

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

I / 2

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt:I
Sayı:2
Yıl:2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA İHTİYATİ HACZE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

I. GENEL OLARAK

İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır.

Uygulamamızda çoğunlukla ihtiyati haczin niteliği dikkate alınmadan ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir talep edilmekte, yargı organlarınca da bu şekildeki taleplerin tam olarak hukuki nitelendirmesi yapılmadan ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir kararları verilmektedir. Bu durumun teorik yönden yanlışlığı ve kanuni düzenlemeye aykırılığı bir yana, uygulamada da birçok soruna yol açtığı görülmektedir. Örneğin, bir para alacağı için ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir kararı verildiğinde, üzerinde tedbir uygulanan şey çekişmeli şey olarak kabul edilmekte, daha sonra o şeyin üzerinden tedbirin kaldırılması için ihtiyati tedbire ilişkin prosedürün izlenmesi istenebilmektedir.

Burada öncelikle şunu vurgulamak gerekir ki, ihtiyati tedbir de ihtiyati haciz de genel olarak geçici hukuki koruma başlığı altında yer almaktadır. Ancak, para alacaklarının güvence altına alınması için öngörülen geçici hukuki koruma ihtiyati hacizdir. İhtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasında, amacı ve konusu, sebepleri ve şartları, yargılama ve izlenecek prose-

dür, itiraz ve tedbirin kaldırılması, kararın icrası ve sonuçları bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir talep edilmesi ve bu yönde karar verilmesi durumunda, bu farklardan kaynaklanan birçok sorunla da karşılaşılması kaçınılmazdır.

Uygulamada bu farkın gözetilmemesi ve şartlarına yeterince dikkat edilmeden ihtiyati haciz kararları verilmesi, ayrıca yanlış verilen ya da uygulanan ihtiyati haciz kararlarının değiştirilmesi ya da kaldırılmasındaki güçlükler dikkate alınarak Kanunda değişiklik yapılmıştır.

Ayrıntısına girmeden önce Kanunda yapılan değişikliklere kısaca göz atılacak olursa, değişiklikler şu maddelerde gerçekleşmiştir:

- İhtiyati haczin şartlarını belirleyen 257. madde.
- İhtiyati haciz kararı ile ilgili 258. madde.
- İhtiyati haciz kararının icrasına ilişkin 261. madde.
- İhtiyati haczi tamamlayan merasime ilişkin 264. madde.
- İhtiyati hacze itirazı düzenleyen 265. madde.
- İhtiyati hacizde iştiraki düzenleyen 268. madde.

Böylece Kanunda toplam on iki maddede düzenlenen ihtiyati hacizle ilgili olarak altı maddede değişiklik yapılmıştır. Yani az ya da çok ihtiyati hacze ilişkin hükümlerin yarısında değişiklik yapılmıştır denilebilir.

Aşağıda önce değişiklik yapılan hükümler tek tek incelenecek, daha sonra ihtiyati hacze ilişkin hükümlerde yapılan değişiklik genel olarak değerlendirilecek, değişiklik yapılması gerekip de değiştirilmeyen hükümler üzerinde de ayrıca durulacaktır.

II. DEĞİŞİKLİK YAPILAN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aşağıda değişiklik yapılan altı hüküm tek tek incelenerek değişikliğin amacı, gerekçesi ve getirdiği yenilik ve bu arada eksiklikler açıklanmaya çalışılacaktır.

1. İhtiyati Haciz Şartları Bakımından (m. 257)

a. Bu madde daha önce “ihtiyati haciz” başlığını taşımakta iken, “*ih-tiyati haciz şartları*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik yerinde bir değişikliktir. Çünkü, 257. madde genel olarak ihtiyati haczi değil, ihtiyati ha-

ciz şartlarını düzenlemektedir. Böylece maddenin kenar başlığı ile içeriği uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıca, 257. maddede ihtiyati haciz sebepleri değil genel olarak şartları düzenlenmiştir. Zira, ancak rehinle temin edilmemiş bir para alacağı mevcutsa ihtiyati haciz talep edilebilir. Kanunda, vadesi gelen (muaccel olan) alacaklar için özel bir sebep aranmazken, vadesi gelmemiş (muaccel olmamış) alacaklar için ihtiyati haciz talep edebilmek için özel bazı şartların gerçekleşmesi aranmıştır.

b. Maddenin birinci fıkrasında, açık şekilde “*para borcunun alacaklısı*”nın ihtiyati haciz talep edebileceği belirtilmiştir. Bu şekildeki açık düzenleme ihtiyati haczin niteliğine uygun düştüğü gibi ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasındaki farkı da belirginleştirerek uygulamada ortaya çıkacak sorunların önüne geçilmesine hizmet edecektir. Ancak bu değişikliğin gerekçesinde, “Böylece ihtiyati haczin ihtiyati tedbirden farklı olarak, sadece para alacakları için öngörülmüş bir tedbir olduğu vurgulanarak...” ifadesi, özünde doğru olmakla birlikte, ihtiyati haczin “...bir tedbir olduğu” şeklindeki açıklama yerinde değildir. Çünkü, ihtiyati haciz ihtiyati tedbirin bir türü olmayıp genel olarak geçici hukuki korumalar içinde para alacakları için öngörülmüş ayrı bir geçici hukuki koruma niteliğindedir. Madde içeriğinde yanlış uygulama düzeltilmeye çalışılırken, gerekçede uygulamada düşülen yanlışlıklar tekrarlanıp ihtiyati haciz bir tür ihtiyati tedbir olarak kabul edilmiştir.

c. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde yeni ve daha genel bir ihtiyati haciz sebebi kabul edilmiştir. Vadesi gelmeyen borçlar için ihtiyati haciz talep edildiğinde, ihtiyati haciz sebepleri arasına borçlunun “...alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması” da bir ihtiyati haciz sebebi olarak katılmıştır. Böylece, kötüniyetli borçlular karşısında alacaklılar daha fazla korunduğu gibi, kanun yapma tekniği bakımından da yeknesaklık sağlanmıştır. Çünkü, benzer bir durum doğrudan iflas sebepleri içinde benzer ifadelerle yer almaktadır (m. 177/I, b. 1).

d. Yukarıda yapılan değişiklikler olumlu olmakla birlikte, bu maddeye ilişkin yapılması gerekip de yapılmayan bazı değişiklikler de bulunmaktadır.

aa. Maddenin birinci fıkrasında “rehinle temin edilmemiş...borç” ifadesi yerine “rehinle karşılanmamış...borç” ifadesinin kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü, rehinle temin edilmiş bir alacağın rehinle karşılanamayan kısmı için de ihtiyati haciz talep edilebileceği doktrin ve yargı kararlarında tereddütsüz kabul edilmektedir. Oysa kanundaki ifade, bir

alacak az veya çok rehinle güvence altına alınınca o alacak için artık ihtiyati haciz istenemeyeceği şeklinde bir anlamaya yol açacak şekildedir.

bb. Bu maddede yapılması gerekip de yapılmayan bir başka değişiklik ise, “vadesi gelmiş” “vadesi gelmemiş” alacağa göre ihtiyati haciz sebepleri bakımından kanunun yaptığı ayırmadır. Burada “vadenin” “muacceliyet” olarak anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği olmasına rağmen, değişiklikte bu husus da dikkate alınmamıştır. Zira, önemli olan borcun muaccel olup olmadığıdır, vadenin gelmiş olması muaccel olmanın şartlarından sadece birini ifade etmektedir.

cc. Maddenin ikinci fıkrasında vadesi gelmeyen (muaccel olmayan) borçlar bakımından ihtiyati haciz talep edilebilme şartlarından birisi de, borçlunun muayyen yerleşim yerinin (ikametgahının) bulunmamasıdır. Bu ifade teknik olarak doğru bir ifade değildir, değiştirilmesi gerekirken değiştirilmemiştir. Yerleşim yeri (ikametgah) teknik ve dar anlamda kabul edilirse, bu sebebe dayanarak ihtiyati haciz talep etmek mümkün değildir. Çünkü, hukukumuzda yerleşim yeri (ikametgah) zorunluluğu söz konusudur, kişi kendisi bir yerleşim yeri seçmemiş olsa dahi, kanunda karine olarak bazı yerler yerleşim yeri olarak kabul edilmiştir. Oysa maddede kastedilen yerleşim yeri (ikametgah) değil mesken, yani oturma yerinin olmamasıdır. Bir kimse kanunen bir yerleşim yerine sahip olsa da, belirli ve sabit bir meskeni yoksa (özellikle alacaklıyla hukuki ilişkiye girerken belirli, kendisine ulaşılabilecek bir meskeni varken sonradan meskeni belirsiz hale gelmişse) bu ihtiyati haciz sebebi olarak kabul edilmektedir. Örneğin, kişinin İstanbul yerleşim yeridir, ancak alacaklının ona ulaşabilmesi için bu yerleşim yerinde sabit, bilinen bir adreste meskeninin olması gerekir, aksi halde borç henüz muaccel olmasa da ihtiyati haciz talep edilebilir.

2. İhtiyati Haciz Kararı (m. 258)

a. Bu maddede yapılan değişiklikle yeni bir fıkra eklenerek ihtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklının kanun yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir. Bu değişikliğin temel amacı, ihtiyati haciz taleplerinin reddinde, daha önce denetime tâbi olmayan mahkeme kararlarını denetime tâbi tutmaktır. Bu şekilde, en azından uygulamanın yeknesaklaşması ve geçici hukuki koruma yoluna başvuranlar arasında eşitlik sağlanacaktır. Özellikle geçici hukuki korumalar yönünden uygulamada, benzer konularda farklı mahkeme kararlarının verilmesi ciddi bir şikâyet konusu ol-

makta, bu kararların bir denetime tâbi olmaması sebebiyle de ortak bir iç-tihat oluşturulamamaktaydı. Bu değişiklikte en azından ihtiyati haciz bakımından bu sakınca önemli ölçüde azaltılmış olacaktır. Burada, 265. maddeden farklı olarak “temyiz” yerine “kanun yolu” kavramı özel olarak tercih edilmiştir. Şüphesiz şu anda hukukumuzda yerel mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu kural olarak temyizdir. Ancak, ileride istinaf mahkemelerinin kurulacağı göz önünde tutularak daha genel bir ifade kullanılması yoluna gidilmiştir. Her ne kadar kanunda hangi sürede kanun yoluna başvurulacağı belirtilmemiş ise de, kararı veren mahkemeye göre bu sürenin tespit edilmesi gerekir. Değişiklik yapılırken, kanun yoluna başvuru halinde bu başvurunun öncelikle inceleneceğinin belirtilmesi uygun olurdu. Nitekim, benzer şekilde 265. maddede, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine temyize başvurulduğunda Yargıtay’ın bu başvuruyu öncelikle inceleyeceği açıkça belirtilmiştir.

b. Maddede yukarıda yapılan değişiklik, daha doğrusu yenilik dışında bazı hususlara dikkat edilmediği görülmektedir. Öncelikle maddenin kenar başlığı ile içeriğinin tam uyuşmadığını, bu sebeple maddenin kenar başlığında da değişiklik yapılmasının daha doğru olacağını söyleyebiliriz. Nitekim maddenin kenar başlığı “ihtiyati haciz kararı”dır, benzer şekilde 260. maddenin kenar başlığında da “ihtiyati haciz kararının muhtevası” denilmektedir. Oysa, 258. madde ihtiyati haciz kararından daha çok, ihtiyati haciz talep edilecek mahkemeyi, yargılamasını ve reddi halinde karara karşı kanun yolunu düzenlemektedir. Bu sebeple, maddenin kenar başlığının “ihtiyati haciz yargılaması” şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu¹.

Bu maddede özellikle birinci fıkranın ikinci cümlesinde “Alacaklı alacağı ve icabında haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeğe mecburdur.” İfadesi, artık bugün doktrinde yaklaşık ispat olarak ifade edilen durumu anlatmaktadır. Kural olarak bir yargılamada, hakim karar verirken (tam ispat sonucu) tam kanaat sahibi olması gerekirken, geçici hukuki korumalarda (yaklaşık ispat sonucu) yaklaşık kanaat yeterlidir. Bu sebeple, “kanaat getirecek deliller” ifadesi, ispat hukuku bakımından doğru bir ifade olarak kabul edilemez.

Yaklaşık ispat kavramı ile de yakından ilgili olarak, uygulamamızda bazen alacaklı hangi ihtiyati haciz sebebine dayandığını açıkça belirtme-

1 Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nda bu maddenin karşılığı olan 272. madde “Arrestbewilligung” (ihtiyati haciz talebi) olarak, 260. maddenin karşılığı olan 274. madde ise “Arrestbefehl” (ihtiyati haciz kararı) olarak ifade edilmektedir.

den ve somutlaştırmadan (iddia ve somutlaştırma yüküne aykırı olarak) genel olarak ihtiyati haciz talep etmekte, mahkemeler de bu talepleri kabul etmektedirler. Oysa sadece bir alacağın bulunması ihtiyati haciz kararı vermek için yeterli değildir. Bu alacak için ihtiyati haciz talep edilmesini haklı kılan kanunda belirtilen ihtiyati haciz sebeplerinden en az birinin somut olarak ortaya konması ve yaklaşık ispat çerçevesinde ispat edilmesi gerekir. Bu durum kanunda açıkça vurgulansaydı, tereddütler ortadan kalkacak ve mahkemelerin talepleri daha doğru değerlendirmesi sağlanacak, ihtiyati haciz talep edenlerin de bu yolu kötüye kullanmalarının önüne geçilmiş olacaktı². Bu konudaki önerimiz hükmün “İhtiyati hacze karar verilebilmesi için alacaklı, alacağını ve dayandığı ihtiyati haciz sebebini açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.” şeklinde hükümde değişiklik yapılmasıdır.

3. İhtiyati Haciz Kararının İcrası (m. 261)

a. Bu maddeye üçüncü bir fıkra eklenerek, ihtiyati haczin infazı ile ilgili şikâyetlerin, infazı yapan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu fıkranın kabul edilmesinin sebebi, ihtiyati haczin icrası ile ilgili şikâyetlerin görev ve yetki bakımından nereye yapılacağı konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmaktır. Bu şekilde, tereddütler ortadan kaldırılarak ihtiyati hacze ilişkin şikâyetlerin daha kısa sürede sonuçlanması da sağlanacaktır.

b. Kanaatimizce, bu maddenin içeriğindeki “ihtiyati haciz kararının infazı” ifadesi yerine “icrası” ifadesinin kullanılması daha doğru olurdu. Öncelikle maddenin kenar başlığı infaz değil icradır; ayrıca ihtiyati tedbirler için “infaz” terimi daha uygun düşerken ihtiyati hacizde para alacağının temini sağlanmaya çalışıldığı için “icra” demek hem teknik olarak hem de icra hukuku bakımından daha uygun bir ifade olurdu. Buna benzer şekilde örneğin, 265. maddenin 5. fıkrasında “ihtiyati haczin uygulanmasından” söz edilmiştir. Bir durumu ifade etmek için aynı kanunun aynı düzenlemesi içinde infaz, icra, uygulama şeklinde üç ayrı terimin kullanılmasının kanun yapma tekniğine uygun düşmediğini düşünüyoruz.

2 Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun 272. maddesinde, alacaklının, alacağının varlığını, ihtiyati haciz sebebini, borçluya ait malvarlığının mevcut olduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca maddede, ihtiyati haczin icrası süresi olan on günlük sürenin yedi gün olarak yeniden düzenlenmesi de daha yerinde olurdu. Çünkü, ihtiyati hacizde örneğin, tamamlayıcı merasim ve ihtiyati hacze itiraz süresi yedi gün olmasına rağmen, icra süresinin on gün olması, ihtiyati hacizde süreler bakımından yeknesaklığı bozmaktadır. Bu şekilde yeknesak bir sürenin kabul edilmesi uygulamadaki yanlışlıkları engelleyeceği gibi, kararın biraz daha kısa sürede icra edilmesi, geçici hukuki koruma olan ihtiyati haczin niteliğine de uygundur.

4. İhtiyati Haczi Tamamlayan Merasim (m. 264)

a. Bu maddenin üçüncü fıkrasında, tamamlayıcı merasim çerçevesinde mahkemeye başvurulmuş ya da bir dava sırasında ihtiyati haciz talep edilmişse, esas hakkında verilecek hükmün mahkemece tebliğinden itibaren bir ay içinde alacaklının takip talebinde bulunmak zorunda olduğu hususu yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikte sulh mahkemelerinde tefhim, asliye mahkemelerinde tebliğle başlayan bir aylık süre, daha genel bir ifade ile tüm mahkemelerde kararın tebliğinden itibaren başlatılmıştır. Bu şekilde hem yeknesak ve uygulamayı kolaylaştırıcı hem de daha basit bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

b. Bu maddede değişiklik yapılırken mantıki ve hukuki silsile gözetilerek son fıkranın üçüncü fıkra olarak kabul edilmesi diğer fıkraların bu şekilde teselsül ettirilmesi daha uygun olurdu.

5. İhtiyati Haciz Kararına İtiraz ve Temyiz (m. 265)

a. Maddenin kenar başlığı “ihtiyati haciz kararına itiraz ve temyiz” şeklinde değiştirilmiştir. Kanaatimizce başlığa “temyiz” şeklinde ekleme yapılması gerekli değildir. Çünkü, benzer şekilde 258. maddede de ihtiyati haciz kararlarının reddi halinde kanun yoluna başvurulacağı kabul edilmiş olmasına rağmen, maddenin kenar başlığına bu durum taşınmamışken, ihtiyati haciz kararı verilmesi ve buna itiraz edilmesi durumunda temyize başvurulmasının maddenin kenar başlığına taşınmış olması kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir. Bu yöntem kabul edilecekse, aynı ifade tarzının 258. maddenin kenar başlığında da yer alması uygun olurdu.

b. Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “ihtiyati haciz kararlarının temyiz edilemeyeceği” şeklindeki birinci cümle özellikle 258. maddedeki değişiklik ve bu maddenin sonuna eklenen fıkra doğrultusunda kaldırılmıştır.

c. Maddeye eklenen yeni ikinci fıkra ile menfaati ihlal edilen üçüncü kişilere de ihtiyati hacze itiraz imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme sayesinde önemli bir boşluk doldurulmaktadır. İhtiyati hacze itiraz imkânının, ihtiyati hacizden hakkı etkilenen üçüncü kişilere de tanınması, hem teorik hem de pratik düşüncelere uygundur. Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda son yapılan değişiklikte üçüncü kişilere de bu imkân tanınmıştır. Zira, ihtiyati haciz geçici bir hukuki koruma olup karşı taraf dinlenmeden ve tam ispat aranmadan bu karar verilebilmektedir. Bunun sonucu olarak bazen borç ilişkisinin dışında olan üçüncü kişiler aleyhine olacak şekilde ihtiyati haciz kararları verilmekte, üçüncü kişilerin bu durum karşısında kendilerini koruma imkânı bulunmamaktadır. Bunun yanında, üçüncü kişinin zarara uğrayabileceği düşünülerek onun muhtemel zararları için de teminat verilmesi ve üçüncü kişinin de tazminat davası açması 259. maddeye kabul edilmiştir. Zarara uğrayabileceği düşünülen bir kimsenin, bu zararın doğmasına engel olma çabasına da imkân tanımak gerekir. Bu, kanun yapma tekniğine de daha uygundur. Örneğin, İsviçre de değişiklikten önce, üçüncü kişilerin itiraz imkânı olmadığı gibi, tazminat davası açmaları da, İcra ve İflas Kanunu'na göre değil, şartları varsa genel hükümlere göre olmaktaydı. Oysa, eski haliyle bizim kanunumuzda üçüncü kişi tazminat davası açabilmekte, ancak ihtiyati hacze itiraz edememekteydi. Yani, değişiklikten önce üçüncü kişinin zarara uğrayıp sonra hakkını kullanması yolu gösterilmekteydi ki, bu da doğru olmadığından değişiklik yapılmıştır.

Borçludan farklı olarak üçüncü kişilerin ihtiyati hacze itiraz sebepleri biraz daha sınırlıdır. Borçlu, ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata itiraz edebilirken üçüncü kişi sadece ihtiyati haciz sebepleri ile teminata itiraz edebilecektir.

d. Maddeye eklenen son fıkra ile itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği ve Yargıtay'ın bu başvuruları öncelikle inceleyip kesin şekilde karara bağlayacağı, temyizden ihtiyati haczin uygulanmasını durdurmayaacağı belirtilmiştir.

Değişiklikte itirazın mahkemeye yapılacağı belirtilmiş, hangi mahkemeye yapılacağı belirtilmemiştir. Esasen düzenleme uygulamada ortaya çıkan sorunlar karşısında gerekli bir düzenleme olmakla birlikte, yeknesaklık sağlanarak 258. maddedeki gibi, ihtiyati haciz kararlarına karşı genel olarak kanun yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesi daha uygun olurdu. Hatta gerek ihtiyati haciz kararı gerekse ihtiyati haciz talebinin reddi kararına karşı genel bir şekilde kanun yoluna başvurulacağının hüküm al-

tına alınması en uygun yoldur. Ayrıca, önce itiraz sonra temyiz şeklindeki iki aşamalı bir başvuru yolunun, bizim mahkeme sistemimiz ve yargı derecelerinin durumu dikkate alındığında geçici hukuki koruma olması sebebiyle ihtiyati haczin niteliğine de uygun olmadığını düşünüyoruz.

6. İcrai Hacizlere İştirak (m. 268)

Bu maddenin birinci fıkrası değiştirilmiş, iki konu özellikle uygulamada ortaya çıkan tereddütler ve doktrindeki tartışmalar çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.

a. İhtiyati haciz sahibi alacaklının haczi kesin hacze dönüşmeden önce, başka bir alacaklının kesin haciz koyması halinde, ihtiyati haciz sahibi alacaklının bu hacze kendiliğinden ve geçici olarak iştirak edebilmesi için 100. maddedeki şartları da taşıması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu değişiklikten önce, maddedeki “kendiliğinden iştirak edebileceği” ifadesinden hareketle, ihtiyati haciz sahibi alacaklının kesin hacze 100. maddedeki şartları taşımadan da iştirakinin mümkün olduğu yönünde görüş bulunmakta ve zaman zaman bu yönde uygulama söz konusu olmaktadır. Oysa bu, ihtiyati haciz sahibi alacaklıyı, kesin haciz koyduğunda sahip olamayacağı şekilde iştirak imkânına sahip kılmakta, kötüniyetli kulânıma da yol açabilmekteydi. Ayrıca geçici hukuki korumaların asıl korumadan daha fazla koruma sağlayamayacağı ilkesine de bu durum uygun düşmemekteydi. Bu şekilde geçici iştirakte de 100. madde şartlarının taşınması gerektiği belirtilerek tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

b. Birinci fıkraya eklenen son cümle ile rehinden önce ihtiyati veya kesin haciz bulunması halinde kamu alacakları dahil hiçbir haczin rehinden önceki hacze iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Bu değişiklikte rehinden sonra haciz konularak, rehinden önceki hacizlere iştirak görüntüsü altında, rehlin aşılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

c. Bu hükümde de kanun yapma tekniği bakımından bazı hususların gözden kaçırıldığı görülmektedir. Öncelikle maddenin içeriği, esasen geçici iştiraki düzenlediği için, kenar başlıkta da bunun açıkça belirtilmesi yerinde olurdu. Bunun dışında, maddenin kenar başlığında ve birinci fıkranın ikinci cümlesinde icrai haciz ifadesi kullanılmaktayken birinci fıkranın ilk cümlesinde bu kesin haciz olarak ifade edilmektedir. Kanunda kesin haciz ifadesi ile yeknesaklık sağlanması daha doğru olurdu.

III. DEĞİŞİKLİĞİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

1. İhtiyati haciz konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikler genel olarak olumlu yöndedir. Yapılan değişikliklerle bir yandan uygulamada sorun olarak karşımıza çıkan hususlar düzeltilmeye çalışılmış, diğer yandan da kanun kendi içerisinde tutarlı hale getirilmiştir. Değişiklikler içinde ihtiyati haciz bakımından en önemli yenilik, ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânının getirilmiş olmasıdır. İhtiyati haciz talebinin reddi halinde doğrudan kanun yoluna başvurulabilirken ihtiyati haciz kararlarının kabulü kararlarına karşı önce itiraz yoluna başvurulacak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı da temyize başvurulması mümkün olacaktır.

İhtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu imkânının açılmış olması sebebiyle, şimdiye kadar Yargıtay kararlarına yansımayan hususların Yargıtay'ın önüne gelmesi ve bu konuda içtihat oluşturulması mümkün olacaktır. Bu, mahkemeler arasında birbirinden farklı kararların ortaya çıkmasına engel olacağı gibi, uygulamadaki yanlışlıkların da giderilmesine hizmet edecektir. Şüphesiz bu durum Yargıtay'a önemli bir görev de yüklemektedir.

2. İhtiyati hacizde kanun yoluna başvuru imkânı getirildiği için, kanun değişikliğinden önce uygulamada çok sıkça başvurulanan bir yöntemin hâlâ daha uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Kanun değişikliğinden önce, ihtiyati haciz talebi bir mahkemece reddedilen alacaklı, başka bir mahkemeden aynı şekilde ihtiyati haciz talep edebilmekteydi. Bu durum özellikle doktrinde eleştirilmekle birlikte pratik olarak engellenmesi de mümkün olmayan bir durumdu. Kanaatimizce artık aynı ihtiyati haciz kararının hiçbir değişiklik olmadan ne aynı mahkemede ne de başka bir mahkemede yenilenmesi mümkün olmamalıdır.

Burada asıl çözümlenmesi gereken husus, ihtiyati haciz talebinin reddi halinde, özellikle de borçluya tebligat yapılmadan ihtiyati haciz talebi incelenip karar verilmişse, bu red kararından borçlunun haberdar edilip edilmeyeceği, bu çerçevede alacaklının aynı talebini aynı ya da başka bir mahkemede yenileyip yenileyemeyeceği hususudur. Esasen değişiklikten önce de, geçici hukuki korumaların özelliği dikkate alınarak, geçici hukuki korumaların kesinliği çerçevesinde, aynı alacağın, aynı ihtiyati haciz sebebine dayanarak, aynı taraflar arasında, aynı delillerle yeniden istenemeyeceği kabul edilmekle birlikte, buna engel olacak pratik ve açık kanuni bir imkân sunulamamaktaydı. Kanaatimizce artık bu sorunu çözme-

nin yolu, alacaklının talebi ile borçlunun yokluğunda bir ihtiyati haciz talebi incelenip reddedildiğinde, bu red kararının da borçluya tebliğ edilmesidir. Her ne kadar Kanun sadece alacaklıya kanun yoluna başvurma imkânı tanısa da, bunun anlamı ihtiyati haczin reddi halinde borçlunun temize başvurmakta hukuki yararının olmadığından bu imkânın verilmemiş olmasındandır. Ancak bu, ihtiyati haczin reddi kararının borçluya tebliğ edilmeyeceği anlamına gelmez. Bunun iki sebebi vardır:

a. Birincisi ve pratik olanı, şayet alacaklıya kanun yoluna başvuru imkânı tanınmışsa, alacaklı kanun yoluna başvurduğunda bundan borçlunun mutlaka haberdar edilmesi gerekir. Ondan gizli şekilde kanun yolu incelemesi yapılmamalıdır. Özellikle kanun yolunda dosya üzerinden inceleme yapılarak karar vereceği ihtimali dikkate alındığında bu daha da önemlidir. Sadece alacaklı kanun yoluna başvurabilse de, bu yola başvurulduğunda, borçlunun cevap ve hukuki dinlenilme (savunma) hakkından mahrum bırakılması söz konusu olamaz.

b. İkincisi, daha ilkesel bir gerektir. Bu, hukuki dinlenilme hakkının, hukuki yararın ve usuli dürüstlük kuralının işletilmesinin bir gereğidir. Şöyle ki, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde, bazen kişi baştan bir yargısal işlemde haberdar edilmese de sonradan mutlaka haberdar edilmelidir. Ayrıca, 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, ihtiyati haciz talebi hakkındaki red kararına karşı başvurulacak bir yol bulunmadığından, alacaklılar talepleri reddedildiğinde yeniden ihtiyati haciz istemekteydiler. Oysa şu anda red kararına karşı kanun yoluna başvurmak artık mümkündür. Dolayısıyla yeni bir ihtiyati haciz kararı istemekte (ihtiyati haciz sebepleri, bu konudaki vakıalar ve deliller değişmedikçe) hukuki yarar yoktur; bu usuli dürüstlük kuralına da aykırıdır. Kaldı ki, ihtiyati haciz taleplerinin kötüye kullanımının önüne geçmek de bu şekilde sağlanabilir. Zira, ihtiyati haciz talebi reddedildiğinde bu karar borçluya tebliğ edilirse, alacaklının red kararına karşı kanun yoluna başvurmadan yeniden ihtiyati haciz talep etmesi durumunda borçlu, bu talebin mahkemece daha önce reddedildiğini ve alacaklının kanun yoluna başvurması gerektiğini ileri sürebilir. Bu konuda borçluya, alacaklının önce kanun yoluna başvurması yönünde karşı koyma imkânını sağlamak için de onun ihtiyati haciz taleplerinin reddinden haberdar edilmesi uygun olacaktır. Aksi halde, değişiklikten önceki uygulama devam edip gidecektir. Oysa değişikliğin amacı bu değildir.

3. Kanaatimizce Kanun değişikliği sırasında yapılması gerekip de yapılmayan husus da 263. madde ile 266. maddenin birlikte ve tek madde

olarak düzenlenmesidir. Çünkü, her iki maddede farklılıklar bulunmakla birlikte, temelde teminat karşılığı ihtiyati haciz kararının kaldırılması ya da uygulanmaması düzenlenmiştir.

Kanunda 263. madde ile 266. madde benzer durumları düzenlemiştir. İhtiyati hacze karşı borçlunun kullanabileceği imkânlardan, teminat karşılığı ihtiyati hacze engel olmayı sağlayan 263. madde ile yine teminat karşılığı ihtiyati haczin kaldırılmasını sağlayan 266. maddenin birlikte bulunması kanun yapma tekniği bakımından isabetli değildir. 266. maddede teminat karşılığında ihtiyati haczin kaldırılabilirliğinden bahsedilmekte ise de, burada da ihtiyati haciz gerçekten kalkmamakta teminat üzerinde devam etmektedir. Bu sebeple, pratik anlamda da 266. maddede ihtiyati haczin kalkmasından söz edilemez. 266. maddenin kaldırılarak, sadece 263. maddenin kanunda yer alması yeterlidir. Nitekim İsviçre İİK'da da sadece 263. maddenin karşılığı olan hüküm bulunmakta, 266. maddeyi karşılayan bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu iki maddenin birleştirilmesi bazı karışıklıkları da önleyecektir. Örneğin, m. 263'de yetki icra müdüründe iken, m. 266'da yetki, kural olarak mahkemede, takip başladıktan sonra ise, icra mahkemesindedir. Ayrıca, m. 263'e kural olarak haczin icrası aşamasında başvurulurken, m. 266'ya her zaman başvurulabilmektedir. Sadece 263. maddenin kanunda yer alması ve bu çerçevede hacizli malın gösterilecek teminat karşılığı icra müdürünce borçluya bırakılması da bir sakınca doğurmaz. İhtiyati haciz en azından teminat üzerinde devam ettiği için, alacaklının hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. Ayrıca haczi yapan icra memuruna yetkinin bırakılması uygulama kolaylığı da sağlayacaktır. Takdir hakkının yanlış kullanılması halinde de şikâyet yoluna başvurulabilme imkânı her zaman mevcuttur.

Hacedilen mal üçüncü kişi elindeyse malın ona da bırakılabileceği 263. maddeden çıkarılmalıdır. Çünkü, üçüncü kişi elinde hacedilen mal da, aslında hukuken borçlunun olduğu kabul edilen, o sırada üçüncü kişinin elinde bulunan maldır. Haczin veya ihtiyati haczin borçlunun malvarlığı dışında üçüncü kişilere karşı uygulanması hukuken mümkün değildir. Aksine düşünce bir kimsenin borcu için, üçüncü kişilerin olduğu bilinen malların da haczine imkân tanımak olur ki, bunun icra iflas hukukunda kabul görmesi düşünülemez. Bunun yanında, mal üçüncü kişi elinde haczedilirse, mal muhafaza altına alınarak yediemin olarak üçüncü kişiye bırakılmaktadır. Ayrıca, 263. maddede belirtilen üçüncü kişinin vereceği taahhüt senedinin, nasıl verileceği, sonuçlarının ne olacağı kanunda açık de-

ğildir, bu yönde uygulamaya da pek rastlanmamaktadır. Bunların dışında, artık üçüncü kişiye de ihtiyati haciz kararına karşı itiraz imkânı sağlandı-ğından ihtiyati haciz kararıyla ilgili bir sorun ortaya çıktığında sorun bu şekilde, haczin uygulanması ile ilgili sorunlar ise şikâyet yoluyla çözümlenebilecektir. Nitekim İsviçre İİK'nda da sadece borçluya bu imkân tanınmıştır.

4. Değişiklik çerçevesinde, Kanundaki bazı hükümlerde görülen, kanun yapma tekniği bakımından doğru olmayan ifade ve kavram yanlışlıklarının da bulunduğu göze çarpmaktadır. Bunlara yukarıda değinildiğinden burada ayrıca üzerinde durmuyoruz.

5. Genel olarak olumlu yönde olan ve birçok sorunu çözebilecek nitelikte bulunan ihtiyati hacizdeki değişikliklerin, diğer geçici hukuki korumalarda da özellikle HUMK'da düzenlenen ihtiyati tedbirler bakımından da örnek olması ve benzer bir düzenlemenin yapılması yararlı olacaktır. Özellikle bugün neredeyse, her davadan ya da takipten önce bir ön dava şeklinde ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz talep edilmektedir. Bunun farklı sebepleri vardır. Bazen, karşı tarafın kötüniyetli tutumunun önüne geçmek rol oynarken bazen de bizzat talepte bulunan kötüniyetle bir baskı oluşturmak amacıyla geçici hukuki koruma yoluna başvurmakta, malesef mahkemeler de yeterli inceleme yapmadan çoğu kez bu kararları vermektedir. Hatta gerek avukatların gerekse mahkemelerin, başlangıçta belirttiğimiz üzere ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz farkını gözetmeden, talepte bulundukları ve bu yönde karar verildiği sıkça görülen bir durumdur. En azından bundan sonra ihtiyati haciz kararlarının kanun yoluna başvuru sonucu Yargıtay incelemesine tâbi olması sebebiyle, bu konudaki aksaklıkların açığa çıkartılması ve düzeltilmesi mümkün olacaktır.