

İCRA VE İFLÂS HUKUKUMUZDA HACZEDİLMEZLİKTEN FERAGAT (İİK. m. 83/a)

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY*

I. GİRİŞ

İcra ve iflâs hukukumuzda, kural olarak borçlunun ekonomik değeri bulunan bütün mal, alacak ve haklarının haczedilebileceği kabul edilmekle birlikte, İcra ve İflâs Kanununda bazı nedenlerden dolayı, borçlunun bazı mal, alacak ve haklarının haczedilemeyeceği¹ öngörülmüştür (İİK m. 82-83)². Haczedilemeyen mal ve haklara ilişkin bu düzenlemede, kamu düzeni ve kamu yararının³ yanısıra, alacaklıların menfaatini korumak⁴, insani hisleri rencide etmemek⁵ ve milli duyguları üstün tutmak⁶ gibi amaçların etkili

-
- * Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Medeni Usul ve İcra- İflâs Hukuku Öğretim Üyesi
- 1 Bazı mal, hak veya alacakların haczedilememesi "haciz muafiyeti" (Berkin, Necmettin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, C. II, Tarihsiz, s. 211) veya "haciz bağısıklığı" kavramıyla da ifade edilmektedir (Tallı, Uyar, İcra Hukukunda Haciz, B. 2, Manisa 1990, s. 692). Haczedilmezlikten feragat ise, bu muafiyetin (bağısıklığın) bir istisnasıdır. Alman hukukunda haczedilmezlik ile ilgili düzenlemeler için bkz. ZPO § 811/ 1- 13 arası bentler.
- 2 İİK'ndaki hükümlerden başka, ayrıca 6133 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un 70. maddesinde de haczedilemeyen mal ve haklara yer verilmiştir.
- 3 Postacıoğlu, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 330; Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, B. 2, İstanbul 1948, s. 204; Uyar, Haciz, s. 468.
- 4 Gerçekten de, borçlunun bütün kazanç yollarının haczedilerek gelir kaynaklarının kurulması, alacaklılar için de zararlıdır. Çünkü, çalışıp kazanarak borcunu ödeyecek olan borçlunun çalışması için gerekli bir kısım malvarlığının haczedilmemesinde alacaklıların da menfaati vardır (Belgesay, s. 204; Uyar, Haciz, s. 468; Berkin, Necmettin, M., Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, İBD., 1957, S. 5, s. 113; Ulukapı, Ömer, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin "4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu" Kapsamındaki Uygulaması, BATİDER, 1995, C. XVIII, S. 1- 2, s. 141).
- 5 Berkin, Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, s. 114; Uyar, Haciz, s. 468; Ulukapı, s. 141; Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, İstanbul 1988, s. 781; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 292.

olduğunu belirtmek mümkündür⁷. Böylece Kanun, ekonomik ve sosyal nedenlerden dolayı⁸ bazı mal ve hakların haczedilemeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu çalışmada haczedilemeyen mal, alacak ve haklara ayrıntılı olarak girilmeyecek, tarafların bir mal veya hakkın haczedilmezlik niteliğinden feragat edip edemeyecekleri konusu üzerinde durulacaktır. Çalışmada gerek Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları gerekse öğretilerdeki görüşler bize ışık tutacaktır.

II. HACZEDİLMEZLİK TEN FERAGAT

1. Genel Olarak

Sözlük anlamıyla feragat, vazgeçme anlamına gelir⁹. İcra ve İflâs Kanunu m. 83/a hükmüne göre "82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir"¹⁰.

Her ne kadar İİK m. 83/a'nın kenar başlığı "önceden yapılan anlaşmalar" şeklinde de olsa, söz konusu hükmü geniş yorumlamak, gerek tek taraflı gerekse iki taraflı feragati (feragat anlaşmasını) madde kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira Kanun, önceden yapılan feragat anlaşmasını geçersiz saydığına göre, tek taraflı feragatin de geçersiz olduğunu söylemek evlevi-

⁶ Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu m. 82/ 9'da belirtilen şehit yetimlerine verilen terfi zammı ile ordu ve zabıta hizmetlerinde malul olanlara bağlanan emekli maaşlarının haczedilememesinin temelinde, milli duygular yatmaktadır (Bkz. **Ulukapı**, s. 141).

⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki, hukukumuzda, borçlunun haczedilemeyen mal ve hakları, tamamı haczedilemeyen mal ve haklar ile bir kısmı haczedilemeyen mal ve haklar olmak üzere iki grupta toplanmaktadır.

⁸ **Üstündağ, Saim**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s. 210.

⁹ **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s. 230.

¹⁰ İİK m. 83/ a hükmü 6. 3. 1965 tarih ve 538 Sayılı Kanun ile eklenmiştir. Bu hükümden önce de öğretilerde, borçlunun hacizden önce malın haczedilmezlik niteliğinden feragatin hükmü ifade etmeyeceğini, fakat haciz sırasında veya sonrasında feragatin mümkün olduğunu belirten yazarlar mevcuttu (Bkz. **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1956, s. 96). Bu çerçevede **Ansay**, İİK m. 83/ a hükmünden önceki dönemde de, medeni hukuk bakımından devri mümkün olmayan haklarda feragatin hükmünün bulunmadığını, askeri eşya gibi haczedilemeyen mallarda da feragate itibar edilmeyeceğini belirtmekteydi (**Ansay**, s. 96). Benzer şekilde **Postacıoğlu** da, İİK m. 83/a hükmü ile ilgili olarak "... Öteden beri belirttiğimiz bu husus bugün 538 Sa. K. ile İİK'na ithal edilen m. 83 a hükmünden de evleviyet delili ile istihraç edilebilir (çıkartılabilir)" ifadelerine yer vererek, İİK m. 83/ a hükmünden önceki kanaatinin hacizden önceki feragatin hükmü ifade etmeyeceği yönünde olduğunu belirtmektedir (**Postacıoğlu**, s. 335).

yetle mümkün olacaktır. Çünkü bu hükmün amacının özellikle borçluyu korumak olduğu düşünülürse, önceden tek taraflı feragatin de geçersiz sayılması tabiidir. Ayrıca, Kanun'da belirtilen "önceden" ibaresi belirsizdir. Kanımızca bunu, "haciz isteme yetkisinin gelmesi anından önceki dönemde" şeklinde anlamak gerekir. Bir başka deyişle, alacaklıya haciz isteme yetkisinin gelme anından önceki bir aşamada, örneğin takipte bulunulmadan önce veya takipten sonra fakat hacizden önceki bir dönemde, haczedilemeyen bir malının haczedilebileceğine ilişkin olarak borçlu ile yapılan anlaşmalar geçersiz sayılacaktır¹¹.

İİK m. 83/a hükmü olmasaydı bile, Medeni Kanununun 23 üncü maddesindeki düzenlemeden de bu sonuca varmak mümkün olabilecekti. Gerçekten Medeni Kanununun 23. maddesinin 1 inci ve 2 inci fıkralarına göre "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlamaz*"¹². Bu hükmü geniş yorumlamak ve doğmamış bütün haklardan feragati bu fıkra kapsamında düşünmek gerekir. Zira Medeni Kanununun 23 üncü maddesi, kişiliğin içe karşı (dâhilen) korunmasını düzenlemektedir. İlk bakışta kişiliği bizzat kendisine karşı korumanın gereksiz ve hatta mantığa aykırı olduğu; çünkü insanoğlunun daima kendi çıkarlarını kollamasını bildiği düşünülebilir. Ancak insanlar zekâ, kuvvet ve maddî imkânlar bakımından birbirlerine eşit olmadıklarından, çaresizlik içinde kalan bir kimsenin kendi menfaatlerine aykırı işlemler yapması, yaşamak için büyük özverilerde bulunması pekâlâ mümkündür. Oysa hukuk düzeni bir kimsenin kişiliğini zedeleyen özverilerde bulunmasına dahi izin vermemekte ve bunlara engel olmak üzere kişiliği bizzat kendisine karşı korumayı gerekli görmektedir¹³. Örneğin bir kimse, diğer bir kimse ile sözleşme yaparak, ileride mal ve mülk sahibi olmayacağını, kazanacağı bütün hakların sözleşme yaptığı bu kişiye

¹¹ Bununla birlikte, *Yunusoğlu*, "icra takibinden sonra yapılan anlaşmaların geçerli olması gerektiği" şeklinde yanlış anlaşılmaya müsait bir ifade kullanmaktadır (*Yunusoğlu, Tarrık, Uygulamada İcra Hukuku El Kitabı, İstanbul 1992, s. 97*).

¹² MK m. 23, sadece hak ve fiil ehliyeti ile hürriyetleri düzenlememekte, genel anlamıyla kişilik haklarını düzenlemektedir. Bu nedenle kişilik hakkını konu alan her türlü hukuki işlemin sınırı MK m. 23'de yer alan esasa göre belirlenecektir (Bkz. *Ayan, Mehmet, Medeni Hukuk, Konya, 1997, s. 233*). Ayrıca MK m. 23 gereğince kişilik haklarına aykırı sözleşmeler geçersizdir. Bu sözleşmeler hiçbir hukuki sonuç doğurmaz, böyle bir sözleşme ile yüklenilen edimlerin yerine getirilmesi de istenilemez (Bkz. *Zevkililer, Aydın/Havutçu, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk- Temel Bilgiler-, Ankara 2003, s. 129*).

¹³ *Akıntürk, Turgut, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Medeni Hukuk, B. 9, İstanbul 2003, s. 146-147*.

geçeceğini taahhüt edemez¹⁴. İşte İcra ve İflâs Kanunu m. 83/a hükmünü bu konuya ilişkin özel bir düzenleme olarak düşünmek mümkündür¹⁵.

2. Hacizden Önceki Dönemde Haczedilmezlikten Feragat

a. İİK m. 83/a Hükmünün Amacı

Borçlunun hacizden önceki dönemde, örneğin alacaklıya borçlanırken, haczi caiz olmayan bir malın haczedilebileceği hakkında alacaklı ile yapmış olduğu anlaşma geçerli değildir (İİK m. 83/a)¹⁶.

Bu düzenlemenin üç nedeninden söz etmek mümkündür. *Bunlardan birincisi*, borçlunun hacizden önceki bir dönemde, böyle bir feragatin sonuçlarını ve kendisine yükleyeceği yükün ağırlığını önceden tahmin edememesi¹⁷; *ikincisi*, hacizden önceki aşamada borçlunun iradesinin baskı altında olduğunun varsayılması nedeniyle¹⁸, borçluyu kendisine karşı himaye etmek gerek-

¹⁴ **İmre, Zahit**, Medeni Hukuka Giriş, B. 3, İstanbul 1980, s. 448. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, bir kimsenin kendisinde bulunan ve ileride kazanacağı bütün hakları ve malları, hiçbir kayıt ve şart koymaksızın, diğer bir kişiye temlik etmesi halinde, bu kişinin sonradan kazandığı bir miras hakkı temlik olunana geçmez, zira yapılmış olan sözleşme kişinin kişilik hakkını MK m. 23/1 hükmü ile bağdaşamayacak şekilde sınırlandırmakta ve bunu ihlal etmektedir. Bu sebeple sözleşme hükümsüzdür (BGE 87 II 218; JdT 1962 I 215 vd; *İmre*, s. 448- 449, dn. 4).

¹⁵ Hukukumuzda önceden feragatin geçersiz olduğu bu durum sadece İİK m. 83/a'daki düzenlemeden ibaret değildir. Örneğin kanun yollarına başvurmadan önceden feragatle ilişkin sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin HUMK m. 535 hükmü de burada zikredilebilir. Yargıtay da eski tarihli bir kararında, hükmün verilmesinden önce bir kararın temyiz edilemeyeceğine ilişkin sözleşme ve beyanların geçersiz olacağıyla ilgili olarak şu ifadelerle yer vermiştir. "MK m. 23'e göre, hiç kimse, medeni haklarını kullanmaktan feragat edemez. Doğmamış haklar medeni haklar niteliğindedir. ... Çünkü doğmamış bir haktan feragat caiz değildir" (RKD, 1971/ 3- 4, s. 76- 78).

¹⁶ Bkz. "Borçlunun her türlü sorumluluk duygusu dışında mal ve haklarından kendisinin ve ailesinin geçimleri için zaruri olanının da haczedilebileceğine dair alacaklı ile önceden vaki anlaşmasının yaratacağı mahrumiyet göz önünde tutularak maddeye son fıkra eklenmiş; alacaklı ile borçlu arasındaki bu kabil anlaşmalar muteber sayılmamıştır" (538 Sayılı Kanuna Dair Hükümet Gerekçesi). TBMM Adalet Komisyon Gerekçesinde de benzer ifadelerle yer verilmiştir: Bkz. TBMM Adalet Komisyonu Gerekçesi (**Yelekçi, Memduh**, Notlu- İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1986, s. 194- 195).

¹⁷ **Postacıoğlu**, s. 35; **Muşul, Timuçin**, Teorik ve Uygulamada İcra ve İflâs Hukuku C. I İcra Hukuku, B. 1, İstanbul 2001, s. 599; **Kuru, Bakı/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, B. 18, Ankara 2004, s. 305; **Üstündağ**, s. 229; aynı yönde bkz. 538 Sayılı Kanuna Dair Hükümet Gerekçesi.

¹⁸ **Muşul**, s. 599.

liliğidir¹⁹. Bu düzenlemenin *üçüncü nedeni* ise, bir malın haczedilip haczedilemeyeceği, ancak borçlunun haciz anındaki durumuna göre belirleneceği için²⁰, borçlunun hacizden önceki bir dönemde yapmış olduğu irade açıklamalarının bir öneminin olmamasıdır.

Uygulamada özellikle icra takibinden önce, mal satılırken borçludan alınan senetler ile kişinin kolaylıkla haczedilmeyen malının haczedilebileceğine muvafakat verdiği görülmektedir. Hatta borçlunun imzalamış olduğu senette böyle bir muvafakatin varlığını dahi okumamış olduğuna rastlanılmaktadır²¹.

Bu hükmün özellikle geçimini maaş veya ücret ile sağlayan kimseleri korumak için konulduğu belirtilmektedir²². Özellikle borç doğuran bir hukuki işlem yapılırken alacaklı kişiler alacaklarını garanti altına almak isterler. Her borç için ipotek veya taşınır rehni tesis etmek mümkün değildir. Borçlunun borcunu ödememesi halinde, borçlu aleyhine yapılan icra takibinde, borçlunun elinde bulunan mal ve hakkın haczedilemeyeceğini ileri sürerek takibi sonuçsuz bırakması mümkün olabilir. İcra ve İflâs Kanunu m. 83/a hükmünün kabulünden (1965 yılından) önce özellikle senetlerde çok kullanılan muvafakat, maaş hacizlerinde cereyan ediyordu. Borçluya imzalatılan senetlerde “Maaşım mahcuz dahi olsa tamamının veya bir kısmının haczine muvafakat ediyorum” şeklinde ibareler bulunmakta idi. Takipten sonra buna istinaden borçlunun maaşı hacizli olsa bile sıraya konulmayarak, kabul ettiği bir miktarın veya eline geçeninin tamamının kesilmesi mümkün idi. İİK. m. 83/a hükmü bunu yasaklamış ve geçersiz saymıştır²³.

Aynı şekilde, ihtiyacı olan krediye kavuşabilmek için tamamen veya kısmen haczedilemeyen mallarının ileride alacaklı (banka) tarafından haczedilebilmesine önceden rıza göstermek zorunda kalan borçlu bakımından bir zorunluluk halinin varlığından söz edilebilir. Örneğin, (A) Bankası'nın, (B)'ye istediği krediyi ancak İİK m. 82 ve 83'deki malların haczedilebileceği

¹⁹ Postacioğlu, s. 335; 12. HD. 4. 3. 2003, 1623/ 4158: “İİK m. 83 a gereğince borçlunun, hacizden önceki bir dönemde haczi mümkün olmayan bir mal veya hakkın haczedilebileceğine dair alacaklıyla yapmış olduğu anlaşma geçerli değildir ...” (YKD 2003/ 6, s. 920). Söz konusu düzenlemeyi, borçluya sağlanan bir koruma tedbiri niteliğinde kabul etmek de mümkündür. Bkz. Yunusoğlu, s. 97.

²⁰ Kuru, İcra ve İflâs, C. I, s. 835; Uyar, Haciz, s. 711; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 305; aynı şekilde 538 Sayılı Kanuna İlişkin Hükümet Gerekçesi.

²¹ Yunusoğlu, s. 97.

²² Bkz. “... Bilhassa geçimini maaş veya ücret ile sağlayan kimseleri himaye için konulan bu hüküm (yani İİK m. 83/a) çok yerindedir” (Adalet Komisyonu Gerekçesi)

²³ Yunusoğlu, s. 98.

konusunda anlaşma yaptıkları takdirde vereceğini söylediğini varsayalım. (B), ihtiyacı olan krediyi kavuşmak için (A) Bankası'nın teklifini kabul etmek ve haczedilemeyen mallarının haczedilebileceğine ilişkin olarak (A) Bankası ile anlaşmak zorunda kalırsa, bu anlaşma İİK m. 83/ a gereğince geçersiz olacaktır²⁴.

b. İİK m. 83/a Hükümünün Uygulama Alanı

İİK m. 83/a hükümünün uygulama alanına, her şeyden önce İİK m. 82 ve 83'de yer alan haczedilemeyecek olan mal ve haklar girer. Örneğin mesken hacizleri bakımından, borçlunun hacizden önce meskeniyet şikâyetinden vazgeçmesi İİK m. 83/a gereğince geçersizdir²⁵.

İİK m. 83/a hükmünde her ne kadar "82 ve 83'üncü maddelerdeki" haczedilemeyecek olan mal ve haklardan söz edilmişse de²⁶, özel kanunlara göre haczedilemeyen mal ve haklar da bu madde kapsamında kabul edilmektedir²⁷. Bu çerçevede, örneğin SSK tarafından bağlanan emekli aylıklarının haczedilmezliğinden önceden feragat edilemez²⁸. Benzer şekilde, borçlunun

²⁴ Bkz. Muşul, s. 599- 600.

²⁵ 12. HD. 4. 10. 1988, 9393/ 10829 (Şimşek, Edip, İcra ve İflâs Kanunu, Açıklamalar ve İçtihatlar, Ankara 1989, s. 304).

²⁶ Bkz. İİD, 31. 5. 1966, 5845/ 5919: "Şehit maaşının haczine ilişkin muvafakate binaen işlem yapıldıktan sonra alacaklı icraya müracaat ile mevzuu haczin kaldırılmasını talep etmiş ve şu suretle mevcut durum borçlunun hacze muvafakatından evvelki hale kendiliğinden avdet etmiştir. 2 inci defa aynı paraya haciz konulabilmesi için borçlunun yeniden muvafakatının alınması şarttır. Bundan başka ikinci defa haciz talep edildiği tarih olan 1. 9. 1965 gününde 538 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiş olup ikinci safhayı teşkil eden haciz işlemi anılan kanun ile değiştirilen hükümlere göre yürütülmek icabeder. *Mezkûr kanunun 83/ A maddesi* haczi caiz olmayan malların ve hakların haczine muvafakati tazammun eden ve önceden yapılmış sözleşmeleri geçerli saymamaktadır. Şehit yetimlerine verilen paraların haczi caiz bulunmadığı yolundaki şikâyet yerindedir" (Olgaç, Senal, İcra-İflâs, C. I, Ankara 1978, s. 752, No. 1379).

²⁷ Bkz. "... Hükümde, 82 ve 83.maddelerden sarahaten bahsedilmesine rağmen özel kanunlara göre haczi kabil olmayan mal ve hakların da bu maddeye dâhil bulunduğu şüphe yoktur ..." (Adalet Komisyonu Gerekçesi: *Yeleğçi*, s. 194- 195). Aynı yönde bkz. Uyar, Haciz, s. 712; Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. İİD. 16.11. 1971, 11683/ 11554 (Uyar, Haciz, s. 715- 716; *Olgaç*, 751- 752; *Şimşek*, s. 302- 303).

²⁸ Bkz. 12. HD. 16. 9. 1991, 2049/ 9127: "506 sayılı Yasanın 121. maddesi hükmüne göre, 'bu yasa gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar nafaka borçları dışında haczedilemez'. İİK.nun 83a maddesinde '82 ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaların muteber olmadığı' kabul edilmiştir. Somut olayda, davacı "SSK tarafından bağlanan emekli aylığının 30.000 lira dışında kalan kısmının haczine muvafakat ettiği" icra müdürlüğüne verdiği 27. 2. 1989 tarihli dilekçesinde kabul etmiş, icra müdürlüğünce adı geçen maaşının haczi için SSK müdürlüğüne 25. 4. 1989 tarihinde yazı yazılmış ve haciz uygulanmıştır. Yukarıda anılan

takibin kesinleşmesinden önce emekli maaşının ¼'ünün haczine muvafakat etmesi de geçersizdir²⁹.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun³⁰ 5. maddesine göre "Ticari amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler". Dolayısıyla, maddede sözü edilen bu hayvanların haczedilmesi de İİK m. 83/a hükmü kapsamında olup, bu hayvanların haczedilmezliğinden önceden feragat edilemeyecektir³¹.

İİK m. 83/ a hükmünün uygulanması, özellikle, borç doğuran hukuki ilişki ile birlikte yapılan anlaşmayla ilgili olarak karşımıza çıkabilir³². Örneğin yukarıda verilen banka kredisi örneğinde olduğu gibi³³, (A) Bankası'nın, (B)'ye istediği krediyi ancak İİK m. 82 ve 83'deki malların haczedilebileceği konusunda anlaşma yaptıkları takdirde vereceğini belirtmesi durumu böyledir. Daha önce de belirtildiği gibi, (B) ihtiyacı olan krediye kavuşmak için (A) Bankası'nın teklifini kabul etmek ve haczedilemeyen mallarının hacze-

İİK. nun 83a maddesi amir hükmü gözetilmeden, "şikâyetin reddedilmesi" isabetsizdir" (İpekçi, Nizam, İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı- Şerh-, Ankara 2001, s. 391); ayrıca bkz. 506 Sayılı Kanun m. 121; 1479 Sayılı Kanun m. 67.

29 Bkz ve karşı. 12. HD. 30. 9. 1980, 5131/ 6866: "İİK. 'nun takibin kesinleşmesinden sonra, emekli maaşının 3/4'ünün haczine muvafakat etmiştir. Bu muvafakat, anılan madde icabı geçerlidir" (Uyar, Haciz, s. 716; Şimşek, s. 303).

30 Bkz. RG. 1. 7. 2004, S. 25509.

31 Özel kanunlara göre haczedilemeyen mal ve haklarla ilgili diğer düzenlemelere ayrıntılı olarak burada girilmemiştir. İİK m. 83/a hükmü kapsamına girecek olan bu düzenlemeleri şu şekilde belirtmek mümkündür: TTK m. 753, yola hazır geminin haczedilemeyeceğine ilişkin TTK m. 892/ 1, 2849 sayılı Kefalet Kanunu m. 11, 4178 Sayılı Kanun m. 12, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 64/ 2, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 203/3, m. 207/4, m. 236, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası m. 143, m. 154/2, m. 176, m. 177/2, 2834 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m. 8, m. 16/3, 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 38/5, 854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 32 gibi. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. HGK. 26. 2. 2003, 12- 116/111 (YKD 2003/11, s. 1657-1665); İpekçi, s. 379- 383; Yılmaz, Ejder, Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 602- 603.

32 Yargıtay'ın konu ile ilgili bir kararına göre " ... İİK'nun 83/a maddesi borç doğuran hukuki ilişki ile birlikte yapılan anlaşmayla ilgilidir. Vazgeçmenin icra takibinden önce oluşu 83/a maddesinin uygulanmasını gerektiren husus değildir" (12. HD. 5. 5. 983, 3960/ 3577, Yasa HD., Mayıs 1984, s. 709; Üstündağ, s. 229, dn. 574a). Yargıtay'ın genel kural koyan bu görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir. Çünkü kararda sözü edilen husus, her zaman olmayabilir.

33 Bkz. yukarıda B- II, 1.

dilebileceğine ilişkin olarak (A) Bankası ile anlaşmak zorunda kalsa bile, bu anlaşma İİK m. 83/ a gereğince geçersiz olacaktır.

c. İİK m. 83/a Hükümünün Hukuki Niteliği

İİK m. 83/a hükmü kamu düzenini ilgilendiren bir düzenlemedir. Bu nedenle, önceden feragat ilişkin husus, süreye bağlı olmaksızın icra mahkemesinde şikâyet (İİK m. 16 vd) yoluyla ileri sürebilir. Bir başka deyişle, borçlu haciz aşamasında veya daha sonra paraya çevirme işleminin bitimine kadar bu durumu belirterek haczedilmezlik iddiasında bulunabilir³⁴.

Haczedilmezlik iddiasından feragatten daha sonra vazgeçilemez³⁵. Bu durum söz konusu hükmün kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olmasının bir sonucudur.

İİK m. 83/a ile ilgili bir sorun ise, söz konusu hükmün borçlu yararına tersinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağıdır. İİK m. 83/a'nın amacının borçlunun korunması olduğu düşünülürse, alacaklı ile borçlu, borcun ödenmemesi halinde, borçlunun sadece belli (sınırlı) taşınır veya taşınmaz mallarının haczedilebileceğini önceden kararlaştırabileceklerdir³⁶.

3. Haciz Sırasında veya Hacizden Sonraki Dönemde Haczedilmezlikten Feragat

Borçlunun haciz sırasında veya hacizden sonraki dönemde bir malın (belli bir mal, hak veya ücretin) haczedilmezliğinden feragat etmesi mümkündür³⁷. Bu sonuca İİK m. 83/ a hükmünün karşıt anlamından da varmak mümkündür. Haciz sırasında veya hacizden sonra feragat açık veya zımnî olabilir. Bu nedenle konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir.

³⁴ İpekçi, s. 396; aynı yönde bkz. 12. HD. 16. 9. 1991, 2049/ 9127 "... İİK.nun 83a maddesi amir hükmü gözetilmeden şikâyetin reddedilmesi isabetsizdir..." (İpekçi, s. 391).

³⁵ Bkz. İİD. 5. 3. 1965, 2777/ 2876 (Uyar, Haciz, s. 690).

³⁶ Uyar, Haciz, s. 712.

³⁷ Örneğin bkz. 12. HD. 26. 10. 1982, 7227/ 7728: "İİK.'nun 83/ a maddesi gereğince sonradan vaki muvafakatın geçerli olduğu düşünülmeden şikâyetin kabulü ile haczin kaldırılması isabetsizdir (Şimşek, s. 303); 12. HD. 4. 3. 2003, 1623/ 4158: "... Haciz sırasında ya da haciz işleminin gerçekleşmesinden sonraki dönemde borçlu haczedilmesi mümkün olmayan mal ve haklarla ilgili olarak bu hakkından vazgeçebilir" (YKD, 2003/ 6, s. 920).

a. Açık Feragat

Bu ihtimalde, taraflar haciz sırasında veya hacizden sonraki dönemde, haczi caiz olmayan bir mal, hak veya ücretin haczedilmezliğine ilişkin olarak anlaşılır. Buna “açık feragat sözleşmesi” demek mümkündür.

Feragat sözleşmesinin geçerliliği konusunda Kanun’da her hangi bir şekil öngörülmüş değildir. Ancak en azından feragat etmek isteyen borçlunun haczedilemeyecek mal ve haklarına haciz konulmasını kabul ettiğini, icra dosyasına bildirmesi gerekecektir³⁸. Yani açık feragat için, borçlunun hacze muvafakat ettiğinin açıkça anlaşılması gerekir. Bu açıklık, borçlunun imzası onaylı bir dilekçe ile feragatini göndermesi halinde de söz konusu olabilir.

Uygulamada hacizden sonra feragate, özellikle para alış veriş ve taksitli mal satışlarında rastlanmaktadır. Zira para alışverişini yapan kişiler veya taksitle mal verecek firmalar, alıcının (borçlunun) haczedilemeyen bazı mal ve hakların haczine muvafakat niteliğinde beyan ve kabullerini alabilmek için malı veya parayı vermeden bir icra takibi yaparak icra takibinden sonra dosyaya borçlunun haczi caiz olmayan mal ve haklarından feragati gerektiren beyanlarını aldıktan sonra, yani icra takibi ile borcun kesinleşmiş olması ve “haczedilemez maldır, meskendir” gibi savunmalardan peşinen feragat ile gerektiğinde bunlara haciz konulması suretiyle alacak için garanti tesis etmektedirler. Toplumda para bulma ve mal alma sıkıntısında olan memur, işçi ve emekli gibi kişiler önceden borçlanmak ve feragatler ile arzu ettikleri para ve mala kavuşma imkânı bulmaktadırlar. İşte İcra ve İflâs Kanunumuz buna cevaz vermiş olup, bu gibi olaylara rastlamak her zaman mümkündür³⁹.

Borçlular, sadece bir malı alabilmek için değil, evine hacze gelinmemesi, eşyaların kaldırılıp muhafaza altına alınmaması için de bu tür muvafakatleri veya taahhütleri verebilirler. Ayrıca hakkında mal beyanında bulunmama dolay alınmış hapis kararının kaldırılması gibi takipten sonra ortaya çıkabilen özel sebepler ile de gerekli muvafakat ve taahhütleri verebilir. Bunlar da elbette geçerlidir. Borçlu evinde kullanmış olduğu televizyon, buzdolabı, çamaşır makinesi, halı gibi malların haczedilerek satılması yerine, maaşının belli bir kısmının veya tamamının haczini kabul etmek suretiyle kendi hayat düzeyini de sarsıntıya uğratmamış olmaktadır. İşte Kanun bir ölçüde buna imkân tanımış olmaktadır⁴⁰.

38 Yunusoğlu, s. 98.

39 Yunusoğlu, s. 98.

40 Yunusoğlu, s. 98-99.

Borçlunun takipte bulunan alacaklıyla haczedilemeyen bir mal için açık bir feragat sözleşmesi yapması halinde, hacze iştirak eden diğer alacaklısı veya alacaklılarına karşı haczedilmezlik iddiasında bulunmasına bir engel yoktur. Bu durumda borçlu, bir alacaklısını diğerlerine tercih edebilecektir⁴¹.

b. Zimnî Feragat

aa. Genel Olarak

Borçlunun haczi caiz olmayan mal, hak veya ücretinin haczine karşı süresinde⁴² şikâyet yoluna başvurmaması halinde, haczedilmezlikten zımnen feragat etmiş sayıldığı hukukumuzda kabul edilmektedir⁴³.

Bilindiği üzere, bir malın haczedilip haczedilemeyeceğini takdir edecek olan icra dairesidir. Bu nedenle borçlu, mal beyanında bulunurken kendi kanaatine göre haczedilemeyecek olan mallarını da bildirmek zorundadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bununla borçlu, mal beyanında bildirmiş olduğu malların haczedilmezlik niteliğinden feragat etmiş sayılmaz⁴⁴.

Malın haczedilmezlik niteliği, kamu düzeni ile ilgili ise, örneğin İİK m. 82/ 1'e göre haczi caiz olmayan bir mal haczedilmişse veya borçlu için çok zorunlu giyim, yiyecek, yakacak eşyası gibi şeyler haczedilmek suretiyle hayat borçlu için katlanılmaz bir duruma girmişse, bu husustaki şikâyetin süreye bağlı olmaksızın yapılabilmesi gerekir⁴⁵. İşte bu durumda, yani süre-

41 Bkz. ve karşı. *Ansay*, s. 97. Ancak belirtmek gerekir ki, bu mal borçlunun iflâsından dolayı masaya alınırsa, lehine feragat edilen alacaklının bir rüçhan iddiasına hakkı bulunmamaktadır (*Ansay*, s. 97).

42 Haczedilmezlik şikâyetinin ileri sürülebileceği süre için kanunda özel hüküm bulunmadığından, bu konuda genel hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle kural olarak haczedilmezlik iddiasının yedi günlük şikâyet süresi içinde ileri sürülmesi gerekecektir (*Uyar, Talih, Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku*, B. 2, C. I, İzmir 1993, s. 169; *Yunusoğlu*, s. 97; 12. HD. 13. 11. 1995, 15820/ 15698: "Borçlunun, kıymet takdiri raporunun tebliği ile taşınmazın haczini öğrenmiş sayılacağı yedi günlük şikâyet süresinin bu tarihten itibaren başlayacağı ..." (*İpekçi*, s. 385); aynı yönde bkz. 12. HD. 6. 7. 1994, 9205/ 9445 (*İpekçi*, s. 388); 12. HD. 18. 1. 1984, 1035/ 148 (*Uyar, Haciz*, s. 730).

43 *Ansay*, s. 96; *Muşul*, s. 600; *Pekcanitez, Hakan, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986, s. 83; *Postacıoğlu*, s. 336; *Yunusoğlu*, s. 98; *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, s. 305; *Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2004, s. 151; *Üstündağ*, s. 229.

44 *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, s. 247; s. 247, dn. 4.

45 *Uyar, Haciz*, s. 169. Örneğin bkz. 12. HD. 25. 9. 1990, 2202/ 8980: "İİY 82/ 9 hükmünün kamu düzeni ile ilgili olduğu (bu nedenle şikâyetin süresiz olarak yapılabileceği) ve bu hükmeye dayanan şikâyetin duruşma yapılarak incelenmesi gerekeceği ..." (*İpekçi*, s. 391); ayrıca bkz. *İpekçi*, s. 395. Süresiz şikâyet ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez*, s. 84 vd.; *Uyar, Talih, İcra Hukukunda Şikâyet*, B. 2, Manisa 1991, s. 548

siz şikâyetin mümkün olduğu hallerde haczedilmezlikten zımnen feragatin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir. Çünkü şikâyetin süresiz olduğu hallerde, bu sürenin geçmesinden de doğal olarak söz edilemeyecektir.

Borçlunun haciz yapılmadan önceki bir dönemde haczedilemeyen bir malına haciz konulmasını bildirmesine rağmen, hacizden sonra bundan vazgeçerek şikâyetinde bulunması halinde, şikâyetin kabul edilmesi gerekir⁴⁶. Bir başka deyişle bu durumda borçlunun haczedilmezlik iddiası dinlenir.

Borçlunun zorunlu eşyasını satmak üzere alacaklıya teklif etmesi, eğer pazarlık sonradan bozulmuşsa, borçlunun haczedilmezlik iddiasından kesin olarak zımnen feragat ettiği anlamına gelmez⁴⁷.

Mirasbırakanın sağlığında meskeniyet iddiasından açık veya zımnî olarak feragat etmiş olması mirasçılara şamil olmaz. Yani mirasbırakanın meskeniyet iddiasından feragat etmiş olması, mirasçılardan meskeniyet iddiasında bulunmalarına engel teşkil etmez⁴⁸.

Konumuzla ilgili bir durum ise Medeni Kanun m. 199 bakımından kendisini göstermektedir. Medeni Kanunun 199 uncu maddesine göre “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (f. 1). Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır (f. 2). Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir*”. Evlilik birliğinin korunması için hâkimin alacağı önlemlerden birisi

vd. Özellikle tamamen haczedilemeyen bir mal haczedildiği takdirde, borçlunun şikâyeti bazı hallerde süresiz olabilir. Yapılan haczin, borçlu menfaati yanında, kamu düzenini, kamu vicdanını ve kamu ahlakını da yakından ilgilendirmesi halinde şikâyetin süresiz olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle her somut olaya göre şikâyetin süreye tabi olup olmadığını belirlemek gerekir (Bkz. Muşul, s. 588).

⁴⁶ Bkz. 12. HD. 1. 2. 1984, 1113/916 (Şimşek, s. 303-304; İpekçi, s. 395).

⁴⁷ Ansay, s. 96, dn. 144. Ayrıca Yargıtay'ın bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Daha önce satmaya teşebbüs ya da bir başka takipte İİK'nun 82/12 maddesine göre meskeniyet itirazında bulunmamak, bu haktan vazgeçmemek anlamında kabul edilemez. Böyle bir nedene dayalı olarak şikâyetin reddedilmesi isabetsizdir” (12. HD. 25. 10. 1990, 3352/10545: Kaçak, Nazif, Açıklamalı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi- 12. 02. 2004 Tarihli ve 5093 Sayılı Kanunla Değişik- Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 726). Kanaatimizce karardaki “bu haktan vazgeçmemek anlamında kabul edilemez” ifadesini “bu haktan vazgeçmek anlamında kabul edilemez” şeklinde anlamak gerekir.

⁴⁸ Bkz. İİD. 26. 2. 1940, 786/995 (Karar için bkz. Üstündağ, s. 229, dn. 575); aynı yönde Üstündağ, s. 230. Ayrıca, borçluların mirasbırakanı tarafından taşınmaz üzerinde kurulmuş olan ipoteğin, mirasçılardan haczedilmezlik iddiasında bulunmasını engellemeyeceği hakkında bkz. İİD. 29. 3. 1966, 3645/3383; Uyar, Haciz, s. 762).

olan bu düzenleme⁴⁹, çoğu zaman ayrılık veya boşanmaya kararlı olan eşin (özellikle kocanın) sırf diğerine nafaka ya da tazminat ödememek için mevcut mallarını başkalarına devretmesi, yani diğerinden mal kaçırmamasına, bunun sonucunda, nafaka ya da tazminat hükmü alan eşin diğerinden cebri icra yoluyla bir şey elde edememesine karşı özel bir tedbir olarak öngörülmüştür. Ancak maddenin tek amacı, eşlerden birinin diğerinden mal kaçırmaması değil, aynı zamanda tasarruf yetkisinin sınırlanmasında ailenin varlığının güvence altına alınması düşüncesidir⁵⁰. İşte bu hükmün konumuzla ilgili olan yönü, Medeni Kanun'un 199'uncu maddesinin, takip hukuku bakımından bir yenilik veya değişiklik getirip getirmediğidir. Öğretide, Medeni Kanun'un 199'uncu maddesinin, takip hukuku bakımından bir yenilik veya değişiklik getirmediği, sınırlamanın sadece iradi işlemler bakımından söz konusu olduğu, cebri icra işlemlerinin bundan etkilenmediği kabul edilmektedir⁵¹.

Medeni Kanun m. 199 hükmü gereğince, tasarruf yetkisinin kısıtlandığı belli mallar üzerinde eşlerden biri tek başına tasarrufta bulunamaz. Bu nedenle kendisine karşı yapılan takip sonucu karara konu malların haczedilmesi üzerine, o mallar üzerinde haczin mümkün (caiz) olmadığı yolundaki şikâyet hakkının süresinde kullanılmaması tek başına bir sonuç doğurur mu? Bir başka deyişle, şikâyet hakkının kullanılmaması şeklinde tezahür edecek olan zımnî feragat gerçekleşecek midir, yoksa diğer eşin rızası aranacak mıdır?

Burada haczedilmezlikten feragat bir sözleşme⁵², yani iradi bir işlem olduğuna göre, bu konuda diğer eşin rızasının aranması ve bu rıza olmaksızın yapılan hacze karşı, rızası gereken diğer eşin şikâyet yoluna başvurarak, feragatin geçersiz olduğunu ve kendisinin bu işleme rızasının bulunmadığını ileri sürmesi mümkün olmalıdır. Bu şikâyet, aynı zamanda kanunen haczi

49 Konu ile ilgili olarak bkz. Akıntürk, s. 255- 256; Zevkiler/ Havutçu, s. 248.

50 Zevkiler/ Havutçu, s. 248; aynı yönde Uçar, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme, AÜEHFD, C. VI, S. 1- 4, s. 324. Bu hükmün, eşlerin birbirine olan nafaka ve tazminat yükümlülükleri ile edinilmiş mallara katılma rejiminde parasal katkı alacaklısı eşin alacağının teminat altına alınması bakımından önemli olduğu hakkında ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Yasal Alım Hakkı, s. 28.

51 Barlas, Nami, Yeni Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 137; Kılıçoğlu, Yasal Alım Hakkı, s. 35; Atalay, s. 62; ayrıca karşı. Şıpka, Şükran, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası -TMK m. 194-, B. 2, İstanbul 2004 s. 119.

52 Fakat bu sözleşmenin diğer sözleşmelerden farklı olarak icra sözleşmesi olduğu hakkındaki aşağıda bilgi verilecektir. Bkz. aşa. B- IV.

caiz olmadığı halde haczedilen (mahkemenin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kararına da konu olan) mallar hakkında haczedilmezlik şikâyeti anlamına gelecektir⁵³.

bb. Mesken Hacinde Durum

Borçlunun haciz sırasındaki sosyal durumuna ve ailesinin ihtiyaçlarına göre haline münasip evi haczedilemez (İİK m. 82/ I, b.12)⁵⁴. Borçlu da hacizden önceki bir dönemde haline münasip evinin haczedilmezliğinden feragat edemez (bkz. İİK m. 83/a). Ancak haciz sırasında veya hacizden sonraki bir dönemde borçlunun gerek açık gerekse zımnî muvafakati mümkün olup, alacaklı feragat nedeniyle borçlunun haline münasip evini dahi haczettirebilir.

Borçlunun haczedilmezlik şikâyetini, meskenin haczedildiğini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde yapması gerekir (İİK m. 16). Zira evin haczi, sadece borçlunun menfaatlerini ihlal edip, kamu düzenini ilgilendirmez⁵⁵. Yedi günlük süre içinde meskeniyet (haczedilmezlik) iddiasında bulunulmazsa meskeniyet iddiasından feragat etmiş sayılır. Fakat belirtmek gerekir ki, bu vazgeçme yalnız o icra takibi içindir; borçlu başka takiplerde meskeniyet iddiasını ileri sürebilir⁵⁶.

53 Atalay, s. 62.

54 Bir malın, daha dar anlamıyla evin haczinin gerekip gerekmediği icra müdürü tarafından takdir edilir (Bkz. Pekcanitez, s. 63; Uyar, Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, s. 996; Üstündağ, s. 224; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 152; ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 305). Buna karşılık Yargıtay, icra müdürünün, borçlunun meskeniyet iddiasına rağmen, evi haczetmek zorunda olduğu görüşündedir. Örneğin bkz. 12. HD. 22. 9. 1989 (YKD. 1990/ 2, s. 244); 12. HD. 24. 11. 1988, 2360/ 14238 (YKD. 1989/ 4, s. 529). Yargıtay'ın bu uygulamasının teorik açıdan gerekçelerini göstermenin kolay olmadığını, fakat pratik ihtiyaçlara uygun olduğu belirten görüş için bkz. Postacioğlu, s. 344- 345 (Bu görüşün eleştirisi ve diğer açıklamalar için bkz. Pekcanitez, s. 63). İcra müdürünün bir malın haczedilip haczedilemeyeceğini takdir edemeyeceğine ilişkin bir karar için bkz. 12. HD. 22. 9. 1989, 1101/ 11085 (Uyar, Haciz, s. 740). Öğretideki bir görüşe göre ise, bir malın haczedilip haczedilemeyeceği konusunda bir duraksama varsa, icra müdürünün alacaklı lehine davranıp, malı haczetmesi daha uygundur. Çünkü bu suretle o malın borçlu tarafından kaçırılması önlenmiş olur ve haciz işleminin icra mahkemesince iptal edilmesi halinde aynen borçluya geri verilmesi mümkün olabilecektir (Uyar, Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, s. 996).

55 Muşul, s. 587. Yargıtay da aynı görüştedir. Örneğin bkz. 12. HD. 21. 03. 1994, 2959/ 3600 (Kaçak, s. 729- 730).

56 Kuru, İcra ve İflâs, C. I, s. 820- 821; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 301; ayrıca bkz. 12. HD. 18.11. 1982, 9030/ 8521 (Kuru, İcra ve İflâs, C. I, s. 820- 821); 12. HD. 12. 02. 1993, 13338/ 2513 (Kaçak, s. 726); 12. HD. 6. 4. 1976, 1699/ 4255 (Şimşek, s. 302).

Haczedilmezlikten zımnî feragat ile ilgili olarak tartışılması gereken bir başka sorun, borçlunun meskenini⁵⁷ bir alacaklısına ipotek ettirmiş olması halinde, borçlunun ipotek alacaklısına karşı meskeniyet (haczedilmezlik) iddiasında bulunup bulunamayacağıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, niteliği itibariyle haczedilemeyen bir mal üzerinde rehin geçerlidir⁵⁸. Ancak hukukumuzda, borçlunun meskenini bir alacaklısına ipotek ettirmiş olması halinde, borçlunun ipotek alacaklısına karşı meskeniyet iddiasında bulunamayacağı kabul edilmektedir⁵⁹. Çünkü ipoteğin kurulmasında borçlu rehin vermiş olduğu malı diğer mallardan ayırma yeteneğine sahip olup, yapmış olduğu tasarrufun (rehnin) vahametini idrak etme fırsatına sahip durumdadır. Buna karşılık, haczedilemeyen bir malın haczedilmezlik niteliğinden feragatte, bu tasarruf üzerinde bu şekilde düşünme fırsatı bulunmamaktadır⁶⁰.

Buna karşılık meskenini (evini) bir alacaklısına ipotek eden borçlunun, bununla diğer bütün alacaklılara karşı da meskeniyet (haczedilmezlik) iddiasından zımnî feragat etmiş sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Öğretideki hâkim görüş⁶¹, borçlunun evini bir alacaklısına ipotek ettirmesinin, diğer alacaklıları için meskeniyet iddiasından zımnî feragat ettiği anlamına gelmeyeceği şeklindedir. Kanaatimizce de borçlunun evini bir alacaklısına ipotek ettirmesi, diğer bütün alacaklıları için meskeniyet iddiasından zımnî feragat ettiği anlamına gelmemelidir. Çünkü bir malın haczedilmezlik sıfatından önceden feragat İİK m. 83/ a hükmü gereğince geçersizdir⁶². Buna

57 *Mesken* kavramı, ikamete elverişli bir yerdir. Meskenin yıkık, tamamlanmamış, kiralanmış veya gecekondü gibi işgal ettiği yerin başkasına ait olması, meskeniyet iddiasına engel teşkil etmez. Ayrıca bu kavram, sadece bağımsız olarak ikamet edilen yerleri değil, kat mülkiyetine konu olan yerler ve borçlunun işgal etmekte olduğu binadaki paylı (müşterek) veya elbirliği mülkiyeti (iştirak halindeki mülkiyet) hisselerini de kapsar (Berkin, İcra, s. 216).

58 Postacioğlu, s. 336.

59 Bkz. Kuru, İcra ve İflas, C. I, s. 821- 822; Muşul, s. 596; Postacioğlu, s. 336; Ansay, s. 109; 12. HD. 01. 11. 1994, 10472/ 14060 (Kaçak, s. 725- 726). Buna karşılık, ipotek mesken kredisi, esnaf kredisi ve zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden ise, borçlu daha önce ipotek ettiği taşınmaz (konut) hakkında meskeniyet iddiasında bulunabilir (Bkz. 12. HD. 04. 04. 2002, 5980/ 7041; Kaçak, s. 720); aynı yönde bkz. 12. HD. 12. 3. 1984, 2883/ 2852 (Şimşek, s. 298).

60 Bkz. 12. 10. 1929 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı (JdT 1930 II 41; Naklen: Postacioğlu, s. 336- 337). Bununla birlikte ev rehin edilmiş ise rehin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, rehnedilenin mesken olduğu iddiası ileri sürülemez (Bkz. Postacioğlu, s. 336; karş. Ansay, s. 109).

61 Muşul, s. 596; Üstündağ, s. 230; Postacioğlu, s. 336; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin/ Özkan/ Özkes, s. 154; Kuru, İcra ve İflas, C. I, s. 822; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 301.

62 Ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 301.

karşılık Yargıtay borçlunun, evi üzerinde bir alacaklısı lehine ipotek kurmasını, diğer bütün alacaklılarına karşı meskeniyet (haczedilmezlik) iddiasından öncelikle vazgeçmiş (feragat etmiş) sayılmasını gerektireceği görüşündedir.⁶³

Burada tartışılması gereken sorun, Yeni Medeni Kanun'la getirilen *aile konutu* kavramı ile İcra ve İflâs Kanunu m. 82/ b.12'de ifade edilen *borçlunun haline münasip evi* kavramı arasındaki ilişkinin ne olduğu, bu durumun haczedilmezlikten sonradan (zımnen) feragat konusunda ne gibi sonuçlar doğuracağıdır.

Medeni Kanun m.194⁶⁴ ile getirilen aile konutu kavramı, eşlerin ortak iradesiyle barınmalarına sürekli biçimde özgülenen yaşam alanını ifade eder⁶⁵. Aile konutu niteliği taşıyan konutun mülkiyeti eşlerden birine ait olsa bile, bu eş diğer eşin rızası olmadıkça aile konutunu başkasına devredemez, yani satamaz, bağışlayamaz veya trampa edemez. Böylelikle eşlerin tasarruf

⁶³ Yargıtay'ın konudaki örnek kararları için bkz. 12. HD. 11. 10. 1999, 10500/ 11953 (YKD. 2000/ 1, s. 60- 61); 12. HD. 12. 10. 1989, 2159/ 12317 (YKD. 1990/ 8, s. 1185). 12. HD. 27. 11. 1991, 4529/ 12417 (YKD. 1991/ 1, s. 74); 22. 10. 1969, 714/ 779 (Yelekçi, s. 190). Bununla birlikte Yargıtay eski tarihli bir kararında, zirai kredi temin etmek için taşınmazın ipotek eden çiftçinin, diğer alacaklılara karşı haczedilmezlik iddiasından vazgeçmiş sayılmayacağına karar vermiştir. Bkz. İİD. 11. 2. 1972, 1047/ 1563 (İBD. 1972, s. 1009; karar için ayrıca bkz. Üstündağ, s. 230).

⁶⁴ Medeni Kanununun 194 üncü maddesi hükmü şu şekildedir: "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (f.1). Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir (f. 2). Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir (f. 3). Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumludur (f. 4)". Özellikle kocanın aile konutu üzerinde tasarruf etmesiyle, bir ev kadını ve anne olarak kadının ve evlilik birliğinin uğrayabileceği zararları önleyebilmek için aile konutuna ilişkin özel bir koruma hükmü olan MK m. 194 getirilmiştir. Bu hüküm evlilik birliği ve çocukların varlığını ve dolayısıyla kamusal menfaati koruyan bir hükümdür. Bkz. Gümüş, s. 32.

⁶⁵ Baygın, Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 455; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, İsviçre'de Evlilik Birliği Hukuku'ndaki Son Gelişmeler, SÜHF, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 438; Aile konutunu, "sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konut" şeklinde de tanımlamak mümkündür. Bkz. Doğan, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müesses: Aile Konutu, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 286; Doğan, Şerh, s. 86. Benzer tanımlar ve geniş bilgi için bkz. Şıpka, s. 77 vd.

yetkisi sınırlandırılmış bulunmaktadır⁶⁶. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Bunun sonucu olarak, hak sahibi eş aile konutuyla ilgili borçlandırıcı işlem yapabilirken, tasarruf işlemlerini diğer eşin rızasını almadan gerçekleştiremeyecektir. İşlemin diğer tarafı, rıza verilene kadar işlemle bağlıdır. O, Medeni Kanunun 451 inci maddesinin 2 inci fıkrası veya Borçlar Kanununun 38 inci maddesinden kıyasen yararlanarak, rıza verilip verilmeyeceğinin açıklanması için bir süre tayin edebileceği gibi, bu süreyi hâkime de tayin ettirebilir. Tasarruf işlemi yapılmaz veya rıza alınmadığı için geçersiz olursa, işlemin karşı tarafı doğan zararını talep edebilir. Bu durumda tazminat borcunun ödenememesi halinde, aile konutunun cebri icra yoluyla satılması mümkün olacağından, Medeni Kanunun 194. maddesinin sağlamak istediği korumanın tehlikeye düşebileceği ileri sürülebilir. Buna karşılık, pozitif hukuk çerçevesinde, aile konutunun korunması iki bakımdan mümkün olabilecektir:

İlk olarak, hak sahibi eşin taşınır mallarının alacağı karşılıma yetmediği hallerde taşınmaz niteliğindeki aile konutuna başvurulabilecek olması, aile konutunun korunması bakımından önem arz eder⁶⁷.

İkinci olarak, İcra ve İflâs Kanunu m. 82/ I, b. 12'ye göre, borçlunun haline münasip evi haczedilemez; ancak, evin kıymeti fazla ise, bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarının borçluya bırakılması kaydıyla haczedilerek satılabilir. İşte bu düzenleme de dolaylı da olsa aile konutu için bir koruma sağlayıcı niteliktedir⁶⁸. Ancak bu ikinci durumda hale münasip evin haczedilememesi, borcun hale münasip evin (aile konutunun) satış bedelinden doğmamış olması şartına bağlı olacaktır (İİK m. 82, son fıkra). Bir başka deyişle, borçlu haline münasip evini, eve haciz koyduran alacaklıdan

⁶⁶ Doğan, Aile Konutu, s. 292; Doğan, Şerh, s. 93; Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 47. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Medeni Kanundaki aile konutu ile ilgili MK m. 194 hükmü, hak sahibi eşin aile konutundan yararlanma ya da oturma hakkını kaldıran veya önemli ölçüde kısıtlayan hukuki işlemlerine karşı koruma getirmektedir (Bkz. Şıpka, s. 117).

⁶⁷ Gümüş, s. 51- 52. Bu durum, hacizde tertip ile ilgilidir. Gerçekten borçlunun öncelikle çekişmesiz malları, çekişmesiz mallardan ise taşınır mallarının haczedilmesi gerekir. Çünkü taşınır malların haczi ve satılması daha kolaydır ve bu, alacaklının menfaatine daha uygundur. Borçlunun da bunda menfaati vardır; çünkü taşınmazlar borçlunun ve ailesinin ekonomik varlığını devam ettirmek için taşınırlardan çok daha önemli olup, taşınmazların yerine konması taşınırlara oranla çok daha zordur. Bu nedenle, borçlunun bilinen haczedilebilir taşınır mallarının alacağı karşılıma yetmekte ise, borçlunun taşınmazları (örneğin aile konutu) haczedilemeyecektir (Bkz. ve karşı. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 260, dn. 18).

⁶⁸ Doğan, Aile Konutu, s. 292; Doğan, Şerh, s. 93- 94; Gümüş, s. 52; Şıpka, s. 122.

veresiye satın almışsa (yani, alacak bu evin satış bedelinden doğmuşsa) borçlu, satıcı- alacaklıya karşı o malların haczedilemeyeceğini ileri süremeyecektir.⁶⁹ İİK m. 82’de belirtilen durumların aksine olarak yapılan işlemler için her zaman şikâyet yoluna başvurulabilecek, ikinci durumda kamu düzenine aykırı işlem olduğu için şikâyet süresiz olacaktır⁷⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, pozitif hukuk bakımından aile konutunun korunmasına ilişkin bu korumalar bulunsa dahi, olması gereken hukuk bakımından İcra ve İflâs Kanununda yapılacak bir değişiklikle aile konutunun haczedilemeyen mallar arasında yer alması daha doğru bir yaklaşım olacaktır⁷¹. Yapılması gereken bu değişiklik mevcut tereddütleri ortadan kaldırılması bakımından da önemlidir. Ayrıca borçlu eşe karşı takipte bulunulması halinde, evin (aile konutunun) haczi bakımından, ödeme emrinin diğer eşe de gönderilmesine ilişkin bir düzenlemenin gerekli olduğu da öğretide haklı olarak belirtilmektedir⁷².

Bununla birlikte mevcut hukuki düzenleme bakımından, Medeni Kanun’daki aile konutunun, İcra ve İflâs Kanunu anlamında haczedilemeyen bir mal olarak “hale münasip ev” olarak kabulü her zaman mümkün olmayabilir. Zira borçlunun haciz sırasındaki sosyal durumuna ve ailesinin ihtiyaçlarına uygun bir konut, fiilen kullanılmağa bile, borçlunun haline münasip evi olarak kabul edilerek, haczedilmezlikten yararlanılabilir⁷³. Buna karşılık bir konutun aile konutu sayılabilmesi için ailenin devamlı kullanımına tahsis edilmiş olması gerekmektedir⁷⁴. Ancak borçlu- malik eşin borcundan dolayı

69 Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 301- 302; **Şıpka**, s. 121- 122.

70 **Gümüş**, s. 52. Öğretide **Şıpka**, bu durumda borçlunun bu şikâyetinin kural olarak yedi gün olduğunu, fakat kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulabileceğini, İİK m. 82 gereğince borçlu için çok gerekli olan ve borçlu için tahammül edilemez bir sonuç yaratabilecek hallerde, icra takibi bitinceye kadar bu haktan yararlanılabileceğini belirtmektedir (**Şıpka**, s. 122).

71 Bkz. **Gümüş**, s. 51; **Doğan, Şerh**, s. 95, dn. 361.

72 **Şıpka**, s. 120.

73 **Kuru**, İcra ve İflas, C. I, s. 811- 812; **Atalay, Oğuz**, Türk Medeni Kanunu’nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra- İflâs Hukuku Toplantısı- I, Eskişehir 2003, s. 55.

74 **Kılıçoğlu, Ahmet**, Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 9; **Atalay**, s. 55. Ayrıca, aile konutu kavramı aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekânlardır. Aile ise, karı koca ve çocuklardan oluşan topluluktur. Çocukların ana babadan ayrı yaşamaları halinde, karı ve kocanın birlikte yaşadığı konut da aile konutu sayılır. Aile konutu resmen evli olan karı ve kocanın birlikte yaşadıkları konuttur. Resmi nitelikte olmayan birleşmelerde yaşanan konutlar, eşlerin düzenli olarak birlikte hayatlarını geçirmedikleri, zaman zaman kullandıkları yazlık, dağ

aile konutunun haczi talep edildiğinde, o konut aynı zamanda İİK m. 82/I, b. 12 anlamında, borçlunun haline münasip evi ise, borçlu ve ailesi tarafından haczedilmezlik iddiasında bulunulması mümkün olabilecektir. Burada, haczedilmezlik niteliğinin kaynağı, o taşınmazın aile konutu olması değil, borçlu ve ailesinin haline münasip evi olmasıdır⁷⁵.

Aile konutu, aynı zamanda borçlu eş bakımından haline münasip ev olarak nitelendirilebiliyorsa, bu durumda, borçlu eşin o konutun haczedilmezlik sıfatından feragat etmesinin, diğer eşin rızasına bağlı olup olmadığı hususu da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide, haczedilmezlik (meskeniyet) iddiası ile haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurma hakkının sadece borçlu eşe değil, borçlunun o evde yaşayan aile fertlerine de tanınmış bir hak olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Buradan hareketle acaba, borçlu eşin o konutun haczedilmezlik sıfatından feragat etmesinin, diğer eşin rızasına bağlı olduğu sonucu çıkartmak mümkün müdür?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aynı zamanda hale münasip bir ev olan "aile konutu"nun haczedilmesinin mümkün olmadığı haczedilmezlik (meskeniyet) şikâyeti ile ileri sürülebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, hacizden sonra, açık bir şekilde veya şikâyet süresinin geçirilmesi suretiyle zımnen haczedilmezlikten feragat edilmesi, borçlu-malik eşin iradesine tabidir. Bu nedenle, aile konutunun korunması bakımından, haczedilmezlikten feragat işlemi için diğer eşin açık rızasının aranması gerektiği düşünülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, haczedilmezlik niteliği aile konutu niteliğine bağlı bir husus olmadığından, mevcut hukuki durum bakımından, burada MK m. 194 karşısında İİK m. 82/ I, b. 12 hükmünün özel bir hüküm olarak kabul edilmesi ve haczedilmezlikten feragat konusunda diğer eşin açık rızasının aranmaması gerekir. Aksi takdirde, yapılan haczin kesinleşmesi, belirsiz süreye bağlanmış olur ve diğer eşin rızası için Medeni Kanun'da belli bir süre belirtilmemiş olduğu için, icra takibinde alacaklının menfaatleri önemli ölçüde zarar görebilir⁷⁷. Kanımızca da haczedilmezlikten feragat işleminde diğer eşin rızasının aranmaması gerekir. Medeni Kanunun 194 üncü madde-

evi gibi konutlar da aile konutu sayılmaz (Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Kanun'unuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 41).

⁷⁵ Bkz. Atalay, s. 55.

⁷⁶ Pekcanitez, s. 105; Kuru, İcra, C. I, s. 91; Atalay, s. 55. Ayrıca bkz. Ansay, s. 97.

⁷⁷ Atalay, s. 55- 56.

sinde düzenlenen aile konutuna ilişkin düzenlemenin kapsamına, hak sahibi eşin tasarruf işlemleri girmesi⁷⁸ kanımızca bu sonucu değiştirmemelidir.

4. Haciz Sırasında veya Hacizden Sonra Haczedilmezlikten Feragatin Hukuki Niteliği

Burada söz konusu olan, haczedilmezlikten feragat sözleşmesi olduğuna göre, bu sözleşmenin hukuki niteliğini ortaya koymak önem arz eder. Bilindiği gibi, sözleşme, tarafların karşılıklı irade beyanlarından oluşan iki taraflı bir hukuki işlemdir⁷⁹. Ancak burada söz konusu olan sözleşme, maddi hukuk anlamındaki sözleşmeden farklıdır. Buradaki sözleşme etkilerini icra ve iflâs hukukunda göstermekte olup, bu sözleşmeyi “icra sözleşmesi” olarak nitelenmek mümkündür⁸⁰. İcra sözleşmeleri ise öğretilde cebri icrayı daraltan veya genişleten icra sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Cebri icrayı daraltan icra sözleşmelerinde alacaklı belli usulî yetkileri kullanmakla yükümlü kılınmaktadır. Buna karşılık cebri icrayı genişleten sözleşmelerde durum tam tersinedir⁸¹. Buradan hareketle, İİK m. 83/a’da düzenlenen icra sözleşmesini, cebri icrayı genişleten icra sözleşmesi olarak nitelendirmek kanımızca mümkün olabilecektir. Çünkü hacizden sonraki dönemde, bir malın haczedilmezliğinden feragat edilmesi ile alacaklının kullanacağı usulî yetkinin kapsamı da genişlemiş olacak, borçlunun haczedilemeyen mal veya haklarının dahi böylelikle haczi mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte haczedilmezlikten feragat sözleşmesini genel anlamda usul sözleşmesi olarak da düşünmek mümkündür. Özellikle usul sözleşmelerinin geniş anlamda usulî işlemlerin⁸² içerisinde yer aldığını ve usul işlemler-

⁷⁸ Bkz. Doğan, Şerh, s. 93; Baygın, s. 456. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandırmalar MK m. 194’ün kapsamına girmez. Buradaki sınırlama sadece sağlararası hukuki işlemler içindir. Keza, cebri icra ve kamulaştırma yoluyla gerçekleşen intikaller de sınırlamanın dışında kalır (Barlas, s. 127); ayrıca bkz. Şipka, s. 119.

⁷⁹ Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, İstanbul 1993, s. 44.

⁸⁰ İcra ve İflâs Kanunumuzda icra sözleşmelerine yer verildiği görülmektedir. İİK m. 83/a’nın yanısıra, İİK m. 20 ve İİK m. 138/ III bunlara örnek olarak verilebilir. Kanun koyucu önemine binaen bu noktalarda görüşünü açıklamıştır. Örneğin konumuzla ilgili olarak, İİK m. 83/a hükmünde bu tür sözleşmelerin geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir (Konu ile ilgili olarak bkz. Üstündağ, s. 6).

⁸¹ Üstündağ, s. 5, dn. 3c.

⁸² Öğretilde usul sözleşmeleri “mevcut veya gelecekteki bir davada, bir usulî ilişkiyi kurmayı, değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı amaçlayan veya usulî bir işlemin sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifası veya ondan kaçınılması hususunda bir mükellefiyet doğuran, etkilerini usul hukukunda gösteren, iki taraflı bir usulî işlem” olarak tanımlanmaktadır (Bkz. Karşlı, Abdürrahim, Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s. 178).

rinin kapsamında ise sadece medeni usul hukuku değil, icra ve iflâs hukukunun bulunduğuna ilişkin görüş çerçevesinde⁸³, İİK m. 83/a'daki sözleşme genel anlamda usul sözleşmesi olarak da nitelenebilir.⁸⁴

5. Haczedilmezlikten Feragatin Mutlak Olup Olmadığı Sorunu

Borçlunun haczedilemeyen mal ya da hakkın haczedilmezliği niteliğinden feragatin mutlak mı yoksa sadece feragat edilen alacaklı karşısında mı hüküm ifade edeceği de önemli hususlardan birisidir. Öğretide bu husus tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁵, mal haczedilmiş olduğu sürece feragat bütün alacaklılar karşısında mutlak olarak hüküm doğurur. Öğretideki hâkim görüşe göre⁸⁶, bir malın haczedilmezliğinden feragat, ancak hacze iştirak etmek imkânına sahip olan alacaklılar bakımından sonuç doğurur. Hacze iştirak etme imkânına sahip olmayanlar bundan yararlanamazlar. Bir başka ifadeyle, borçlunun bir alacaklıya karşı haczedilemeyen belirli bir malının haczedilmesine muvafakat etmesi, ancak ona karşı hüküm ifade eder. Yani borçlu, aynı malı daha sonra haczettiren diğer alacaklılara karşı söz konusu malın haczedilemeyeceğini ileri sürebilir⁸⁷. Kanımızca da öğretideki hâkim görüş İİK m. 83/a hükmünün borçluyu koruma amacı bakımından yerindedir.

⁸³ Karşılı, s. 35- 40.

⁸⁴ Ayrıca bu görüş çerçevesinde, geniş anlamda düşünülebilecek bu usulî işlemi, kanuna aykırılığın hem taraflarca ileri sürülebildiği hem de re'sen dikkate alınabilecek usulî işlem kategorisine dâhil etmek mümkün gözükmektedir. Söz konusu bu ayırım için bkz. Karşılı, s. 187.

⁸⁵ Meier, s. 76 (Naklen: Üstündağ, s. 229).

⁸⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Postacıoğlu, s. 337- 338; Yunusoğlu, s. 99; Berkin, 221; Kuru, İcra ve İflâs, C. I, s. 837; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 305; Kuru, Baki, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜEHFD. 1962/ 1- 2, s. 311; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 151. İsviçre Federal Mahkemesi'nin karşı görüşte olan 20.05. 1937 tarihli bir kararı için bkz. JdT 1937 II 85: Postacıoğlu, s. 337, dn. 16.

⁸⁷ Evvelki takiplerde bir taşınmazın başka alacaklılar tarafından haczedilmesi ve bu hacizlere karşı borçlunun haczedilmezlik şikâyeti hakkını kullanamaması (zımni feragat), daha sonraki tarihte gerçekleşen hacze İİK m. 82 uyarınca şikâyette bulunmasına engel teşkil etmez. Bkz. 12. HD. 14. 10. 1986, 85/ 10469; 12. HD. 12. 2. 1981, 8593/ 1353; 12. HD. 3. 6. 1988, 35/ 7264 (Uyar, Haciz, s. 741- 742).

6. Haczedilmezlikten Feragatin İhtiyati Hacizde Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

İhtiyati hacizde de borçlunun haczedilebilen taşınır, taşınmaz mal ve hakları haczedilebilir. Borçlunun haczedilemeyen mal ve hakları ile alacaklarının ihtiyaten haczedilmesi de mümkün değildir (karş. İİK m. 82- 83)⁸⁸. Bunların haczedilmesi halinde, borçlu haczedilmezliği ileri sürerek, icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilir⁸⁹. İhtiyati haciz kararında haczedilemeyen bir mal gösterilmiş olsa dahi, icra müdürünün bu malları haczetmemesi gerekir; aksi halde şikâyet yoluna başvurulabilir⁹⁰.

İİK m. 83/a hükmünün ihtiyati haciz bakımından uygulanıp uygulanmayacağına gelince, kanımızca burada, ihtiyati haczin icrası öncesi ve sonrası dönem olmak üzere, ikili bir ayırım yapmak gerekir. Bilindiği gibi, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde alacaklının ihtiyati haciz kararının icrasını istemesi gerekir. Alacaklı, on gün içinde icra daire-sinden, ihtiyati haciz kararının icrasını istemezse, ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar ve daha sonra uygulanamaz (İİK m. 261/ I). İşte bu aşamada, yani henüz ihtiyati haciz kararı icra edilmeden evvel, borçlunun haczedilemeyen mal ve haklarının haczedilebileceğine ilişkin olarak yapılan anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır.

Buna karşılık, borçlunun ihtiyati haczin icrası sırasında haczedilmezlikten feragati mümkün olmalıdır. Çünkü feragat, icra takibinden önce dahi olsa İİK m. 83/ a hükmünde belirtildiği şekilde önceden yapılmış bir anlaşma niteliğinde değildir. Bu feragat borç doğuran hukuki ilişki ile birlikte yapılmış olmayıp, ihtiyaten de olsa haciz sırasında yapılmıştır. Bu nedenle İİK m. 83/ a'daki amaç bertaraf edilmiş olmamaktadır⁹¹.

88 Ayrıca bkz. İİK m. 261/ II: "İhtiyati haciz kararları, 79'dan 99'uncuya kadar olan maddelerdeki haczin ne suretle yapılacağına dair hükümlere göre icra edilir". Dolayısıyla haczedilmezlik ile ilgili İİK m. 82- 83 hükümleri ihtiyati hacizde uygulama alanı bulacaktır.

89 Postacioğlu, s. 730; Üstündağ, s. 490; Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 285.

90 Berkin, Necmettin M., Tatbikatçılara İflas Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 146; Üstündağ, s. 490; Özekes, s. 285. Buna karşılık, haczedilemeyen bir malın ihtiyati haczine karşı şikâyet yoluna başvurulmamışsa, kesin haciz aşamasında bu konuda itiraz ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Özekes, s. 285- 286; Berkin, İflas, s. 147; Üstündağ, s. 47.

91 Bkz. ve karşı. Özekes, s. 286.

7. Haczedilmezlikten Feragat Etmiş Olan Borçlunun İflâs Etmesi

Bilindiği üzere, müflisin iflâs masasına girecek malı, alacak ve hakları haczedilebilen mal ve haklarıdır⁹². Bu nedenle, gerek İİK m. 82 ve gerekse özel kanun hükümlerine göre tamamen haczi caiz olmayan mal, alacak ve haklar iflâs masasına girmez. İflâs açıldığı anda gerçekleşmiş olan İİK m. 83'deki ücret, alacak ve haklar da haczedilebildiği ölçüde (kısmen) iflâs masasına girer⁹³. Bir malın haczedilmezliğinden feragat etmiş olan borçlunun, sonradan iflâs etmiş olması halinde borçlu (müflis), iflâs masasına karşı o malın haczedilemeyeceğini ileri süremez. Bir başka deyişle mal iflâs masasına girer⁹⁴.

Buna karşılık, borçlu haczedilemeyen bir malına haciz konulması halinde şikâyet yoluna başvurmamak suretiyle belli bir alacaklı lehine malın haczedilmezlik niteliğinden (zımnen) feragat edip, daha sonra iflâs etmesi halinde, şikâyet hakkının geri dönmesi gerekir. Yani bu halde borçlu, daha önceki zımni feragate rağmen, haczedilmezlik şikâyetinde bulunabilir⁹⁵. Çünkü borçlunun belli alacaklı lehine feragat etmesi, o alacaklıyı kayırmak için şahsi düşüncelerden ileri gelebilir. Bu tür şahsi düşüncelerin ise iflâs masasına dâhil alacaklılar bakımından yeri olmamalıdır⁹⁶.

8. Borçlunun Kötüniyetle Hareket Etmesi Halinde Durum

Borçlunun kötüniyetle hareket ettiği hallerde, haczedilemeyen bir malının haczedilmezliğini ileri sürmesi mümkün müdür? Örneğin, borçlu alacaklılarına zarar vermek maksadıyla evini iptale tabi bir tasarrufla üçüncü kişiye devreder ve tasarruf iptal edilirse (İİK m. 278 vd), borçlu artık iptalden sonra meskeniyet iddiasında bulunabilir mi? Öğretideki hâkim görüş⁹⁷, bu durumda borçlunun meskeniyet iddiasında bulunamayacağı yönündedir. Yargıtay da aynı görüştedir⁹⁸.

92 Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 340; Kuru, Baki, İflâs ve Konkordato Hukuku, Tıpkı Basım, İstanbul 1992, s. 160; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 562.

93 Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, s. 160.

94 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 305, dn. 19.

95 Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 17. 9. 1925 tarihli kararı (JdT, 1926 II 48: Postacioğlu, s. 337- 338, dn. 17).

96 Konu ile ilgili olarak bkz. Postacioğlu, s. 338.

97 Üstündağ, s. 230; Postacioğlu, s. 342.

98 İİD. 16. 2. 1967 (ABD. 1967/4, s. 710). Ancak borçlunun mirasçılarının bu mallar hakkında haczedilmezlik iddiasında bulunabileceği yönünde bkz. Üstündağ, s. 230;

Gerçekten de, borçlunun kötüniyetle hareket ettiği hallerde, malın haczedilmezlik niteliğinden yararlanmasına imkân olmaması gerekir. Bunun bir başka örneği ise, bir taşınmazın haricen satılmasında görülmektedir. Borçlu bir taşınmazını haricen satmış ve bedelini almışsa, sonradan feragatı vermesi üzerine, müşteri verdiği paranın iadesi için dava açmış ve lehine ilam almış olabilir. Bu durumda, taşınmazı alan kişi (alıcı) bu alacağının tahsili amacıyla taşınmaz üzerine haciz koydurabilir. Çünkü borçlu taşınmazı satmış olmakla bu yere ihtiyacı olmadığını beyan etmiştir. Bu sebeple ister iyiniyetli ister kötüniyetli olsun, bu taşınmazı için meskeniyet iddiasında bulunamaz⁹⁹. Zira burada borçlu, satmış olduğu ev dolayısıyla bir menfaat temin ettiği halde bunu iade etmemek için evin haczedilmezlik niteliğine sığınması dürüstlük kuralı ile de bağdaşmaz. Kanımızca bu, dürüstlük kuralının aynı zamanda icra- iflâs hukukunda da uygulama alanı bulduğunun açık bir göstergesidir¹⁰⁰. Zira icra veya iflâs takibinde borçlunun Kanun'da tanınan imkânları kullanırken dürüstlük kuralına uyması gerekir¹⁰¹. Borçlunun meskeniyet (haczedilmezlik) şikâyeti ise Kanun'da borçluya tanınmış imkânlardan birisidir.

Sonuç olarak, borçlunun yukarıda belirtilen şekilde kötüniyetinin bulunduğu hallerde haczedilmezlikten zımnen feragat etmiş olduğu sonucuna varmak mümkün olabilecektir.

III. SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu'nun 83/ a hükmünde, hacizden önceki dönemde 82 ve 83'üncü maddelerinde yazılı olan mal ve hakların haczedilebileceğine dair yapılan anlaşmaların geçersiz olacağı belirtilmiştir. Kanun'un bu hükmünü, Medeni Kanun'un 23. maddesinin özel bir düzenlemesi olarak dü-

Postacıoğlu, s. 342, dn. 26; aynı yönde İİD. 30. 12. 1942 (Naklen: *Üstündağ*, s. 230, dn. 578). Yargıtay'ın bir kararına göre: " ...İİK'nun 277 ve 278. maddeleri hükümlerindeki dava koşulları gerçekleşmiş ve borçlunun eşine yapmış olduğu satışın anılan yasa maddesine göre mal kaçırılmayı amaçlayan bağış niteliğinde bulunduğu anlaşılması nedeniyle, davanın kabulü gerekmektedir. Taşınmazın borçlu yönünden haczedilmezliği iddiası açılan işbu iptal davasında ileri sürülemeyeceği gibi, mahkemece bu husus gözetilerek davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (15. HD. 17. 12. 1987, 3690/ 4496: *Uyar*, Haciz, s. 747- 748).

⁹⁹ İİD. 19. 11. 1956 (Naklen: *Üstündağ*, s. 230- 231); aynı yönde bkz. **Postacıoğlu**, s. 342.

¹⁰⁰ Dürüstlük kuralının (MK m. 2) icra ve iflâs hukukunda da geçerli olduğu hakkında bkz. **Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 134 vd. Kaldı ki, bu sonuca İİK m. 82/ son fıkra hükmünden ulaşmak mümkündür.

¹⁰¹ **Arslan**, s. 135.

şünmek mümkündür. Bu düzenlemenin temelinde; borçlunun hacizden önceki bir dönemde, böyle bir feragatin sonuçlarını ve kendisine yükleyeceği yükün ağırlığını önceden tahmin edememesi; hacizden önceki aşamada borçlunun iradesinin baskı altında olması hasebiyle, borçluyu kendisine karşı himaye etmenin gerekli olması yatmaktadır. Bir malın haczedilip haczedilemeyeceği, ancak borçlunun haciz anındaki durumuna göre belirleneceği için, borçlunun hacizden önceki bir dönemde yapmış olduğu irade açıklamalarının bir öneminin olmaması da bu düzenlemenin temelinde yatan sebeplerden birisidir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 83/ a' da yer alan bu düzenlemeye karşılık, borçlunun haciz sırasında veya hacizden sonraki dönemde bir malın veya hakkın haczedilmezliğinden feragat etmesi mümkündür. Bu feragat, tarafların açık feragat anlaşması şeklinde olabileceği gibi, borçlunun haczi caiz olmayan bir mal veya hakkın haczine karşı süresinde şikâyet yoluna başvurmaması halinde zımnî feragat şeklinde de olabilir.

İİK'nun inceleme konusu yapılan bu hükmü Medeni Kanun'un 199 ve 194'üncü maddeleriyle de yakından ilgilidir. Gerçekten MK m. 199 gereğince, tasarruf yetkisinin kısıtlandığı belli mallar üzerinde eşlerden biri tek başına tasarrufta bulunamaz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, MK. m. 199 hükmü takip hukuku bakımından bir yenilik getirmeyip, hükümdeki sınırlama sadece iradi işlemler bakımından söz konusudur. Haczedilmezlikten feragat sözleşmesi ise bir iradi işlem olduğuna göre, bu konuda diğer eşin rızasının aranması ve bu rıza olmaksızın yapılan hacze karşı, rızası gereken diğer eşin şikâyet yoluna başvurarak, feragatin geçersiz olduğunu ileri sürmesi mümkün olmalıdır.

Medeni Kanun'un 194'üncü maddesinde düzenlenen aile konutu kavramı ile İİK m. 82/ b. 12'de ifade edilen borçlunun haline münasip evi kavramı arasındaki ilişki de incelememiz açısından önemlidir. Şöyle ki:

1. Yürürlükteki mevzuatımız bakımından, Medeni Kanun'daki aile konutunun, İcra ve İflâs Kanunu anlamında haczedilemeyen bir mal olarak "hale münasip ev" olarak kabulü her zaman mümkün olmayabilir. Zira borçlunun haciz sırasındaki sosyal durumuna ve ailesinin ihtiyaçlarına uygun bir konut, fiilen kullanılmasa bile, borçlunun haline münasip evi olarak kabul edilerek, haczedilmezlikten yararlanılabilir. Buna karşılık bir konutun aile konutu sayılabilmesi için ailenin devamlı kullanımına tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Ancak borçlu- malik eşin borcundan dolayı aile konutunun haczi talep edildiğinde, o konut aynı zamanda İİK m. 82/I, b. 12 anlamında, borçlunun haline münasip evi ise, borçlu ve ailesi tarafından haczedilmezlik iddiasında bulunulması mümkün olabilecektir. Burada, haczedilmezlik niteliği-

nin kaynağı, o taşınmazın aile konutu olması değil, borçlu ve ailesinin haline münasip evi olmasıdır.

2. Aile konutu, aynı zamanda borçlu eş bakımından haline münasip ev olarak nitelendirilebiliyorsa, bu durumda, borçlu eşin o konutun haczedilmezlik sıfatından feragat etmesinin, diğer eşin rızasına bağlı olup olmadığı hususu da önemlidir. Aynı zamanda hale münasip bir ev olan “aile konutu”nun haczedilmesinin mümkün olmadığı haczedilmezlik (meskeniyet) şikâyeti ile ileri sürülebilir. Hacizden sonra, açık bir şekilde veya şikâyet süresinin geçirilmesi suretiyle zımnen haczedilmezlikten feragat edilmesi, borçlu-malik eşin iradesine tabidir. Bu nedenle, aile konutunun korunması bakımından, haczedilmezlikten feragat işlemi için diğer eşin açık rızasının aranması gerektiği düşünülebilir. Ancak, mevcut hukuki durum bakımından, burada MK m. 194 karşısında İİK m. 82/ I, b. 12 hükmünün özel bir hüküm olarak kabul edilmesi ve haczedilmezlikten feragat konusunda diğer eşin açık rızasının aranmaması gerekir. Aksi takdirde, yapılan haczin kesinleşmesi, belirsiz süreye bağlanmış olur ve diğer eşin rızası için Medeni Kanun’da belli bir süre belirtilmemiş olduğu için, icra takibinde alacaklının menfaatleri önemli ölçüde zarar görebilir. Bu nedenle hale münasip bir ev olan aile konutunun haczedilmezliğinden feragat işleminde diğer eşin rızasının aranması gerekir.

3. Mevcut tereddütleri ortadan kaldırılması bakımından İcra ve İflâs Kanununda yapılacak bir değişiklikle aile konutunun haczedilemeyen mallar arasında yer alması gerekir. Ayrıca borçlu eşe karşı takipte bulunulması halinde, evin (aile konutunun) haczi bakımından, ödeme emrinin diğer eşe de gönderilmesine ilişkin yasal bir düzenlemenin de yapılması gerekir.

