 25729 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, Tebliğ m. 6 uyarınca 24.2.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve halen yürürlüktedir.

Söz konusu Yönetmelik sadece Adalet Bakanlığı tarafından açılacak olan depo ve garajlar için uygulanacaktır. Yönetmelik m. 28, I/c.1 uyarınca ise, muhafaza ücreti Tebliğ hükümlerine göre alınır.

Bununla beraber, Yargıtay kararları ile Tebliğ'de yer alan tarifenin Adalet Bakanlığına ait olmayan depolar için de kıyasen uygulanacağına hükmedilmiştir[616]. Tebliğ m. 3, I'e göre "...muhafaza ücreti, o malın İcra ve İflas Kanununun 87 nci maddesine göre takdir edilen değeri üzerinden günlük binde bir olarak hesap edilir. Ancak yapılacak hesaplamalarda mahcuz malın hacmi iki metre küpün üzerinde ise belirlenecek ücretlere

---

yönetmelikle gösterilir" hükmünün İİK m. 88, IV'e eklenmesi, kanaatimizce, herhangi bir tereddüttü önlemek açısından isabetli olmuştur. Halen, İİK m. 88, IV'ün, 5219 sayılı Kanun ile değişik şekli yürürlüktedir.

[615] Yönetmelik m. 28, I'e göre, "Muhafaza ücreti Bakanlıkça hazırlanacak ücret tarifesi hükümlerine göre alınır. Bu tarifede gerekli görülen değişiklikler yılda bir yapılır".

[616] "Dava, yedieminlik ücretinin alacaklıya ödetilmesine ilişkindir. Davacı yedieminin; icra kovuşturması sırasında günlük ellibin (50.000.-TL.) ücretle icra müdürünün kendisine eşya teslim ettiğini bildirerek, bu tutar üzerinden 66.000.000. liranın ödetilmesini istemiştir. – Mahkemece, sözleşme değeri üzerinden hesaplanan miktardan peşin ödenen 5.000.000. lira düşülerek davalı 65.850.000 lira ile sorumlu tutulmuştur. – Mahcuz Malların Muhafaza Edileceği Adalet Bakanlığı Depo ve Garajların Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik'in 28. maddesi uyarınca, muhafaza ücreti, Bakanlıkça hazırlanacak Ücret Tarifesi hükümlerine göre alınır. Bu Tarife'deki gerekli görülecek değişiklikler yılda bir yapılır. 24.2.1993 günlü Resmi Gazetede yayınlanan Tarife'nin 3. maddesi uyarınca; muhafaza müddeti hitamında bu tarifenin ikinci maddesi uyarınca hesap edilecek ücret mahcuz malın takdir edilen değerinin %30'unu geçemez. Ancak mahcuz malın takdir edilen değeri 40.000.000 liranın üzerinde ise, 40.000.000 liranın üzerindeki meblağ için hesap edilecek ücret, aşan miktarın %15'ini geçemez.- Haczedilen malın değeri 29.975.000 lira olarak belirlendiğine göre, anılan Tarife'nin kıyasen uygulanarak uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken, mal değerinden çok fazlasıyla sorumlu tutulmuş olması bozma nedenidir" (Yarg. 4. HD. 4.6.1996, 3505/5019; YKD 1996/11 s. 1721-1722).

binde bir oranında ilave yapılabilir"[617]. Öte yandan, Tebliğ m. 4'e göre, "Muhafaza müddeti hitamında bu Tarifenin üçüncü maddesi uyarınca hesap edilecek ücret, mahcuz malın icra ve iflas dairelerince takdir edilen değerinin yüzde otuzunu geçemez. Ancak mahcuz malın takdir edilen değeri üç bin yedi yüz yetmiş Yeni Türk Lirasının üzerinde ise, üç bin yedi yüz yetmiş Yeni Türk Lirasının üzerindeki meblağ için hesap edilecek ücret, aşan miktarın yüzde onbeşini geçemez".

Yedieminlik ücretinin yargılama (takip) giderlerinden olduğu öğreti tarafından haklı olarak ifade edilmektedir[618]. Yedieminlik ücretinin yargılama giderlerinden olduğu hususunun, Yargıtay kararlarında da kabul edildiği görülmektedir[619]. Bu itibarla ve HUMK m. 417, I gereği, davayı kaybeden tarafça ödenir. Yargılama giderlerinden olan ve davayı kaybeden tarafça ödenmesi gereken yedieminlik ücretinin, ihtiyati tedbir olarak verilen yediemine tevdi durumları için de söz konusu olacağı açıktır.

---

[617] Tebliğ m. 3, II, III ve IV'e göre, "Bu yerlerde muhafaza edilen mahcuz motorlu araçlar için maktu olarak;

a) Otobüs ve kamyonlarda 3,80 YTL.,
b) Minibüs, midibüs ve kamyonetlerde 2,80 YTL.;
c) Diğer binek ve yük vasıtalarında 2,10 YTL.,

günlük ücret alınır.

Ancak, altı aydan sonraki muhafaza süresi için bu ücretler ½ oranında uygulanır.
Ücretin hesabında muhafazanın hitam bulduğu gün nazara alınmaz".

[618] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 197.

[619] "Davacı bu dava ile yediemin olarak kendisine teslim edilen koyunların muhafaza gideri olarak Mahkemece takdir olunan 6 aylık ücret toplamı, 12.000 TL.'nin davalıdan alınmasını istemiştir. Mahkemece yedieminlik ücretinin kimin tarafından ödeneceği tespit olunmadığından söz edilerek isteğin reddine karar verilmiştir.-Davalı (K.T.) tarafından mahkemeye müracaat olunarak (E.T.) ile müşterek, miras bırakanlarından intikal eden menkullerin yediemine teslimi ve gayrimenkullerin tedavüllerinin önlenmesine karar verilmesi istenmiş, Mahkemece 16.2.1976 günlü 14/5 sayılı karar ile muristen intikal eden menkullerin tedbir yolu ile yediemine teslimine ve yediemine ayda 2.000 lira ücret takdirine karar verilmiştir. Kararı infaza memur olan zabıt kâtibi (İ.G.) tarafından murise ait olduğu tespit olunan 145 koyunun yediemin davacı (M.T.)'a teslim edildiği anlaşılmıştır. İhtiyat tedbir kararını isteyen davalı Usul'ün 101 ve müteakip maddeleri gereğince teminat göstermeye ve ihtiyati tedbir kararı giderlerine katlanmaya mecburdur.-İhtiyati tedbir giderleri, mahkeme masrafları arasında olup asıl davanın bitiminde haksız çıkacak tarafa yükletilecektir. İhtiyati tedbir kararında menkul malları muhafaza için yediemin olarak verilecek kişiye ayda 2.000 TL. verileceği açıklandığına göre bir kararın alınmasına ve muhafaza işlemi yapılmasına sebep olan davalının yediemine takdir edilen bu ücreti önceden ödemiş ve ödediği bu para için gerektiğinde tedbir kararı alınmasına sebebiyet verenlere müracaat etmesi gerekir. Mahkeme kararına dayanarak hizmet gören yedieminin kararda ücretin kim tarafından ödeneceğinin belirtilmediğinden söz edilerek bu hizmetin karşılıksız bırakılmasının düşünülmesi mümkün değildir. Bu hususlar gözetilmeksizin davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir" (Yarg. 4. HD. 6.6.1979, 3449/7513; Yasa Hukuk Dergisi 1980/10 s. 1439).

Bu durumda, yedieminin ücretini talep edeceği merci, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemedir. Normal şartlarda, mahkeme, ihtiyati tedbir kararını verirken yediemin ücretini de tayin edecek ve bu ücret yediemine ödenecektir. Ücretin yetmemesi durumunda ise, yediemin anılan ücretin artışını mahkemeden talep edecek ve mahkemece uygun görülür ise, ücret artışı gerçekleştirilecek ve yediemin talep eden tarafından ödenecektir. İhtiyati tedbir isteyen taraf, davayı kazandığı zaman bu ücreti, yargılama gideri olarak, diğer taraftan alacaktır. Söz konusu yedieminlik ücretinin tedbir isteyen tarafından ödenmemesi durumunda ise, yediemine tevdi işlemi icra edilmeyecektir. Tedbir talep eden tarafın, ücreti ödememek suretiyle anılan talebinden vazgeçmiş olduğu sonucuna varılacaktır.

İhtiyati tedbir kararı sırasında yedieminlik ücreti verilmemiş ve daha sonra da esas hakkındaki kararın verilmiş olması halinde, yedieminin, ücretinin ödenmemiş olması nedeniyle kararı temyiz hakkı mevcut değildir. Zira o davanın taraflarından değildir. Böyle bir durumda, ücretinin tahsili için dava açması veya takip yapması gereklidir.

Takibe itiraz edilmesi halinde ise, elinde İİK m. 68 anlamında bir belge bulunmaması nedeniyle, yediemin itirazın kaldırılması yoluna başvuramayacaktır ve itirazın iptali için genel mahkemede dava açması gerekecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yedieminin elinde İİK m. 68 anlamında bir belgenin olmaması durumu, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin, yedieminlik ücretini belirtmemesi halinde söz konusu olur. İhtiyati tedbir kararını veren mahkeme yediemin ücretin belirtmiş ve fakat her nasılsa bu ücret ödenmeden esas hakkında karar verilmiş ise, bu takdirde, yediemin tayin kararında ücret belirtildiği için, alacak likittir ve anılan mahkeme ara kararı kanaatimizce, İİK m. 68, I anlamında, resmi dairelerin ve yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verilmiş

belge sayılacak ve yediemin bu belge ile itirazın kaldırılmasını icra mahkemesinden isteyebilecektir.

Kanaatimizce, böyle bir durumda yedieminin takip yapmak veya mahkemeye başvurmak konusunda, esas hakkındaki davanın kesinleşmesini beklemesine gerek yoktur. Yani temyiz incelemesi sırasında böyle bir dava açılabilir. Zira, ihtiyati tedbir ücretini ödeyecek kişi, tedbir isteyendir ve yargılama sonunda haklı çıkarsa, yargılama masraflarını karşı taraftan alacaktır.

Haczi müteakip malların muhafazası için haczedilen malların yediemine teslimi halinde ise, yedieminlik ücreti takip giderleri içinde yer alacaktır. Bu itibarla, yediemin ücretini icra dairesinden isteyecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir[620].

---

[620] "Yediemine ücret takdiri, satışa müteferri işlemlerden olmamakla, İİK.nun 360. maddesi uygulanmaz. İİK.nun 59. maddesi gereğince masraflar borçluya ait ise de, öncelikle alacaklı bu masrafları peşin verir. Yediemin ücreti de takip masraflarındandır. Takip masraflarını almak, takibin yapıldığı icra dairesinin görevidir. Masraflar yönünden talepler, takibin yapıldığı icra dairesine yapılır. İcra dairesinin verdiği karara karşı da alacaklı, borçlu veya ilgili üçüncü kişi mercie şikayet edebilir. Talimat icrasının yedieminin ücret yönünden müracaatını karara bağlamak yetkisi yoktur. Bu gerekçe ile şikayetin kabulü ile "talimat icra memurunun muamelesinin iptaline, yedieminin, takibin yapıldığı icra dairesine müracaat edebileceğine" karar vermek gerekirken, " talimat icrasının muamelesine karşı esas takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu mercie şikayet edilmesi" gerektiğinden bahisle, görevsizlik kararı verilmesi isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 11.2.1982, 729/924; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 200); Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, 3222 sayılı Kanun ile İİK. m. 79, II'de yapılan değişiklikten sonra verilen Yargıtay kararlarında, istinabe edilen icra dairesinin işlemlerine karşı şikayetin, istinabe edilen icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine yapılacağına karar verilmektedir: "İİK.nun 79/2 maddesi uyarınca hacizle ilgili şikayetler istinabe olunan icra dairesinin tabi olduğu tetkik merciince çözümlenir. Somut olayda talimat icra dairesi borçluya ait malları haczetmiş ve bu malların muhafazası için yediemin tayin etmiş, ücreti de kendisi takdir etmiştir. Sözü edilen işlem talimat icra dairesince yapılan haciz işlemine ilişkin olduğundan yediemin ücretine yapılan şikayetin talimat icra dairesinin bağlı olduğu tetkik merciince çözümlenmesi gerekir. Mercice şikayetin esasının incelenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmesi doğru değildir" (Yarg. 12. HD. 28.03.2000,3927/4691; yayımlanmamış Yargıtay kararı); Bir başka Yargıtay kararında ise aynen şöyle denilmektedir : "Takip, yedieminlik ücretini gösteren bir belgeye dayanılarak yapılmıştır. Borçlu takibe itiraz ettiğine göre, alacaklı ancak, İİK. m. 68 maddesinde yazılı bir belgeye dayanarak itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Dayanak belgenin İİK.'nun 68. maddesinde sayılan belgeler niteliğinde bulunmadığı, yedieminlik ücretinin esas takip dosyasına göre icra memurluğunca yediemine ödenebileceği, yedieminlik ücretinin ayrıca takibe konu edilemeyeceği düşünülmeksizin, 'itirazın kaldırılmasına' karar verilmesi isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 17.3.1986, 8935/2828; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I) s. 1999).

İflas davasında İİK m. 159'a göre verilen yediemin tayininde de, yedieminlik ücreti, yargılama masraflarındandır. Bu itibarla, anılan ücreti, iflas davasını açan ödeyecektir. Şayet iflas davasının kabulüne karar verilecek ise, mahkeme, iflas isteyen kişiden ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masrafları ve bu masraflardan olan muhafaza giderlerini ve bu kapsamda yedieminlik ücretini de ödemesini ister (İİK m. 160) ve bu giderler yatırılmadan iflas kararı veremez[621].

Şayet iflas davası sonunda iflas kararı verilmez ve dava reddedilir ise, yargılama masraflarını ve bu kapsamda yedieminlik ücretini, iflas davasını açan kişi ödeyecektir. Ancak, bu giderler peşin olarak alınacağı için, yediemin ücretini alabilecektir. Buna rağmen, bir şekilde, yediemin ücreti ödenmez ise, yedieminin, iflas davasını açan kişiden bu ücreti dava veya icra takibi ile isteyebileceğini düşünüyoruz. Ancak, bu halde, izlenecek yol, ihtiyati tedbir kararında olduğu gibi, mahkemece yedieminlik ücretinin miktar olarak belirlenmiş olup olmamasına göre değişecektir. Bu hususta, yukarıda, ihtiyati tedbir kararına ilişkin olarak açıklama yapıldığı için burada tekrar bir açıklama yapılmasına gerek olmadığını düşünüyoruz.

Öte yandan, şayet, yediemine tevdi kararı, iflas dairesi veya idaresi tarafından ve doğal olarak iflasa karar verilmesinden sonra verildi ise, borçlu olan iflas masasıdır. Yani bu borç bir masa borcu niteliği taşır ve masa tarafından ödenir (İİK m. 248).

Haciz nedeniyle ve iflas davası veya kararı nedeniyle verilen yediemine tevdi dışındaki, yediemine tevdilerde de, yediemin ücretinin borçlusu, yediemin tevdiine neden olan icra takibini yapan kişi ve takip sonucunda da şayet takip başarıya ulaşır ise, takibin diğer tarafı (borçlu) olacaktır.

CMK uyarınca yediemine tevdi halinde de yedieminlik ücreti muhakeme masraflarından olacağından, sanık suçlu bulunur ise, sanıktan

[621] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 525 ve s. 525 dn(12).

alınacaktır[622] (CMK m. 325). Şayet sanık beraat eder ise, giderler, devletçe ödenir, fakat sanığın ihmalinden doğan giderler, sanık tarafından ödenir[623] (CMK m. 327). Ayrıca, mahkeme masraflarının kim tarafından ödeneceği de kararda gösterileceğinden (CMK m. 324) bu konuda bir sorun olmaması gerekir.

Orman Kanunu m. 84 uyarınca yediemin tayini halinde de, esasen ortada bir ceza davası mevcuttur ve yukarıda CMK uyarınca tayin edilen yedieminler için belirtilen hususların burada da geçerli olması gerektiğini düşünüyoruz. Oysa, bu konuda farklı Yargıtay kararları mevcuttur[624].

6183 sayılı Kanun uyarınca tayin edinen yedieminlerin yedieminlik ücreti ve masraflarını istemesi hususu, 6183 sayılı Kanun hakkında yapılan açıklamada belirtilenler dışında, İİK ile paralellik taşıdığından, İİK uyarınca tayin edilen yedieminler hakkında yapılan açıklamalar, 6183 sayılı Kanun uyarınca tayin edilen yedieminler için de geçerlidir.

3091 sayılı Kanun uyarınca tayin edilen yedieminlere ücret ödeneceğine ilişkin olarak anılan Kanunda bir düzenleme mevcut değildir; sadece, m. 17, V'te, soruşturma sonunda tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ise, masrafların mütecavizden tahsilinin de kararda belirtileceği ifade edilmiştir. Anılan Kanunun uygulama şekil ve esaslarını

---

[622] YURTCAN (9), s. 1057; YURTCAN (11), s. 667.
[623] YURTCAN (9), s. 1058. YURTCAN (11), s. 667.
[624] "Suç konusu olan malları olaydan sonra Belediye Başkanı olan davacıya yediemin olarak teslim edilmiştir. 6831 sayılı Orman Yasasının 84 üncü maddesine göre, bu gibi mallar belediye teşkilatı olan yerlerde belediyeye olmayan yerlerde köy muhtarına tevdi edilecektir. Yedieminlik sıfatı, bu kişilerin haiz olduğu resmi görevleri gözönünde tutularak yasa tarafından belli edilmiştir. O halde, resmi görevleri icabı yediemin olan kişilerin, bu görevleri dolayısıyla yükümlülükleri kişisel olmayıp mensup oldukları kamu idaresine izafetle olmak gerekir. Hal böyle olunca, davada ileri sürülen yedieminlik giderleri belediye tarafından yerine getirilmek icap eder ve bunu ilgiliden geri istemek hakkı belediyeye düşer. Davacı bu giderleri şahsen yapmış olsa dahi, bu yoldaki işlem, belediye adına vekaletsiz tasarruf kuralları uyarınca yapılmış bir işlem niteliği kazanır ki, geri alma davasında hasım olarak Orman İdaresi değil, belediye gösterilmek icap eder. Belediye Başkanının şahsen katlandığı giderlerin ödetilmesi davasında husumet Orman İdaresine düşmeyeceğinden davanın reddi ancak bu nedenle ve sonucu bakımından doğrudur, onanması gerekir" (Yarg. 4. HD. 10.04.1970, 1457/3075; SINMAZ, Burhan/KARATAŞ, İzzet, Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu, Ankara 1987, s. 241).

düzenleyen Yönetmelik'e, 1.10.2003 tarih ve 25246 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan bir değişiklik ile eklenen ek madde 1, V'e göre ise, "varsa muhafazaya ilişkin masraflar ile infaz memuru yolluğu ve araç ücreti ile teslime ilişkin diğer masraflar teslimden önce mütecavizden tahsil edilir". Buna göre, yedieminlik ücretini, mütecaviz ödeyecektir ve bu ücreti ödemeden, eşya kendisine teslim edilmeyecektir. Şayet mütecaviz bulunamaz ve eşyalar satılır ise, "muhafaza ve satışla ilgili bütün giderler belgelendirilmek suretiyle satış bedelinden karşılanır".

Yukarıda belirtilenlerin niteliğine uyduğu ölçüde diğer yedieminlik halleri içinde geçerli olduğunu düşünüyoruz.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir hususun da, yedieminin masraf isteme hakkının kapsamıdır. Bir başka deyişle, yediemin hangi masrafları isteyebilecektir?

Yedieminin görevi, eşyayı, teslim aldığı gibi iade etmek olduğu için, kanaatimizce, görevi ile zorunlu irtibatı bulunan bütün masrafları isteyebilir[625]. Ancak, yedieminin, kendisine tevdi edilen şeye ilişkin olarak yaptığı, faydalı ve lüks masrafları ise, vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebileceğini düşünüyoruz[626].

II) TEVDİ EDİLEN MALIN SATILMASINI TALEP ETME HAKKI

4949 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 88, V'e göre, "İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine hacizli malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgilere re'sen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü icra mahkemesinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar.

[625] Krş. BK m. 464, I.
[626] Aynı yönde fakat vedia sözleşmesine ilişkin olarak, bkz. YAVUZ, s. 767; BİLGE, s. 350-351.

Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükümlerine göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar icra mahkemesi tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür"[627].

İİK m. 88, V hükmüne göre muhafaza altına alınmış olan malların hukuken muhafazasına gerek kalmaması halinde, ilgililere malları almalarını bildirme yetkisi icra müdürüne aittir. İcra müdürü bu yetkisini re'sen kullanır ve bir talebe ihtiyaç duymaz. Önemli olan, hacizli malın muhafazasına artık gerek kalmamış olmasıdır. Malların muhafazasına gerek kalmaması hali ise, haczin kalkması halidir. Haciz alacaklının talebi ile kalkabileceği gibi, süresinde satış istenmemesi veya ihtiyati haciz halinde süresinde icra takibi yapılmaması yahut dava açılmaması ya da borcun ödenmesi nedeniyle de kalkmış olabilir. Öte yandan, satış işlemi gerçekleşmiş olmasına rağmen, satın alan kişinin, malı almaması hali de söz konusu olabilir. Bütün bu hallerde, icra müdürü re'sen ilgililerden malı almalarını istemek zorundadır. İcra müdürü bu işlemi gerçekleştirmez ise veya icra müdürü ilgililere malı almaları için tebligat yapmış, süre vermiş ve fakat ilgililer verilen süre içinde malı almamış olmasına rağmen icra müdürü icra mahkemesine başvurarak malların satışını istememiş ise ne yapılacaktır?

Kanaatimizce birince halde yediemin, UYAR'ın haklı olarak ifade ettiği üzere ücret ödenerek malların kendisinden alınmasını, aksi takdirde malların satılmasını ve satış bedelinden ücretinin ödenmesini[628]; ikinci

[627] Maddenin 4949 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki şekli şöyleydi : "İcra dairesi, depo ve garajlarda saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgilere re'sen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü tetkik mercii kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar icra dairesinde muhafaza olunur. Bu hükümden ortaya çıkan ihtilaflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür". Söz konusu fıkrayı değiştiren 4949 sayılı Kanunun madde gerekçesinde ise şöyle denilmektedir "Beşinci fıkrada yapılan değişiklikle yediemin olarak kendisine saklanmak üzere bırakılan hacizli mallarla ilgili olarak üçüncü kişiler hakkında da bu fıkra hükmünde yer alan usullerin uygulanması amaçlanmıştır".

[628] UYAR (Yediemin), s. 130.

halde ise, malların satılmasını ve satış bedelinden ücretinin ödenmesi konusundaki talebini icra dairesine bildirir. İcra dairesinin anılan talepler uyarınca işlem yapmaması durumunda ise, icra mahkemesine İİK m. 16 uyarınca şikayette bulunur.

Bilindiği gibi, İİK m. 16 uyarınca şikayet hakkı, sadece, şikayet konusu işlemin iptal ettirilmesinde hukuken korumaya değer bir menfaati bulunan takibin taraflarına (alacaklı ve borçlu) değil, şikayet konusu işlemin iptal ettirilmesinde hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunan üçüncü kişilere de aittir[629]. Yediemin, burada söz konusu üçüncü kişidir. Kanaatimizce, burada bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması söz konusu olduğu için, yedieminin süresiz şikayet hakkı vardır.

Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, icra müdürünün İİK m. 88, V uyarınca işlem yapmaması halinde, yedieminin talepte bulunmak ve talebinin yerine getirilmeyince şikayette bulunması işlemi, yalnızca kendisine tanınmış bir hak değil, aynı zamanda bir zorunluluktur. Zira zamanında gerekli talepte bulunmayarak yedieminlik ücretinin artmasına sebep olan yedieminin bu hareketi, kanaatimizce iyiniyet kurallarına aykırı bir nitelik (TMK m.2) taşıyacak ve bu sebeple artan yedieminlik ücretinin bir kısmını isteyemeyerek, zarara katlanmak zorunda kalacaktır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur[630].

---

[629] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 70.

[630] "…Alacaklı M.S.T., G. Madencilik Ticaret A:Ş.den 26.817.760 liralık alacağı için İstanbul 13 . İcra Müdürlüğü'nün 1993/3973 sayılı dosyası ile 17.3.1993 tarihinde takip başlatmış, aynı gün İstanbul 4. İcra Müdürlüğünün 1993/471 sayılı takip dosyasında borçlunun toplam 27.000.000 liralık menkul mallarına haciz konulmuş, haczedilen mallar günlük 40.000 lira yediemin ücreti belirlenerek yediemin tayin edilen T.M.V.'a teslim edilmiş, takip alacaklısı 1 aylık yedieminlik ücretini avans olarak peşin ödemiş, takip borçlusunun borcu ödemesi nedeniyle 9.4.1993 günü haczin kaldırılmasına karar verilmiş, alacaklının icra dosyasındaki parayı 14.4.1993 günü aldığı görülmüştür. Haczin yukarıdaki tarihte kalmasına rağmen hacizli malların yedieminden alınması konusunda herhangi bir talep ve işlem olmamış, yediemin 6.5.1993 günü avans olarak yatırılmış bulunan 1 aylık ücreti almış, 17.4.1994 tarihli dilekçe ile de yediemin deposunu naklettiği yeni adresini bildirmiş, 15 Ekim 1995 tarihine kadar hesaplanan 37.720.000 liralık yediemin ücretinin 15.000.000 lirası için de davaya konu edilen icra takibinde bulunmuştur. – Yukarıdaki gelişmeler ışığında çözülecek sorun borcun ödenmesi nedeniyle kaldırılan hacze rağmen yedieminde muhafaza edilmeye devam edilen

Söz konusu şikayet üzerine verilen icra mahkemesi kararı ile veya yedieminin talebi üzerine ya da icra müdürü tarafından re'sen verilen süre üzerine ilgililer hacizli malı almazlar ise, icra müdürünün talebi üzerine icra tetkik merciinin vereceği karar ile yediemine tevdi edilmiş hacizli mallar, taşınır mal satışlarına dair hükümlere göre, icra dairesi tarafından satılırlar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükümlerine göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilaflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür.

İİK m. 88, V'e göre söz konusu mallar taşınır mal satışlarına dair hükümlere göre satılacağına göre, haczin kalkmasına rağmen yedieminde muhafaza edilen ve alınmaması nedeniyle ilgililere almaları için süre verilerek tebligat yapılacak ve süresi içinde alınması halinde satışı istenebilecek olanlar hacizli malların sadece taşınır mallar olduğu anlaşılmaktadır. Taşınmaz mallar için böyle bir uygulama yapılması İİK m. 88, V uyarınca mümkün değildir. Her ne kadar, taşınmazların yediemine teslimi ancak, istisnai hallerde mümkün ise de, böyle bir malın

---

malların yediemin ücretinden takibi yapan alacaklının sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemenin kararına dayanak yaptığı İİK.nun 59, 90, 95. maddeleri ile HUMK.nun 12. faslında yer alan ve dava masraflarını düzenleyen hükme göre, takip veya dava sırasında ilgili gerekli masrafları yapacak, sonuçta kim haksız çıktı ise masraflar ona yükletilecektir. Somut olayda alacaklı alacağını almış ve takipte haklılığı kesinleşmiştir. Alacaklının alacağını aldığı tarihten sonrası için yedieminliğin devamı konusunda bir talebi ve işlevi yoktur. Haczin kaldırılmasından sonra malları yedieminde muhafazasından yararlanan borçlu ile yediemin ücretinden yararlanacak olan yediemindir. Borçlu bir an evvel yediemindeki malları alıp yediemin ücretinin artmasına sebep olmayacaktır. Yedieminde, yediemin ücreti nedeniyle hapis hakkı bulunan malların değerini çok aşan yedieminlik ücretine sebep olmama durumundadır. Sonuç olarak, takip alacaklısının takibine haklılığı, alacağı tahsil etmiş olması, haczin kaldırıldığı dönemden bir kaç gün sonrasına kadar olan yedieminlik ücretini avans olarak ödemesi, sorumluluğu için bir başka neden de bulunmaması nedeniyle kararı temyiz etmiş bulunan alacaklı davalı hakkında verilmiş bulunan kararın bozulması gerekir...) gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. – Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan (..) sonra gereği görüşüldü: - Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" [Yarg. HGK. 18.6.1997, 4-261/549; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 199].

haczedilmesi halinde de benzeri bir uygulamaya imkan verecek şekilde bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz. Ancak, mevcut hali ile de, İİK. m. 88, V hükmünün kıyasen taşınmaz mallar için de uygulanabilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Öte yandan, kanaatimizce, yedieminin, bozulmaya başlayan veya bir şekilde, doğal sebeplerle niteliğini kaybetmeye başlayan malların da satılmasını isteme hakkının kabul edilmesi gereklidir. Zira, söz konusu malların bozulması veya doğal sebeplerle niteliğini yitirmeye başlaması halinde, ileride, hukuki veya cezai sorumluluğu doğabilecektir. Böyle bir durumla karşılaşmak istemeyen yedieminin kendisini atayan yetkili makamdan bu hususta talepte bulunması gereklidir. Ancak böyle bir talepte bulunmasına rağmen, gerekli önlemlerin (malların satımı gibi) alınmaması halinde, sorumluluk yetkili makamda olacak; yediemine herhangi bir kusur yüklemek mümkün değil ise, onun cezai ve/veya hukuki sorumluluğu doğmayacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumlarda, yedieminin malların satılmasını istemesi hakkı aynı zamanda bir yükümlülüktür. Zira, anılan hususların ortaya çıkmasına rağmen, malların satılmasını istemeyen yedieminin saklama görevini özenle yerine getirdiği söylenemeyecektir.

Yukarıda belirtilen hususların, diğer yedieminlik halleri için de, o konularda özel bir hüküm olmasa da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

III) YEDİEMİNİN GÖREVİNE SON VERİLMESİNİ İSTEME VE İSTİFA HAKKI

Bilindiği gibi yediemin görevini yerine getiremediği takdirde hukuki ve cezai olarak sorumlu olabilecektir. İşte yedieminin görevinin gereklerini yerine getirmeyecek olması ihtimalinin ortaya çıkması halinde, YILMAZ, haklı olarak, ileride ortaya çıkabilecek zararları önleyebilmek bakımından

yedieminin görevinin sona ermesini isteyebilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmektedir[631]. Örneğin, yedieminin hastalığı nedeniyle, yedieminlik görevini yerine getirmeyeceğini farketmesi gibi.

Ancak, bu hak da malın satılmasını isteme hakkı gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür . Zira, bu durumu bilmesine rağmen yetkili makamdan, görevinin sona ermesini ve başkasının yediemin tayin edilmesini istemeyen yedieminin görevinin gerektirdiği özen borcuna aykırı davrandığı sonucuna varılabilecektir.

Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, yedieminin atanması kural olarak isteğine bağlı olmasına karşın, görevinden ayrılması ancak, atamaya yetkili makam tarafından gerçekleştirilebileceğinden, yedieminin istifa hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, yediemin, şayet, yetkili makam tarafından görevinden alınmadan önce, kendiliğinden görevinden ayrılır ise, hukuki ve/veya cezai sorumluluğu doğabilecektir.

İcra ve iflas hukuku bakımından yedieminin değiştirilmesi yolundaki talebe dair icra mahkemesi kararlarının temyizi mümkün değildir[632]. Yargısal yedieminlik hallerinde ise, verilen yediemine tevdi kararları geçici hukuki

[631] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 202.

[632] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 202; "Yedieminin tebdili hakkındaki istekler üzerinde verilen kararların temyiz kabiliyeti olmadığından, bu kısımdaki temyiz dilekçesinin reddi gerekir" (Yarg. 12. HD. 23.5.1983, 3027/4055; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 202); Öte yandan, 18.3.2005 tarih ve 25759 sayılı RG'de yayımlanan 5311 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanununun 363 üncü maddesinde yapılan değişiklik ile, icra mahkemesince verilen yedieminin değiştirilmesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabileceği belirtilmiş olmakla beraber, söz konusu istinaf mahkemeleri henüz kurulmadığından ve 5311 sayılı Kanunun geçici 7 nci maddesine göre, bölge adliye mahkemeleri kurulup göreve başlayıncaya kadar verilen kararların kesinleşmesine kadar, 5311 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümler uygulanacağından, anılan hükmün (5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 363'ün) uygulanma olanağı bulunmamaktadır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2 inci maddesine göre, bölge adliye mahkemelerinin, anılan Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde kurulması gerekmektedir. 5235 sayılı Kanun ise, 5328 sayılı Kanun ile değişik 55 inci maddesine göre, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğine göre, iki yıllık süre 1 Haziran 2007 yılında dolmuş olacaktır. O halde, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 363'ün uygulanması, bölge adliye mahkemelerinin ve dolayısıyla İİK m. 363'te belirtilen istinaf mahkemelerinin en geç kurulacağı belirtilen 1 Haziran 2007 tarihinden sonra olacaktır.

himaye tedbiri niteliğinde olup, genellikle bir ara kararı ile verildiklerinden veya dava öncesi istenmeleri halinde de, tıpkı ara kararı ile verilmeleri durumunda olduğu gibi bu kararlara karşı, HUMK m. 108'e göre sadece itiraz edilebildiği için, yargısal yedieminlik hallerinde de, anılan kararların tek başına temyizi mümkün değildir. Ancak, esas hakkındaki kararla birlikte temyiz edilebilirler.

IV) YEDİEMİNİN KENDİSİNE TEVDİ EDİLEN MALLARI MASRAFLAR VE/VEYA ÜCRETİ ÖDENMEDEN İADEDEN KAÇINMA HAKKI

Sözleşmelerde, taraflardan birisi edimini yerine getirmedikçe diğer tarafa edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı veren BK m. 81 hükmünün, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikte, ortada bir sözleşme bulunmadığı için uygulanma imkanı bulunmamaktadır[633].

Yedieminin kendisine tevdi edilen mallar üzerinde, yedieminlik ücreti ve/veya yaptığı masraflar nedeniyle, BK m. 476, III'e dayanması imkanının da, ortada bir ardiye sözleşmesi mevcut olmaması nedeniyle mümkün olmadığını düşünüyoruz.

---

[633] Hatta, öğretide, bazı yazarlarca, BK m. 81'de düzenlenmiş olan, "ödemezlik def'inin" (*exceptio non adimpleti contractus*), karşılıklı taahhütleri içeren akitlerde ve karşılıklılık ilişkisi içinde bulunan borçlar için uygulanabilir olmasına karşın, vedia akdinin eksik iki tarafa borç yükleyen akit olması ve vedia akdinde ücret şart edilmesi halinde ise, ücretin, sadece muhafaza borcunun karşılığı bir edim olması ve yedieminin şeyi geri verme borcu ile saklatanların masrafları ödeme ve zararı tazmin borcunun bir karşılıklılık ilişkisi içinde olmaması nedeniyle doğrudan doğruya uygulanamayacağı (bkz. BİLGE, s. 351; YAVUZ, s. 767), ancak kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmektedir (bkz.YAVUZ, s. 768). BİLGE, bu konuda bir açıklama yapmamakta; ancak, BK m. 81'in "doğrudan doğruya tatbiki mümkün değildir" demek suretiyle, kıyasen uygulanabileceği fikrinde olduğu intibaı vermektedir (bkz. BİLGE, s. 351); TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, BK m. 81 hükmünün, kıyas yolu ile eksik iki taraflı akitlere uygulanmasına bir engel olmadığını ve akdin hükümsüzlüğü veya akitten dönülmesi gibi hallerde evvelce her iki tarafça ifa edilen edimlerin karşılıklı olarak iade edilmeleri gerekiyor veya -daha geniş olarak- bir hukuki olay her iki tarafı karşılıklı iade ile yükümlü kılıyor ise, BK m. 81'in kıyas yolu ile uygulanacağını ifade etmektedirler (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.829). KOÇ, ücretli vedia sözleşmesinde, vedia alanın ücret alacağı nedeniyle ödemezlik def'ini ileri sürebileceğini, karşılıklılık ilişkisi içinde yer almayan masraf alacağı nedeniyle ise, ödemezlik def'ini ileri sürememesi gerektiği görüşündedir (KOÇ, Nevzat, "Vedia Alanın Ödemezlik Def'i ve Hapis Hakkı", Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 427).

Esasen yedieminin tevdi edilen mallar üzerindeki hak ve yükümlülükleri bir sözleşmeden değil, kendisine tevdi edilen bir kamusal görevden doğduğu için sözleşmelere ilişkin hükümlerin kendisine tatbiki olanağı bulunmamaktadır.

Öte yandan, yedieminin, TMK m. 950-953'te düzenlenen genel hapis hakkı hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı ise tetkike muhtaçtır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel hapis hakkı hükümlerinden yararlanmak için bir sözleşme ilişkisine ihtiyaç yoktur ve sadece TMK m. 950 vd. maddelerinde belirtilen şartların tahakkuk etmiş olması yeterlidir.[634] Zira söz konusu hapis hakkı kanundan doğmaktadır. Hapis hakkının, bir ayni hak niteliğinde bulunduğu hakkında Türk hukukunda hemen hemen bir görüş birliği vardır[635].

TMK m. 950, I'e göre, "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibariyle bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir".

OĞUZMAN/SELİÇİ, maddeye göre, hapis hakkının şartlarının, borçlunun rızası ile zilyetlik; muaccel bir alacağın varlığı; alacaklının zilyetliğindeki taşınır mal veya kıymetli evrak ile alacak arasında irtibat ve hapis hakkının bertaraf edilmemiş olması olduğunu belirtmektedir[636].

Borçlunun rızası ile zilyet olma şartının, yedieminlikte, gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak çok kolay görünmemektedir. Zira, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikte, yedieminin, zilyetliği, mal sahibinin rızası değil, yetkili makamın kararı ile verilen görev sonucu olmaktadır.

---

[634] İMRE (Hapis Hakkı), s. 745 ve 778; KÖPRÜLÜ/KANETİ , s. 515; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 905.
[635] İMRE (Hapis Hakkı), s. 744 ; KÖPRÜLÜ/KANETİ , s. 512; OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 905.
[636] OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 906-910; hapis hakkının şartları için ayrıca, bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 515-524; İMRE (Hapis Hakkı), s. 750-769; CANSEL, s. 49-89.

Öğretide, vesayet altındaki kimsenin eşyası üzerinde, vasinin, vasilik ücretine ilişkin (TMK m. 467) hapis hakkı için vesayet altındakinin rızası yerine sulh mahkemesinin rızasının kaim olduğu kabul edilmektedir[637]. Aynı yaklaşım şeklinin, yedieminin mal üzerindeki zilyetliği için de geçerli olduğu düşünülebilir. Burada da, mal üzerinde, yedieminin zilyetliğine mal sahibinin rızası yerine yediemini atamaya yetkili makamın rızasının (daha doğru bir ifade ile yetkili makamın kararının) kaim olduğu düşünülebilir.

Muaccel bir alacağın varlığından söz etmek ise, pek mümkün görünmemektedir. Zira, yediemine bir görev verilmektedir ve ücret alacağı ancak, yetkili makamın kararı ile oluşmaktadır. Yetkili makam karar vermeden ve bu konudaki ücret talebi veya masraf talebini yetkili makama iletmeden kendiliğinden, kendisine ücret ödenmediği veya masrafların verilmediği iddiası ile malı yetkili makama teslimden veya yetkili makamın gösterdiği kişiye teslimden kaçındığında, yedieminlik görevini ihmal suçu oluşmaktadır (5237 sayılı TCK. m. 289).

Kanaatimizce, aynı sebeple, alacaklının (yedieminin) zilyetliğindeki taşınır mal ile alacak (yedieminlik ücreti ve masraf) arasında irtibat mevcut değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, böyle bir masraf ve/veya ücret alacağı yetkili makamın kararı ile oluşur.

Gerçi bu noktada, özellikle masraf alacağı konusunda, yetkili makamın kararına gerek olmadığı, yediemin bir masraf yaptı ise, bunu isteyebilmesi gerektiği ve zaten, genel hapis hakkının mantığının da bu olduğu ifade edilebilir. Ancak, her ne kadar, yedieminin sakladığı mallar için yaptığı masrafları ve hatta bu işlem için ücreti istemesi mantığın gereği gibi görünse de, bu talebi aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan, yedieminliğin kamusal niteliği ile bağdaşmaz. Yediemin yetkili makamın kararı olmaksızın masraf veya ücret talebinde bulunamaz ve yetkili makamın böyle bir kararı olmaksızın malı teslimden kaçınması halinde,

[637] İMRE (Hapis Hakkı), s. 757; CANSEL, s. 54.

yedieminlik görevini ihmal suçu oluşabilir. Bu itibarla yetkili makamın kararı olmaksızın böyle bir talebi olan yediemin malı yetkili makamın talebi üzerine teslim etmeli ve fakat bir ücret veya masraf talebi var ise, genel hükümlere göre bunu istemelidir.

Öte yandan, TMK m. 951, II'ye göre, "alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde hapis hakkı kullanılamaz". Burada alacaklının (yani yedieminin) üstlendiği yükümlülük, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminliktir ve yetkili makam, yediemine malı tevdi ederken verdiği talimat ile, istediği takdirde, malı iade edeceğini belirtmekte ve yetkili makamın talebine rağmen malın teslim edilmemesi kamu düzeniyle bağdaşmamakta; çünkü yetkili makamın talebine rağmen malın iade edilmemesi halinde oluşan suç, kamu idaresinin usulüne uygun olarak gerçekleştirdiği ve iradesini açıkladığı eylemlere karşı itaatsizliğin cezalandırıldığı yedieminlik görevini suiistimal suçu olmaktadır. Yani anılan suçta korunan yarar kamu idaresidir[638] (5237 sayılı TCK. m. 289).

Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, hapis hakkının, alacaklıya, malı paraya çevirme hakkı veriyor olmasıdır (TMK m. 953). Bu husus da, yediemine verilen görev ve yedieminlik görevinin kamusal niteliği ile bağdaşmaz.

Bu itibarla, kanaatimizce, yedieminin, kendisine tevdi edilen mallar üzerinde, ücretinin ve/veya yaptığı masrafların ödenmemesi nedeniyle hapis hakkının var olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, alıkoyma hakkıdır. Alıkoyma hakkı, eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni bir hak sahibinin hak veya hak karinesine dayanan istihkak davası yoluyla eşyanın iadesi talebi karşısında, halihazır zilyede eşya ile bağlantılı kendi alacağı

[638] ÖNDER, s. 253.

ödeninceye kadar iadeden kaçınma imkanı tanıyan bir haktır[639]. Alıkoyma hakkı ile hapis hakkı arasındaki en önemli fark, hapis hakkının, hak sahibine, eşyayı paraya çevirme hakkı (TMK m. 953) vermesine karşın alıkoyma hakkının sadece, alacak tahsil edilinceye kadar, eşyayı iadeden kaçınma hakkı vermesidir[640]. Öte yandan bir diğer önemli fark ise, genel hapis hakkı sadece taşınırlar için kullanılabilmesine karşın, alıkoyma hakkının taşınmazlar için de kullanılabilir olmasıdır[641].

Acaba, yedieminin, ücret ve/veya masraf alacağı için bir alıkoyma hakkından söz edilebilir mi?

Hukukumuzda alıkoyma hakkı hakkında genel bir düzenleme yer almamakta[642]; fakat bazı özel düzenlemeler ise bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden birisi, iyiniyetli haksız zilyedin yaptığı masraflar için sahip olduğu alıkoyma hakkıdır[643] (TMK m. 994). Söz konusu alıkoyma hakkının sadece, iyiniyetli zilyede tanınan bir hak olduğu Türk öğretisinde genel kabul gören görüştür[644].

Yedieminin zilyetliğinin kötü niyetli olduğu söylenemez. O zilyetliği, yetkili makamın kararı ile elde etmiştir. O halde, yediemin için, bir alıkoyma hakkının varlığından söz edilebilir mi? Kanaatimizce, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira, yedieminliğin kamusal niteliği, yedieminin bir alıkoyma hakkına sahip olduğu sonucuna varmamızı engeller. Yukarıda belirtildiği gibi, yedieminin şayet bir masraf veya ücret talebi var ise, bu talebi yetkili makama bildirmesi ve anılan makamın kabulü ile böyle bir hakkının doğması gerekir. Bu durum ise, alıkoyma hakkının, sadece malike karşı

[639] SARI, Suat , Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1997, s. 3.
[640] SARI, s. 91.
[641] SARI, s. 92; ÖZEN, s. 393.
[642] SARI, s. 1.
[643] Diğerleri ise, zilyedin elinden rızası dışında çıkan taşınır eşyayı pazardan, müzayededen veya benzer eşya satan satın alan kimsenin ödediği semen karşılığı sahip olduğu alıkoyma hakkı (TMK m. 989, III); arazi sahibinin arazisine düşen şeyler üzerinde sahip olduğu alıkoyma hakkı (TMK m. 752, II); Avukatlık Kanunundan doğan alıkoyma hakkı (Av. K. m. 39, II, m. 166) (bu hususlar ve alıkoyma hakkı konusundaki tartışmalar için bkz. SARI, s. 13-71).
[644] ÖZEN, s. 394.

değil, eşyanın iadesini isteyen herkese karşı ileri sürülebilir niteliğine[645] aykırıdır.

Bu sebeplerle, yedieminin ücret ve masraf alacağı için, kanaatimizce bir genel hapis hakkına veya alıkoyma hakkına sahip olduğu ifade edilemez. Keza belirtmek gerekir ki, hem genel hapis hakkında hem alıkoyma hakkında, malın teslimini isteyen kişi borçlu olmasına rağmen, yedieminlikte, malın iadesini isteyen, yediemini atayan yetkili makamdır.

Bu noktada, yedieminin ücret ve masraf alacağı için, genel hapis hakkı veya alıkoyma hakkı ya da başka bir hakka sahip olup olmadığı yönünde öğretide yer alan görüşleri incelemek gerektiğini düşünüyoruz.

ARSLAN, yedieminin, malları saklayıp korumak ve bakımını yapmaktan dolayı, yetkililere zamanında haber vermek kaydıyla, bu mallar üzerinde hapis hakkını kullanması (TMK m. 950 ve 743 sayılı Eski MK m. 864) durumunda bir hakkın icrasının söz konusu olacağını ve suçun hukuka aykırılık unsurunun kalkacağı görüşündedir[646].

GÖZÜBÜYÜK de, yedieminin, malları saklayıp korumak için yaptığı masraflardan dolayı yetkililere zamanında haber vermek şartıyla, bu mallar üzerinde hapis hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir[647].

Bu görüşlere, yukarıda belirtildiği gibi, yedieminin bir genel hapis hakkının veya alıkoyma hakkının mevcut olmaması nedeniyle katılamıyoruz. Ayrıca, zaten görüşlerde de, zamanında yetkililer haber verilmesi şartı aranmaktadır ki; bu şart, genel hapis hakkı ve alıkoyma hakkının niteliği ile bağdaşmamaktadır. Zira böyle bir hak mevcut olsaydı, yetkili makamlara önceden haber vermeksizin dahi kullanılabilirdi ve anılan haklar, suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilirdi.

---

[645] SARI, s. 7.
[646] ARSLAN, Çetin, İtirazname, (MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C.2, Ankara 2002, s. 2250)
[647] GÖZÜBÜYÜK, s. 392.

İtalyan Temyiz Mahkemesi, yedieminin, mal üzerindeki hak iddiasının kasdını kaldırmayacağını, kanunun 276. maddesine (5237 sayılı TCK m. 289) giren hallerde hapis hakkının kullanılamayacağına içtihat etmiş[648] ve LOLLINI de, yedieminin, malın muhafazasından dolayı masraf talebinin bulunması halinde, bunun için ayrıca hukuki yollara müracaat etmesi gerektiğini ifade etmiştir[649].

Yargıtay'ın bu konudaki kararları ise, çelişkilidir. Yargıtay bazı kararlarında, yedieminin, masraf ve ücret istemese bile, masraf verilmeden, yedieminliği suiistimal suçunun oluşmayacağını içtihat ederken[650]; bazı kararlarında, masraf ve ücret istemeyen yedieminin,

---

[648] EREM (1998-II), s. 1483; EREM (1985-III), s.. 503; İtalyan Temyiz Mahkemesi bir başka kararında ise, "Muhafızın (yedieminin) kendisinden resmen talep edilen eşyayı teslim yerine getirmemeye yönelik iradesini herhangi bir surette açıklayan her olay, suçun oluşması için yeterlidir" [İt.Ygt. 18 Ekim 1916; bkz. ERMAN/ÖZEK, s. 466, dn(141)].

[649] EREM (1998-II), s. 1483; EREM (1985-III), s.. 503; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU (1999-II), s. 2746.

[650] "Yedieminlik görevini kötüye kullanmaktan sanığın beraatine ilişkin hüküm Özel Dairece bozulması ve mahkemece de ilk hükümde direnilmesi üzerine yapılan incelemede; dosyaya, delillere ve kabule göre, sanığın kocasına ait 799.050 lira borcuna karşılık evindeki 33.000 lira değerindeki ev eşyası icra marifetiyle hacz olunarak 1.10.1975 günlü tutanakla sanığa kanuni ihtarat yapılarak teslim edilmiştir. Sanık tutanak kapsamına göre bir ücret ve masraf istememiştir. Mahcuz malların 11.11.1975 gününde satılacağı, satış yerinde hazır bulundurulması, aksi halde hakkında cezai soruşturma yapılacağı sanığa 28.10.1975 gününde bizzat tebliğ olunmuştur. Satış günü ve saatinde satış yerine gidilmiş, yediemin sanığın mahcuz malları getirmediği anlaşılarak evine uğrayıp kapısı çalınmış ve fakat kapı açılmamıştır. Sanık hasta olup, 10 gün istirahatlı bulunduğuna ilişkin Hükümet Tabipliğinden 5.11.1975 günlü rapor ibraz etmiştir. Olayın yukarıda açıklanan oluşuna göre, sanık yediemin (M)'nin yaptığı yedieminlik hizmeti karşılığında bir ücret verilmediği gibi, değeri 33.000 lirayı bulan ev eşyasının satış yerine götürülmesi için bir taşıma masrafının ödenmediği de anlaşılmaktadır. İİK.nun 59 uncu maddesinde (takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını peşin verir, vermezse talep hükümsüzdür) kuralı ile yediemin için ücret ve masraf verilmesinin yasal bir zorunluluk olduğunu göstermektedir. Yediemin sanığa yapılan tebligatta 'mahcuz malları 11.11.1975 günü satılacağı satış yerinde bulundurması' bildirilmiş ise de mahcuz malların bulunduğu yer dışındaki mahalle taşınmaları için herhangi bir masraf verilmemiştir. Bu itibarla katılan vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle direnme kararının onanmasına karar verilmelidir" (Yarg. CGK. 28.3.1977 T. 1977/4-88 E., 1977/142 K. (YKD. C.IV, S.3, 1978, s. 435-437); "İcra İflas Yasasının 59. maddesinde, 'Takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı yapılmasını talep ettiği muamelelerinin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62. maddeye göre yapabileceği itirazın tebliğ masrafını da avans olarak peşin öder" hükmü yer almaktadır./ Somut olayda güvenilirkişi tayin edilen, kocası cezaevinde olması ve yeterli parayı bulamaması nedeniyle mahcuz eşyayı satış yerinde bulunduramadığını savunan sanığa, yedieminlik hizmeti karşılığında bir ücret verilmediği gibi, buzdolabı ve av tüfeğini köyden alarak satış yeri olan ilçeye getirmesi için de taşıma ücreti

kendisine masraf ve ücret verilmediği gerekçesi ile malı yetkili makamın talebine rağmen iade etmemesi eyleminin, yedieminlik görevini suiistimal suçunu oluşturacağına hükmetmiştir[651].

ERMAN/ÖZEK ise, yedieminin masrafları ödenmedikçe teslimden kaçınmasının kamu idaresinin elkonulan eşya üzerinde tasarrufta bulunmasını engellemek veya zorlaştırmak gayesine yönelik olmadığını ve kamu idaresinin de kimseden karşılığı ödenmeyen bir görevi yerine getirmesini isteyemeyeceğini ifade ettikten sonra, isabetli olarak, bu durumda "teslimden kaçınma" halinin bulunmadığını belirtmiştir[652].

Sonuç olarak, yedieminin, muhafaza görevinin bir sonucu olarak bir genel hapis hakkı veya alıkoyma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, yapmış olduğu görevin karşılığı olarak bir ücret isteyebilir ve/veya masraflarını talep edebilir. İade görevini yerine getirmemesi, ücretinin veya masraflarının ödenmemesinden kaynaklanmakta ise, yedieminde, 5237 sayılı TCK. m. 289'da düzenlenen suçu işleme kastı mevcut bulunmadığı ve bu eylemi

---

ödenmemiştir. Haciz tutanağında, sanığın yedieminlik ücreti ve eşyanın satış yerine taşıma gideri istemediğine ilişkin bir beyanı da bulunmamaktadır. Güvenilirkişi olan sanığa, hacizli malları satış yerinde hazır bulundurması için tebligat yapılmış ise de, bu malların taşınması için gerekli olan taşıma giderleri verilmediğinden, engeline ilişkin savunması da nazara alındığında yüklenen suçun yasal ögeleri oluşmamıştır. Bu nedenle direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir./ Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyeleri 'İİY.nın 59. maddesi özel hukuka ilişkin olup olayda uygulanmaz. Sanık haciz sırasında ücret ve taşıma giderlerini istediğini beyan etmediği gibi, satış günü kendisine tebliğ edildiği halde böyle bir talepte bulunmamıştır. Satış günü, yer ve saatini bildiği halde herhangi bir mazeret de bildirmeden hacizli malları satış yerine getirmeyerek yüklenen suçu işlemiştir. Bu itibarla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir' gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır./Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına..." (Yarg. CGK. 25.4.2000, 4/81-85; MALKOÇ, s. 2264).

[651] "Mahkeme kararıyla muayyen miktarda koyun yediemin olarak sanığa teslim edilmiş ve işin sorumluluğu anlatılmış olmasına, sanık tarafından gerek teslim anında gerek sonradan herhangi bir masraf istenmemesine, esasen kendisinin olaydaki hukuki ve fiili durumu masraf istemesini gerektirmemesine ve oğlunun ölümünden sonra da herhangi bir sebeple koyunlar için merciine bir müracaatta bulunmamasına göre, Özel Daire Bozma ilamına uyulması icapederken, beraete ilişkin eski hükümde direnilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yag. CGK. 6.2.1971, 4/337-404; ERMAN/ÖZEK , s. 465, dn(13)); "Önceden gider ve ücret istemeksizin yedieminliği kabul eden ve sonra da taşıma gideri verilmesi, aksi halde malın başka yediemine teslimi hususunda icra dairesine başvurmayan sanığın eyleminin TCK.nun 276/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır" [Yarg. 4. CD. 24.11.1992, 6607/7274; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU (1999-II), s. 2755].

[652] ERMAN/ÖZEK, s. 465-466.

taksir olarak da nitelendirilemeyeceği için kanaatimizce, anılan suçlar oluşmaz. Bu itibarla, kendisine yedieminlik ücreti verilmeyen ve/veya masrafları ödenmeyen yedieminin, alıkoyma hakkına benzeyen bir hakkının var olduğunu kabul etmenin uygun olacağını düşünüyoruz. Ancak, bu konuda, Yargıtay kararlarında herhangi bir istikrar bulunmadığı da dikkate alındığında, karışıklığı önlemek açısından kanuni bir düzenleme yapılarak, konunun açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

§ 10) YEDİEMİNLİK GÖREVİNİN SONA ERMESİ

Yedieminlik görevi için belirli bir süre mevcut değildir. Yedieminin görevi, kendisini atayan makam tarafından görevden alınıncaya kadar devam eder. Yedieminin, kendisinden bu görevin alınmasını talep hakkı olmakla beraber, yetkili makam tarafından görevinden alınmadıkça, görevini devam ettirmeye mecburdur.

Öte yandan, yetkili makam tarafından, örneğin, ihtiyati tedbir kararında hakim tarafından bir süre belirtilmiş ise, söz konusu süre sona erdiğinde yedieminlik görevi de sona erecektir.

Yedieminlik görevi, yedieminin atanmasına sebep olan ve yetkili makama yediemini atama yetkisi veren kanuni hukuki gerekçe kanunen ortadan kalkınca da sona erer. Bir başka deyişle, kamu idaresi ile yediemin arasında kurulmuş olan hukuki bağ sona erince, yedieminlik görevi de sona erer[653]. Örneğin, ihtiyati tedbir halinde, HUMK m. 109'a göre, ihtiyati tedbir kararı dava öncesi verilmiş ise, kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde, esas hakkında dava açılmış olmalıdır. Aksi halde ihtiyati tedbir kendiliğinden, kanun gereği kalkar (HUMK m. 112). Bu durumda ise,

[653] "Şurasını belirtmek gerekir ki, suçun işlenmesi anında rehin almak, haczetmek veya vaz'iyed etmek suretiyle kamu idaresiyle fail arasında kurulmuş hukuki bağ varlığını korumalıdır. Bu bağ hukuki bir sebeple ortadan kalkmışsa suçun önşartı da kalmamış olacağından, fail bu sıfatla cezalandırılamaz. Şüphesiz ki, emniyeti suiistimal suçu sıfatıyla cezalandırma imkanı saklıdır" (bkz. ERMAN/ÖZEK, s. 462-263).

ihtiyati tedbir olarak, tayin edilmiş olan yedieminin yedieminlik görevi de sona erer[654]. Benzeri şekilde, İİK m. 106 ve 110'a göre, malın haczedilmesinin müteakip taşınırlarda bir yıl ve taşınmazlarda iki yıl içinde satış istenmesi gerekir; istenmez ise, haciz kanun gereği kendiliğinden kalkar. Bu durumda ise, söz konusu haciz sonucu kendisine yedieminlik görevi verilen kişinin, yedieminlik görevi kanun gereği kendiliğinden sona erer[655]. Yine benzeri şekilde, 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılan haciz nedeniyle, malların yediemine tevdi edilmesi halinde, anılan Kanun m. 84 uyarınca, taşınır malların, tahsil dairelerince (köylerde ihtiyar kurullarınca) haczin yapıldığı tarihin üçüncü gününden itibaren üç ay içinde satışa çıkarılması gerekir. Esasen, söz konusu üç aylık süre içinde hacizli taşınır malların satışa çıkarılmaması halinde, haczin kalkacağına dair bir hüküm Kanunda yer almamakla beraber, Yargıtay söz konusu üç aylık süre içinde satışın istenmemesi durumunda, haczin sona ereceği sonucuna varmakta ve buna bağlı olarak da yedieminlik görevinin de sona ereceğini belirtmektedir[656].

Ancak, kamu idaresi ile kişi arasındaki hukuki bağı oluşturan kanuni gerekçenin kanun gereği ortadan kalkması şekilde bir yaklaşımı kabul etmeyen görüşler de mevcuttur.

---

[654] "İhtiyati tedbir kararının HUMK.nun 109. maddesi gereğince kendiliğinden kalkması halinde yedieminlik görevinin son bulacağı ve dolayısıyla sanığın cezai sorumluluğundan bahsedilemeyeceği cihetle, sanığın ihtiyati tedbir kararından sonra 10 gün içinde dava açılıp açılmadığı hususu tespit edilerek sonucuna göre hukuki durumun tayini gerektiği gözetilmeden eksik tahkikatla hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir [Yarg 4. CD. 12.9.1989, 4492/5063; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU (1999-III), s. 2756].

[655] "Suç konusu eşyanın 20.6.1980 tarihinde haczedilip yediemin olarak borluya teslim edildiği ve İcra ve İflas Kanununun 106 ve 110. maddelerinde yazılı bir yıllık süre geçtikten sonra, 17.9.1981 tarihinde satışın istendiği anlaşılmasına göre, suçun oluşmayacağı gözetilmeden sanığın TCK. m.276/2 maddesiyle cezalandırılması bozmayı gerektirmiştir" [Yarg. 4. CD. 9.6.1983, 2952/3417; ERMAN/ÖZEK, s. 462, dn(5)].

[656] "... 6.8.1999 tarihinde yediemine tebliğ edilen yazı ile mahcuz malların, tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde vergi dairesine teslimi istenilmiş, mahcuz mallar tebligata rağmen teslim edilmemiştir. Haciz tarihi ile teslimin istendiği tarih arasında 3 aydan fazla süre geçmiştir. Hacizden itibaren 6183 sayılı Yasanın 84/1. maddesinde belirtilen üç ay içinde satış istendiğine ilişkin dosyada bir belge ve bilgi bulunmamaktadır. Yasada belirtilen üç aylık süre içinde satış istenmemesi, satış istenmesi halinde ise aynı Yasanın 87. maddesinde yer alan süre içinde satışın gerçekleşmemesi halinde haciz kalkacağından ve yedieminlik yükümlülüğüne aykırı davranış suçu oluşmayacağından, satış isteme süresi araştırılarak sanığın hukuki durumunun tayin ve tespitinde zorunluluk bulunmaktadır" (Yarg. CGK., 19.3.2002, 4-87/216; YKD. Eylül 2002/9, s. 1395).

İtalyan Yargıtay'ı kamu idaresi ile kişi (yediemin) arasındaki hukuki bağın sona erdiğine karar vermek yetkisinin atamaya yetkili makama ait olduğunu ve yetkili makam bu kararı verinceye kadar, yedieminin yedieminlik görevi ve cezai sorumluluğunun devam edeceği görüşündedir"[657].

SELÇUK da aynı fikirde olup, burada, yokluk (inexistence, inessistenza) ile butlanın (nullite, nullita) birbirine karıştırıldığı görüşündedir. SELÇUK, yoklukta, bir işlemin hiç yapılmamış gibi başından beri yok sayılmasının söz konusu olduğunu; yetkisiz bir kimse, örneğin, bir sağlık memuru tarafından haciz işlemi yapılıp, yediemine tevdi halinde yokluğun söz konusu olacağını ve bu işlem için, iptal veya kaldırma kararı verilmesine gerek olmadığını; oysa, butlan halinde, işlemin, yetkili organlarca iptal edilinceye kadar geçerli kalmaya devam edeceğini ve bu sebeple butlan kararı verilinceye kadar, işlenen davranışların suç teşkil edeceğini; yedieminin, yetkili makamlar yerine geçerek, devletle yediemin arasındaki bağlantının sona erip ermediğine, bunun süresinin bitip bitmediğine veya bunun geçerli olup olmadığına karar vermesinin devletin işlemlerini ihlal etmesi anlamına geleceğini; bu nedenle de, İİK m. 106 ve 110 uyarınca, bir yıl içinde satış istenmemesi nedeniyle, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçunun oluşmadığı yönündeki görüşe katılmak olanağı bulunmadığını savunmaktadır[658]. SELÇUK, aksi halde, yedieminin elinde bulunan malı sürgit tutmak zorunda kalacağı yönündeki görüşlerin ise, İİK'nın yükümlülükten kurtulmak için, yediemine başvuru olanağı tanımış olduğunu ifade etmektedir[659].

---

[657] "Hakim tarafından haciz bağının sona erdiğine dair karar verilmedikçe, haczin kanunen etkisiz hale gelmesinden sonra fiilin işlenmesi suçun oluşmadığını ifade etmez" [İt. Ygt. 7 Mart 1939; ERMAN/ÖZEK, s. 462, dn(5)]; "Haciz hukuki açıdan etkisini kaybetmiş olsa bile, yediemin bakımından cezai sonuçları yine de devam eder ve muhafızın borç, görev ve sorumluluğu sona ermez" [İt. Ygt. 18 Ekim 1916; ERMAN/ÖZEK, s. 462, dn(5)]; ayrıca bkz. MAJNO (II), s. 225.
[658] SELÇUK, Sami, Karşıoylarım, Ankara 2001, s. 411-412.
[659] SELÇUK, s. 412.

Biz bu görüşe katılamıyoruz. Öncelik ile belirtmek gerekir ki, kamu idaresi ile yediemin arasındaki hukuki bağın sona ermesi hali, kanun gereği meydana gelmektedir ve yediemin bu bağın sona erdiğini belirlemek yetkisine sahip değildir. Öte yandan, bu bağın sona ermesine rağmen, bunun yetkili makamca tespit edilmesine kadar, yedieminin görevinin devam edeceğini ifade etmek, anılan bağ sona ermesine rağmen bunu zamanında tespit edip, yedieminden malı alması gerekirken almayan, yetkili makamların ihmalinin, yediemine yüklenmesi sonucunu doğurur. Bu ise, kabul edilemez.

Yedieminin, görevine son verilmesini istemek konusunda bir yetkisi bulunması da durumu değiştirmez. Zira, önemli olanın, yetkili makamın, aradaki hukuki bağın sona erdiğini tespit etmesi olduğu sonucuna varıldığında, yedieminin görevin sona erdirilmesi veya sona erdiği konusundaki talebine rağmen, yetkili makamın bu talebin gereğini yapmaması halinde, yediemin için sürgit bu görevi sürdürmek dışında bir yol kalmamaktadır. Kaldı ki, aradaki hukuki bağ sona ermemiş ise, yedieminlik görevinin sona erdirilmesini talep eden yedieminin bu talebi yetkili makamca yerine getirilmez ise, yedieminin bu görevi zaten devam edecektir. Ancak, görevinin sona erdirilmesi yönündeki talebi örneğin, hastalık vs. gibi, görevini yerine getirmesine objektif olarak imkansız kılacak bir sebepten kaynaklanıyor ise, belki suçun manevi unsurunun yokluğu nedeniyle, yedieminlik görevini kötüye kullanmak suçundan sorumlu tutulamayacaktır.

Öte yandan, daha çok özel hukuk işlemleri için kullanılan yokluk ve butlan kavramlarının burada konu ile bir ilgisi bulunmadığını düşünüyoruz. Söz konusu kavramlar, bir işlemin yapıldığı zamanki durumuna göre, hukuka uygunluğunu belirtiler. Oysa, başlangıçta, yediemin ile devlet arasında kurulan hukuki bağ, süresinde haciz istenmemesi nedeniyle sona ermektedir. Bu itibarla, burada bir yokluktan veya butlandan söz etmek kanaatimizce mümkün değildir.

Yedieminlik görevi, yedieminin fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölümü halinde de sona erecektir. Ölüm halinde, mirasçıların, fiil ehliyetinin kaybedilmesi halinde ise, vasi veya (TMK m. 419, III) velinin yediemin sıfatı olmayacaktır. Zira, bu kişilerin kendilerine, yediemin sıfatı ile yetkili merci tarafından mal teslim edilmemiştir.

Mirasçıların veya veli ya da vasinin, yedieminlik görevini kötüye kullanma suçunu (5237 sayılı TCK. m. 289), işlemeleri, anılan suçun, sadece yedieminler tarafından işlenebilen mahsus suç olması itibariyle mümkün değildir. Ancak, diğer şartları da varsa, bir başka suçu, örneğin, emniyeti suiistimal suçunu veya hırsızlık suçunu işlemeleri mümkündür.

Öte yandan, İİK m. 358'in de, mirasçı veya vasi ya da veliye tatbiki mümkün değildir; çünkü anılan maddenin tatbiki için, kişinin İİK'ya göre haczedilip kendisine mal teslim edilen yediemin olması gerekir ve bu unsurlar, mirasçı veya veli ya da vasi için oluşmamıştır[660].

[660] Ancak hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 368'in, 6183 sayılı Kanundaki karşılığı olan m. 83 uygulaması bakımında durum değişiktir (6183 sayılı Kanun'daki yedieminliğe ilişkin bkz. yukarıda § 6, C, I). Zira, 61283 sayılı Kanun m. 7, II'ye göre, "Borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik edilir. Borçlunun ölümünden evvel başlamış olan muamelelere devam olunur. Terekenin bir mahkeme veya iflas dairesi tarafından tasfiyesini gerektiren haller bu hükmün dışındadır". Anılan hüküm nedeniyle, Danıştay bir kararında aynen şöyle bir hüküm vermiştir: "6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa'nın 83. maddesinde, borçlular, zilyedler ve güvenilir şahısların 82. madde gereğince kendilerine bırakılan malları, alacaklı kamu idarelerine yapılacak ilk talep üzerine derhal ve kendilerine teslim edildiği zamandaki durumları ile geri vermek zorunda oldukları, bu zorunluluğu yerine getirmeyenlerin, bu malların kendilerine yüklenemeyecek bir nedenden dolayı yol olduğunu veya yitirildiğini kanıtlayamadıkları takdirde, geri verilmeyen malların değeri tutarınca borçlu sayılıp, bu yasa hükümleri gereğince takip olunacakları ve aynı Yasanın 7. maddesinde de borçlunun ölümü halinde, mirası reddetmemiş mirasçılar hakkında da bu yasa hükümlerinin uygulanacağı borçlunun ölümünden önce başlamış olan muamelelere devam olunacağı hükme bağlandığından, davacının murisinin şahıs olarak kendisine teslim edilen taşınır malların, kamu idaresince istenmesine karşın geri verilmemesi nedeniyle, bu malların değerleri tutarınca borçlu sayılarak bu borcun mirası reddetmemiş olduğu çekişmesiz olan davacıdan, mirastaki hissesi oranında, adına düzenlenen ödeme ile aranmasında yukarıda belirtilen yasa hükümlerine bir aykırılık bulunmadığı gibi, 6183 sayılı Yasanın, sözü edilen ve borçluluk halini öngören 83. maddesi hükmü karşısında, olayda Borçlar Yasasında düzenlenmiş bulunan ve tazmin yükümlülüğünü getiren vedia söz konusu olamayacağından, ayrıca, asıl kamu borçlusu ...'in ... Tapu Sicil Muhafızlığı 182 pafta, 518 ada, 83 parsel sayılı taşınmazına her yıl haciz uygulanmış olması nedeniyle tahsil zamanaşımı kesilmiş bulunduğundan, davacı

Ancak, mirasçı veya veli ya da vasinin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu doğabilir. Bununla beraber burada yine de bir yedieminlik yoktur. Zira mal, mirasçıya veya veliye yahut vasiye yetkili makam tarafından resmen ve muhafaza amacıyla verilmemiş; yani adı geçenler yediemin olarak atanmamışlardır. Söz konusu kişilerin haksız fiil hükümlerine göre karşı karşıya kalabilecekleri sorumluluk, ileride incelenecek olan yedieminin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğundan farklıdır. Bu kişilerin sorumluluğu, söz konusu malların, vesayet veya velayet altına alınana yahut murislerine ait olduğunu bilmeleri veya bilmemelerine göre değişecektir. Kanaatimizce bu kişiler, durumu bilip bilmemelerine göre, iyiniyetli zilyet (TMK m. 994) veya iyiniyetli olmayan zilyet (TMK m. 995) hükümlerine göre sorumlu olacaklar; doğal olarak haksız fiile ilişkin hükümlerin kendilerine uygulamasını gerektirir bir durum var ise, genel haksız fiil hükümleri uyarınca da sorumlu olabilecekledir.

---

vekilinin bu konulara ilişkin iddialarında da yerindelik görülmemiştir..- Açıklanan nedenlerle yasal dayanağı olmayan davanın reddine ... karar verildi" (Danıştay, 13.D. 26.9.1979, 1979/1104 E. (karar numarası belirtilmemiştir); ÖZBALCI, s. 777-778).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YEDİEMİNİN SORUMLULUĞU

§ 11 YEDİEMİNLİKTE HUKUKİ SORUMLULUK

A) ALACAKLININ VE İHTİYATİ TEDBİR TALEP EDENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Alacaklının ve/veya ihtiyati tedbir talep edenin yedieminlikte herhangi bir hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira, malın, yediemin elinde iken zarar görmesi halinde, hem icrai[661] ve ihtiyati hacizde (İİK. m. 259) hem de (HUMK. m. 110) ihtiyati tedbirde (3091 sayılı Kanunun uygulanması dahil[662]), malın yediemine teslimi ile, alacaklının veya ihtiyati tedbir talep edenin, haciz talep etme veya ihtiyati tedbir talep etme eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmektedir[663]. Malın yediemin elinde zarar görmesi halinde, alacaklı veya ihtiyati tedbir talep eden, bu zarar verici eyleme yabancı olmaktadır.

---

[661] "Dava, haksız icrai haciz sebebiyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Kanun koyucunun, sonuçları icra haczinden daha hafif olan ihtiyati haciz hakkında İcra İflas Kanununun 259. maddesi hükmüyle kabul ettiği sorumluluk esasının, icra hacizlerinde evleviyetle uygulanması gerekir" (Yarg. 4. HD. 26.51986, 3505/4203; GÖKCAN, s. 185).

[662] 3091 sayılı Kanuna göre valinin veya kaymakamın verdiği tecavüzün önlenmesi kararı, hukuki niteliği bakımından bir çeşit ihtiyati tedbir kararıdır (KURU (Usul-IV), s. 4417); "Mahkemelerden alınmış ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararlarının haksızlığının anlaşılması halinde bunlardan doğan zararların tazmininin dahi istenebileceğine ve idarenin verdiği kararın hukuki nitelikçe bir tedbir kararından başka bir şey olmamasına göre yerinde olan özel daire bozma ilamına uyulması gerekirken eski hükümde direnilmesi usul ve kanuna aykırıdır" [Yarg. HGK. 26.6.1963, 22/23; KURU (Usul-IV), s. 4422].

[663] "Uyuşmazlık kadillak marka arabaya konulan tedbirden doğmuştur. Mülkiyeti uyuşmazlık ve dava konusu olan araç davalı tarafından anılan tedbir kararı ile mahkemece bir yediadle verilmiş, bu işlemler konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Bu dava ile aracın yediemin elinde bulunduğu sırada hor kullanılması, bakımsızlık gibi nedenlerle harap olmasından doğan zararın ödetilmesi istenmektedir. Bu tür zararın gerçekleşmesinde, davalının tedbir alması eylemi ile illiyet ilişkisi yoktur./ O halde, zarar tedbir alınmasından değil yediadlin davranış ve işleminden doğmuştur. Bu nedenle red edilmelidir" [Yarg. HGK. 24.4.1975, 4-517/1277; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 222].

B) YEDİEMİN ATANMASI KARARI VEREN HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

I) KAPSAM

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere[664], hakim ihtiyati tedbir nedeniyle, kendisine iflas talebi geldiğinde veya ceza mahkemesinde, CMK uyarınca, bazı malların yediemine tevdiine karar verebilir.

Aşağıda, hakimin, bazı malların yediemine tevdiine karar vermesi nedeniyle karşılaşabileceği hukuki sorumluluk incelenecektir.

Ancak bu incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, aşağıda yapılacak olan inceleme, yüksek mahkeme başkan ve üyelerine ilişkin değildir. Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine HUMK m. 573-576'ya göre tazminat davası açılıp açılamayacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay, bu konuda açılan davaları, Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında görevle ilgili suçtan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden, Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine doğrudan doğruya tazminat davası açılamayacağı gerekçesi ile reddetmektedir[665]. Danıştay başkan ve üyeleri için de aynı usul geçerlidir[666].

[664] Bkz. yukarıda, § 6, A, B ve C, II ve § 8, C
[665] Yarg. HGK. 22.03.2000, 2/2; KURU (Usul-VI), s. 5859-5852); KURU ise bu görüşe katılmanın mümkün bulunmadığı görüşündedir, bkz. KURU (Usul-VI), s. 5863 vd.
[666] KURU (Usul-VI), s. 5868.

II) HAKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

Bilindiği gibi hakimlerin hem idari faaliyetleri[667] hem de yargısal faaliyetleri vardır. Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zararlar için, hizmet kusuruna dayanılarak, Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemelerinde tam yargı davası açılabilir[668]. Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar, kişisel kusuruna dayanıyor ise, hakime karşı haksız fiil hükümlerine göre (BK m. 41 vd.) hukuk mahkemelerinde tazminat davası açılabilir[669]. Yargıtay kararları da bu yöndedir[670].

Ancak, hakimlerin yargısal faaliyetlerinde durum farklıdır. Bu itibarla, öncelikle yargısal faaliyetin anlamının belirlenmesi gereklidir. Yargısal faaliyetin anlamı konusu, öğretide, oldukça tartışmalı bir konudur. Bu konuda pek çok teori ileri sürülmüştür[671]. Söz konusu teorilerin incelenmesi ve eleştirisi konumuz dışında kaldığı için, burada incelenmeyecektir. Ancak, yargısal faaliyetin ne olduğu konusunda, genel kabul gören kıstaslar dikkate alındığında, kanaatimizce, PEKCANITEZ

---

667 "Hâkimlerin özellikle bir kaza çevresinde görevde bulunan yüksek dereceli hakimlerin, kaza (yargı) görevinden başka, değişik yasalarla verilmiş 'idari' nitelikte görevleri de vardır. Örneğin, Hâkimler yasasına göre, toplu çalışan mahkemelerin başkanlarının, üyeleri, yardımcıları ve stajyerler üzerinde denetlemeleri ile, Vesayet dairesi hâkimlerinin Vasiler üzerinde hesap işlemlerine ilişkin Medeni Yasanın öngördüğü denetleme görevleri bu niteliktedir" [Yarg. 4. HD. 18.12.1970, 9397/9458; bkz. ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 45, dn(2)].

668 KURU (Usul-VI), s. 5831.

669 KURU (Usul-VI), s. 5831. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Anayasanın 129, maddesinin 5. fıkrasında yer alan, "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmü karşısında, artık, öğreti ve yargı içtihatlarında kamu görevlilerinin kişisel kusuru olarak kabul edilen hallerde dahi, kamu görevlisine karşı değil, idare aleyhine dava açmak gereklidir (bkz. GÜNDAY , s. 328). Yine anılan Anayasanın 129. maddenin 5. fıkrasına göre, idare, tazminat ödemeye mahkum edilir ise, ilgili kamu görevlisine rücu edecektir.

670 "Dairemiz Kurulunun 14.11.1957 gün 6471/6802 sayılı ve 29.1.1959 gün 1386/963 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere, hakimlerine idari faaliyetlerinden doğan zararlar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılabilir. İdari faaliyetten doğan zararın kişisel kusura dayanması durumunda ise hakime karşı haksız eylem hükümlerine (BK. 41 vd.) göre adliye (hukuk) mahkemelerinde tazminat davası açılabilir" [Yarg. 4. HD. 24.12.1996, 5036/13244; bkz. KURU (Usul-VI), s. 5831].

671 Bu teoriler ve görüşler için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 56; ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 45 vd.; BERKİN (Usul), s. 92; POSTACIOĞLU (Usul), s. 23 vd.

tarafından verilen tanım, konuyu oldukça iyi bir şekilde açıklamaktadır. Buna göre, yargısal faaliyet, iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığın, taraflardan birinin talebi üzerine, bağımsız hakim (mahkeme) tarafından yargısal usule uyularak ve iki tarafa iddia ve savunma hakkı tanınarak, objektif hukuka göre çözümlenmesidir ve mahkemelerin bu tür faaliyetleri sırasındaki işlemlerine de, yargısal işlem denilmektedir[672]. Ayrıca hemen belirtmek ve eklemek gerekir ki, bir faaliyetin yargısal faaliyet olması için ayrıca, bu faaliyet sonucunda verilen kararın, adli hakikatı oluşturması yani, hiçbir makam ve merci tarafından değiştirilememesi gerekir[673]. Bir başka deyişle, yargısal faaliyet sonucunda verilen kararın, kesin hüküm teşkil etmesi gerekir[674].

Buna göre, mahkeme tarafından ihtiyati tedbir olarak verilen yediemine tevdi kararı (HUMK m. 101 vd.) veya iflas talebi üzerine yetkili ticaret mahkemesi tarafından İİK m. 159'a göre verilebilecek olan ve muhafaza tedbiri[675] niteliğinde hakkında iflas talep edilen kişinin mallarının yediemine teslimi veya ceza usul hukukuna göre, mahkemece el konulan bir malın (CMK. m. 123 vd.), yediemine teslimi halinde, mahkemece (hakim tarafından) yapılan işlemler, yargısal faaliyet yaparken yaptıkları işlemler olup, yargısal işlem niteliğindedirler. Zira bu işlemlerin hepsi, YILMAZ'ın belirttiği gibi, kesin hukuki himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden davacı ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca[676] verilen geniş

[672] PEKCANITEZ (Şikayet), s. 17.
[673] PEKCANITEZ (Şikayet), s. 19.
[674] AYDINALP de, idari tasarruf ve yargı tasarrufu olarak ifade ettiği, idari işlem ve yargısal işlemler arasındaki farkları üç başlık altında toplamaktadır. Buna göre, 1) yargı tasarrufunda bulunabilmek için, mahkemeye başvurulmuş olmasının ve bu başvuruda hukuki uyuşmazlığın ortaya konulmuş olması gerektiğini; 2) yargı kararlarının çıkan bir hukuki uyuşmazlığın çözümüne, işlenen bir suçtan dolayı bozulan sosyal düzenin düzeltilmesine, onarımına yönelik olduğunu; 3) yargı kararlarının kesin hüküm mahiyeti alacağını ifade etmektedir (bkz. AYDINALP, Sezai, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 36-37).
[675] YILMAZ, İİK m. 159'a göre, iflas talebi halinde, mahkemece alınacak olan muhafaza tedbirlerinin, teknik anlamda (HUMK m. 101 vd.) ihtiyati tedbir olmadığını ve her ikisinin de üst kavram olan birer geçici hukuki himaye tedbiri olduğunu belirtmektedir [bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 805].
[676] Anayasa m. 9'a göre, "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." O halde, yargı organları, sadece mahkemelerdir.

veya dar kapsamlı hukuki himayeyi (geçici hukuki himayeyi) sağlamaya yönelik, geçici hukuki himaye tedbirleridirler[677].

Yargı organları tarafından, yediemin tayin edilmesi işlemi, bir yargısal işlem olduğuna göre, hakimlerin bu faaliyetleri sırasında verdikleri zararlar, hakimlerin yargısal faaliyetlerinden sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmek gerekir.

Hakimlerin, yargısal faaliyetleri nedeniyle vermiş oldukları zararlar için, HUMK m. 573-576 uygulanır. Ancak hakimlerin, hakimlik görevini yaparken işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı (örneğin, hakimin, duruşma veya keşif sırasında taraflardan birisine veya vekiline hakaret etmesi), (genel) haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) maddi veya manevi tazminat davası açılabilir[678]. Yargıtay kararları da bu yöndedir[679].

Acaba, HUMK m. 573-576'da düzenlenen hakimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle vermiş oldukları zararlardan dolayı hukuki sorumluluğunun niteliği nedir?

KURU, hakime karşı açılacak tazminat davasının, haksız fiilden (BK. m. 41 vd.) dolayı tazminat davasına çok benzediğini ifade etmektedir[680].

---

[677] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s.32; Ancak hemen belirtmek gerekir ki, geçici hukuki himaye tedbirlerinin hepsi, yargı organları tarafından verilen ve yukarıda verilen tanıma uyan, yargısal işlemler değildir. Geçici hukuki himaye tedbirleri, kural olarak, aksine bir kanuni düzenleme olmadıkça yargı organları tarafından verilir (YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s.35). Ancak, kanunlarda yargı organları dışında görevlendirilen kişi ve merciler (örneğin, kolluk kuvvetleri veya icra müdürü) de istisnaen geçici hukuki himaye tedbiri alabilir [bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s.36].

[678] KURU (Usul-VI), s. 5833.

[679] "Hakimlerin hakimlik görevini yaparken 'yargısal faaliyetleri' nedeni ile vermiş oldukları zarar için, HUMK'nun 573. maddesinde sayılan hallerde 573-576 hükümlerine göre hakime karşı tazminat davası açılabilir. Bunlar dışındaki hallerde 573-576 hükümlerine göre hakime karşı tazminat davası açılamaz; fakat hakimin, hakimlik görevini yaparken işlemiş olduğu haksız eylemlerden dolayı (örneğin, hakimin duruşmada taraflardan birine veya vekiline hakaret etmiş olmasından dolayı), haksız eylem hükümlerine (BK. 41 vd) göre, hakime karşı tazminat davası açılması olanağı vardır" [Yarg. 4. HD. 24.12.1996, 5036/13244; bkz. KURU (Usul-VI), s. 5833].

[680] KURU (Usul-VI), s. 5841.

TERCAN, hakimler aleyhine açılacak sorumluluk davasının, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan bir tazminat davası olduğu görüşündedir[681].

BİLGE/ÖNEN, HUMK. m. 573-576'da düzenlenen sorumluluğun, hakimlerin hukuki yönden sorumluluğu olup, hakimler aleyhine, özel şekide sevk edilmiş hukuk hükümlerine göre tazminat davası açılmasını gerektirdiğini beyan etmektedir[682].

AYDINALP, hakimlerin hukuki sorumluluğunun, HUMK'ta sayılan hallerle sınırlı, haksız fiil kusuruna dayanan bir sorumluluk türü olduğu görüşündedir[683].

Kanaatimizce, hakimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle hukuki sorumlulukları genel haksız fiil sorumluluğunun özel bir halidir. Bir başka deyişle, hakimlerin hukuki sorumluluğu için de, genel haksız fiil hükümleri uyarınca, haksız fiilin unsurları olan, hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları aranacaktır[684]. Ancak, bu unsurlardan hukuka aykırı fiil ve kusur hususunda HUMK. m. 573-576'da yer alan özel hükümler uygulanacaktır.

Yargıtay kararlarında da, HUMK m. 573-576'da düzenlenen hakimlerin hukuki sorumluluğunun bir haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir[685].

---

[681] TERCAN, Erdal, Hakimlerin Sorumluluğu, Ankara 1988 (Yüksek Lisans Tezi), s. 64.
[682] BİLGE/ÖNEN, s. 96.
[683] AYDINALP, s. 90.
[684] Öğretide, hakimlerin, yargısal faaliyetleri nedeniyle hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak, açıkça haksız fiil sorumluluğu olduğu görüşünde olmayan veya bu konuda görüş bildirmeyen bazı yazarlar da, sorumluluk için haksız fiilin unsurlarının aranacağını belirtmektedirler: KURU (Usul-VI), s. 5841; PEKCANITEZ (Usul), s. 109; BİLGE/ÖNEN, s. 103; hatta BİLGE/ÖNEN, HUMK "hükümlerine göre açılan bu hukuki sorumluluk (tazminat) davasının bir haksız fiil olduğu da söylenebilir" demektedir (bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 103); BERKİN, s. 177; ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 121; AYDINALP, s. 93.
[685] "Olayda davalı *hakime*, 3533 sayılı Kanun hükmünü ihlal ederek itiraz dilekçesini reddettiği ileri sürülmek suretiyle *haksız fiil isnad edilmiş bulunmasına göre*, zamanaşımı yönünden BK'nun 60 ıncı maddesini uygulanması gerekmektedir" [Yarg. HGK. 15.4.1970, 4/537-196; bkz. KURU (Usul-VI), s. 5841].

III) HAKİMİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Hakimin, yargısal faaliyetleri nedeniyle vermiş olduğu zararlar konusundaki özel nitelikteki haksız fiil sorumluluğu için, gerekli olan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları aşağıda incelenecektir.

1) HUKUKA AYKIRI FİİL VE KUSUR

HUMK m. 573 vd.'da sözü edilen fiil, yukarıda belirtilen, hakimlerin yargısal işlemleridir. Bu fiil, yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Yapmamanın bir fiil teşkil etmesi ve sorumluluğa yol açması için failin (hakimin) o davranışta bulunması gerekirken, hareketsiz kalmış olması aranır[686].

Hukuka aykırılık ise, bir fiilin, bir hukuk kuralına aykırı olduğunu ifade eder[687]. Böyle bir hukuka aykırı fiil sonucu zarara uğrayan şahsın tazminat isteyebilmesi için, ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o şahsın zarardan korunmasının da girmesi gerekir[688]. Buna hukuka aykırılık bağı denir.

HUMK. m. 573'te hangi hallerde hakimler aleyhine tazminat davası açılabileceği tek tek belirtilmiştir. Bu sayma şekli tahdidi olup, anılan sebepler dışında, yargısal faaliyetleri nedeniyle hakimlerin hukuki mesuliyetine gidilemez[689].

Söz konusu maddede sayılan hallerde, hakimin sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiil ve kusurun derecesi belirtilmiştir.

---

[686] OĞUZMAN/ÖZ, s. 476.
[687] OĞUZMAN/ÖZ, s. 477.
[688] OĞUZMAN/ÖZ, s. 478.
[689] KURU (Usul-VI); KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 9126-927; s. 5846; BİLGE/ÖNEN, s. 99; BERKİN (Usul), s. 177;

HUMK. m. 573'te tahdidi olarak belirtilen haller şunlardır:

a- Hakimin, iki taraftan birine olan dostluk veya düşmanlığı nedeniyle, diğer taraf aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm veya karar vermiş olması;

b- Başka türlü yorumlanamayacak veya açıklanamayacak şekilde açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olması;

c-Yargılama tutanağında olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması;

d- Yargılama tutanakları ile kararların değiştirilmesi veya tahrif edilmesi ve söylenmeyen bir sözün hüküm ve karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması;

e- Ödenen veya sağlanan yahut vaadolunan bir menfaat dolayısıyla kanuna ayıkırı hüküm verilmiş olması;

f- Hakimin hak dağıtmaktan kaçınması;

g-Memuriyet görevini yapmakta ihmal veya gevşeklik gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin kabul edilebilir bir sebep olmaksızın yapılmaması.

BİLGE/ÖNEN, yukarıda belirtilen hallerden (b) bendi dışında kalan hallerde, kast arandığını, (b) bendindeki halde ise, kastın aranmadığını ifade etmektedir[690]. Kanaatimizce, (b) bendindeki hal, kastla işlenebileceği gibi, madde de belirtildiği kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırılık söz konusu olduğuna göre, bu halde hakimin ağır ihmalinin varlığı kabul edilmelidir[691].

Yukarıda belirtilen hallerden son bent hariç, diğer tüm haller, şayet maddede anıldığı şekilde gerçekleşir ise, yediemin tayinine ilişkin hakim

[690] BİLGE/ÖNEN, s. 100-103.

[691] Aynı yönde bkz. ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 115. Ancak, PEKCANITEZ, (b) bendindeki halin, basit bir ihmal ile bile işlenebileceği görüşündedir [bkz. PEKCANITEZ (Usul), s. 110].

kararı için de uygulanabilir[692]. Son bendin, hakimlerin idari görevlerine ilişkin olduğu; fakat, hakimin idari faaliyetlerinden doğan zararlar için, HUMK m. 573-576 uygulanamadığı için, son bendin, sadece çekişmesiz yargı hallerinde uygulanabileceği öğretide genel olarak kabul edilmektedir[693].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ihkakı haktan istinkaf nedeniyle hakime tazminat davası açabilmek için, HUMK m. 575'e göre, hakimin kendisine çekilecek bir ihtarname ile görevini yapmaya (örneğin, yediemin tayin etmeye veya değiştirmeye yahut görevden almaya) davet etmek gereklidir. Öte yandan, hakimin sorumluluğuna gidebilmek için, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin de var olmaması gerekir. Örneğin, POSTACIOĞLU, hakimin haksız kararının düzeltilmesi için kanun yollarına başvurmayan kişinin, zarara rıza göstermiş olacağını ve hakimin sorumluluğun gidememesi gerektiği görüşündedir[694]. Kanaatimizce aynı görüşten hareketle, yediemin tayin kararının yanlış olduğunu veya seçilen yediemin iyi bir seçim olmadığını düşünen kişi de, şayet söz konusu karara itiraz etmemiş ise, bununla zarara rıza gösterdiği ve hareketi ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırmış olduğunu sonucuna varmak gerekir.

2) ZARAR

Daha önce de belirtildiği gibi, zarar, bir kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Bir başka deyişle, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile zarar verici fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark zarardır[695]. Burada belirtilen esasen maddi zarardır.

---

[692] Ancak, PEKCANITEZ, sadece (a) bendinde belirtilen hal için, ara kararları hakkında da uygulanabilir şeklinde görüş belirtmekte ve diğer haller için bu ifadeyi kullanmadığı için, diğer hallerin sadece nihai hükümler için uygulanabileceği görüşünde olduğu intibaı yaratmaktadır (bkz. PEKCANITEZ, s. 109 vd.).
[693] KURU (Usul-VI), s. 5838; PEKCANITEZ (Usul), s. 111; BİLGE/ÖNEN, s. 102.
[694] POSTACIOĞLU (Usul), s. 72; aynı yönde, ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 121.
[695] OĞUZMAN/ÖZ , s. 497.

Maddi zarar, fiili zarar veya kâr mahrumiyeti şeklinde olabilir. Fiili zarar, ya malvarlığının aktifinde bir azalma (bir malın tahrip edilmesi gibi) veya malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma (zarar veren kişinin yaptığı fiil sonucu yüklenilen borç gibi) şeklinde olabilir[696].

Kâr mahrumiyeti ise, elde edilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder[697] (örneğin, yediemine teslim edilen taksinin zarar görmesi sonucu, bir süre çalıştırılamaması nedeniyle uğranılan gelir kaybı gibi).

Maddi zarar yapılan başka bir ayırıma göre, doğrudan zarar, dolaylı zarar olarak ikiye ayrılır. Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin bu fiil yüzünden araya bir sebep girmeden uğradığı zarardır[698]. Örneğin, yediemine teslim edilen taksinin, gördüğü hasar sonucu değerindeki eksilme böyledir. Dolaylı zarar ise, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır[699]. Örneğin, yediemine teslim edilmesi ve onun elinde hasara uğraması nedeniyle taksinin bir süre kullanılamaması nedeniyle, anılan taksi ile bir kişiyi belli bir tarihte bir yere götürmek üzere anlaşan kişinin, bu anlaşması gereğini yerine getirememesi nedeniyle, anlaştığı kişiye ödemek zorunda kalacağı tazminat gibi.

Yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinden başka bir kişinin de bu fiil yüzünden uğradığı zarardır[700]. Örneğin, yukarıdaki örnekte, yediemine teslim edilen taksinin zarara uğraması sonucu, bir süre çalışamaması nedeniyle, yeterli gelir elde edemeyen kişinin başka bir şehirde okuyan oğluna para gönderememesi nedeniyle, oğlun uğradığı zarar.

---

[696] OĞUZMAN/ÖZ , s. 499.
[697] OĞUZMAN/ÖZ , s. 499.
[698] OĞUZMAN/ÖZ , s. 500.
[699] OĞUZMAN/ÖZ , s. 500.
[700] OĞUZMAN/ÖZ , s. 501.

Bir başka ayrıma göre ise, zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş zarara mevcut zarar; anılan tarihte gerçekleşmiş olmayan ve fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar ise, müstakbel zarardır[701] (örneğin, tek geçim kaynağı olan taksisinin yediemin elinde tamamen harap olması nedeniyle, başkaca bir geçim kaynağı olmayan kişinin ileride uğrayacağı zarar gibi). Henüz mevcut olmayan ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarar da, muhtemel zarardır[702]. Söz konusu ilave risk gerçekleşmedikçe, muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz.

Söz konusu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Manevi zarar ise, şahsiyet hakkına hukuka aykırı tecavüz nedeniyle doğan acı, elem ve ıstıraptır[703].

Tüm unsurlarının tamam olması nedeniyle, hakimin sorumluluğuna gidilmesi halinde, hakim, zararın niteliğine göre yukarıda belirtilen tüm zararları ödemeye mahkum edilebilir.

Nitekim, HUMK m. 576, I'e göre, tazminat davası sabit olursa, davacının uğradığı, *bütün zarar ve ziyanın* (kâffei zarar ve ziyan) ve mahkeme masrafları ve yol masrafları dahil, esas davaya ilişkin hükümden doğan zarar ve ziyanın davalıdan (hakimden) tahsiline karar verilir.

3) İLLİYET BAĞI

Hakimin HUMK m. 573'te belirtilen hallerin tahakkuk etmiş olmasına ve bir zararın da meydana gelmiş olmasına rağmen, sorumlu olabilmesi için, söz konusu zararın, HUMK m. 573'te belirtilen hallerden biri sebebiyle meydana gelmiş olması gerekir. İşte söz konusu haller ile zarar arasındaki bu ilişki illiyet bağıdır.

---

[701] OĞUZMAN/ÖZ , s. 501,
[702] OĞUZMAN/ÖZ , s. 501.
[703] OĞUZMAN/ÖZ , s. 651.

Ancak, illiyet bağı neye göre saptanacaktır? Bilindiği gibi, illiyet bağının saptanmasında Türk Hukukunda genel kabul gören teori, uygun illiyet bağı teorisidir.

Bilindiği gibi, hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantıki illiyet bağına uygun illiyet bağı denir[704]. Yani, söz konusu fiilin (HUMK. m. 576'da sayılan hallerin), hayat tecrübelerine göre, olayların normal akışında bu zararı meydana getirebileceği sonucuna varılıyor ise, uygun illiyet bağı teorisine göre, fiili ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş demektir. Bu nedenle de, hakimin söz konusu zararı tazmin etmesi gerekir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir istirdat davasında, anılan davanın davacısının talebi üzerine dava konusu traktör üzerine teminatsız olarak ihtiyati tedbir koyan ve bir yediemine (N.) teslim eden hakime karşı, anılan yedieminin (N.'nin) söz konusu traktörü elden çıkarması nedeniyle, istirdat davasını kazanmasına rağmen traktörü elde edemeyen ve böylece zarara uğrayan kişi tarafından açılan davada şöyle karar vermiştir:

> "Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, (olayda HUMK'un 573. maddesinde öngörülen unsurlar gerçekleşmemiştir. Davalı hâkim, yediemin olarak tayin edilmelerini tarafların karşılıklı muvafakatlarına bağladığı için, teminat alma ihtiyacını duymamıştır. *Davalının sorumluluğu, eylemiyle zarar arasında uygun neden sonuç bağının bulunmasına bağlıdır*. Burada zararı doğuran eylem infaz memurunun hâkimin bilgisi dışında davada taraf olan N.'yi yediemin olarak tayin etmesinden ve bu şahsın ise yedieminlik görevini suiistimal etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan da davalıyı meydana gelen zarardan sorumlu tutmak mümkün değildir) gerekçesiyle davanın reddine, 5.000 lira manevi tazminatın davacıdan alınıp davalı hâkim A.G.C.'a verilmesine karar vermiştir.-Karar davacı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmiştir.- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, traktörün yediemin olan avukattan N.'ye geçmesinde hâkimin herhangi bir işleminin olmamasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine ve özellikle hâkimin mes'uliyetini

[704] OĞUZMAN/ÖZ , s. 502.

mucip bir cihet bulunmamasına göre davacının temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan kararın onanması gerekir"[705]

IV) GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME, ZAMANAŞIMI VE KANUN YOLLARI

Hakimlere karşı açılacak tazminat davalarında görevli ve yetkili mahkeme HUMK. m. 575, II'de düzenlenmiştir.

Hakimlere karşı HUMK. m. 573-576'a göre açılacak olan tazminat davalarının, Borçlar Kanununda düzenlene haksız fiilin özel bir şekli olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu nedenle, zamanaşımı yönünden HUMK'ta ya da başka bir kanunda herhangi bir düzenleme yer almadığından, bu konuda BK m. 60 hükmünün uygulanması gereklidir[706].

Tazminat davasında talep edilen miktarın, mahkemece ret veya kabul oranı, HUMK m. 427, II ve IV uyarınca belirlenecek olan temyiz sınırları içinde kalıyor ise, temyiz edilebilir.

V) 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUNDA HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN YER ALAN DÜZENLEMELER

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK m. 141, I/j ile getirilen, elkonulan eşyanın "korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması", "amaç dışı kullanılması" ve "zamanında verilmemesi" eylemlerini gerçekleştiren, yediemini atayan kişinin (hakimin), gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesi, yani yedieminin seçiminde, ona talimat vermede, yaptığı işlemleri denetlemede veya bu konuda gelen uyarıları dikkate almada gerekli dikkat ve özeni göstermemesi ya da koşulları gerektirmesine rağmen teminat karşılığı olmaksızın malları yediemine

[705] Yarg. HGK. 8.3.1985, 4/16-187 (bkz. KURU (Usul-VI), s. 5838-5839).
[706] Bu konuda bkz. yukarıda dn(685)'teki Yargıtay kararı.

teslim kararı vermesi veya verdiği yediemine tevdi kararını icra eden kişilerin (mahkeme katibi veya kolluk güçleri gibi) yediemine eşya teslim ederken, yediemin senedi düzenlemek, senede eşyaları değerini belirterek yazmak ya da yedieminin imzasını almak gibi işlemleri yapmamış olmasına rağmen zamanında bu işlemleri denetlememek gibi nedenlerle yedieminin eşyalara zarar vermesinde kendisinin de kusuru olması halinde bu işi yapan kişinin (hakimin) sorumluluğunu düzenlemekte ve bu halde tazminat davasının devlete açılacağı belirtilmektedir. CMK m. 143, II'ye göre ise, devlet, bu tazminat dolayısıyla, görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu edebilecektir.

Söz konusu yediemine tevdi ile ilgili yukarıda belirtilen eylemleri yediemin atanması kararı veren hakim de işleyebilecektir. Söz konusu hüküm, CMK'da yer aldığı için ihtiyati tedbir nedeniyle HUMK ve diğer kanunlarca hakimin yediemin atama kararı verdiği hallerde uygulanmaz ise de, CMK uyarınca yapılan atamalarda anılan Kanun hükümlerinin hakimler için uygulanması da gündeme gelebilecektir.

CMK'nın yürürlüğe girmesinden önce, hakimin CMUK nedeniyle verdiği yediemine tevdi kararlarında, hakimin hukuki sorumluluğu açısından yukarıda incelenen HUMK m. 573-576 hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Ancak, CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra hangi hükümler uygulanacaktır?

Bu açıdan yapılacak incelemede ilk dikkat edilmesi gerekenlerden birisi, CMK'nın anılan hükümlerinin, HUMK m. 573-576 hükümlerini, CMK uyarınca, kovuşturma sırasında hakim tarafından (CMK m. 132, V) yediemine tevdi hakkında verilen kararlar açısından yürürlükten kaldırıp kaldırmadığıdır.

Hakimlerin hukuki sorumluluğu açısından HUMK m. 573-576 hükümleri genel hüküm niteliği taşımaktadır. O halde, sonradan çıkan ve sadece

CMK uygulanmasında verilen yediemine tevdi kararlarında uygulanacak olan hükümlerin, söz konusu HUMK hükümlerini kendi uygulamaları açısından yürürlükten kaldırdığı sonucuna varmak gerekecektir.

Ayrıca, konunun daha yakından ve hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin görüşler ve yargı kararları açısından incelenmesi halinde de varılan sonuç değişmeyecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakimler verdikleri kararlardan dolayı kural olarak sorumlu değildirler[707]. Bir görüşe göre, hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı hukuki sorumlulukları olmaması mutlak bir nitelik taşır. Zira, hakimin kararına karşı temyiz itiraz, temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi gibi yollar vardır ve şayet hakimi verdiği kararlardan dolayı hukuken sorumlu tutar isek, bu durum hakimin tarafsız karar vermesine engel olur, onu huzursuz eder, kesin hüküm ilkesini ihlal eder, toplumda huzursuzluğa yol açar ve toplumda sosyal menfaatlere aykırılığa yol açar denilmektedir[708]. Bir başka görüş ise, hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı sorumlu olmamalarının kural olmasına karşın, kasıtla veya ağır ihmalle kanuna aykırı olarak vermiş oldukları bazı önemli hallerde hakimin hukuki sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini ifade eder[709] ve HUMK m. 573-576'da bu halleri düzenlemektedir. Yargıtay da bu görüştedir[710].

Devletin de ilke olarak yargı fonksiyonunun ifa edilmesi dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı, gerek öğretide[711] gerek yargı kararlarında[712] kabul edilmiştir.

---

[707] KURU (Usul-VI), s. 5836 ve 5869;
[708] AYDINALP, s. 81-82.
[709] KURU (Usul-VI), s. 5836.
[710] "Hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamayacakları esas olmakla beraber Ceza Hukuku açısından sorumlu olan Hakimlerin Hukuki sorumluluklarının benimsenmesi de Hukuk mantığının doğal sonucudur" [Yarg. HGK. 22.3.2000, 2/2; KURU (Usul-VI), s. 5860].
[711] KURU (Usul-VI), s. 5869.
[712] ÖZEN, s. 150.

Ancak, yukarıda belirtilen tüm hususların bir arada düşünülmesi halinde dahi, CMK m. 141/j ve m. 143, II'de yer alan açık hüküm karşısında, hakimin elkonulan eşyayı yedieminine tevdi edilmesi kararı ve bunun icrasına dair yukarıda belirtilen sorumluluğuna dair açık hüküm karşısında, CMK m. 141/j ve 143, II'nün HUMK m. 573-576 hükümlerini kendi uygulaması açısından kaldırdığı sonucuna ulaşmak kanaatimizce, hukuken zaruri görünmektedir.

Böyle bir sonuç doğuran anılan hükümlerin bir an önce değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira, yukarıda belirtilen ve hakimlerin hukuki sorumluluğunun sadece kasıt veya ağır kusur hali ile sınırlı tutulmasına dair yukarıda belirtilen öğreti ve yargı kararlarında yer alan görüşler ile çelişkili bir durum yaratılmış olmaktadır.

C) İCRA VE İFLAS MÜDÜRÜNÜN HUKUKİ SORUMLULUĞU

I) SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İcra ve iflas müdürlerinin sorumluluğu, İİK m. 5'te düzenlenmiştir. Buna göre, "İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat dâvaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu dâvalara adliye mahkemelerinde bakılır" (İİK m. 5).

Söz konusu düzenleme, Anayasa m. 129, V ile uyumludur. Zaten, anılan düzenleme de, 15.6.1985 gün ve 18785 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3222 sayılı Kanun ile ve anılan maddenin Anayasa m. 129, V ile uyumlu hale getirilmesi için yapılmıştır[713].

[713] 3222 sayılı Kanun ile İİK m. 5'te yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede aynen şöyle denilmektedir.: "Kanunun (değiştirilen) 5 inci maddesinde, icra ve iflas görevlilerinin, kusurlarından dolayı meydana gelen zarar ve ziyandan mesul oldukları ve haklarında açılan mesuliyet davasında Devletin de hasım gösterileceği hükme bağlanmaktadır. 1982 Anayasasının 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında ise, kamu görevlilerinin işledikleri

İİK m. 6'ya göre ise, "İcra dairesine tevdi veya bu dairece tahsil olunan veya muhafaza altına alınan paraların, ilgili memur tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden ve tazmin yolunda bir hükme hacet kalmaksızın hazine tarafından derhal icra veznesine yatırılır. Devletin asıl sorumlulara rücu hakkı saklıdır". Bu madde hükmü, ancak icra dairesi tarafından bizzat muhafaza edilen paralar için geçerlidir. İİK m. 88, I gereği, haczedilen paralar, icra dairesi tarafından muhafaza edilir. Bu durumda bir yediemine tevdi söz konusu olmadığından, İİK m. 6, konumuz dışında kalmaktadır.

Bu itibarla, konumuz açısından, icra ve iflas müdürlerinin sorumluluğu ile ilgili olarak uygulanacak madde hükmü, İİK m. 5'tir. Kanaatimizce, bu sorumluluk, kusur esasına dayanan bir haksız fiil sorumluluğudur[714]. Ancak, bazı hususlarda genel hükümlerden (BK m. 41 vd.) ayrılınmış olup, bu yönler İİK m. 5'te belirtilmiştir. Bu sebeple, yine kanaatimizce, İİK m. 5'te düzenlenen sorumluluğun, haksız fiili sorumluluğunun özel bir şekli olduğunu ifade edebiliriz.

II) SORUMLULUĞUN KAPSAMI

İİK m. 5, icra ve iflas dairesi görevlilerinin, görevini yaparken ilgililere zarar vermesi halini düzenlemektedir ve bu halde tazminat davası, icra ve iflas dairesi görevlilerine karşı değil, Devlete karşı açılır[715]. Bu itibarla, icra ve iflas dairesi görevlilerinin görevleri ile ilgili olmayan kişisel kusurlarından

---

kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceği ifade edilmektedir . Bu durumda, Kanunun 5 inci maddesi hükmü Anayasanın 129 uncu maddesiyle getirilen yeni kurala aykırı düşmektedir. (Değişiklikle) Kanunun 5 inci maddesi Anayasaya uygun hale getirilmektedir. Bu hale göre, icra iflas görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilecektir. İdare, tazminat ödemeye mahkûm edilmesi durumda, ödediği tazminat miktarınca görevliye rücu edecektir. Bu tazminat davaları ile rücu davalarına adliye mahkemelerinde bakılacaktır" (Hükümet Gerekçesi).

[714] KURU ise, İİK m.5'te düzenlenen tazminat davasının, haksız fiilden doğan tazminat davasına çok benzediği görüşündedir (bkz. KURU (El kitabı), s. 92); bu sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu yönünde, bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 64.

[715] KURU (El kitabı), s. 92.

doğan, tazminat davaları, BK m. 41 vd'ye göre, kusurlu memurun kendisine karşı açılır[716]. Ancak, söz konusu dava konumuz dışında kalmaktadır. Zira, konumuz açısından incelenen husus, yediemin tayin eden veya yediemine mal teslim eden, icra ve iflas görevlilerinin, yedieminin seçimi, onun tayini, ona mal teslimi ve muhafaza konusunda talimat verilmesi konularında gerekli özeni göstermemesi nedeniyle doğacak sorumluluğa ilişkindir.

İİK m. 5 ancak icra ve iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirirken ilgililere verdikleri zararlar için uygulanır. Buna göre, bir yediemin tayin eden ve ona mal teslimi yapan icra müdürünün bu işlemi sırasındaki kusurlu hareketi ile verdiği zarardan doğan sorumluluğu, İİK m. 5 kapsamındadır. Keza, İİK m. 208, I'e göre, iflas dairesi müflisin mallarının muhafazası için alacağı tedbirler arasında bazı malların yediemine tevdiine karar verir ise, bu durumda iflas müdürü, yediemini tayin eden ve ona mal teslimi yapan kişidir ve bu işlemi sırasındaki kusurlu hareketi ile verdiği zararlardan dolayı sorumluluk İİK m. 5 kapsamındadır.

Öte yandan, iflas dairesi, iflas davasına bakan ticaret mahkemesi tarafından İİK m. 159 vd. uyarınca alınacak muhafaza tedbirlerine ve bu kapsamda olmak üzere, bazı malların yediemine teslimine karar verilmesi halinde, bu kararı yerine getirecek makamdır. Bu nedenle, bu işlemi nedeniyle ilgililere verdiği zararlar için sorumluluk İİK m. 5 kapsamındadır.

HUMK m. 106 uyarınca, HUMK. m. 101 vd.'ye göre verilecek ihtiyati tedbirler arasında yer alan nizalı malın yediemine tevdii işlemi, icra müdürü tarafından yerine getirilebilir.

Birinci alacaklılar toplantısı yapılmış ve iflas idaresi seçilmiş ise, iflas idaresi, iflas masasının idare ve tasfiyesi görevi çerçevesinde, masa mallarını muhafaza etmeye devam eder ve başkaca mal bulur ise, bu

[716] KURU (El kitabı), s. 92, dn(1). Örneğin, yediemine mal teslimi sırasında, icra dairesi görevlisinin yediemine sözle hakaret etmesi.

malları muhafaza altına alır[717]. Bu kapsamda, daha önce muhafazası için yediemine teslim edilmiş mal var ise, tasfiyeye ilişkin yetki iflas dairesinden iflas idaresine geçeceği için, artık yediemine yönelik olarak talimat vermek ve diğer yetkiler, iflas idaresine ait olur. Öte yandan, iflas idaresi daha önce muhafaza altına alınmamış bir mal bulur ise veya malın muhafaza şeklini değiştirir ise, bu kapsamda bazı malları yediemine tevdi edebilir. Bu halde, yediemini tayin eden ve ona mal teslimi yapan iflas idaresidir.

İcra müdürünün İİK.'da düzenlenen ve anılan Kanun uyarınca yedieminin tayin ettiği hallerde ve iflas dairesinin de, iflasın açılmasını müteakip İİK m. 208, I'deki görevi çerçevesinde yediemin tayin ettiği hallerde, yediemini kendisi tayin eder.

Oysa, İİK dışında, HUMK. m. 106 gereği, mahkeme tarafından HUMK. m. 101 vd.'ye göre yediemin tayin edilmesi hallerinde veya iflas davasına bakan ticaret mahkemesinin İİK m. 159 çerçevesinde yediemin tayinine karar vermesi hallerinde durum değişiktir.

Öncelik ile, HUMK uyarınca yediemin tayini işlemi açısından konuyu incelersek; burada, icra müdürünün, İİK uyarınca doğrudan yediemin tayin edip, malları yediemine teslim ettiği halden iki açıdan farklı bir durum vardır. Bu farklılıklardan bir tanesi, icra müdürünün ihtiyati tedbir kararının icrası için malları yediemine teslim ettiğinde bu işlemi icra müdürü sıfatıyla mı yapmaktadır sorunudur. Yani, şayet mahkeme bu görevi yazı işleri müdürü veya katiplerinden birisine verseydi, anılan kişiler bu görevi infaz memuru sıfatıyla yapacaktı. Acaba, icra müdürü aynı görevi icra ettiğinde, icra müdürü sıfatıyla mı yoksa infaz memuru sıfatıyla mı hareket etmektedir. Bu sorunun cevabı, İİK m. 5'in kendileri için uygulanıp uygulanmayacağının tespiti açısından önemlidir.

[717] Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 625-626.

Kanaatimizce, burada sorulması gereken soru, icra dairesi görevlisi sıfatının nasıl tespit edileceğidir. Yani, görevi veren makama göre mi yoksa görevi yapan makama göre mi değerlendirme yapılacaktır. Şayet, görevi yapan makamı esas alırsak, görevi icra dairesi görevlisi yaptığına göre, icra görevlisi sıfatı ile hareket etmiş olduğu değerlendirilecektir. Oysa, önemli olan, görevi veren makamdır denilir ise, görevi mahkeme verdiğine ve bu görevi kendi yazı işleri müdürüne veya katiplerinden birine de verebileceğine göre, görev icra dairesi görevlilerine de verilse, bu kişiler, infaz memuru olarak değerlendirilmelidir.

KURU, şikayet ile ilgili olmak üzere, ihtiyati tedbir kararının icrasının icra dairesine bırakılmış olması halinde dahi, şikayetin icra mahkemesine değil, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılması gerektiğini ifade etmektedir[718].

PEKCANITEZ ise, yine şikayet ile ilgili olmak üzere, icra memurunun İcra ve İflas Kanununda aldığı yetki ile yaptığı işlemler dışında işlemlerin icra mahkemesinde şikayete konu olamayacağını; çünkü icra memurunun bu durumda işlemi icra memuru sıfatı ile yapmadığı görüşündedir[719].

Yargıtay da, ihtiyati tedbir kararının icrasını icra memurunun yapması durumunda, icra memurunun, bu sıfatla değil, infaz memuru sıfatı ile hareket etmesi ve mahkemenin memuru durumunda bulunması nedeniyle, onun işlemine karşı şikayetin icra mahkemesine değil, tedbir kararını veren mahkemeye yapılması gerektiğini düşünmektedir[720].

---

[718] KURU (El kitabı), s. 105; aynı yönde bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 75.

[719] PEKCANITEZ (Şikayet), s. 44; aynı yönde bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES (İcra), s. 64.

[720] "Yedi adle tevdiye ilişkin mahkeme kararını infaz eden *icra memuru, mahkemenin memuru durumundadır*. Yedi adil ücretinin artırılması hakkında memurlukça yapılan tebligata karşı vaki şikayetin incelemesi tetkik merciinin görevi dışındadır" (Yarg İİD. 26.12.1963, 13864/13845; bkz. ERANIL, M.A. İçtihatlı, Gerekçeli ve Notlu İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1970, s. 14); "İhtiyati tedbir kararının infazına karşı şikayetin tedbir kararını veren mahkemece çözümlenmesi gerektiği, *icra memurunun bu sıfatla değil infaz memuru sıfatıyla muamele yaptığı* cihetle 'görevsizlik kararı' verilmesi gerekirken, esasın incelenmesi isabetsiz temyiz itirazları yerinde görüldüğünden merci kararının İİK. 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 17.11.1989 günü oybirliği ile karar

Yukarıda belirtilen görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde, önemli olanın, mahkemece görevlendirilme olduğu, icra dairesi görevlilerinin İİK'dan aldığı yetkiye göre yaptıkları işlemlerde icra dairesi görevlisi sıfatına sahip bulundukları, mahkemece görevlendirilmeleri halinde, bu işlem ayrıca İİK.'dan alınan yetki uyarınca yürütülmüyor ise, icra dairesi görevlilerinin infaz memuru olarak anılan iş için mahkemenin memuru oldukları sonucuna varmak gerekmektedir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararının infazının icra dairesi görevlileri tarafından yürütülmesi halinde dahi, bu işlemlerini yaparken ilgililere verdiği zararlardan dolayı İİK m. 5 uygulanmayacak ve fakat, icra dairesi görevlisi hakkında genel hükümler uygulanacaktır. Yani, icra dairesi görevlisi bir devlet memuru olduğu için, hakkında Anayasa m 129, V uygulanacaktır.

Ancak, Yargıtay, yukarıda belirtilen kararlarındaki görüşüne rağmen, İİK. m. 5'in uygulanması konusunda son zamanlarda verdiği bir içtihadında farklı bir görüş belirtmiştir. Yargıtay'ın bu görüşü uyarınca, ihtiyati tedbir kararının infazının icra dairesi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu icra dairesi görevlisi icra memuru sıfatıyla hareket etmektedir ve bu nedenle de görevini yaparken ilgililere verdiği zarardan dolayı İİK. m. 5'in uygulanması gerekmektedir[721]. Kanaatimizce, yukarıda ayrıntılı

---

verildi" [Yarg. 12. HD. 17.11.1989, 4888/14121; bkz. UYAR (Şikayet), s. 43]; "İş Mahkemesince verilen 12.12.1986 tarihli tedbir kararında *icra memurunun infaza memur edildiğinin anlaşılmasına, icra memurunun görevini, icra memuru sıfatıyla yapmamasına*, infaz memurunun muamelesine karşı şikayetin tedbiri veren mahkemeye yapılması gerekmesine binaen, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, şikayetin esası hakkında karar verilmesi isabetsiz (...) (olup) merci kararının (...) BOZULMASINA (...) oybirliği ile karar verildi" [Yarg. 12.HD. 23.1.1989, 1988/11150, 1989/697; bkz. UYAR (Şikayet), s. 659].

[721] "Davacı, mülkiyeti çekişmeli olan dava konusu tomruklar üzerine ihtiyati tedbir konulmasından sonra tedbir kararının infazının yapıldığını, ancak tomrukların bozulmaması yönünde tedbir kararını infaz eden icra memurunca önlem alınmaması ve iki kez tomrukların bozulması nedeniyle satışının yapılmasını ihtiyati tedbir kararını infaz eden icra memurundan istemesine rağmen satışın yapılmayarak tomruklarda bozulma ve değer kaybına neden olunduğundan oluşan zararın İİK. 5. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığından istemiş, yerel mahkemece, tedbir konusu malların dava sırasında satışının tedbir koyan ve yargılama yapan mahkemeye ait olup, icra memurunun kendiliğinden satışa karar yetkisi bulunmadığından, icra memurunun kusurundan söz edilemeyeceğinden ve tedbiri infaz işleminin icra memuruna mahkemece yüklenen bir görev olup, bu görevin idari açıdan davalı Adalet Bakanlığı'nı ilgilendirmeyeceğinden

açıklanan görüşler gereği Yargıtay'ın bu kararını kabul etmek mümkün değildir. Ancak, Yargıtay uygulamasının bu yönde olması nedeniyle, incelememizde, ihtiyati tedbir kararının icrasının icra müdürlüğü tarafından yapılması hallerini de, İİK m. 5 kapsamında değerlendirmenin uygun olacağını düşünüyoruz.

Öte yandan, kanaatimizce, ihtiyati tedbir kararının icrası için, mahkeme yazı işleri müdürü veya katiplerden birisinin görevlendirilmesi halinde, anılan kişilerin görevlerini yaparken ilgililere verdikleri zararlar da, 1982 Anayasası m. 129, V'in uygulanması gereklidir.

---

dava reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir./ İİK.'nun 5. maddesi gereğince İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları (zarar meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu edilmek üzere) idare aleyhine açılabilir. *Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için öncelik ile idarenin görevlisinin icra müdür veya yardımcısı sıfatını taşıması gerekir.* İhtiyati tedbir kararının icrası da icra daireleri tarafından yapılır. Ancak mahkeme icra memurunu görevlendirmeyip, kararın mahkeme başkatibi veya zapıt katiplerinden bir tarafından icrasına da karar verebilir. *Mahkeme ihtiyati tedbir kararının icrası için icra dairesini görevlendirmişse ihtiyati tedbir kararını icra eden icra memuru veya katibi bu işi icra memuru sıfatıyla yapmaktadır.* Nitekim, ihtiyati tedbir kararını infaz eden icra memuru tedbire konu şeyi yediemine teslim suretiyle muhafaza altına alabileceği gibi, tedbir kararı son buluncaya kadar bu malları korumak, kollamak ve taraflar yararına muhafaza tedbirlerini almakla da yükümlüdür./ Somut olayda dava konusu tomruklar üzerine konulan ihtiyati tedbir kararının infazında icra müdürü infaz memuru olarak tayin edilmiştir. İcra müdürü de malların Belediye Garajında yediemine teslimine karar vermiştir. Tomruklar uzun süre açık havada uygun olmayan şartlarla saklandığı için renklerinde koyulaşma, gövdelerinde çatlaklar oluşarak tomruk vasfını kaybetmeye başlayınca, davacı taraf 5.1.2000 tarihinde icra müdürüne başvurarak tomrukların bozulmaya yüz tuttuğundan satılarak bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesini istediği halde icra müdürünce 'malların satışının yapılıp yapılamayacağı hususunda karar verilmek üzere' dosya İcra Tetkik Mercii Hakimliğine gönderilmiştir. Bu yazıya İcra Tetkik Mercii tarafından 'dosyanın reddi hakim talebi nedeniyle Asliye Ceza Mahkemesinde bulunması, dosya gelene kadar işlem yapılamayacağı, daha sonra işlem yapılmak üzere dosyanın teslim alındığı' şeklinde cevap verilmiş ancak daha sonra yazının akibeti icra müdürünce araştırılmamıştır. Bu başvurudan sonuç alamayan davacı bu kez 20.5.2000 tarihinde yine aynı talebi tekrarlamış, icra müdürünce 'tedbirli malların satışının yetkisi dışında olduğundan bahisle' istem reddedilmiştir. İcra müdürünün bu istemler karşısında tedbir konusu tomrukların izlenmesinde ve istemlerin yerine getirilmesinde üzerine düşen görevi yapmadığı, ilk satış talebi konusunda yazışmaların akıbetini araştırmadığı, ikinci istem konusunda ise muhafaza tedbiri almadığı gibi, bu istemi yargılamayı yapan mahkemeye intikal ettirmemesinde de kusurlu bulunduğu anlaşıldığından, davalı idarenin sorumluluğu yönünde hüküm kurmak ve tarafların delilleri değerlendirilmek suretiyle zararın kapsamını belirleyip uygun miktar tazminata hükmetmek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir" (Yarg. 4.HD. 27.2.2003, 2002/10881, 2003/1957).

Şayet, yediemine tevdi kararını iflas idaresi vermiş ve uygulamış ise, iflas idaresinin vazife ve mesuliyetini düzenleyen İİK m. 227, IV'e göre, iflas idaresini teşkil edenler kusurlarından ileri gelen zararlardan (müteselsilen)[722] sorumlu olduklarından, yediemini tayin, ona mal teslimi, gerekli talimatları vermek konularındaki kusurlarından dolayı müteselsilen sorumludurlar. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.

İİK m. 159 uyarınca ticaret mahkemesi tarafından bazı malların yediemine tevdi hususunda, HUMK uyarınca yapılan tevdide ortaya çıkan ve yukarıda tartışılan şekilde bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira, İİK. m. 159, I/son c. uyarınca, bu karar iflas dairesi tarafından yerine getirilir. Yani, bu halde, İİK m. 5'in uygulanması gerektiği yönünden bir tereddüt bulunmamaktadır.

Diğer farklılık ise, icra müdürünün, İİK uyarınca yediemine mal tevdi hallerinde, yediemini kendisi ataması ve teslimatı da kendisini yapmasıdır. Oysa, ihtiyati tedbir halinde, mahkeme, genellikle yediemini ismen kendisi belirlemektedir. O halde, İİK uyarınca yediemine tevdi hallerinde, icra müdürü, hem yedieminin kim olacağının tespitinden hem de anılan yediemine mal teslimi ve muhafazası konusunda verilecek talimatlar ve teslimin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesinden sorumludur. İhtiyati tedbir halinde ise, icra müdürünün sorumluluğu sadece, yediemine mal teslimi ve muhafazası konusunda verilecek talimatlar ve teslimin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesinden sorumludur. Aynı durum, İİK m. 159 uyarınca ticaret mahkemesi tarafından yediemin atanması halinde, iflas dairesinin sorumluluğu açısından da geçerlidir.

Öte yandan, mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararında veya İİK m. 159 uyarınca mahkeme tarafından verilen muhafaza altına alma kararında sadece, nizalı malların veya hakkında iflas davası açılan kişinin bazı mallarının "yediemine tevdiinden" söz edilmiş ise ne olacaktır?

[722] KURU (El kitabı), s. 1106.

Kanaatimizce böyle bir karar, esasen uygulanamaz niteliktedir. Zira, mahkeme kararlarının uygulamayı sağlayacak şekilde açık ve net olması gerekir. Bu sebeple böyle bir kararı veren hakim, diğer şartları da var ise, yukarıda belirtilen hakimlerin sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Ancak böyle bir kararı alan icra müdürünün veya iflas müdürünün de, söz konusu kararın kimin yediemin olduğunun belirlenmemiş olması nedeniyle, uygulanamaz olduğunu belirtmek ve taraflardan, yedieminin kim olduğunu belirten bir karar getirmelerini istemek şeklinde bir sorumluluğunun bulunduğunun kabulü gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelenen İİK m. 5'in uygulanacağı halleri özetlemek gerekir ise;

- İİK'nun uygulaması nedeniyle (örneğin, İİK m. 88, II), icra dairesi görevlisinin,
- İİK m. 208, I'e göre, müflisin mallarının muhafazası için alacağı tedbirler kapsamında olarak, iflas dairesi görevlisinin,
- İhtiyati tedbir kararı olarak verilen nizalı malın yediemine teslimi nedeniyle görevlendirilen icra dairesi görevlisinin;
- İflas davasının açılması üzerine, davaya bakan ticaret mahkemesi tarafından İİK m. 159'a göre alacağı muhafaza tedbirleri kapsamında, hakkında iflas davası açılan kişinin bazı mallarının yediemine teslimine karar vermesi halinde, kararı yerine getirecek iflas dairesi görevlisinin,

görevini yaparken ilgililere verdiği zararlardan dolayı sorumluluk İİK m. 5 kapsamındadır.

Öte yandan, bu hallerde, icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunun kapsamını özetlemek gerekir ise, görevin niteliğine göre (yani, yediemine tevdi ve yedieminin seçimi kararını kendisi vermiş veya mahkemece

yediemine tevdi kararının verilmiş ve seçiminin yapılmış olup olmamasına bağlı olarak) ,

- yedieminin seçimi,
- yediemine mal tesliminin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi ve gerek mal teslimi gerek ise malların muhafazası için verilecek talimat ve mallar yediemindeyken alınması gereken önlemler (örneğin, gerekir ise yedieminin değiştirilmesi);
- malların yedieminden usulüne uygun olarak istenerek, geri alınması veya teslim edilmesi gerekenlere tesliminin sağlanması,

şeklinde olabilir.

III) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Yukarıda buradaki sorumluluğun, İİK m. 5'te düzenlenen, haksız fiil sorumluluğunun özel bir şekli olduğunu belirtmiştik. Buna göre, sorumluluğu, haksız fiilin unsurlarına göre incelemek gerekecektir.

1) HUKUKA AYKIRI FİİL

İcra ve iflas dairesi görevlilerinin, görevlerini görevini yerine getirirken yapmış olduğu fiillerden sorumluluğun doğabilmesi için, anılan fiilin hukuk aykırı olması gereklidir. Bu hukuka aykırı fiil yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde, yani, bir davranışta bulunması gerekirken, bulunmaması (ihmali) olarak da gerçekleşebilir.

Bu anlamda, icra ve iflas dairesi görevlisinin, malların niteliğine göre uygun yediemini seçmemesi, yediemine mal teslimini usulüne uygun olarak gerçekleştirmemesi, malların muhafazası için gerekli talimatı vermemesi, yanlış talimat vermesi, malların korunması için gerekli önlemi almaması, yediemin elinde bozulmaya başlayan malların satımını

yapmaması[723], malların yedieminden usulüne uygun olarak istenmemesi gibi hukuka aykırı fiiller, yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşebilir. Bu hukuka aykırı fiillerin birden fazlası da bir arada olabilir[724].

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin mevcudiyeti halinde, fiil hukuka uygun hale gelecektir. Hukuka uygunluk sebepleri de denilen, mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar hali, hakkını korumak için kuvvet kullanma, üstün kamu yararı veya üstün özel yararın mevcut bulunması hallerinde, fiil hukuka aykırı sayılmayacaktır[725]. Bu anlamda, kanaatimizce, örneğin, icra veya iflas dairesi görevlisinin işlemi için şikayet yoluna başvurup zararı önleme imkanını kullanmayan kişinin zarara razı olduğunun kabulü gerekir. Bu durum aynı zamanda müterafik (birlikte) kusur niteliği de taşıyabilecektir[726].

2) KUSUR

İİK m. 5'te, icra ve iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yaparken kusurları ile ilgililere verdikleri zararlardan Devlet sorumlu tutulmuştur. Bu sebeple, daha öncede belirtildiği gibi, burada bir kusur sorumluluğu söz konusudur.

İİK m. 5'te kusur konusunda bir derecelendirme yapılmadığı için, bu haksız fiil, kastla işlenebildiği gibi, ihmal ile de işlenebilir. İhmal, ağır ihmal şeklinde olabileceği gibi, hafif ihmal dahi olabilir.

---

[723] Bkz. yukarıda dn(720)'deki Yargıtay kararı.
[724] "Dosya içeriğine göre traktör, bakımı konusunda herhangi bir tembih yapılmadan çiftçi davalıya 15.12.1985'de güvenilir kişi olarak – sırf geniş bahçesinden park yeri olarak yararlanılmak üzere- bırakılmış, 12.3.1985'te geri alınmıştır. Bu arada suyunun boşaltılmaması ya da antifiriz konmamış olması yüzünden motor blokunun çatladığı anlaşılmıştır./ Şubat ayının ortasına gelinceye dek bu tür önlemleri almayanlar, davalının bahçesine traktörü bıraktıktan sonra suyunu boşaltmayanlar, bakımdan anlayan kişileri yediemin tayin etmeyenlerin kusurlu bulunacağı konusunda mahkemece değerlendirme yapılmadan, davalının beklenenden daha çok özen borcuyla yükümlü olacağı gibi bir varsayımla, sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirir" (Yarg. 4. HD. 4.4.1988, 10455/3340, bkz. GÖKCAN, s. 89).
[725] OĞUZMAN/ÖZ, s. 484-497.
[726] KURU (El kitabı), s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, s. 487.

Kasıt bilindiği gibi, kişinin hukuka aykırı sonucu istemesi; ihmal ise, kişinin hukuka aykırı sonucu istememiş olmasına rağmen, bu hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmamış olmasıdır[727]. Ağır ihmal, hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiili işlerken, böyle bir fiili işleyen herkesin göstereceği dikkat ve ihtimamı göstermemektir. Hafif ihmal ise, hukuka aykırı fiili işlerken, böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmaktır[728]. Yani, burada objektif bir ölçüt kullanılmakta, failin şahsi değil, normal ve vasat bir insanın aynı durumda yapacağı hareket dikkate alınmakta; bir başka deyişle, ihmalin kıstasını, soyut bir tip, dikkatli ve makul bir insan, Roma hukukundaki deyimle, *bonus pater familias*'ın hareket tarzı teşkil etmektedir[729]. Bu itibarla, icra veya iflas dairesi görevlisinin normal nitelikteki bir icra veya iflas dairesi görevlisinden beklenemeyecek olan işlem ve eylemi, kusurlu bir hareket olacaktır[730].

Bu çerçevede, icra veya iflas dairesi görevlisi, muhafaza edilecek mala uygun bir yediemin seçecek, ona gerekli talimatları verecek, alınması gereken başkaca bir muhafaza tedbiri var ise alacak (örneğin, malın niteliği gereği, saklanması hususunda bir bilirkişiden rapor alınması gerekiyor ise alacaktır), gerekli kontrol ve uyarıları yapacak, malı usulüne uygun olarak teslim edecek, uyarılar var ise bunları dikkate alacak, malın geri alınması veya sahibine iadesi söz konusu ise, gerekli talepte bulunarak malı geri isteyecek ve ilgilisine verecek veya verilmesini temin edecektir.

Yukarıda belirtildiği şekilde, icra ve iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kusurları ile ilgililere vermiş oldukları zararlardan dolayı, Devlet sorumludur. Ancak, burada Devletin bir kusuru aranmaz; yani Devlet açısından İİK m. 5'te düzenlenen sorumluluk, bir kusursuz

[727] OĞUZMAN/ÖZ, s. 511.
[728] OĞUZMAN/ÖZ, s. 512.
[729] TANDOĞAN (Mesuliyet,), s. 51.
[730] Aynı yönde bkz. KURU (El kitabı), s. 93.

sorumluluk halidir. Burada Devlet, başkalarının (icra ve iflas dairesi görevlilerinin) kusurlu hareketlerinden sorumludur; ancak Devletin bir kusuru söz konusu değildir[731].

3) ZARAR

İcra veya iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yaparken gerçekleştirdikleri kusurlu eylem ve işlemleri sonucu ilgililerin zarara uğramış olması gerekir. KURU, burada bir maddi zarardan söz edildiğini, manevi zararın söz konusu olamayacağını ifade etmektedir[732].

4) İLLİYET BAĞI

Bir haksız fiil sorumluluğu düzenlemiş olan İİK m. 5'te belirtilen şartların oluşabilmesi için, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekir. Yani hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında, söz konusu fiilin, ortaya çıkan zararı doğuruyor olması gerekir.

Örneğin, haczi müteakip, muhafazası için yediemine teslim edilen malın, niteliği gereği, buzdolabında muhafazası gerekiyor ise ve tayin edilen yediemin olarak da bu durumu bilebilecek bir kişi seçilmiş ise ve fakat anılan malın buzdolabında saklanmaması nedeniyle zarar görmesi halinde, icra veya iflas dairesi görevlisinin bir sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Zira, zarar, icra veya iflas dairesi görevlisinin kusurlu hareketinden doğmamıştır; yediemin olarak bu konuyu bilen bir kişi tayin edilmiştir. Zarar, yedieminin kusurlu hareketi ile, buzdolabında saklama işlemini yapmamasından kaynaklanmıştır. Yani, icra veya iflas

[731] TANDOĞAN, bu değerlendirmeyi, 3222 sayılı Kanun ile İİK. m. 5 ve 6 değiştirilmeden önce; yani, İİK. m.5'e göre icra ve iflas dairelerinin katip, mübaşir ve müstahdemlerinin kusurlu hareketlerinden doğan zarar ve ziyandan olan sorumlulukları nedeniyle, zarar görenin zarar verenden tazminatını alamaması halinde, İİK. m. 6 ile Devletin ikinci derece sorumlu tutulmasına ilişkin İİK. m. 6 için yapmıştır [bkz TANDOĞAN (Mesuliyet,), s. 102 ve TANDOĞAN (Kusura Dayanmayan), s. 20].
[732] KURU (Elkitabı), s. 93.

görevlisinin fiili ile zarar arasında bir illiyet bağı yoktur. Oysa, anılan zarar, malın buzdolabında saklanması gerektiğini bilmeyen bir yedieminin seçilmesi ve yediemine bu konuda bir uyarıda bulunulmaması sonucu gerçeklemiş ise, zarardan icra veya iflas dairesi görevlisinin, uygun yediemini seçmemesi ve ona gerekli uyarıyı yapmamasından doğduğu için, uygun illiyet bağı mevcuttur ve İİK m. 5 uyarınca Devlet sorumlu olmalıdır.

IV) İİK m. 5'E GÖRE AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR

İİK m. 5'e göre açılacak tazminat davasının davacısı, icra veya iflas dairesi görevlisinin haksız fiilinden zarar gören kişidir. Bu kişi, hacizde alacaklı olabileceği gibi, haczin sona ermesi halinde, mal sahibi borçlu veya ihtiyati tedbir halinde mal sahibi olduğu tespit edilen kişi olabilir.

Davalı ise, daima Devlettir. Zira, İİK. m. 5 hükmü çok açıktır.

V) YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

İİK. m. 5'e göre bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağı için, görevli mahkeme, istenen tazminatın miktarına göre sulh veya asliye hukuk mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, zarara neden olan, icra veya iflas dairesi görevlisinin hukuka aykırı fiili yaptığı yer mahkemesi (HUMK. m. 21) veya davalı Adalet Bakanlığının bulunduğu yer olan Ankara (HUMK. m.9) mahkemeleridir[733].

[733] KURU (El kitabı), s. 93.

VI) ZAMANAŞIMI

İİK m. 7, I'e göre, tazminat davası, zarar görenin, zararı öğrendiği günden itibaren bir sene ve her halde zararı doğuran fiilin meydana gelmesinden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Ancak, zarara sebep olan fiil, aynı zamanda suç teşkil ediyor ise ve ceza kanunları bu fiili daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutmuşlar ise, ceza zamanaşımı süresi, anılan bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin yerini alır (İİK m. 7, II).

VII) DEVLETİN SORUMLU MEMURA RÜCU ETMESİ

İİK. m. 5'e göre, Devlet, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu edecektir.

Bu noktada bir hususun açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyoruz. Bilindiği gibi, idarenin özel hukuka tabi olan faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu özel hukuk hükümlerine göre çözümlenir. İdarenin, idare hukukuna tabi olan faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu ise, idare hukuku kuralları ile düzenlenmiştir. İdarenin sorumluluğu önceleri hizmet kusuru prensibine dayanıyordu. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Ancak kamu görevlisinin kişisel kusuru var ise, durum değişmektedir. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışlarıdır. Yani, kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin biçimde ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışları onların haksız fiil esaslarına göre sorumluluğuna yol açar. Ancak bazen, hizmet kusuru ile kişisel kusur iç içe geçebilir. Hizmet içindeki kişisel kusur da bazı durumlarda, kişisel kusur olarak kabul edilmektedir. Bu haller, öğretide ve yargı kararlarında, kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına

uymama, kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması ve ağır kusur olarak sayılmaktadır. Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe geçtiği hallerde, hizmet kusuru ortadan kalkmaz. Zira, idare kişisel kusur işleyen kamu görevlisini kendi seçmiştir; onun üzerinde denetim ve gözetim görevi vardır ve personelini eğitmek zorundadır. Bu nedenle kişisel kusurun varlığına rağmen, idarenin sorumluluğuna gidilebilir[734].

Ancak, kişisel kusurun bulunması durumunda, yukarıda belirtildiği gibi, hizmet kusur ile kişisel kusurun iç içe geçmesi ve idarenin de bir şekilde kusurlu olması gibi bir durum yok ise, idareye değil, kamu görevlisine karşı dava açılması gerektiği kabul ediliyordu. Oysa, 1982 Anayasası m. 129, V ile "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uyarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmü getirilmiştir.

GÜNDAY, böylece, öğretide ve yargı kararlarında öteden beri kamu görevlilerinin kişisel kusuru sayılan hallerde dahi, artık ilgili kamu görevlisine karşı değil ve fakat idareye karşı dava açmak gerekeceğini; ancak, idare böyle bir dava sonucunda tazminat ödemeye mahkum edilir ise, ilgili kamu görevlisine rücu edileceğini ifade etmektedir[735].

İşte konumuz açısından, hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımı burada, rücu ile ilgili olarak gündeme gelmektedir. Şayet, icra ve iflas dairesi görevlisinin kişisel kusuru, hizmet kusuru ile iç içe geçmiş ise, yani idare de bu işte kusurlu ise, bu durum, rücu halinde, idare ile görevlinin kusuru paylaşmaları veya zarara hizmet kusurunun baskın olması nedeniyle, idarenin katlanması sonucunu doğurabilecektir. Örneğin, bir ilçede, iş yükünün çok fazla olmasına rağmen, yeterli personel ve/veya malzeme vermeyen ve icra veya iflas dairesi görevlilerinin bu büyük iş yükü altında ezilerek, hata yapmasına yol açan örneğin, mal sahibinin, yedieminde

[734] GÜNDAY (İdare), s. 318-328.
[735] GÜNDAY (İdare), s. 329.

bulunan malının, bozulmaya yüz tuttuğu yönünde icra dairesi görevlisini bir kaç kez uyarmasına rağmen, görevlinin iş yükü nedeniyle gerektiği şekilde bu işle ilgilenememesine yol açan idarenin anılan kusuru, olayın özelliğine göre zararı paylaşmasına veya tazminata tamamen idarenin kendisinin katlanması yol açabilir. Yani bu hususların rücu davasında dikkate alınması gerekir.

Bu davalara da, adliye mahkemelerinde bakılır (İİK m. 5/son c.)

D) CUMHURİYET SAVCISININ, İNFAZ MEMURUNUN VE YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN DİĞER YETKİLİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

I) YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN CUMHURİYET SAVCISININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Cumhuriyet Savcılarının tüm faaliyetlerinin idari olduğunun öğretideki baskın görüş niteliğinde bulunduğu ifade edilebilir[736]. Yargıtay da, savcıların tüm faaliyetlerinin idari olduğu görüşündedir[737].

---

[736] Savcıların faaliyetinin idari olduğu yönünde, bkz. KURU (Usul- VI), s. 5835; KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 926; ÜSTÜNDAĞ (Yargılama), s. 114; karşı görüşler için bkz. AYDINALP, s. 66-75.

[737] "Savcılar hakim değillerdir... Savcıların gördükleri işler tamamen idari olduğuna, talep idari bir karar ve fiilin sonucunda meydana gelmiş bir zararın tazmini isteminden ibaret bulunduğuna, davacı bu sebeple hazineyi hasım gösterdiğine göre, gerçekten bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığını incelemek görevi Danıştay'a aittir... Bir olayda kişisel kusura dayanmadıkça umumi mahkemeler (adalet mahkemeleri) görevli değildirler..." (Yarg. 4. HD. 18.05.1965, 2459/2689; GÜNAY, s. 45-46); "HUMK'nun 573. maddesinde geçen hakim tabiriyle kaza hakkını kullanan kimseler kasdedilmiştir. Fakat bu tabir yalnız adliye mahkemelerine de münhasır bulunmamaktadır. Usulün 573 ve müteakip maddeleriyle kabul edilen mesuliyete ait hususi esaslar hakimlerin kaza vazifelerinin özelliğine uygun hükümler konulmak maksadıyla kabul edildiğinden, hakimlerin sırf idari faaliyetlerinden doğan zararlar hakkında bu hükümlerin tatbiki düşünülemez. Bu itibarla mahkemelerde vazifesi amme davacısı olmaktan ileri gitmeyen C. Savcılarının mesuliyeti bu hükümlere tabi olamaz. Savcıların hakimler kanununda hakim sınıfından sayılmaları yukarıda izah edilen vazifelerini değiştirmez. Savcıların infaz vazifeleri de kazai mahiyette olmayan işlerdendir. Askeri Ceza Usulüne göre, askeri hakimlerin bazen hakim, bazen savcı görevi görürler. Verilen takipsizlik kararı sonucunu defterdarlığa bildirmemek gibi tamamen idari bir işlemden ötürü mesuliyeti iddia edilen askeri hakim hakkında usulün 573. maddeleri değil, BK'nun 41 ve devamı maddelerinin tatbiki düşünülebilir. Bir kimse hakkında evvelce cezai takibat yapılmamış olması, kendiliğinden BK. 41 ve devamı

Savcıların, yediemin tayini konusunda karar vermeleri, CMK m. 127'de düzenlenmiştir.

İşte savcılar, bu yetkilerini kullanıp, elkonulan malları bir yediemine teslime karar verdiklerinde, yediemini seçerken, ona talimat verirken, onun işlemlerini incelerken veya ondan ya da bir başkasından gelen uyarıları değerlendirirken gerekli dikkat ve özeni göstermezler ise ve bu nedenle, elkonulan mallara bir zarar gelirse; söz konusu savcıların hukuki sorumlulukları doğabilecektir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK.'nın, 141 inci maddesi ile özel bir düzenleme getirilmiştir. CMK m. 141/j'ye göre, soruşturma veya kovuşturma sırasında, eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirleri alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebilirler.

Söz konusu koşullardan, kişinin "eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulması" durumu inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Burada yedieminlik müessesesi ile ilgili bir durum yoktur. Yani, bir eşyaya koşulları oluşmadığı halde elkonuldu ise ve bu sebeple bir maddi ve/veya manevi tazminat sorumluluğu doğacak ise, bu tazminatların, malın yediemine tevdii ile veya yedieminin seçilmesi, ataması ve onun izlenmesi, ona talimat verilmesi, başkalarından gelen uyarıların dikkate alınması veya alınmaması ile bir ilgisi yoktur.

Eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, amaç dışı kullanılması ve zamanın da geri verilmemesi de, şayet söz konusu eşya, bir yediemine teslim edilmemiş ve devlet tarafından muhafaza altına

---

maddelerine göre tazminat istemeye mani teşkil etmez" (Yarg. 29.01.1959, 1386/963; GÜNAY, s. 57).

alınmış ise, yine konumuz dışındadır. Zira bu halde ortada bir yedieminlik yoktur.

Söz konusu eşya, CMK m. 132, V'e göre sanığa, şüpheliye veya üçüncü bir kişiye yediemin sıfatı ile teslim edilmiş ise, bu halde, ortada bir yedieminlik mevcut olacaktır. Ancak doğal olarak sanığın veya şüphelinin kendisinin yediemin tayini halinde de, mal zaten kendisinde bulunduğundan yine CMK m. 141/j'deki şartlar oluşmayacaktır. Yine de sanığın veya şüphelinin, kendisinde yediemin sıfatı ile bulunan malı üzerinde, zamanında yedieminlik görevi sona erdirilerek, istediği gibi tasarrufta bulunmasına imkan tanınmadığı yönünde bir iddiasının olabileceği düşünülebilir ise de, bu husus da, yedieminlik müessesesi dışında kalacağı için konumuz dışında olacaktır.

O halde, malın üçüncü bir şahsa yediemin olarak teslimi halinde, eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, amaç dışı kullanılması ve zamanın da geri verilmemesi şartlarından biri veya bir kaçının oluşması inceleme konumuza dahildir. Ancak, zamanında geri verilmemesi, yetkili makamın (savcının) zamanında iade için gerekli işlemleri yapmamasından (örneğin, iade kararını vermemesi veya yediemine tebliğ etmemesi gibi) kaynaklanmış ise, yine bu husus da inceleme konumuz dışındadır. Zira olayın yedieminlik müessesesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Söz konusu üç şarttan biri veya bir kaçı oluştuğunda, esasen bu eylemleri yediemin gerçekleştirmiş ise, doğan zararın devletin elkoyma eylemi ile illiyet bağlantısı kesileceğinden kanaatimizce, bu kez de, devletin sorumluluğu, yedieminin eylemi dolayısıyla (ve yine CMK m. 141, I/j sebebiyle) doğacak ve fakat bu işlemin savcının fiili ile bir ilişkisi kalmayacaktır.

Ancak, sorun, savcının, gerekli dikkat ve ihtimamı göstermeyerek bir yediemin tayin etmesi nedeniyle, yedieminin gerekli tedbirleri almaması,

amaç dışı kullanması ve zamanın da geri vermemesi nedeniyle bir zarar doğmuş ise, bu halde, söz konusu olay hem inceleme konumuza dahil olacak hem de CMK m. 141 vd. maddelerinin uygulanmasını gerektirecektir. Zira bu halde, söz konusu eylemler, savcının gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklanmaktadır .

Buna göre, söz konusu tazminat davası, devlete karşı açılacaktır (CMK m. 141, I/son c.). Ancak, bu açılacak davanın hizmet kusurundan doğan zararlar için mi, yoksa kişisel kusurdan kaynaklanan eylemleri mi karşıladığı açık değildir. Kanaatimizce, 1982 Anayasası m. 129, V dikkate alındığında, hem hizmet kusurundan hem de kişisel kusurdan doğan bu tip davaların, CMK m. 141, I/son c. gereği devlet aleyhine açılması ve fakat devletin şahsi kusuru oranında, savcıya rücu edebilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim, CMK m. 143, II'de aynı yöndedir.

CMK m. 144'de belirtilen kişilerin tazminat davası açamayacakları, aynı maddede belirtilmiş ise de, anılan maddede belirtilen hallerin, CMK m. 141, I/j'de belirtilen duruma ilişkin olarak gerçekleşmesi olanağı bulunmadığını düşünüyoruz.

CMK m. 142'ye göre, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi, şayet o ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilgili ise ve aynı yerde başka ağır ceza mahkemesi de yok ise, en yakın yer ağır ceza mahkemesidir.

Zarara uğrayan, karar veya hükmün kesinleştiğinin kendisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde kararın kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. YURTCAN, isabetli olarak, söz konusu sürelerin hak düşürücü süreler olduğunu belirtmektedir[738].

[738] YURTCAN (11), s. 652.

Hemen belirtmek gerekir ki, CMK m. 141, I/j'de belirtilen hallere ilişkin olmak üzere, hak düşürücü sürenin başlaması için, kesinleşmesi gereken karar veya hükmün hangi karar veya hüküm olduğu anlaşılamamaktadır.

Diğer yandan, CMK m. 142'nin yazılış şeklinden, kararın duruşma yapılmaksızın verileceği anlaşılmaktadır[739].

Oysa, CMUK döneminde, savcıların tüm faaliyetlerinin idari olması nedeniyle ve CMUK veya başka bir kanunda özel bir düzenlemede yer almadığından, savcıların anılan idari nitelikteki faaliyetlerinden doğan zarar için, hizmet kusuru söz konusu olduğunda, Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı ve kişisel kusurları var ise, BK m. 41 vd. uyarınca adli yargıda aleyhlerine tazminat davası açılabiliyordu[740].

Yukarıda belirtilenler bir arada düşünüldüğünde, tazminat davasının, haksız fiil davalarının uzmanı olmayan ağır ceza mahkemesinde görüleceği; zamanaşımı süresinin yerini hak düşürücü sürenin alacağını; başlangıç tarihini tam olarak anlaşılamamakla beraber, sürelerin 3 ay ve 1 yıla indirildiği; duruşma yapılmadan karar verileceği anlaşılmakla, böyle bir düzenlemeye niçin ihtiyaç duyulduğu sorusu gündeme gelmektedir. Gerçekten, kanaatimizce, böyle bir düzenleme getirilmeden (yani CMUK'un yürürlükte olduğu 1 Haziran 2005 tarihinden) önceki dönemde, hukuki durumun, yukarıda belirtildiği gibi oldukça net ve hem süreler hem de duruşma yapılması ve davaya, konunun uzmanı hukuk mahkemelerinde bakılması açısından, zarar gören açısından daha elverişli olduğunu düşünüyoruz.

---

[739] Aynı yönde bkz. YURTCAN (11), s. 655.

[740] AYDINALP, s. 44. Öte yandan hemen belirtmek gerekir ki, anılan dönemde, uygulamanın bu şekilde olduğu konu ile ilgili olarak yazılan eserlerden anlaşılıyor olmakla beraber, 1982 Anayasası m. 129, V'de yer alan düzenleme karşısında, kanaatimizce, yine anılan dönemde ister hizmet kusurundan ister şahsi kusurdan kaynaklansın, açılacak davaların devlete karşı açılıyor ve fakat devletin kusuru oranında sorumlu kamu görevlisine (burada savcıya) rücu ediyor olması gerekirdi (bkz. GÜNDAY, s. 328).

Kanaatimizce, bu uygunsuzluğun sebebi, anılan hükümlerin esasen, tutuklama ve yakalamalara ilişkin olarak düzenlenmesine ve madde gerekçeleri de bu yönde olmasına karşın sonradan, söz konusu CMK m. 141, l/j hükmünün ve onunla bağlantılı hükümlerin kanun metnine dahil edilmesidir. Kanaatimizce söz konusu hükümlerin bir an önce madde metninden çıkarılması uygun olacaktır.

II) İNFAZ MEMURUNUN VE YEDİEMİN ATAMA KARARI VEREN DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nın, 132 nci maddesinin (5) inci paragrafına göre, elkonulan eşyanın, bir yediemine teslime karar vermeye soruşturma evresinde, savcı ve kovuşturma evresinde ise, mahkeme yetkili olduğundan, kolluk güçlerinin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır ve bu nedenle de kolluk güçlerinin yediemine tevdi nedeniyle inceleme konumuz açısından bir sorumluluğunun doğmayacağını düşünüyoruz[741]. Bununla beraber, yediemine tevdi işlemini şayet kolluk güçleri gerçekleştirir (icra eder) ise, anılan işlemi usulüne uygun yapmamaları nedeniyle, örneğin, bir yediemin senedi düzenlememeleri veya yedieminin imzasını almamaları ya da teslim edilen eşyaları senede yazmamaları yahut eksik yazmaları gibi nedenlerle bir hukuki sorumluluk doğabilir. Bu sorumluluk da, esasen, kanaatimizce, Anayasa 129, V ve CMK. m. 141/j gereği devletin sorumluluğu olacaktır.

İhtiyati tedbir kararını infaz memuru sıfatı ile icra edenlerin de, yediemine tevdi kararı verme yetkileri olmadığı için bu anlamda bir sorumluluk doğması mümkün değil ise de, yukarıda kolluğun, yediemine teslim

[741] Hemen belirtmek gerekir ki, CMK m. 127, l'de, hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadı hallerde ise, kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlerinin elkoyma işlemini gerçekleştirebileceği düzenlenmiş olmakla beraber, bu hüküm elkoyma işlemine ilişkin olup, elkonulan eşyanın muhafazası için bir yediemine teslimi, CMK m. 132, V'de düzenlenmiştir.

işlemini icrası nedeniyle söz konusu olabilecek sorumluluk burada da söz konusu olabilir.

Orman Kanunu m. 84'e göre yapılan yediemine tevdi işlemi halinde ise, vazifeli orman memurları hem yediemine tevdi kararı verecekler hem de tevdi işlemini gerçekleştireceklerinden söz konusu her iki husus için de hukuki sorumlulukları doğabilecektir. Ancak, vazifeli orman memurları da kamu görevlisi olduklarından, Anayasa m. 129, V burada da uygulama imkanı bulacaktır. Ancak, burada, yapılan işlem, CMK'ya değil, Orman Kanunu m. 84'ye göre yürütüldüğü için, CMK m. 141 vd. uygulanamayacağını düşünüyoruz.

Vazifeli orman memurlarının sorumluluğuna ilişkin yapılan açıklamalar, yukarıda incelenen, hakimler, savcılar, infaz memurları ve kolluk güçleri dışında kalan ve yediemine tevdi kararı vermeye yetkili olan diğer kişiler için de geçerlidir.

E) YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

I) İİK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

İcra ve İflas Kanunu uyarınca tayin edilen yedieminin hukuki sorumluluğu, anılan Kanun m. 358 ile özel olarak düzenlenmiştir. Mehaz İsviçre hukukunda, anılan hükmün karşılığı bulunmamaktadır. Bu itibarla Federal Mahkeme, benzeri durumlarda, haciz yaptıran alacaklıya, malın zilyedi olan yediemine karşı haksız fiilden doğan bir tazminat davası açabilmek imkanı tanımaktadır[742].

[742] ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 156.

İİK m. 358'e göre, "Üçüncü şahıs icraca haczolunup kendisine bırakılan malları icra dairesinden istendiği anda evvelki vaziyetinde iade ile mükelleftir.

Bu suretle eline bırakılan malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef veya ziyaını ispat edemeyen üçüncü şahıs hakkında ceza takibinden başka evvelce tespit edilmiş olan kıymetler, hükme hacet kalmaksızın icra dairesince re'sen tazmin ettirilir.

Bu kıymetleri tazmin ile mükellef olanlar, icra dairesinin bu baptaki talep ve kararlarına karşı icra mahkemesine, 16 ıncı maddede tayin edilen müddet içinde şikâyette bulunabilirler".

Söz konusu madde, İİK'da yer alan ve cebri icranın hızlı ve etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak üzere, icra organlarına, genel hukuki yollara başvurmaya gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya hareket etmek yetkisi veren kanuni düzenlemelerdendir[743]. Böylece, İİK m. 358'de yer alan ve aşağıda incelenecek şartların varlığı halinde, söz konusu alacak, bir icra takibine veya dava açmaya gerek kalmaksızın, icra dairesi tarafından, yedieminden tahsil edilebilmektedir.

Yargıtay, İİK m. 358'in sadece tanınan bir hukuki yol olduğunu ve alacaklının ister ise, dava açma yoluna da gidebileceği görüşündedir[744]. KURU ise, alacağını alabilmek konusunda İİK m. 358'deki imkandan

[743] POSTACIOĞLU, s. 763. İİK'da yer alan ve bu nitelikte olan diğer hükümlere örnek olarak, İİK m. 356 ve m. 361 verilebilir.

[744] "Haczedilen mal yediemin sıfatıyla kendisine bırakılan kimse, bu malı, istendiği anda evvelki durumunda icra dairesine geri vermekle yükümlü bulunduğu, aksi takdirde hakkında ceza takibi yapılmakla beraber hükme hacet kalmaksızın mal parasının icra dairesince tahsil ettirileceği İİK.'nun 358. maddesinde yazılı bulunmaktadır. Davalı (yediemin) kendisine yediemin sıfatıyla verilen malı icra dairesinin herhangi bir talimatı olmadan kendiliğinden satmış ve böylece TCK.'nun 276. maddesinde yazılı suçu işlemiş ise, bu haksız eylemden davacı, asıl mal sahibi olduğu sonradan hükmen sabit olması itibariyle zarar görmüş sayılacağından, bu zararın ödetilmesi İİK.'nun 358. maddesinde gösterilen yolla mümkün olabileceği gibi umumi hükümler gereğince bir dava ile de istenebilir. Bu duruma göre davacının gerçek zararı tespit edilerek bunun zararlı sonuç doğuran eylemi yüzünden davalıdan alınmasına karar verilmesi gerekir" [Yarg. 4. HD. 1.11.1965, 6431/5364; bkz. KURU (İcra-I), s. 642].

faydalanabilen alacaklının, dava açmakta hukuki yararının bulunmadığını ve söz konusu Yargıtay kararının, şayet, alacaklının (davacının) yediemin tutanağında yazılı olan değerden daha yüksek bir meblağı gerçek zararı olarak dava etmiş ise, doğru olduğunu, çünkü ancak bu halde dava açmakta hukuki yararı bulunduğunu ifade etmektedir[745]. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Yargıtay, bir kararında ise, kanaatimizce isabetli şekilde, İİK m. 358 mevcut iken, alacaklıdan takip talebinde bulunmasının istenmesini, alacaklıya gereksiz bir külfet yüklenmesi niteliği taşıması nedeniyle, yasaya aykırı bulmuştur[746].

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, icra dairesinin alacaklıdan takip talebinde bulunmasını istemesi yasaya (İİK m. 358) aykırı olmakla beraber, şayet alacaklı, kendisi takip talebinde bulunur ise, icra dairesi bu talebi kabul etmek zorundadır. Zira, dava açılmasında aranan "hukuki yarar" şartı, takip talebinde aranmamaktadır. Takip talebinde bulunması gereken şartlar, İİK m. 58'de gösterilmiş olup, icra dairesi anılan şartları taşıyan bir takip talebini kabul etmek zorundadır ve başka bir gerekçe ile takip talebini reddedemez[747]. Takip talebinin İİK m. 58'de belirtilen şartlar dışında reddi halinde, alacaklı İİK m. 16 uyarınca şikayet yoluna gidebilir.

İİK m. 358'e rağmen, alacaklının takip talebinde bulunması halinde, bu işlemin usul ekonomisine aykırı olduğu ve icra dairelerinin gereksiz yere uğraştırıldığı ve/veya hakkın suiistimali niteliği taşıdığı ileri sürülebilir ise de, yukarıda da belirtildiği gibi İİK m. 58'de yer alan şartlar dışında, icra dairesinin bu tür iddiaları değerlendirme yetkisi yoktur. Ancak, alacaklının

---

[745] KURU (İcra-I), s. 642.

[746] "358 inci maddeye göre tespit edilmiş kıymetlerin hükme hacet kalmaksızın icra dairesince resen tazmin ettirileceğine ve icra dairesince bu baptaki talep kararına karşı tetkik merciine şikayette bulunabileceğine göre, alacaklının takip talebinde bulunması iktiza ettiğine memurlukça karar verilerek, alacaklıya lüzumsuz külfet tahmili, 358 inci madde hükmüne aykırıdır" [Yarg. İİD. 21.1.1957, 139/540; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 209].

[747] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 141; PEKCANITEZ, Hakan, İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s. 28.

böyle bir talebinin icra dairesince kabulü halinde, yediemin (borçlu), İİK m. 16 uyarınca şikayet yoluna gidebilir. Kanaatimizce, şikayet üzerine, icra mahkemesinin de, sadece İİK m. 358'in varlığı nedeniyle, böyle bir şikayeti kabul etmemesi gerekir. Zira, kanaatimizce, böyle bir takip talebini kabul eden icra müdürü sadece görevini yapmıştır ve alacaklının da, yasal bir hakkını kullanması, hakkın suiistimali teşkil etmez ve usul ekonomisine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Keza, İİK m. 358'de belirtilen şartların varlığına rağmen, alacaklının takip talebinde bulunması halinde, icra dairesice, takip talebinin, İİK m. 358 mevcut iken, takip talebinde bulunulamayacağı gerekçesi ile reddi halinde, alacaklı tarafından, icra mahkemesine şikayette bulunulur ise, icra hakimliğinin yukarıda belirtilen nedenlerle, böyle bir şikayeti kabul etmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bu noktada bir hususun daha belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bilindiği gibi, dava açarken, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış kişi açısından, açtığı davanın tam dava olduğu ve fazlaya ilişkin hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir[748]. Ancak, icra takiplerine ilişkin olarak ise, durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklı takip talebinde belirttiği alacak miktarını, söz konusu takip sırasında artıramaz. Ancak, daha sonra, fazlaya ilişkin kısım için yeni bir takip yapabilir[749]. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur[750]. Bir diğer görüşe göre ise, sadece alacağının bir kısmı hakkında takip yapan alacaklının, kısmi takip yaparken, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış ise, fazlaya ilişkin haklarından zımnen feragat etmiş sayılmalıdır[751]. Dava açılmasına ilişkin kurallar ile uyumlu olan bu görüşe biz de katılıyoruz. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki,

[748] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 341.
[749] ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 90.
[750] "İcra takiplerinde, evvelce istenen talep yerine veya evvelce istenen talep yanında yeni bir talep (mesela faiz alacağı) icra muhakemesine sokulmak istenirse, bu yeni talepler hakkında mutlaka yeniden ödeme emri göndererek, takibe yeniden başlamak gerekir" [ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 90, dn(243c)].
[751] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 137.

UMAR'ın ifade ettiği gibi, İİK m. 358, II uygulaması, bir icra takibi işlemidir[752].

Konuyu sadece, faizler açısından ele alan bir başka görüşe göre ise, alacaklı takip talebinde istemediği faizi alacak tamamen tahsil edilinceye kadar, ikinci bir takip talebi ile isteyebilir. Esas alacak tamamen tahsil edilmiş ise, borç sakıt olacağı için, bunun fer'isi olan faiz de sâkıt olacağı için, istenmesi mümkün olmaz (BK m. 113)[753].

Bu itibarla, fazlaya dair bir zararı olduğu düşüncesinde olan hak sahibinin, icra müdüründen İİK m. 358'i uygulaması için talepte bulunması halinde, bu talebinde; şayet, icra memuru re'sen hareket etmiş ise, parayı icra dairesinden alırken, fazlaya dair haklarını saklı tuttuğunu beyan etmesinin, ileride herhangi bir olumsuz durumla karşılaşmamak açısından uygun olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir işlemi yapmayan hak sahibinin ise, parayı tahsil ettikten sonra derhal bir ihtarname ile, fazlaya ilişkin hakları bulunduğunu karşı tarafa bildirmesi kanaatimizce, uygun olacaktır.

1) SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yedieminin hukuki sorumluluğu, kanuni bir görevin ihlali nedeniyle sorumluluktur[754]. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere[755], kamu

[752] UMAR, yediemine bırakılan malın geri istenmesinin (İİK m. 358, I) takip işlemi olmadığını; bu istemeyi, yediemine karşı yapılabilecek takip (İİK m. 358, II), yani asıl takibe aşılanmış fer'i takip bakımından bir ödeme ya da icra emrine kıyas etmek ve böylece, fer'i takip için bir takip işlemi saymanın mümkün olduğunu ifade etmektedir (UMAR, s. 186). UMAR, icra organlarının bazı takip işlemlerinin, üçüncü bir şahsın malvarlığına yönelmiş görünen, fakat doğru tahlil edildiğinde, borçlunun malvarlığına yöneldiği görülen ve takip işlemi kavramının diğer unsurlarına dahi sahip bulunan işlemler olduğunu belirtmekte ve İİK m. 358, II'nin de aynı faraziyeye örnek teşkil edeceğini; çünkü, burada takip borçlusunun bir tazminat alacağının söz konusu olduğunu, tahsil edilen para ile asıl takip konusu alacak ödendikten sonra bakiye olursa Devlete değil, takip borçlusuna verileceğini ifade etmektedir (UMAR, s. 205).

[753] BERKİN (İcra), s. 188.

[754] ÖZTAN, kendilerine kanun tarafından bir görev verilmiş olması nedeniyle, vasi ve vesayet dairelerinin sorumluluğunu, kanuni bir görevin ihlali nedeniyle sorumluluk olarak nitelendirmektedir (bkz. ÖZTAN, s. 699); KÖPRÜLÜ/KANETİ de, vasi ve vesayet dairelerinin sorumluluğunu yasadan doğan bir kusurlu sorumluluk olarak ifade etmektedir [KÖPRÜLÜ/KANETİ (Aile), s. 348].

hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikte, yediemin ile devlet veya alacaklı yahut borçlu ya da bir başka şahıs arasında herhangi bir akdi ilişki yoktur. Kanunun kendisine verdiği yetki kullanan şahsın, tevdi ettiği yedieminlik görevini, yediemin olacak şahsın kabulü ile veya yedieminlik görevini kabul zorunluluğu söz konusu ise, görevin tevdi ile (diğer usulü işlemlerin de tekemmülü sonucunda), yedieminlik görevi başlar. Kanunen yetkili kılınan kişiden anılan görevi alan kişi, söz konusu görevini yerine getirmez ise, bu durumda kanuni bir görevi yerine getirmemekten dolayı cezai sorumluluğu yanında hukuken de sorumlu olacaktır.

Görevin kamusal niteliği nedeniyle, yedieminlik görevini yerine getirmeyen kişinin sorumluluğunun esasen, kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekirdi. Ancak, böyle bir düzenleme sadece, İİK uyarınca atanan yedieminler için mevcuttur. İİK uyarınca atanan yedieminlerin hukuki sorumluluğu İİK m. 358'de düzenlenmiştir. Diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikler için ise, böyle bir düzenleme mevcut değildir. Kanun'da ayrıca düzenlenmeyen haller için haksız fiil hükümleri uygulandığı[756] için, İİK uyarınca atanan yedieminler dışında kalan kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlerin hukuki sorumluluğu için haksız fiillerle ilgili hükümler tatbik edilecektir[757].

Öte yandan, İİK m. 358 hükmünden yararlanmak istemeyen veya anılan madde hükmünün tatbiki için gerekli şartların yerine gelmemiş olması nedeniyle yararlanamayan hak sahibi kişiler de, İİK uyarınca atanan yedieminler dışında kalan diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlerin tabi olduğu hukuki sorumluluk şartları uyarınca, zararlarının giderilmesini isteyebilirler[758].

---

[755] Bkz. yukarıda § 2, C.
[756] ÖZTAN, s. 699.
[757] İİK uyarınca atanan yedieminler dışında kalan kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlerin hukuki sorumluluğu için bkz. aşağıda § 11, E, II.
[758] Bkz. aşağıda § 11, E, II.

İİK m. 358'de düzenlenen sorumluluk, kusura dayanan bir sorumluluktur. OĞUZMAN/ÖZ, haklı olarak, bugün için Borçlar Kanununda haksız fiil sorumluluğunda genel esasın kusura dayanan sorumluluk olduğunu ve kusursuz sorumluluğun, ancak bir kanun hükmü tarafından oluşturulabileceğini ifade etmektedir[759]. Buna göre, İİK m. 358'de düzenlenen hukuki sorumluluk, kusura dayanan sorumluluktur ve yediemin, ancak kusuru ile meydana gelen zarardan sorumludur.

Ancak, İİK m. 358, II'de, yedieminin sorumluluktan kurtulabilmesi için, kendisine bırakılan malların, "kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaını" ispat etmesi gerekmektedir. Bu durumda, TMK. m. 6'da yer alan ilkenin aksine, alacaklının yedieminin kusurunu değil; yedieminin kendi kusursuzluğunu ispatlaması gerekmektedir. Yani, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu söz konusudur. Bu ise, ispat yükünün ters çevrilmesi anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, yedieminin sadece, kendisine bırakılan malları, icra dairesince istendiği anda evvelki vaziyeti ile iade edememesi sorumluluğu için yeterli olacak ve fakat, sorumluluktan kurtulabilmesi için, malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı, telef ve ziyaını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

İİK m. 358, II ile ispat yükünün ters çevrildiğini ve fakat Borçlar Kanununa göre, haksız fiillerde temel ilkenin kusura dayanan sorumluluk olduğunu ve kanun ile yaratılmadığı sürece, kusursuz sorumluluk ihdasının mümkün olmadığını yukarıda belirtmiştik. Öte yandan, öğretide, olağan sebep sorumluluğunu oluşturan hallerinin bir çoğunun başlangıçta kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu olarak kabul edildiğini ve zamanla

[759] OĞUZMAN/ÖZ, s. 472; TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 10; akde dayanan sorumluluk hallerinde de sorumluluğun dayanağı esasen kusurdur (BK m. 96). Ancak, kanun hükmü veya tarafların anlaşması ile kusur bulunmamasına rağmen borçlunun sorumlu tutulduğu haller de mevcuttur (bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 349 vd.). Kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikte, ortada bir sözleşme bulunmadığı için, akdi sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

bunların sebep sorumluluğuna girdiğinin kabul edildiği ifade edilmektedir[760].

POSTACIOĞLU, açık olarak ifade etmemekle beraber, İİK m. 358'de belirtilen sorumluluk halinde, kusursuz sorumluluğa taraftar gibi görünmektedir[761]. Zira, POSTACIOĞLU, akdi mesuliyette borçlunun borcunu yerine getirmemesinin kusurundan olmadığını gösteren; akit dışı sorumlulukta ise, illiyet rabıtasını kesen ve böylece her iki sorumluluk çeşidinde de şahsı mesuliyetten kurtaran[762] mücbir sebepleri açıklamayan çalışan, sübjektif ve objektif teorilerden söz etmekte ve fakat, söz konusu teoriler sanki, sorumluluğu açıklayan teorilermiş gibi bir yaklaşım ile, İİK m. 358'deki sorumluluğun tespitinde objektif teorinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Öte yandan, İİK m.358, II'de yer alan, yediemine "atfolunamayan sebep" olarak da mücbir sebebi gördüğü intibaı yaratmaktadır.

Bilindiği gibi, öğretide, mücbir sebebi açıklayan sübjektif teorinin kusura dayanan mesuliyet halini esas aldığı[763]; objektif teorinin ise, kusursuz sorumluluğu esas aldığı ifade edilmektedir[764]. Buna göre, POSTACIOĞLU'nun, İİK. m. 358, II'de düzenlenen sorumluluk halini, kusursuz sorumluluk olarak kabul ettiği söylenebilir[765].

---

[760] EREN (II), s. 13; TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 10; OĞUZMAN/ÖZ, s. 472. Hemen belirtmek gerekir ki, kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu hallerinin bazılarının zamanla, olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilmesi, yukarıda belirtilen, Borçlar Kanununda haksız fiil sorumluluğunun temel olarak, kusur sorumluluğuna dayandığı ve kanuni bir hükme dayanmadan, kusursuz sorumluluk hallerinin yaratılamayacağı yönündeki görüşümüz ile çelişik değildir. Zira, mevcut bir kanun hükmünün yorumlanması ile kanunda esasen kusursuz sorumluluğun düzenlendiği sonucuna varılması, kanunda yer almayan bir kusursuz sorumluluk hali yaratılması değildir. Evvelce kusura dayanan sorumluluk hallerini düzenledikleri tarzında yorumlanan BK m. 55 ve 56'daki hükümlerin, sonradan kusursuz sorumluluğu düzenledikleri tarzında yorumlanmasında durum böyledir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 472).

[761] POSTACIOĞLU (İcra), s. 765.

[762] TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 468.

[763] GÖZÜBÜYÜK (Mücbir Sebep), s. 18.

[764] GÖZÜBÜYÜK (Mücbir Sebep), s. 23; EREN de, hakim fikre göre, objektif teorinin, kusursuz sorumluluk hallerine daha çok uyduğunu belirtmektedir [EREN (II), s. 97].

[765] Nitekim, POSTACIOĞLU, yedieminin, malın ziyaının mücbir sebepten dolayı gerçekleştiğini ispat etmedikçe, malın bedelini ödemeye mecbur olduğunu ifade etmektedir [bkz. POSTACIOĞLU (İcra), s. 765]; "Sübjektif nazariyede borçlunun hareket

Kanaatimizce, yukarıda belirtilenler çerçevesinde, İİK m. 358, III'te düzenlenen sorumluluğun, kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu mu; bir olağan sebep sorumluluğu mu olduğunun tespiti için, İİK m. 358, III'te yer alan sorumluluğun, kusursuz sorumluluğun ilkeleri ile karşılaştırılması ve söz konusu sorumluluk türlerinden (kusursuz sorumluluk veya kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu) her birinin kabulü halinde ulaşılacak sonuçların ve bu sonuçların İİK'ca tayin edilen yedieminliğe uygunluğunun saptanması gereklidir.

Bu itibarla, kusura dayanmayan sorumluluk hallerine ilişkin ortak yönler açısından İİK m. 358, III'ün değerlendirmesinin yapılmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz. Kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin ortak yönleri üstüne öğretide yapılan bazı değerlendirmeler ve saptamalar mevcuttur[766]. Ancak, kanaatimizce, kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin tüm ortak yönlerinin incelenmesi konumuz açısından gerekli değildir. Burada sadece, incelememiz açısından gerekli olan ortak yönlerden söz etmek yeterli olacaktır. TANDOĞAN, kusura dayanmayan sorumluluk halleri söz konusu olduğunda, bir insan davranışının (kusur aranmadan) sorumluluk sebebi olarak kendisini gösterdiği takdirde, bu davranışın kusurlu olmasının gerekmemesinden iki sonuç çıkacağını ifade etmektedir[767]:

- sorumlu kişinin temyiz kudretinden yoksun olması sorumluluğu ortadan kaldırmaz;
- sorumlu kişiye isnat edilen özen eksikliğinin kusur derecesini, hatta objektifleştirilmiş ihmal derecesini bulmasına gerek yoktur.

---

tarzı, ihtimamı bir kelime ile kusur temel ve hareket noktasını teşkil ediyordu. Objektif nazariyede, sübjektif nazariyenin tam zıddına olarak, ihtimam gösterilip gösterilmediği, kusurun bulunup bulunmadığı aranmaksızın borcun ifa edilip edilmediği aranır, edilmemişse borçlu mesuldür. Objektif sistemde, mesuliyet bir tek istisna ile mutlaktır. Bu istisna da objektif temele dayanan 'mücbir sebep hali'dir" [GÖZÜBÜYÜK (Mücbir Sebep), s. 23].

[766] TANDOĞAN (Kusura Dayanmayan), s. 10 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 568-569.

[767] TANDOĞAN (Kusura Dayanmayan), s. 11.

Oysa, yediemin olarak tayin edilebilmek için temyiz kudretine, hatta fiil ehliyetine sahip olmak zorunludur. Bu itibarla, fiil ehliyeti olmayan kişi yediemin olarak tayin edilemeyeceği[768] gibi, İİK m. 358, II uyarınca sorumlu da olmaz. Doğal olarak, yediemin olamayacak ve fakat temyiz kudretine sahip olan kişinin, kendisine tevdi edilen mala zarar vermesi halinde, diğer şartları da gerçekleşmek kaydıyla, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkündür. Öte yandan, yine diğer şartları da gerçekleşir ise, temyiz kudretine sahip olmayan bir kişi dahi, kıyasen uygulanacak BK m. 54 uyarınca sorumlu tutulabilir. Ancak bu haller de sorumluluk İİK m. 358, II'ye dayanmamaktadır.

Öte yandan, İİK m. 358, II uyarınca sorumlu tutulabilmek için, yedieminin kusurunun en azından objektifleştirilmiş ihmal derecesinde bulunması gerekir.

Bu nedenlerle, kanaatimizce, İİK m. 358, II'de düzenlenen sorumluluk hali, kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu olup, bugün için, anılan maddeyi bir olağan sebep sorumluluğu olarak yorumlamak, sorumluluğu çok fazla genişletmek olacaktır.

2) SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Yasal düzenleme, öğreti görüşleri ve yargı kararlarının bir arada değerlendirilmesi sonucunda, İİK m. 358'in uygulanabilmesi koşullarını saptamak mümkündür. Söz konusu koşulları aşağıda inceleyeceğiz.

Ancak bu koşulları incelemeye geçmeden önce bir hususun belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. İİK m. 358, II'de yer alan "ceza takibinden başka" şeklinde yer alan ibare, acaba, İİK m. 358'in uygulanması için yedieminin cezai sorumluluğunun da gerçekleşmesi gerekmekte midir şeklinde bir

[768] Bu konuda bkz. yukarıda § 8, A, II.

soruyu gündeme getirebilecek niteliktedir. Hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 358'in uygulanabilmesi şartları içinde cezai sorumluluğun da gerçekleşmesi şartı yer almamaktadır. Yargıtay uygulamaları da isabetli bir şekilde bu yöndedir[769].

Kanaatimizce kanun koyucu anılan ibareyi (esasen gereksiz olarak), sadece yedieminin cezai sorumluluğunun bulunmasının, hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmek için koymuştur.

Ancak, herhangi bir tereddüde yer vermemek açısından belirtmek gerekir ki, burada belirtilen, ceza mahkemesinde mahkumiyet kararının İİK m. 358'in uygulanması için bir şart olmadığıdır. Bunun dışında bir ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi kararlarına etkisi bakımından, genel hükümlerin uygulanacağı açıktır[770]. Yargıtay da aynı görüştedir[771].

a) İİK Uyarınca Usulüne Göre Atanmış Bir Yedieminin Varlığı

Zararın tazmin ettirileceği yedieminin İİK uyarınca, icra dairesi tarafından atanmış olması gereklidir. Başka bir kanun uyarınca atanan bir yediemine karşı İİK m. 358 uygulanmaz (örneğin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının

---

[769] "Taşınır bir mal haczedilip üçüncü bir kişiye yediemin olarak bırakılmış ise, bu kişi malı her zaman icra dairesi emrine hazır bulundurmakla yükümlüdür. İİK.'nun 358/1. maddesi haciz edilip kendisine bırakılmış malları, icra dairesince istenildiği takdirde, evvelki vaziyeti ile diğer bir anlatımla teslim aldığı vasıf ve miktara uygun biçimde (aynen) iade etmek zorunluluğunu yediemine yüklemiştir. Yediemin, kendisine usulüne uygun olarak tevdi edilmiş malları, 'süresinde satış istenmediğinden dolayı ve haczin kalktığından' bahisle iadeden kaçınamaz. Aynı gerekçelerle *yedieminin cezai sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki kararlar, adı geçenin hukuki sorumluluğu hakkındaki uygulamaya emsal teşkil etmez*. O halde açıklanan gerekçe ile şikayetin reddi yerine kabulü isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 26.4.2001, 5942/7087).

[770] Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 806-810.

[771] "Memuru mahsusu tarafından yediemin sıfatile kendisine teslim olunan eşyayı sahiplerine teslim eden davalının bu fiilinden dolayı mahkum olduğu ceza mahkemesinin kesinleşmiş ilamı ile sabit olup hukuk mahkemesi ceza mahkemesinden sadır olan mahkumiyet kararı ile mukayyet bulunmuş olması itibarile davanın kabulü gerekir" [Yarg. 4. HD. 23.3.1951, 1736/2226; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 221].

Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca atanan yediemine karşı İİK m. 358'in uygulanması mümkün değildir).

Öte yandan atama işlemi, icra dairesi tarafından yapılmamış ise, yine İİK m. 358 uygulanamaz. Bir başka deyişle, yedieminin, icra müdürü veya onun tarafından yetkili kılınan bir icra memuru tarafından atanmış olması gereklidir.

Ayrıca, atama işleminin usulüne uygun olarak yapılmış olması da şarttır[772]. Yani, bir yediemin teslim tutanağı düzenlenmeli, bu tutanak yediemin tarafından imzalanmalı ve mallar yediemine teslim edilmiş olmalıdır.

İİK m. 358, I'in yazılış şekli de bir sorun yaratacak niteliktedir. İİK m. 358, I'de yer alan "üçüncü şahıs" şeklinde başlayan ifadeden, haczi müteakip, haczedilen malların borçluya yediemin olarak teslimi halinde, anılan maddenin uygulanmayacağı sonucu çıkmaktadır.

İİK m. 358, I'de yer alan bu ifadeye rağmen, Yargıtay, önceki kararlarında isabetli biçimde, haczedilen malın borçluya yediemin olarak bırakılması

[772] "Her ne kadar mahkeme, davayı başka gerekçe ile reddetmişse de, bu gerekçe saptanan olaylara uymamaktadır. (M.G.), (N) ve (E)'ye ayrı ayrı borçludur. (N) birinci alacaklı olarak (M.G.) ye karşı icra kovuşturmasına girişmiş, sonunda (S)nin elinde bulunan gaz tüplerini haczetirmiş ve onun elinde bulunan gaz tüplerinin (Ü) ye verilmesine karar verilerek bu suretle haciz işlemi yapılmış, fakat tüpler (S)nin deposunda (Ü)nün yedieminliğinde kalmıştır. Bu arada ikinci alacaklı (E) icra kovuşturmasına geçmiş ve aynı tüpler haczedilmekle beraber depoda yetkili kimse bulunmadığından hiç bir yediemin atanmamıştır. Bu sırada (S) 1. alacaklı ve borçluya karşı istihkak iddiasında bulunmuş dava reddedilerek kesinleşmiş fakat tüpler yine deposunda kalmıştır. Bu arada (S) tarafından tüpler satılmış veya kullanılmış fakat istihkak davasındaki teminatına el konulmuştur. Dava 2. alacaklı (E) tarafından tüplerin hacizde ve teminatta gösterilen değerden çok farklı değerde bulunması nedeni ile alacağın (S)'den alınmasına ilişkindir. *Oysa (S) İcra İflas Yasasının 358. maddesi hükmünce yediemin değildir*. O halde (E) borçlusu (M.G.)'ye karşı kovuşturmayı yürütür. Ancak aciz belgesi alırsa (M.G.)'nin (S) tarafından satılan tüplere ilişkin zararı varsa borçlu adına tespit ettirilerek sabit olan alacak ondan istenebilir. Davanın ancak bu nedenle reddi doğrudur ve mahkemenin gerekçesindeki yanlışlık Usulün 438. maddesinin 6. fıkrası gereğince kaldırılarak temyiz olunan karar onanmalıdır" (Yarg. 4. HD. 10.2.1976, 1975/6785 E. 1976/1354 K.; bkz. YKD 3/6, s. 781).

halinde de anılan maddenin uygulanacağını içtihat etmişti[773]. Bizce de anılan görüş hukuka uygun ve doğrudur[774].

Ancak, Yargıtay daha sonra görüş değiştirmiş ve İİK m. 358 hükmünün, sadece, üçüncü kişi yedieminler hakkında uygulanabileceği sonucuna varmıştır[775]. Anılan kararda İİK m. 358'in lafzı dikkate alınmış ve söz konusu madde "üçüncü şahıs" ibaresi ile başladığı için yedieminin, aynı zamanda dosyanın borçlusu olması halinde, maddenin uygulanamayacağı sonucuna varılmış; ancak, yine yedieminin aynı zamanda dosyanın borçlusu olması nedeniyle, borcun zimmetinde bulunduğu ifade edilerek, kararın sonuç itibariyle doğru olduğuna hükmedilmiştir. Kanaatimizce, İİK m. 358'in sadece üçüncü kişi yedieminler için uygulanabileceği görüşüne varıldığında, anılan karara katılmak mümkün değildir. Zira, HUMK 438, IX'a göre, kararın, esas ve usul bakımdan kanuna uygun olması ve fakat gerekçenin doğru görülmemesi halinde, karar onanır veya düzeltilerek onanır. Oysa, şayet İİK 358, sadece üçüncü kişi yedieminler için uygulanıyor ise, kararda belirtilen olayda usule aykırılık vardır. İİK m. 358'e göre, icra dairesi re'sen hareket etmektedir; fakat, kesinleşmiş bir icra takibini müteakip haciz yapılmış ve mal bir borçluya yediemin olarak teslim edilmiş ise, satış için alacaklının talebi gerekir. Alacaklının talebi olmadan, icra dairesinin kendiliğinden, malın satımı yoluna gitmesi mümkün değildir. Öte yandan, yine İİK m. 358'in sadece üçüncü kişi yedieminler için uygulandığı kabul edildiğinde, alacaklının haczettirdiği mal ortada bulunmadığına göre, alacaklının şikayeti ile sadece yedieminin cezalandırılması yoluna gidilmesi ve fakat, söz konusu alacak için alacaklının tekrar haciz talep etmesi ve tekrar haciz yapılması

[773] Bkz. Yarg. İİD.2.3.1956 (KÖYMEN/OLGAÇ, İİK 1965, No: 3034).
[774] Bkz. aynı yönde, POSTACIOĞLU (İcra), s. 765; BERKİN (İcra), s. 247.
[775] "Müşteki borçlu aynı zamanda yediemin olduğundan İİK'nun 358. maddesi uygulanamaz ise de, halen şikayetçi olduğu dosyada borçlu bulunması nedeniyle, borcun zimmetinde sayılması, mahcuzların bedelinin hükme hacet kalmaksızın tahsili, hukuki durumda bir değişiklik meydana getirmeyeceğinden ve başka dosyada menkullerin haczinin müştekinin borçtan kurtulmasını icap ettirmeyeceğinden varit olmayan temyiz itirazlarının reddi ile merci kararının İİK. m. 366 ve HUMK:'nun 438. maddeleri uyarınca ONANMASINA ... oybirliği ile karar verildi" [Yarg. 12. HD. 22.3.1988, 1987/15150 E., 1988/3439 K.; bkz. UYAR (Şikayet), s. 316].

gerekecektir. O halde, anılan yola gidilmeden, icra dairesinin re'sen harekete geçmesi usule aykırıdır. Bu nedenle, anılan Yargıtay kararındaki düşüncenin (İİK m 358'in sadece üçüncü kişi yedieminler uygulanacağı düşüncesinin) kabulü halinde varılan sonuç, HUMK m. 438, IX'a uygun değildir ve kararın bozulması gerekirdi.

Öte yandan, kanaatimizce, İİK m. 358'in sadece üçüncü kişi yedieminlere uygulanacağı, borçlu yedieminlere uygulanmayacağı yönündeki düşünce de kabul edilebilir değildir. Öncelik ile bu farklılığın nedeni açıklanamaz. Gerçekten, üçüncü kişi yediemin, icra takibine sebebiyet veren alacak-borç ilişkisine uzak bir kişi olmasına karşın, İİK m. 358'e tabi iken, anılan ilişkinin borçlusu olmasına ve borcunu ödemeyerek aleyhine icra takibi yapılmasına sebebiyet vermesi yanında bir de, kendisine verilen yedieminlik görevini yerine getirmeyen borçlu (yediemin) için, alacaklıyı tekrar haciz talep etmeye ve icra dairesini tekrar haciz yapmaya zorlamak kabul edilemez.

Bu itibarla, Yargıtay'ın, öğretide kabul gören ve bizim de katıldığımız önceki görüşüne dönerek, İİK m. 358'in hem üçüncü kişi hem de borçlu yedieminler için uygulanacağı sonucuna varmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

b) Muhafazası İçin Teslim Edilen Malların İİK Uyarınca Haczedilmiş Olması

İİK m. 358'in uygulanabilmesi için, haczedilen malların mutlaka İİK uyarınca haczedilmiş olması gereklidir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca yapılan hacizler sonucu muhafazası için bir yediemine bırakılmış olan mallar, İİK m. 358 kapsamına girmezler.

İİK m. 358'de muhafaza altına alınan malın niteliğinden söz edilmemekte ve sadece "icraca haczolunup kendisine bırakılan mallar" ibaresi yer almaktadır. Öğreti ve yargı kararlarında da bu konuda açık bir ifade yer almamakta; ancak, öğretide yer alan bazı eserlerde, İİK m. 358'in haczedilen taşınır malların muhafazası kısmında incelendiği görülmektedir[776].

Kanaatimizce, İİK m. 358'de yer alan "bırakılan mallar" ibaresi hem taşınır hem de taşınmazlar için kullanılabilir ve anılan maddede yer alan diğer şartların da oluşması halinde, m. 358'in uygulanması açısından, yediemine bırakılan malın, taşınır veya taşınmaz olmasının bir önemi yoktur. Bu sebeple, kanaatimizce, diğer şartların da oluşması halinde, İİK. m. 358, muhafazası için yediemine teslim edilen hem taşınır hem de taşınmaz mallar için uygulanabilir[777].

---

[776] Bkz. KURU (İcra-I), s. 641; KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 262, dn(24); BERKİN (İcra), s. 247; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 194; Öte yandan, POSTACIOĞLU, taşınır ve taşınmaz ayırımı yapmadan "Müteferrik Hükümler" başlığı altında, İİK. m. 358'i incelemiştir (bkz. POSTACIOĞLU (İcra), s. 764); YILMAZ da, İİK m. 358'i, teslim edilen malın taşınır veya taşınmaz olması arasında bir ayırım yapmadan, müstakil olarak yedieminin hukuki sorumluluğu bahsinde incelemiştir [bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 209 ve YILMAZ (Yedieminlik), s. 13].

[777] Her ne kadar taşınmaz üzerinde bulunan yetişmemiş mahsullerin taşınmazdan ayrı olarak haczine olanak tanıyan İİK m. 84 ve ancak gemi siciline kayıtlı gemileri taşınmaz sayan İİK. m. 23, IV hükümleri nedeniyle, şüpheyle yaklaşılması gerekse de, taşınmazların hacizlerini müteakip, muhafazaları için yediemine bırakılmaları halinde, İİK. m. 358'in uygulamadaki tatbiki açısından belirtilmesinin uygun olacağını düşündüğümüz iki Yargıtay kararına işaret etmek istiyoruz: "... Yediemin zaptına göre, mahsuller tahmini olarak teslim edilmiş olup, mahsulün değeri ve hasat masrafı da tespit olunmamıştır. Bu yüzden bahsi geçen mahsullerin tazmini için hükme hacet kalmaksızın yediemin hakkında takip yapılması caiz görülmemiştir. Zira çıkan mahsullerin miktarı ve değer tutarı ile hasat masrafları belirli olmayıp muhakemeye muhtaçtır" (Yarg. İİD. 18.9.1972, 8589/8287; YILMAZ (Yedieminlik), s. 13, dn(15)); "İİK.nun 358 inci maddesinde belirtildiği gibi, yediemin seçilen üçüncü şahıs icraca haciz edilip kendisine bırakılmış malları icra dairesinden istendiği anda, evvelki durumuyla iade etmeye mecburdur. Kendisine atfolunmayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyanı isbat etmedikçe, ceza takibinden başka malların evvelce tespit edilmiş kıymetlerini, hükme hacet kalmaksızın tazmin eder. Madde metninden açıkça anlaşılacağı gibi yedieminin sorumluluktan kurtulabilmesi telef ve ziyanının kendisine atfolunmayacak bir sebepten doğduğunu ispat etmesi ile mümkündür.- Tetkik konusu hadiseye gelince; yediemin 'muhafazası altına verilen gemiyi, borçlunun parçalayıp enkaz haline getirmeye tevessül etmesi üzerine keyfiyeti 17.6.1964 tarihli bir dilekçe ile icra dairesine haber verdiğini borçluyu bu hareketten men edecek bir kudreti haiz olmadığını' iddia ettiğine göre, yedieminin bu müdafaası tahkik ve tetkik edilerek sorumluluktan kendisini kurtarır bir durumun mevcut olup olmadığı tespit olunmak gerekirken, noksan soruşturma ile şikayetin reddolunması usule aykırıdır" [Yarg. İİD. 30.11.1964, 13390/13723; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 210].

c) Bir Yediemin Tutanağı Düzenlenmiş ve Anılan Tutanakta Malların Değerinin Gösterilmiş Olması

Yedieminin sorumlu olabilmesi için, malların yediemine teslim edilmesi gerektiği açıktır. Ancak, İİK m. 358'in uygulanabilmesi için, malların yediemine teslimi yeterli değildir; malların yediemine bir tutanak (yediemin tutanağı) ile teslim edilmiş ve tutanakta malların değerinin de gösterilmiş olması gerekir. Şayet, yediemin tutanağında, malların değeri yazılı değil ise, İİK m.358'e göre, icra dairesince re'sen tazmin olanağı söz konusu olamaz.[778].

Öte yandan, yediemin açısından bakılınca da, teslim tutanağında yazılı değer, yedieminin sorumlu olduğu miktardır. Yani, icra dairesi bu miktar için İİK m. 358 uyarınca re'sen tazmin yoluna gidebilir; hatta gitmek zorundadır. Bu sebeple YILMAZ, haklı olarak, yedieminin malı teslim alırken, teslim tutanağına malın gerçek değerinin yazıldığına dikkat etmesi gerektiğini belirtmektedir[779]. Aksi halde, örneğin, gerçekte 1 milyar TL. olan bir mal, teslim tutanağına 5 milyar TL. olarak yazılmış ise, yedieminin sorumluluğu 1 milyar TL. değil, 5 milyar TL. olacaktır. Bir başka deyişle, yediemin malın kendisine teslim sırasında tespit edilen kıymetinin, gerçeği yansıtmadığını iddia edemez. Bu itibarla, tespit edilen kıymetin gerçeği

---

[778] "İİK.nun 358. maddesine göre (evvelce tespit edilmiş kıymetler hükme hacet kalmaksızın icra dairesince re'sen tazmin ettirilir) şeklindedir.- Yediemin değiştirme zaptına göre, mahsuller tahmini miktar olarak teslim edilmiş olup, mahsulün değeri ve hasat masrafı da tespit olunmamıştır. Bu yüzden bahsi geçen mahsullerin tazmini için hükme hacet kalmaksızın yediemin hakkında takip yapılması caiz görülmemiştir. Zira, çıkan mahsullerin miktarı ve değer tutarı ile hasat masrafları belirli olmayıp, mahkemeye muhtaçtır" [Yarg. İİD. 18.9.1972, 8589/8287; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 220].

[779] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 218. "A.K. hakkında yapılan takipte haczedilen inek, borçlunun eşi E.K.a yediemin olarak teslim edilmiş ve teslim sırasında (ineğin hasta vaziyette olduğu) belirtilerek, hali hazırda durumuna göre 20.000 lira kıymet takdir edilmiş olup, yediemine kanuni ihtarat yapılmış ve cezai sorumluluk da anlatılmıştır. Yediemin, teslim aldığı ineğin takdir olunan kıymetine bir itirazda bulunmadığı gibi, hastalık sebebiyle ineğin satılmasının gerektiği hususunda icra memurluğuna başvurmamış, (takdir olunan bedelden daha düşük bir bedelle satış yaptığını ve düşük bedelle satış yapmasında da bir kusuru bulunmadığını) isbat etmiş değildir. Ayrıca, ineğin borçlu tarafından elinden alınıp satıldığı hususunda da icra dairesine ihbarda bulunmuş değildir. Şu duruma göre, yediemin haciz sırasında takdir olunan 20.000 lira kıymetindeki ineğin kendi kusuru bulunmaksızın elinden çıkmış olduğunu isbatlayamadığından, yediemin E.K.'nun temyiz itirazlarının reddi gerekir" [Yarg. 12. HD. 5.3.1980, 68/2027; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 219].

yansıtmadığını düşünen yedieminin, tutanağı imzalayıp, malı teslim almamasının uygun olacağını düşünüyoruz.

POSTACIOĞLU, yedieminin, kendisine teslim edilen malın, teslim tarihinde tespit edilmiş kıymetinden daha düşük bir fiyatta olduğunu ispata yetkili olmadığını belirttikten sonra, teslim tarihinden itibaren piyasadaki fiyat hareketleri neticesinde, anılan bedelin düşmüş oluğunu ispat etmesinin ve bu düşüş nispetinde sorumluluktan kurtulmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. Zira, POSTACIOĞLU, yedieminin durumunun, bir malı haksız ele geçiren kişiden (gaasıptan) farklı olduğunu, gaasıpın, aradaki fiyat değişikliğinden doğabilecek rizikoyu üstlenmiş olduğunu; çünkü, gaasıpın, bu fiili ile, malikin ekonomik konjonktürün en elverişli anında, malı en yüksek bedelle elinden çıkarmasını önlediğini ve fiyat hareketlerine karşı mal sahibinin, kendisini koruyacak bir tasarrufta bulunmasına engel olduğunu; fakat, yedieminin mala zilyetliğinin, icra dairesinin tasarrufundan kaynaklandığını belirtmektedir[780]. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Ancak, bu halde, yedieminin başvuracağı hukuki yol, ileride incelenecek olan, şikayet yoludur.

Anılan görüşün tersinden yola çıkarak, hak sahibinin, şayet, yediemin tarafından icra dairesinin talebine rağmen zamanında teslim edilmeyen malın kıymetinin piyasadaki fiyat hareketleri nedeniyle, fiyatının artmış olması halinde de, hak sahibinin zararın bu bedel üzerinden hesaplanmasını talep edebilir. Bu halde, artış miktarı için malın bedeli muhakemeyi gerektirdiğinden, artış miktarı için İİK. m. 358'in uygulanması imkanı yoktur[781].

[780] POSTACIOĞLU (İcra), s. 765.
[781] POSTACIOĞLU (İcra), s. 765; Ancak, bu durumda bilirkişi incelemesi ile söz konusu malların teslim tarihindeki durumuna göre, geri istendiği tarihteki değerinin tespit ettirilip, İİK m. 358'in uygulanabileceği yönünde Yargıtay kararları da vardır. Bkz. aşağıda, § 11, E, I, 2, e, bb.

Burada belirtilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir diğer husus ise, yediemin değişikliğidir. Yediemin değişikliği halinde, yeni yediemin de haciz tutanağında yazılı olan değerden değil; yediemin değiştirme tutanağında yazılı olan değerden sorumlu olacaktır[782]. Yukarıda belirtilen hususlar, yediemin değişikliği hali için de geçerliliğini koruyacaktır.

d) Malların Tesliminin İcra Dairesi Tarafından İstenmesine Karşın Evvelki Vaziyeti İle İcra Dairesine İade Edilmemiş Olması

İİK m. 358'in uygulanabilmesi için öncelik ile icra dairesi tarafından malların istenmiş olması gerekir[783]. Ancak, bu istemin, usulüne uygun olarak yediemine iletilmesi de gerekir. Bunun için ise, yediemine bir tebligat yapılmalıdır[784].

---

[782] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 218; UYAR (Yediemin), s. 128; bu konuda bkz. yukarıda dn(779)'deki Yargıtay kararı; "8.3.1971 tarihinde yapılan hacizde icra memurluğunca mahcuzlara kıymet takdir edilmiştir. Mahcuzların vasıf ve mahiyetine göre bu işlerden anlar bir bilirkişi tetkikatı yapılmamıştır. Mahcuzlar hakkında 9.3.1971 tarihinde yediemin tebdili yapılmış ve Pamukbank'a aynı gün tutulan zabıtla teslim edilmiştir. Memurlukça 10.3.1971 tarihinde bu işlerden anlar bilirkişiye mahcuzların değeri o günkü tarihe göre tespit ettirilmiştir. İİK.nun 358. maddesi gereğince yediemin Pamukbank**,** kendisine bırakılan malları icra dairesine teslimle mükelleftir. Aksi halde evvelce tespit edilmiş olan kıymetler, hükme hacet kalmaksızın, icra dairesince re'sen tazmin ettirilir. Bu husus nazara alınmadan, icra memurunun haciz zaptında tespit ettiği kıymetin nazara alınması isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 27.3.1979, 1663/2585; bkz. UYAR (İİK-7), s. 9424-9425). Ancak hemen belirtelim ki, kanaatimizce, bir tüzel kişiye yedieminlik verilemeyeceği için, yedieminlik tayini işlemi gerçekleşmemiştir ve bu nedenle de İİK m. 358'in burada uygulama imkanı bulunmamaktadır.

[783] "10.2.1994 tarihli ihtiyati haciz kararı aynı tarihte borçlu şirketin merkezinde uygulanmış ve bir kısım taşınır mallar ihtiyaten haczedilerek şirketin ortağı Muhtar Yücebıyak'a yediemin sıfatıyla teslim edilmiş, gerekli ihtarat da yapılmıştır. Alacaklı vekilinin, haczedilen malların muhafaza altına alınması talebi üzerine şirket merkezine gidilmiş, yedieminin yokluğunda bulunan mallar muhafaza altına alınmış, haczedilen bir kısım malların bulunmadığı görülmüştür. Bunun üzerine 24.3.1994 tarihinde yedieminin evinde haciz yapılmıştır. İİK. 358/1 maddesi hükmüne göre 3. kişi icraca haczolunup kendisine bırakılan malları icra dairesinden istendiği anda, evvelki vaziyeti ile iadeyle mükelleftir. *Haczedilen mallar yedieminden istenilmeden evinde haciz uygulaması usulsüz olup, şikayetin kabulü gerekirken reddi isabetsizdir*" [Yarg. 12. HD. 20.9.1994, 10613/10843; bkz. UYAR (İİK.), s. 9417].

[784] "6.10.1984 tarihli haciz tutanağında değer ve cinsleri belirli mahcuz mallar, icra memurluğunun 30.10.1984 tarihli kararı gereğince, aynı tarihli tutanak mucibi, İsmail Kocabay'a yediemin sıfatıyla tevdi ve teslim edilmiştir. 'Satış günü mahcuzların bulundurulması' konusunda, herhangi bir tebligat yapılmamıştır. Satış gününü belirten satış ilanı ise, tebliğ edilemeden iade edilmiştir. Satış gününden, usulüne uygun şekilde haberdar edilmeyen yedieminin 'mahcuz malları satış mahalline getirmediği ve hüsnüniyetli olmadığından' bahisle, bu konuda vuku bulan şikayetin reddedilmesi

Uygulamada, malın tesliminin temini için, icra dairesi tarafından, yediemine "muhtıra" denilen bir yazı gönderilmektedir. Söz konusu muhtırada, yukarıda belirtildiği gibi, yedieminin icra dairesine teslimatı yapması gereken tarihin bildirilmesi gerekmektedir. Yargıtay, bir olayda, yediemine muhtıra yerine ödeme emri gönderilmesini, usule aykırı ve fakat esasa müessir görmemiştir.[785] Kanaatimizce de, ödeme emri gönderilmesi, hukuken kabul edilemez nitelik taşıyor ise de, sadece bu sebeple icra dairesinin işlemine yönelik şikayetin kabulü mümkün değildir. Böyle bir davranış kanaatimizce, diğer şartları da mevcut ise, ödeme emri gönderen icra müdürü veya memurunun haksız fiil sorumluluğunu doğurabilir.

e) Haksız Fiile Ait Unsurların Gerçekleşmiş Olması ve Yedieminin Kendisine Teslim Edilen Malları Evvelki Vaziyeti İle İade Edememesinin Kendisine Atfolunamayacak bir Sebepten Dolayı Gerçekleştiğini İspat Edememesi

Yukarıda belirtildiği gibi[786], kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikte, yedieminin sorumluluğu, kanuni bir görevin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Esasen böyle bir durumda, sorumluluğun bir kanun maddesi ile özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak özel bir düzenlenmenin bulunmadığı durumlarda ise, haksız fiil hükümlerini uygulanacaktır. Haciz sebebiyle tayin olunan yedieminin sorumluluğu konusunda, İİK m. 358 ayrı

---

isabetsizdir" [Yarg. 12. HD. 3.7.1986, 1985/13522 E., 1986/7827 K.; bkz. UYAR (İİK), s. 9424].

[785] "Emanet olarak yediemine bırakılan mahcuz eşyayı icra dairesine teslim için üçüncü şahıs yediemine 'muhtıra' ile keyfiyetin bildirilmesi icap ederse de, hadisede bu hususta 'ödeme emri' tebliği neticeye müessir olmayıp, vaki olan teslim talebine karşı üçüncü şahıs tarafından şikayeti mutazammın olarak verilip kaydedilmiş bulunan dilekçe üzerine mercice İcra ve İflas Kanunun 358 inci maddesi hükmü dairesinde tetkikat yapılarak eline bırakılan mezkur malın kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve zayi olup olmadığı tespit olunmak suretiyle işin karar bağlanması icap ederken, bu cihet düşünülmeksizin yazılı olduğu üzere karar verilmesi kanuna aykırı ve bozma talebi bu sebeple yerinde olduğundan ..." (Yarg. İİD. 14.3.1957, 1659/1919; bkz. UYAR(İİK.), s. 9431).

[786] Bkz. yukarıda § 2, C.

bir düzenleme oluşturmakla beraber, sorumluluğun esasları, anılan düzenlemede tam olarak belirtmediğinden, söz konusu düzenleme ve müessesenin özellik gösterdiği noktalar dikkate alınmak şartıyla, haksız fiile ilişkin unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek gereklidir. Aşağıda haksız fiilin unsurlarına göre, İİK m. 358'de düzenlenen sorumluluğun esasları incelenecektir.

aa) Hukuka Aykırı Fiil

Hukuka aykırı fiil için, ibarenin kendisinden de anlaşılacağı üzere, önce bir fiilin varlığı aranacak; ayrıca da bu fiilin hukuka aykırı olması gerekecektir.

Bilindiği gibi fiil, bir insanın yapma veya yapmama tarzında iradi davranışıdır[787]. Bir başka deyişle, bu fiil, bir harekette bulunma şeklinde olabileceği gibi; gerekli bir harekette bulunmama şeklinde de olabilir. İİK m. 358, I'e göre, bu fiil, ancak bir yapmama (malları icra dairesine teslim etmeme) tarzında olabilir.

Haksız fiil sorumluluğunda fiilin hukuka aykırılığı, bu fiilin bir genel davranış kuralını ihlal etmesi demektir. Genel davranış kuralları ise, toplum içinde şahısların yapmaları gerekli davranışlar ile yapmamaları gereken davranışları belirten kurallardır. Ancak, hukuka aykırı bir fiil sonucu zarar uğrayan şahsın, tazminat isteyebilmesi için, çiğnenen hukuk kuralının koruyucu amacı ile ihlal edilen menfaat arasında bir ilişki bulunması gerekir ki, buna hukuka aykırılık bağı denir[788]. Yani, ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o şahsın zarardan korunmasının da girmesi gerekir[789].

İİK m. 358 ile, malın teslim edilmemesi ile zarar gören şahsın (alacaklı veya borçlu-mal sahibinin), menfaati arasındaki hukuka aykırılık bağı

[787] OĞUZMAN/ÖZ, s. 476.
[788] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476.
[789] OĞUZMAN/ÖZ, s. 478.

kurulmaktadır. İİK m. 358'in amacı için de, zarar gören şahsın (alacaklı veya borçlu-mal sahibinin) zarardan korunması da girmektedir. Aynı bağ, İİK m. 88, II ile sebebi ile de mevcuttur[790].

Öte yandan, yediemin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller mevcut ise, bu halleri ispatlayarak da, hukuki sorumluluktan kurtulabilir. Bilindiği gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, genel olarak, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması[791]; mağdurun rızası; özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması; meşru müdafaa; ıztırar hali; hakkını korumak için kuvvet kullanma; üstün bir kamu yararı veya üstün özel bir yararın bulunması şeklinde sayılabilir[792].

Kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılmasının, yediemin açısından söz konusu olması pek mümkün görünmemektedir. Zira, yediemine, malı muhafaza görevi zaten, kamusal bir yetki ile, icra memuru tarafından verilmektedir. Ancak, yedieminin aynı zamanda, bir kamu görevlisi olması halinde ve bu kamu görevi nedeniyle, şayet, muhafazasındaki malı icra memurunun talebine rağmen vermemek konusunda bir yetkisi var ise mümkün olabilir.

Mağdurun rızası nedeniyle hukuka aykırılığın ortadan kalması ise, İİK m.358 için söz konusu olamaz. Zira mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için, rızanın, zarar verici davranış gerçekleşmeden önce verilmesi gerekir. Oysa zarar verici davranış, icra memurunun talebine rağmen, muhafazası altındaki malı yedieminin icra memuruna teslim etmemesidir. İİK m. 358'in uygulanabilmesi için, icra memurunun

[790] Keza, mal sahibi açısından, yediemine teslim ile muhafaza altına alınan mal üzerinde sahip olduğu mutlak hakkı (mülkiyet hakkı) nedeniyle de, malın yediemin tarafından teslim edilmemesi veya malın zarar görmesi halinde, ihlale yönelik fiil mutlak hakkı ihlal etmeme hususundaki davranış kuralına aykırılık oluşturduğu için de hukuka aykırılık bağı kurulmaktadır.

[791] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, buna "devlet kuvvetlerinin zor kullanma yetkisi" (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 491); TANDOĞAN, ise, "amme kudretinin istimali" [bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 30] demektedir.

[792] Söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller sayılırken, OĞUZMAN/ÖZ tarafından yapılan tespit esas alınmıştır (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 484-497).

malın teslimini talep etmesi gerekir ve böyle bir talep mevcut olduğuna göre, alacaklının veya alacaklının hacze son vermesi halinde malikin, malın teslimini istemiş veya en azından icra memurunun böyle bir talebine karşı çıkmamış olması gerekli olduğundan, zarar meydana gelmeden (yedieminin talebe rağmen teslimden kaçınmamasından) önce, alacaklının veya (alacaklının hacze son vermiş olması halinde) mal sahibinin bir rızasından söz edilemez. Zarar verici davranış gerçekleştikten sonra razı olma ise, fiilin hukuka aykırılığına geçmişe etkili şekilde son vermez ve bu halde sadece doğan zararın ibra ile ortadan kalkması söz konusu olabilir[793].

Meşru müdafaanın, BK m. 52, I'e göre, diğer şartlarının varlığı[794] ile tecavüzde bulunanın şahsına veya mallarına karşı yapılması gerektiğinden, yedieminin, muhafazasında bulunan malı, icra memurunun talebine rağmen vermemesi eyleminde, meşru müdafaanın olması mümkün görünmemektedir.

Iztırar hali ise, bir kimsenin, kendisinin veya bir başkasını ya da mallarını zarardan yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden korumak için bir üçüncü kişinin mallarına zarar vermesi durumudur[795] (BK m. 52, II). Aynı husus taşınmazlar için, TMK m. 753'te düzenlenmiştir. Kanaatimizce, anılan üçüncü kişiye ait malın, zarar veren şahsın muhafazası altında bulunması durumu değiştirmez. Bu nedenle, yine kanaatimizce, yedieminin ıztırar halinin şartlarının varlığı halinde, muhafazasında bulunan mala zarar vermesi nedeniyle, icra memurunun teslim talebine rağmen, malı teslim edememesinde, ıztırar hali oluşur.

[793] OĞUZMAN/ÖZ, s. 487.
[794] Meşru müdafaanın şartları için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 489-490; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 486-487; TANDOĞAN (Mesuliyet) , s. 33-37
[795] OĞUZMAN/ÖZ, s. 490.

Iztırar halinin varlığından söz edebilmek için[796], bir kimsenin kendisinin veya başkasının şahıs veya malları için zarar verici ya da derhal vuku bulacak bir tehlikenin mevcut olması gerekir. Zarar verici fiil, ıztırar halini oluşturan zarar veya tehlikeyi önlemek için gerekli ve buna elverişli bulunmalıdır. Ayrıca, önlenmek istenen zarar, verilen zarardan daha büyük olmalı ve ıztırar hali nedeniyle verilen zarar, üçüncü bir şahsın şahsına değil, malına verilmelidir. Örneğin, kendisine muhafazası için bir kurt köpeği bırakılan yedieminin, muhafazası altındaki köpeğin, örneğin, bir çocuğa zarar vermesini önlemek için, yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde, köpeği öldürmek zorunda kalması halinde, ıztırar hali mevcuttur ve bu durum yedieminin köpeği icra memurluğuna, icra memurluğunun talebine rağmen teslim edememesi fiilindeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır[797].

Iztırar hali hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı halde, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Zira, BK m. 52, II'ye göre, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkeleri çerçevesinde, zarar veren (yediemin sorumlu olabilecektir.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, burada, yediemin, zarar verdiği malın aynı zamanda, muhafızı olduğu için, zaruret halinin söz konusu olması için, önlemeye çalıştığı zararın veya zarar tehlikesinin doğmaması için gerekli tüm önlemleri almış olmalıdır. Bir başka deyişle, örneğimizdeki kurt köpeğinin bir çocuğa zarar vermesi tehlikesinin doğmasına, köpeğin muhafazası için gerekli tüm önlemleri almaması nedeniyle kendisi sebebiyet vermiş ise, zaruret halinden söz edilemez[798].

---

[796] Iztırar halinin şartları için, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 490-492; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 487-488; TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 37-40.

[797] Bir görüşe göre, bu halde, meşru müdafaa vardır. Buna göre, meşru müdafaa için, tecavüz edenin bir şahıs veya hayvan yahut başka bir şey olması arasında bir fark yoktur. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, şey veya hayvan, sahibi tarafından bir tecavüz vasıtası olarak kullanılmadıkça, meşru müdafaa değil, ıztırar hali söz konusu olur [anılan her iki görüş ve aynı yönde, bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 34].

[798] Esasen ıztırar halinde, tehlikeye maruz kalan kişinin, kendisinin tehlikeye sebebiyet vermiş olması, örneğin, zaruret halini yaratan yangına, kendi attığı sigaranın yol açmış olması, ıztırar halini ortadan kaldıran bir durum olarak kabul edilmemekte; sadece, tehlikeye sebebiyet verenin kusurunun, (fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine göre) ödenecek olan tazminatın tayinin de dikkate alınacağı kabul edilmektedir [bkz.

Hakkını korumak için kuvvet kullanma ise, niteliği itibariyle, kişinin kendisine muhafazası için tevdi edilen mal üzerinde uygulaması mümkün olmadığından, böyle bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebin yediemin açısından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Keza aynı durum, üstün bir kamu yararı veya üstün özel bir yararın bulunması hali için de geçerlidir.

Özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması hali ise, yediemin için de söz konusu olabilir. Yukarıda belirtildiği gibi, yedieminin esasen bir genel hapis hakkı ve/veya alıkoyma hakkı mevcut değildir[799]. Ancak, yediemin, zamanında yetkili makamı haberdar etmek kaydıyla, masraflarını ve/veya ücretini almadan malı teslim etmemek konusunda bir hakka sahip olabilmelidir[800].

bb) Kusur

Yukarıda belirtildiği gibi, yedieminin İİK m. 358'e göre sorumluluğu kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğudur.

İİK m. 358'de yedieminin sadece, "kendisine atfolunamayacak bir sebepten" kaynaklanmadığını ispat ile sorumluluktan kurtulabileceği ifade

---

TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 38-39]. Ancak, yediemin söz konusu olduğunda, yediemin zaten, anılan malı muhafaza ile görevlendirilmiştir ve muhafazasındaki malın kendisine atfolunamayacak bir sebepten telef ve ziyaını ispat edemediği sürece İİK m. 358'e göre sorumlu olacaktır. O halde, normal şartlarda, meydana gelen zararın kendisine atfolunamayacak sebeplerden kaynaklandığını ispat edemedikçe sorumlu olacak kişiyi, aynı şartları aramadan, muhafazası altındaki malın yarattığı bir tehlike nedeni ile, ıztırar halinden yararlanacağı sonucuna varmak mümkün görünmemektedir.

[799] Bkz. yukarıda § 9, B, IV.

[800] Bkz. yukarıda§ 9, B, IV; "... Mercice yapılacak iş, İİK.'nın 358. maddesi gereğince yedieminin satış mahalline malları getirmemesinin, kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı olup olmadığını araştırılmaması, özellikle 3.414.451.000TL. değerinde bulunan malların satış mahalline nakil masrafının yöntemince taraflardan alınarak yediemine verilmemesinin yedieminin kusurunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışılmadan sonuca gidilerek şikayetin reddi isabetsizdir" (Yarg. 12. HD. 11.2.1999, 509/1254; GÖKCAN, s. 88). Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu kararda belirtilenin aksine, şayet yedieminin zamanında yetkili makamları haberdar etmesine veya ücret talep etmesine rağmen, nakil masrafları veya ücret ödenmemiş ve bu sebeple mal satış mahalline getirilmemiş ise, bu durum, kanaatimizce, kusuru değil, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.

edilmektedir. Buna göre, yedieminin kusurunun derecesi önemli değildir ve yediemin her türlü kusurundan, yani kastından, ağır ihmalinden ve hafif ihmalinden sorumludur.

Yedieminin gerekli özeni göstermiş olup olmadığı (zararın kendisine atfolunmayacak bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığı), kanun ile dürüstlük kuralları ve işlerde cari telâkkiler göz önünde tutularak olayın özelliğine göre fakat objektif olarak tayin edilecektir.

Buna göre, kanaatimizce yediemin aşağıdaki hususlardan birisini ispat ederek kusuru bulunmadığını ispat edebilir[801]:

- Yediemin, muhafazasında bulunan malların telef ve ziyaında, temyiz kudreti bulunmadığı için kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ancak, bu durum, kanaatimizce, kendisine yedieminlik görevi verildiği zaman, temyiz kudretine sahip olan ve fakat sonradan temyiz kudretini yitiren yedieminler için söz konusu olabilir[802]. Zira, kendisine yedieminlik görevi verildiği sırada temyiz kudretine sahip olmayan, hatta daha genel bir ifade ile, fiili ehliyetine sahip olmayan yediemine, böyle bir görev verilemeyeceği için, ortada verilmiş bir görev bulunmayacağından İİK m. 358'i uygulamak imkanı yoktur. Böyle bir durumda, somut olaya göre, fiil ehliyeti olmayan kişiyi yediemin atayan yetkili kişi, zararı gerçekleştiren üçüncü kişi veya yedieminlik görevi geçersiz olmakla beraber, doğrudan doğruya genel haksız fiil hükümlerine veya BK m. 54, I'e göre, yedieminin ya da bunlardan bazılarının yahut hepsinin sorumluluğuna gidilebilir.

---

[801] Yedieminin kusursuzluğunu göstermesi için ispat etmesi gereken hususları, akitten doğan sorumluluk halini düzenleyen; ancak, kusur karinesine dayanan BK m. 96'ya ilişkin olarak OĞUZMAN/ÖZ'ün borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi açısından tespit ettiği hususlardan yararlanarak belirledik (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 345 vd.).

[802] Yine BK m. 96'ya ilişkin olmakla beraber, aynı yönde bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 420. TANDOĞAN, haklı olarak, akdin inikadı anında temyiz kudretinden yoksunluğun, akdin hükümsüzlüğünü doğuracağını ve bu nedenle de BK m. 54, I'in kıyasen değil, doğrudan doğruya uygulanacağını belirtmektedir [bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 420, dn(29)]. Aynı durum yedieminlik görevinin geçersizliği nedeniyle, konumuz açısından da geçerlidir.

Kendisine yedieminlik görevi verildiği sırada temyiz kudretini haiz olan ve fakat sonradan temyiz kudretini yitiren yediemin, bu durumunu ispat ederek kusursuzluğunu ispat edebileceğinin belirtmiştik. Ancak, geçici olarak temyiz kudretini kaybeden yediemin, kıyasen uygulanacak olan BK m. 54, II'ye göre sorumlu olabilir.

Ancak, bu tür tartışmaların yapılmasını gerektiren bir durum söz konusu ise, somut olay yargılamayı gerektirdiğinden, kanaatimizce, İİK m. 358'in uygulanma olanağı ortadan kalkacaktır.

- Öğretide BK m. 96 açısından kusuru kaldıracağı ifade edilen borçlunun borcun varlığını bilmemesi ve bilmemekte mazur olması hususu[803], konumuz açısından uygulanabilir değildir. Zira, yedieminlik görevini vekaleten veya temsilci sıfatı ile bir başkası kabul edemez. Bu durum, kanaatimizce, daha önce de belirtildiği gibi, devletin yürütmesi gereken malı muhafaza görevini bir başkasına tevdii nedeniyle, tüm cezai ve hukuki yönleri ile birlikte düşünülmesi gereken ve bu nedenle de, suçların şahsiliği ilkesi nedeniyle, bir başkasının yediemini vekili veya temsilcisi olarak görevi kabul edememesi yönündeki görüşümüzün doğal sonucudur.

Bu anlamda karşılaşılabilecek bir diğer durum ise, yedieminin vefatıdır. Bu halde, kanaatimizce, yedieminin mirasçıları yediemin sıfatını kazamayacaklardır. Zira yukarıda belirtilen yedieminlik görevinin ancak şahsın kendisine verilebilir ve suç ve cezanın şahsiliği prensibi[804] nedeniyle, mirasçılar yediemin sıfatını kazanamazlar. Kaldı ki, miras açıldığı zaman malın hangi halde bulunduğunun tespitinin mümkün olmaması veya çok güç olması da, mirasçıların hukuken ve cezai olarak

[803] OĞUZMAN/ÖZ, s.345; TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 420.
[804] Söz konusu prensip, ceza hukukuna ilişkin bir prensiptir. Ancak, yedieminlik görevinin kötüye kullanılması hali için cezai bir düzenleme getirildiği ve kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik kamusal bir görev olduğu için, anılan cezai sorumluluğun yüklenemeyeceği bir kişi yediemin olamaz ve yediemin olarak atanmaz. Mirasçılar da suç ve cezaların şahsiliği prensibi gereği, 5237 sayılı TCK m. 289 uyarınca cezalandırılamayacakları için yediemin olarak kabul edilemezler.

sorumlu tutulmasını engeller. Mirasçılar, yedieminlik sıfatından bağımsız olarak sadece, kusurları var ise haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilirler ve ancak bu halde malın muhafaza amaçlı olarak mirasçıda bulunduğunu bilmemeleri kusurlarını ortadan kaldırabilir. Bir başka deyişle, anılan malın, murisleri yediemine ait olduğunu düşünen mirasçılar, örneğin tüketilebilir nitelik taşıyan muhafaza altındaki malı kendilerinin sanarak tüketmişler ise, bu halde kusurları olmadığı için sorumlu olmayacaklardır[805].

- Yediemin, muhafazası altında bulunan malı icra dairesinin talebine rağmen, evvelki hali ile teslim edememesinin, fevkalade halden, mücbir sebepten veya alacaklı yüzünden ileri geldiğini ispat ederse, kusuru bulunmadığını ispat etmiş olur[806].

Fevkalade hal ve mücbir sebep farklı kavramlar olmakla beraber, yedieminin kusurlu olmadığını ispatlaması açısından bu farkın önemi yoktur. Ancak yine de belirtmek gerekir ise;

Fevkalade hal, yedieminin kaçınmayacağı şekilde iade yükümlülüğünü ihlal etmesine sebep olan olaydır[807].

Mücbir sebep ise, yedieminin iade yükümlülüğünü ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan harici bir olaydır[808].

Görüldüğü üzere, mücbir sebebi fevkalade halden ayıran ölçüt, mücbir sebebin harici bir olay olmasıdır. Örneğin, muhafazasına verilen malı evinde saklayan yedieminin evinde çıkan bir yangın neticesinde malın yanması hali, fevkalade hal; evin üzerine yıldırım düşmesi sonucu, malın

[805] EREN (III), s. 235.
[806] OĞUZMAN/ÖZ, s. 345.
[807] İnceleme konumuz açısından değiştirerek aldığımız bu tanım için bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 461; OĞUZMAN/ÖZ, s. 345.
[808] İnceleme konumuz açısından değiştirerek aldığımız bu tanım için bkz. TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 464; OĞUZMAN/ÖZ, s. 345.

yanması hali ise, mücbir sebeptir. Ancak, hem fevkalade hal hem de mücbir sebepte ortak olan nokta, her ikisinde de, yedieminin iade yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olan olayların, kaçınılamaz olmasıdır. Yani, fevkalade halde, yedieminin iade yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olan olay, kendisinden beklenen tedbirleri almakla önleyemeyeceği nitelik taşımalıdır. Mücbir sebepte ise, hiç kimse alacağı önlemlerle, anılan olayın meydana gelişini engelleyemez. Ancak hem fevkalade hal hem de mücbir sebep için önemli olan olayın kaçınılamaz olması değil; olayın, yedieminin iade yükümlülüğüne engel olmasıdır.

Buna bağlı olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu fevkalade hal ve mücbir sebep ile yedieminin iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi hali arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Bu hususların ispatı yediemine aittir. Yani, yediemin sadece mücbir sebep veya fevkalade halin varlığı ile bu olayların iade yükümlülüğünü yerine getirememesinin nedeni olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Zira bu halde, illiyet rabıtası da kesilmekte ve iade edememe eylemi, yedieminin eyleminden değil, fevkalade hal veya mücbir sebepten kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, aynı zamanda yedieminin bir kusuru bulunmadığını ve/veya kusurlu davranışının zarara yol açmadığını (iade edememe sonucunu doğurmadığını) da gösterir.

Bu anlamda, yediemine teslim edilen malların, bir başka haciz sebebiyle icra dairesi veya bir yetkili mercii tarafından yedieminin elinden alınmış olması[809], zamanında yetkililere haber vermesine karşın, başka bir şahıs tarafından mala yapılan ve kendisinin gücünün yetmediği bir hareket

[809] "... Alacaklı A.'nın haczettirip yediemin K.'ya tevdi olunan mallar Bakırköy İcra Dairesinde K.'nın yaptığı takipler zımnında ikinci defa haciz edilmiş ve yedieminden alınarak satılmış olduğuna göre, yediemin K. hakkında yukarıda işaret edilen 358. madde hükmünün tatbikine imkan yoktur" (Yarg. HGK. 8.5.1971, 1129/299; GÖKCAN, s. 87); "İcra dairesince teslimi istenen eşyanın elden çıkarılması keyfiyetinde, yedieminin bir kusuru olmadığı, yedieminlik sıfatının tereke hakimliğince ret edildiği gözönünde tutularak, mercice bu hususta bir karar verilmesi iktiza ettiği halde, İcra ve İflas Kanununun 358 nci maddesinde yazılı kayıt ve şartlar aranmayarak, alacaklı tarafından ileri sürülen şikayetin kabulüne karar verilmesi kanuna aykırıdır" [Yarg. İİD. 28.2.1958, 1278/1247; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 217].

sonucu malın zarar görmesi veya telef olması[810] gibi sebeplerle yediemin tarafından icra dairesinin talebine rağmen evvelki vaziyetinde iade edilememiş ise, yediemine bir kusur atfı mümkün bulunmadığından İİK m. 358'i uygulamak imkanı kalmayacaktır.

- Yediemin gerekli özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle de kusuru bulunmadığını ispatlayıp, sorumluluktan kurtulabilir. Burada aranacak olan objektifleştirilmiş bir kıstasa göre tespit olunacak özen yükümlülüğüdür. Yani, yedieminin sübjektif durumu dikkate alınmayacak, normal ve vasat bir insanın aynı şartlar altında yapacağı hareket göz önüne alınarak, yedieminin özenli hareket edip etmediği saptanacaktır.

Kişi bu özen yükümlülüğü içinde görevini yaparken, kendisine teslim edilmiş olan bir malın örneğin, bozulması veya kıymetinin hızla düşmesi tehlikesinin var olduğunu gördüğünde, öncelik ile kendisini atayan icra müdürüne durumu bildirmek zorundadır (İİK m. 113, II). Bu zorunluluk, özen yükümlülüğünün bir gereğidir Ancak acaba, gerekli haberi vermesine rağmen herhangi bir işlem yapılmamış ise veya şartlar gereği zamanında haber vermek olanağı bulunmuyor ise, kendisi böyle bir malı satabilir mi?

Kanaatimizce, yedieminin yukarıda belirtildiği gibi bir durumda malı satması bir hak değil aynı zamanda özen yükümlülüğünün bir gereğidir. Ancak, Yargıtay kararlarında, genel olarak ifade edilenin, böyle bir durumda, yedieminin görevinin sadece durumu icra müdürüne haber

[810] "İİK.nun 358 inci maddesinde belirtildiği gibi, yediemin seçilen üçüncü şahıs icraca haczedilip kendisine bırakılmış malları icra dairesinden istendiği anda, evvelki durumuyla iade etmeye mecburdur. Kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaını ispat etmedikçe, ceza takibinden başka malların evvelce tespit edilmiş kıymetlerini hükme hacet kalmaksızın tazmin eder. Madde metninden açıkça anlaşılacağı gibi yedieminin sorumluluktan kurtulabilmesi telef ve ziyanın kendisine atfolunamayacak bir sebepten doğduğunu ispat etmesi ile mümkündür. – Tetkik konusu hadiseye gelince; yediemin 'muhafazası altına verilen gemiyi, borçlunun parçalayıp enkaz haline getirmeye tevessül etmesi üzerine keyfiyeti 17.6.1964 tarihli bir dilekçe ile icra dairesine haber verdiğini borçluyu bu hareketten men edecek bir kudreti haiz olmadığını' iddia ettiğine göre, yedieminin bu müdafaası tahkik ve tetkik edilerek sorumluluktan kendisini kurtarır bir durumun mevcut olup olmadığı tespit olunmak gerekirken, noksan soruşturma ile şikayetin reddolunması usule aykırıdır" [Yarg. İİD. 30.11.1964, 13390/13723; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 210].

vermek olduğu şeklindedir[811]. Kanaatimizce, bu yaklaşım tarzı, yedieminlik müessesesinin niteliği bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, kendisine tevdi edilecek malın muhafazası belirli bir bilgi veya görgü gerektiriyor ise, bilgi ve görgüsünün yeterli olmadığını bilmesine rağmen yedieminlik görevini kabul eden kişinin, yalnızca bu davranışı dahi, başlı başına özensiz bir davranış kabul edilebilir. Yedieminin mesleği, bu tür malların muhafazası ise, gösterilmesi gereken özenin ölçüsünde daha katı davranmak gerekecektir. Öte yandan, yediemin, yeterli bir bilgi ve yeteneğe sahip olmadığını bilebilecek durumda değil ise, bu hususun da dikkate alınması gerekir[812].

Kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir diğer konu da, yedieminin yeterli bilgi ve yeteneği bulunmadığını düşünüyor ise, görevi kabul etmeyebilmesinin ancak, ihtiyari yedieminlik halinde söz konusu olmasıdır. Ancak, İİK uyarınca tayin edilecek yedieminler içerisinde, mecburi yedieminler mevcut ise de (bkz. İİK m. 26, IV), İİK m. 358, sadece haciz halinde uygulanacağı ve haciz sebebiyle yediemin tayini halinde ise, mecburi yedieminlik söz konusu olmadığı için, mecburi yedieminlik İİK m. 358 uygulaması dışında kalmaktadır.

---

[811] "...Yediemin kendisine teslim edilen malları istendiği zaman icra dairesine vermek zorundadır. Bunları iade etmemesi halinde, bunların yediemine teslim edildiği tarihteki durumu itibariyle, geri istendiği tarihteki değeri bilirkişiye tespit ettirilip, o değer üzerinden ödetme kararı verilmesi gerekir (İİK m. 358).- Davalının, kendisine yediemin sıfatı ile verilen malı icra dairesinin herhangi bir talimatı olmadan kendiliğinden bozulacağı gerekçesi ile satması halinde sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz" (Yarg. 4. HD. 9.3.1999, 133/2007; GÖKCAN, s. 87-88).

[812] Nitekim, TANDOĞAN, kusura dayanan sorumluluk konusunu incelerken, kusurun ihmal türüne ilişkin olarak, failin, icra edeceği faaliyet için gerekli bilgi, kabiliyet ve kuvvete sahip olmadığını biliyor ve anılan işe yine de giriyor ise, ihmali surette hareket ettiğini belirttikten sonra, ya fail kabiliyeti be bilgisi olmadığını bilebilecek durumda değilse ne olacaktır; niçin bu noksanları bilmesi lazımdır diye sormaktadır [TANDOĞAN (Mesuliyet), s. 53].

cc) Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun şartlarından birisi de, zarardır. Şayet hukuka aykırı bir fiil neticesinde, herhangi bir zarar doğmamış ise tazmin yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır[813] .

Hukuka aykırı fiili neticesinde meydana gelen zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir.

Maddi zarar, bir kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmayı ifade eder[814]. Bu zarar, kişinin aktifinde azalma şeklinde olabileceği gibi, mahrum kalınan kar veya pasifinin artması şeklinde de olabilir.

Manevi zarar, kişinin şahsiyet hakkına hukuka aykırı tecavüzden doğan acı, elem ve ıstırabın telafisi amacını güder. Tecavüz sebebiyle duyulan acı, elem ve ıstırap manevi zarar olarak ifade edilir[815].

Bilindiği gibi, zarar gören kişinin malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma (malın tahrip edilmiş olması) veya malvarlığının pasifinde bir çoğalma (üçüncü bir şahsın yaptığı hile sonucunda yüklenen borç gibi) şeklinde olduğunda, buna *fiili zarar* denir[816]. *Kar mahrumiyeti* ise, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalınmasıdır[817].

---

[813] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548; OĞUZMAN/ÖZ, s. 497.
[814] OĞUZMAN/ÖZ, s. 497.
[815] OĞUZMAN/ÖZ, s. 651.
[816] OĞUZMAN/ÖZ, s. 499.
[817] OĞUZMAN/ÖZ, s. 499. Ayrıca, Alman öğretisinde malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi, sırf bazı malları kullanma imkanından veya tatil yapma olanağından ve boş zamandan yoksun kalınmasının ya da nesnenin maddi varlığından bağımsız olarak sürüm değerinin azalmasının *normatif zarar* adı verilen bir zarara yol açtığı ileri sürülmektedir. Söz konusu zarar türü, Türk-İsviçre Hukukunda pek fazla taraftar bulmamıştır. Bu teori hakkında daha fazla bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 548-558 ; OĞUZMAN/ÖZ, s. 499; EREN (II), s. 40.

Zarar bir başka ayırıma göre, doğrudan zarar, dolaylı ve yansıma zarar olarak ayrılır. *Doğrudan zarar*, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin, söz konusu fiil yüzünden ve fakat araya bir başka sebep girmeden uğradığı zarardır. *Dolaylı zarar*, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ek bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Yansıma zarar ise, bir hukuka aykırı fiile uğrayan kişiden başka bir şahsın da, anılan fiil yüzünden uğradığı zarardır. Yansıma zararlardan failin sorumlu tutulabilmesi için, hem fiile uygun illiyet bağı; hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir. Yansıma yolu ile uğranılan zararın bir mutlak hakkın veya bir nisbi hakkın ihlalinden kaynaklanması hukuka aykırılık bağı açısından önem arzeder. Fiile uygun illiyet bağı bulunan yansıma mutlak hak ihlallerinde hukuka aykırılık bağı, mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasından kaynaklanır[818].

Zarar bir başka ayırıma göre ise, mevcut zarar, müstakbel zarar ve muhtemel zarar olarak ayrılır. Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarar, *mevcut zarar*dır. Zararın hesap edildiği tarihte henüz gerçekleşmemiş olan ve fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar, *müstakbel zarar*dır. Henüz mevcut olamayan ve ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğabilecek olan zarar ise, *muhtemel zarar*dır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini söz konusu söz konusu olmaz [819].

Normal şartlarda hukuka aykırı bir fiilden doğan zarar, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda hesaplanır. Ancak, İİK m. 358, II ile bu konuda bir ilke tespit olunmuştur. Buna göre, İİK m. 358'i uygulayabilmek için, m. 358, II uyarınca, yediemine teslim edilen malların kıymetinin yediemine teslimi sırasında tespit edilmiş olması gereklidir ve istenebilecek (icra memurunca re'sen tazmin ettirilecek) miktar, bu daha önce tespit olunan bu kıymettir[820]. Bir başka deyişle, İİK m. 358 uygulaması çerçevesinde,

[818] OĞUZMAN/ÖZ, s. 500.
[819] OĞUZMAN/ÖZ, s. 501.
[820] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 2, c.

yedieminden, yediemine malın teslimi sırasında tespit edilerek, yediemine imzalatılan bir tutanakta yazılı olan kıymet dışında bir kıymet tazmin ettirilemez. Bu durumdan iki sonuç çıkmaktadır. Birincisi, şayet malın teslimi sırasında malın bedeli tespit edilip, yediemin tarafından imzalanan bir tutanak karşılığında mal yediemine imzalatılmamış ise, İİK m. 358 uygulanamaz. Bu durumda alacaklının veya (haczin kalkması halinde) mal sahibinin yediemine karşı, genel hükümlere göre haksız fiil nedeniyle tazminat davası açması gereklidir. Böyle bir davada, davacı, alacağını yukarıda belirtilen şekilde hesaplatarak tazminat isteyecektir.

İkinci sonuç ise, yediemine teslim tutanağında belirtilen kıymet dışında bir zararın varlığı iddia ediliyor ise, bu fazla kısım için, yine genel hükümlere göre, yediemine karşı bir tazminat davası açılması gereklidir. Açılan bu davada, fazlaya ilişkin talep, yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde hesaplanacaktır.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, yediemine teslim tutanağında belirtilen kıymet, malın teslim edilmemesi nedeniyle uğranılan fiili zarardır. Bunun dışında, davacının pasifinde bir azalma ve/veya kar mahrumiyeti şeklinde, zararı olduğunu iddia ediyor ise, fazlaya ilişkin olarak açacağı dava söz konusu zararları içerecektir. Keza, herhangi bir dolaylı zarar ve/veya manevi zarar söz konusu ise, anılan dava ile, bu zararlar da istenebilir.

Yansıma bir zarar söz konusu ise, böyle bir zarara uğradığını düşünen veya uğrayan kişi de, ayrıca yediemine karşı bir dava açabilir. Ancak, yansıma zararın mağduru, alacaklı veya mal sahibi dışında bir kişi olacağından, bu dava genel hükümlere göre açılacak ayrı bir dava olacaktır.

Kanaatimizce bir hususun daha belirtilmesi gereklidir. Bilindiği gibi, dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan davacının, tam dava açtığı

kabul edilir. Dava açarken, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayıp, dava açan alacaklının, dava dışı bıraktığı alacak kısmı için, alacağından feragat ettiği kabul edilir[821]. Aynı hususun icra takibi için geçerli olup olmadığı açık değildir. Kanaatimizce, icra takibi için aynı sonuca varmak mümkün değildir. Zira, icra takibi ve dava ayrıdır ve örneğin, ödeme emrine itiraz edildiği için icra takibinin durması halinde, alacaklı, ister ise, itirazın iptali davası yerine, tahsil davası açarak, tüm delillerini ve her türlü alacağını icra takibinden bağımsız olarak isteyebilir[822]. Bu durum da, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmayan alacaklının, alacağının icra takibinde, belirttiği meblağ ile sınırlı olduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

Bununla beraber, ileride herhangi bir sorunla karşı karşıya kalmamak açısından, teslim tutanağında belirtilen mal bedeli dışında zararı olduğunu düşünen alacaklının, icra memurluğunda İİK m. 358'in uygulanması için talepte bulunurken, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmasının uygun olacağını düşünüyoruz. Kanaatimizce, şayet, icra memurluğu İİK. m. 358'i re'sen uygulamış ise, alacaklının, icra memurluğundan bedeli tahsili sırasında, fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu yazılı olarak beyan etmesi gereklidir.

dd) İlliyet Bağı

Hukuka aykırı bir fiil işleyen kişi, ancak bu fiilinin sebep olduğu zararı tazmin ile yükümlüdür. Bu durumda ise, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağının kurulması gereklidir. Hukuka aykırı fiili ile zarar arasında

[821] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 341.

[822] Yargıtay 11. HD., itirazın iptali davası ile tahsil davasının farklı davalar olduğunu, bu nedenle itirazın iptali ve icra inkar tazminatı ile tahsil isteminin aynı davada talep edilmeyeceğini ve bu nedenle böyle bir talebi alan mahkemenin, davacıdan istemini açıklamasını istemesi ve davayı ona göre sonuca bağlaması gerektiği görüşündedir. Ancak, KURU/ARSLAN/YILMAZ, tahsil davası ve itirazın iptali davası şeklinde iki ayrı dava olduğunun kabulünün, dava teorisine ve usul ekonomisine aykırı olduğunu ve bu nedenle de, alacaklının, borçlunun icra takibine itirazı üzerinde İİK m. 67, I uyarınca bir yıl içinde açtığı davanın itirazın iptali davası olacağını ifade etmektedirler. Ancak, KURU/ARSLAN/YILMAZ, alacaklının bu davada hem itirazın iptali ve icra inkar tazminatını hem de tahsil talebinde bulunabileceğini belirtmektedirler [KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 170-171].

illiyet bağının kuruluşu sırasında esas alınacak ilkelerin tespiti hususunda Türk Hukukunda genel kabul gören teori, uygun illiyet bağı teorisidir[823]. Uygun illiyet bağı teorisine uyarınca, genel hayat tecrübelerine ve olayların alışılmış akışına göre, bir zarar, belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanabiliyor ise, bu ikisi arasında hukuki bir illiyet gerçekleşmiş olur[824].

Ancak, İİK m. 358 ile, kanun koyucu illiyet bağı konusunda bir esas belirlemiştir. Buna göre, şayet, yediemin kendisine teslim edilen malı, icra dairesinin talebine rağmen evvelki vaziyeti ile iade edemez ise, illiyet bağı gerçekleşmiştir.

Yani, icra dairesinin talebine rağmen, malın teslim edilmemesi hukuka aykırı fiil; icra dairesinin istediği zaman malın teslim edilmemesi sonucu icra satışın gerçekleşememesi veya malın sahibine teslim edilememesi zarardır ve bu ikisi bir arada oluştuğunda, illiyet bağı kurulmuş sayılmaktadır. İİK m. 358 ile bunun dışında herhangi bir şekilde bir illiyet bağı aramasına girişmek gereksiz hale getirilmiştir.

Malın teslim edilememesi zarar için yeterlidir. Ayrıca, malın telef veya ziyaa uğramış olmasına gerek yoktur. Mal telef olmuş veya ziyaa uğramış ise ve bu durum fevkalade bir halden veya bir mücbir sebepten kaynaklanıyor ise, kusurun ortadan kalkması yanında, illiyet bağı da kesilmiş olmaktadır ve yedieminin herhangi bir hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bu durum, İİK m. 358'de yer alan düzenlemenin, bir kusursuz sorumluluk niteliğinde bir sorumluluk oluşturup oluşturmadığını gündeme getirecek niteliktedir. Ancak daha önce yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere[825], ortada bir kusursuz sorumluluk hali değil; kusur karinesine dayanan bir

[823] İlliyet bağı konusundaki diğer teoriler için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 502; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 573.
[824] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 573.
[825] Bkz. yukarıda § 11, E, I, 1.

kusur sorumluluğu mevcuttur. Kusurluluğu ortadan kaldıran haller de, sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.

3) İCRA DAİRESİNCE ZARARIN RE'SEN TAZMİN ETTİRİLMESİ

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmiş olduğunu saptayan icra dairesi, malların değerinin yedieminden tazmini için re'sen harekete geçer. Yani, icra müdürü, yediemine bir muhtıra gönderip, keyfiyeti bildirir ve söz konusu bedeli (yedieminin kendisine teslim edilen malın bedelini) ödemesini talep eder. Anılan muhtıraya karşı süresi içinde şikayet yoluna gidilmemesi halinde muhtıra kesinleşir ve muhtıra gereği de yerine getirilmemiş ise, icra müdürü tarafından haciz işlemi yapılır ve şayet para haczedilmiş ise, anılan paradan veya bir mal haczedilmiş ise, malın satımı yolu ile yediemine teslim edilen malın bedeli yedieminden tahsil edilir ve alacaklıya ödenir.

4) İCRA DAİRESİNİN YAPACAĞI İŞLEME KARŞI BAŞVURULACAK HUKUKİ YOL (ŞİKAYET)

a) İcra Dairesinin İşlemine Karşı Başvurulacak Hukuki Yolun (Şikayetin) Hukuki Niteliği

İcra ve İflas Kanununa göre, şikayet müessesesi genel olarak, İİK m. 16-18 ve m. 22'de düzenlenmiştir. İİK m. 358, III ile de, icra dairesinin, re'sen tazmin talep ve kararına karşı, şikayette bulunulabileceği ve şikayette bulunma süresinin İİK m. 16'de belirlenen sürelere göre saptanacağı ifade edilmiştir.

İİK m. 16-18 ve m. 22'de düzenlenen şikayetin hukuki niteliği konusunda, öğretide çeşitli görüşler mevcuttur[826]. İnceleme konumuz açısından bu

[826] PEKCANITEZ (Şikayet), s. 8-35.

görüşlerden hangisinin kabul edildiğinin bir önemi bulunmadığından burada inceleme konusu yapılmamıştır[827]. Konumuz bakımından önemli olan ise, İİK m. 358'de belirtilen şikayetin, İİK m. 16-18 ve m. 22 anlamında şikayet olup olmadığıdır. Zira, şayet, İİK m. 358'de belirtilen şikayet, m. 16'daki şikayet ise, o takdirde, şikayet edilen icra memurunun re'sen tazmin talep ve kararına ilişkin olarak mahkemenin vereceği karar, kesin hüküm oluşturmayacaktır. Yani daha sonra bu konuda tekrar dava açmak mümkün olacaktır.

Oysa, Yargıtay, İİK m. 358'in uygulanması suretiyle gerçekleştirilen re'sen tazmin işleminden sonra, dava açılarak, ödenen miktarın geri istenemeyeceği görüşündedir[828].

Bu durumda ise, icra memurunun yaptığı re'sen tazmin işleminin veya bu işleme karşı şikayet yoluna başvurulduğunda, icra mahkemesinin re'sen tazmin işleminin yapılması yönündeki kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gibi bir sonucu olmaktadır. Öte yandan, re'sen tazmin hükmünün uygulanması yönündeki talebi İİK m. 358'deki şartlar oluşmadığı için reddolunan veya icra memurunca bu talebi kabul olunmasına rağmen, yedieminin şikayeti üzerine icra mahkemesince, İİK m. 358'deki şartların var olmadığı gerekçesi ile, re'sen tazmin talebi reddolunan kişinin durumu ne olacaktır? Kanaatimizce bu kişi genel hükümlere göre yedieminden tazminat isteyebilecektir. Şartları oluşmadığı için talebi icra memurunca reddolunan ve icra mahkemesine hiç başvurmayan veya hiç re'sen tazmin talebinde bulunmayan söz konusu kişi için de sonucun aynı olacağı çok açıktır.

---

[827] Ancak, şu kadarını belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda mevcut baskın görüşlerin ortak noktası, şikayetin icra ve iflas hukukuna özgü bir yol olduğudur [bkz. PEKCANITEZ (Şikayet), s. 34 vd.].

[828] "Davacı icraca haczolunarak yediemin sıfatı ile kendisine teslim edilen otomobili, icranın tebliğine rağmen teslim etmediği, açtığı istihkak davasında reddedildiği için İİK. m. 358 uyarınca mahcuzun kıymetini ödemekle mükelleftir. Bu mükellefiyet icabı, kendisinden tahsil edilen parayı tekrar alacaklıyı dava ederek geri almak hakkını haiz değildir" [Yarg. İİD. 30.11.1961, 13251/14061; YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 209].

O halde, yukarıda belirtilen Yargıtay kararına göre, re'sen tazmin işlemi gerçekleşmiş ise, yediemin, ödenen tazminatın iadesi için iade yoluna başvuramayacak (doğal olarak şikayet yoluna süresi içinde başvurmak imkanı mevcuttur) ve fakat re'sen tazmin şartları oluşmadığı için talebin reddi halinde alacaklı veya mal sahibi borçlu genel hükümlere göre mahkemeye gidilebilecektir. Bu durum ise bir çelişkidir.

Kanaatimizce, İİK m. 358, BK m. 41'in özel halidir. İİK m. 358 ile, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere[829], kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu hali oluşturulmuştur. Ancak bu düzenlemeden yararlanma şartları bellidir ve şayet anılan şartlar oluşmadı ise, genel hükümlere gitmek ve BK m. 41 vd. gereği, yedieminin kusurunu ispatlamak gereklidir. Bir başka deyişle, icra memuru öncelik ile İİK m. 358 şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirecek; yapılan bu değerlendirmeyi kabul etmeyen taraf ise, şikayet yolu ile icra mahkemesine başvuracaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, İİK m. 358'e göre şikayet yoluna başvurulduğunda, yapılacak olan işlemin, sadece İİK m. 358'deki şartların var olup olmadığının tespiti olduğudur. Yani son derece sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

Öte yandan, söz konusu ispata ilişkin konularda bir belirsizlik olduğunda ise, İİK m. 358 uygulanmayacak, genel hükümlere gidilecektir (örneğin, malın bedelinin daha önce belirlenmemiş olması gibi).

Ayrıca, daha önce de belirtildiği gibi, icra memurunun re'sen tazmin kararına karşı şikayet yoluna başvurulmuş ve fakat re'sen tazmin işleminin yerine getirilmesi yönünde bir karar çıkmış veya yerine getirilmiş re'sen tazmin işleminin doğru olduğu sonucuna varılmış olması hallerinde aynı konuda dava açılamaması için, anılan kararların maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde bulunması gerekir. Bu ise, ancak, anılan şikayet

[829] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 1.

halinde verilen kararın taraflarının alacaklı veya mal sahibi ile yediemin olması halinde mümkün olabilir. Oysa, genel olarak şikayet halinde (İİK m. 16)) ve şikayetin İİK m. 358 uygulamasında da, şikayet edilen işlem icra memurunun işlemidir. Böylece, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecek bir karardan söz etmek mümkün değildir.

O halde, şikayet yoluna başvurulmuş, icra mahkemesi şikayet ret veya kabul etmiş ise ve bu karar temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiş veya temyiz edilip, onanmak suretiyle kesinleşmiş ise, bu karar, söz konusu takip işlemi (yani İİK m.358, II'de düzenlenen asıl takip veya İİK m. 358, II'e aşılanmış İİK m. 358,I'de düzenlemiş fer'i takip işlemi)[830] için kesin hüküm teşkil edecek ve fakat, bu işleme karşı daha sonra genel hükümlere göre dava açmak mümkün olacaktır. Böyle bir davayı açacak kişi, kendisine tevdi edilen ve bedelini ödemek zorunda kaldığı malın asıl değerinin kendisinden tahsil edilen miktar olmadığını veya kendisine atfolunamayacak bir sebeple malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü iddia eden yediemin olacaktır ve bu halde ispat yükü de, kendisine ait olacaktır. Bir başka deyişle, daha önce uygulanan İİK m. 358, I ve II ile çelişkili bir durum oluşmayacaktır.

Bunun dışında, İİK m. 358, I ve II'nin uygulanması yönünde talebi reddedilen alacaklı veya mal sahibi borçlu açısından durum zaten değişmeyecektir. Zira, anılan kişiler zaten haklarını İİK m. 358, I ve II'ye göre alamadıklarına göre, genel hükümlere göre dava açmaktan başka yolları bulunmamaktadır.

[830] UMAR, yediemine bırakılan malın geri istenmesinin (İİK m. 358, I) takip işlemi olmadığını; bu istemeyi, yediemine karşı yapılabilecek takip (İİK m. 358, II), yani asıl takibe aşılanmış fer'i takip bakımından bir ödeme ya da icra emrine kıyas etmek ve böylece, fer'i takip için bir takip işlemi saymanın mümkün olduğunu ifade etmektedir (UMAR, s. 186). UMAR, icra organlarının bazı takip işlemlerinin, üçüncü bir şahsın malvarlığına yönelmiş görünen, fakat doğru tahlil edildiğinde, borçlunun malvarlığına yöneldiği görülen ve takip işlemi kavramının diğer unsurlarına dahi sahip bulunan işlemler olduğunu belirtmekte ve İİK m. 358, II'nin de aynı faraziyeye örnek teşkil edeceğini; çünkü, burada takip borçlusunun bir tazminat alacağının söz konusu olduğunu, tahsil edilen para ile asıl takip konusu alacak ödendikten sonra bakiye olursa Devlete değil, takip borçlusuna verileceğini ifade etmektedir (UMAR, s. 205).

O halde, İİK m. 358, III'e belirtilen şikayet, İİK m. 16-18 ve m. 22 anlamında şikayettir. Şikayet üzerine verilen kararlara karşı süresinde temyiz edilmemesi veya temyiz edilip talebin reddedilmesi nedeniyle kesinleşme söz konusu olduysa, bu kararlar, sadece söz konusu takip yönünden kesin hüküm niteliği taşıyacak ve fakat her zaman genel hükümlere göre dava açmak imkanı mümkün olacaktır. Bu sebeple yukarıda belirtilen Yargıtay kararına katılmak olanağı bulunmamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen ve İİK m. 358, II uygulamasına karşı şikayet yoluna başvuran ve talebi reddedilen yedieminin genel hükümlere göre dava açması halinde, iddiasını ispatlaması gereken kişi konumunda bulunmamasının İİK m. 358, II uygulaması ile uyumlu olması hali; aynı zamanda, İİK m. 358'de belirtilen halin, kusursuz sorumluluk değil, kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu olduğu yönündeki görüşümüzü de destekler niteliktedir.

b) Şikayet Eden

Yediemin, icra dairesi tarafından yapılacak re'sen tazmin kararına karşı, İİK m. 358, III uyarınca, icra mahkemesine, İİK. m. 16'da belirtilen müddet içinde şikayet yoluna başvurabilir. Anılan madde hükmüne göre şikayet hakkı, sadece yediemine tanınmıştır[831].

Öte yandan, örneğin, yediemine karşı İİK m. 358'e göre re'sen tazmin işlemi yapması gereken icra dairesi, bu işlemi yapmaz ise, zarara uğrayanın şikayet hakkı var mıdır? YILMAZ, isabetli olarak, İİK m. 358, III'ün konuyu, m. 358, II ile bağlantılı olarak yalnızca yediemin bakımından düzenlediğini ve fakat bu hükmün (m. 358, III), zarara uğrayanın şikayet hakkını ortadan kaldırmayacağını ve zarar uğrayanın, icra dairesinin, yediemin hakkında işlem yapmamasını veya eksik işlem yapmasını, İİK. m. 16'ya göre şikayet yoluna götürebileceğini; çünkü, İİK m. 358, II'deki

[831] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 220.

yükümlülüğünü yerine getirmeyen icra dairesinin bu hareketinin kanunun ihlali (İİK m. 16) anlamına geldiğini ifade etmektedir. YILMAZ, görüşünü desteklemek üzere, temyiz sebeplerinin gösteren İİK m. 363/16'da "yedieminden tazminat hakkındaki taleplerin ret veya kabulüne" denilmek suretiyle, hem yediemin hem de zarara uğrayanı kapsayan geniş bir ifadenin kullanıldığını da belirtmektedir[832]. Yargıtay tarafından da hem alacaklının hem de yedieminin şikayet hakkının varlığı kabul edilmekle beraber, anılan kararlarda, genel olarak alacaklının şikayet hakkının İİK m. 358, III'e mi yoksa doğrudan İİK m. 16'dan mı kaynaklandığının belirtilmediği görünmektedir[833].

c) Şikayet Usulü ve Süresi

Yedieminin, icra dairesinin re'sen tazmin işlemi nedeniyle İİK m. 358, III uyarınca sahip olduğu şikayet hakkının, anılan madde uyarınca İİK m. 16'da belirtilen sürelere tabi olduğunu yukarıda belirtmiştik.

Her ne kadar, İİK m. 358, III'de yer alan hükmün sözünden, İİK m. 16'ya yapılan atfın sadece süre yönünden olduğu düşünülebilir ise de, kanaatimizce, atıf sadece süre yönünden değildir ve İİK m. 358'de belirtilen halde de, İİK m. 16-18 ve m. 22'de düzenlenen şikayet hükümleri uygulanacaktır. Zira, belirtmek gerekir ki, İİK m. 16-18 ve 22'de düzenlenen şikayet, İİK 'na özgü[834] ve fakat İİK 'da yer alan tüm şikayetleri düzenleyen genel bir kanun yoludur. İİK m. 358, III ile farklı bir şikayet yolu getirildiği sonucuna varmak için de bir sebep bulunmamaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, İİK m. 358, III'te yer alan, "16 ncı maddede tayin edilen müddet içinde" ibaresi gereksiz ve karışıklığa yol açan bir ifadedir. Yine kanaatimizce, yapılacak bir kanun değişikliğinde, İİK m. 358, III'te yer alan anılan ibare yerine sadece "16 ncı

[832] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 220.
[833] Bkz. aşağıda dn(841)'de yer alan Yargıtay kararları.
[834] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 66; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 49;

madde uyarınca" ibaresinin getirilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz. Hatta, İİK m. 16'nın genel ifadesi karşısında, öğretide, icra müdürünün bir işleminin iptal edilmesinde veya düzeltilmesinde "hukuki bir yararı bulunan herkes"in şikayet hakkı bulunduğu kabul edildiğinden[835] ve yargı kararları da bu yönde[836] olduğundan; kanaatimizce, İİK m. 358, III'ün dahi gereksiz olduğu; çünkü bu hüküm olmasa da, icra müdürünün işleminin iptal veya düzeltilmesinde hukuki yararı olan bir yedieminin, İİK. m. 16 uyarınca da bu yola sahip olduğu sonucuna varılabilir. Ancak, her türlü şüphe ve tereddüdü ortadan kaldırmak açısından, İİK m. 358, III'ün yukarıda belirtildiği şekilde tadili ile mevcudiyetinin devamının faydalı olduğunu düşünüyoruz.

Bu itibarla, kanaatimizce, İİK m. 16'da düzenlenen ve öğreti ve yargı kararları ile geliştirilen şikayet sebepleri, İİK m. 358, III uyarınca yediemine tanınan şikayet hakkı için de aynen geçerlidir. İİK m. 16'da belirtilen, bu şikayet sebepleri, "işlemin kanuna aykırı olması", "işlemin hadiseye uygun olmaması" "bir hakkın yerine getirilmemesi" ve "hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması"dır.

İİK m. 16'ya göre şikayet, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün[837] içinde yapılır[838]. Ancak, İİK m. 16, II uyarınca, "bir hakkın yerine

---

[835] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 69; POSTACIOĞLU (İcra), s. 61; BERKİN (İcra), s. 399-400; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 54.

[836] "Borçlunun bankadaki mevduatına haciz konulması için müzekkere yazılmasının uygun olduğu, *bu işlemden dolayı bankanın zararı söz konusu olmayıp, şikayette menfaati bulunmadığı*, 89 ihbarının yapılmamasının bankaya şikayet hakkı vermeyeceği, kaldı ki, borçlunun bankadan olan alacağının haczi söz konusu olmayıp, kendisine ait mevduatın haczinin söz konusu olduğu düşünülmeden, bu kısımda şikayetin kabul olunması isabetsiz, temyiz itirazları yerinde görüldüğünden mercii kararının İİK. m. 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca bozulmasına, 16.11.1989 gününde oybirliği ile karar verildi" [Yarg. 12. HD. 16.11.1989, 10855/13954; bkz. UYAR (Şikayet), s. 541].

[837] Kambiyo senetlerine mahsus haciz ve iflas yolunda bazı şikayet süreleri beş gündür. Ancak anılan beş günlük süreler, icra veya iflas müdürünün tüm işlemleri için değil; kambiyo senetlerine mahsus haciz yolunda, İİK. m. 168/3 ve 170a uyarınca, sırasıyla, takibin dayanağı olan senedin kambiyo senedi vasfını haiz olmaması ve alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe hakkı olmadığı; iflas yolunda ise, İİK. m 171/3 ve 172 uyarınca, sırasıyla, kambiyo senedine ve borca ilişkin şikayetlere ve ödeme emrine karşı şikayetlere ilişkin olduğu için, konumuz açısından bir önemi bulunmamakta ve takip yolu ne olursa olsun, konumuz açısından şikayet süresi yedi gün veya süresiz olmaktadır.

getirilmemesi" ve "hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması" hallerinde, şikayet süre tabi değildir ve her zaman şikayet olunabilir. Öğreti ve yargı kararları ile kabul edilen ve süresiz şikayete tabi bir hal daha vardır: "kamu düzenine aykırı olan işlemler"[839]. Bir başka deyişle, icra müdürünün işlemi kamu düzenine aykırı ise, anılan işleme karşı süresiz olarak şikayet yoluna başvurulabilir. KURU/ARSAN/YILMAZ, borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için konulmuş olan amir hükümlere aykırı olarak yapılmış olan işlemlerin kamu düzenine aykırı olduğunu ifade etmektedirler[840].

Yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde, icra müdürünün işleminin, hangi şikayet sebebi kapsamında bulunduğu tespit edilecek ve şikayet süresinin yedi gün veya süresiz olduğuna karar verilecektir. Buna göre, kanaatimizce, örneğin, İİK m. 358'deki şartları taşımayan bir olayda, re'sen tazmin hükümlerini uygulayan icra müdürünün işlemi, kamu düzenine aykırı olduğu için, süresiz şikayete tabi olmalıdır. Keza, İİK m. 358'de belirtilen şikayet hakkı kapsamında olmamakla beraber, yukarıda belirtildiği gibi, re'sen tazmin şartları gerçekleşmesine karşın, anılan maddeyi (İİK m. 358, II) uygulamayan, icra müdürünün işlemi dolayısıyla, zarara uğrayan alacaklının doğrudan doğruya İİK. m. 16 uyarınca şikayet hakkı mevcuttur ve bu durumda, İİK m. 358, II'yi (re'sen tazmin hükmünü) uygulamayan icra müdürünün bu işlemi "bir hakkın yerine getirilmemesi" niteliğini taşıyacağından yine süresiz şikayete tabi olmalıdır.

Ancak, Yargıtay, yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz, İİK m. 358'in uygulanması gerekmesine rağmen uygulanmadığı veya uygulanmaması gerekirken uygulandığı hallerde şikayetin süreye bağlı olduğu görüşündedir[841].

---

[838] İİK m. 19, I'e göre, "gün olarak tayin olunan müddetlerde ilk gün hesaba katılmaz".
[839] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 71.
[840] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 71.
[841] "İİK.nun 358. maddesinde belirtildiği gibi, üçüncü kişi, icraca haczedilip kendisine bırakılan malları, icra dairesinden istendiği anda, evvelki durumunda iadeye mecburdur. Malların, kendisine atıf olunmayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaını ispat edemeyen üçüncü kişi hakkında ceza takibinden başka tespit edilmiş olan değerler, hükme hacet

Öte yandan, yine İİK m. 358, III kapsamında olmamakla beraber, doğrudan doğruya İİK m. 16 kapsamında bulunan, icra müdürünün, yediemine teslim edilen malların kıymetini eksik veya fazla takdir etmesi veya ettirmesi hali kanaatimizce, hacizdeki kıymet takdirine karşı şikayete (İİK m. 87 ve m. 128a) kıyasen, yedi günlük şikayet süresine tabi olmalıdır.

Şikayet süreleri, hak düşürücü süreler olup, şikayetin süresinde olup olmadığının icra mahkemesince re'sen araştırılması gerekir[842].

Şikayet kendiliğinden icrayı durdurmaz (İİK m. 22). Bu nedenle, icra mahkemesi şikayetin sonuçlanmasına kadar icranın durdurulmasını

---

kalmaksızın, icra dairesince re'sen tazmin ettirilir. Bu kıymetleri tazmin ile mükellef olanlar, icra dairesinin bu bapdaki talep ve kararlarına karşı; tetkik merciine, *16 ıncı maddede tayin edilen süre içinde şikayette bulunabilir. Tetkik konusu olayda; üçüncü şahsın şikayetinin süresinde olup olmadığı* ve hukuki mes'uliyeti tahkik ve tetkik edilmeden, *'ceza mahkemesinde beraat ettiği'nden bahisle* yazılı şekilde karar verilmesi usule aykırı, temyiz itirazı yerinde görüldüğünden merci kararının bozulmasına 20.4.1969 gününde oybirliğiyle karar verildi" (4812/4890; bkz. UYAR (İİK), s. 9429); "İ.İ. Kanununun 358. maddesinde belirtildiği gibi yediemin seçilen üçüncü şahıs icraca haczedilip kendisine bırakılmış malları icra dairesinden istendiği anda evvelki durumu ile iade etmeğe mecburdur. Kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaını ispat etmedikçe ceza takibinden başka malların evvelce tespit edilmiş kıymetlerini hükme hacet kalmaksızın tazmin eder. Maddenin metninden açıkça anlaşılacağı gibi; yedieminin sorumluluktan kurtulabilmesi, 'telef ve ziya'ın kendisine atfolunamayacak bir sebepten doğduğunu' ispat etmesi ile mümkündür.- Tetkik konusu olayda; yediemine bu imkan verilmemiş ve *alacaklının şikayeti* 21.7.1975 tarihinde evrak üzerinde *kabul edilmiş* ve bu kararda yediemin N.G. taraf gösterilmemiştir. Bilahare yediemin icra hakimliğine müracaatla 'kendisinin sorumlu tutulamayacağını' beyanla, menkullerden bir kısmının İstanbul 12. ve 4. İcra Memurluğunun numaralarını verdiği dosyalardan haczedilip elinden alındığını' bildirmiştir. *Memur kararı kendisine tebliğ edilmediğine göre şikayet süresindedir.* Mercice yapılacak iş, bu müdafaanın tetkiki ile varit olup olmadığının tespiti ve 358. maddeye göre değerlendirmek ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Temyiz olunan kararlarda 8.12.1975 günlü karar ile 975/2365 Esas, 975/758 Karar sayılı 21.7.1975 tarihli merci kararı ile mes'uliyet hakkında karar verilmiş olduğundan, bu kararın kaldırılmasının Yargıtay'a ait olduğu belirtilmekte ise de, o karar alacaklı vekilinin talebi üzerine ve kollektif şirket hasım gösterilerek evrak üzerinde verilmiş bir karar olup, yediemin müşteki N.G. taraf olmadığından, red gerekçesinde isabet yoktur. Bu nedenlerle *yediemin N.G.'in 13.8.1975 tarihli dilekçesinin şikayet olarak kabulü* ve şikayet nedenlerinin incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken evvelce müştekinin hiç bir suretle taraf olmadığı kararın mevcudiyetinden bahisle şikayetin red olunması isabetsiz olduğu gibi, sözü geçen 21.7.1975 tarihli kararda *taraf olmayan yediemini ilzam eder nitelikte olduğundan, aynı gerekçeye göre şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile* temyiz olunan her iki mercii kararının İ.İ. Kanununun 366 ve H.U.M. Kanununun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 9.3.976 gününde, oybirliğiyle karar verildi" [Yarg. 12. HD. 9.3.1976, 29/2470; bkz. UYAR (İİK), s. 9426].

[842] Daha ayrıntılı bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 71.

gerekli görür ise (talep üzerine veya kendiliğinden) icranın geri bırakılmasına karar verebilir[843].

d) Yetkili ve Görevli Mahkeme

Gerek İİK m. 358, III gerek doğrudan İİK m. 16 uyarınca gerçekleştirilecek şikayetlerde görevli mahkeme, İİK m. 16, I uyarınca, icra mahkemesidir. Bir mahkeme olmaması nedeniyle, icra dairesine yapılmayan şikayetin geçerli olmayacağı ve bu nedenle de süreye tabi şikayet hallerinde, icra dairesine yapılan şikayetin, süresinde yapılan şikayet olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Bir başka deyişle, süreye tabi şikayet hallerinde yedi gün içinde icra dairesine şikayette bulunan ve fakat mahkemeye şikayette bulunmayan şikayetçi için şikayet süresi geçmiş olacaktır. Öte yandan bir mahkeme olduğu konusunda, adının icra mahkemesi olarak değiştirilmesi ile şüphe kalmayan icra mahkemesi yerine, süresi içinde, başka bir hukuk mahkemesine şikayette bulunulması halinde; mahkemenin vereceği görevsizlik kararı üzerine, (HUMK m. 193 uyarınca[844]) süresinde görevli icra mahkemesine başvuran şikayetçinin şikayetinin süresinde olduğunun kabulünün hukuken gerekli olduğunu düşünüyoruz[845]. Yargıtay'ın ise bu yönde kararları olduğu gibi aksi yönde kararları da mevcuttur[846].

---

[843] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 75.

[844] İcra mahkemesinde, İİK m. 18, I' e göre basit yargılama usulü uygulanmakla beraber, HUMK m. 193, HUMK m. 511, I uyarınca, basit yargılama usulünde de tatbik edilir.

[845] İİK m. 358, III'e ilişkin olmamakla beraber, şikayete ilişkin olmak üzere aynı yönde, bkz. ARSLAN, Ramazan, İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 161; PEKCANITEZ, (Şikayet) s. 124; aksi görüş için bkz. UYAR (Şikayet), s. 620.

[846] "15.6.1963 gününde tetkik merciine verilen dilekçe HUMK'nun 179. maddesinde tespit edilen şartları haiz dava dilekçesi niteliğini haiz olmayıp bir şikayetnameden ibarettir. Şikayetçi A... R... F... vekili bu dilekçede hasım göstermeyerek, müvekkilinin adını yazmakla yetinmiş ve şikayetin konusunu '11.6.1963 günlü sıra cetveline itiraz' diye nitelendirmiştir. Sıra cetveline ithal edilen alacağın miktarı ve esası hakkında usulen açılmış bir dava bulunmadığına, arz ettiği nitelik itibariyle İİK.'nun 16-18. maddelerine dayanan şikayet 'dava' olarak kabul olunamayacağına ve mercii hakimi 28.6.1963 günlü, 1460 sayılı kararla şikayeti reddetmiş bulunmasına göre bu karar mesnet tutularak HUMK.'nun 193. maddesi hükümlerinin uygulanmasına yer yoktur" (Yarg. 12. HD. 23.5.1973, 3365/5551; bkz. UYAR (Şikayet, s. 4); oysa Yargıtay bir başka kararında şöyle demektedir: "Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararı uyarınca yapılan ihale sonunda, satın alan tarafından İİK.'nun 135. maddesine göre tahliye emrine muhatap

Yetkili icra mahkemesi ise, (İİK m. 358, III veya m. 16 uyarınca) işlemi yapan veya yanlış yapan ya da yapmayan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesidir[847]. KURU, icra mahkemesinin yetkisinin, kesin yetki olduğunu bu nedenle, kendiliğinden yetkili olup olmadığını gözetmesi ve yetkisiz ise yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini belirtmektedir[848]. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

Bu durumda ise, yetkisiz icra mahkemesine şikayette bulunan şikayetçinin, HUMK. m. 193'te belirtilen süre içerisinde yetkili icra mahkemesine başvurması halinde, yetkisiz mahkemeye müracaat tarihinin şikayet tarihi olarak kabulü gerekir[849]. Yargıtay'ın ise, yukarıda, görev bahsinde belirtildiği gibi, farklı kararları mevcuttur[850].

Öte yandan, istinabe yoluyla yapılan yediemin teslimleri bakımından, yetkili icra mahkemesi istinabe olunan yerdeki icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesidir[851]. Zira yukarıda işaret edildiği gibi, yetkili icra mahkemesinin tespiti için, öncelik ile şikayete konu işlemi yapan veya yanlış yapan ya da yapmayan icra dairesinin hangi icra dairesi olduğunun tespiti gerekir. Kanaatimizce, yediemine muhafaza edilecek malların teslimini, teslim edilecek malların değerinin tespitini, İİK m. 358, II uyarınca, teslim edilen malların değerinin yedieminden re'sen tahsil şartlarının oluşup oluşmadığını takdir edecek ve işlemi gerçekleştirecek mercii, istinabe olunan icra dairesi olduğu için, yetkili icra mahkemesi de,

---

olan Şadan Berkdil'in tetkik merciine, kiracılık sıfatından dolayı vaki başvurusu, merciin 22.10.1982 günlü görevsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Bu karar şikayetçi vekiline 22.10.1982 tarihinde tebliğ edilmiştir. Kesinleşme tarihine nazaran görevli mahkemeye sevk için 12.11.1982 tarihinde başvurması karşısında HUMK'nun 193. maddesine göre 10 günlük yasal süre geçirilmiş olmasına göre..." [Yarg. 12. HD. 10.4.1983, 1865/2964; bkz. UYAR (Yetki), s.273].

[847] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 220.

[848] KURU (İcra-I), s. 97; aynı yönde, UYAR (Şikayet), s. 621.

[849] Aynı yönde, bkz. ARSLAN (İhale), s. 161; PEKCANITEZ (Şikayet), s. 125; aksi yönde, bkz. UYAR (Şikayet), s. 621.

[850] Bkz. yukarıda dipnot (842).

[851] YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 221.

istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesidir. Bu konudaki Yargıtay kararları da aynı yöndedir[852].

e) Kanun Yollları

İİK m. 363/16 uyarınca, "yedieminden tazminat hakkındaki taleplerin ret veya kabulüne" dair kararlara karşı, kararın tefhim veya tebliğinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Ancak, temyiz yoluna müracaat edebilmek için, icra dairesince yedieminden re'sen tazmin ettirildiği veya ettirilmediği için şikayete konu olan malların kıymetinin ikimilyar lirayı geçmesi gerekir (İİK m. 363, II). Aksi halde verilen kararlar kesindir.

---

[852] "Yediemin sorumluluğu ile ilgili mahcuz mallar, istinabe yolu ile Kula İcra Dairesince haczedilip, yediemine tevdi işlemi Kula'da yapılmıştır. Satış aşamasına gelindiğinde mahcuz malları yedieminden isteyecek iade edilmediğinde İİK.nun 358. maddesi uyarınca tazmin ettirecek icra dairesi de, somut olayda Kula İcra Dairesidir. Bütün bu işlemlerde başlangıçtaki 'hacizle ilgili' olma yönü ile de İİK.nun 79/2 maddesine göre, Kula İcra Dairesi yetkilidir. Bu dairenin işlemi ile ilgili olarak yapılan şikayet ve itirazları inceleme yetkisi de Kula İcra Tetkik Mercine ait olmak gerekir. Yetkisizliğe karar vermek isabetsizdir" [Yarg. 12. HD. 27.12.1991, 6077/13868; bkz. UYAR (İİK.) s, 9423]; "İİK.nun 358. maddesi hacizli malların telef ve ziyaı ile ilgilidir. Şikayet, sonucu itibariyle hacizli mallarla ilgili bulunduğundan, İİK.nun 3222 sayılı Kanunla değişik 79. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, şikayetin halli, haczi yapan icra dairesinin bağlı bulunduğu Tetkik Merciinin yetkisi içindedir" [Yarg. 12.HD. 3.6.1987, 4165/7146; bkz. UYAR(İİK)., s. 9423]; "İcra takibi sırasında müşteki N, yediemin tayin edilmiş olduğunu, ancak daha sonra kendisine teslim edilen menkullerin bulunduğu evin anahtarını icra dairesine iade ettiğini, buna rağmen, sorumlu olmadığı halde, kendi menkullerinin İİK. 358. maddesi uyarınca haczedildiğini, hacizlerin ve muhafaza işleminin iptalini istemiştir. Asıl takip, Kozan'da başlamış olup, yediemine ilişkin menkul haczi ise talimatla Adana'da icra edilmiştir. Şikayet, haczin hatalı yapıldığını değil asıl takip yapılan yer icrasının işlemine karşı yapıldığına göre, Kozan tetkik merciine başvurulması doğrudur. Buna rağmen, dairemizce işin görülmesi talimat icra dairesinin bağlı olduğu tetkik merciine başvurulması gerektiğine yönelik *bozma kararının kaldırılarak*, işin esasının incelenmesi gerekmiştir.- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddi gerekir" [Yarg. 12.HD. 21.9.1993, 9172/13783; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 221]; "Esas takibin yapıldığı İstanbul 4. İcra Memurluğunca haczine karar verilen malların Kayseri İcra Memurluğunca binniyabe yapılan haczi dolayısıyla tayin edilen yedieminin İİK.nun 358. maddesi gereğince sorumlu olduğu görülerek, kendi mallarının haczi için İstanbul İcra Memurluğunca yazılan talimat üzerine, naip icra memurluğuna yaptığı muameleye karşı yedieminin şikayetinin hal mercii, esas takibin yapıldığı İstanbul 4. İcra Memurluğunun bağlı bulunduğu tetkik mercii olduğu düşünülmeksizin, yazılı nedenlerle şikayetin esası tetkik edilerek (şikayetin kabulüne) karar verilmesi isabetsizdir" [Yarg.12. HD. 6.3.1979, 1429/1895; bkz. UYAR(İİK.-7), s. 9419].

Ancak, icra dairesinin işlemini, işlemleri uzatmak için kötü niyetle temyiz edildiği anlaşılır ise, HUMK m. 422 hükmü uygulanır (İİK m. 363, III). Temyizi kabil olmayan bir kararı kötü niyetle temyiz edenler hakkında dahi, aynı hüküm uygulanır (İİK m. 363, IV).

İİK m 366, IV/c.2 uyarınca, temyiz sonucu Yargıtay tarafından verilen karara karşı, HUMK m. 440'da yer alan sebeplere dayanılarak, on gün içinde karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Söz konusu on günlük süre, tefhim veya tebliğden itibaren işlemeye başlar. Karar düzeltme yoluna başvurabilmek için, şikayete konu malın kıymetinin altımilyar lirayı geçmesi gereklidir[853]; aksi halde, karar düzeltme yoluna başvurulamaz.

İcra mahkemesi kararlarına karşı, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin olarak İİK.'da herhangi bir hüküm olmamasına karşın, HUMK. m. 445'de, yargılamanın yenilenmesi istenebilecek kararların kesin verilen veya kesinleşmiş kararlar olması gerektiğinin belirtilmiş olması karşısında, öğretide[854] ve yargı kararlarında[855], maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararlara karşı ilke olarak, yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyeceği sonucuna varılmış olup; bu nedenle de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen, İİK. m.358'e ilişkin yedieminden tazminat taleplerinin ret veya kabulüne dair şikayet sonucu verilen kararlara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceğini düşünüyoruz.

Öte yandan, İİK m. 363 başlığı ile birlikte, 18.3.2005 gün ve 25759 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5311 sayılı İcra ve İflas Kanununda

---

[853] "İİK. işlerin süratle sonuca bağlanması ilkesini benimsemiş olmasına karşı, karar düzeltme hususunda bir sınırlama getirmemiştir. O halde, HUMK.nun 1711 sayılı Kanunla değiştirilen 440. maddesinde öngörülen, miktar yönünden sınırlayıcı hüküm, İİK.nun uygulanması ile ilgili kararlara da uygulanması gerekir" [Yarg. 13. HD. 7.5.1974, 836/1098; bkz. PEKCANITEZ (Şikayet), s. 175, dn(38)].

[854] PEKCANITEZ (Şikayet), s. 175; KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 52.

[855] "HUMK.nun 445. maddesinde belirtildiği gibi, muhakemenin iadesi ancak kesin şekilde verilen veya sonradan kesinleşen kararlar için söz konusudur. Takip hukuku ile ilgili kararlar, esas hak bakımından muhkem kaziye teşkil etmez. Bu itibarla tetkik merciinin, takip hukuku ile ilgili kararları aleyhine muhakemenin iadesi yoluna başvurulamaz" [Yarg. 12 HD. 6.10.1981, 5652/7355; PEKCANITEZ (Şikayet), s. 175, dn(41)].

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 24 üncü maddesi ile değiştirilmiştir. Ancak, 5311 sayılı Kanunun yürürlük tarihi, 31.3.2005 gün ve 25772 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5328 sayılı Kanun geçici madde 1/i uyarınca 1 Haziran 2005 tarihi olarak tespit edilmiştir.

Ancak, 5311 sayılı Kanun geçici madde 7'ye göre, "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflas Kanununun bu Kanunla (5311 sayılı Kanun) yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır". 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun geçici madde 2, I'e göre ise, "Adalet Bakanlığı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25 inci maddede öngörülen bölge adliye mahkemelerini kurar. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurtta göreve başlayacakları tarih, Resmi Gazetede ilan edilir". 5236 sayılı Kanun geçici madde 3, I'e göre ise, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak en geç iki yıl içinde bölge adliye mahkemeleri için ihtiyaç duyulan bina, araç ve gereçler, yapım, satın alma veya kiralama yoluyla sağlanır".

Buna göre, 5311 sayılı Kanun ile İİK m. 363'te yapılan değişiklik, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce verilen kararlara kesinleşinceye kadar uygulanmayacaktır. Bölge adliye mahkemeleri ise en geç 1 Haziran 2007 tarihine kadar kurulacak ve göreve başlamaları Resmi Gazetede ilan edilecektir[856].

[856] 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar uygulanmayacağına dair benzer görüş için bkz. YILMAZ, Ejder, İstinaf, Ankara 2005, s. 46.

Bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra ise, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 363, I'e göre, icra mahkemesi tarafından, "yediemin ücreti", "yediemin değiştirilmesi" hakkında şikayet üzerine verdiği kararlara karşı, ait olduğu alacak, hak veya malın değer veya miktarının bin YTL'yi geçmesi şartıyla istinaf yoluna başvurulabilir.

Yedieminlik konusunda sadece, yedieminlik ücreti ve yedieminin değiştirilmesi konusundaki kararlara ilişkin olarak şikayet üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceğinin belirtilmiş olması ve mevcut İİK m. 363, II'de yer alan "... ilişkin kararlarla bu Kanunda temyiz kabiliyeti kabul edilen kararlar" şeklinde bir ifadenin de yeni metinden çıkarılması karşısında, anılan 5311 sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği tarihten itibaren, artık, "yedieminden tazminat hakkındaki taleplerin ret veya kabulüne" dair icra müdürlüğünün işlemine yönelik olarak gidilen şikayet sonucu verilen icra mahkemesi kararları kesin olacaktır. Bir başka deyişle, son derece etkili bir yol olan ve yaygın bir uygulaması bulunan, icra müdürlüğüne doğrudan hareket imkanı tanıyan İİK m. 358 uygulamasının istinaf ve temyiz incelemesi dışına çıkarılmıştır. Bu durum, kanaatimizce, son derece sakıncalı bir nitelik taşımaktadır. Bu itibarla, anılan hükme, "yedieminden tazminat hakkındaki taleplerin ret veya kabulüne" dair icra mahkemesi kararlarına karşı da istinaf ve temyiz yolunu açacak bir eklemenin en kısa süre içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

İstinaf yoluna başvurulabilen kararlara karşı, istinaf yoluna başvuru süresi tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gündür. İstinaf yoluna başvurulması satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz (5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 363, IV). Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen ve miktar veya değeri onbin YTL.'yi geçen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir (5311 sayılı Kanun ile değişik, İİK m. 364, I).

Temyiz yoluna başvuru ve incelemesi HUMK hükümlerine göre yapılır (5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 364, II). 5236 sayılı Kanun ile değişik, HUMK m. 427, I'e göre ise, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz yoluna başvurma satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz (5311 sayılı Kanun ile değişik İİK m. 364, III).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 5311 sayılı Kanunun uygulanmaya başlaması ile birlikte karar düzeltme yolu da, HUMK'da 5236 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe paralel olarak sona erecektir.

f) Zamanaşımı

Burada belirlenmesi gereken ilk husus, İİK m. 358 uygulaması için zamanaşımı süresi var olup olmadığıdır.

Kanaatimizce, bir takip işlemi niteliğinde olan[857] ve genel haksız fiilin hükümlerinin özel bir uygulaması niteliğinde bulunan[858] İİK m. 358, I ve II uygulaması için, yukarıda belirtilen ve incelenen haksız fiile ilişkin diğer hükümler gibi haksız fiile ilişkin zamanaşımı hükümlerinin de uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 358, I ve II uygulaması esasen icra müdürü tarafından re'sen uygulanacağı için, zamanaşımı gibi bir sorunun meydana çıkması teorik olarak mümkün görünmemektedir.

Bununla beraber, şayet icra müdürü bu hükmü re'sen uygulamaz ise, alacaklı veya mal sahibi bu hükmün uygulanmasını (şikayetin süresiz

[857] Bkz. yukarıda, § 11, E, I ve dn(830) civarı; ayrıca bkz. aşağıda, § 12, A.
[858] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 1

olduğu hallerde[859]) kanaatimizce isteyebilir. Böyle bir halde ise, icra müdürünün veya icra müdürünün talebi yerine getirmemesi veya getirmesi hallerine bağlı olarak, sırasıyla, alacaklı veya mal sahibinin ya da yedieminin başvuracağı şikayet yolunda, icra mahkemesinin zamanaşımı süreleri yönünden, karşı tarafın, talebi halinde araştırma yapmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz

Zamanaşımı konusu ileride, genel haksız fiil hükümlerine göre hukuken sorumlu olan yedieminlerin durumu incelenirken inceleneceği için burada ayrıca incelenmemiştir[860].

II) İİK m. 358 UYGULAMASI DIŞINDA KALAN YEDİEMİNİN VE ÖZELLİKLE HUMK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1) İİK m. 358 UYGULAMASI DIŞINDA KALAN YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE NİTELİĞİ

Öncelik ile belirtmek gerekir ki, İİK uyarınca, haczedilip kendisine mal tevdi edilen yedieminler hakkında yukarıda belirtilen diğer şartlar da mevcut ise, İİK m. 358 hükümleri uygulanacaktır[861].

Yukarıda belirtildiği gibi, 6183 sayılı Kanun m. 83 uyarınca, tahsil dairesince yapılan talebe rağmen derhal ve kendilerine teslim edildiği haldeki durumu ile kendilerine tevdi edilen malı, kendilerine atfolunamayacak bir sebeple telef veya zayi olduğunu ispat edemeden iade etmeyen yedieminler, bu malların değerleri tutarınca borçlu sayılıp

[859] Zira şikayet süresinin yedi gün olduğu hallerde, zaten, zamanaşımı süresinin geçmiş olması mümkün bulunmadığından, zamanaşımının geçmiş olması olasılığı bulunmayacaktır.
[860] Bkz. aşağıda, § 11, E, II, 2, b.
[861] Bkz. yukarıda, § 11, E, I.

haklarında 6183 sayılı Kanun m. 54 vd. uygulanacağı için[862] bu kişiler hakkında da aşağıda incelenecek olan hükümler uygulanmaz.

İşte kendilerine yukarıda belirtilen düzenlemeler uygulanamayan ve daha önce incelenmiş olan "Yedieminlik İhtiyacı ve Hukukumuzdaki Düzenlemesi" kısmında belirtilen diğer yedieminler ile İİK m. 358 kapsamında olmakla beraber, alacaklı veya mal sahibi borçlunun bu kapsamı aşan tazminat talepleri için aşağıda incelenecek olan hükümler uygulanacaktır.

Bilindiği gibi, burada sözü edilen yedieminlik, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminliktir. Bu nedenle, şayet, ortada, kanunen yetkili kılınan bir kişinin, muhafazası istenen malı resmen teslimi ile oluşturulan kamu hukuku ilişkileri doğuran bir yedieminlik yok ise, bu takdirde, haksız fiil hükümleri uygulanmayacaktır. Vurgulamak gerekir ki teslimi yapanın bir kamu kurumu olması da önemli değildir; meğer ki, söz konusu kamu kurumu kanunen tanınan bir yetkiye dayanarak ve kamu gücünün kullanarak bu teslimatı yapmış olsun. Bunun dışında yapılan mal teslimleri, olayın özelliğine göre, vedia sözleşmesi, BK m. 471'de düzenlenmiş olan yediemine tevdi veya başka bir sözleşme niteliği taşıyacak ve bunlara dair hükümlere göre sorumluluk doğuracaktır. Ancak uygulamada, bu konuda, aksine Yargıtay kararlarına[863] rastlandığı gibi; yukarıda belirtilenlere uygun Yargıtay kararlarına da[864] rastlanmaktadır.

---

[862] Bkz. yukarıda, § 6, C, I.

[863] "Nizalı şeyin tevdi edildiği şahıs, alakadarların muvafakatını almadan veya mahkeme kararı istihsal etmeden o şeyi diğer tarafa teslim edemez. Dava konusuna taalluk eden bir araba ile iki atın, yediemin sıfatı ile Orman İdaresi tarafından davalıya verildiği dosya içinde bulunan maktu teslim ilmühaberi münderecatı ile anlaşılmış ve BK. 471. maddesinde 'yediadil hukuki vaziyeti münazaalı veya şüpheli olan bir şeyi alakadarların muvafakatı veya hâkimin kararı olmadıkça hiçbirine iade edemez' denilmiş olmasına ve davalıların yediemin sıfatı ile kendisine tevdi edilen hayvanlarla, arabayı sahibi bulunan kaçak ağaç kesmekten sanık H.'ye teslim ettiği anlaşılmasına göre, davalı tazminatla sorumlu olduğu cihetle, bunun aksine olarak ileri sürülen mütalaa yersiz ve Usul Kanununa muhalif olmakla hükmün nakzını muciptir" (Yarg. 4. HD. 29.5.1953, 3357/5225; bkz. GÖKCAN, s. 92-93); "Zaptolunan kaçak orman mahsulleri, 84. maddede sayılan yedieminler dışındaki bir kişiye yediemin olarak teslim edilirse, teslim alan kişi *sözleşme* gereğince malların muhafazasından sorumludur. Davalı, yedieminlik görevini kabul ettiğine göre, 84. maddede sayılan kişilerden olmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Davalı, kendisine teslim edilen malı, kendi ihtiyacında kullandığına göre,

Yediemine verilen görev, daha önce de belirtildiği gibi, esasen, kendisin teslim edilen mal veya malların muhafazasıdır. Ancak, bu görev, bazen

idarenin bu yüzden uğradığı zararı ödemesi gerekir" [Yarg. 4. HD. 26.12.1967, 9254/10642; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 206]. Bu kararlarda sözü edilen olaylarda, yedieminlerin Orman Kanunu m. 84 uyarınca tayin edildiği anlaşılmaktadır. O halde, ortada, kamu hukuku ilişkileri doğuran bir yedieminlik vardır ve sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre belirlemek gereklidir. Bu itibarla, kanaatimizce anılan kararlara katılmak mümkün değildir.

[864] "Yargıtay 13 üncü Hukuk Dairesince, 'Şirket madenleri rehnetmekle davacı Bankaya verdiği 8.2.1962 tarihli senet uyarınca zilyedliği terk ve yediemin olan davalıya teslimi kabul etmiştir. Davalı da, yediemin olarak teslim aldığını bildirmiştir. Bu suretle davalının rehin hakkına, ademi tesellüme, Borçlar Kanunun 41 ve sonraki maddelerine ilişkin savunmalarının reddiyle işin esasının incelenmesi gerekir' gerekçesini veren karar verilmiştir.- 'Hukuk Genel Kurulu; Davacı vekili müvekkili Y.K. Bankasının H.K. Limited Şirketinden 1.940.331 lira alacaklı bulunduğunu, buna karşılık 1.550.000 lira değerinde olduğu tespit edilen toplam on bin ton krom madeninin 8.2.1962 günlü senetle bankaya rehnedildiğini, rehnedilen madenlerin aynı tarihli yediemin senediyle davalı O.E.'e teslim olunduğunu, Şirketin borcunu ödememesi üzerine davalıya başvurduklarında bu kromların elinde bulunmadığının anlaşıldığını ileri sürmüş vedia akdine ve yedieminliğe aykırı davranması nedeniyle 1.550.000 liranın davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı madenlerin kendisine teslim edilmediğini, o tarihte gerçekten mevcut olup olmadığını da bilmediğini ve yediemin senedini hatır için imzaladığını savunmuştur. Mahkemece davacı Bankanın uğradığı zarar miktarı ve işin esası incelenmeyerek Medeni Kanunun 853 üncü maddesi uyarınca rehin hakkının doğmadığı gerekçesiyle dava reddedilmişse de rehneden şirket tarafından böyle bir iddia ileri sürülmediğine göre davanın bu yönden reddi doğru olmaz. Çünkü davalının sorumluluğu vedia akdine dayanmaktadır. Borçlar Kanununun 463 ve sonraki maddelerine göre müstevda tevdi edilen şeyi kabul ve onu emin bir yerde saklamayı yüklenir. Olayda davalı, Teknik Üniversite Öğretim Üyesi tarafından düzenlenen raporda miktar ve değeri tespit olunan on bin ton krom madenini yediemin olarak saklamayı kabul etmiş ve yazılı şekilde yapılan akidle Bankaya karşı sorumluluk altına girmiştir. Tevdi edilen madenlerin saklanması gereken yerlerde bulunmadığının ve mevcut olmadığının anlaşılmasına göre davanın Borçlar Kanununun 96 ve sonraki maddeleri gereğince kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini isbat etmedikçe bundan doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla yerinde olan özel daire bozma ilâmına uyulmayarak önceki kararda direnilmesi isabetsizdir. Direnme kararının bozulması gerekir" [Yarg.HGK. 26.1.1974, T-494/71, bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 203-204]; benzeri nitelikteki Yarg. 11. HD.'nin 4.3.1975 tarih ve 14/1514 E. ve K. sayılı kararı için bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 204-205; yine benzeri nitelikteki, Yarg. 11. HD.'nin 20.10.1977 tarih ve 3786/4466 E. ve K. sayılı kararı için bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 206-207; "Davacı, üçüncü kişi eşi H. İle aralarında görülen boşanma davası nedeni ile altınlarını yediemin olarak davalıya verdiğini, boşanma davasının sonuçlandığını bildirerek altınların, davalıdan alınmasını istemiştir. – Davalı yediemin olarak kendisinde bulunan altınların aidiyeti konusunda davacı ile H. arasında uyuşmazlık bulunduğunu, bu nedenle H.nin, davacı hakkında dava açtığını, o davanın sonucunun beklenmesini ve vereceği kimsenin belirlenmesinden sonra hak sahibine iade edeceğini savunmuştur. – Davacı ile H.nin boşanmaları sırasında altınların davalıya adı geçenlerce bırakıldığında ve H.nin, altınların aidiyetinin tespiti hakkında, davacı aleyhine dava açtığında uyuşmazlık yoktur.- Borçlar Kanununun 471. maddesi hükmü uyarınca yediemine verilen şeyleri, 'müstevdi veya yed'iadil bunları bütün alakadarların muvafakatı veya hakimin kararı olmadıkça hiçbirine iade edemez'. Olayda, H. altınları için davacı aleyhine dava açmış ve davacıya verilmesine muvafakatı olmadığını açıklamıştır. O halde, davalının savunması da gözetilerek H.nin açtığı dava sonucu beklenerek doğacak duruma göre karar verilmelidir.- Mahkemece, bu yön üzerinde durulmaksızın, davanın kabulü bozmayı gerektirir" [Yarg. 13. HD. 25.4.1979, 1675/2209; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 207].

muhafazası altında bulunan malın niteliğine göre, idare ve/veya işletmeyi de içerebilir. Yedieminin görevinin, idare ve/veya işletmeyi de içermesi halinde, bu durum dar yorumlanmalı ve idare ve/veya işletme görevinin, malın muhafazası için gerekli olduğu oranda mevcut bulunduğu unutulmamalıdır. Zira tevdi edilen mal, maliğinden veya üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden kişiden, malı iyi yönetemediği veya işletemediği için değil; tevdi edilen malın kaderini tayin edecek olan işlem gerçekleştirilinceye kadar, malın mevcut durumunu korumaya yönelik olarak alınmış ve bir yediemine teslim edilmiştir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, malın sadece muhafaza edilecek olması ile malın niteliği itibariyle muhafazasının idare ve/veya işletilmesini de gerektirmesi, uygulanacak olan haksız fiil hükümleri yönünden bir değişiklik yaratmayacaktır. Aşağıda, haksız fiilin unsurları incelenirken, yeri geldikçe, bu durum belirtilecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, tazminatın şeklidir. Tazminat, zararın karşılanması ve giderilmesi için zarar görene verilmesi gereken şey veya miktarı ifade eder[865]. Zararın tazmini nakden olabileceği gibi, aynen dahi olabilir. Nakden tazminat, malvarlığında oluşan iktisadi kıymet azalmasının parayla karşılanmasıdır[866]. Aynen tazminde ise, zararın vukuundan önce malvarlığı hangi durumda ise, yine o durumun doğrudan doğruya kurulmasını hedef alır[867]. Örneğin, haksız olarak alınan malın iade edilmesi; zarara uğrayan malın tamir ettirilip eski haline getirilmesi veya yırtılan kitabın yerine aynı kitaptan verilmesi[868] gibi.

Hakim, BK m. 43, I uyarınca, hal ve mevkiin icaplarına göre, olaya uygun bulduğu tazmin şeklini belirleyecektir. REİSOĞLU, haklı olarak, hakimin

[865] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581.
[866] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581. Aynı mahiyette olmak üzere, nakden tazmin için, diğer başka tanımlar için, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 557, REİSOĞLU, s. 169.
[867] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581. Aynı mahiyette olmak üzere, aynen tazmin için, diğer başka tanımlar için, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 556, REİSOĞLU, s. 169.
[868] REİSOĞLU, s. 169.

verilen zararın niteliğine göre, "aynen" veya "nakden" tazmine karar verebilmesinin mümkün olduğu hallerde, borçlu için ağır bir yük teşkil etmeyecekse, zarar görenin isteğini de göz önünde bulundurması gerektiği görüşündedir[869].

Öte yandan, haksız fiilde, zamanaşımı yönünden çıkabilecek sorunlar da, dikkate alındığında, şayet mal mevcut ise ve yediemine teslim edilen malın iadesini isteyen kişi mal sahibi ise, mülkiyet hakkına dayanarak malın iadesini isteyebilecektir. Zamanaşımı hükümleri ve haksız fiile ilişkin ispat sorunları dikkate alındığında bu daha uygun bir yöntem olarak görünmektedir.

Aşağıda, yedieminin sorumluluğunu haksız fiil hükümlerine ve mülkiyet hakkına dayanan istihkak davasına göre ayrı ayrı inceleyeceğiz.

2) HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİNE GÖRE YEDİEMİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Aşağıda yedieminin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğunda, haksız fiilin unsurları, haksız fiilde zamanaşımı, yetkili ve görevli mahkeme ve haksız fiil davasının tarafları incelenecektir.

a) Haksız Fiilin Unsurları

Aşağıda yediemin haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğunda, haksız fiilin unsurları olan, hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları incelenecektir.

[869] REİSOĞLU, s. 170.

aa) Hukuka Aykırı Fiil

Hukuka aykırı fiil ve hukuka aykırılık bağı kavramları ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller daha önce İİK m. 358'den doğan hukuki sorumluluk incelenirken incelenmişti[870]. Bu nedenle burada tekrar incelenmeyecektir.

Bununla beraber, kanaatimizce şu kadarını belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı fiil, yedieminin, kendisine muhafazası için teslim edilen malı, hiç veya gereği gibi muhafaza etmemiş olmasıdır. Bu hukuka aykırı fiil ihmali (malı iyi bir şekilde muhafaza etmeme nedeniyle çalınması gibi) bir hareket olabileceği gibi, icrai bir hareket (malı bilerek bir başkasına satmak veya vermek yahut kullanarak eskitmek gibi) de olabilir[871].

bb) Kusur

Burada söz konusu olan haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğudur. Bu noktada, kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğu niteliğindeki İİK m. 358'e düzenlenen sorumluluktan ayrılır. Burada ispat yükü, yedieminin bir haksız fiil işlediğini iddia eden tarafa düşmektedir. Teorik olarak durum böyle olmakla beraber, işin niteliği gereği, ispat yükü açısından bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Zira, mal yedieminin elindedir ve malı muhafaza ve idare ve/veya işletmektedir. Bu itibarla, kanaatimizce, malın yetkili kişi tarafından istendiği tarihte, iade edilememesi halinde, malı niçin iade edemediğini veya kendisine teslim edildiği durumu ile iade

[870] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 2, e, aa.

[871] Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin, yukarıda, İİK m. 358'den doğan hukuki sorumluluk nedeniyle incelendiğini, bu sebeple burada tekrar incelenmeyeceğini daha önce belirtmiştik. Ancak, bu konuda tespit ettiğimiz bir Yargıtay kararını belirtmek istiyoruz. Anılan Yargıtay kararında aynen şöyle denilmektedir: "Davalı köyüne, bir buçuk saat mesafedeki orman içerisinde mevcut mallar teslim edilmiş, fakat davalı korumanın imkansız olduğunu bildirerek taşıma giderleri istemesine rağmen idare hiçbir işlemde bulunmamıştır. Bu durumda malların elden çıkmasında davacının da kusuru birleşmiş ve idare bu savsaması ile zararın gerçekleşmesine rıza göstermiştir. Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre davanın reddedilmesi gerekirken tazminatın indirilmesi doğru bulunmamıştır" [Yarg. 4. HD. 21.9.1967, 4853/6671, bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 207].

edemediğini ispat yükü, tekrar, yediemine düşecektir. Bu yönü ile, İİK m. 358'deki düzenlemeye yaklaşmaktadır.

Yediemin, malı muhafaza ve idare ve/veya işletme görevini yerine getirirken, hem kastından hem de ağır ve hafif ihmalinde sorumludur. Sorumlulukta ölçüt, daha önce belirtilen[872], objektif ölçüttür ve dikkatli ve makul bir insanın göstermesi gereken dikkat ve ihtimam esas alınır. Bu noktada, olayın özelliğine göre, yedieminin, yaşı, cinsiyeti, mesleği, girişilen işin önemi ve/veya güçlük seviyesi ve/veya tehlikesi gibi hususlar dikkate alınmalıdır[873]. Keza, muhafaza ve işletme ve/veya idare konusunda, teknik ve/veya diğer hususlar konusunda mevzuatta ve/veya teknik açıdan konulmuş usuller var ise, bunlar da dikkate alınarak, yedieminin kusuru tayin edilir.

Kusurun derecesi, yani, kast veya ağır yahut hafif ihmal derecesinde bulunması genel olarak, tazminatın miktarı bakımından önem taşımaktadır (BK m. 43, I). Ancak, yedieminin sorumluluğunda temel husus, yedieminin kendisine teslim edilen malı, yetkili makam tarafından istediğin de verip verememesi veya malı kısmen veya tamamen zarar uğraması veya kaybolması ya da yok olmasıdır. Bu açıdan söz konusu sonuçların doğması yeterli olup, bu durumun, yedieminin kastından veya ağır yahut hafif ihmalinden meydana gelmiş olması önem taşımayacak ve yediemin hafif ihmalinde de sorumlu olacaktır. Ancak bu durum kusurun bölüştürülmesi yönünden önem taşıyabilir.

cc) Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun şartlarından biri de, zarardır. Zarar mevcut değil ise, herhangi bir haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

[872] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 2, e, bb.
[873] Bu konuda verilen bir Yargıtay kararı için, bkz. yukarıda, § 8, A, III, dn(541).

Zarar kavramı daha önce, İİK. m. 358'e ilişkin olarak haksız fiilin unsurları incelenirken incelendiği için burada tekrar incelenmeyecektir.

Yedieminin haksız fiili sonucu oluşacak zarar, maddi zarar olabileceği gibi, manevi bir zarar da olabilir. Keza, bu zarar doğrudan bir zarar olabileceği gibi dolaylı bir zarar da olabilir veya aktifinde bir azalma[874] ya da pasifinde bir çoğalma yahut kar mahrumiyeti[875] şeklinde de olabilir. Tüm zararlar için yediemine karşı dava açılabilir.

---

[874] "Dava tazminat isteği olup husumet davalıya yediemin olması nedeniyle yöneltilmiştir. Üçüncü kişi A.E.'e borçlu bulunan davacı hakkında yapılan icra kovuşturması sırasında ona ait ham vaziyetteki sandalyeleri olmayan vitrin ve masadan ibaret 12 adet yemek odası takımı haczedilip yediemin sıfatıyla davalıya teslim edilmiştir. Sonradan bu haczi kaldırılmasına ve malların yedieminden alınarak borçluya iadesine karar verilmiştir. Ancak bu kararın infazı için mahalline gidildiğinde mahcuz mallar bulunamamıştır. Sebebi yedieminden soruldukta tamamının borçlu tarafından alınıp başkalarına satıldığını söylemiş, borçlu ise sadece beş adedini aldığını ve yedi adedinin yedieminde olması gerektiğini ileri sürmüştür. C. Savcılığınca yapılan soruşturma sonunda yediemin hakkında görevi kötüye kullanıldığından bahisle kamu davası açılmışsa da suç kastının bulunmadığı ve uyuşmazlığın hukuki nitelikte bulunduğu kanısına varılmakla beraat kararı verilmiştir. Davacı bu davada sözünü ettiği yedi adet takımın bedelinin faiziyle birlikte ödetilmesini istemektedir. Davalı yazılı cevabında takımların tamamının davacıya teslim edilmiş olduğunu savunmuş, ikinci oturumda teslim etmiş bulunduğu takımların on adet bulunduğunu, geri kalan iki adedine kendi alacağına mahsuben elkoyduğunu bildirmiş ve teslime dair elinde belge olmadığını söylemiştir. Son oturumda ise bu takımlardan beşini teslim ettiğini ve ikisini kendi alacağı için alıkoyduğunu açıklamış ve davacıya kendiliğinden and yöneltmiştir. Davacı yöneltilen andı kabul ve eda ederek davalıya borçlu bulunmadığını ve takımların iki adedini borcuna karşılık (savunduğu) gibi davalıya bırakmadığını bildirmiştir. Mahkemece sadece iki adet takımın bedelinin tahsiline karar verilerek fazla isteğin reddi yönüne gidilmiştir.- Haczedilip davalıya teslim edilen yemek odası takımı yedi değil oniki adet olup bunun beş adedi davacı tarafından alınmakla geri kalan yedi adedi davaya konu edilmiştir. O halde savunmanın sabit olmaması karşısında yedi adedine hükmedilmek gerekirken tamamının oniki adet yerine yedi adet olduğunun kabulü ile bundan beş adedi geri alınmakla iki adedine hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.- Yemek odası takımları 24.3.1983 tarihinde haczedilirken tamamına 120.000 lira değer biçilmiştir. Buna karşılık dava dilekçesinde beher takımın 400.000 lira değerinde olduğu ileri sürülmüş, diğer taraftan davalıya yediemin olarak teslim edildiği günden itibaren faiz yürütülmesi istenilmiştir. Mahkemece faiz temerrüt tarihi olan 14.2.1984 tarihinden itibaren yürütülmüştür. Belirlenen tarih mahcuzun yedieminden geri istenilmesi günü olup tarafların faizin belirtilen tarihten itibaren yürütülmesine karşı bir itirazları yoktur. O halde yemek odası takımlarının davalıya yediemin olarak teslim edildikleri günde bulundukları durum itibariyle 14.2.1984 tarihindeki değerleri bilirkişiye tespit ettirilip o değer üzerinden ödeme kararı verilmesi gerekirken dava dilekçesinde beheri için 400.000 lira olarak ileri sürülmüş bulunan değerin aynen benimsenmiş olması bozmayı gerektirir" (Yarg 4. HD. 23.12.1986, 7713/8511; bkz. Yasa Hukuk Dergisi, C.10, S.5, Mayıs 1987, s. 775-776).

[875] "İİK.nun 259. maddesine göre (ihtiyati haciz isteyenin haksız çıkması halinde, borçlunun bu yüzden uğrayacağı zararın ödemesi) gerekir. Bu sorumluluk kusursuz sorumluluk hallerindendir. İhtiyati haciz konusu mal, yediemin olarak borçluya tevdi edilmiş olsa bile, bu mal yalnız muhafaza edilmek gerekip, çalıştırılmasına kanun hükümleri müsait değildir. İİK. mad. 88'den çıkan anlam da bu niteliktedir. Mahcuz malın çalışamaz vaziyette olması, tazminatın ödenmemesi için bir sebep teşkil etmez. Ancak,

Ancak, daha çok rastlanan şekil, malvarlığının aktifinde bir azalma şeklinde karşımıza çıkar. Bu zararın hesaplanma şekli konusunda, İİK m. 358, I'de yer alan düzenlemeye benzeyen bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, söz konusu düzenlemede belirtilen zararı hesaplama şekli, zaten, hak sahibinin, yedieminin haksız fiili ile uğradığı zararı gösterir. Bu nedenle, yedieminin kendisine teslim edilen malın, teslim edildiği durumu ile yetkili kişinin talebi ile iade edilmesi gerektiği zaman arasındaki, iktisadi değer fark, zararı tespiti için uygun yöntemdir. Bunun dışında kalan ve yukarıda belirtilen zararlar da, usulüne uygun olarak ispatlanarak istenebilir.

dd) İlliyet Bağı

Bilindiği gibi, hukuka aykırı bir fiili işleyen kişiyi, zarardan sorumlu tutabilmek için, fiil ile zarar arasında illiyet bağının kurulması gerekir. Bu bağı kurmak konusunda ise, öğreti ve yargı kararlarında genel kabul gören görüş, uygun illiyet bağı teorisidir. Yukarıda da belirtildiği[876] gibi, uygun illiyet bağı teorisine uyarınca, genel hayat tecrübelerine ve olayların alışılmış akışına göre, bir zarar, belli bir fiilin uygun ve normal bir sonucu gibi karşılanabiliyor ise, bu ikisi arasında hukuki bir illiyet gerçekleşmiş olur[877].

İİK m. 358'in burada uygulama alanı yoktur. Fakat, burada da, işin mahiyeti icabı, mal yedieminin elinde bulunduğu için, malı yetkili makamın

---

mahcuz malın ne kadar süre zarfında çalıştırılabilecek hale getirilmesinin mümkün olduğu veya mümkün olmadığı araştırılarak sonunda ne kadar süre içinde tamir edilebileceği usulen tespit edilip, bundan sonra haczin kalmasına kadar geçecek zamana ilişkin zarar miktarı hesaplanarak, sonucuna göre hüküm verilmesi gerekli iken, aksi düşüncelerle davanın reddedilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır" [Yarg. İİD. 2.12.1965 (RKD 1966/3, 2/2); YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 215]. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu Yargıtay kararında, İİK m. 259'dan söz edilmiş olması yanlıştır. Zira, burada sorumluluk, ihtiyati hacizden değil, yedieminin muhafaza görevini gereği gibi yapmamasından doğmuştur. Bu konuda bkz. yukarıda, dn(663) civarı.

[876] Bkz. yukarıda, § 11, E, I, 2, e, dd.

[877] Bu konuda bkz. yukarıda, dn(663)'de belirtilen Yargıtay kararı.

talep ettiği tarihte önceki durumu ile iade edemeyen yediemin açısından, malın önceki ve aide zamanındaki durumu arasıdaki iktisadi farkı, yedieminin hukuka aykırı fiili ile gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek gerekir ki, bu durum, genel hükümlere göre haksız fiil sorumluluğu ile, İİK m. 358'deki sorumluluğu birbirine yaklaştırmaktadır.

Yukarıda belirtilen zarar dışında da bir zarar doğmuş ise, uygun illiyet bağı teorisi ilkeleri ile bu illiyet bağının kurulması gerekecektir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, illiyet bağını kesen durumların mevcudiyeti halinde, illiyet bağı kesileceği için, yedieminin sorumluluğu ortadan kalkacak veya hafifleyebilecektir[878].

Bu hallerden mücbir sebep ve fevkalade hal yukarıda incelenmişti[879]. Bu sebeple burada tekrar incelenmemektedir. Keza, illiyet bağını, üçüncü bir şahsın fiili[880] veya mağdurun fiili de kesebilir. Bu durumlarda da illiyet bağı

[878] Zararın meydana gelmesine etki eden haksız fiil dışındaki sebepler ve bunların etkisine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 502-509.
[879] bkz. yukarıda, § 11, E, I, 2, e, bb.
[880] "Dava tazminat isteğine ilişkin olup husumet davacının alacaklısı bulunan davalıya yükletilmiştir. Aralarındaki ödünç akdi nedeniyle davacının davalıya 340.000 lira kambiyo senedine müstenit borcu vardır. Davalı vadesinde ödenmeyen bu alacağından ötürü davacı aleyhine İstanbul 2. İcra Memurluğunda icra takibine girişmiştir. Bu takip kesinleştiğinde borçlunun menkul mallarından yeterince haczine karar verilmiş ve istinabe olunan Fatijh 1. İcra Memurluğunca 10.1.1984 tarihinde mahalline gelinerek davacıya ait iki makine haczedilip davalının talebi ile kanuni ihtarat yapıldıktan sonra yediemin sıfatıyla teslim edilmiştir.- Ancak icra tetkik merciince borçluya tebliğ olunan ödeme emrinin usulsüzlük nedeniyle iptaline karar verilmesi üzerine, asıl icra dairesince 11.1.1984 tarihinde istinabe olunan icra dairesinden haczin uygulanmaması istenmiştir. Fakat bu yazıdan önce Fatih İcra Memurluğunca haciz uygulanmıştır. Yalnız İstanbul İcra Memurluğu bu durumdan haberdar bulunmuyordu. Sonradan usule ilişkin istemin düzeltilmesi üzerine Fatih İcra Memurluğuna 13.2.1984 tarihli bir yazı gönderilerek 'davacının menkul mallarından yeterinin yeniden haczi ve ayrıca muhafaza altına alınması' istenilmiştir. Bu sefer 14.2.1984 günü mahalline gidilerek yine aynı makinalar yeniden haczedilmiş ve muhafaza altına alınmıştır. Ancak makinalar muhafaza altına alınacağı yere götürülmek üzere kamyona yüklendikten ve bağlandıktan sonra yolda gidilirken taşıtın trafik sıkışıklığı nedeniyle fren yapması üzerine bağlarının kopması sonucu bunlardan biri düşüp hasara uğramıştır. Davalıya olan borcunu sonradan ödemiş bulunan davacı açmış bulunduğu bu davada 'hasara uğramış olan makinesinin onarılması için gerekli gider ile bir hafta süreyle kullanılmamaktan ve değer kaybından doğan zararın ödetilmesini' istemektedir. Mahkemece davalının icra takibine girişmiş olmasının hukuka uygunluğu kabul edilmiş olmakla beraber 'başlangıçta malın borçluya teslimine razı olduğu halde sonra bulunduğu yerden kaldırılması yoluna gidilmiş olması, talep olunan zarar sebebiyet verdiğinden' bahisle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş

kesileceği için, yedieminin sorumluluğu ortadan kalkabilir. Örneğin, malı teslim eden yetkili makamın kusuru da, yedieminin sorumluluğunu ortadan kaldırabilir[881].

b) Haksız Fiilde Zamanaşımı

Bilindiği gibi, haksız fiil halinde zamanaşımı hükümleri, BK 60'da düzenlenmiştir. Buna göre, zamanaşımı süresi zarar görenin, faile ve fiile ıttıla tarihinden itibaren bir yıldır. Ancak, her halde, zamanaşımı süresi, haksız fiil üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Yani on yıllık süre tavan süre olup, zamanaşımı bu süreyi aşamaz. Öte yandan, faili ve fiili öğrenmenin üzerinden bir yıl geçmiş ve fakat on yıllık süre dolmamış ise, on yıllık süre beklenmeyecektir. Zamanaşımı faile ve fiile ıttıla tarihinden itibaren bir yılın geçmesi ile dolacaktır.

---

ve karar taraflarca temyiz edilmiştir. – İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, 'haczolunan menkul mallar masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek üzere muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir'. Görülüyor ki, sözü edilen maddede mahcuz malların uygun bir yerde saklanması gereği buyurulmaktadır. Onların alacaklının kabulü ile borçluya bırakılması ancak geçici bir zaman için söz konusu olabilir. O halde mahcuz mal alacaklının muvafakatı ile borçlunun yedinde bırakılmış olsa bile onun her zaman borçlunun yedinden alınarak uygun bir yerde muhafaza altına alınması istenebilir. Bu nedenle, davaya konu olan işte davalı vekili başlangıçta mahcuzun borçluya teslimine razı olmuş bulunsa bile sonradan onun bulunduğu yerden kaldırılıp yediemine teslimi yoluna gitmiş olmasında mahkemenin kabulünün aksine bir hukuka aykırılık yoktur. Kaldı ki, yukarıda açıklandığı gibi olayın gerçekleşme biçimi de bu şekilde değildir. Makinelerin borçluya teslimi ile sonuçlanmadan önceki haciz işlemi bir usulsüzlük nedeniyle ortadan kaldırılmış ve bu usulsüzlüğün giderilmesinden sonra icra dairesince tekrar gönderilen istinabe yazısı üzerine yeniden haciz uygulanmış ve mahcuz mallar talimata uyularak yedieminlik müessesesinde muhafaza altına alınması için, bulunduğu yerden götürülmek üzere kamyonete yüklenmiştir. Zarar bu kamyonetin hareket halinde bulunduğu bir sırada trafik sıkışıklığı sebebiyle fren yapmasından doğmuştur. O halde davalının eyleminde bir hukuka aykırılık olmadığı gibi o eylemle talep olunan zarar arasında uygun illiyet bağı da bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen dahi olsa kabulüne karar verilmesi isabetsizdir" [Yarg. 4. HD. 4.1.1986, 6935/7553; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye), s. 222-223].

[881] "Davalı köyüne, bir buçuk saat mesafedeki orman içerisinde mevcut mallar teslim edilmiş, fakat davalı korumanın imkansız olduğunu bildirerek taşıma giderleri istemesine rağmen idare hiçbir işlemde bulunmamıştır. Bu durumda malların elden çıkmasında davacının da kusuru birleşmiş ve idare bu savsaması ile zararın gerçekleşmesine rıza göstermiştir. Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre davanın reddedilmesi gerekirken tazminatın indirilmesi doğru bulunmamıştır" [Yarg. 4. HD. 21.9.1967, 4853/6671, bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 207].

Ancak acaba faile ve fiile ıttıla tarihi ne zamandır? Yargıtay kararlarına göre, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulmasından doğan zararların tazmini davalarında zamanaşımı, ihtiyati tedbirde, ihtiyati tedbiri kaldıran kararın kesinleştiği[882]; ihtiyati hacizde ise, hacze konu malların mülkiyet durumuna dair kararın kesinleştiği, yani haczin borçlunun değil haksız fiil davasında davacı olacak kişinin malına konulduğunun tespitine dair kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar[883]. Ancak, yediemine karşı açılacak olan davalar, haksız ihtiyati haciz veya haksız ihtiyati tedbirden doğan davalar değildir. Yani, burada verilen ilkeleri aynen uygulamak mümkün değildir; fakat kanaatimizce, anılan ilkelerden faydalanmak gereklidir.

Yediemin tarafından gerçekleştirilen İİK m. 358 anlamında haksız fiil esasen, yetkili makam tarafından malın iadesi resmen talep edilmesine rağmen, malın iade edilmemesidir. Diğer tüm hallerde ise, malın teslim edildiği vaziyetinin değişerek kısmen veya tamamen hasar görmesi veya kaybolması veya birisine verilmesidir. O halde, kanaatimizce, tavan zamanaşımı, söz konusu haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Faile ve fiile ıttıla tarihi ise, İİK m. 358 anlamında haksız fiilde, kanaatimizce, malın iade edilmediğini alacaklının veya takip sona ermiş ise, borçlunun öğrendiği tarihtir. Bu tarih, icra dosyasında işlem yapma tarihine göre tespit edilebilir. Ancak burada belirtilen istihkak davasının söz konusu olmadığı bir haciz işlemi ile malın yediemine teslim edilmesi

[882] "... ihtiyati tedbir konulmasına ilişkin davada tedbirin kalktığı değil, ona dair kararın kesinleştiği gün zamanaşımı başlangıcına esas alınmalıdır; çünkü hukuka aykırılık ancak kesinleşme ile belirginliğe ulaşır" [Yarg. 4. HD. 10.2.1986, 8916/1105; bkz. UYGUR (I), s. 969].

[883] "Her ne kadar haksız ihtiyati haciz koydurtmak suretiyle üçüncü kişiye zarar vermek haksız fiil ise de, İİK.nun 259. maddesi ihtiyati haciz isteyen alacaklının üçüncü kişinin zararlarından sorumlu tutulabilmesi için hacizde haksız çıkması koşulunu öngörmüştür. Hacizde haksızlığın da ancak esas davanın (yani haczedilen malın davacıya ait olduğundan bahisle açılan istihkak davasının) sonucunda verilecek kararla saptanması mümkün olacağından zamanaşımının başlangıcının da bu dava sonunda verilen hükmün kesinleştiği tarihten başlatılması gerekir" (Yarg. 11. HD. 12.12.1974, 3464/3592; bkz. YKD. 1978/11, s. 1832).

halidir. Şayet, yapılan haciz veya ihtiyati haciz sonucu, yediemine teslim edilen mal üzerinde, üçüncü kişinin istihkak iddiası var ise durum değişecektir. Bu husus aşağıda belirtilmiştir.

Diğer hallerde (yani, İİK m. 358 uygulaması dışında), faile ve fiile ıttıla tarihi ise, yediemin elinde malın kısmen veya tamamen hasara uğradığının veya malın kaybolduğunun ya da başkasına verildiğinin hak sahibi tarafından öğrenildiği tarih olması düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, burada bazı ayırımlar yapmak gerekir;

Yediemine teslim konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmesinden sonra ve fakat henüz anılan davada kimin hak sahibi olduğu belirlenmeden önce, haksız fiil işlenmiş ise, henüz kimin hak sahibi olduğu belirlenmediği için, yukarıda, haksız ihtiyati haciz nedeniyle İİK m. 259'a göre açılacak davalarda zamanaşımının başlangıç tarihi konusundaki Yargıtay kararından esinlenerek; zamanaşımı için fiile ve fail ıttıla tarihinin, kimin hak sahibi olduğunun kesin yargı kararı ile belirlendiği tarih olması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak, şayet, haksız fiil, nizalı mal üzerinde kimin hak sahibi olduğunun belirlenmesinden sonra, işlendi ise, fiile ve faile ıttıla tarihinin, söz konusu fiilin öğrenilme tarihi olduğunu düşünüyoruz.

Gerek ihtiyati haciz gerek haciz halinde, şayet haczedilen ve bir yediemine teslim edilen mal üzerinde, üçüncü bir kişinin istihkak iddiası var ise, yine yukarıda belirtilen Yargıtay kararındaki esas doğrultusunda, yediemin tarafından kısmen veya tamamen zarara uğratılan malın malikinin kim olduğunu belirleyen, mahkeme kararının kesinleştiği tarihin, zamanaşımı için esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, bu durum, yukarıda ihtiyati tedbir sebebiyle de belirtildiği gibi, fiilden daha önce haberdar olunması hali için geçerlidir. Şayet malın kime ait olduğunu saptayan mahkeme kararını kesinleşmesinden sonra, söz konusu hak sahibi fiilden

haberdar olmuş ise, anılan tarih fiile ıttıla tarihi için zamanaşımına esas alınmalıdır.

Ceza usul hukukuna göre malın, yediemin teslimi halinde ise, faile ve fiile ıttıla tarihinin saptanması için, kanaatimizce yine kimin hak sahibi olduğunun belirlenmesine dair kesin yargı kararının beklenmesi gerekmektedir. Şöyle ki, malın, mal sahibine iadesi söz konusu ise, buna dair kararın; şayet, müsaderesine karar verilecek ise, buna dair kararın kesinleşme tarihine bakmak gereklidir. Bu tarih, haksız fiil tarihinden önceki bir tarih ise, haksız fiilin işlendiğinin, öğrenildiği tarih fiile ıttıla tarihi olacaktır. Tersine, hak sahibinin kesin yargı kararı ile tespiti tarihi, haksız fiilin öğrenildiği tarihten sonra ise, hak sahibinin tespitine dair kesin yargı kararı tarihinde, fiile ıttıla olunduğu kabul edilmelidir.

Fail, yediemin olduğu için, fail, zaten belli olacağından yukarıda sadece, fiile göre açıklama yapılmıştır.

Yukarıda belirtilen diğer yedieminlik hallerinde[884] ise, zamanaşımı yönünden genel haksız fiil davalarındaki zamanaşımından farklı bir yön bulunmadığını düşünüyoruz.

Öte yandan söz konusu bir ve on yıllık süreler, haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde değişebilecektir. Şayet haksız fiil teşkil eden eylem, aynı zamanda suç ise, daha uzun olmak kaydıyla, haksız fiile de anılan suç için uygulanacak zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu süre, haksız fiillerde, hem bir yıllık hem de on yıllık tavan sürenin yerini alacaktır[885].

Hemen belirtmek gerekir ki, yedieminlik görevini suiistimal suçu, müstakil bir suçtur. Zamanaşımı açısından tespit, yedieminlik görevini suiistimal suçuna göre yapılacaktır.

[884] Bkz. yukarıda, § 6.
[885] OĞUZMAN/ÖZ, s. 526.

Ceza davası zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten işlemeye başlar[886]. Bu itibarla, ceza zamanaşımının, haksız fiil zamanaşımı yerine uygulandığı durumlarda da, zamanaşımı zararın öğrenildiği değil, zarar verici fiilin işlendiği tarihten başlar.

Haksız fiile ilişkin zamanaşımı sürelerine ilişkin, zamanaşımının durması, zamanaşımının kesilmesi ve zamanaşımının sonuçlarına ilişkin olarak, BK'da yer alan genel hükümler uygulanacaktır.

Öte yandan, şayet ceza davası zamanaşımı, haksız fiil zamanaşımının yerini alıyor ise, ceza davası zamanaşımının kesilmesi, durması ve sonuçlarına ilişkin olarak, ceza hukukuna ilişkin hükümler uygulanır.

c) Haksız Fiilde Yetkili Ve Görevli Mahkeme

Görevli mahkeme, HUMK m. 8, I uyarınca belirlenir. Buna göre, zarar miktarı, beşbin YTL.'yi geçmeyen davalarda, Sulh Hukuk Mahkemeleri; zarar miktarı beşbin YTL.'yi geçiyor ise, Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir.

Yetki açısından da hem genel yetki kuralı gereğince, davalının (yani yedieminin) ikametgahı mahkemesi (HUMK m. 9, I) hem de özel yetki kuralı gereği, haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesi (HUMK m. 21) yetkilidir. Zira, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, kesin de değildir[887].

KURU/ARLSAN/YILMAZ, maddede yer alan "haksız fiilin vuku bulduğu yer" deyiminin, Yargıtay tarafından, "zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer" şeklinde anladığını; fakat bunu "haksız fiilin

[886] OĞUZMAN/ÖZ, s. 526.
[887] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 180.

işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucun meydana geldiği yer" olarak anlamanın doğru olacağını belirtmektedir[888].

Buna göre, İİK uyarınca atanan yedieminliklerde, haksız fiil, malın icra memuru tarafından usulüne uygun olarak resmen istenmesine rağmen, süresi içinde icra memurluğuna teslim edilmediği zaman gerçekleştiğine göre, haksız fiilin işlendiği yer, yedieminin malı teslim etmesi gerekirken teslim etmediği yer olup, yetkili mahkeme de, yedieminin malı teslim etmesi gerekirken teslim etmediği icra memurluğunun bulunduğu yer mahkemesidir.

Diğer yedieminlik hallerinde ise, haksız fiil, yedieminin kendisine teslim edilen malı üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunması sonucu mala kısmen veya tamamen zarar verdiği yer olduğuna göre, yetkili mahkemede anılan fiillerin gerçekleştiği yer mahkemesidir.

Yukarıda belirtildiği gibi, ayrıca genel yetkili olan, davalının (yedieminin) ikametgahı mahkemesi de yetkili olmaya devam etmektedir.

Ancak, yediemin ile birlikte bir başka kişi veya kişiler de haksız fiil işlemiş ise, bu kişilere karşı (birlikte) açılacak tazminat davası, ortak yetkili olan ve yukarıda belirtilen haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde görülür. Bu halde, davalıların hepsine karşı davalılardan birinin ikametgahı mahkemesinde dava açılamaz[889] (HUMK m. 9, II/c.2).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 5271 sayılı CMK'da şahsi dava ve şahsi hak davası düzenlenmemiş[890] olduğundan, ceza davasına katılarak veya şahsi dava açarak, şahsi hak talep etmek mümkün değildir. Yani, özel hukuka ilişkin istekler ve bu arada, özel hukuka ilişkin tazminat talepleri, sadece, hukuk mahkemelerinde talep edilebilecektir.

---

[888] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 180.
[889] KURU/ARSLAN/YILMAZ (Usul), s. 183.
[890] 5271 sayılı CMK'nın Gerekçesi, s. 61 ve s. 106.

d) Haksız Fiil Davasında Taraflar

Bu davada, davacı, haksız fiilden zarara uğradığını iddia eden kişidir. Bu kişi, haciz veya ihtiyati haciz halinde, mal haczedilip yediemine bırakıldığında, alacaklı veya icra takibinin mal satılmadan sona ermesi halinde mal sahibi borçlu ya da haczedilip yediemine teslim edilen mal üzerinde istihkak iddiasında bulunan ve davasını kazanıp, yediemine bırakılan malın sahibi olduğu bir yargı kararı ile kanıtlanan kişi var ise, anılan kişi olabilir.

Şayet, iflas davası açılması üzerine, Asliye Ticaret Mahkemesi muhafaza tedbiri olarak bazı malların yediemine teslimine karar vermiş ve iflas dairesince mallar bir yediemine teslim edilmiş ise veya iflasın açılmasına karar verilmiş ve masa mallarının bazılarının muhafazası için, iflas dairesi bazı malları muhafaza için yediemine teslim etmiş ise, duruma göre, mal sahibi (iflası istenen kişi) veya iflas masası davacı olabilir.

İhtiyati tedbir olarak, nizalı malın bir yediemine teslimine karar verilmiş ise, anılan davanın sonucuna göre yediemine teslim edilen malın maliki olduğu tespit edilen kişi davacı olabilir.

CMK'ya göre, bir malın yediemine teslimi söz konusu olduğunda, ise, dava Devlete karşı açılacaktır ve Devlet kusuru oranında yediemine rücu eder[891].

Davalı ise, mala kısmen veya tamamen zarar veren yediemindir. Şayet yediemin bu haksız fiili, başka kişiler ile birlikte işlemiş ise, anılan kişiler de, davalı olabilir

[891] Bkz. aşağıda, dn(518) civarı; Atamaya yetkili makamın kusurlu olması hali için ise, bkz. yukarıda, §11, B, V ve § 11, D, I ve II.

Diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik hallerinde de, davalı yediemin olup, davacı ise, eşyanın sahibidir.

3) İSTİHKAK DAVASI

Şayet mal mevcut ve sağlam ve yedieminden malın teslimini isteyen kişi de, mal sahibi ise ve tazminat istemiyor ve malını aynen geri almak istiyor ise, TMK m. 683'te düzenlenen istihkak davasını açabilir.

İcra takibi sonucunda, mal yediemine teslim edilmiş ise ve yediemin malı, icra memuru tarafından resmen iadesi talebine rağmen malı iade etmez ise, alacaklı malik olmadığından, istihkak davası açamaz. Zaten, bu gibi durumlarda yedieminin malı iade etmemesi de, çoğu kez malın mevcut olmamasından veya malın zarar görmesinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, alacaklı için önemli olan da, malın hasarsız olarak geri alınması değil; alacağını alabilmektir. Malın bulunmak istenmesinin nedeni, satılarak alacağın tahsilidir. Bu itibarla, malın yerine bedelinin alınması veya aynı değerde yedieminin mal veya mallarının haczedilmesi alacaklı açısından bir önem taşımamaktadır.

İcra takibi sonucunda, mal haczedilerek yediemine teslim edilmiş olmasına rağmen, alacaklı ve borçlunun anlaşması, borcunu icra dairesine hacze rağmen nakden ödemesi veya haricen nakden ödemesi gibi hallerle, satış aşamasına gelinmeden, icra takibi son bulur ise, bu halde, yedieminde bulunan malın iadesini isteyecek kişi borçlu; yani haczedilen malın sahibi olacaktır. Böyle bir durumda, asıl takibin borçlusu olan mal sahibi, şayet mal da mevcut ve fakat yediemin iade etmiyor ise, yediemine karşı istihkak davası da açabilir.

İhtiyati tedbir sonucu, nizalı mal, bir yediemine teslim edilmiş ise, dava sonucuna göre hak sahibi olduğu tespit olunan kişi de, mal mevcut olmasına rağmen iade etmeyen yediemine karşı istihkak davası açabilir.

Keza, diğer yedieminlik hallerinde de, malın yediemine teslimine ilişkin uyuşmazlık veya dava sona ermiş ve malın maliki belli ve malının iadesini istemesi konusunda bir hukuki engel kalmamış ve mal mevcut ve yediemin teslim etmiyor ise, yediemine karşı istihkak davası açabilir.

Doğal olarak tüm bu hallerde, mal mevcut bulunmasına rağmen, mal sahibinin mülkiyet hükümlerine dayanarak, yediemine karşı istihkak davası açabilmesi için, malın aynı zamanda yedieminin elinde bulunması da gereklidir.

Şayet mal yedieminin elinde değil ise, mal sahibi, kimin elinde ise, o kişiye karşı istihkak davası açacaktır. Ancak, doğal olarak, malın niteliğine göre, iyi niyetle iktisaba ilişkin kurallara dikkat etmek gereklidir.

Yukarıda, ihtiyati tedbir halinde, yediemine teslim edilen nizalı malın sahibinin, anılan ihtiyati tedbir kararının verildiği asıl davanın yargılaması sonucunda tespit olunacağını belirtmiştik. Ancak, özellikle, ceza usul hukukuna göre ihtiyati tedbir olarak, yargılama sonucuna göre, müsadere edilecek suçta kullanılan mallara ilişkin olarak, malın malikinin tespit edilmesi noktasında, eşya hukuku kurallarına göre mülkiyetin geçmesi anına dikkat etmek gereklidir. Örneğin, müsadere halinde, malın mülkiyeti, devlete geçtiğinden, devlet, bu halde, istihkak davası açabilecektir[892].

[892] "Dava dilekçesinde, 300.000 liranın (270.000 liranın davalı A.B.'den; 30.000 liranın M.K.'den) faiz ve masrafları ile birlikte tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı Orman İşletmeleri tarafından temyiz edilmiştir.- Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşüldü; - Davada mahkemece müsaderesine karar verilmiş olan kamyonun daha önce davalıya yediemin olarak ve kefalet karşılığı teslim edilmiş olmasına rağmen davalı tarafından başkasına devredilerek kullandırılmış ve hurda haline getirilmiş olmasından ötürü gerçek değeri ile hurda halinde satışından elde edilen değer arasındaki fark istenmektedir. – Mahkemece aracın davalıya yediemin olarak verildiği 25.1.1978 tarihi ile dava tarihi arasında on yıllık süre geçmiş olması nedeniyle bu konudaki savunma dikkate alınarak zamanaşımından reddedilmiştir.- Dava konusu araç suç nedeniyle kanun hükmüne göre zaptedilmiş, bilâhare müsaderesine ... Asliye Ceza Mahkemesinin 1982/43 esas sayılı müteferrik kararı ile 7.4.1982 tarihinde karar verilmiş bulunduğuna göre bu araç üzerinde orman idaresi uyarınca bir ayni hak teessüs etmiş bulunmaktadır. Bu ayni hakkın davalının haksız eylemi ile meydana geldiği anlaşılan kamyonun başkalarına devri ve hurda haline getirilmesi sonucu zamanaşımı da olsa zail olacağı

§ 12) YEDİEMİNİN RÜCU HAKKI

A) YEDİEMİNİN ÖDEME YAPMAK ZORUNDA KALDIĞI KİŞİYE KARŞI RÜCU HAKKI

Kural olarak yedieminin bir rücu hakkından söz etmek mümkün değildir. Zira yediemin, kendisine verilen muhafaza ve idare ve/veya işletme görevini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek, ya İİK m. 358 anlamında ve/veya BK m. 41 vd. anlamında bir haksız fiil işlemektedir ya da 6183 sayılı Kanun m. 83 anlamında amme borçlusu sayılmakta ve bu eyleminin veya borcunun usulüne uygun olarak tespit edilmesi ile; ve/veya ihtiyati tedbir ve ceza usul hukukundaki yediemine tevdi hallerinde, hak sahibinin mülkiyet hakkına dayanan davasının sonuçlanması ile borçlu olduğu malı iade veya parayı ödeyerek borcunu sona erdirmektedir.

Bu itibarla, yediemin, kendisine teslim edilen malı, iade edememesi veya hasarlı iade etmesi nedeniyle, hak sahibine yapmış olduğu ödemeyi veya verdiği malı geri isteyemez. Bu geri isteyememe durumu, şayet ödeme

---

kabul edilemez. Nitekim davacı idare kamyon hurdasına el koymuş ve 24 Şubat 1987 tarihinde bu hurda değerini tespit ettirdikten sonra satmış bu surette zarara muttali olmuştur.- Bu durumda ve davacının zarara ıttıla kesbettiği tarihte zamanaşımı dava tarihi itibariyle geçmiş olduğu kabul edilemeyeceğinden bu nedenlerle davanın reddinde isabet görülmemiştir" (Yarg. 3. HD. 25.1.1990, 1989/3497E. 1990/425 K.; Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi, Yıl: 2, S.2, Mart-Nisan 1990, s. 89-90). Yukarıda belirtilen Yargıtay kararı, mülkiyet hakkının, müsadere kararı ile Devlete geçtiğini ve böylece Devletin mülkiyet hakkına dayanarak dava açabileceğini belirtmesi açısından kanaatimizce hukuken doğru bir karardır. Ancak, malın kendisi mevcut olmadığına göre, davacı/malik Devlet sadece, haksız fiil hükümlerine dayanabilir. Bu halde de, mülkiyet hakkının zamanaşımı ile sona ermeyeceği yönündeki Yargıtay kararındaki görüş, haksız fiil hükümleri yönünden kabul edilemez. Yani iyiniyetle iktisabın mümkün olduğu haller hariç, mülkiyet müsadere kararı ile Devlete geçmiştir; ancak mal mevcut olmadığı için, sadece haksız fiil hükümlerine dayanılabilir ve şayet haksız fiil davası için zamanaşımı süresi dolmuş ise, zamanaşımı yönünden ret kararı veren ilk derece mahkemesinin görüşü doğrudur. Bilindiği gibi, haksız fiillerde zamanaşımı süresi, BK m. 60'a göre, zarar görenin faile ve fiile ıttıla tarihinden itibaren bir yıl ve her halde, zarar verici fiil tarihinden itibaren on yıldır. Bu itibarla, Yargıtay kararında ima edilenin aksine fiile ve faile ıttıla şayet haksız fiil üzerinden on yıl geçtikten sonra gerçekleşmiş olsa bile, on yıllık süre uygulanacaktır; çünkü on yıllık süre, haksız fiilde zamanaşımı için tavan süredir. Bunun istisnası ise, haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda suç teşkil ediyor olmasıdır. Bu halde, zamanaşımı süresi, şayet daha uzun ise, söz konusu suç için öngörülen zamanaşımı süresine uzamaktadır. Yargıtay kararından böyle bir uzamanın olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, kanaatimizce Yargıtay kararına katılmak olanağı bulunmamaktadır.

veya malın iadesi, hak sahibinin yediemine karşı açmış olduğu, haksız fiil hükümlerine dayanan ya da mülkiyet hakkına dayanan bir dava sonucu olmuş ise kesindir. Zira, hak sahibi ile yediemin arasındaki davada verilmiş olan karar, şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmiş ise, aynı zamanda maddi anlamda da kesin hüküm teşkil eder ve tekrar, konusu, sebepleri ve tarafları aynı olan bir dava açılamayacağı için, yediemin, hak sahibine rücu edemez.

Şayet, yediemin hak sahibine, İİK m. 358'e göre, ödeme yapmış ise, şikayet yoluna başvurusu reddedilmiş olsa dahi, şikayet neticesi verilen icra mahkemesi kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, yediemin, hak sahibine karşı dava açabilecektir. Bu durumda, yediemin, açacağı davada, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanamaz; çünkü, BK m. 62, I'e dayanabilmesi için, ihtiyarı ile ve kendisini hataen borçlu zannederek ödeme yapmış olması gereklidir. Oysa, yediemin borçlu olmadığını bilmektedir ve ödemeyi ya icra memurunun yaptığı re'sen haciz sonucu yapmıştır ya da böyle bir haciz işleminden korkarak ve fakat iradesi ile yapmıştır. Kanaatimizce bu durumda, İİK m. 72 hükümlerinin uygulanabilmesi gereklidir.

İİK m. 72, I'e göre, "Borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir". Keza yine İİK m. 72, VIII'e göre, "Takibe itiraz etmemiş veya itirazın kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan şahıs, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, umumi hükümler dairesinde mahkemeye başvurarak paranın geriye alınmasını isteyebilir".

Yukarıda belirtilen hükümler bilindiği gibi, menfi tespit ve istirdat davalarını düzenlemektedirler. Ancak, bunlar için ve özellikle, menfi tespit davası için, ortada bir icra takip işlemi bulunması gereklidir. O halde, söz konusu hükümlerin İİK m. 358 uygulamasına ilişkin olarak tatbikinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi açısından sorulması gereken iki soru vardır:

Acaba, icra takip işlemi nedir ve İİK m. 358'de düzenlenen re'sen tazmin işlemi bir icra takip işlemi midir?

Bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için aşağıda belirtilen üç unsuru içermesi gerektiği öğretideki baskın görüştür. Buna göre, bir icra takip işlemi:

- icra organlarınca yapılmalıdır;
- borçluya karşı yapılmış olmalıdır;
- cebri icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikte olmalıdır[893].

Yukarıda belirtilen üç unsur da, İİK m. 358 uyarınca, icra memuru tarafından yapılan re'sen tazmin işleminde vardır[894]. Bu itibarla, İİK m. 358'de belirtilen re'sen tazmin işleminin, bir icra takip işlemi olduğundan kanaatimizce şüphe etmemek gerekir.

Nitekim, UMAR, haklı olarak, "icra organlarının takip işlemi" şeklinde belirttiği icra takip işlemlerinin unsurlarının, "icra organlarınca yapılmış olmak" ve "takip işlemi niteliğinde olmak, yani takibe yön ve şekil vermek" olduğunu ve fakat "sırf mevcut durumun korunmasına, ya da hacizli yahut rehinli malın idaresine yönelmiş işlemlerin", icra takip işlemi olmadığını ifade ettikten[895] ve bu anlamda, "yed-i emine bırakılan malın geri istenmesi (İİK 358 f.I) dahi bir takip işlemi değildir; ancak bu istemeyi, yed-i emine karşı yapılabilecek takip (İİK 358 f.II), yani asıl takibe aşılanmış fer'i takip bakımından bir ödeme ya da icra emrine kıyas etmek ve böylece, fer'i

[893] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 99-100; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 44; ÜSTÜNDAĞ (İcra), s. 31-32; UMAR, icra takip işlemlerinin iki unsurunun bulunduğu görüşündedir: 1) İcra organlarınca yapılmış olmak; 2) takibe yön ve şekil vermek (bkz.UMAR, s. 183); POSTACIOĞLU'na göre bir icra takip işleminin, 1) İcra organlarından sadır olması; 2) alacaklıyı hakkın istihsali gayesine yaklaştırması; 3) Borçlunun şikayet etmemesi halinde borçlu aleyhine kat'i bir mahiyet alması gereklidir [bkz. POSTACIOĞLU (İcra), s. 233-234]; BERKİN'e göre ise, icra takip işlemi, takibi ilerletmek ve borçlu hakkında sonuç doğurmak amacı ile icra organlarından sadır olan irade beyanıdır [BERKİN (İcra), s. 123].

[894] Esasen, yukarıdaki dipnotta belirtilen ve icra takip işlemi hakkında farklı bir tanım veren veya farklı unsurlar koyan yazarlar tarafından belirtilen unsurlar da, İİK m. 358'de düzenlenen re'sen tazmin işleminde bulunmaktadır. Bu itibarla, anılan görüşlere göre de, İİK m. 358'de yer alan re'sen tazmin işlemi bir icra takip işlemidir.

[895] UMAR, s. 183.

takip için bir takip işlemi saymak mümkün olabilir" demektedir[896]. Bir başka deyişle, UMAR, İİK m. 358, II'ye göre yapılan re'sen tazmin işleminin bir takip işlemi olduğunu açıkça belirtmekte ve İİK m. 358, I'e göre malın geri istenmesinin de, icra emrine veya ödeme emrine kıyasen, bir icra takip işlemi sayılabileceği görüşünü beyan etmektedir.

Buna göre kanaatimizce, İİK m. 72'de belirtilen olayın özelliğine göre, menfi tespit davası veya istirdat davası, yediemin tarafından, hak sahibine (yediemin tayin edildiği takibin alacaklısına veya haczin kalması halinde borçluya) karşı açılabilir. Bu durumda, kanaatimizce, anılan madde hükümleri uygulanacaktır.

B) YEDİEMİNİN ASIL BORÇLUYA KARŞI RÜCU HAKKI

İhtiyati tedbir kararı ile bir malın yediemine tevdiini müteakip, asıl hak sahibinin, yargılama sonucu saptanması ile, yedieminin malı hak sahibine iade etmesi gerekecektir.

Mal aynen mevcut ve fakat malı yediemin iade etmiyor ise, hak sahibi, mülkiyet hakkına dayanarak, malının iadesi için dava açabilecektir. Böyle bir davada, verilecek olan karar şekli anlamda kesin hüküm teşkil edeceği için, tekrar, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava açılması halinde, kesin hüküm itirazında bulunabilecektir. Bu durumda, yediemin zaten sadece kendisine teslim edilen malı iade ettiği için, örneğin, malı nizalı olması nedeniyle başkasının elinde iken davacı tarafından dava açılması ve malı haksız olarak elinde bulunduran kişiden alınarak yediemin olarak kendisine teslim edilmesi gibi bir durumda, malı haksız olarak elinde bulunduran kişi lehine ve yediemin olarak kendi iade yükümlülüğünden daha fazla bir malvarlığını, hak sahibine devretmiş ve böylece malı haksız olarak elinde bulunduran kişiyi bir borçtan kurtarmış durumuna düşmez. Bu noktada, yedieminin mal için yaptığı masraflar var ise, bu masrafların,

[896] UMAR, s. 186.

kendisine ödenmesini talep edebilir veya şartlarını yerine getirdi ise, bu masraflar kendisine ödenmeden malı iade etmeyebilir. Bu husus daha önce incelenmişti[897]. Bu sebeple burada tekrar incelenmeyecektir.

Bir başka ihtimal de, asıl borcun, yediemine teslim edilen malın aynı değil de; bir para borcu olması halinde söz konusu olabilir. Bu halde, yedieminin, borç miktarının kendisine teslim edilen malın değerinden fazla olması ve malın değerinin fazla saptanmış olması durumunda, malın kısmen veya tamamen hasara uğraması veya hiç bulunmaması nedeniyle açılan bir tazminat davası veya İİK m.358 uyarınca gerçekleştirilen re'sen tazmin nedeniyle, malın tazmin değeri üzerinde ödeme yapması söz konusu olabilir.

İşte ödemenin İİK m. 358 uyarınca gerçekleşmiş olduğu bu halde, durum farklı olabilir. Zira bu halde, şikayet yolu da mevcut bulunmakla beraber, verilen hüküm maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, daha sonra asıl borçluya bir rücu davası açma ihtimali düşünülebilir. Ancak, bu dahi mümkün değildir. Zira, davanın, tazmin değerini aşan ödemenin yapıldığı kişiye yöneltilmesi gerekir. Fazla ödeme o kişiye yapılmıştır. Ödeme bir cebri icra tehdidi ile yapıldığı için de, vekaletsiz olarak başkasının bir işini görme söz konusu olmayacaktır. Açılabilecek davalar, yukarıda incelenen İİK m. 72'ye dayanan ve ödemenin yapıldığı kişiye karşı açılacak olan davalar olacaktır.

Ancak, bir başka olasılık daha vardır. Tüm kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikler için geçerli olabilecek bu olasılık şudur: yedieminin elinde bulunan ve muhafazasının kendisine verildiği malın, kısmen veya tamamen hasar görmesi veya malın tamamen bulunmamasının, asıl borçlunun fiilinden kaynaklanması halidir. Bu halde dahi esasen, yedieminin daha önceki dava aşamalarında bu durumu belirterek sorumluluktan kurtulması mümkün olabilir. Zira bu hal, başlı başına illiyet

[897] Bkz. yukarıda, § 9, B, IV.

bağını kesen ve yedieminin malın kısmen veya tamamen hasar görmesinden sorumlu olmaması sonucuna yol açan bir olaydır. Ancak bu konuda verilmiş ilginç bir Yargıtay kararı bulunmaktadır; Yargıtay, alacaklı tarafından, borçluya karşı yürütülen bir icra takibi nedeniyle, borçlunun, arazisi üzerinde bulunan mahsulünün haczedilip, bir yediemine tevdi edildiği bir olayda, anılan mahsulün daha sonra bulunamaması sonucu, yediemin tarafından mahsulün değerinin, icra takibinin alacaklısına ödenmesinden sonra, yedieminin, söz konusu mahsulün, icra takibinin borçlusu (mahsulün sahibi) tarafından, biçilip götürüldüğünü ve bu nedenle takip borçlusunun borcunu ödemek zorunda kaldığını iddia ederek, takip borçlusu aleyhine açtığı davada, ilk derece mahkemesi tarafından anılan iddiaların kabulü ile ödetme kararı verilmesini müteakip, kararın temyizi zerine, yaptığı temyiz incelemesinde şöyle karar vermiştir:

> "… yediemin sıfatıyla davacıya teslim edilen mahcuz mahsulün davalı tarafından biçilip götürülmediği kesin yargı kararı ile sabittir. Şöyle ki, davacı (…) T.C.K.'nun 276/1. maddesi hükmünce cezalandırılmış ve bu karar (…) onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Bundan başka davacı yediemin'in, davalı (…) hakkındaki şikayeti de takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Hal böyle olunca da davacının iddiası hiçbir veçhile gerçekleşmemiş ve davalının haksız eylemi subuta varmamıştır. *Davacının vekaletsiz tasarruf hükümlerine dayanarak kendisine teslim edilen üründen daha fazla bir parayı alacaklıya ödemek suretiyle davalı (M.T.)'yi borçtan kurtardığına ilişkin bir davası da olmadığına göre*, gerçekleşmeyen bu davanın reddine karar verilmek gerekirken, (…) isteğin hüküm altına alınmış bulunması bozmayı gerektirir [898]".

Yukarıda belirtilen Yargıtay kararında, Yargıtay asıl borçlunun, yedieminde bulunan mala zarar verme durumunun olup olmadığını incelemiş ve böyle bir halin olmadığını saptamıştır. Ancak, olayda vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanabileceğini ve fakat davacının böyle bir talebi bulunmadığı için bu yönün araştırılmadığını ifade etmiştir. Oysa, yediemin davacı, borcu ödemek zorunda kaldığını iddia etmektedir. O halde, başkasının işini görmemekte, kendi işini görmektedir. Bu haliyle,

[898] Yarg. 4. HD. 25.9.1979, 8790/10326; Yasa Hukuk Dergisi, C. IV., S.1, Ocak 1981, s. 107.

kanaatimizce, vekaletsiz işgörme hükümlerine dayanması mümkün değildir.

Bir başka olasılık da, yedieminin asıl borçlu ile anlaşarak, malı ona vermesi ve malın bu şekilde kısmen veya tamamen zarara uğraması halidir. Bu halde, yediemin alacaklıya karşı malın bedeli ile sorumludur. Ancak, mal sahibi de, aynı şekilde haksız fiil ile sorumlu olduğu için, burada BK m. 50 hükmüne göre,, hakimin tayin edeceği sorumluluk oranından, yedieminin, asıl borçluya rücu hakkı mevcuttur.

§ 13) YEDİEMİNLİKTE CEZAİ SORUMLULUK

A) BORÇLUNUN, ALACAKLININ VE İHTİYATİ TEDBİR TALEP EDENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

İİK uygulamasında borçlu veya alacaklı üçüncü bir kişiye yediemin sıfatıyla bırakılan malı, yediemin ile anlaşarak icra dairesinin, usulüne uygun talebine rağmen malı teslim etmemesi eylemine (5237 sayılı TCK m. 289) maddi veya manevi ve asli veya fer'i iştirak de bulunur ise, kanaatimizce, iştirak hükümlerine göre cezalandırılır[899] (5237 sayılı TCK. m. 37 vd.).

İhtiyati tedbir olarak malın üçüncü bir kişiye yediemin olarak teslim edildiği halde de, ihtiyati tedbir talep eden kişi, yediemin ile anlaşarak, 5237 sayılı TCK m. 289'daki fiillerin işlenmesine maddi veya manevi ve asli veya fer'i iştirak ederse, iştirak hükümlerine göre cezalandırılır. Aynı durumun, diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikler için geçerli olduğu gibi, yediemin ile anlaşarak, fiiline iştirak eden üçüncü kişiler için de geçerli olduğunu düşünüyoruz.

[899] 765 sayılı TCK m. 276 uygulaması için aynı yönde, KURU (El kitabı), s. 377; KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 274; KORKUSUZ, 401.

Malın yedieminin elinden rızası hilafına alınması ise, ileride incelenecektir[900].

B) HAKİMİN, İCRA VE İFLAS MÜDÜRÜNÜN VEYA YEDİEMİN ATAMAYA YETKİLİ DİĞER BİR KAMU GÖREVLİSİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Hakiminin, kanuna aykırı olarak veya etki altında kalarak veya görevi ihmal ile yediemin atarken vermiş olduğu kararlar nedeniyle, şayet diğer unsurları da var ise, 765 sayılı TCK döneminde, anılan Kanun m. 244 (kanuna aykırı karar verme suçu); m. 231 (hakimin görevi ihmal suçu) veya m. 233'de (hakimin etki altında karar veya hüküm vermesi suçu) düzenlenen suçlar oluşabiliyordu[901]. Ancak, 5237 sayılı TCK'da anılan hükümlerin tam karşılıkları bulunmamaktadır; bu itibarla, anılan eylemler, 5237 sayılı TCK'ya göre, başka bir suçun, (örneğin, 5237 sayılı TCK m. 257) unsurlarına vücut veriyor ise, hakim, o suça göre cezalandırılabilir.

İcra ve iflas müdürleri veya atamaya yetkili diğer bir kamu görevlisi de, yediemin atamaları nedeniyle diğer unsurları da var ise, 5237 sayılı TCK m. 256 vd.'daki suçları işleyebilirler (örneğin, icra müdürünün yediemini atama veya yedieminin talebi üzerine acilen yapması gereken bir işlemi yapmaması, diğer unsurları da var ise, 5237 sayılı TCK m. 257, II'de düzenlenen görevi ihmal suçuna vücut verebilir).

Öte yandan, gerek hakim gerek icra ve iflas müdürü ve diğer bir kamu görevlisinin, yediemin atarken veya gerekli kontrolleri yaparken yaptıkları eylemlerinin 5237 sayılı TCK'ya göre bir başka suç oluşturması halinde, söz konusu suçtan dolayı cezalandırılmaları da mümkündür.

---

[900] Bkz. aşağıda, § 13, D.
[901] ÖZEN, Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 167 vd.

C) YEDİEMİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

I) HUMK DIŞINDA BİR KANUN UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

HUMK dışında bir kanun uyarınca tayin edilen yedieminlerin cezai sorumluluğu konusunda, İcra ve İflas Kanunu'na, madde 336/a'yı ekleyen 4949 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.06.2003 tarihine kadar, sadece 765 sayılı TCK'nın 276 ve 277 nci maddeleri uygulanıyordu. Anılan maddenin yürürlüğe girdiği 30.06.2003 tarihinden sonra ise, İcra ve İflas Kanunu'nca atanan yedieminler hakkına İİK m. 336/a maddesi ve diğer yedieminlik halleri için ise, yine 765 sayılı TCK m. 276 ve 277 uygulanmaya başlanmıştır.

Ancak, 1 Haziran 2005 tarihinde, 5358 sayılı Kanun ile, İİK m. 336/a ve 5252 sayılı Kanun ile 765 sayılı TCK da yürürlükten kaldırılmış ve aynı tarihte 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı TCK m. 276 ve 277'nin, 5237 sayılı TCK'da karşılığı 289 uncu madde olduğundan ve İİK m. 336/a'da yürürlükten kaldırıldığından 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren, yedieminlerin cezai sorumluluğu konusunda uygulanacak kanun maddesi, 5237 sayılı TCK m. 289'dur.

Buna göre, yedieminlerin cezai sorumluluğu konusunda, üç dönem oluşmuştur. Bunlar, 30.06.2003 tarihine kadar olan dönem, 30.06.2003-31.05.2005 tarihleri arasındaki dönem ve 01.06.2005 tarihinden sonraki dönemdir.

Esasen, 765 sayılı TCK ve İİK m. 336/a yürürlükten kalkmış olmakla beraber, ileride inceleneceği[902] üzere, 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş olan suçlar için, anılan Kanun maddelerinin halen uygulanma olasılığı bulunduğundan ve söz

[902] Bkz. aşağıda, § 13, C, I, 3, b.

konusu kanuni düzenlemeler açısından bir fikir verebilmek açısından yedieminlerin cezai sorumluluğunun yukarıda belirtilen üç döneme göre ayrı ayrı incelenmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Aşağıda söz konusu üç dönem incelenecek olmakla beraber, 765 sayılı TCK m. 276 ve 277 ile İİK m. 336/a maddeleri açısından yapılacak inceleme genel hatları ile yapılacak ve fakat 5237 sayılı TCK m. 289 hakkında inceleme sırasında, gerekli olduğu ölçüde, önceki düzenlemeler ile bir karşılaştırma yapılması yoluna gidilecektir.

1) 30.06.2003 TARİHİNE KADAR OLAN DÖNEM (765 SAYILI TCK m. 276 VE 277'YE GÖRE YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİSTİMAL SUÇU)

Yukarıda da belirtildiği gibi, İcra ve İflas Kanunu'muza 336/a maddesini ekleyen, 4949 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 30.06.2003 tarihine kadar, yedieminlerin cezai sorumluluğu konusunda uygulanacak kanun maddesi, 765 sayılı TCK m. 276 ve 277'ydi. Aşağıda, 765 sayılı TCK m. 276 ve 277'de yer alan düzenlemelere göre, yedieminlik görevini suiistimal suçu, genel hatları ile incelenecektir.

a) Suçta Korunan Hukuki Yarar

Suçta korunan yarar, kamu idaresidir. Yani, kamu idaresinin belirli bazı malları diğerlerinden ayırıp elkoyduğuna yönelik ortaya koymaya ve bu malları belirli bir kişinin korumasına tevdi etmesine dair iradeye, anılan kişinin muhafızlık görevini kötüye kullanarak kanunda belirtilen eylemleri yaparak karşı gelmesini engellemek, suçta korunan hukuki yarardır[903].

[903] ÖNDER, s. 253; ERMAN/ÖZEK, s. 459.

b) Suçun Faili

Suçun faili sadece, kendisine muhafızlık görevi verilen kişi yani yediemin olabilir. Bu itibarla anılan suç, mahsus bir suçtur[904].

Yedieminin bu suçu işleyebilmesi için veya bir yedieminden söz edebilmek için, ortada resmen teslim edilmiş bir mal olması gerekir. Resmen teslim, kanunen yetkili kılınan bir makam veya merci tarafından, usulüne uygun olarak yapılan teslimdir.

c) Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru, yedieminin kendisine resmen teslim edilen, merhun veya mahcuz ya da herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan malları, kendisinin veya başkasının menfaati için saklaması, sahibine veya başkalarına vermesi veya tebdil ya da lâzım gelenlere teslimden imtina etmesidir (765 sayılı TCK m. 276, I).

Buna göre, 765 sayılı TCK m. 276'ya göre yedieminlik görevini suiistimal suçunun maddi unsuru dört şekilde işlenebilir. Bunlar, yediemine teslim edilen malın, yediemince a) kendisinin veya başkasının yararına saklanması; b) sahibine veya başkasına verilmesi; c) tebdil edilmesi ve d) lâzım gelenlere teslimden imtina edilmesidir[905]. ERMAN/ÖZEK, bu dört haliyle suçun, eşyanın alınması (saklanması), verilmesi, tebdil olunması

---

[904] ÖNDER, s. 253.

[905] ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 462; GÖZÜBÜYÜK ise, suçun maddi unsurunun üç şekilde işlenebileceği görüşündedir: "söz konusu malların yediemince, kendisinin veya başkasının menfaatine a) saklanması, sahibine veya başkasına verilmesi; b) tebdil edilmesi veya c) lâzım gelenlere teslimden kaçınılması'dır" (bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. III., Ankara 1967, s. 391). Ancak kanaatimizce, maddi unsurun işlenme şekline ilişkin üçlü ayırım, 765 sayılı TCK m. 276'da yapılan ayırıma uygun değildir. 765 sayılı TCK m. 276'da belirtilen ayırıma daha uygun olduğunu düşündüğümüz için, ERMAN/ÖZEK'in ayırımını tercih ettik.

veya teslim edilmemesi sebebiyle, kamu idaresinin el konulmuş eşya üzerinde tasarruf etmesine kısmen veya tamamen, devamlı veya geçici olarak engel olunması veya zorlaştırılması ile tamam olacağını haklı olarak belirtmektedir[906]. Bir başka deyişle, TCK m. 276'ya göre suçun maddi unsuru dört çeşittir ve bunlar seçimlik hareketler olup, bir tanesinin yapılması suçun oluşması için yeterlidir ve bütün bu hareketlerin yapılması ile birden fazla suç oluşmaz[907].

Taşınır mallar olduğu kadar taşınmaz mallar da suçun konusu olabilir[908]. Kanaatimizce, önemli olan husus malın maddi bünyesi olan bir mal olmasıdır[909].

d) Manevi Unsur

765 sayılı TCK'ya göre, suçun hem kasıtlı hem de taksirli şekli mevcuttur. Suç genel kast ile işlenir. Muhafaza görevine aykırı hareket iradesi kastı oluşturur[910]. Yani, yedieminin suçun maddi unsurlarını oluşturan fiillerden birini bilerek ve isteyerek işlemiş ise, genel kast vardır ve suç oluşur[911].

---

[906] ERMAN/ÖZEK, s. 466; ÖNDER de, yedieminlik görevini kötüye kullanılması suçunun maddede belirtilen hareketlerin yapılması ile gerçekleştiğini ifade etmektedir (bkz. Ayhan ÖNDER, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 260); Yargıtay da aynı görüştedir : "Sanığın savunması ve bunu doğrulayan sanığın eşi Tanık Öztürk'ün anlatımı karşısında, sanığın, kendisine resmen teslim edilen hacizli malları başkasına vermek veya saklamak suretiyle yüklenen suçu işlediği gözetilmeden, yazılı gerekçelerle beraatına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 4. CD. 31.05.2000, 3654/4677- bkz. MALKOÇ, s. 2261).

[907] ÖNDER, s. 253; ERMAN/ÖZEK, s. 468; GÖZÜBÜYÜK, s. 392.

[908] GÖZÜBÜYÜK (III), s. 391; anılan suçun konusunun taşınırlar olabileceği görüşü için bkz. EREM (1985-III), s. 499; EREM (II -1998), s. 1479.

[909] ÖNDER, s. 254.

[910] EREM (1985-III), s. 503; EREM (1998-II), s. 1483.

[911] GÖZÜBÜYÜK, s. 393; ERMAN/ÖZEK ise, suçun muhafız olsun veya olmasın, eşyanın sahibi tarafından işlenmesi halinde genel kast ile işlenebileceğini; fakat, failin malın sahibinden başkası olması halinde, genel kast yanında, özel kastın da bulunması gerektiğini ve bu özel kastın ise, suç teşkil eden hareketleri kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla yapılmasının geldiği görüşündedir (ERMAN/ÖZEK, s. 467). Öncelik ile belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK m. 276'daki suçun, muhafız (yediemin) olmayan bir kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir. Anılan suç bir mahsus suçtur. Bu itibarla anılan görüşe katılmıyoruz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun metninden de, mal sahibi olan ve olmayan yedieminler için, böyle bir genel kast ve özel kast ayrımı yapıldığı sonucuna varmak da, kanaatimizce mümkün değildir.

765 sayılı TCK m. 276, III'te ise, anılan suçun taksirli hali düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m. 276, I'de belirtilen fiiller, yedieminin taksiri ile işlenmiş ise, m. 276, III uygulanır[912]. Kanaatimizce, burada belirtilen, yedieminin dikkatsizliği, tedbirsizliği, acemiliği veya emir ve nizamlar aykırı hareketleri nedeniyle başkalarının, anılan mala zarar vermesi veya malı alması veya çalması veya malın kaybolması ve bu sebeple lazım gelenlere teslim edilememesi eylemi suçu oluşturmaktadır[913].

e) Suça Tesir Eden Sebepler

Suça tesir eden ağırlatıcı sebep, 765 sayılı TCK m. 277'de düzenlenmiştir. Buna göre, "Bu fasılda zikrolunan filler, cebir ve şiddet kullanmak veya tehdit suretiyle veya silahlı ve birden ziyade kimseler tarafından işlenirse, ceza, üçte biri miktarı artırılır". Kanaatimizce, malı, kendisinin veya başkasının menfaati için saklamak, sahibine veya başkalarına vermek ve tebdil etmek fiilleri için, anılan şiddet sebeplerinin gerçekleşme olasılığı bulunmamaktadır. Ancak, teslim etmeme fiili, anılan şiddet sebeplerinden birisi vasıtasıyla işlenebilir[914].

Suça tesir eden hafifletici sebepler ise, üç tanedir. Bunlar, failin (yedieminin) malın sahibi olması, malın kıymet azlığı ve iade ve tazmindir.

---

[912] EREM, anılan maddenin yazımının hatalı olduğunu, çünkü bu fiillerin taksir ile işlenemeyeceğini ve bu nedenle de maddeyi, vazifesini gerekli dikkat ve ihtimam ile yapmamak sonucu, malın ziyaına veya haberi ve muvafakati olmaksızın başkası tarafından alınmasına sebebiyet verilmesi halinin cezalandırılmasının amaçlandığı şeklinde anlamak gerektiği görüşünde olduğunu ve fakat, kanun koyucunun iradesini tahmin ile sonuca varmanın ceza hukuku ilkelerine aykırı olduğunun düşünülebileceğini; bazı yazarların ise, sadece teslim etmeme açısından suçun taksirli şeklini kabul ettiğini ifade etmektedir (EREM (1985-III), s. 503-504; EREM (1998-II), s. 1484).

[913] Aynı yönde, bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 394.

[914] "1. Borçlu ve yediemin bulunan sanığın, 2. satış günü satış yerine getirdiği taşıtının satılacağını anlayınca teslimden kaçınıp aracı satış yerinden kaçırmaya çalıştığı, engel olmak için taşıtın kapısını tutan icra müdürünü de sürükleyerek uzaklaştığı biçiminde kabul edilen eylemde TCY'nin 277. maddesinin uygulanma olanağının tartışılmaması, 2...., bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 4. CD. 27.03.2000, 1354/2173; MALKOÇ, s. 2289).

Değerin azlığına karar verecek olan hakimdir. Eşyanın kıymeti fiilin işlendiği tarihe göre tayin olunur[915]. Yargıtay kararları da aynı yöndedir[916].

Bir diğer hafifletici sebep ise, 765 sayılı TCK m. 276, IV'te yer alan, suçu işleyen yedieminin malı veya bedelini, takibat başlamazdan evvel geri vermesidir. Takibata başlamazdan önce terimi, kamu davası açılmadan önce anlamındadır[917]. Malın bedelinin tamamen ödenmiş olması gerekir; kısmen ödeme yeterli değildir[918].

EREM, söz konusu hafifletici sebeplerin, suçun taksirli hali için de uygulanması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir[919].

f) Yargılama Usulü

765 sayılı TCK m. 276'da düzenlenen suç, kamu davası niteliğinde bulunduğundan, iddianame ile Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılır ve takip edilirdi. Ancak, mal sahibi veya alacaklı suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılabilirdi[920]. Suçtan zarar gören kişi, katılma dilekçe veya beyanında, şahsi hak (örneğin tazminat) da, talep edebilirdi[921] (CMUK m. 350, II).

Görev, yetki, kanun yolları, zamanaşımı, suça iştirak bakımından genel hükümler uygulanırdı.

---

[915] GÖZÜBÜYÜK, s. 394.
[916] "Hacizli malın haciz tutanağında 40 milyon lira olarak belirtilen değerinin suç tarihi itibariyle az sayılıp sayılmayacağı tartışılmadan sanığın TCY'nin 276/1 maddesince hükümlülüğüne karar verilmesi" (Yarg. 4. CD. 14.2.2000, 676/1022; GÖKCAN, s. 159).
[917] EREM (1985-III), s. 504; EREM (1998-II), s. 1485; GÖZÜBÜYÜK, s. 394-395. Ayrıca bkz. İBK. 30.1.1946, 31/3.
[918] GÖZÜBÜYÜK, s. 395.
[919] EREM (1985-III), s. 504; EREM (1998-II), s. 1485.
[920] "Sanık hakkında yedieminlik yükümlülüklerine uymama suçundan açılan davada, alacaklının suçtan zarar gördüğü gözetilmeden, suçun devlete karşı işlendiği gerekçe gösterilerek katılma isteğinin reddedilmesi" (Yarg. 4. CD. 25.11.1998, 10387/10586; GÖKCAN, s. 143).
[921] 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK ile şahsi hak davası kaldırılmıştır. Şahsi hak, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren artık, sadece hukuk mahkemesinden istenebilir [bkz. YURTCAN (11), s. 191].

2) 30.06.2003-31.05.2005 TARİHLERİ ARASINDAKİ DÖNEM (İİK m. 336/a'YA GÖRE YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİSTİMAL SUÇU)

30.6.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen m. 336a'ya göre, "Bu Kanun uyarınca, muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya diğer herhangi bir sebeple teslim olunan malları icra dairesinin talebine rağmen yedi gün içinde icra dairesine teslim etmeyen kimse, alacaklının şikayeti üzerine icra mahkemesince iki aydan altı aya kadar hafif hapisle cezalandırılır".

Ancak, söz konusu düzenleme ile, sadece, İİK uyarınca atanan yedieminlere uygulanacak olduğundan ve 765 sayılı TCK m. 276 ve 277, genel norm niteliğinde bulunduğundan, 765 sayılı TCK m. 276 ve 277, İİK uyarınca tayin edilen yedieminler dışında kalan yedieminler için, (söz konusu 30.06.2003-31.05.2005 tarihleri arasındaki dönemde) uygulanmaya devam etmiştir.

a) Suçun Faili

İİK m. 336a'ya göre suçun faili, İİK uyarınca, muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya diğer herhangi bir sebeple mal teslim edilen kişi, yani yediemindir. Burada da, 765 sayılı TCK m. 276'da olduğu gibi malların yediemine resmen teslim edilmiş olması gerekir. Zira, İİK m. 336a'da yer alan suçun oluşması için, anılan maddede yer alan ifadeye göre, malın tesliminin "Bu Kanun (İİK) uyarınca" yapılması şarttır. İİK uyarınca bir malın teslimi, ancak icra dairesi tarafından yapılabilir. İcra dairesinin İİK uyarınca yapacağı bir teslimin ise, usulüne uygun, bir başka deyişle resmi bir teslim olması gerekir.

b) Suçun Maddi Unsuru ve Suçta Korunan Hukuki Yarar

Yedieminin, İİK uyarınca, muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya diğer herhangi bir sebeple teslim olunan malları icra dairesinin talebine rağmen yedi gün içinde icra dairesine teslim etmemesi ile suçun maddi unsuru vücut buluyordu (İİK m. 336/a). Anılan düzenlemeye göre, suçun maddi unsuru, tek olup, bu unsur, talebe rağmen malın "icra dairesine teslim edilmemesidir".

Kanaatimizce, İİK m. 336a'da belirtilen mal kavramına da, 765 sayılı TCK m. 276'da olduğu gibi, taşınırlarla beraber taşınmazlar da dahildiler.

765 sayılı TCK m. 276'nın getirdiği düzenleme ile söz konusu suçun kamu idaresi aleyhine işlenen bir suç olarak görüldüğü ve malın muhafaza altına alınmasına yönelik olan kamu idaresinin iradesine yönelik olarak kabul edildiği ve cezalandırıldığı halde, aynı sonuca İİK m. 336a açısından ulaşmak pek olası görünmemektedir. Öncelik ile belirtelim ki, 765 sayılı TCK m. 276'da düzenlenen suç, kamu idaresi aleyhine işlenmesinin doğal sonucu olarak, kamu davasına vücut veren bir suçtu. İİK m. 336/a'da düzenlenen suç ise, takibi şikayete bağlı bir suçtu. Şikayet edebilecek olan ise, alacaklıydı. Bu haliyle anılan suçun alacaklı aleyhine işlendiğinin, kanun koyucu tarafından kabul edildiği sonucuna varılabilir. İİK'ya m. 336/a'yı ekleyen 4949 sayılı Kanunun gerek genel gerek madde gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklık yoktur[922]. Gerekçede sadece, 765 sayılı TCK m. 276'ya paralel bir düzenleme getirildiği; fakat, verilen hürriyeti bağlayıcı cezaların para çevrilmesinin veya tecil edilmemesinin önüne geçilerek, cezanın caydırıcılığının temin edilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Oysa getirilen düzenleme 765 sayılı TCK m.

[922] "Halen uygulamada, yedieminliği suistimal suçundan verilen cezaların paraya çevrilebildiği veya tecil edilebildiği bilinen bir gerçektir. Bu durum cezanın caydırıcılığını ortadan kaldırmakta ve yedieminliği suistimal fiillerinin artmasına yol açmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 276 ncı maddesine paralel yeni bir madde İcra ve İflas Kanununa eklenerek, anılan suçtan dolayı verilecek hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmemesi ve tecil edilmemesi sağlanmıştır" (Hükümet Gerekçesi).

276'ya paralel bir düzenleme değildir. Zira suç kamu idaresine yönelik bir suç olmaktan çıkarılmış ve takibi şikayete bağlı hale getirilmiştir.

Suçun takibi şikayete bağlı hale getirilmesi ve şikayet hakkının sadece alacaklıya ait olması sorun çıkaracak niteliktedir. Örneğin, yapılan haczi müteakip, İİK uyarınca, bir yediemine mal teslim edildiğini kabul edelim. Satış aşamasına gelinmeden önce, borçlu borcunu öderse haciz düşecektir. Bu aşamada, icra dairesinin talebine rağmen, yediemin malı sahibine/borçluya teslim etmez ise ne olacaktır? Alacaklı alacağını aldığı için menfaati kalmamıştır. Şikayet etmek istemeyebilecektir. Böyle bir durum da mal sahibi borçlunun yapabileceği işlem ne olacaktır. Kanaatimizce, İİK m. 336/a, kendi uygulaması açısından, 765 sayılı TCK m. 276'yı yürürlükten kaldırdığından, anılan maddenin, İİK uyarınca teslim edilen mallar açısından tekrar uygulama kabiliyeti bulması mümkün değildir.

Bu nedenle, alacağını aldığı için alacaklının şikayet etmesinde hiçbir menfaatinin olmadığı böyle bir durumda, kanaatimizce 765 sayılı TCK m. 508 ve 510'un uygulanması gündeme gelebilecekti.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, suçun maddi unsurunun daraltılmış olması da, sorun yaratacak nitelikte idi. Daha önce de belirtildiği gibi, 765 sayılı TCK m. 276'da suç dört seçilik hareketten birinin işlenmesi ile oluşuyor olmakla beraber, İİK m. 336/a ile bu hareket unsuru teke indirilmişti ve sadece, icra dairesinin talebine rağmen, malın teslim edilmemesi halinde suç oluşuyordu.

Bu durumu bir örnek ile açıklamaya çalışalım: kendisine İİK uyarınca bir mal teslim edilen yediemin, malı sahibine (borçluya) verse ve borçlu bu malı kullanmaya devam etse; ancak, icra dairesince malın teslimi hususundaki talebi üzerine malı sahibinden alarak, zamanında icra dairesine teslim etse, İİK m. 336a anlamında bir suç oluşmayacaktır. İİK.

m.336a, kendi uygulaması açısından, TCK m. 276 ve 277'i ilga ettiğinden, TCK m. 276 ve 277 de uygulanamayacak ve söz konusu eylem cezasız kalacaktır. Neticede, malın icra dairesine zamanında teslimi sağlandı; o halde bu eylemin cezasız kalmasının bir önemi var mıdır şeklinde bir soru sorulabilir. Ancak, unutmamak gerekir ki, malın sahibine veya bir başkasına verilmesi halinde, malın icra dairesinin talepte bulunduğu zamanda teslimi olasılığı azalmakta (mal sahibi tarafından saklanabilir; hatta satılabilir) ve bu süreç (sahibinin veya bir başkasının elinde kalma süreci) uzadıkça, malı elinde bulunduran kişilerin (malın sahibinin veya yediemin dışındaki üçüncü kişinin) bu mala ilişkin olarak malı satmak, saklamak ve tebdil etmek istek ve olasılıkları artabilecektir. Bir başka deyişle, kişilerin suç işlemek yönündeki imkanları ve istekleri artabilecektir. Oysa, söz konusu eylemlerin suç sayılması halinde, örneğin, daha malın, sahibine veya başkasına verilmesi halinde suç oluşacağı için, kişilerin bu eylemlere yönelik istekleri ve imkanları daha azalmış olacaktır. Bu itibarla getirilen düzenlemenin son derece rizikolu ve suça teşvik edici nitelikte olduğunu düşünüyoruz.

Verilebilecek bir diğer örnek ise, yedieminin, malı sahibine vermesi ve sahibinin de malı satması durumudur. Malı satan ve bedelini alan mal sahibi borçlu söz konusu bedel ile takibe konu borcunu öder ise, haciz kalkacak ve teslim gereği de ortadan kalktığı için suç oluşmayacaktır.

Bu örneklerde, suçlar oluşmuyor; ancak, amaç da (borcun ödenmesi veya malın icra dairesine verilmesi) hasıl oluyor, kişilerin suça teşvik edilmesi olasılığının bulunması da o kadar önemli değil denebilir. Ancak, her iki örnekte de, dikkat edilmesi gereken bir husus da, alacağını almak için, devletin icra organlarına başvurmuş ve alacağını teminat altına aldırmak üzere onları haczettirmiş olan ve bu haciz ile birlikte, alacağının teminatı olarak haczedilen malları teminat altına aldırmış (yediemine teslim ettirmiş) bulunan alacaklının, bu yöndeki devlete karşı olan güveninin de bozuluyor ve yara alıyor olmasıdır. Devlet de, adalet dağıtma, düzeni

sağlama görevini yerine getiremiyor; otoritesini tam olarak sağlayamıyor durumuna düşmektedir.

Kanaatimizce, şayet kanun koyucunun amacı, gerekçede belirtildiği gibi, sadece hürriyeti bağlayıcı cezaların paraya çevrilmesine veya tecil edilmesi önüne geçerek, cezanın caydırıcılığını sağlamak ise, bu amacına, suçu, devlet idaresi aleyhine suç olmaktan çıkaran, takibi şikayete bağlı hale getiren, şikayet hakkını sadece alacaklıya tanıyan, suçun kapsamını daraltan böyle bir düzeleme (İİK m. 336a) yerine, yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen bütün bu sakıncalara neden olmayan başka bir düzenleme ile ulaşabilirdi. Örneğin, İİK m. 336a yerine, "İİK uyarınca, muhafaza edilmek üzere, kendisine rehin, haciz veya diğer bir sebeple teslim olunan mallar nedeniyle haklarında TCK m 276 ve 277 hükmü uygulananlar hakkında verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, tecil edilemez, para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 119 uncu maddesi uygulanmaz" şeklinde bir düzenleme getirilebilirdi.

Ancak, kanaatimizce, böyle bir düzeleme dahi, İİK uyarınca oluşturulan yedieminlikler ile diğer kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlikler arasında neden bir ayırım yapıldığı sorusunu gündeme getirebilecekti.

Bu itibarla, uygulama süresi çok kısa olmakla beraber, pek çok soruna yol açabilecek nitelikte bulunan ve genel sistemi bozan İİK m. 336/a'nın yürürlükten kaldırılarak, İİK uyarınca kendisine mal tevdi edilen yedieminlerin de, genel düzenleme olan 5237 sayılı TCK m. 389 kapsamına alınmasının olumlu bir gelişme olduğunu düşünüyoruz.

c) Manevi Unsur

İİK m. 336/a'da suçun taksirli halinin mevcut olup olmadığı belli değildir. Ancak, İİK. m. 336/a'daki suçun cezasının "hafif hapis" olması nedeniyle, 765 sayılı TC. m. 11 gereği, kabahat nevine dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır. O halde, 765 sayılı TCK m. 45, II gereği, anılan suç, kasıtla işlenebileceği gibi, taksir ile de işlenebilir.

d) Görevli Ve Yetkili Mahkeme

İİK m. 336/a'nın açık hükmüne göre, görevli mahkeme, icra mahkemesidir. İcra mahkemesi, icra suçlarında yargılama makamıdır[923].

Yetkili mahkeme ise, icra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesidir (İİK m. 348).

e) Şikayet – Şahsi Dava

İİK m. 336/a'ya göre, yedieminliği suiistimal suçu, takibi şikayete bağlı bir suçtu. Şikayete yetkili olan ise, icra takibinin alacaklısıydı.

Takip alacaklısının, İİK m. 336/a'ya göre açacağı dava, kanaatimizce bir şahsi dava idi. KUNTER/YENİSEY, İİK'da yer alan ceza davalarının, şahsi

[923] KUNTER, s. 130. Yargılama görevi yargılama makamına aittir. Yargılama makamları, mahkeme ve hakimlik olmak üzere iki çeşittir (KUNTER, s. 97). Mahkeme, ceza muhakemesinde kural olarak sonsoruşturma safhasında ve özellikle onun duruşma ve sonuç çıkarma devrelerinde yargılama görevi yapan makamdır. Hakimlik ise, mahkemenin görevi dışında kalan yargılama faaliyetlerini yapmakla görevlendiren makamdır (KUNTER, s. 122). Bu itibarla, icra tetkik mercii (icra mahkemesi), icra suçlarında bir mahkeme makamıdır (KUNTER, s. 130). Anayasa Mahkemesi, icra tetkik merciinin 1961 Anayasasının 151. maddesindeki (1982 Anayasasının 152. maddesindeki) mahkeme terimine girdiğini kabul etmiştir (30.5.1967 RG 4.11.1967).

davanın özel bir çeşidi olduğunu belirtmektedir[924]. İİK m. 354'ün gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir[925].

Şikayet hakkı, takip alacaklısına aitti.

f) İcra Hakiminin Ceza Kararnamesi

İİK m. 352a, I'e göre, İİK.'da yazılı olup cezasının üst sınırı altı aya kadar hafif hapis veya yalnızca hafif veya ağır para cezası veya bunlardan biri veya ikisi olan suçların failleri hakkında duruşma yapılmaksızın ceza kararnamesiyle karar verilebiliyordu[926].

İİK m. 336a'da yer alan suçun cezasının üst sınırı altı ay hafif hapis olduğu için ceza kararnamesi ile karar verilebiliyordu.

CENTEL/ZAFER, ceza kararnamesini, muhakemesi, genel muhakeme kurallarından farklı kuralları bulunan, kendine özgü hızlandırılmış bir muhakeme yöntemi olarak tanımlamaktadır[927]. Böyle bir yöntem ihtiyacı, suç ve suçlu sayısının artması, bu artışın yargının geç işlemesine neden olması ve böylece, halkın adalete olan saygısının azalması ile pek çok

---

[924] KUNTER/YENİSEY, s. 195 (No: 109); "Şikayet ile şahsi dava ayrı şeylerdir. Şahsi dava, suçtan zarar gören ferdin tek başına açabildiği ceza davasıdır. Şahsi davaya konu olabilen suçların hepsi için şikayet şartı aranmaktadır. Ancak şahsi dava açılamayan, sadece kamu davasına konu olabilen suçlar bakımından da şikayet şartı arandığı vardır. Meselâ tehdidin ağır şekillerinde ve sarkıntılıkta durum böyledir" [KUNTER/YENİSEY, s. 83 (No.47)].

[925] "Şikayetçi gelmez veya vekil göndermezse, şahsi davalar hakkındaki umumi hükümlerde olduğu gibi şikayet hakkı düşer" [İİK. m. 354'e ilişkin, Adliye Encümeni Mazbatası Gerekçesi; bkz. UYAR (İİK-7) , s. 9380].

[926] İİK m. 352/a, m. 336/a'yı da yürürlükten kaldıran, 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı RG'de yayımlan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[927] CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul Ekim 2003, s. 663. Öğretide, ceza kararnamesi hakkında yapılmış başka tanımlar da mevcuttur. Ancak, söz konusu tanımlar daha çok sulh ceza hakiminin verdiği ceza kararnamesi esas alınarak yapılmıştır. CENTEL/ZAFER'in tanımının ise daha genel bir nitelik taşıdığını ve müesseseyi de daha iyi açıkladığını düşündüğümüz için tercih ettik. Ceza kararnamesi hakkında öğretide verilen tanımlar hakkında genel bir bilgi için bkz. KARAGÜLMEZ, Ali, Ceza Kararnamesi ve Önödeme, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 33-34.

önemsiz ve basit suç için gerek sanık gerek devlet tarafından yapılan, emek, zaman ve masraf sarfiyatının fazlalığından doğmuştur[928].

KUNTER/YENİSEY, ceza kararnamelerini verenler bakımından, sulh hakiminin, savcının ve idarenin kararnameleri olarak üç grupta toplamakta ve idareninkileri de, idari makamların ve kolluk memurlarınınkiler olmak üzere iki alt-gruba ayırmaktadır[929]. Ancak, İİK.'yı değiştiren ve yeni maddeler ekleyen 4949 sayılı Kanun ile yeni bir ceza kararnamesi hukukumuza girmişti.

Bununla beraber, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile sulh hakiminin ceza kararnamesi kaldırılmış ve buna paralel olarak, yine 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun ile İİK'da icra hakiminin ceza kararnamesini düzenleyen 352/a maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

[928] Ceza kararnamesini doğuran nedenler için bkz. KARAGÜLMEZ, s. 38-43; ÖNDER, Ayhan, Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi, İstanbul 1966, s. 1-5 [ÖNDER (Kararname)]; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2002, s. 999; Cemil Halit BENGÜ, Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi, Adliye Dergisi, S.3, Yıl 36, Mart 1945, s. 184-185. ÖNDER, ceza muhakemesi hukukunda ilk ceza kararnamesinin 1555 tarihinde 'Reichskammergerichtsordnung' ile Roma Hukukunda mevcut Interdiktenverfarhen'e benzer şekilde tanzim edildiğini, daha sonra mütekamil şeklini, Prusya'da kabul edilen, 'Gesetz betrefend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, vom 17.7.1846' isimli kanun ile aldığını ve ceza kararnamesinin usul kanunlarına Alman Hukukunun tesiri altında girdiğini ifade etmektedir [bkz. ÖNDER (Kararname), s. 19].
[929] KUNTER/YENİSEY (II), s. 863.

3) 1 HAZİRAN 2005 TARİHİNDEN SONRAKİ DÖNEM (5237 SAYILI TCK m. 289'DA DÜZENLENEN YEDİEMİNLİK GÖREVİNİ SUİİSTİMAL SUÇU[930])

Daha önce de belirtildiği gibi, 5237 sayılı TCK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, halen yürürlükte olan kanun budur. Aşağıda önce, anılan suçun unsurları, suça etki eden nedenler ve yargılama usulü incelenecek, daha sonra ise, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlara ilişkin olarak uygulanacak kanun maddesinin nasıl tespit edileceği belirlenecektir.

a) 5237 Sayılı TCK m. 289'un Tatbik Esasları

5237 sayılı TCK m. 289'a göre, "(1) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

(3) Muhafaza edilmek üzere kendisine teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malın dikkat ve özen

[930] 5237 sayılı TCK m. 289'un madde başlığı, "muhafaza görevini kötüye kullanma" olmakla beraber, 765 sayılı TCK zamanında kullanılan yedieminlik görevini suiistimal/kötüye kullanma suçu ifadesini, daha alışılmış olması ve zaten 765 sayılı TCK. m. 276 ve 277'de de böyle bir ibare bulunmamasına karşın, yargı kararları ve öğreti tarafından oluşturulmuş bir kavram olması nedeniyle, kullanmaya devam etmekte bir sakınca görmedik.

yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

aa) Suçta Korunan Hukuki Yarar

765 sayılı TCK m. 276 ve 277, anılan TCK'nın, "Cürümler" başlığını taşıyan İkinci Kitabının, "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlığını taşıyan Üçüncü Babının, "Mühür Fekki ve Hükümetin Muhafazasında Bulunan Eşyayı Çalmak" başlığını taşıyan Onuncu Faslında yer almaktadır ve madde başlığı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK m. 289 ise, anılan TCK'nın, "Özel Hükümler" başlığını taşıyan, İkinci Kitabının, "Devlete ve Millete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlığını taşıyan Dördüncü Kısmının, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan İkinci Bölümünde yer almaktadır ve "Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma" madde başlığını taşımaktadır.

Ancak, neticede, 5237 sayılı TCK m. 289 da, tıpkı 765 sayılı TCK. m. 276 ve 277 gibi, kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminliklerde, yedieminin görevini suiistimal etmesi halinde uygulanan genel bir maddedir ve devlete karşı suçlar üst başlığı altında düzenlenmiştir. Yani kamu idaresi tarafından verilen yedieminlik görevlerinde uygulanmaktadır. Bu itibarla, 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suçta da korunan hukuki yarar kamu idaresidir. Yani, kamu idaresinin belirli bazı malları diğerlerinden ayırıp elkoyduğuna yönelik ortaya koymaya ve bu malları belirli bir kişinin korumasına tevdi etmesine dair iradeye, anılan kişinin muhafızlık görevini

kötüye kullanarak kanunda belirtilen eylemleri yaparak karşı gelmesini engellemek, suçta korunan hukuki yarardır[931].

bb) Suçun Faili

5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suç da, 765 sayılı TCK m. 276'da yer alan suç gibi, mahsus bir suçtur. Yani sadece, yediemin tarafından işlenebilir.

Yedieminin bu suçu işleyebilmesi için veya bir başka deyişle bir yedieminden söz edebilmek için, ortada resmen teslim edilmiş bir mal olması gerekir. Resmen teslim, kanunen yetkili kılınan bir makam veya merci tarafından, usulüne uygun olarak yapılan teslimdir. Bu itibarla, kanunen yetkili kılınan bir kişi veya makam tarafından yapılmayan mal teslimi halinde, örneğin, özel hukuk kişilerinin kendi aralarında anlaşarak bir kişiye mal teslim etmeleri halinde, bu suç oluşmaz, böyle hallerde, diğer şartları da var ise, emniyeti suiistimal hükmü (5237 sayılı TCK. m. 155, I) uygulanabilir[932]. Keza aynı şekilde, şayet kişi bir kamu görevlisi ise ve mal kendisine bu görevi sebebiyle teslim edilmiş ise (yine ortada bir yediemin bulunmayacağı için), zimmet (5237 sayılı TCK m. 247) suçu vücut bulabilir[933]. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, bu durum yedieminin, ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olmasıyla çelişik değildir. Zira, zimmet suçunda, kişiye, kamu görevlisi (5237 sayılı TCK m. 6) olarak, görevleri nedeniyle mal teslim edilmektedir; oysa yedieminlikte, yedieminlik sıfatı bu mal teslimi ile kazanılmakta ve ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sıfatı da, bu görev nedeniyle elde edilmektedir[934].

---

[931] ÖNDER, s. 253; ERMAN/ÖZEK, s. 459; ayrıca bkz. yukarıda, § 13, C, I, 1, a.
[932] EREM, anılan saptamayı, 765 sayılı TCK m. 276 açısından yapmıştır [bkz. EREM (1985-III), s. 499; EREM (1998-II), s. 1478].
[933] 765 sayılı TCK m. 276 açısından aynı yönde bkz. EREM (1985-III), s. 498; EREM (1998-II), s. 1478; GÖZÜBÜYÜK (III), s. 390.
[934] Bkz. yukarıda, § 2, B ve C.

Öte yandan, yukarıda belirtildiği gibi, anılan suç, mahsus bir suç olduğu için, suçun faili sadece yediemin olabilir. Şayet, fiil ehliyetine sahip olmaması nedeniyle, yukarıda incelendiği gibi[935], kişi, yediemin sıfatına sahip değil ise, yedieminlik görevini suiistimal suçunu işleyemez; ancak, diğer şartları da mevcut ise, eylemi hırsızlık veya emniyeti suiistimal suçu teşkil edebilir[936].

5237 sayılı TCK m. 289'da yer alan düzenlemenin, malın yediemine resmen teslim edilmesinin gerekmesi açısından, 765 sayılı TCK m. 276'dan bir farkı bulunmamaktadır. Buna göre, 765 sayılı TCK m. 276 uygulamasına ilişkin Yargıtay uygulamaları dikkate alınarak, resmen teslimin gerçekleşmesi için, yediemine mal teslimi sırasında, öncelik ile hangi malların teslim edildiğinin tek tek yazılması, bir teslim ve tesellüm tutanağı düzenlenmesi ve malların, yetkili makam tarafından, yediemine, muhafaza edebileceği yerde, imza karşılığı, fiilen teslim edilmesi gerektiğini düşünüyoruz[937].

---

[935] Bu konuda daha ayrıntılı bir inceleme ve örnek Yargıtay kararları için bkz. yukarıda, § 8, A, II.

[936] 765 sayılı TCK açısından aynı yönde, bkz. EREM (1985-III), s. 499; EREM (1998-II), s. 1478.

[937] "Sanığın emvalleri teslim almadan belgeyi imzaladığı yolundaki savunması ve tanık A. Coşkun'un bu doğrultudaki anlatımı karşısında tutanak imzacıları tanık olarak dinlenerek, emvallerin sanığa yöntemine uygun olarak teslim edilip edilmediğinin araştırılması, yöntemine uygun ise, TCY.nın 276/1. maddesi uygulanması değil ise beraat hükmü kurulması gerekirken, eylemin ne surette TCY.nın 276/3. maddesinde öngörülen yediemin yükümlülüğünden kayıtsızlıkla kaçınma suçunu oluşturduğu açıklanmadan, önödeme yapılarak düşme kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (Yrg. 4. CD. 18.05.2000 T., 4309/4321-bkz. MALKOÇ, s. 2261); "Ancak; suç konusu emvalin, yediemin senedi içeriği, savunma ve tutanak düzenleyicileri anlatımıyla sanığın muhafaza edebileceği yerde usulüne uygun teslim edilmediği, bu nedenle de sanığın üzerine atılı suçun ögeleri oluşmadığı halde, TCY.nın 276/3. maddesiyle önödeme yaptırılarak davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırı" (Yarg. 4. CD. 09.02.2000 T., 10198/527-bkz. MALKOÇ, s. 2268); "Sanık hazırlık ve duruşmadaki benzer savunmalarında, suça konu aracın kendisine fiilen teslim edilmeyip borçluda bırakıldığını ileri sürmesi karşısında, haciz tutanağında imzaları bulunan Şefik Çalık, İsmail Göç ve Ali Taylan da tanık olarak dinlenerek haciz sırasında otomobilin sanığa filen teslim edilip edilmediğinin araştırılmasından sonra hüküm kurmak gerekirken, eksik soruşturmayla cezalandırılmasına karar verilmesi" (4. CD. 20.10.1007, 8382/8596-bkz. GÖKCAN, s.121); "Haczolunan malların yöntemine uygun biçimde sanığa güvenilir kişi olarak teslim olunmadığı gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (4. CD. 10.05.2000, 2876/3941-bkz. GÖKCAN, s. 120); "Ancak; borçlunun özel banka kredisiyle satın aldığı otonun, yediemin olan sanığa kamu yönetimince (resmen) ve yönetimce teslim edilmediği gözetilmeden, ögeleri oluşmayan suçtan beraat yerine, hükümlülük kararı verilmesi" (Yrg. 4. Cd. 03.06.1999, 5298/6532-bkz. MALKOÇ, s.2274).

cc) Suçun Maddi Unsuru

5237 sayılı TCK m. 289'da suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, 765 sayılı TCK m. 276 ve İİK m. 336/a'dan farklı olarak düzenlenmiştir. Bilindiği gibi, 765 sayılı TCK m. 276'ya göre, suç, yedieminin malı kendisinin veya başkasının menfaati için saklaması, sahibine veya başkasına vermesi, tebdil etmesi veya lâzım gelenlere teslimden imtina etmesi şeklinde dört seçimlik hareketten birini gerçekleştirmesi ile; İİK m. 336/a'ya göre ise, yedieminin, icra dairesinin talebine rağmen malı yedi gün içinde icra dairesine teslim etmemesi ile işlenir. Oysa, 5237 sayılı TCK m. 289'a göre, suçun maddi unsuru, yedieminin, "mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunması"dır.

DONAY/KAŞIKÇI, "tasarrufta bulunmak" ifadesinin, TCK m. 276'da yer alan, "saklamak", "tebdil etmek" ve "sahibine veya başkasına vermek" seçimlik hareketlerini kapsadığını ve fakat anılan ifadenin (tasarrufta bulunmak) icrai nitelikteki hareketleri belirtmesi nedeniyle, 765 sayılı TCK m. 276'da yer alan "lâzım gelenlere teslimden imtina etmek" halini, kapsamadığı görüşünde olduklarını ifade etmektedir[938].

Öncelik ile belirtmek gerekir ki, bu görüşün kabulü halinde, "teslimden imtina etmek" fiili cezasız kalacaktır. Özellikle, yedieminlik görevini suiistimal suçlarında, İİK ve HUMK uygulamasında en çok rastlanan fiil, teslimden imtinadır ve yukarıda 765 sayılı TCK m. 276 ve İİK m. 336/a uygulaması ile ilgili olarak verilen yargı kararlarının incelenmesi halinde dahi, bu sonuca varılacaktır. O halde, böyle bir görüşün kabulü, pek çok yedieminlik görevini suiistimal fiilinin cezasız kalması ve dolayısıyla ve özellikle İİK, HUMK ve 6183 sayılı Kanun uyarınca tayin edilen yedieminleri, malı teslime zorlamak için elde bulunan önemli bir araçtan yoksun kalınması sonucunu doğuracaktır.

[938] DONAY, Süheyl/KAŞIKÇI, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Yürürlük Kanunu, İstanbul 2004, s. 383-384.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda ifade edilen sonuç, doğaldır ki, tasarrufta bulunmak fiili kapsamına, teslimden kaçınmayı da almak için hukuki bir gerekçe değildir. Anılan sonuç, sadece, kanun maddesinin, iyi bir şekilde kaleme alınmadığını gösterir.

Bununla birlikte, kanaatimizce, hukukken de yukarıda belirtilen sonuca katılmak mümkün değildir.

Tasarruf kelimesi, bir eşya ile bağlantılı olarak sözlük anlamı ile, "sahip olma", (bir şeyi) "dilediği biçimde kullanma yetkisi", "o şey üzerinde istenilen hukuksal ve eylemsel hukuk işlemleri yapabilme kudreti", "kullanım" anlamına gelir[939]. Sahip olma; dilediği biçimde kullanma; şey üzerinde istenilen hukuksal ve eylemsel hukuk işlemleri yapabilme kudreti anlamları ile tasarruf kelimesi, yapma (icrai) işlemi yanında yapmamayı da içerir. Keza, eski (743 sayılı) Medeni Kanun m. 618'de yer alan "Bir mala malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir; (...)" ibaresinde geçen "tasarruf" kelimesinin, malikin, malı, fiilen kullanması, semerelerini toplaması, malda değişiklik yapması, malın tahrip ve tağyir edilmesi (fiili tasarruflar) ve malı başkasına devretme, üzerinde hak tesis etme (hukuki tasarruf) gibi halleri içine aldığı kabul edilmektedir[940]. Tasarruf kelimesinin kapsamında kaldığı kabul edilen kullanma, verme, yapma, devretme ve teslim etme gibi haller kadar, kullanmama, yapmama, vermeme devretmeme ve teslim etmeme gibi hallerin de tasarruf kelimesi içinde kaldığı konusunda kanaatimizce şüphe bulunmamaktadır.

GÜRSOY/EREN/CANSEL de, tasarrufta bulunmanın, işlemlere konu yapma anlamına geldiğini ifade etmektedirler[941]. Bu işlemlerin, olumlu işlemler olabileceği gibi, olumsuz işlemler de olabileceği açıktır.

---

[939] Bkz. YILMAZ (Sözlük), s. 1188; ÖZON, s. 642; Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 1969, s. 713; PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1289.
[940] OĞUZMAN/SELİÇİ, s. 270.
[941] GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 365.

O halde, kanaatimizce, 5237 sayılı TCK m. 289'da yer alan, "mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunmak" ibaresi, yedieminin mal üzerinde, teslim amacı dışında yapacağı icrai veya ihmali ya da selbi her türlü hareketi kapsamına almaktadır. Bu hali ile de, suçun maddi konusu, sadece icrai fiillerle sınırlı kalmamış tam tersine, malın teslim amacı ile bağdaşmayan her türlü fiiller suçun maddi konusunu oluşturur hale gelerek, kapsamına aldığı fiiller artmıştır. Bu itibarla, "teslim etmemek" filinin de, yetkili merci tarafından, teslim edilmesi yönünde bir talep gelmesine rağmen yerine getirilmemesi halinde, mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunmak filini oluşturacağı, kanaatimizce açıktır[942].

[942] Hemen belirtelim ki, "teslim etmeme" halinin gerçekleşmiş olabilmesi için, öncelik ile yetkili makamın bu yönde bir talebi gereklidir. 765 sayılı TCK . m. 276 uygulamasında, müstakar Yargıtay kararlarına göre, isabetli olarak, söz konusu talebin bir tebligat ile yapılması şartı aranmaktadır. Anılan şartın 5237 sayılı TCK m. 289 uygulaması açısından da aranması gerektiğini düşünüyoruz. Bu konuda, 765 sayılı TCK m. 276 uygulamasına ilişkin olarak verilmiş bazı Yargıtay kararlarından söz etmek gerekir ise: "Yediemin yükümlülüğünden kaçınma suçunun oluşması için; usulüne uygun tebligata rağmen mahcuz malların satış mahallinde hazır bulundurulmaması, sanığın satış gününü bilmesine rağmen kendisine teslim edilen eşyaları hazır bulundurmayarak, satışa bilerek engel olması gerekir. 7201 sayılı Tebligat Yasasının 16. maddesi gereğince sanığın eşine tebliğ olunan satış gününü bildirir muhtıranın, aynı Yasanın 54. maddesi uyarınca en kısa zamanda muhatabı olan sanığa verilmesi gerekmektedir. Sanık ise aşamalarda, tebliğ evrakını almadığını savunmuş ve bu konuda bir araştırma yapılmamıştır. Öte yandan, tebligatı alan sanığın eşi, icra dosyasında borçlu olup haczolunan ve sanığa teslim olunan malların sahibidir. Bu nedenle yediemin olan eşi ile çıkarları çatışmaktadır. Yedieminin satış gününü öğrenerek eşyaları satış yerine getirmesi ve satışın yapılması aleyhinedir. Tebligat Yasasının 39. maddesinde 'kendilerine tebliğ yapılması caiz olan kimselerin o davada hasım olarak ilgileri olduğu takdirde muhatap lehine kendilerine tebliğ yapılamayacağını' hükme bağlamıştır. Bu nedenle de, sanığın geçersiz olan tebligatı öğrenip öğrenmediğinin, tebligatı alan borçlu da dinlenilmek suretiyle araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir" (Yarg. CGK. 24.10.1994, 1994/4-207 E., 1994/231 K. – YKD, C. 20, S. 12, Aralık 1994); "Yediemin olan sanıkla satış muhtırasını tebellüğ eden gelininin aynı adreste olduğu, ikrar, kolluk araştırması ve tebliği alan sanıkça doğrulanması karşısında; usulüne uygun tebligatın gerçekleştiği gözetilmeden, '... gelinince sanığa haber verilmediği...' biçiminde yerinde olmayan gerekçeyle TCK. 276. maddesinde tanımlanan suçtan beraat kararı verilmesi yasaya aykırı" (4. CD. 10.12.2001, 15028/16169-bkz. MALKOÇ, s. 2258); "Ancak, sanığın savunması karşısında, hacizli malların satış yerine getirilmesi için çıkarılan tebligatı, borçlu ve bu malların maliki olup bu nedenle çıkarları çelişen eşi S.E.'in aldığı gözetilerek, savunma üzerinde durulup, eşinin sanığa satış gününü bildirip bildirmediği araştırıldıktan sonra hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturmayla karar verilmesi, yasaya aykırı" (4. CD. 31.10.2000, 6418/7188-bkz. MALKOÇ, s. 2259); "Tebligat Yasasının 21 ve Tüzüğün 28. maddesine göre adreste bulunmayan sanığın kapısına ihbar yapıştırmak ve imza ve isim belirtmek suretiyle muhtara tebligat bırakmak ve komşusuna haber vermek suretiyle yasaya uygun işlem yapılmasına karşın, '... tebligat parçasında adreste bulunmama nedeninin belirtilmemesi ve haber bırakılan komşusunun tebligata yazılmaması...'gerekçesiyle tebligatın usulüne

Öte yandan, 5237 sayılı TCK m. 289, IV'de yer alan ve bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse için ayrı bir ceza öngören ve ayrı bir suç yaratan düzenlemeye bir anlam vermek mümkün olamamaktadır.

5237 sayılı TCK m. 289, IV ile, bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma kapsamında elkonulan eşyanın teslim edildiği yedieminler, diğer yedieminlerden farklı olarak düşünülmüş ve yedieminlik görevini suiistimal eylemleri farklı bir suç gibi telakki edilmiştir[943] . Bu farklılığın sebebi anlaşılamamaktadır.

Öte yandan anılan suçun cezası da, 5237 sayılı TCK. m. 289, I'de düzenlenen suçtan daha hafif bir cezaya tabi tutulmuş olup, bir suça ilişkin olarak elkonulan malın muhafazası için yediemine teslimi halinde, anılan yedieminin görevini suiistimal etmesinin niçin daha hafif bir eylem olarak değerlendirildiği de anlaşılamamaktadır.

Anılan suçun maddi unsuru da farklıdır; bu unsur, eşyayı "amacı dışında kullanmak"tır.

---

uygun olmadığı kabul edilip yediemin sanığın beraatine karar verilmesi" (4. CD. 05.06.2000, 3737/4829 -bkz. MALKOÇ, s. 2260).

[942] Zira incelenen Yargıtay kararlarından anlaşılan şekli ile, uygulamada, yedieminlere, yapılan tebligatlarda, tebligatın yapıldığı gün içinde malı teslim etmelerinin istenmektedir. Bunun ise, yedieminin kendisine tebligat yapılamaması halinde durumdan haberdar olup olmadığının saptanmasına sebebiyet vereceği ve yedieminlik müessesesinden beklenen verimi engelleyici nitelik taşıdığı açıktır: "Sanığın haczedilen malları satış yerine getirmesi için çıkarılan tebliğden haberi olmadığını savunması ve tebliğin satış günü borçlu eşine yapıldığının anlaşılması karşısında, sanığın eşi Emine tanık olarak dinlenerek satış saatinden önce sanığı tebliğ hususunda bilgilendirip bilgilendirmediğinin araştırılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik soruşturma ile karar verilmesi, yasaya aykırıdır" (4. CD. 02.05.2000, 3093/3654-bkz. MALKOÇ, s. 2263).

[943] 5237 sayılı TCK m. 289, IV'ün madde gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: "Dördüncü fıkrada, ayrı bir suç tanımlaması yapılmıştır. Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyanın amacı dışında kullanılması bu suçu oluşturacaktır".

Kanaatimizce, 5237 sayılı TCK m. 289, I'deki suçla, m. 289, IV'deki suç arasında görünüşte içtima vardır[944]. Zira m. 289, I'deki suç mahsus suç olarak, sadece yedieminler tarafından işlenebilmekle beraber, m. 289, IV'deki suç bu yedieminlerden, bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan malların tevdi edildiği yedieminlerin, yedieminlik görevini suiistimal suçunu düzenlemektedir. Yani deyim yerinde ise, m. 289, IV'de mahsus suçun mahsus suçu söz konusudur. Bu itibarla da, m. 289, I, m. 289, IV'e göre, genel suçtur.

5237 sayılı TCK. m. 289, IV'de düzenlenen yedieminlik, CMK m. 123, 128 ve 132, V'te düzenlenen yedieminlik halleridir. Daha öncede belirtildiği gibi, söz konusu yedieminlerin hukuki sorumluluğunda da ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş olup, buna göre, CMK m. 141, I/j gereği, kişiler maddi ve manevi zararları nedeniyle Devlete karşı tazminat davası

[944] İÇEL, bir fiilin çeşitli ceza normlarının kapsamına girmesi halinde esas itibariyle iki ihtimal bulunduğunu ifade etmektedir: bunlardan birisi, fikri içtima; diğeri ise, (özel norm-genel norm ilişkisinden doğan) görünüşte içtimadır (bkz. İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul 1972, s. 183; görünüşte içtimaın diğer çeşitleri için bkz. İÇEL, s. 193-23). Fikri içtima halinde, tek fiil çeşitli ihlalleri ortak bir yönden gerçekleştirmekte ve her ihlalin kendine özgü nitelikleri saklı kaldığı için çeşitli suçlar söz konusu olmaktadır (bkz. ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, 7 nci Bası, İstanbul 1983, s. 31; İÇEL, s. 183). Bu durumda ise, 765 sayılı TCK m. 79 (5237 sayılı TCK m. 44) gereği, fail en ağır cezayı gerektiren maddeye göre cezalandırılmaktadır. Öte yandan, görünüşte içtima halinde ise, yine tek fiil söz konusu olmakta; bu tek fiil çeşitli kanunlarda veya aynı kanunda yer alan, birden fazla hükümlerden her birine temas etmektedir [bkz. ERMAN, 31 (ERMAN, bu duruma, görünüşte içtima değil; kanunlar ihtilafı demektedir)]. Bu durumda anılan tek fiil hakkında çeşitli hükümler mevcut olmakta; fakat bunlardan sadece biri (özel veya genel hüküm sıfatıyla) uygulanabilmektedir [bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 413 (DÖNMEZER/ERMAN, bu duruma, görünüşte içtima değil; kanunlar ihtilafı demektedir)]. Bir başka deyişle, normlardan birinin diğerlerinin unsur ve özelliklerinin yanı sıra bazı ayrı özelliklere de sahip olması nedeniyle, gerçekte sadece o norm uygulanabilmekte, yani ortada tek suç bulunmaktadır (bkz. İÇEL, s. 183). Böylece, daha az cezayı da gerektirse bile, fiil hangi madde kapsamında ise, o madde uygulanmaktadır. Özetlemek gerekir ise, fikri içtima halinde birden çok suç mevcut bulunmasına karşın, görünüşte içtima halinde tek suç vardır (bkz. İÇEL, s. 185). İÇEL, özel norm-genel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtimaın varlığından söz edebilmek için, iki şartın varlığının gerekli olduğunu ifade etmektedir (bkz. İÇEL, s. 185-187): bu şartlardan birincisi, özel normun genel norm ile birlikte aynı hukuki değeri koruyor olması; ikinci şart ise, özel normun, kendisini özel kılan ve genel norm karşısında önceliğe sahip bulunmasını sağlayan ihtisas unsurları denilen bazı ek özelliklere sahip olmasıdır. Fiil bu ihtisas unsurlarının giriyor ise, artık, genel normun daha ağır bir cezayı ihtiva edip etmediği bir önem taşımayacak ve söz konusu fiile özel norm uygulanacak; girmiyor ise, genel norm uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK m. 289, I ile IV'deki suç aynı hukuki değeri korumaktadır. Ancak, 5237 sayılı TCK m. 289, IV'de yer alan düzenleme, yedieminlerden sadece, soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyanın teslim edildiği yedieminleri kapsamına almaktadır. Yani, bu durumda, 5237 sayılı TCK m. 289, I ile IV arasındaki ilişki, görünüşte içtimadır.

açmaktadırlar ve CMK m. 143, II gereği, Devlet de, kusuru oranında, kamu görevlisine rücu edebilmektedir. Ancak, ceza hukuku anlamında bir kamu görevlisi olmakla beraber, idare hukuku anlamında bir kamu görevlisi olmayan yedieminler için, niçin hukuki açıdan böyle bir düzenleme getirildiği de anlaşılamamaktadır.

Bu itibarla, hiçbir pratik avantaj sağlamayan, ancak, sistemin genel yapısını bozan gerek 5237 sayılı TCK m. 289, IV'de yer alan düzenlemenin gerek ise, CMK'da yedieminlerin verdikleri zararlardan dolayı devleti sorumlu tutan düzenlemelerin bir an önce kanundan çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus da, 5237 sayılı TCK m. 289, III'te düzenlenmiş olan, yedieminlik görevini suiistimal suçunun taksirli halindeki maddi unsurun farklılığıdır. Anılan maddeye göre suçun maddi unsuru, malın "kaybolması" veya "bozulması"dır. Bunlar dışında fiillerle, suçun taksirli hali işlenemez. Bu itibarla, bu suç, bağımsız ve ayrı bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır[945]. Suçun taksirli halinde, maddi unsurun niçin değiştirildiği ve böylece niçin bağımsız bir suç tipi yaratıldığı ve niçin kaybolma ve bozulma halleri dışındaki hallerde suçun taksirle işlenemediği açıklanabilir değildir. Kanaatimizce, suçun taksirli halinde, maddi unsuru değiştiren düzenlemenin bir an önce değiştirilerek, 765 sayılı TCK m. 276, III'te olduğu, kasıtlı hali ile aynı maddi unsurları kapsayacak hale getirilmesi gereklidir. Aksi halde uygulamada ciddi sorunlar çıkabilecektir. Örneğin, maddenin bu haliyle, malı, satış günü getirmeyi unuttuğunu iddia eden yedieminin eyleminin cezasız kalması durumu ortaya çıkabilecektir[946].

---

[945] DONAY/KAŞIKÇI, s. 384.

[946] Ancak hemen belirtelim ki, 765 sayılı TCK döneminde verilen bir Yargıtay kararında, "unutma" iddiası, savsama olarak değil, kast olarak değerlendirilmiştir: "Sanığın muhtıra tebliğine rağmen ve mazereti olmaksızın mahcuzu satış yerine getirmediği anlaşılmasına göre, tebligatı ve satış gününü unutmasının savsama olarak nitelendirilemeyeceği,bu nedenle eyleminin TCY'nin 3. fıkrası değil, 1 ve son fıkralarına uyduğu gözetilmeden kamu davasının önödemeyle ortadan kaldırılması" (Yarg. 4. CD. 15.9.1992, 4568/5445; GÖKCAN, s. 133).

Hatta madde de yer alan maddi unsurlar arasında yer almadığı için, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle, malın "çalınmasına" sebebiyet veren yedieminin, bu eylemi nedeniyle dahi cezalandırılmaması söz konusu olabilecektir.

Öte yandan, 5237 sayılı TCK m. 289'da yer alan, rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş mallar ifadelerinin de açıklanması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak, öncelikle belirtmek gerekir ki, "rehinli", "hacizli" veya "herhangi bir nedenle elkonulmuş" mallar ifadesi ile belirtilen, yediemin ile yetkili makam (kamu idaresi) arasında hukuki bir bağ kurulmuş olduğudur. Bu itibarla, yedieminlik görevini suiistimal suçunun oluşabilmesi için, söz konusu bağın devam ediyor olması gereklidir[947].

Bu itibarla, örneğin, İİK m. 106 ve 110 uyarınca, haczolunan mal, bir taşınır mal ise hacizden itibaren bir yıl ve taşınmaz ise iki yıl içinde, satış istenmez ise, haciz kalkacağından[948]; ihtiyati haciz halinde, alacaklı kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde ihtiyati haciz kararının yerine getirilmesini istemez ise ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacağından (İİK m. 261, I) ve/veya alacaklı ihtiyati haciz sırasında hazır bulunmuş ise bu tarihten ihtiyati haciz yokluğunda yapılmış, ihtiyati haciz tutanağının kendisine tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde, borçluya karşı takip talebinde bulunmaz veya alacak davası açmaz ise (İİK m. 264, IV), ihtiyati haciz hükümsüz kalacağından[949]; yediemin ile icra müdürü arasındaki hukuki bağ ortadan kalkar ve suç oluşmaz.

---

[947] 765 sayılı TCK m. 276 açısından aynı yönde bkz. ERMAN/ÖZEK, s. 461.

[948] Bkz. yukarıda § 10 ve orada belirtilen Yargıtay kararları.

[949] "a. Haciz tutanağında, malların ihtiyaten haczedildiğinin belirtilmesi karşısında, İİY'nin 257 ve onu izleyen maddelerine göre verilen ihtiyati haciz kararı, 10 gün içinde infaz edilmediği ve infazdan sonra 7 gün içinde kesin hacze dönüştürülmediği takdirde ihtiyati haciz kararının kendiliğinden kalkacağı ve sanığın cezai sorumluluğunun da söz konusu olamayacağı,- b. Suçun önkoşulu olan haczi kaldıran Gaziantep İ.T. Mercii'nin 13.3.1997 tarihli kararının kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, kesinleştiği saptandığı takdirde, sanığın hacizli malları haczin kalkmasından, aa. Önce elinden çıkardığı belirlenir ise, T. Ceza Yasasının 276. maddesindeki, bb. sonra elinden çıkardığı anlaşılır ise, koşullarına göre T. Ceza Yasasının 508. ya da 510. maddesindeki suçun oluşacağı gözetilmeden,

Rehin olarak teslim olunan mal ifadesi, 765 sayılı TCK m. 276'da da "resmen teslim olunan merhun" ibaresi ile geçmektedir. Ancak, Medeni Usul Kanunumuzda resmen rehin tesisi şeklinde bir müessese olmadığı gerekçesi ile bu hüküm öğretide EREM tarafından eleştirilmiş ve bunun mehaz İtalyan Kanununda da mevcut olmadığı ve bir tercüme yanlışlığından kaynakladığı ifade edilmiştir[950].

Ancak, kanaatimizce, "rehinli mal" ibaresi akla teminat alacaklarını getirmektedir. Nitekim, teminat alacakları için İİK'ya göre hem ilamlı (İİK m. 32) hem de ilamsız (İİK m. 42) takip yapmak mümkündür.

Pek fazla uygulaması olmayan teminat alacakları için yapılan takip ile, kanundan[951] veya mahkeme kararından ya da sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel bir teminat alacağı talep edilebilir[952].

Teminat, bir miktar para yatırılarak "nakdi" olarak verilebileceği gibi, kefil göstermek suretiyle "şahsi" veya taşınır ya da taşınmaz rehni suretiyle "ayni" nitelikte olabilir[953].

Teminatın konusu para ise, takibin kesinleşmesini müteakip, borçlunun malları haczedilip satılır ve elde edilen teminat niteliğindeki para, alacaklıya verilmeyip İİK m.9'a göre saklanır. Zira alacaklı, teminat üzerinde bir mülkiyet hakkı değil, sadece bir rehin hakkı kazanmaktadır[954].

Teminatın konusu paradan başka bir şey ise, takibin kesinleşmesini veya borçlunun teminatı göstermesini müteakip, teminat kefalet ise, borçlunun

---

eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, Yasaya aykırıdır" (Yarg. 4. CD. 3.2.2000, 1037/1553; GÖKCAN, s. 146).

[950] EREM (1998-II), s. 1480; EREM (1985-III), s. 500; EREM (1958), s. 333.

[951] Kanundan doğan teminat alacaklarına örnek olarak, BK. m. 43, II; m. 173, III verilebilir.

[952] KURU/ARSLAN/YILMAZ (İcra), s. 132; BERKİN (İcra), s. 179; ANSAY (İcra), s. 44, dn(81a).

[953] BERKİN (İcra), s. 179.

[954] BERKİN (İcra), s. 180.

ne miktar para için kefil olduğu icra tutanağına yazılır ve tutanak borçlu ve icra müdürü tarafından imzalanır. Teminat bir taşınmaz rehni gösterilmesi ise, borçlunun gösterdiği veya tespit edilen taşınmaz üzerine ipotek konulması için icra dairesince tapu sicili memurluğuna yazı yazılır. Teminat bir taşınır rehninin tesisi ise, borçlunun gösterdiği veya zorla alınan teminat gösterilmiş menkul mal üzerinde, icra dairesince rehin hakkı tesis edilir ve söz konusu menkul mal bir yediemine veya alacaklıya teslim edilir[955].

Kanaatimizce, gerek 765 sayılı TCK m. 276 gerek 5237 sayılı TCK m. 289'da sözü edilen "rehinli mal" ibaresi kapsamına yukarıda belirtilen teminat olarak bir taşınır malın yediemine teslim edilmesi hali girebilir. Yediemin kendisine teslim edilen rehinli malı, icra dairesinin talebi üzerine icra dairesine teslim etmez ise cezalandırılır.

dd) Suçun Manevi Unsuru

Yedieminlik görevini suiistimal suçunun kasıtlı hali, 5237 sayılı TCK. m. 289, I'de düzenlenmiş olmasına karşın, m. 289, II'de de taksirli hali düzenlenmiştir.

aaa) Kast

5237 sayılı TCK m. 21, I/son c.'ye göre, "Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" [956]. Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde ise, olası kast vardır (5237 sayılı TCK m. 21, II/ilk c.). Tanımın pek başarılı olduğu ifade edilemez ise de, olası kastta önemli

[955] BERKİN (İcra), s. 180; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 132. Bu konu yukarıda ayrıntılı olarak incelenmişti, bkz. yukarıda, § 6, I, 1, a, bb ve § 6, I, 2, a.
[956] DONAY/KAŞIKÇI, anılan madde ile, eski yasa döneminde doktrin ve uygulama tarafından tanımlanmış olan kasta yasal bir tanım getirilmiş olduğunu ifade etmektedirler (DONAY/KAŞIKÇI, s. 22).

olan, failin öngördüğü neticeyi açıkça istememiş olmayıp, gerçekleşse de fark etmez mantığı ile hareket etmesidir[957].

5237 sayılı TCK m.21, I/birinci c.'ye göre ise, suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. 5237 sayılı TCK m. 22, I'e göre ise, taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Buna göre, ayrıca belirtilmemiş ise, bir suç, ancak kastla işlenebilir. Bu itibarla, 5237 sayılı TCK. m. 289, I'deki suçun işlenmesi için kast şarttır.

Ancak, 5237 sayılı TCK m. 21 ile, doğrudan kast yanında, olası kast da düzenlenmiş olup, ilke olarak, kasten işlenebilen suçlar hem doğrudan hem de olası kastla işlenebileceğinden[958], m. 289, I'deki suç olası kast ile de işlenebilecektir.

bbb) Taksir

5237 sayılı TCK m. 22, II'ye göre, "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir". DONAY/KAŞIKÇI, kanun metninde yer alan kavramların taksirin çeşitlerinden bazıları olduğunu, örneğin, acemiliğin, metinde yer almadığını ve sebeple acemilik halinde taksirin yok sayılıp sayılmayacağını sormaktadır[959].

Ancak, İÇEL'in, isabetli olarak belirttiği gibi, taksirde, dikkat ve ihtimam (özen) görevine riayetsizlik söz konusudur ve bu görevin kaynaklarına göre dikkat ve ihtimam (özen) görevine aykırılık, nizamlara riayetsizlik şeklinde olabileceği gibi, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilik şekillerinde de olabilir[960]. Bu itibarla, kanuni düzenlemede bu açıdan bir eksiklik bulunduğunu düşünmüyoruz. Dikkat ve özen görevine aykırılık, kaynağına

[957] DONAY/KAŞIKÇI, s. 22, ayrıca bkz. TOROSLU, s. 137.
[958] Bkz. 5237 sayılı TCK m. 21'in madde gerekçesi.
[959] DONAY/KAŞIKÇI, s. 24.
[960] İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 197 [İÇEL (Taksir)].

göre, dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik veya nizamlara riayetsizlik şeklinde de olabilir.

5237 sayılı TCK m. 289,III'de de, dikkat ve özen görevine aykırılık ile de yedieminlik görevini suiistimal suçunun işlenebileceği belirtilmektedir. Anılan maddeye göre, "muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır".

Öte yandan, 5237 sayılı TCK m. 22, III'e göre, "Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ait ceza üçte birden yarısına kadar artırılır". Anılan maddeye göre, bilinçli taksir hali, bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

Kusurluluğun ortak temeli kusurlu irade olduğu için, iradenin kusurlu sayılması imkanı bulunmadığı hallerde, kimse tarafından öngörülemeyecek bir sebep dolayısıyla, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı kesildiği takdirde sorumluluktan söz edilemez; işte ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bu sebepler, kaza ve tesadüf, mücbir sebep, cebir, ikrah ve tehdit ve yanılmadır [961].

Kaza ve tesadüf, önleme imkanı dışında, maddi şartların sonucu olan ve hiç kimse tarafından öngörülemeyecek durumda bulunan bir neticenin gerçekleşmesidir[962].

Mücbir sebep, netice öngörülmüş olsun veya olmasın, failin iradesine aykırı hareket etmek zorunda kaldığı ve başka türlü hareket etmek veya

[961] DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 324-325; DEMİRBAŞ, s. 363-364.
[962] DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 325; DEMİRBAŞ, s. 364; aynı yönde, İÇEL (Taksir), s. 231.

etmemek konusunda bir imkanının bulunmadığı bir haldir[963]. Burada önemli olan, faili zorlayan kuvvetin dışarıdan gelen bir kuvvet olmasıdır[964].

Cebir, bir kimsenin icrai veya ihmali bir harekette bulunması için maddeten zorlanmasıdır[965].

İkrah ve tehdit halinde, fail, ikrah ve tehdit edenin iradesiyle halen var olan veya gelecekte gerçekleşecek bir zararın karşısında kalmakta ve bu zarardan kendisini veya başkasını kurtarmak maksadıyla, kendisine işletilmek istenen suçu gerçekleştirmektedir[966].

Yanılma, gerçeğin bilinmemesi veya yeter derecede bilinmemesi nedeniyle yanlış bir hüküm verilmesini ifade eder. Bu anlamda, yanılma, kişinin iyiniyetle hareket etmesi, yani failin bir suç işlediği bilinç ve zannı ile hareket etmemesi, yaptığı fiili işlemek konusunda hak ve yetkisinin bulunduğunu sanması halinde ortaya çıkar. Ancak, bu iyiniyetin taksiri ortadan kaldırabilen bir iyiniyet olması gerekir ki, kişi cezalandırılmasın[967].

İşte yukarıda belirtilen nedenlerle, şayet, yedieminin kusurluluğu ortadan kalkıyor ise, 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suç oluşmayacaktır.

Yargıtay kararlarında da yedieminin malları getirmesini engelleyecek derecede kendisinin veya bir yakınının hastalığı[968], hava ve yol

[963] İÇEL (Taksir), s. 232; DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 329-330; DEMİRBAŞ, s. 364-365.
[964] İÇEL (Taksir), s. 233.
[965] İÇEL (Taksir), s. 233; DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 332; DEMİRBAŞ, s. 365.
[966] DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 335; DEMİRBAŞ, s. 365.
[967] DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 335, 298 ve 341.
[968] "Olay tarihinde hasta olduğu anlaşılan sanığın, hastalığının kaç gün dinlenmeyi (istirahatı) gerektirdiği araştırılmadan, eksik soruşturmayla hükümlülük kararı verilmesi, yasa aykırıdır" (Yarg. 4. CD. 2.2.2000, 141/499-bkz. MALKOÇ, s. 2269); "Sanığın birlikte yaşadığı babasını tedavi için Erzurum'a götürdüğünden mahcuzları satış günü satış yerine getirmediğine ilişkin savunması araştırılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma ve sanığın babasını diğer kardeşlerinin de götürebileceği biçimdeki varsayıma dayalı gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 23.12.1998, 11579/12096; GÖKCAN,s. 131).

durumunun ulaşıma engel olması[969], yedieminin taksiri bulunmadan malların çalınması[970] veya zorla alınması[971], başka bir icra dairesi tarafından haczedilip alınması[972], yedieminin zamanında haber vermesine rağmen teslim alınan mallardaki ciddi hastalık veya bozukluk[973] hallerinde kusurluluğun bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde içtihatta bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu kararlar 765

[969] "Sanık aşamalarda, köy yolunun olmayışı ve mevsim koşulları itibariyle hacizli malları satış yerinde hazır bulunduramadığını savunmaktadır. Ancak, yerel mahkemece yapılan araştırmada, köy yolunun suç tarihinde motorlu taşıt trafiğine açık olduğu bildirilmiştir. Kaldı ki, TCY.nın 276/3. maddesinin uygulanabilmesi için yediemin sıfatıyla kendisine hacizli mal teslim edilen kimsenin, muhafaza görevinin gerektirdiği özen ve önemleri göstermeyerek malın ziyanı veya haberi olmadan başkalarınca alınmasına sebebiyet vermesi gerekir. Halbuki olayda böyle bir durum yoktur. Sanık, yöntemine uygun olarak kendisine yapılan tebligata rağmen satış yer, gün ve saatinde hacizli malı hazır bulundurmayarak TCY.nın 276/2. maddesine aykırı eylemde bulunmuştur" (Yarg. 4.10.1993, 194/218-bkz. MALKOÇ, s. 2287); "Sanığın, kendisine teslim edilen iki pulluğu hava koşulları nedeniyle istenilen yerde hazır bulundurmasına olanak bulunup bulunmadığı, savunma, tebliğ ve suç tarihleri gösterilerek araştırılmadan mahkumiyet kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 28..9.1983, 4130/4434; GÖKCAN, s. 133).

[970] "Sanık savunmasında, kendisine teslim edilen malların borçlu oğlu tarafından kaçırıldığını ileri sürmesi karşısında, bu husus araştırılarak kanıtlanması durumunda TCY.'nin 276. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması, yasaya aykırıdır" (Yarg. 4. CD. 4.5.2000, 3059/3761; GÖKCAN, s. 132); "Sanık T.M.'nin güvenilirkişi olarak teslim alıp otoparkına koyduğu aracın, çalınıp götürülmesinden ibaret eylemde güvenlik güçlerine hemen haber verildiği de gözetilerek, yüklenen suç ögelerinin ne suretle oluştuğu açıklanıp tartışılmadan ve önödemeye tabi olan TCY'nin 276. maddesinin 3. fıkrasının uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı da düşünülmeden, yetersiz gerekçeyle sanığın cezalandırılması" (Yarg. 4. CD. 16.11.1998, 9218/10177; GÖKCAN, s. 132); "Sanığın yediemin olarak teslim aldığı hacizli malları borçlunun kendisinden habersiz olarak alıp götürmesi nedeniyle satış yerine getirememesinden ibaret olan eyleminin TCY.nın 276/3. madde ve fıkrasına uyup uymayacağı tartışılmadan, aynı Yasanın 276/1. maddesi ve fıkrasıyla hüküm kurulması, yasaya aykırı" (Yarg. 4. CD. 11.3.2002, 1871/3380-bkz. MALKOÇ, s. 2257).

[971] "Sanığın, kendisine teslim edilen mahcuzun, başka bir alacaklı olan Ahmet tarafından zorla alınıp götürülmesi nedeniyle satış yerine getiremediği biçimindeki savunmasının, icra müdürlüğüne verdiği dilekçe ve tanıkların anlatımları yöntemince tartışılıp reddedilmeden, söz konusu tanıkların sonuca etkili bulunmadığı yolunda ve dosyayla çelişen gerekçeyle hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 2.3.1994, 1423/1723; GÖKCAN, s. 133).

[972] "Savunmada mahcuzların başka bir icra dairesince ve maliye memurlarınca alınıp götürüldüğünden bahsedilmesi anlaşılmakla, bu husus araştırılmadan eksik soruşturma ile hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 16.4.1986, 2473/2873; GÖKCAN, s. 133)

[973] "Yediemin olan sanığın 'şap hastalığı nedeniyle hacizli hayvanları kesmek zorunda kaldık, getiremedik' biçimindeki savunması araştırılıp doğru çıktığı takdirde kanıtların kabul ediliş biçimine göre beraat ya da TCY.nın 276/3. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması gerekirken, '... öyle bir şey olsa bile icra müdürlüğünü haberdar etmemesinden...' dolayı aynı Yasa maddesinin 2. fıkrasıyla hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 22.11.1999, 6921/9533-bkz. MALKOÇ, s. 2272); "Sanığın kendisine teslim edilen jipin çalışamaz durumda oluşu nedeniyle satış günü hazır bulunduramayacağını satış gününden önce icra memuruna bildirdiği ve icra memurluğunca malın getirilmesi için bir girişimde bulunulmadığının anlaşılmasın göre, eylemde suç kastı ve suç ögelerinin bulunmadığı gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi" (Yarg. 4. CD. 11.12.1984, 8103/8569, GÖKCAN, s. 133).

sayılı TCK'nın yürürlükte oldu dönemde verilmiş olan kararlar olmakla beraber, anılan kararların 5237 sayılı TCK m. 289 uygulaması açısından da, yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Öte yandan, yedieminin, ücret ve/veya masrafları için bir genel hapis hakkı ve/veya alıkoyma yetkisi bulunmamakla beraber zamanında yetkili makamı haberdar etmek şartıyla bu hakkını kullanabilmesi gerektiğini düşünüyoruz[974].

ee) Suça Etki Eden Sebepler

5237 sayılı TCK m. 289, I/ilk c.'de suça etki eden iki husus düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK m. 289, I/son c.'ye göre, yedieminin, kendisine muhafazası için tevdi edilen malın sahibi olması halinde verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Buna göre, anılan malın sahibi olma ifadesi doğal olarak, öncelik ile eşya hukuku anlamında maliki ifade eder[975]. Malikliğin, tek başına veya müşterek (paylı) ya da iştirak halinde (elbirliği) malik olmasının bir önemi

[974] Bkz. yukarıda, § 9, B, IV.

[975] ERMAN/ÖZEK ise, 765 sayılı TCK döneminde yaptıkları değerlendirmede, (5237 sayılı TCK m. 289, I/son c.'nin karşılığı olan 765 sayılı TCK m. 276, II'de yer alan) mal sahibi ibaresinden maksadın, medeni hukuk kuralları dairesinde malik olan kimse olmadığını ve aleyhine rehin veya haciz işlemi yapılan diğer bir deyimle rehin veya haciz tutanağında mal sahibi olarak gösterilen şahıs olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe dayanak olarak da, İtalyan Yargıtay'ının bir kararı belirtilmektedir. Anılan karara göre, "Rehin veya haciz tutanağında malın sahibi olarak gösterilen kimse, CK. 334 (TCK. m. 276) madde açısından da 'sahip' sayılır" (ERMAN/ÖZEK, s. 460 dn(4)). Kanaatimizce, 765 sayılı TCK m. 276, II'nin (5237 sayılı TCK m. 289, I/son c.'nin) açık hükmü (eşyanın-malın sahibi ibaresi) karşısında bu görüş kabul edilemez. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir: "Trafik kaydının mülkiyet karinesi olması ve savunma ve tanık anlatımları karşısında, kamyonun sanığa ya da borçlu L. Yağcı'ya ait olup olmadığının araştırılması ve trafik kaydının sanık adına düzenlenmediğinin belirlenmesi durumunda, eylemin TCY'nin 276. maddesinin 1. fıkrası uygulanacağı gözetilmeden, eksik soruşturma ile aynı maddenin 2. fıkrası ile hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 27.3.1998, 2670/2938; GÖKCAN, s. 154); "Sanık, haczedilen TIR aracını 1 yıl önce galeriden satın aldığını, galeri sahibinin iflasından sonra üzerine haciz konduğunu bildirmesine göre, aracın mülkiyetinin sanığa geçip geçmediği araştırılarak hakkında TCY'nin 276. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yer olup olmadığının tartışılmaması" (Yarg. 4. CD. 1.3.1997, 1391/1660; GÖKCAN, s. 155).

bulunmamaktadır[976]. Ancak, Yargıtay kararları ile, yedieminin kendisine tevdi edilen malın sahibi olan şirketin ortağı olması hali de, malın sahibi olma olarak değerlendirilmektedir[977]. Kanaatimizce, bu görüş, ancak, borçlu olan mal sahibi şirketin, bir şahıs şirketi olması halinde kabul edilebilir; sermaye şirketleri için bu görüşü kabul etmek yine kanaatimizce, hukuken mümkün değildir.

5237 sayılı TCK m. 289, II'ye göre ise, yedieminin suçun konusu oluşturan eşyayı, kovuşturma başlamadan önce, geri vermesi veya bunun mümkün olmaması halinde bedelini ödemesi halinde, verilecek cezanın beşte dördü indirilir. CMK m. 2/f'ye göre, kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.

765 sayılı TCK. m. 276, IV'de düzenlenen ve yediemine tevdi edilen malın, kıymetinin az olması halini hafifletici sebep sayan düzenleme, 5237 sayılı TCK m. 289'a alınmamıştır. Ayrıca, herhangi bir ağırlatıcı neden de getirilmemiştir.

[976] "Ayrıldığı eşi Mustafa Nazif Bostancı ile birlikte icra takibinin borçlusu olduğu anlaşılan sanığın haczedilen mallar üzerinde hak sahibi olduğu gözetilmeden, TCY'nin 276. maddesinin 2. fıkrası yerine 1. fıkrası ile hükümlülüğüne karar verilmesi, yasaya aykırıdır" (Yarg. 4. CD. 6.3.2000, 1404/1780; GÖKCAN, s. 153); "Karı koca arasındaki mal ayrılığı nedeniyle borçlu kocanın haczedilerek karısı sanığa teslim edilen malların, sanık G. Tiryaki'nin malı sayılamayacağı ve eylemin TCY'nin 276/1. maddesi ve fıkrasına uyduğu gözetilmeden, aynı maddenin 2. fıkrasıyla ceza verilmesi " (Yarg. 4. CD. 30.10.1997, 9099/9217; GÖKCAN, s. 154); "Müşteki ile sanığa müşterek murislerinden intikal eden ineğin yediemin olan sanık tarafından satıldığı kabul edilmesine göre 276. maddenin 2. fıkrasının uygulanması gerekir" [Yarg. 4. CD. 15.12.1978, 6338/6309; ERMAN/ÖZEK, s. 460, dn(4)].

[977] "Sanığın, haczedilen malın sahibi olan şirketin ortağı olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre TCY'nin 276. maddesinin 2. fıkrasının uygulamasına yer olup olmadığının tartışılmaması" (Yarg. 4. CD. 27.6.2000, 5042/5689; GÖKCAN, s. 153); "Sanığın borçlu şirketin ortaklarından olması nedeniyle mahcuz üzerinde hak sahibi olduğu gözetilmeden TCY'nin 276/2. maddesi yerine 1. fıkrasıyla hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 16.2.1998, 276/971; GÖKCAN, s. 154).

ff) Zamanaşımı

aaa) Dava Zamanaşımı

5237 sayılı TCK m. 289, I/ilk c.'ye göre, suçun cezası, "üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası"dır. 5237 sayılı TCK. m.66, IV'e göre, "(..) sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır". O halde, dava zamanaşımı yönünden esas alınması gereken ceza, "iki yıl hapis" cezasıdır.

Buna göre, 5237 sayılı TCK m. 289, I'de düzenlenen suçun dava zamanaşımı süresi, aynı Kanun 66, I/e uyarınca 8 yıldır. Hafifletici nedenler, bu açıdan dikkate alınmaz[978]. Ancak, 5237 sayılı TCK m. 289, III ve IV'deki haller, suça etki eden nedenler değil, bağımsız suçlar olduğu için, ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber, 5237 sayılı TCK. m. 289, III'deki suçun cezası "adli para cezası" ve IV'deki suçun cezası ise, "bir yıla kadar hapis cezası" olduğu için, yine m. 66, I/e uyarınca anılan suçlar için de dava zamanaşımı süresi 8 yıldır.

Öte yandan, yaş küçüklüğü, 5237 sayılı TCK m. 289, II uyarınca, dava zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınacak olmakla beraber, onsekiz yaşından küçük bir kişinin yediemin olması mümkün bulunmadığından, anılan madde inceleme alanımız dışında kalmaktadır.

5237 sayılı TCK m. 289, VI'ya göre, "(dava) zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve

[978] Ağırlatıcı nedenler ise, 5237 sayılı TCK m. 66, III uyarınca zamanaşımı süresinin hesabında dikkate alınacak olmakla beraber, inceleme konumuzu oluşturan yedieminlik görevini suiistimal suçunun ağırlatılmış şekli bulunmadığı için, söz konusu durum incelenmemiştir.

zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, (...) itibaren işlemeye başlar".

Dava zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi halleri 5237 sayılı TCK. m. 67'de düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, "(1)Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak[979] olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur.

(2) Bir suçla ilgili olarak;

a) Şüpheli[980] veya sanıklardan[981] birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,

b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararı verilmesi,

c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,

d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkumiyet kararı verilmesi,

Halinde, dava zamanaşımı kesilir.

(3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması

[979] CMK m. 247, I'e göre, "Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir".
[980] CMK m. 2, I/a'ya göre, şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Soruşturma ise, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir (CMK m. 2, I/e).
[981] CMK m. 2, I/b'ye göre, sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir (CMK m. 2, I/f).

halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar".

O halde, anılan madde IV. fıkraya göre, 5237 sayılı TCK. m. 289'da düzenlene suçlarda dava zamanaşımı süresi en çok 12 yıla kadar uzayacaktır.

bbb) Ceza Zamanaşımı

5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suçlarda, ceza zamanaşımı süresi, anılan Kanun, m. 68, I/e uyarınca 10 yıldır.

Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır (5237 sayılı TCK m. 68, V).

Mahkumiyet hükmünü infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ceza zamanaşımını keser (5237 sayılı TCK. m. 71, I). Bir suçtan dolayı mahkum olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamanaşımı kesilir (5237 sayılı TCK. m. 71, II).

ccc) Dava ve Ceza Zamanaşımı Sürelerinin Hesabı ve Uygulaması

Dava ve ceza zamanaşımı süreleri, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün yirmidört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesap edilir (5237 sayılı TCK m. 72, I). Dava ve ceza zamanaşımı re'sen uygulanır ve

bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler (5237 sayılı TCK. m. 72, II).

gg) Yargılama Usulü

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 14'e göre, "Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlatıcı ve hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur". 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suçlarda en yüksek üst sınır "iki yıl hapis" cezasıdır. Buna göre, 5235 sayılı Kanun m. 10 uyarınca, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir[982].

CMK m. 12, I'e göre, davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine ait olduğundan, yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir[983].

5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenen suçlar, takibi şikayete bağlı olmayıp, re'sen takip olunması gereken suçlardandır[984].

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m. 8, I'e göre, "(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca

[982] 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu ve 5235 sayılı Kanunun yürürlüğe girmediği 1 Haziran 2005 tarihinden önce, 765 sayılı TCK. m. 276'da düzenlenen suç için görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesiydi. 5235 sayılı Kanun geçici madde 1'e göre ise "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte görüşülmekte olan dava ve işlerde mahkemelerin görevinde bir değişikliğin söz konusu olduğu hallerde, üst görevli mahkemeler yargılamaya devam ederler, alt görevli mahkemeler görevsizlik kararı vererek dosyayı üst görevli mahkemeye gönderirler."

[983] Özel yetki, bağlantılı suçlarda yetki ve yetki ile ilgili diğer düzenlemeler için bkz. CMK m. 13 vd.

[984] Zaten CMK ile şahsi dava kaldırılmıştır. Ayrıca, bu konuda bkz. CMK Genel Gerekçe, s. 3 ve s.7.

Resmi Gazetede ilan edilerek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesini dördüncü , beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326 ncı maddeleri uygulanır". Anılan maddeye göre 1 Haziran 2005 tarihinden sonra, karar verilmiş olan davalarda, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar, temyiz işlemleri CMUK uyarınca yapılacak ve fakat, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır.

5320 sayılı Kanun m. 8, II ve III'e göre ise, "(2) Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ilk derece mahkemelerince karar verilmiş olup, temyiz edilmekle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş bulunan dava dosyalarından, lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan ilgili mahkemesine iade edilir. Bu halde, mahkemesince duruşma yapılarak karar verilir.

(3) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce Yargıtay'ca incelenip kesinleşen hükümler hakkında, başvuru süresi dolmamış olması kaydıyla karar düzeltme yoluna gidilebilir".

b) Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespiti

1 Haziran 2005 tarihinde, 765 sayılı TCK'nın ve İİK m. 336/a'nın yürürlükten kalktığını ve 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiğini ve anılan tarihten sonra, yedieminlik görevini suiistimal suçlarına 5237 sayılı TCK m. 289'un uygulanacağını daha önce belirtmiştik[985].

Bu durum, 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen yedieminlik görevini suiistimal suçları için mutlak olup, bu konuda herhangi bir tereddüt

[985] Bkz. yukarıda, § 13, C.

bulunmamaktadır. Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş, yargılaması yapılmış, hükmü kesinleşmiş ve cezası infaz edilip tamamlanmış suçlar açısından da, herhangi bir tereddüt yoktur. Yani anılan eylemler, söz konusu şekli ile cezalandırılmış ve infaz edilmiştir.

Ancak, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş ve fakat henüz, yargılaması sona ermemiş veya yargılaması sona ermiş olmakla beraber henüz infazı sona ermemiş olan yedieminlik görevini suiistimal suçları için, durum bu kadar açık değildir. Zira bilindiği gibi, 5237 sayılı TCK m. 7, I/son c.'ye göre, "Eğer böyle bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar" ve II'ye göre, "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur". Bir başka deyişle, henüz infaz tamamlanmamış ise, lehe olan kanun uygulanacaktır[986]. O halde, lehe olan kanunun hangisi olduğunun saptanması gereklidir.

Bu itibarla aşağıda önce, lehe olan kanunun saptanmasına ilişkin ilkeler belirlenecek ve daha sonra da çeşitli olasılıklara göre uygulanacak kanun maddesi saptanacaktır.

aa) Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespitine İlişkin İlkeler

Bilindiği gibi Anayasa m. 38, I'e göre, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez".

[986] Ayrıca, lehte olan yeni kanunun, daha önce işlenen suçlar hakkında kovuşturma yapılarak hüküm verilmiş ve kesinleşmiş olsa bile uygulanacağına ilişkin ayrıca, bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 251; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 149.

5237 sayılı TCK m. 7'ye göre ise, "(1) İşlendiği zamanın kanununa göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Eğer böyle bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır.

(4) Geçici veya sürekli kanunların, yürürlükte kaldıkları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir ".

Bilindiği gibi hukuk kaynaklarını oluşturan kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren uygulanırlar. Ancak, yukarıda belirtilen hükümlerden de anlaşılacağı gibi, ceza hukukunda, failin lehine olan kanunların geçmişe yürürlü olarak uygulanmalarına karşılık, suçlunun durumunu ağırlaştıran kanunlar geçmişe yürürlü olmazlar[987].

Buna göre, öncelik ile failin lehine olan hükmün (lex mitior) saptanması gerekmektedir. Bu noktada kanaatimizce iki olasılık ile karşı karşıya kalınabilir:

- İİK uyarınca atanan yedieminler açısından, İİK'ya, İİK m. 336/a'yı ekleyen ve 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenen ve henüz yargılaması tamamlanıp infaz edilmemiş yedieminlik görevini suiistimal suçlarında, öncelik

[987] DÖNMEZER/ERMAN, s. 222; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 140.

ile, uygulanacak (lehe olan) kanun maddesinin 765 sayılı TCK mı yoksa İİK m. 336/a mı olduğunun saptanması ve daha sonra da, bu saptanan kanun maddesi ile 5237 sayılı TCK m. 289 ile karşılaştırılarak, lehe olan kanun maddesinin saptanması;

- Diğer olasılık ise, İİK m. 336/a kapsamında olmayan yedieminlik görevini suiistimal suçlarında, lehe olan kanun maddesinin saptanması için, 765 sayılı TCK m. 276 ile 5237 sayılı TCK m. 289'un karşılaştırılmasıdır.

Ancak bu saptamayı yapmak, yani failin lehine olan kanunu saptamak pek kolay değildir. Zira, maddeler arasında, cezaların sadece çeşit ve miktarı itibariyle değil, sorumluluğu veya verilecek cezayı etkileyecek diğer sebepler bakımından da farklar mevcuttur[988] [989]. Bu durumda öğretide yer alan bir görüşe göre, yeni kanunun lehte olan hükümleri uygulanır; aleyhte olan hükümleri uygulanmaz. Ancak, bu görüş, özellikle, hakimin her iki kanunu bağdaştırarak yeni bir kanun yaratmasını gerektirmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Kaldı ki, yeni kanun eski kanunu ilga etmiştir ve artık eski kanunun uygulama imkanı kalmamıştır[990]. Diğer bir görüşe göre ise, sorun her somut olayda ayrı ayrı ele alınmalı ve bu uygulama sonucu elde edilen

[988] DÖNMEZER/ERMAN lehe olan kanunun saptanması açısından karşılaşılabilecek üç ihtimal bulunduğu ifade etmektedir. Bu ihtimallerden birincisi, her iki kanunun taşıdığı cezaların nitelik ve çeşitleri bakımından aynı olması, ancak miktarları bakımından aralarında farklar bulunması halidir. İkinci ihtimal, iki kanunun nitelik bakımından farklı cezalar taşımalarıdır. Her iki ihtimal de olayımıza uymadığından, bu iki ihtimal ve bu ihtimallere ilişkin öğretide yer alan görüşler burada incelenmemiştir. Bu ihtimaller ve çeşitli görüşler için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 183-185. Üçüncü ihtimal ise, iki kanun arasında sadece cezanın çeşit ve miktarı itibariyle değil, sorumluluğu veya verilecek cezayı etkileyebilecek diğer sebepler bakımından fark bulunmasıdır. İncelememizi olayımıza uyan bu ihtimale göre yapacağız.

[989] Örneğin, 765 sayılı TCK m. 276'ya göre, suç, bir cürüm niteliğinde idi ve kamu davasını gerektiriyordu, İİK m. 336/a'ya göre ise, kabahat niteliğinde idi ve şahsi dava haline gelmişti. Öte yandan, 765 sayılı TCK m. 276'ya göre verilecek cezanın, para cezasına çevrilmesi veya tecil edilmesi mümkün iken, İİK m. 336/a'ya göre verilen cezalar, İİK m. 352/b'ye göre para cezasına çevrilemiyor ve tecil edilemiyordu. Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren, 5237 sayılı TCK ve CMK ile şahsi dava kaldırıldı ve İİK m. 336/a'ya göre verilecek ceza olan "hafif hapis" cezası, idari para cezasına dönüştürülmüş (bkz. 5252 sayılı Kanun, m. 7, I) ve bu hali ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununa tabi hale gelmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda, dn(995) ve (996).

[990] DÖNMEZER/ERMAN, s. 186.

nihai cezalar karşılaştırılmalı ve fail bakımından daha lehe sonuç veren kanun lehe kanun sayılmalı ve son hüküm buna göre verilmelidir[991]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[992].

Öte yandan, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9, III ile anılan görüş, kanun maddesi olarak düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca, "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" (5252 sayılı Kanun m. 9, III).

O halde, öncelik ile her somut olaya göre failin lehine olan kanun maddesi saptanacak ve ona göre uygulama yapılacaktır.

Son dönemlerde verilen bir Yargıtay kararında, İİK m. 336/a ile 765 sayılı TCK m. 276'dan hangisinin lehe olan kanunun olduğunun tespitinde, ölçüt olarak cürüm-kabahat ayırımının öne çıkarıldığı görülmektedir[993].

---

[991] DÖNMEZER/ERMAN, s. 186; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 143.

[992] "Fiilin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise, hükümleri sanığın daha lehinde olan kanunun tatbiki lâzım geleceğini gösteren ikinci maddenin ihtiva ettiği kat'i esaslar nazara alınarak mütalâa etmek iktiza eyleyeceğine ve metni maddede yazılı fiilin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun cümlesindeki (kanun) kelimeleri bütün şümul ve vüs'ati mânasile hüküm ifade edip, yeni ve eski kanun hükümlerinin birbiriyle karıştırılmaması lâzım geleceği ve tatbikat sahasında her iki kanunun mukayesesi yeni kanundan evvel işlenen suçlar hakkında evvelâ mer'iyetten kaldırılmış olan kanuna nazaran tatbiki icap edecek ceza tayin ve ondan sonra fiilin yeni kanunda gösterilen cezası da hesap olunmak suretile hasıl olacak neticeye göre hangisi lehte ise, onun tatbiki icap eder" (Tev.İçt. 3.2.1938).

[993] "1-Hükümden sonra 30.07.2003 tarih ve 25184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 93. maddesiyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 336/a maddesinde, "Bu Kanun uyarınca, muhafaza edilmek üzere kendisine rehin, haciz veya diğer herhangi bir sebeple teslim olunan malları icra dairesinin talebine rağmen 7 gün içinde icra dairesine teslim etmeyen kimse, alacaklının şikayeti üzerine tetkik merciince iki aydan altı aya kadar hafif hapisle cezalandırılacağının" hüküm altın alındığı, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce, maddede belirtilen eylemlerin, TCK'nın 276. maddesi ile cürüm kabul edilerek, söz konusu suçu işleyenler hakkında hapis ve ağır para cezasının öngörüldüğü ve suçun takibinin şikayete bağlı olmadığı, 4949 Sayılı Yasa ile eklenen 336/a maddesi ile suçun kabahat nevine dönüştürülüp, failleri hakkında hafif hapis cezası öngörülerek, suçun alacaklının şikayeti koşuluna bağlandığı, 18.03.1936 tarih ve 26/35 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere cürümlere özgü cezaların kabahatlere özgü cezalardan daha ağır olduğu, 4949 Sayılı Yasa ile yapılan düzenlemenin, suç için

bb) 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş, Kararı Verilmiş, Henüz Kesinleşmemiş veya Kesin Hükümle Sonuçlanmış ve Fakat Henüz İnfazı Sona Ermemiş Yedieminlik Görevini Suiistimal Suçlarında Uygulanacak Kanun Maddesinin Tespiti

5252 sayılı Kanunun, 18.5.2005 gün ve 25819 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren, 5349 sayılı Kanun ile değişik m. 9, I ve II'ye göre, "1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

Birinci fıkra hükmü, 1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır".

5232 sayılı Kanun m. 10'a göre ise, "1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş olan mahkumiyet kararları hakkında bu Kanunun lehe olan hükümleri öncelikle dikkate alınarak, 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza

---

öngörülen cezalar ve kovuşturma şartları itibariyle sanık lehine olup, TCK'nın 2/2. maddesi uyarınca sanık lehine olan bu yasa hükmünün dikkate alınmasının zorunlu olduğu, yine aynı yasanın 87. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi gereğince kabahatlere ilişkin hükümlerin cürümlere ilişkin hükümler yönünden tekerrüre esas olamayacağı nazara alınarak incelenen dosya içeriği itibariyle, tekerrüre esas alınan Ödemiş Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10.06.1999 tarih ve 477-703 sayılı ilamın, sanığın icra dairesi tarafından haczedilen ve yediemin sıfatıyla kendisine teslim edilen hacizli mallarını teslimi talep edildiği halde teslim etmekten kaçınarak yedieminlik görevini suistimal etmek suçunu işlediğinden bahisle TCK'nın 276/2-son, 647 Sayılı Yasa'nın 4/1. maddesi gereğince tayin edilen 1.033.333.TL. ağır para cezasına ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, söz konusu ilamın TCK'nın 2/' maddesi hükmünce tekerrüre esas alınamayacağı gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinde yasal zorunluluk bulunması; - 2-..., Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilleri ve temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün istem gibi BOZULMASINA 02.03.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" (Yarg. 10. CD. 02.03.2004, 522/2447; Karar Yargı Dünyası Özel Sayısı, 3, Mayıs-Haziran 2004, s. 287-288); Ayrıca bkz. aşağıda, dn(995)'deki Yargıtay kararı.

Muhakemeleri Usulü Kanununun 402 inci maddesi uyarınca infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verilir".

1412 sayılı CMUK m. 402, I'e göre, "Bir mahkumiyet hükmünün tefsirinde veya tayin olunan cezanın hesabında tereddüt edilir yahut cezanın kısmen veya tamamen infazı lazım gelmeyeceği iddia olunursa bu babda mahkemeden bir karar istenir"; anılan madde III'e göre ise, "Bu müracaatlar cezanın infazını tehir etmez. Şu kadar ki, mahkeme infazın tehirini veya tatilini emredebilir"[994].

Şu halde, kararı verilmiş ve henüz kesinleşmemiş veya kesinleşmiş ve fakat henüz infazı tamamlanmamış yedieminlik görevini suiistimal suçlarında, lehe hüküm derhal uygulanabiliyor ise, duruşma yapılmaksızın

[994] Yakın tarihli bir Yargıtay kararında da aynen şöyle denilmektedir: "5237 sayılı Kanun'un 'Özel Kanunlarla İlişki' başlığını taşıyan 5. maddesinin 'Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.' Hükmünü içerdiği, 50. maddenin 3.fıkrasında ise 'Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemek koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşının doldurmamış veya altmış beş yaşının bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlarından birine çevrilir.' şeklinde bir düzenleme bulunduğu, her ne kadar İİK'nun 353/b maddesinde 'Bu Kanun uyarınca hükmolunan cezalar tecil edilemez, hürriyeti bağlayıcı cezalar 647 sayılı CİHK'nun 4. maddesinde yazılı para cezasına ve tedbirlere çevrilemez, failleri hakkında TCK'nun 119. maddesi hükmü uygulanmaz.' şeklinde bir düzenleme yer almakta ise de, yukarıda belirtilen 5237 sayılı Kanun'un 5 ve 50. maddelerinin anlam ve sonuçları itibariyle sanığın lehine bulunduğu, keza 13.11.2004 gün ve 25642 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesinde '1 Nisan 2005 tarihinden önce kesinleşmiş olan mahkumiyet kararları hakkında bu Kanun'un lehe olan hükümleri öncelikle dikkate alınarak, 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK'nun 402. maddesi uyarınca infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verilir.' şeklindeki yasal düzenleme karşısında, infazın durdurulmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden anılan kararın CMUK.nun 343.maddesi uyarınca bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.02.2005 gün ve 5002 sayılı Yazılı Emirlerine atfen Yargıtay C.Başsavcılığının 08.02.2005 gün ve Y.E.2005/19355 sayılı tebliğnamesiyle istenilmiş olmakla, GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: / 5237 sayılı Yasa'nın 5 ve 50. maddelerinin sanığın lehine bulunduğundan 5252 sayılı Yasa'nın 10. maddesi göz önünde tutularak 1412 sayılı CMUK'nun 402. maddesi uyarınca 1 Nisan 2005 tarihine kadar cezanın infazının durdurulmasına karar verilmesi gerekir. Bu nedenle itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmaktadır. /Yargıtay C.Başsavcılığının Yazılı Emre atfen düzenlediği tebliğname yerinde görüldüğünden B Ağır Ceza Mahkemesinin 14.12.2004 gün ve 2004/961 Müt. sayılı kararının kaldırılmasına, müteakip işlemlerin mahallinde ifasına, dosyanın Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 16.2.2005 gününde oybirliği ile karar verildi (Yarg. 16. HD. 16.2.2005, 2460/773).

derhal uygulanacaktır veya gerekli ise duruşma açılacaktır. Lehe hükmün saptanmasında da yukarıda belirtilen kural uygulanacaktır.

5252 sayılı Kanun m. 9'a, 5349 sayılı Kanun ile eklenen 4 üncü fıkraya göre ise, "Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz".

Son zamanlarda verilen bir Yargıtay kararında, yediemin olarak kendisine teslim edilen hacizli bir malı, icra dairesince istenmesine rağmen, vermeyerek, 765 sayılı TCK m. 276'da düzenlenen yedieminlik görevini suiistimal suçunu işleyen kişi hakkında, hükmün verilmesinden sonra yürürlüğe giren, İİK m. 336/a maddesine göre uygulama yapılması gerektiğine ve fakat, 5349 sayılı Yasayla değişik 4.11.2005 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7. maddesi uyarınca kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımların idari para cezasına dönüştürülmüş olması karşısında, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24 üncü maddesi gözetilerek sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[995]. Her ne kadar, anılan Yargıtay kararında, lehe olan kanuna yönelik bir tartışma yer almıyor ise de, söz konusu karar ile, Yargıtay'ın,

[995] "Sanığın, iddianamede açıklanan, teslim aldığı hacizli malı/malları isteğe rağmen icra dairense vermeme şeklinde eyleminin, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 4949 sayılı Yasanın 93. maddesiyle İ.İ.Y.na eklenen özel nitelikteki 336/a maddesi hükmüne uymakla birlikte; 2004 sayılı İİY'da değişiklik yapan 31.05.2005 gün ve 5358 sayılı Yasanın 23. maddesi uyarınca İİY'nın 336/a maddesi yürürlükten kaldırılmış ve bu hüküm, 1.6.2005 günlü ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olmakla, İcra ve İflas Yasası uygulamasından doğan yediemin yükümlülüğüne uymama suçları 5237 sayılı TCY'nın 289. maddesi kapsamına alınmış ise de, 18.05.2005 gün ve 25819 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5349 sayılı Yasayla değişik 4.11.2005 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7. maddesi uyarınca kanunlarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüş olması karşısında, sözü edilen yasal düzenlemeler ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24. maddesi gözetilerek sanığın hukuksal durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu, Bozmayı gerektirmiş ve (…) sair hususlar incelenmeksizin HÜKMÜN BOZULMASINA (…) karar verildi" (Yarg. 4. CD. 13.07.2005, 2003/21932 E., 2005/9027 K.; bkz. Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, S. 32, Ağustos 2005, s. 3042).

İİK uyarınca atanan yedieminlere İİK m. 336/a gereğince verilecek cezanın, kabahate dönüştürülmüş olmasını, failin lehine olarak yorumladığı ve bu nedenle de, fail hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24 üncü maddesi uyarınca uygulama yapılması gerektiği yönünde görüş bildirdiği anlaşılmaktadır[996]. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

II) HUMK UYARINCA TAYİN EDİLEN YEDİEMİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

1) UYGULANACAK KANUN MADDESİNİN TESPİTİ

HUMK m. 113/A'ya göre, "İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, eylemi TCK na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde ait olduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır".

Anılan HUMK m. 113/A, 8.5.1973 tarih ve 14529 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 1711 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Söz konusu maddenin eklenme sebebi, daha önce, ihtiyati tedbir kararlarına muhalefet halinde, uygulanacak bir cezai hükmün mevcut olmamasıydı[997].

---

[996] 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 24'e göre, "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir". Bu konuda ayrıca bkz. KARAGÜLMEZ, Ali, Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezası-Açıklamalı Kabahatler Kanunu, Ankara 2005, s. 268 vd.

[997] O. YILMAZ, Yargıtay'ın anılan değişiklik öncesi, bu konuda üç değişik içtihadının bulunduğunu ifade etmektedir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararına aykırılık, Yargıtay'ın bir kısım içtihatlarında, İİK m. 343; bir kısım içtihatlarında İİK m. 342'nin yollaması ile 765 sayıl TCK m. 309 (5237 sayılı TCK m. 290) ; bir kısım içtihatlarında ise, 765 sayılı TCK m. 526 kapsamında bir suç olarak değerlendirilmektedir (YILMAZ, Orhan, İhtiyati Tedbirler, Konya, s. 94; aynı yönde bkz. ERCAN, İbrahim, "İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK. m. 113/A)", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 927). İİK m. 343 ile, "yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması yahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki" *ilâm* hükümlerine muhalefet edenler cezalandırılmaktadır. Oysa, ihtiyati tedbire kararına aykırılık halinde, ortada bir ilam yoktur. Sadece bir ara kararı vardır (bkz. HUMK m. 392). İİK m. 342 ise, yalnızca, taşınmaz ve gemiler için uygulanır; yollama

HUMK m. 113/A maddesi ile korunan hukuki yarar, ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesidir[998]. Bu itibarla da, anılan maddede geçen "kimse" tabirinden, suç failinin aleyhine tedbir kararı verilen kişi dahil, maddi yanılgı veya tedbir kararı olduğunu bilmemek dışında, herhangi bir kimsenin, örneğin üçüncü bir şahsın da olacağı açıktır. Hatta suçun faili, lehine tedbir kararı verilen kişi de olabilir[999]. Bu itibarla, ihtiyati tedbir kararı

---

yaptığı 5237 sayılı TCK m. 290, I (765 sayılı TCK m. 309, I) gereği, bir "hükmün" (bkz. HUMK. m. 382-393) varlığı gereklidir; ayrıca hak sahiplerinin tespit edilmiş olması ve söz konusu malın hak sahibine verilmiş bulunması zorunludur. Oysa ihtiyati tedbir kararı bir ara karardır; henüz, hak sahibi hükmen tespit olunup, mal hak sahibine teslim olunmamıştır (bu konuda bkz. 28.6.1965 tarih, 4/295-273 sayılı CGK kararı). Ayrıca, Yargıtay kararlarına göre ihtiyati tedbir halinde 765 sayılı TCK m. 526 da uygulanamaz : "Asliye Hukuk Mahkemesinin 16.6.1971 günlü kararı ile (eylem) ihtiyati tedbir konan yerlerden iki tarlanın sanık tarafından sürülmek sureti ile bu tedbire aykırı davranışta bulunmasından ibarettir. Mahkeme kararında, TCK.nun yazılış şekline göre eylemin suç teşkil ettiğini belirterek bu madde – 526 . madde - hükmünce verilen mahkumiyette direnilmiştir. Özel daire ilâmında belirtildiği üzere kişisel haklarla ilgili olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarına aykırı davranışlarda bu maddenin öngördüğü suç unsurunun bulunmadığı anlaşılmıştır. Zira TCK.nun 526. maddesi ammenin nizamına müteallik kabahatler başlığını taşıyan birinci faslın birinci babında yer almıştır. Maddenin ilk fıkrasında, yetkili makamlar tarafından verilen bir emre itaatsizlik veya alınmış bir tedbire riayetsizlik esaslarına yer verilmiştir. Olayımızda, bir tedbire riayetsizlik sözkonusudur. Fıkranın yazılışında emre itaatsizlik hali açıklanırken belirtilen kamu güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlık koşullarının tedbire riayetsizlik halinde de aranması gerekeceği, bu yolda alınmış bir tedbire riayet etmeyen kimse ibaresinden dahi çıkarılabilir. Bu yolda sözleri yukarıdaki kamu güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlık düşünceleri ile bağlantı kurmak için kullanılmıştır. Nitekim, 30.4.1973 gün ve 1711 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle 1086 sayılı HUMK.nun 113. maddesinden sonra metne 113/A maddesi eklenmiş bulunması yasa koyucunun bu alanda bir boşluk kabul ettiğini ve ihtiyati tedbir kararlarına uymayanlar hakkında bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilmesini öngören yeni bir hüküm getirdiğini göstermektedir. Şu halde göre, dava konusu eylemde, yasanın öngördüğü kamu güvenliği, kamu düzeni gibi ölçülerin bulunmadığının kabulü lazımdır. Hukuk mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir kararlarına aykırılık suçları, kamu düzenine ilişkin olmadığından TCK.nun 526. maddesinin uygulanamayacağından direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir" (12.11.1973, 2/333-705 sayılı CGK, bkz. O.YILMAZ, s. 95-96); Hemen belirtmek gerekir ki, 765 sayılı TCK m. 526, I'in 5237 sayılı TCK'da karşılığı bulunmamaktadır. Zira, 765 sayılı TCK m. 526, I'de düzenlenen "emre aykırılık" eylem, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 32 ile düzenlenmiş olup, anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre, 765 sayılı TCK m. 526'ya yapılan yollamaların, 5326 sayılı Kanun'un 32 nci maddesine yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.

[998] Yarg. CGK. 4.2.1991, 7-362/3 (bkz. UYGUN, Mehmet/SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1989-1990-1991), s. 492-493); Yarg.CGK 9.3.1992, 7-50/74 (bkz. GÖKCAN, s. 208-209); ayrıca bkz. aşağıda dn(999)'da yer alan Yarg. CGK kararı.

[999] "Çözümlenecek sorun, lehine verilen tedbir kararına uymayan sanığın eyleminin ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunma suçunu oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesidir. Sorunun çözümü için, HUMK'un 1711 sayılı yasa ile genel madde sırasının bozulmaması için 113/A maddesi biçiminde eklenen düzenlemeye bakmak gerekir. – Bu hükümden anlaşılacağı üzere ihtiyati tedbir kararına aykırı davranış suç olarak düzenlenmiş ve yaptırımı düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuki yarar tedbir

ile kendisine yedieminlik görevi verilip, muhafaza için mal teslimi yapılan yediemin de HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçun faili olabilir.

Suçun maddi unsuru, ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymamak veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranıştır.

Manevi unsuru ise, genel kasıttır. Yani, failin, ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymamak veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranmak konusundaki, bilinç ve iradesi ile hareket etmesi gerekli ve yeterlidir.

5237 sayılı TCK m. 289, I'e göre ise, "Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi... cezalandırılır".

Daha önce belirtildiği gibi, 5237 sayılı TCK m. 289'da düzenlenmiş olan suçta korunan hukuki yarar, kamu idaresinin otoritesidir.

Suçun faili, kendisine muhafazası için, resmen, rehinli veya hacizli ya da herhangi bir sebeple elkonulmuş mal teslim olunan kişi yani yediemindir.

Suçun maddi konusu, yedieminin kendisine teslim olunan mal üzerinde, "teslim amacı dışında tasarrufta bulunmasıdır". Suçun manevi unsuru ise, genel kasttır.

---

kararının hukuki otoritesi olduğundan maddedeki kimse tabirinden suçun failinin tedbir kararının tarafları veya herhangi bir kimse olabileceği açıktır. Aksine kabul yasa koyucunun iradesine aykırı olarak maddenin işlerliğini ortadan kaldırır. Esasen lehine tedbir kararı verilen kimse de, en az karşı taraf kadar tedbir kararına uymak zorundadır. Çünkü, lehine verilen karar ona sağladığı hak kadar da yükümlülük getirmiştir. Maddi olayda ... mahkemenin ihtiyati tedbir kararıyla babası ile annesi arasında boşanma davası olan küçüğün her ayın ilk haftası Cuma günü saat 13 00'den Pazar günü saat 17 00'ya kadar annesi N.'ye teslimi suretiyle kişisel ilişki düzenlemesi yapıldığı, sanığın bu karara dayanarak teslim aldığı çocuğunu alıkoyup müdahil babaya geri vermediği saptandığına göre bu eylemi ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunmak suçunu oluşturur" [Yarg.CGK 17.4.1995, 7-98/124; bkz. ERCAN, s. 934, dn(34)].

Yukarıda açıklanan hususlardan da anlaşılabileceği üzere, verilen bir ihtiyati tedbir kararı ile yediemin tayin edilen kişinin, yedieminlik görevini suiistimal niteliği taşıyan eylemi gerçekleştirmesi durumunda, bu aynı zamanda, ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymamak veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranış niteliği de taşır. Bir başka deyişle anılan eylem, HUMK m.113/A'ya da aykırılık teşkil edecektir.

Bu durumda hangi hükmün uygulanacağı hususunda yapılan incelemede, iki farklı görüşün bulunduğu tespit olunmuştur.

Bu görüşlerden birincisi, Yargıtay uygulamalarında kabul edilen görüştür. Yargıtay kararları üzerinde yapılan incelemeye göre, Yargıtay, failin eylemi hem 5237 sayılı TCK m. 289'un, 765 sayılı TCK'daki karşılığı olan m. 276 vd.'ye hem de HUMK m. 113/A'ya aykırılık teşkil ediyor ise, failin (yedieminin) aynı zamanda ihtiyati tedbir kararı verilen uyuşmazlığın tarafı olup olmadığına bakmaktadır. Yargıtay, fail (yediemin) aynı zamanda, ihtiyati tedbir kararı verilen uyuşmazlığın tarafı ise, sanık hakkında HUMK m. 113/A'nın uygulanması gerektiğine karar vermektedir[1000] [1001].

[1000] "*Taraf bulunduğu hukuk davasında ihtiyati tedbir konulan ve yed'i emin olarak kendisine teslim edilen* kavak ağaçlarını satmaktan ibaret sanığın eyleminin HUMK.nun 113/A maddesine giren suçu oluşturduğu gözetilmeden TCK.nun 276/2. maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" [Yarg. 4. CD. 9.3.1993, 928/1866, bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 249-250, ayrıca bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası], "(Yediemin olan) Sanık, *aleyhine ihtiyati tedbir konulan kişilerden ise* eyleminin HUMK.nun 113/A. maddesine uyup uymadığının tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 4. CD. 21.9.1998, 6860/7992, bkz. PARLAR/PARLAR, s. 492); "Sanığın *tarafı bulunduğu hukuk davasında ihtiyati tedbir konulan ve yediemin olarak kendisine teslim edilen* taşınmaza ekin ekmekten ibaret eylemi HUYY. 113/A maddesine giren suçu oluşturduğu gözetilmeden TCY.nın 276. maddesi ile hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 26.10.1993, 5911/6909; bkz. GÖKCAN, s. 221; PARLAR/PARLAR, s. 507); "Sanığın *tarafı bulunduğu hukuk davasında ihtiyati tedbir konulan ve yediemin olarak kendisine teslim edilen* mobilyaları satmaktan ibaret eyleminin HUMY.nın 113/A maddesine giren suçu oluşturduğu gözetilmeden TCY.nın 276/1. maddesi ile hüküm kurulması yanlıştır" (Yarg. 4. CD. 18.5.1993, 3430/4084; bkz. GÖKCAN, s. 221, PARLAR/PARLAR, s. 507); "Ortaklığın giderilmesine ilişkin dava dosyası ile ihtiyati tedbir kararı içeriğinin Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde tutanağa geçirilmemiş bulunmasına göre, bunların yeniden getirtilmesi, ihtiyati tedbir kararının davadan önce mi yoksa, sonra mı verildiğinin ve sanık Abdullah Muhak'ın da aleyhine tedbir konulan kişilerden olup olmadığının saptanması ve sonucuna göre; 1. İhtiyati tedbir kararı davadan önce verilmiş ve 10 gün içinde dava açılmamış ise tedbir kendiliğinden kalkacağından, yedieminlik yükümlülüğünden kaçınma suçunun oluşmayacağının gözetilmemesi, 2. *Sanık, aleyhine*

Diğer görüşe göre ise, HUMK m. 113/A'da yer alan, "eylemi TCK. na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde" ibaresi nedeniyle, eylemin hem 5237 sayılı TCK m. 289'un 765 sayılı TCK'daki karşılığı olan m. 276 vd. hem de HUMK m. 113/A kapsamında olması halinde, hangisi daha ağır ise o hükme göre cezalandırılması gerektiği yönündedir[1002].

Kanaatimizce, birinci görüşe katılabilmek mümkün değildir. Zira, HUMK m. 113/A'da açıkça, ihtiyati tedbir kararına uymayan kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Hatta CGK kararı[1003] ile de, üçüncü bir kişinin ve hatta ihtiyati tedbir kararı lehine verilen kişinin dahi, tedbir kararına aykırı hareket etmesi halinde cezalandırılacağı; çünkü anılan madde ile korunan hukuki yararın ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesi olduğu isabetli bir biçimde ve açıkça belirtilmiştir. Bu durumda ise, kendisine ihtiyati tedbir kararı ile yedieminlik görevi verilen kişinin anılan karara aykırı eylemi halinde, niye söz konusu yedieminin aynı zamanda, ihtiyati tedbir kararı verilen uyuşmazlığın tarafı olması şartının arandığı ve şayet bu şart mevcut ise niye mutlaka HUMK m. 113/A'ya göre cezalandırılması gerektiği anlaşılamamaktadır. Yasada yer almayan suç unsuları yaratmak ve bunu kabul etmek mümkün değildir.

Sorunun çözümü için kanaatimizce hem 5237 sayılı TCK m. 289 hem de HUMK m. 113/A hükümlerinin daha yakından incelenmesi gereklidir.

---

tedbir konulan kişilerden ise eyleminin HUMY.nın 113/A maddesine uyup uymadığının tartışılması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması" (Yarg. 4. CD. 24.11.1992, 6590/7296; bkz. PARLAR/PARLAR, s. 509); "Sanığın *ihtiyati tedbir konulup kendisine teslim edilen* inşaata devam edip kapı pencere takarak üstünü çadırla örtmekten ibaret eyleminin HUMK.nun 113/A maddesine uyduğu gözetilmeden TCK.nun 276/2. maddesi ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" [Yarg. 4. CD. 23.6.1993, 4107/5100; bkz. YILMAZ (Geçici Hukuki Himaye-I), s. 249].

[1001] GÖKCAN, Yargıtay uygulamasına göre, eylemi hem TCK. m. 276 vd. hem de HUMK. m. 113/A kapsamında bulunan failin, aleyhine tedbir kararı verilen ve yediemin olarak kendisine mal teslim edilen kişi olması halinde, HUMK. m. 113/A'nın uygulandığını ifade etmektedir (GÖKCAN, s. 206); Yargıtay görüşü açıklaması yapmadan aynı yönde bkz. ERCAN, s. 936. .

[1002] GÖKCAN, s. 207; ERCAN, s. 936.

[1003] Bkz. yukarıda dn(999).

Bizce, burada incelenmesi gereken, ortada bir görünüşte içtimanın mı yoksa fikri içtimanın mı var olduğudur.

Öncelik ile şunu belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı TCK m. 289 ile HUMK m. 113/A arasında genel-özel norm ayırımı yapmak kolay değildir. TCK.'nın ceza hukuku açısından genel kanun olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak, hem 5237 sayılı TCK m. 289'un hem de HUMK m. 113/A'nın genel norm olduğunu ve fakat farklı hukuk yararları koruyan genel normlar olduğu hususunda kanaatimizce tereddüt etmemek gerekir. Zira, HUMK m. 113/A'nın yürürlüğünden önce, yani, 5237 sayılı TCK m. 289'un, 765 sayılı TCK'daki karşılığı olan m. 276'nın yürürlükte olduğu dönemde cezasız kalan bazı eylemler mevcuttu ve HUMK m. 113/A, zaten bu eylemlerin cezasız kalmasının engellenmesi için getirildi. Şayet HUMK m. 113/A mevcut olmasaydı, 5237 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu günümüzde de bazı eylemler cezasız kalacaktı. Bu yönden, 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Öte yandan, 5237 sayılı TCK m. 289 kapsamında bulunan ve HUMK m. 113/A kapsamında bulunmayan eylemler de mevcuttur. O halde, her iki maddenin (5237 sayılı TCK m. 289 ve HUMK m. 113/A) uygulama alanını, birer daire (çember) olarak kabul edersek, her iki maddenin de birer merkezi ve her iki dairenin de kapsadığı alanlar vardır. Söz konusu alanlar içinde kalan eylemler, anılan maddeler kapsamında kalmakta ve kapsamına girdiği madde tarafından cezalandırılmaktadır. Ancak, her iki maddenin daire olarak ifade ettiğimiz alanlarının kesiştiği bölümler (her iki maddenin de kapsadığı alana giren eylemler) de vardır[1004]. İşte sorun da bu kesişim bölümlerinde çıkmaktadır.

Yukarıda, HUMK m.113/A ile 5237 sayılı TCK m. 289 arasında bir genel-özel norm ilişkisi bulunmadığını belirtmiştik. Gerçekten özel-genel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima için iki şart aranmaktadır[1005]. Bu

[1004] ERMAN tarafından AsCK. ile 765 sayılı TCK'nın karşılaştırılması sırasında kullanılan benzeri yöntem için bkz. ERMAN, s. 31.
[1005] KAYIHAN, s. 185-187.

şartlardan birincisi, özel normun genel norm ile birlikte aynı hukuki değeri korumasıdır. HUMK m. 113/A'da korunan hukuki değer, ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesi olmasına karşın, 5237 sayılı TCK m. 289 ile korunan hukuki değer, kamu idaresinin hukuki otoritesidir.

Özel-genel norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima için aranan ikinci şart ise, özel normun genel normun özellikleri yanında, ihtisas unsurları denilen başka özelliklere de sahip olmasıdır. Bir fiilin HUMK m. 113/A kapsamına girmesi için, bir ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması ve eylemin ihtiyati tedbir kararına aykırılık teşkil etmesi gerekir. Oysa, bir eylemin 5237 sayılı TCK m. 289'a aykırı olması için ise, kendisine resmen mal teslim edilmiş bir yedieminin, kendisine teslim edilen mala üzerinde, muhafaza görevine aykırı tasarrufta bulunması gerekir. Bir başka deyişle, her iki maddenin de kendisine has unsurları mevcuttur. Ortada tek bir hukuki değeri koruyan birden fazla hukuk kaidesi yoktur[1006].

Tam tersine, hem 5237 sayılı TCK m. 289. hem de HUMK m. 113/A kapsamına giren bir fiil söz konusu olduğunda, ortada tek fiil ve fakat, farklı hukuki değerleri koruyan iki ayrı maddeye (HUMK m. 113/A ve 5237 sayılı TCK m. 289'a) aykırılık söz konusudur[1007]. Bir başka deyişle burada fikri içtima (5237 sayılı TCK m. 44) mevcuttur.

5237 sayılı TCK m. 44'e göre, "İşlediği bir fiil ile, birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır". O halde, ortada tek fiil var ise ve hem HUMK m. 113/A hem de 2537 sayılı TCK m. 289'u ihlal ediliyor ise, sanığa 5237 sayılı TCK m. 44 gereği en ağır cezayı gerektiren hükme göre ceza verilecektir.

[1006] ERMAN tarafından AsCK. ile TCK'nın karşılaştırılması sırasında kullanılan benzeri yöntem için bkz. ERMAN, s. 31.
[1007] ERMAN tarafından AsCK. İle TCK'nın karşılaştırılması sırasında kullanılan benzeri yöntem için bkz. ERMAN, s. 31.

İhtiyati tedbir kararı ile yediemin tayin edilen kişinin, ihtiyati tedbir kararı gereği kendisine teslim edilen mallara yönelik olarak 5237 sayılı TCK m. 289 kapsamındaki eyleminin; aynı zamanda ihtiyati tedbir kararına aykırılık teşkil edeceği; yani aynı fiilin, HUMK m. 113/A'ya da aykırılık teşkil edeceği açıktır. İşte bu halde, eylem, en ağır cezayı gerektiren hükme göre cezalandırılacaktır.

Vardığımız bu noktada, yukarıda belirtilen ikinci görüş ile aynı sonuca ulaşmış bulunuyoruz. Ancak, yukarıda belirtilen ikinci görüşten farklı bir gerekçe ile aynı sonuca ulaşmış bulunuyoruz. Zira, HUMK m. 113/A'da yer alan, "eylemi TCK. na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde" ibaresi, anılan suçun bir unsuru değildir. 5237 sayılı TCK m. 44'ün (ve eski 765 sayılı TCK m. 79'un) doğal bir sonucudur. Bu itibarla da anılan ibare kanaatimizce, gereksiz bir ibaredir.

Bu noktada cevaplandırılması gereken sorun ise, 5237 sayılı TCK m. 44'de yer alan "en ağır cezanın" anlamıdır. (765 sayılı TCK m. 79'da da aynı şekilde düzenlenen ve) 5237 sayılı TCK m. 44'de yer alan ifadeden, ilgili ceza normunda belirtilen soyut cezanın; yani normda yer alan cezanın kastedildiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak bu yazım şekli öğretide eleştirilmekte, kanunun sistemine uymadığı ve içtima konusundaki hükümlerin genel olarak "hükmolunan ceza"yı dikkate aldığı ifade edilmektedir[1008].

Bu konudaki bir başka görüşe göre, somut olayda hükmedilecek olan somut cezanın dikkate alınması gerekmektedir[1009].

Bu konudaki bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, en ağır cezayı gerektiren hükmün tayininde soyut ceza esas alınmakla beraber, ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin de göz önüne alınması gerekmektedir[1010]. Ancak

[1008] EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 335.
[1009] ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 57.
[1010] İÇEL, s. 81.

soyut ceza dikkate alındığında da, hangisinin daha ağır cezayı gerektirdiğini tespit ederken, lehteki kuralın tayini (lex mitier) yönündeki esasları tersine doğru uygulamak gerekir[1011]. Bu durumda üç ihtimal bulunduğu daha önce belirtilmişti[1012]. Birinci ihtimal her iki normun taşıdığı cezaların nitelik ve çeşitleri bakımından aynı olması; fakat miktarlar bakımından fark bulunması halidir. Bu ihtimal inceleme konumuza uymaktadır. Zira hem HUMK m. 113/A hem de 5237 sayılı TCK m. 289 'da öngörülen cezalar, "hapis" cezasıdır.

Bu durum da cezaların miktarlarına bakıldığında, HUMK m. 113/A'ya göre ceza "bir aydan altı aya kadar hapis", 5237 sayılı TCK m. 289, I'e göre ceza "üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası"dır. O halde örneğin, 5237 sayılı TCK m. 289, I'in daha ağır cezayı gerektirdiği açıktır ve failin fiili hem 5237 sayılı TCK m. 289 hem HUMK m. 113/A kapsamında ise, 5237 sayılı TCK m. 289'a göre cezalandırılacaktır. 5237 sayılı TCK m. 289'daki suçun diğer şekilleri ile HUMK m. 113/A'da yer alan suç arasındaki ilişki açısından da, daha ağır cezayı gerektiren hükmün tespitinin yukarıda belirtilen esaslara göre yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Ancak, burada bir hususun belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz. HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçun taksirli şekli mevcut değildir. Anılan suçun, açıkça kanunda belirtilmediğinden, 5237 sayılı TCK m. 21, I ve m. 22, I gereği, taksir ile işlenmesi mümkün değildir. Oysa, 5237 sayılı TCK m. 289, III'te yedieminlik görevini suiistimal suçunun taksirli hali düzenlenmiştir. O halde anılan suçun (taksirli yedieminlik görevini suiistimal suçunun) işlenmesi halinde, artık fikri içtima söz konusu olmayacaktır. Zira, ortada tek suç ve ihlal edilen tek kanun maddesi vardır; o da 5237 sayılı TCK m. 289, III'te düzenlenen suçtur[1013].

[1011] DÖNMEZER/ERMAN (II), s. 413.
[1012] Bkz. yukarıda dn(988) civarı ; DÖNMEZER/ERMAN (I), s. 182-186.
[1013] Bu durum, HUMK m. 113/A ve 5237 sayılı TCK m. 289, III'te düzenlenen suçlar arasında doğabilecek olan fikri içtima hali içindir. Suçun işleniş şekline göre, 5237 sayılı TCK m. 289, III'te belirtilen suçun, bir başka ceza normunda düzenlenmiş olan suç ile bir

2) HUMK m. 113/A'NIN UYGULAMA ESASLARI

a) Suçla Korunan Hukuki Yarar

HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçla korunan hukuki yarar, ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesidir[1014].

b) Suçun Faili

HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçun faili, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen kişi ve hatta üçüncü bir kişi olabilir[1015]. Buna göre, ihtiyati tedbir kararına aykırılık suçunun faili, ihtiyati tedbir kararı ile kendisine muhafazası için bir mal teslim edilmiş olan yediemin de olabilir[1016].

c) Suça Konu Olan Mal

Yediemine, ihtiyati tedbir kararı ile, muhafaza edilmek üzere, taşınır bir mal teslim edilebileceği gibi, bir taşınmaz da teslim edilebileceği için, ihtiyati tedbire konu olan malın, taşınır veya taşınmaz olmasının suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. Hatta, maddi veya cismani bir varlığı olmak şartı ile, gayrimaddi haklara ilişkin olarak verilen ihtiyati tedbir kararı sonucu yediemine teslim edilen şeylere yönelik olarak da yediemin tarafından anılan suç işlenebilir[1017].

---

fikri içtima ilişkisi söz konusu olabilir (örneğin, 5237 sayılı TCK m. 203 ile 5237 sayılı TCK m. 289, III arasında).

[1014] Bkz. yukarıda, dn(998) civarı.

[1015] Bu konuda bkz. yukarıda, dn(999) civarı.

[1016] KURU (IV), s. 4345.

[1017] Bkz. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, m. 77, I; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 76 ve 77; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 151-153; 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 34-36; 554

d) Suçun Manevi Unsuru

İhtiyati tedbir kararına aykırılık suçu, genel kast ile işlenir. Kişinin (yedieminin), ihtiyati tedbir kararının uygulanması için verilen emre uymama veya o yolda alınmış olan tedbire aykırı davranma bilinç ve iradesi ile hareket etmiş olması gerekir. Ancak, failin, ayrıca ihtiyati tedbir kararını ihlal etmeyi istemesi gerekli değildir. Hareketinin ihtiyati tedbir kararına aykırı olacağını bilmesi ve buna yönelik iradesi yeterlidir. Bu itibarla kanaatimizce, failin (örneğin yedieminin), anılan malın kendisine ait olduğu düşüncesi ile, örneğin, anılan malı satması veya tebdil etmesi halinde suç oluşur. Örneğimizde fail (örneğin yediemin), ihtiyati tedbir kararını ihlal etmek amacı ile hareket etmemiştir; onun amacı, kendi malını satmak veya tebdil etmektir, fakat, hareketinin ihtiyati tedbir kararına aykırı olduğunu biliyor ve iradesi bu sonuca yönelmiş ise, bu yeterlidir[1018].

HUMK m. 113/A'da düzenlenen suç, 765 sayılı TCK döneminde, anılan Kanun m. 11 gereği bir cürümdü ve anılan maddede (HUMK m. 113/A'da) suçun taksir ile işlenebileceği belirtilmediği için, 765 sayılı TCK m. 45, I gereği suçun taksirli şeklinin olmadığı sonucuna varmak gerekliydi.

5237 sayılı TCK ise cürüm-kabahat ayrımını kaldırmış olmakla beraber, kabahatler için ayrı bir kanun çıkarılmış[1019], 5237 sayılı Kanunda yer alan tüm ceza gerektiren fiiller ise "suç" olarak tanımlanmış ve 765 sayılı TCK

---

sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 63-65; ayrıca bkz. KURU (IV) , s. 4315-4320.

[1018] "Uzunköprü Asliye Hukuk Mahkemesinin 1992/136 değişik iş sayılı kararı ile traktör ve ekipmanları ile ayçiçeği mahsulüne 24.8.2002 tarihinde tedbir konulduğu ve 25.8.1992 tarihli infaz zabtı ile traktör ve ekipmanları ile tarla ürünü yediemine teslim edilerek, tedbir kararı 30.9.1992 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir. Davacılar tarafından 25.8.1992 tarihinde traktör ve ekipmanları ile ayçiçeği mahsulü hakkında alacak davası tedbiri müteakip süresinde açılmıştır. Sanık aşamalardaki savunmasında infazda bulunmadığı haricen tedbirden haberdar olduğu ekimi kendisi yaptığı için *masrafı boşa gitmesin diye mahsulü biçtiğini* belirtmekle atılı suçun oluştuğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uymayan yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (Yarg. 7. CD. 4.10.1994, 8313/9446; PARLAR/PARLAR, s. 505-506)

[1019] Bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu.

döneminde, herhangi bir cürümün, kanunda ayrıca belirtilmedikçe, taksirle işlenemeyeceğine dair kural, suçlar için getirilmiştir (5237 sayılı TCK m. 22, I). 5237 sayılı TCK m. 5'de, "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" denildiği için, anılan Kanun m. 22, I gereği, HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçun, kanaatimizce, bu gün de taksirli şeklinin olmadığı sonucuna varmak gereklidir.

e) Suçun Maddi Konusu

İhtiyati tedbir kararına aykırılık suçunun, maddi konusu ise, HUMK m. 113/A'dan da anlaşılacağı üzere, ihtiyati tedbir kararının uygulanması için verilen emre uymama veya o yolda alınmış olan tedbire aykırı davranmadır.

İhtiyati tedbir kararın aykırılık suçunun oluşması için iki şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir:

a) geçerli bir ihtiyati tedbir kararının bulunması ve bu kararın devam ediyor olması;
b) failin ihtiyati tedbir kararının varlığından haberdar olması gerekir.

aa) Geçerli Bir İhtiyati Tedbir Kararının Bulunması ve Bu Kararın Devam Ediyor Olması

Geçerli bir ihtiyati tedbir kararının varlığı ile kastedilen, usulü anlamda geçerli bir ihtiyati tedbir kararının varlığıdır. Bu nedenle, yetkisiz bir mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı[1020] veya nihai kararı

[1020] HUMK m. 104, I'e göre, ihtiyati tedbir kararı, en az masrafla ve en çabuk nereden istenebiliyor ise, o yer mahkemesinden istenebileceğinden, dava açılmadan önce yetkisiz bir mahkemeden ihtiyati tedbir kararı istenmesi söz konusu olamaz. Ancak, HUMK m. 104, II'ye göre, dava açıldıktan sonra, her türlü ihtiyati tedbir kararı, davaya bakmakta

verdiği için dosyadan elini çekmiş olan mahkeme tarafından, Yargıtay'ca karar bozulmadan verilen ihtiyati tedbir kararı[1021] geçerli değildir ve böyle bir karar nedeniyle HUMK m. 113/A'da düzenlenen suç oluşmaz.

Ancak, geçerli bir ihtiyati tedbir kararının varlığı şartı ile belirtilen, usulüne uygun olarak verilmiş bir ihtiyati tedbir kararının varlığıdır. Yoksa, somut olayda ihtiyati tedbir kararının verilmesinin uygun olup olmadığı, bir başka deyişle, ihtiyati tedbir kararının yerindeliği önemli değildir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir[1022].

Öte yandan, usulüne uygun olarak verilen ihtiyati tedbir kararının kaldırılmamış veya kalkmamış ve devam ediyor olması da gereklidir. Buna göre HUMK m. 109 uyarınca, dava açılmadan verilen ihtiyati tedbir kararından sonra tedbir isteyenin, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde dava açması gerekir. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar ve bu sebeple de bu tedbire aykırılıktan dolayı HUMK m. 113/A uygulanamaz[1023]. Keza, HUMK m. 112'ye göre, esas

---

olan mahkemeden istenir. Bu hususa aykırılık halinde, (HUMK m. 104, II/c.2 saklı kalmak üzere) ihtiyati tedbir kararı geçersizdir. Yargıtay da aynı görüştedir : "ihtiyati tedbir kararı Bozkır Asliye Hukuk Mahkemesinin 1977/92 esasında kayıtlı gayrimenkul tescili davası esas alınarak istenmiştir. HUMK.nun 104. son maddesi gereğince dava açıldıktan sonra bu mahkeme tarafından verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı bulunmadığı gözetilmeden hukuki geçerliliği olmayan sulh mahkemesinden verilmiş ihtiyati tedbir kararına dayanılarak oluşmayan suçtan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır" (Yarg. 7. CD. 15.5.1979, 3713/3653; bkz. O.YILMAZ, s. 98).

[1021] "Bakmakta olduğu davayı sonuçlandıran tapulama mahkemesinin HUMK.nun112. maddesine göre hükümden sonra davanın temyiz incelemesi sırasında aynı taşınmaza ilişkin tedbir kararı veremeyeceği gibi suça esas alınan 16.8.1976 günlü tedbir kararının itiraz üzerine aynı mahkemenin 5.10.1976 günlü kararı ile suç tarihinden çok sonra kaldırıldığı gözetilmeden yasal unsurları oluşmayan suçtan sanığın mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır" (Yarg. 4. CD. 19.10.1979, 5189/5429; bkz. bkz. O.YILMAZ, s. 98).

[1022] "Aydıncık Kadastro Mahkemesinin 29.8.1994 gün ve 1992/237 esas sayılı kararı ile aleyhine ihtiyati tedbir kararı verildiği ve suç tarihlerinde de tedbir kararının geçerliliğini koruduğu cihetle ceza mahkemesi verilen ihtiyati tedbir kararının içeriğini ve müdahillerin haklılığını tartışamaz" (Yarg. 7. CD. 26.5.1999, 2818/6182, bkz. GÖKCAN, s. 211)

[1023] "HUMK.nun 109. maddesine göre, 'ihtiyati tedbir kararı dava ikamesinden evvel verilmiş ise tatbik edilmiş olsun olmasın kararın verildiği tarihten itibaren on gün zarfında esas hakkında dava ikamesi lazımdır. Aksi takdirde, ihtiyati tedbir bir güna merasime hacet kalmaksızın kendiliğinden kalkar'. Anılan yasanın 176. maddesinde de adli ara vermede görülebilecek dava ve işler belirlenmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasında adli ara vermede dava açılabileceği belirtilmiştir./Bu düzenlemeler karşısında; esas hakkında davanın 8.9.1995 tarihinde açıldığı gözetilip 22.8.1995 günü verilen ihtiyati tedbir

hakkında mahkeme kararının tefhim veya tebliğ olunmasını müteakip ihtiyati tedbir kararı mürtefi olur. Ancak, mahkeme, hükmün icrasını temin için tedbirin tayin edeceği süre zarfında devamına karar verebilir. Esasa ilişkin hükmün verilmiş ve mahkemece tedbirin devamına da karar verilmemiş ise, ihtiyati tedbir kararı kalkacağı için, böyle bir tedbir kararına aykırılık nedeniyle HUMK m. 113/A hükmü uygulanamaz[1024].

Bu noktada belirtmek gerekir ki, esas hakkında kararın verilmesi ile (aksi mahkeme kararında belirtilmedikçe) ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden kalması hususu, mahkemenin vermiş olduğu nihai kararla davanın sona erdiği tüm hallerde geçerlidir. Bir başka deyişle, davanın konusuz kalması veya usule ilişkin bir nihai kararla [örneğin, mahkemenin derdestlik itirazının kabulüne ve davanın açılmamış sayılmasına (HUMK m. 194) veya dava şartlarından birisinin noksan olması nedeni ile davanın usulden reddine dair bir kararla] dava sona eriyor ise, ihtiyati tedbir kararı aksi kararda belirtilmedikçe kalkar[1025].

Buna karşılık örneğin, görevsizlik kararı, yetkisizlik kararı veya gönderme kararı gibi davayı sona erdirmeyen usule ilişkin nihai karar söz konusu ise, kararın verilmesi ile ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkmaz. Bu hallerde, anılan kararların kesinleşmesinden itibaren on gün içinde

---

kararından itibaren on günlük yasal süre içinde esas hakkında dava açılmaması sebebiyle ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkacağından sanığın beraatine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde ceza tayini" (Yarg. 7. CD. 12.2.1999, 338/579; bkz GÖKCAN, s. 213) ". Ancak konumuz ile doğrudan ilgili olmamakla beraber hemen belirtmek gerekir ki, KURU'nun haklı olarak belirttiği gibi, bu kararın konusu olan hukuk davası, adli tatilde görülebilecek davalardan ise, anılan 7. CD. Kararında varılan sonuç doğrudur. Buna karşılık, bu kararın konusu olan hukuk davası adli tatilde görülemeyecek davalardan ise, 7. CD. kararında varılan sonuç doğru değildir. Zira, bu halde, ihtiyati tedbir kararının verildiği 22.8.1995 tarihinde işlemeye başlayan 10 günlük süre (HUMK m. 109), 1.9.1995 tarihinde (adli tatil içinde) sona ermekte ve bu sebeple (HUMK'nun 177. maddesine göre) 12.9.1995 tarihine kadar uzamaktadır. Esas hakkındaki dava 8.9.1995 tarihinde açılmış olduğundan, dava süresinde (12.9.1995 tarihinden önce) açılmıştır; bu nedenle ihtiyati tedbir kalkmamıştır [bkz. KURU (IV), s. 4360, dn(220d)].

[1024] "HUMK'nun 112. maddesi gereğince esas hakkında mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını müteakip ihtiyaten icra kılınmış olan tedbirin mürtefi olacağı ve aksine alınmış bir karar da bulunmadığı dikkate alınmadan yazılı gerekçe ile mahkumiyete hükmolunması yasaya aykırıdır" (Yarg. 7. CD. 17.11.1987, 9857/14064 : YKD. 1988/3 s. 431).

[1025] KURU (IV), s. 4374.

davacının görevli veya yetkili ya da gönderilen mahkemeye başvurmaması nedeniyle (HUMK m. 193), davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde ihtiyati tedbir kalkar[1026].

Öte yandan yargı yolunun caiz olmaması (davanın Danıştay'ın, İdare Mahkemesinin veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanına girmesi) nedeniyle verilen görevsizlik kararı ile ihtiyati tedbir kalkar. Hatta, bu halde, hukuk mahkemesi de, görevsizlik kararında, ihtiyati tedbirin devamına karar veremez[1027].

Ancak, bir hukuk mahkemesi ile bir idari yargı yeri arasında olumlu görev uyuşmazlığı çıktığında ve bu uyuşmazlığın giderilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine gidilmesi halinde; şayet hukuk mahkemesi daha önce bir ihtiyati tedbir kararı vermiş ise, Uyuşmazlık Mahkemesi kararını verinceye kadar, ihtiyati tedbir kararı geçerliliğini sürdürür. Şayet Uyuşmazlık Mahkemesi, hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar verir ise, ihtiyati tedbir kararının geçerliliğini sürdüreceği açıktır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi, idari yargı yerinin görevli olduğuna karar verir ise, anılan kararın davacıya bildirilmesinden sonra da, (görevli yargı yerince ihtiyati tedbir kararı kaldırılmadıkça) ihtiyati tedbir altmış gün süre ile devam eder (UMK m. 22, I).

İhtiyati tedbir kararının verilmesinden sonra, dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilmesi halinde (HUMK m. 409), KURU, İİK m. 264, IV'e kıyasen, bir ay daha, ihtiyati tedbir kararının geçerliliğini sürdüreceği ve şayet dosyanın işlemden kaldırılmasından itibaren bir ay içinde yenilenmez ise, ihtiyati tedbirin hükümsüz kalacağı görüşündedir[1028]. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

[1026] KURU (IV), s. 4374.
[1027] KURU (IV), s. 4375.
[1028] KURU (IV), s. 4376.

Öte yandan, hakemler tarafından ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğinden, hakem önünde devam eden bir davada yetkili mahkeme tarafından verilmiş olan ihtiyati tedbir kararı, hakemler tarafından kararın verilmesi ile kalkar ve hakemler, ihtiyati tedbir kararının devamına karar veremezler[1029].

bb) Failin İhtiyati Tedbir Kararının Varlığından Haberdar Olması

Diğer şart ise, failin ihtiyati tedbir kararından haberdar olmasıdır. Bu husus kanaatimizce, suçun manevi unsuru ile ilgilidir. Bir başka deyişle, fail, ihtiyati tedbir kararına aykırı olarak hareket etmeli, amacı ihtiyati tedbir kararına aykırı davranmak olmasa bile, hareketinin bu sonucu doğuracağını bilmesi gerekir. Bunun için ise, fail, bir ihtiyati tedbir kararının varlığından haberdar olmalıdır.

Bilindiği gibi, HUMK m. 113/A'ya göre suçun maddi unsuru; ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymamak veya kararın uygulanması dolayısıyla alınmış tedbire aykırı davranışta bulunmaktır.

Anılan madde hükmü, öğreti görüşleri ve yargı kararları dikkate alındığında, ihtiyati tedbir kararına aykırılık suçunun maddi unsurunun, alınan ihtiyati tedbir kararının icrasında bulunulan aşamaya göre iki şekilde olabileceği görülecektir. Buna göre ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve fakat henüz icra edilmemiş olabilir ve bu aşamada, kararın icrası için yapılanlara veya verilen emirlere uymamak suretiyle ihtiyati tedbire kararına aykırılık suçu işlenebilir. Bu durumda suçun maddi unsuru, ihtiyati tedbir kararının icrasını engellemek veya ihtiyati tedbir kararının icrası için verilen emre aykırı hareket etmektir. Diğer yandan, ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve icra edilmiş olabilir. Bu durumda ise, icra edilmiş ihtiyati tedbir kararına aykırı hareket, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.

[1029] KURU (IV), s. 4376.

Bazı yargı kararlarında, ihtiyati tedbir kararı icra edilmiş ise, ihtiyati tedbir kararının usulüne uygun olarak icra edilmiş olması ve failin ihtiyati tedbir kararından haberdar olması şartları aranmaktadır[1030]. Öte yandan Yargıtay'ın, icra edilmiş ihtiyati tedbir kararına aykırılık için, ihtiyati tedbir kararının icra edildiğinin araştırılması yanında; failin ihtiyati tedbir kararından haberdar olmasının yeterli olmadığını; faile bu konuda tebligat yapılıp yapılmadığının da araştırılması gerektiğini ifade eden kararları da vardır[1031].

Bunlar dışında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konusu, ihtiyati tedbir kararının infazının engellenmesi niteliğindeki bir olayda, tedbir kararının infazının ve bu durumun aleyhine tespit kararı verilenlere duyurulmasının suç oluşması bakımından zorunlu olmadığına karar vermiştir[1032].

[1030] "Dosyada mevcut 7.10.1993 tarihli ihtiyati tedbir kararının infazına dair tutanak, mahkemece incelenen ihtiyati tedbir dosyası ve tanık olarak dinlenilen Av. N.M. beyanına göre; ihtiyati tedbir kararının infazının aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilenler vekili Av. N.M. huzurunda yapıldığı ve sanıklar tarafından mahkemede anılan Avukatın infaz sırasında vekaletinin bulunmadığına dair bir husus ileri sürülmediğinden infazdan haberdar olunmadığı iddiasının yerinde bulunmadığı gözetilerek işin esasına girilerek tedbire rağmen yayın yapılıp yapılmadığı ve HUMK'un 109. maddesi gereğince ihtiyati tedbir kararını müteakip yasal süre içinde esas ihtilaf ile ilgili dava açılıp açılmadığı araştırılıp tüm delillerin toplanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı karar verilmesi ... bozmayı gerektirmiştir" (Yarg. 7. CD. 30.12.1998, 10144/11529; GÖKCAN, s. 214); "

[1031] "Suçun oluşması için ihtiyati tedbir kararından sanığın haberdar olması yeterli bulunmayıp, tedbir kararının usulüne uygun olarak infaz edilip, sanığın infazdan bilgisi olması gerektiği cihetle, 1.12.1997 tarihli kararın infaz edilip edilmediği ve infaz gerçekleştirilmiş ise sanığa tebligat yapılıp yapılmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde mahkumiyet tesisi" (Yarg. 7. CD. 26.5.2000, 4385/7837; GÖKCAN, s.211).

[1032] "Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık HYUY.'nun 113/A maddesinde öngörülen ihtiyati tedbir kararın aykırı davranma suçunun oluşması için, tedbir kararının infazı ve bu infazın aleyhine tedbir kararı verilenlere duyurulmasının gerekli olup olmadığı hususundadır. Sorunun çözümü için, HYUY.'nun 171 sayılı Yasa ile, genel madde sırasının bozulmaması için 113/A maddesi biçiminde eklenen düzenlemeye bakmak gerekir. Bu maddede, 'İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse eylemi TCK.'ya göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde ... cezalandırılır' hükmü yer almaktadır. Bu maddede ihtiyati tedbir kararına aykırı davranış, suç olarak düzenlenmiş ve yaptırımı gösterilmiştir. Bu suçla korunan hukuki yarar ihtiyati tedbir kararının hukuki otoritesidir. /Tedbir kararına aykırı davranışta bulunma suçunun oluşması için infazın yapılması ve durumun aleyhine tedbir kararı verilenlere duyurulmasına gerek var mıdır?/ Maddedeki düzenlemeye bakıldığında;/ a. İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan,/ b. Veya kararın uygulanması dolayısıyla alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan,/ kimsenin eylemi suçu oluşturmaktadır. Buna göre, tedbir kararının infazı ve bu durumun aleyhine tedbir kararı verilenlere duyurulması suçun oluşması bakımından zorunlu değildir./ Öyleyse, tedbir

Öğretide söz konusu Yarg. CGK kararı ile daire kararları dikkate alınarak, ihtiyati tedbir kararının icra edilmesi sırasında, ihtiyati tedbir kararını icra eden icra memurunun, yazı işleri müdürünün veya zabıt katibinin ihtiyati tedbir kararının uygulanması için verdiği emre uyulmaması veya tedbir kararının icrasını engelleyici eylemlerin de HUMK m. 113/A'nın kapsamına gireceği; buna karşılık ihtiyati tedbir kararı icra edilmiş ise, bu tedbir kararına uymayanların cezalandırılabilmesi için, icranın usulüne uygun olması ve sanığın bundan haberdar olması gerektiği; bunun için ise, icra işleminin sanığa tebliğ edilmiş olması gerektiği; ancak, tedbir kararı, aleyhine tedbir konulan şahsın vekilinin huzurunda icra edilmiş ise, sanığın tedbirin icra edilmiş olduğundan bilgisi olmadığının kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir[1033].

Kanaatimizce bu görüşü kabul etmek oldukça zordur. HUMK m. 113/A'da yer alan düzenlemede, ihtiyati tedbir kararının icra edilmesi gerektiği hakkında herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu itibarla, anılan suç,

---

kararının infazı için gerekli işlemlerin yapıldığı sırada, bu infazın yapılmasını engellemek suretiyle verilen emre uymayan kimselerin eylemi de, ihtiyati tedbir kararına aykırı davranışta bulunmak suçunu oluşturur./ Uyuşmazlık konusu olayda katılan; İzmir İmam Hatip Lisesi Koruma Derneği ile yaptığı sözleşme uyarınca okul kantininin işletmesini üzerine almıştır. Ancak sanıkların su ve elektriği kesmeleri üzerine İzmir 5. Sulh Hukuk Hakimliğinin 1.10.1987 gün ve 1741 sayılı kararı ile, 'Sözleşmeye göre, davacının İmam Hatip Lisesinde kantin kiralayıp çalıştırdığı açıkça belli olduğundan, dava sonuna kadar, elektrik ve suyu keserek talebelerin alışverişini engelleyerek süre gelen davalı İmam Hatip Lisesinin müdahalesinin tedbiren önlenmesine' karar verilmiş, İzmir 6. İcra Dairesine ait 6.10.1988 gün ve 6886 sayılı İhtiyati Tedbir İnfaz Tutanağında, tedbir kararında davalı konumunda bulunan sanıkların, 'devlet ve okul malı olduğunu söyledikleri su ve elektriği, katılanın kullanımına açmayacaklarını ve devlet malını korumak durumunda bulunduklarını ileri sürerek infazı engelledikleri' belirtilmiştir./ Böylece, sanıklar tedbir kararında yer alan, elektrik ve suyun, katılanın kullanımına açılarak, öğrencilerin alışveriş yapmalarının sağlanmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararının infazını engellemek suretiyle tedbir kararındaki emre aykırı davranmışlardır. Ancak, tedbir kararının hukuken geçerli olup olmadığının belirlenmesi bakımından uyuşmazlığa konu olayın esası ile ilgili olarak taraflar arasında açılmış bir dava bulunup bulunmadığı araştırılarak, varlığı anlaşıldığı takdirde davanın süresinde açılıp açılmadığı saptanarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir./Bu itibarla itirazın reddine karar verilmelidir./ Karşı oy kullanan bir kısım üyeler, okulu temsile yetkili müdürün sanık S.'nin görevi başında iken, diğer sanık müdür muavini M.'nin herhangi bir yetkisi bulunmadığı ve bu nedenle yüklenen suçtan sorumlu tutulamayacağı görüşüyle, sanık M. yönünden itirazın değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir" (Yarg.CGK. 9.3.1992, 7-50/74; bkz. GÖKCAN, s. 208-209).

[1033] ERCAN, s. 933.

ihtiyati tedbir kararının icrasına engel olunması halinde de, icra edilmiş bir ihtiyati tedbir kararına aykırı davranış halinde de, diğer şartları da var ise oluşacaktır. Zaten bu konuda, yargı kararları ve öğretide de farklı bir görüş yoktur. Öte yandan, suçun oluşabilmesi için, failin, ihtiyati tedbir kararının varlığından haberdar olmasının gerekliliği, suçun manevi unsuru ile ilgilidir. Aksi halde, yani fail, ihtiyati tedbir kararının varlığını bilmiyor olmasına rağmen, anılan suçun oluşacağı kabul edilir ise, anılan suçta manevi unsurun gerekmediği sonucuna varmak gerekir ki, bu kabul edilemez.

Öte yandan, suçun oluşması için, failin, ihtiyati tedbir kararının varlığından haberdar olması şartı aranırken; bu haberdar olmayı faile yapılacak bir tebligat şeklinde yorumlamak da kanaatimizce mümkün değildir. Zira, maddede böyle bir şarttan söz edilmemektedir. Bu konuda yer alan tek hüküm, HUMK m. 106, II'dir. Ancak, kanaatimizce, söz konusu tebligat, ihtiyati tedbir kararı verilirken, hazır olmayan tarafı bilgilendirmeye yöneliktir. Kişi ihtiyati tedbir kararından haberdar ise, bu şart aranmayacaktır. Bu itibarla, önemli olan failin ihtiyati tedbir kararından haberdar olmasıdır.

Failin ihtiyati tedbir kararından haberdar olması şartı, hem icra edilmiş bir ihtiyati tedbir kararın aykırılık hem de, tedbir kararının infazını engelleyici nitelikteki, ihtiyati tedbir kararına aykırılık eylemleri için aranacaktır. Failin ihtiyati tedbir kararının verildiği uyuşmazlığın tarafı olup olmaması da bu konuda önemli olmayacaktır. Aksi halde, ihtiyati tedbir kararının tarafı olan kişiler için tebligat şartı aramak olmayanlar için ise, haberdar olma koşulu ile yetinmek kabul edilemez. Keza, ihtiyati tedbir kararı icra edilmiş ise, tebligat şartı aramak, edilmemiş ve fakat infazı engelleniyor ise, tebligat şartı aramamak da kabul edilemez. Zira hem bu farklılığın nedenini açıklamak mümkün değildir hem de, böyle bir yaklaşım tarzının adil olduğunu ifade etmek de mümkün değildir.

Öte yandan, hareket ancak, icra edilmiş ihtiyati tedbir kararı için suç teşkil edecek bir hareket ise, ihtiyati tedbir kararının icra edilip edilmediğinin tespiti gerekeceği açıktır.

Bu nedenlerle, yukarıda belirtilen görüşe katılamıyoruz. Yargıtay kararlarında da, örneğin, yukarıda belirtilen CGK kararında belirtilen olayda, kararın içeriğinde, tedbir kararının, tedbir kararı verilenlere duyurulmasının gerekli olmadığı belirtilmiş olmasına rağmen; söz konusu karara ilişkin olayda, faillerin, tedbir kararından haberdar oldukları anlaşılmaktadır. Bu itibarla, burada sözü edilen "duyurma"dan maksadın, tebligat olduğunu ve haberdar olma koşulunun mutlaka aranması gerektiğini düşünüyoruz. Ayrıca, icra edilmiş ihtiyati tedbir kararına aykırılık suçları için de, sadece haberdar olma şartının aranması gerektiğini, tebligat şartının aranmaması gerektiğini düşünüyoruz.

Şayet yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında, tebligat şartı, somut olayda, failin ihtiyati tedbirden haberdar olduğunun ispatlanamadığı haller için aranmış ise, kanaatimizce bu doğru bir uygulamadır. Ancak, failin, fiilini işlerken, ihtiyati tedbir kararından haberdar olduğu kesin olarak ispatlanmış olmasına rağmen, tebligat şartı aranmış ise, bu yorum tarzı kabul edilemez.

Ancak, yukarıda, belirtilen Yargıtay kararlarından, haberdar olmanın yeterli olmadığı tebligat şartı arandığı sonucuna varmanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira, açıkça bu ifadenin (tebligat şartının) yer aldığı Yargıtay kararında[1034] dahi, sanığın ihtiyati tedbir kararından haberdar olmasının yeterli olmadığı, tedbirin icra edildiğini bilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle burada aranan, fiilin, ancak icra edilmiş bir ihtiyati tedbir kararına aykırılık teşkil edeceği olaylarda, failin infazdan haberdar olması (bilgi sahibi olması) aranmakta ve fakat yine tebligat şartı aranmamaktadır ki, bu yukarıda belirtilen görüşümüze uygundur.

[1034] Bkz. yukarıda dn(1031)'de yer alan Yargıtay kararı.

f) Suç Tarihi Ve Zamanaşımı

Yargıtay kararlarında suç tarihinin ihtiyati tedbir kararına aykırı fiilin tespit olunduğu tarih olduğu ifade edilmektedir[1035]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak oldukça zordur. Bu noktada bakılması gereken, ihtiyati tedbir kararına aykırılık suçunun nasıl bir suç olduğudur.

İhtiyati tedbir kararına aykırılık suçu ani bir suçtur. Bir başka deyişle, ihtiyati tedbir kararına aykırılık teşkil eden eylem gerçekleştiği anda suç da oluşacaktır. Bu itibarla zamanaşımı süresi de suçun oluştuğu andan itibaren işlemeye başlar.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 66, VI'da , zamanaşımı konusunda özel bir hüküm mevcuttur ve buna göre dava zamanaşımı, suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m. 66, I/e'ye göre, olağan dava zamanaşımı süresi 8 yıl ve olağanüstü zamanaşımı süresi ise, m. 67, IV uyarınca 12 yıldır. Ceza zamanaşımı süresi ise, m. 68, I/e'ye göre 10 yıldır.

g) Görevli Mahkeme

HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçun hangi mahkemenin görev alanı içinde olduğu anılan maddede belirtilmemiş; sadece, sanığın "ait olduğu ceza mahkemesince" cezalandırılacağına işaret edilmiştir.

[1035] "İhtiyati tedbir kararına muhalefet eyleminde suç tarihi kararın verildiği veya infazın tebliğ edildiği değil tarih olmayıp, anılan karara aykırı fiilin tespit olunduğu 22.10.1973 günü olup, bu tarih itibariyle zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi" (Yarg. 7. CD. 15.12.1997, 10441/10333; bkz. GÖKCAN, s. 216).

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 14'e göre, bir mahkemenin görevinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı dikkate alınması gerektiğinden; HUMK m. 113/A'da suçun cezası "bir aydan altı aya kadar hapis cezası" olarak belirtildiğinden ve 5235 sayılı Kanun m. 10'a göre, kanunların ayrıca yetkili kıldığı haller saklı kalmak kaydıyla, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezalarında sulh ceza mahkemeleri görevli olduğundan; HUMK m. 113/A'da düzenlenen suçta görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise, genel kurallara göre saptanacaktır. CMK m. 12, I'e göre, temel ilke, suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili mahkeme olmasıdır[1036].

D) MALI YEDİEMİNİN ELİNDEN ALANLARIN VEYA TAHRİP YA DA TELEF EDENLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Yediemine tevdi edilen malın, yedieminin elinden üçüncü bir kişi tarafından alınması veya tahrip ya da telef edilmesi halleri için, 765 sayılı TCK'da herhangi bir özel düzenleme yer almamaktaydı. Bu halde ise, diğer unsurları da var ise, bu tür eylemler, hırsızlık, yağma, nası izrar veya dolandırıcılık suçunu oluşturabiliyordu. Ancak, yediemine tevdi edilen malın, sahibi tarafından yedieminin elinden alınması veya telef ya da tahrip edilmesi hallerini, 765 sayılı TCK m. 309, II'de ayrı bir suç olarak düzenlemişti[1037].

[1036] Ayrıca bkz. CMK m. 12-21.

[1037] 765 sayılı TCK m. 309, II'ye göre, "Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'ıyed edilmiş olan menkul malını alan veya tahrip veya telef eden kimse bir aydan bir seneye kadar hapsolunur".

5237 sayılı TCK m. 290, II'ye göre ise, "Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, cebren alınması halinde yağma, hileyle alınması halinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi halinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarısından dörtte üçüne kadar indirilir".

Malın mutlaka yediemine tevdi edilmiş bir taşınır mal olması gerekir. Taşınmaz mallar hakkında bu madde hükmü uygulanmaz. Zira, 5237 sayılı TCK m. 290, II'de, açıkça "taşınır" maldan söz edilmektedir. Yediemine tevdi edilen taşınmaz mallar hakkında kanaatimizce, diğer unsurları da var ise, bir başka suç oluşabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu halde, 5237 sayılı TCK m. 290, I'deki suç oluşmaz. Zira, anılan suçun oluşabilmesi için, taşınmaz malın bir "mahkeme hükmü" ile failin elinden alınmış olması gerekir. Bu nedenle de, mahkemece verilen bir tedbir kararı ile failin elinden alınan taşınmaz mala failin tekrar el atması halinde de, 5237 sayılı TCK m. 290, I'deki suç oluşmaz[1038]. Keza anılan suç için, taşınmaz malın, hak sahibine teslim edilmiş olması gerekir[1039]. Keza, İİK m. 342'deki suçun oluşabilmesi için de, failin, taşınmazdan, İİK m. 26 veya 135, II'ye göre çıkarılmış olması; yani, bu konuda verilmiş olan bir ilam mevcut bulunmalıdır[1040].

Fail yediemin dışında herkes olabilir. Ancak, mal sahibinin fail olması bir hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.

[1038] 765 sayılı TCK m. 309, I ilişkin olmak üzere aynı yönde, bkz. GÖZÜBÜYÜK (III), s. 163.
[1039] 765 sayılı TCK m. 309, I ilişkin olmak üzere aynı yönde, bkz. GÖZÜBÜYÜK (III), s. 163.
[1040] PARLAR/PARLAR, s. 309.

SONUÇ

Yedieminlik, günlük yaşamda sık karşılaşılan bir müessesedir. Zira, bu müessese önemli bir ihtiyacı gidermektedir; örneğin, tatile çıkan veya başka bir sebeple değerli bir malını yanında bulundurmak istemeyen bir kişi, bu malını, kendisi dönünceye kadar veya haczi müteakip, haczedilen mal, satış zamanına ya da aynı münazaalı bir mal, ihtiyati tedbir olarak dava sonuçlanıncaya kadar yahut bir suç delili veya kazanç müsaderesine konu olacağı düşünülen bir mal kovuşturma yahut soruşturma sırasında, hukuki durum açıklığa kavuşana kadar, muhafaza edilmek üzere bir başka kişiye yediemin olarak bırakılabilmektedir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak, verilen tüm örneklerde ortak nokta, bir malın veya malların, muhafaza edilmek üzere, bir başkasına yediemin olarak bırakılmasıdır.

Bununla birlikte ilk örnekte, tatile çıkan veya başka bir sebeple malını yanında bulundurmak istemeyen kişinin, malını bir başkasına muhafazası için yediemin olarak bırakması halinde, malı sahibi ile yediemin arasında bir sözleşme kurulmakta ve yediemin bu sözleşmeye göre malı muhafaza etmektedir. Zira, burada taraflar özel hukuk kişileridirler ve özgür iradeleri ile bir sözleşme yapmaktadırlar. Oysa, diğer örneklerde, malın veya malların bir yediemine tevdii işlemi tarafların özgür iradesi ile gerçekleşmemekte, kanunen yetkili kılınan bir makam veya merci bu tevdi işlemini gerçekleştirmektedir.

İnceleme konumuzu teşkil eden, "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik"'te de, yukarıda belirtilen, tarafların özgür iradeleri dışında gerçekleştirilen bir yediemine tevdi işlemi söz konusudur. Böyle bir yedieminlikte, sorumlulukların tespit olunabilmesi için, öncelikle anılan yedieminliğin, hukuki niteliğinin saptanması gereklidir.

İncelememiz sırasında ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, kanunen yetkili kılınan bir makam veya merci tarafından mal veya malların bir yediemine tevdii hususunun hukuki niteliğini açıklamak üzere ileri sürülen veya ileri sürülebilecek görüşleri ikiye ayırmak mümkündür. Bu görüşlerden bir kısmı, yedieminliğin, bir özel hukuk ilişkisi olduğunu diğer kısmı ise, yedieminin bir kamu görevlisi olduğunu ileri sürmektedir.

Yedieminliğin, bir özel hukuk ilişkisi olduğunu ileri süren görüşlerden bir kısmı, yedieminin, Borçlar Kanunu'nun 100 üncü maddesi anlamında, kanunen yediemin atamaya yetkili kişinin yardımcı şahsı olduğunu ileri sürmektedir. BK m. 100 anlamında bir yardımcı şahıstan söz edebilmek için, söz konusu yardımcı şahsın, bir kişinin bir borcunun ifasına veya bir borçtan doğan hakkının kullanılmasına yardım ediyor olması gereklidir. Oysa, yukarıda belirtilen yedieminlik hallerinde, kanunen yediemin atamaya yetkili makamın, yerine getirmeye çalıştığı bir borcu yoktur, yetkili makam sadece görevini yapmaktadır (örneğin, icra müdürü, haczedilen malları bir yediemine tevdi ederken bir borcunu ifa etmemekte, sadece, görevini yapmaktadır). Ayrıca, böyle bir görüşün kabulü, yetkili makam veya kişi devlet adına hareket ettiğine göre, malın muhafaza görevinin devlete ait olması sonucunu doğurur ve bu durumda da, Anayasa m. 129, V gereği, hukuki sorumluluk için davanın devlet aleyhine açılması gerekir ve alacaklı veya borçlu ya da mal sahibinin yediemine yönelme imkanı kalmaz. O halde, ve incelememizde ayrıntılı olarak belirtilen diğer nedenlerle, yediemini, yediemini atamaya yetkili makamın yardımcı şahsı olarak kabul edemeyiz.

Bir diğer görüşe göre ise, yediemin ile kanunen yediemini atamaya yetkili şahıs arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Yediemini atamaya yetkili makam, bu işlemi kanunen verilen bir görev olarak yerine getirdiğine göre, bu işlemi kendi adına değil, devlet adına yapıyor demektir. O halde burada devlet ile yediemin arasında bir sözleşmenin varlığından söz edilmektedir. Oysa, devletin, malı koruma görevini bir başkasına, yani yediemine tevdi

ettiği kabul olunur ise, malı muhafaza görevinin devlete ait olduğu sonucuna varmak gerekir ki, incelememiz sırasında ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, muhafaza görevinin devlete ait olduğu sonucuna varmamıza neden olacak bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Tam aksine, örneğin, İİK m. 88, I'e göre, haczolunan kıymetli şeyleri muhafaza görevi devlete (icra müdürüne) ait olmasına karşın söz konusu kıymetli şeyler dışında haczolunan malları muhafaza için, icra müdürü bir yediemin tayin edebilir (İİK m. 88, II). Kaldı ki, bir an için, malların muhafazası görevinin devlete ait olduğu ve devletin, bu görevini bir başka şahsa yediemin olarak bıraktığı kabul olunur ise, birinci görüşe ilişkin olarak da ifade edildiği gibi, Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, malın yediemin tarafından zarara uğratılması halinde, davanın devlete karşı açılması gerekirdi ve hak sahipleri yediemine yönelemezdi. Bu itibarla ve incelememiz sırasında belirten diğer nedenlerle, bu görüş de, yedieminlik müessesesini açıklayamamaktadır.

Yedieminliğin bir özel hukuk ilişkisi olduğu yönündeki bir diğer görüş ise, yedieminliği, üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklamaya çalışmaktadır. Bu görüş de, incelememiz sırasında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, özellikle tarafların özgür iradeleri ile bir sözleşme kurmak ve sona erdirmek olanakları bulunmadığı için, kanaatimizce, kabul edilebilir görünmemektedir.

Yediemini, bir kamu görevlisi sayan görüşe göre ise, yediemin, bir kamu hizmeti görmektedir ve bu nedenle, bir kamu görevlisidir. Yedieminin bir kamu hizmeti gördüğü hususu kanaatimizce çok açıktır. Bu halde ise, 5237 sayılı TCK m. 6/c'de yer alan, "kamusal faaliyetin yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli veya geçici olarak katılan kişi"nin kamu görevlisi olduğu yönündeki hüküm karşısında, yedieminin, 5237 sayılı TCK anlamında bir kamu görevlisi olduğundan şüphe etmemek gerekir. Ancak, idare hukuku anlamında kamu görevlisi ile ceza hukuku anlamında kamu görevlisi terimleri birebir aynı değildir.

İncelememiz sırasında ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, idare hukuku anlamında kamu görevlisinden söz edebilmek için, kişi ile devlet arasında bir statü ilişkisinin kurulmuş olması, kendisine bir kadro tahsisi yapılmış olması gerekir ve bu hususlar, yediemin için geçerli değildir. Bu itibarla ve incelememiz sırasında açıkladığımız diğer nedenlerle yediemini, idare hukuku anlamında bir kamu görevlisi sayamayız.

Bu hali ile, yediemin, kendisine kanunen yetkili kılınan kişi tarafından verilen bir görevi yerine getiren kişi konumundadır. İşte, kanunen yetkili kılınan bir kişi veya makam tarafından kendisine görev verilen yediemini, sözleşme ile meydana getirilen yedieminlikten ayırmak üzere, ilkine de "*kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik*", ikincisine de "*akdi yedieminlik*" dedik. Ancak, inceleme konumuz, esasen, "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik"; yani medeni usul ve icra iflas hukukunda düzenlenen kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik olduğundan, daha önce de belirttiğimiz üzere, incelememizde, "yedieminlik" terimini "kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik" anlamında kullandık ve akdi yedieminlikten söz edildiği durumlarda, bu durumu ayrıca belirttik.

Öte yandan, inceleme konumuz "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik" olduğu için temel olarak, medeni usul ve icra iflas hukukunda yedieminlik müessesesi incelenmiş olmakla beraber, mümkün olduğunca, diğer hukuk dallarında yer alan yedieminlik hallerini de belirtmeye çalıştık.

Daha sonra yedieminliği, benzer müesseseler olan, vasiyeti yerine getirme görevlisi ile, kayyımlık ile, TTK m. 324'de ve İİK m. 179,179/a ve 179/b'de düzenlenen yedieminlik ile, konkordato komiseri ile, iflas idaresi ile, İİK m. 263'e göre teminat karşılığı ihtiyaten haczolunan malların bırakıldığı borçlu ve üçüncü şahsın durumu ile, İİK m. 88'de düzenlenen Adalet Bakanlığının depo ve garajları ile ve İİK m. 270, I'e göre mallarının defteri

tutularak kendisine bırakılan kiracı ile karşılaştırdık ve bu müesseselerin, yedieminlikten farklı olduğunu tespit ettik.

Yedieminliğin tarihi gelişimini, eski hukukumuza ve Roma hukukuna göre inceledik. Eski hukukumuzda, inceleme konumuzu oluşturan yedieminliğe benzeyen bir müessese tespit edemedik. Roma hukukunda ise, inceleme konumuzu teşkil eden yedieminliğin, bir sözleşme ile oluşturulduğunu gördük.

Yabancı hukuklar açısından yaptığımız incelemede, İngiliz ve Amerikan hukuklarında yedieminlik müessesesini ele aldık. Ancak, İngiliz ve Amerikan hukukunda, inceleme konumuz anlamında bir yedieminlik müessesesine rastlamadığımız için, incelememizi, Türk hukukunda yedieminlik müessesesinin gördüğü fonksiyonu, İngiliz ve Amerikan hukukunda gören müesseseleri tespit ederek, fonksiyonel anlamda gerçekleştirdik. Bu incelememiz sonuçlarına göre, İngiliz ve Amerikan hukukunda, mahkeme emirleri ve kararlarının icrasını temin etmek üzere mallarla elkonulması halinde, muhafaza işleminin, bir tür devlet görevlisi olduğunu ifade edebileceğimiz, şerif (sheriff), bailiff veya icra memuru (enforcement officier) tarafından yerine getirildiğini tespit ettik. . Ancak, kanaatimizce, hukukumuzda yedieminliğe ilişkin yer alan ve onu, kamusal niteliği olmakla beraber, kendine özgü yapısı bulunan bir müessese şekilde düzenleyen ülkemiz hukukundaki hükümler, amaca daha uygun bir nitelik taşımaktadır.

Daha sonra da, kendisine bir görev tevdi edilen kişi olduğunu belirttiğimiz yediemin olacak kişide, bulunması gereken nitelikleri, yedieminin atanma biçimlerini, atamaya yetkili makamı ve atama kararının verilmesini, atama kararına itirazı, yedieminlik görevinin yediemin tarafından kabulünü, atama kararının icrasını ve malın yediemine resmen ve fiilen teslimini inceledik ve yedieminin, hakları ve yükümlülüklerini ve yedieminlik görevinin sona ermesi hallerini belirttik.

Yedieminlikte sorumluluk kısmında ise, hukuki ve cezai sorumluluğu inceledik. Yediemin, kendisine yetkili bir kişi tarafından tevdi edilen görevi kabul etmesine (zorunlu yedieminlik hallerinde görevin tevdi edilmesine) rağmen, anılan görevi hiç veya gereği gibi yapmaz ise, sorumluluğu kanuni bir görevin ihlali nedeniyledir. Kanuni bir görev söz konusu olduğunda ise, esasen sorumluluğun kanun ile düzenlenmiş olması gerekir. Kanunda ayrıca düzenlenmeyen hallerde ise, haksız fiil hükümleri uygulanacağından, bu hallerde, haksız fiil hükümleri tatbik edilecektir.

İİK uyarınca haczedilerek yediemine teslim edilen malların, icra dairesince istenilmesine rağmen, yediemin tarafından, kendisine teslim edildiği hali ile iade edilememesi, İİK m. 358'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, yedieminin, kendisine teslim edilen malları iade edemediğinde, bu iade edememesinin malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaından kaynaklandığını ispat edemedikçe sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemenin, incelememiz sırasında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu hali oluşturduğunu düşünüyoruz. İşte, İİK uyarınca haczolunup kendisine mal teslim edilen yedieminlere, kanunda belirtilen diğer şartları da var ise, anılan İİK m. 358 hükümleri uygulanır. Diğer yedieminlik hallerinde ise, haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Bu hususlar, tezde ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

Öte yandan, yediemini atayan ve/veya atama kararını icra eden, hakimin, icra veya iflas müdürünün, Cumhuriyet savcısının, infaz memurunun ya da diğer bir yetkilinin hukuki sorumluluğu da, incelememizde ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Yedieminlikte ceza sorumluluk kısmında ise, borçlunun, alacaklının ve ihtiyati tedbir talep edenin, hakimin, icra ve iflas müdürünün ya da yediemini atamaya yetkili diğer bir kamu görevlisinin ve yedieminin cezai

sorumluluğu ile malı yedieminin elinden rızası hilafına alan veya tahrip edenlerin cezai sorumluluğu incelenmiştir.

İncelememiz sırasında, yedieminin cezai sorumluluğunu düzenleyen hükümler iki kez değişmiştir. İlk düzenleme 765 sayılı TCK m. 276 ve 277'dir. Ancak, 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun ile İİK'ya eklenen m. 336/a ile, İİK uyarına atanan yedieminlerin cezai sorumluluğu anılan maddeye tabi tutulmuştur. Buna göre, yedieminliği suiistimal suçu, şahsi dava haline getirilmiş ve alacaklının anılan suçtan dolayı icra mahkemesinde ceza davası açabileceği belirtilmiştir. Anılan madde ve anılan maddeyi İİK'ya ekleyen 4949 sayılı Kanun ile getirilen diğer bazı değişiklik ve eklemeler ile, hukukumuza, icra hakiminin ceza kararnamesi isimli yeni bir müessese de getirilmiştir. Ayrıca, İİK uyarınca atanan yedieminlerin cezai sorululuğunu düzenleyen m. 336/a, İİK'ya eklendiği için, İİK m. 354 ve o dönemde yürürlükte olan İİK m. 352/b uyarınca anılan yedieminler hakkında verilen cezanın paraya çevrilememesi ve tecil edilememesi ve alacaklının şikayetten vazgeçmesi veya borcun ifa edilmesi halinde, dava ve bütün neticelerinin ortadan kalkması mümkün kılınmıştır. Söz konusu değişiklik (İİK m. 36/a) kısmen olumlu olmakla beraber, iyi kaleme alınmamış olduğu için, incelememizde ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, sistemin bütünlüğünü bozmuş ve pek çok olumsuzluklara sebebiyet vermiş veya verme ihtimalini gündeme getirmiştir (örneğin, şikayet hakkı sadece alacaklıya ait olduğundan, haczin bir şekilde ortadan kalkması ve alacaklı açısından malın iadesinin bir önemi kalmaması halinde, mal sahibinin, malını iade etmeyen yedieminin cezalandırılmasını sağlayabileceği bir yol kalmamıştır).

1 Haziran 2005 tarihinde ise, 765 sayılı TCK yürürlükten kaldırılmış, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmiş ve ayrıca yine aynı tarihte, İİK m. 336/a'da yürürlükten kaldırıldığı için yedieminlerin cezai sorumluluğu konusunda uygulanacak madde olarak, 5237 sayılı TCK m. 289 karşımıza çıkmıştır.

İncelememizde, yedieminin cezai sorumluluğu konusunda söz konusu üç düzenleme (765 sayılı TCK m. 276 ve 277; İİK m. 336/a ve 5237 sayılı TCK m. 289) ayrı ayrı incelenmiştir. Bunun sebebi, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenecek yedieminlik görevini suiistimal suçlarına anılan eski düzenlemelerin de uygulanma ihtimalinin bulunmasıdır. 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen yedieminlik görevini suiistimal suçlarına uygulanacak kanun maddesinin tespiti ilkeleri de tezde incelenmiştir.

İncelememiz sırasında yeri geldikçe belirttiğimiz bazı sakıncalarına rağmen, (eski 765 sayılı TCK m. 276'nın karşılığı olan) 5237 sayılı TCK m. 289 düzenlemesinin, yedieminlik suçlarının cezai müeyyidesi açısından olumlu bir gelişme olduğunu düşünüyoruz.

Öte yandan, HUMK'a göre ihtiyati tedbir olarak atanan yedieminlerin, yedieminlik görevini suiistimal etmeleri halinde uygulanacak olan iki hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden birisi, HUMK m. 113/A diğeri ise, 5237 sayılı TCK m. 289'dur. Böyle bir halde, 5237 sayılı TCK m. 44 uyarınca, en ağır cezayı gerektiren hüküm uygulanacaktır.

TEZ ÖZETİ

"Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik" isimli bu incelememizde, öncelik ile kanunen yetkili kılınan bir merci tarafından, muhafazası için bir kişiye (yediemine) mal tevdii ile meydana getirilen yedieminliğin, tarafların özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmeyle meydana getirilen yedieminlikten hukuken farklı olduğunu ve farklı hukuki sonuçlar doğurduğunu tespit ettik.

İnceleme konumuzu, kendisine kanunen yetkili kılınan kişi tarafından verilen muhafaza görevini yerine getiren yedieminler oluşturmaktadır. İşte, kanunen yetkili kılınan bir kişi veya makam tarafından verilen muhafaza görevi ile oluşturulan yedieminliği, sözleşme ile meydana getirilen yedieminlikten ayırmak üzere, ilkine "*kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik*", ikincisine de "*akdi yedieminlik*" dedik. Ancak, inceleme konumuz, esasen, kendisi de bir kamu hukuku ilişkileri doğran yedieminlik olan "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yedieminlik"; olduğundan, incelememizde, "yedieminlik" terimini "kamu hukuku ilişkileri doğuran yedieminlik" anlamında kullandık ve akdi yedieminlikten söz edildiği durumlarda, bu durumu ayrıca belirttik.

Tezde, söz konusu yedieminliğin, icra iflas hukuku ve medeni usul hukukundaki görünümleri ve mümkün olduğunca diğer hukuk dallarındaki düzenlemelerini belirlenmiş ve bu yedieminliklerin ortak özellikleri, bu anlamda, yedieminde aranan nitelikler, yediemini atamaya yetkili makam, ve yedieminin atanması tespit olunmuştur.

Yedieminlikte sorumluluk kısmında ise, hukuki ve cezai sorumluluğu inceledik. Yediemin, kendisine yetkili bir kişi tarafından tevdi edilen görevi kabul etmesine (zorunlu yedieminlik hallerinde görevin tevdi edilmesine) rağmen, anılan görevi hiç veya gereği gibi yapmaz ise, sorumluluğu

kanuni bir görevin ihlali nedeniyledir. Kanuni bir görev söz konusu olduğunda ise, esasen sorumluluğun kanun ile düzenlenmiş olması gerekir. Kanunda ayrıca düzenlenmeyen hallerde ise, haksız fiil hükümleri uygulanacağından, bu hallerde, haksız fiil hükümleri tatbik edilecektir.

İİK uyarınca haczedilerek yediemine teslim edilen malların, icra dairesince istenilmesine rağmen, yediemin tarafından, kendisine teslim edildiği hali ile iade edilememesi, İİK m. 358'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, yedieminin, kendisine teslim edilen malları iade edemediğinde, bu iade edememesinin malların kendisine atfolunamayacak bir sebepten dolayı telef ve ziyaından kaynaklandığını ispat edemedikçe sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemenin, incelememiz sırasında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu hali oluşturduğunu düşünüyoruz. İşte, İİK uyarınca haczolunup kendisine mal teslim edilen yedieminlere, kanunda belirtilen diğer şartları da var ise, anılan İİK m. 358 hükümleri uygulanır. Diğer yedieminlik hallerinde ise, haksız fiil hükümleri uygulanacaktır. Bu hususlar, tezde ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

İncelememizin cezai sorumluluk kısmında, yedieminlerin ve yedieminleri atayan makam veya kişilerin cezai sorumluluğu incelenmiştir. Yedieminlik görevini suiistimal eden yedieminlere uygulanacak kanun maddesi, 5237 sayılı TCK m. 289'dur.

Öte yandan, HUMK'a göre ihtiyati tedbir olarak atanan yedieminlerin, yedieminlik görevini suiistimal etmeleri halinde uygulanacak olan iki hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden birisi, HUMK m. 113/A diğeri ise, 5237 sayılı TCK m. 289'dur. Böyle bir halde, 5237 sayılı TCK m. 44 uyarınca, en ağır cezayı gerektiren hüküm uygulanacaktır.

İngiliz ve ABD hukuku üzerine yapılan incelemede ise, medeni usul ve icra iflas hukukumuzda yedieminlerin yerine getirdiği fonksiyonu, devlet

görevlisi durumunda bulunan, şerif, bailiff veya icra memurları tarafından yerine getirildiğini tespit ettik. Ancak, kanaatimizce, hukukumuzda yedieminliğe ilişkin yer alan ve onu, kamusal niteliği olmakla beraber, kendine özgü yapısı bulunan bir müessese şeklinde düzenleyen ülkemiz hukukundaki hükümler, amaca daha uygun bir nitelik taşımaktadır.

ABSTRACT

In this thesis named “Custody in the Civil Procedure Law and the Law of Enforcement of Debts and Bankruptcy”, we determine that the custody, which is constituted by the legally competent authority by means of delivering the property for keeping it to someone, is lawfully different from the custody, which is constituted by the contract concluded by the free will of the parties, and that the former causes to rise the different legal conclusions from the latter.

Our main research subject is the issue of custodians who carry out the charge of keeping the property, which is given by the competent authority. Thus, we call the former as “custody which brings about the public law relations” and the latter as “conventional custody”, in order to distinguish them from each other. Nevertheless, in the research, we use the term “custody” in the meaning of “custody which brings about the public law relations” because of the fact that our research matter is “Custody in the Civil Procedure Law and the Law of Enforcement of Debts and Bankruptcy” which is essentially custody which brings about the public law relations. For this reason, in the cases that we mentioned about the conventional custody we particularly marked this situation.

In the thesis, we determine the types of above mentioned custody in the civil procedure law and the law of enforcement of debts and bankruptcy and as possible as in the other law braches, and the common characteristics of the custodies; namely, the qualifications to be custody, the authority which is competent to appoint and the appointment of custody are also determined.

In the section of liability in custody, we examined legal and criminal liability. In spite of the fact that custodian accepts the charge given to

himself or herself by the competent authority (in the mandatory custodian cases, in spite of the fact that the charge is given to himself or herself), if he or she does not carry out the charge ever or as required, his or her liability arises from the breach of the charge. However, generally, if it is mentioned about the legitimate charge, then liability should be arranged by the code. Because of the fact that provisions for the torts are applied in the cases that there is no arrangement in any code, provisions for the torts are also applied in the cases of above mentioned situation.

It is arranged in the article 358 of the Code of Enforcement of Debts and Bankruptcy (CEDB) that the property delivered to custodian according to the Code of Enforcement of Debts and Bankruptcy, can not be returned by custodian in spite of request of the debt enforcement office. This article states that in the case that custodian can not return the property delivered to himself or herself, if he or she can not prove that this case arise out of the destruction and loss of the property by the reasons not to be attributed to himself or herself, he or she should be liable. In our opinion, this arrangement constitutes liability for fault based on the fault presumption. Thus, the involved article 358 of CEDB is applied to custodians delivered the property to himself or herself by seizing according to CEDB, provided that the other conditions in this article satisfy. In the case of all other custody, the tort provisions are applied. We examined all these situations in the thesis.

In the criminal liability section of the thesis, we examined criminal liability of custodian and of authority or of person applying custodian. The provision to be applied to custodian abusing his or her charge of custody, is article 289 of the Turkish Criminal Code, No. 5237.

However, according to the Code of Civil Procedure, there are two provisions to be applied for custodians (who are appointed as a precautionary measures) abusing his or her charge of custody. One of

them is article 113/A of the Code of Civil Procedure and the other one is article 289 of the Turkish Criminal Code. According to article 44 of the Turkish Criminal Code, provision to be applied is the one requiring the most aggravated punishment.

In our research on English and USA law, we determined that the function carried out by custodians in our law is carried out by sheriff, bailiff or execution officer who is a kind of government officer in the involved laws. Nonetheless, in our opinion, provisions for custody in our law are suitable for the aim of custody, because these provisions have not only public aspects but also sui generis aspects.