

EŞLER ARASINDA CEBRİ İCRA YASAĞI

Arş. Gör. İbrahim ÖZBAY*

GİRİŞ

Cebri icra yasağı, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından dolayı, birbirlerine karşı icra takibinde bulunamamalarıdır. Eşler arasında cebri icra yasağının olması, evlilik süresince birbirlerine dava açmalarına engel değildir.

Eşler arasındaki cebri icra yasağı, MK. m. 165 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. MK. m. 165'de kural olarak söz konusu yasaktan bahsedilmiş, MK. m. 166- 168'de ise yasağın istisnaları belirtilmiştir. Aynı zamanda, İİK. m. 101'de, borçlunun eşinin, evlenmeden doğan alacaklar için, hacze imtiyazlı olarak iştirak edebileceği düzenlenmiş, BK. m. 132/ III'de ise evlilik birliğinin devamı süresinde, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür. Bütün bu hükümler, eşler arasındaki cebri icra yasağının, hem maddi hukuk, hem de şekli hukuk yönünün olduğunu göstermektedir.

Bu çalışmada öncelikle, cebri icra yasağı kavramı, cebri icra yasağının amacı, hukuki niteliği, dava ve takip ehliyeti karşısındaki durumu ele alınmıştır. Sonra, cebri icra yasağı konusundaki görüşler, yasak kapsamına giren alacaklar, yasağın istisnaları ve hacze imtiyazlı iştirak konusu incelenmiştir.

Çalışmada, cebri icra yasağının hükümleri başlığı altında, yasağın geçerlilik süresi ve uygulanması açıklanmış, daha sonra cebri icra yasağının üçüncü kişilere etkisine değinilmiştir. Son olarak ise, cebri icra yasağına ilişkin özel durumlar başlığı altında, MK. m.165 ile BK. m.132/ III arasındaki paralellik, eşler arasındaki borcun eksik borç niteliği, eşler arasındaki alacaklarda takas sorunu ve cebri icra yasağına aykırılık halinde şikayet yoluna başvurulması konularına yer verilmiştir.

I. CEBRİ İCRA YASAĞI KAVRAMI, CEBRİ İCRA YASAĞININ AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ, YASAĞIN DAVA VE TAKİP EHLİYETİ KARŞISINDAKİ DURUMU

A. Cebri İcra Yasağı Kavramı

Cebri icra yasağı¹ eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından² dolayı, birbirlerine karşı icra takibinde bulunamamaları şeklinde tanımlanabilir³. Bir başka

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bilim Dalı.

1 Cebri icra yasağına eski bir ifadeyle "cebri icra memnuiyeti" demek mümkündür (bkz. Egger, A. (Çev. T. Çağa), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 1943 s. 359)

2 Eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını dört gruba ayırmak mümkündür : I- *Aile Hukukundan Doğan Alacaklar*: Aile hukukundan doğan alacaklara şu haller örnek olarak verilebilir : Mal birliği rejimin-

görüŖe göre ise⁴ cebri icra yasağını "karı kocanın evlenmenin devamı süresince (kanunda öngörölen istisnalar dıŖında) birbirlerine karŖı cebri icra takibi yapamamaları" Ŗeklinde tanımlamak mümkündür. Verilen bu tanımlardan yola çıkarak "cebri icra yasağı" kavramının unsurlarını; yasağın evlenmenin devamı müdde-

de birlik malları üzerinde intifa (yararlanma) hakkı kocaya aittir (MK. m. 197/ I). Yani, koca, karının birliğe giren mallarından da yararlanabilir. Ancak koca, yararlanma hakkına sahip olduğu kariya ait Ŗahsi mallarda ortaya çıkacak eksiklik ve zararlardan ötürü, kariya karŖı sorumludur (MK. m. 724). Bu sorumluluk, intifa hakkı sahibinin sorumluluğu (MK.m. 724) gibidir. Yani, koca kusuru olmadığını kanıtlamadığı sürece, zarar ve eksikliklerden sorumludur (MK. m. 197/ I). Aynı Ŗekilde, eŖlerin Ŗahsi malları dıŖında kalıp da birliğe giren diğer malların (kazanılmış mallar) mülkiyeti kocaya aittir (MK. m. 192). Kadının parası, misli eŖyası ve hamile yazılı senetleri kocanın mülkiyetine geçer ve koca bunların kıymetini borçlu olur (MK. m. 197 /III). Yine mal birliği rejiminde, eŖlerden birinin Ŗahsi mallarına iliŖkin bir borç, bir diğerinin Ŗahsi malları ile ödendiği takdirde, alınan miktarın yerine konması borcu doğacaktır (MK. m. 205/I) (Bkz. Zevkçiler, A., Medeni Hukuk, Ankara 1989, s. 810- 811; mal rejimleri ile iliğili olarak bkz. Aksoy, M., Mukayeseli Hukuk Açısından Karı – Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı, Ankara 1964). II- *EŖler Arasında Sözleşmeden Doğan Alacaklar*: MK. m. 169/ I'e göre, karı-koca arasında her türlü hukuki iŖlem yapılabilir. Yani hakimın tasdiki gerekmez. Ancak MK. m. 169/II gereğince, kadının Ŗahsi mallarıyla, mal ortaklığına giren mallar üzerindeki sözleşmelerin geçerliliği, sulh hakiminin tasdiki şartına bağlı tutulmuŖtur. Evliliğin devamı sırasında yapılan evlenme mukavelelerinin de mahkemenin tasdikine sunulması zorunludur (MK. m. 181/ II). Ayrıca koca yararına kadın tarafından üçüncü kiŖiye karŖı taahhüt olunan borçlar için dahi sulh hukuk hakiminin tasdiki gerekecektir (MK. m. 169/ III) (bkz.Özcan, B., Aile Hukuku, B. 2, Ankara 1983, s. 127 vd; Velidedeoğlu, H. V., Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Cüz: 1, B. 4, İstanbul 1960, s. 112- 113;tasdike iliŖkin bu hükmün emredici olup olmadığı konusunda bkz. Mimaroğlu, S. K., Evli Kadının Kocası Menfaatine Üçüncü KiŖilerle Yaptığı İltizam Muameleleri, Ankara 1961, s. 34 vd.; Uyar, T. İcra Hukukunda Ŗikayet, B. 2, Manisa 1991; Egger, s. 378 vd.). III- *Üçüncü KiŖilerle Yapılmış Olan Sözleşme Sebebiyle Olan Alacaklar*: Bu gibi durumlara pratik-hayatta sıkça rastlanmaktadır. Burada örnek olarak Ŗu durumlar verilebilir : EŖler, bölünemeyen (taksimi kabil olmayan) bir borç için birlikte borç altına girmiş iseler her biri bölünemeyen borcun tamamını vermekle yükümlüdür(BK. m. 69/ II) Halin icabından aksi anlaşılmadıkça, eŖlerden biri borcunu öderse, kendisi ile beraber borç altına girmiş olan eŖe karŖı rücu hakkına sahiptir ve bu oranda alacaklının haklarına sahiptir. (BK.m.69/ III). Yine aynı Ŗekilde, BK. m. 146 gereğince, eŖler müŖtereken üçüncü kiŖiye karŖı müteselsilen borç altına girmişlerse, hissesinden fazla ödemede bulunan, diğer eŖe karŖı rücu hakkına sahiptir. Üçüncü kiŖiye karŖı olan bir borç için diğer eŖ bu borcu tekeffül etmiş ise, borçlu eŖin ödemede bulunmaması halinde ödemede bulunan eŖ kefaletten doğan haklara sahip olup rücu hakkını kullanabilir (Ortan, A. N., EŖler Arasında Cebri İcra Yasağı, Prof. Dr. M. Koloğlu'na 70. YaŖ Armağanı, Ankara 1975, s. 696- 698). IV- *Diğer Sebeplerden Doğan Alacaklar*: Bu tür alacaklara, Ŗu örnek olarak verilebilir: EŖlerden biri, diğer eŖin ana ve babasından herhangi bir sebeple ödünç para alabilir. Sonra ise, ana veya babasının ölüümü üzerine onların kanuni mirasçısı olan eŖ, diğer eŖten miras sebebiyle alacaklı duruma gelecektir. Kural olarak, mal birliği veya mal ortaklığı rejimi geçerli olduğu takdirde söz konusu alacakta eŖlerin müŖtereken teŖkil ettiği birliğe dahil olacaktır. Çünkü MK. m. 182/ III gereğince, karı-kocadan birinin mahfuz hissesi mahfuz malları arasına konulamaz. Fakat eŖler arasında mal ayrılığı rejimi söz konusu ise veya mal birliği veya ortaklığı rejiminde eŖin mahfuz miras hissesini taŖan kısım mahfuz mal sayılacağından diğer eŖe karŖı bu alacağını ileri sürebilecektir (Ortan, s. 698).

3 Uyar, Ŗikayet, s. 59.

4 Yılmaz, E., Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s.131.

tince olması⁵, yasağın sadece eşler için ve eşler arasında olması⁶, yasağın emredici nitelikte olması⁷ ve yasağın eşlerin birbirlerine karşı dava açmalarına engel olmaması⁸ şeklinde belirtmek mümkündür.

B. Cebri İcra Yasağının Amacı

Eşler arasındaki cebri icrayı yasaklayan hüküm Medeni Kanunumuzun beşinci babında "evlenmenin umumi hükümleri" kısmında yer almıştır. MK.m. 165/1'e göre: "*Karı koca evlenmenin devamı müddetince, kanunen muayyen haller haricinde, yekdiğerine karşı cebri icra talebinde bulunamaz.*

Kanunun cebri icra caiz olan hallerde dahi karı kocadan birinin diğer taraf yüzünden uğradığı ziyan ve o taraf hakkında iflas veya semeresiz kalan hacizde cari mahrumiyetleri müstelzim olmaz."

Bu hüküm, karı kocadan birini diğerine karşı korumak için değil, evlilik kurumunu zedelememek amacıyla kabul edilmiştir⁹. Zira evliliğin devamı süresince eşler arasında cebri icraya izin verilseydi, eşler arasındaki dirlik ve düzen bozulabilir, eşlerin birbirlerine karşı besledikleri güven ve samimiyet sarsılabilirdi¹⁰. Gerçekten de eşlerin birbirlerine karşı alacakları için diğerinin mallarına haciz koydurarak ya da iflas yoluyla sattırarak, satış bedelinden alacaklarını elde etmeleri, eşler arasına çekişmenin girmesine neden olur¹¹.

Sonuç olarak eşler arasındaki cebri icra yasağını öngören hükmün amacının, evlilik birliğinin korunması olduğunu belirtmek mümkündür¹². Ancak cebri

5 Uyar, Şikayet, s. 61; Egger, s. 361; Akıntürk, T., Aile Hukuku. B. 2, Ankara 1975, s.135-136 ; Zevkliler, s.799-800 ; Öztan, Aile, s.129.

6 Uyar, Şikayet, s. 61.

7 Ortan, s. 691; Uyar, Şikayet, s. 59 ; ayrıca bkz.12. HD.14.9.1981. 5153 / 6663 (Uyar, Şikayet, s. 570).

8 Feyzioğlu, F. N., Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 183 ; Akıntürk, s. 135 ; Öztan , Aile, s. 130.

9 Tekinay, S. S., Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 293; Velidedeoğlu, s. 111; Akıntürk, s. 135; Zevkliler.s.800; Uyar, Şikayet, s. 59 ; Federal Mahkeme de aynı görüştedir (BGE 63 III ,143; JdT 1938.II 29; karar için bkz. Tekinay, s. 293) ;Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, B. 6, İstanbul 1995. s.81; Köprülü, B. /Kaneti, S., Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.135 -136.

10 Saymen, F. H., Borçlar Hukuku Dersleri, C. I. Umumi Hükümler, İstanbul 1950, s. 38 ; Akıntürk,135 ; Velidedeoğlu, s. 111; öğretilde Öztan, daha da ileri giderek, cebri icra yasağının çocuklarla ana-baba arasında da öngörülmesinin kanunun amacına uygun düşeceğini belirtmektedir (Öztan, Aile, s.129,dn.160).

11 Zevkliler, s. 800; Saymen. s. 38; Egger, s. 359; Uyar, Şikayet, s. 59.

12 Evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler, iki esaslı grup etrafında toplanabilir. Bunlardan bir kısmı, karı- koca arasında bir anlaşmazlığın çıkmasını önleyebilmek için alınmış tedbirlerdir ki, geçimsizliğin çıkmasına engel olmayı hedeflerler. Bu konuda örnek olarak, karı koca arasındaki alacaklar için evliliğin devamı süresince zamanasını işlemeyeceğine ilişkin BK. m. 132 / III hükmü

icra yasağının, evliliği korumak bir yana, birliği sarsacağı görüşü de öğretilerde ileri sürülmektedir. Zira cebri icra yasağının evlilik birliğini sarsacağı görüşünü savunan yazarlar¹³, bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesinin, evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsabileceğini belirtmektedirler. Ancak bizim kanaatimiz cebri icra yasağının faydalı olduğu yönünde olduğu için cebri icra yasağının amacının evlilik birliğinin korunması olduğunu belirtmek gerekir.

C. Cebri İcra Yasağının Hukuki Niteliği

1. İç Hukuk Bakımından

Cebri icra yasağını düzenleyen kanun hükmünün gösterdiği özellik, emredici hukuk kuralı olmasıdır¹⁴. Emredici hukuk kuralları, herkes tarafından uyulması gereken, bir başka deyişle ilgili kişilerin kendi iradeleriyle bertaraf edilemeyen hukuk kurallarıdır. Hukuki olaylarla karşı karşıya bulunan yetkili organlar da tarafların talepleriyle bağlı kalmaksızın bu kuralları dikkate almak ve uygulamak zorundadırlar¹⁵. Eşler, cebri icra yasağını öngören MK. m. 165 hükmünün aksini kararlaştırmayacakları gibi, gerek icra müdürü ve gerekse tetkik mercii hakimi bunu kendiliklerinden (re'sen) dikkate almak zorundadırlar¹⁶.

Öğretilerde *Tekinay*, cebri icra yasağının yerinin, Medeni Kanun'dan ziyade İcra ve İflas Kanunu'nun olması gerektiğini, zira MK. m. 165/I hükmünün, mev-

gösterilebilir. Diğer bir kısım tedbirler ise, su yüzüne çıkmış anlaşmazlıkların yatıştırılmasını ve birliğin sürekliliğini sağlamak amacıyla güderler. Hakimin kusurlu tarafa ihtarda bulunması (MK. m.161), kan veya kocanın ortak hayatı tatil edebilme yetkisi (MK.m.162), kocanın birliği ihmal etmesi halinde ona ait alacakların karyaya ödenmesi için hakimin emir vermesi (MK. m. 163) gibi. (bkz. Belgesay, M. R, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku. C. I., B. 3, İstanbul 1960. s. 138). Öğretilerde, MK. m. 165 hükmünün, saymış olduğumuz iki kategoriden birincisine dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bir başka deyişle, eşler arasında anlaşmazlığın çıkmasını önleyen tedbirler olduğu belirtilmektedir (Belgesay, TMK Şerhi, s.138-139 ; Ortan, . 690-691).

13 Uyar, Şikayet, s. 59; Tekinay, s. 294.

14 Öztan, Aile, s. 129; Uyar, Şikayet, s. 59, Ortan, s. 570; ayrıca bkz.12. HD.14. 9.1981, 5153/ 6663 (Uyar, Şikayet, 570).

15 Atar, Y./ Ayan, M./ Karahan, S./ Sümer, H. H./ Arslan, İ./ Ulukapı, Ö., Temel Hukuk Bilgisi, Konya 1998, s. 53; Zevkifiler, s. 16.

16 Öztan, Aile, s. 129; Ortan, s. 691; Uyar, Şikayet, s. 59; ayrıca bkz. 12. HD. 14. 9. 1981, 5153/ 6663 (Uyar, Şikayet, s. 570). Ayrıca belirtilmelidir ki, bir hukuk kuralının *emredici* olup olmadığı, kuralın ifade tarzından veya korumayı amaçladığı menfaatin niteliğinden anlaşılır. Bu çerçevede hukuk kuralı "olamaz", "edemez", "hükümsüzdür" gibi ifade tarzını benimsemişse, emredicidir. Aynı şekilde kamu yararını, genel ahlak ve adabı, kişilik hakkını ve zayıfları korumak amacıyla yönelik hukuk kuralları da emredici nitelik taşırlar (Atar/ Ayan/ Karahan/ Sümer/ Ulukapı, s. 54). MK. m. 165'in ifade tarzı "...cebri icra talebinde bulunamaz" şeklinde olduğu için emredici niteliktedir. Ayrıca cebri icra yasağının konuluş amacı, evlilik birliğinin korunması olması hasebiyle kamu yararını koruma amacıyla yönelik olduğu için, MK. m. 165 hükmünün emredici hukuk kuralı olduğu sonucuna varmış oluyoruz.

cut bir hak veya alacaktan dolayı icra takibi yapılmasına engel olduğunu ve hukuk hakimine değil, icra memuruna ya da icra tetkik merciine hitap ettiğini belirtmektedir¹⁷. Yasağa rağmen bir taraf diğerine karşı icra takibinde bulunmuş ve itiraz için sürenin geçmesi nedeniyle icra takibi kesinleşmiş olsa bile, bu konudaki karar yerine getirilmeyecektir. Zira bu, MK. m. 165'in emredici niteliğinin doğal bir sonucudur¹⁸.

2. Devletler Özel Hukuku Bakımından

Bilindiği gibi, evlenmenin genel hükümleri kavramına, mal rejimine ilişkin hükümler dışında, evlenme akdinden doğan şahsi ilişkilere ait hususlar da dahildir. MK. m. 165 'deki cebri icra yasağı da, evlenmenin genel hükümlerine dahildir.

Evlenmenin genel hükümleri, Türk hukukunda tarafların müşterek millî hukuklarına tabi tutulmuştur (MÖHUK. m.12/III). Burada söz konusu olan, karı-kocanın karşılıklı olarak hak ve görevleri, daha genel deyişle, evlenmeyle doğan şahsi ilişkilere¹⁹. Karı-koca ayrı vatandaşlıkta iseler, aynı ülkede ikametgahları olmaları halinde, bu müşterek ikametgahları olmaları halinde, bu müşterek ikametgahları hukuku, bu yoksa, fakat aynı ülkede mutad meskenleri bulunuyorsa bu müşterek mutad meskenleri hukuku, bu da mevcut değilse, Türk Hukuku, evlenmenin genel hükümlerine- dolayısıyla cebri icra yasağına-uygulanır (MÖHUK. m.12/ III)²⁰.

Cebri icra yasağının kamu düzeni ve güvenliği amacıyla konulup konulmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre²¹, evlenmenin genel hükümlerinden doğan kanunlar ihtilafında kamu düzeni engeline mümkün olduğunca az yer verilmesi gerektiğinden, söz konusu yasağın kamu düzeni ve güvenliği adına konulmamış olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise²² eşler arasındaki cebri icra yasağı kamu düzeninden kabul edilmeli, bu yasak, sözleşme ile kaldırılmamalıdır. Kanımızca, cebri icra yasağının, evlilik birliğinin devamı için önceden konulmuş bir yasak ve kamu düzeni ile ilgili emredici bir hukuk kuralı olarak kabulü daha yerindedir²³.

17 Tekinay, s. 293.

18 Bu konuda bkz. İİD.16.12. 1943 (Velidedeoğlu, s. 118).

19 Uluocak, N., Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 68 ; Nomer, E., Devletler Hususi Hukuku. B. 6, İstanbul 1990, s.275- 276.

20 Nomer, s. 276.

21 Egger, s. 361; bu görüşle ilgili olarak ayrıca bkz. Ortan, s. 692, dn. 22 vd.

22 İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşü için bkz. Ortan, s. 693.

23 Aynı yönde, Ortan, s. 694.

D. Dava Ehliyeti Karşısındaki Durumu

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığıyla bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir²⁴. Yani dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usul hukukundaki büründüğü şekildedir (MK. m. 9)²⁵.

Cebri icra yasağının dava ehliyeti ile ilişkisi açısından belirtmek gerekir ki, eşler arasında cebri icra yasağının bulunması, karı ve kocanın evlilik süresince birbirlerine karşı dava açmalarına engel değildir. Zira cebri icra yasağı, yalnız icra ve iflas takipleri içindir²⁶. Bir başka deyişle cebri icra yasağı, aynı zamanda dava yasağı değildir; fakat eşler, mahkemeden aldıkları bir alacak ilamının yerine getirilmesini isteyemezler²⁷. Fakat alacaklı olan karı veya koca, elinde böyle bir ilamı bulundurdıkları sürece, kanunen istisnai olarak cebri icraya izin verilen hallerde²⁸ ve evlilik ilişkisinin sona ermesinde artık tekrar mahkemeye müracaata gerek kalmaksızın, elindeki ilamı ile icra takibi yapabileceklerdir. Eşler arasında kurulmuş bu borçlara "eksik borç (unvollkommene)" denilmektedir²⁹. Ancak hukukumuzda "eksik borçlar" deyimiyle, yerine getirilmeleri esas itibarıyla, dava yoluyla takip edilemeyen borçlar kastedilmekle birlikte, dava yoluyla takibi mümkün, fakat cebri icra yoluyla takibi mümkün olmayan bazı borçlar da kastedilmektedir. Bu açıdan bakıldığında eşler arasında kurulmuş bu borçları eksik borç niteliğinde kabul etmek mümkündür³⁰.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, eşler arasında cebri icra yasağının, dava açma imkanına engel olmayacağını belirtmektedir³¹. Öğretide *Ortan*, eşlere

- 24 Kuru, B./ Arslan, R/ Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 148 ; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, B. 5. İstanbul 1992, s. 281; Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 19.
- 25 Üstündağ, Usul, s.281; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul,148; Ulukapı, s. 19.
- 26 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 148; Öztan, Aile, s. 130; Akıntürk, s. 135; Zevkliler, s.800; Fezyioğlu, 183; Üstündağ, İcra, s. 80.
- 27 Tekinay, s. 293; Öztan, s.130; Zevkliler, s. 800; Ortan, s. 694; Fezyioğlu, s. 183. Görüldüğü gibi, evliliğin devamı sırasında eşlerin açacağı alacak davasının pratik bir sonucu olmamaktadır (bkz. Öztan, Aile, s. 130) ; ayrıca bkz. Ataay, A., Borçlar Hukuku Genel Teorisi, Birinci Yarım, B. 3, İstanbul 1981, s. 56-67.
- 28 Bkz. III B.
- 29 Arsebük, E., Medeni Hukuk. C. II, Ankara 1940, s. 691; Ortan, s. 694.
- 30 Saymen, F. H./ Elbir, H. K., Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, B. 2. İstanbul 1960,s. 148-149; Ataay, s. 51- 52.
- 31 12.HD. 3.3.1989, 303/1895 : "Evlilik birliğinin devamı süresince karı kocadan her biri diğerine karşı cebri icra isteğinde bulunamaz (MK. m. 165/I). Ancak kanunun bu hükmü evliliğin devam ettiği süre içinde birbirlerine karşı dava açmalarına engel değildir. Bu sebeple tarafların delillerinin toplama

birbirlerine karşı dava açabilme imkanının tanınmasının, evlilik birliğinin korunması amacını zedeleyeceği, bu nedenle eşlere evlilik birliği süresince birbirlerine karşı dava açabilme imkanının tanınmasının doğru olmayacağını ileri sürmektedir³². Ancak, MK. m. 160 gereğince karı ve koca, mallarının idaresi için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, dava ehliyetine sahiptir. O halde, eşlerin birbirlerine karşı dava açmalarına pozitif hukuk açısından bir engel olmamak gerekir³³. Bu nedenle kanaatimizce, eşlerin birbirlerine karşı dava açabilmelerine imkan tanınması, evlilik birliğinin korunması amacını zedelemeyiz. Çünkü zaten dava sonucunda elde edilmiş ilam, icra yoluyla yerine getirilemeyecektir. Kaldı ki, eşler ancak cebri icraya izin verilen hallerde ve evliliğin sona ermesinde, artık tekrar mahkemeye müracaat etmeye gerek kalmadan ellerindeki ilamla icra takibi yapabileceklerdir.

E. Takip Ehliyeti Karsısındaki Durumu

Takip ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya iradesi ile tayin ettiği bir temsilci (avukat) vasıtasıyla alacaklı olarak icra takibi ve bununla ilgili işlemleri yapabilmesi veya icra takibinin borçlusu olarak haklarını koruyacak işlemlerde bulunabilmesi ehliyetidir³⁴. Eşler arasındaki cebri icra yasağı (MK. m.165 vd.) nedeniyle, borçlunun eşini, evliliğinin devamı süresince borçlu eşine karşı takip yapma yetkisi yoktur. Bu nedenle takip ehliyetinin mevcut olmadığı bu durum, kendiliğinden (re'sen) gözetilir ve bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan, icra tetkik merciine yapılacak şikayet süreye bağlı değildir³⁵.

II. CEBRİ İCRA YASAĞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Eşler arasındaki cebri icra yasağının amacının genel olarak "evlilik birliğinin korunması" olduğu belirtilmişti. Ancak eşler arasındaki cebri icraya izin verilmesinin, eşler arasındaki dirlik ve düzeni bozacağı, birbirlerine karşı besledikleri sevgi hislerini sarsabileceği görüşü ileri sürülmüşse de, böyle bir yasağın faydalı olup olmadığı tartışılmıştır. Aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

nıp sonucuna göre karar verilmesi zorunludur. Buna rağmen "evlilik birliğinin devam ettiği" söz edilerek davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (Uyar, Şikayet, s. 163); benzer kararlar için bkz. 2. HD. 27 /11/1958. 6012/5597 (Feyzioğlu, s. 512).

Ortan, s. 695.

Arsebük, s. 691 vd.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı. B. 5, Ankara 1991, s. 85; Üstündağ, İcra. s. 80.

Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 85, dn. 5.

B. Bu Konudaki Görüşler

1. Cebri İcra Yasağının Faydalı Olduğu Yolundaki Görüş

Yasağın faydalı olduğunu savunan yazarlara göre³⁶ eşler arasında cebri icrayı yasaklayan hükmün amacı evlilik birliğinin korunmasıdır. Bu nedenle, evliliğin devamı süresince eşler arasında cebri icraya izin verilseydi, eşler arasındaki birlik ve düzen bozulabilir, eşler arasında çekişme girebilirdi. Ayrıca, cebri icra yasağı sadece Medeni Kanun'da (m. 165-168) düzenlenmemiş, Borçlar Kanunu ve özellikle de İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümlerle de destek bulmuştur³⁷.

2. Cebri İcra Yasağının Faydalı Olmadığı Yolundaki Görüş

Cebri icra yasağının faydalı olmadığını savunan yazarlara göre³⁸ her ne kadar eşler arasında cebri icraya izin vermenin evlilik birliğini sarsacağı ileri sürülmüşse de, bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesi evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsabilir. Kaldı ki, eşlerden birinin diğeri aleyhine cebri icra takibine girişmesi, yuvada baş gösteren bir buhranın sonucudur. Bunu yasaklamak, buhranı hafifletmez, aksine artırır³⁹. Bu nedenle olsa gerek, bizim kanunumuz ve mehazı olan İsviçre Medeni Kanunu (1988'deki değişiklikten önce) dışında diğer ülke kanunlarında cebri icra yasağını düzenleyen hükümlere rastlanmamaktadır⁴⁰.

Gerçekten, ülkemizde boşanma davalarının yıllar sürdüğü ve birbirinden kopan, fiilen ayrı yaşayan eşler arasında cebri icrayı yasaklamanın evlilik birliğinin korunması amacına ne derece hizmet ettiği de düşünülmeye değer bir konudur⁴¹. Bu durumun etkisiyle Yargıtay⁴², fiilen ayrı yaşayan ve fakat hukuki bakımdan evli sayılan kişiler arasındaki "eşya davası"sonucunda verilen ilamların icraya konulabileceğini belirtmiştir.

36 Feyzioglu, s.182-183; Öztan, Aile, s.129; Zevkililer, s. 800; Ortan, s. 688; Köprülü/ Kaneti, s.135-136.

37 Ortan, s. 688.

38 Tekinay, s. 294;Uyar, Şikayet, s. 59.

39 Tekinay, s. 294; Uyar, Şikayet, s. 59.

40 Ortan, s. 688.

41 Uyar, Şikayet, s. 59.

42 12.HD. 6.3.1990. 1510/ 2950: "Gerçekten MK'nun 165. maddesine göre karı-koca, evlenmenin devamı süresince kanunen muayyen haller haricinde yekdiğerine karşı cebri icra takibinde bulunamaz ... Olayımızda ayrı yaşadıkları anlaşılan karı -kocadan kadın kocasının el koyduğu kendisine ait malları ilama dayanarak geri istemektedir. İstemi MK. m.168 maddesine uygundur. Aksi görüşle itirazın kabulü isabetsizdir."(Uyar, Şikayet, 161).

3. İsviçre Aile Rejimindeki Son Gelişmeler Karşısında Durum

Fransa, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerindeki gelişmelere paralel olarak, İsviçre'de evlilik birliğine ilişkin olarak aile rejiminde köklü değişiklikler kabul edilmiştir⁴³. İsviçre'de, 5 Ekim 1984 tarihli Kanunla, İsviçre Medeni Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmış, 22 Eylül 1985 tarihinde halkoylamasına sunulmuş olan bu kanun, 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁴.

İsviçre Medeni Kanunu'nun yeni düzenlemesi (m. 173 / III)'ne göre, eşler arasında cebri icra yasağını öngören hükümler tamamen kaldırılmış olmaktadır. Yeni düzenlemeye göre, eşler de herkes gibi yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Eşler birbirlerine karşı olan alacakları için cebri icra yoluna başvurabilecekler, mahkemeden aldıkları ilamı icraya koyabileceklerdir⁴⁵. Ancak İsviçre'de cebri icra yasağının kaldırılması üç bakımdan yumuşatılmıştır. İlk olarak, eşler arasındaki alacaklar, yine zamanaşımına uğrayacaktır. İkinci olarak, alacaklı eş, bir üçüncü kişinin takibi üzerine konulan hacze yine imtiyazlı olarak iştirak edebilecektir (İİK. m. 101). Üçüncü olarak da yeni düzenleme, borçlu eşe bir özel ödeme süresi talep edebilmek hususunda bir hak tanımaktadır. Böyle bir hakkı borçlu eşe yetkili hakim (tetkik mercii değil) tanıyacaktır. Gerçekten de, eşe olan borcun ödenmesi borçlu eşe ciddi güçlükler çıkaracaksa ve sonuçta da bu güçlükler evlilik birliğinin sarsılmasına neden olacaksa, kendisine istemi üzerine bir özel süre verecektir⁴⁶.

Alacaklı eş alacağı için takip yapmışsa, borçlu eş bu takibe böyle bir yetkisinin olduğundan bahisle itiraz edebilecek, fakat böyle bir özel süre verilmesinin maddi ve şekli şartları eksikse, alacaklı eşin itirazın kaldırılması talebi kabul edilmek gerekir. Buna karşılık, itirazın kaldırılması kararından önce, hakim tarafından borçlu eşe böyle bir özel süre verilirse, bunun dikkate alınması gerekir. Eğer, itirazın kaldırılması muhakemesinin sona ermesinden sonra böyle bir karar getirilirse, bu kez de takibin ertelenmesi İİK. m. 71 uyarınca talep edilebilecektir⁴⁷.

43 Koçhisarlıoğlu, C., İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, S.Ü. Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. J. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431.

44 İsviçre'deki bu yasalastırma süreci 1950'li yıllarda başlamış ve ancak 1988 yılında sonuçlandırılmıştır. Bu süreç için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 431vd.

45 Koçhisarlıoğlu, s. 443. İsviçre'de getirilen bu düzenlemeler evlilik birliğini güçlendirmeyi de hedef tutmakta fakat evlilik birliği eşlerin şahsından ayrı olarak ele alınmakta ve böylece onların evlilik birliğine saygı göstermeleri sağlanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yeni düzenlemeler genelde başarılı olarak kabul edilebilir (bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 450-451).

46 Üstündağ, İcra, s. 81, dn. 164a.

47 Üstündağ, İcra, s. 81, dn. 164a.

4. Görüşümüz

Eşler arasında cebri icra yasağını düzenleyen hükümlerin amacının evlilik birliğinin korunması ve karı-koca ilişkilerinin bozulmasının imkan ölçüsünde önlenmesi olduğu düşünülürse, cebri icra yasağının faydalı olduğu kabul edilmelidir. Bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesinin, evlilik birliğini, cebri icra takibinden daha fazla sarsacağı görüşü, bizce isabetsizdir. Çünkü kanun, cebri icra yasağını öngörmekle, eşler arasındaki ilişkilerin bozulmasına bir set çekmiş, eşler arasındaki anlaşmazlıkların cebri icra prosedürü içinde duylmasına, halk içinde yayılmasına bir ölçüde engel olmuştur⁴⁸.

III. CEBRİ İCRA YASAĞI KAPSAMINA GİREN ALACAKLAR

A. Yasak Kapsamına Giren Alacaklar

Eşler arasında cebri icra yasağı, her türlü alacak bakımından geçerlidir. Eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasının reddi ile ortaya çıkan masraflarla, evlilik birliğinin korunması amacıyla açılmış davalar sonucunda hükmedilen dava masraflarının tazmini alacağı dahi bu yasak kapsamına girer⁴⁹. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında, cebri icra yasağının sadece para alacakları için değil, diğer eşya alacağına ilişkin talepler için de söz konusu olacağı görüşünü benimsemektedir⁵⁰. Ancak Yargıtay, daha önceki bir çok kararında⁵¹, MK. m. 165-168'de düzenlenen cebri icra yasağının, evlilik devam ederken açılan eşya davası sonunda alınan ilamlar hakkında uygulanamayacağını belirtmiştir. Ancak Yargıtay bu görüşünden 1976 yıllarında dönmüştür. Zira Yargıtay, uygulamada fiilen ayrı yaşayan ve yıllarca boşanamayan eşler hakkında açılan eşya davası sonucunda alınan ilamların ancak boşanma gerçekleştikten sonra icraya konabilmesinin alacaklı eşi mağdur edeceğini görerek⁵² kabul etmişse de Medeni Kanun içinde bu görüşe yasal dayanak bulmak güçtür. Ancak Yargıtay'ın bu yeni görüşü, pratik, yararlı ve tarafların çıkarlarına uygun düşer⁵³.

48 "Bir olayın şuyuu (yayılması) vukuundan (gerçekleşmesinden) daha kötüdür" sözü, buna güzel bir örnektir.

49 Egger, s. 360; BGE 42 III 349 (Naklen, Egger, s. 360).

50 12.HD. 1990. 1510/ 2950 : "... Olayımızda ayrı yaşadıkları anlaşılan kocasının el koyduğu kendisine ait malları ilama dayanarak geri istemektedir. İstemi MK. m. 168'e uygundur. Aksine görüşle itirazın kabulü isabetsizdir." (Uyar, Şikayet. s.161) ; ayrıca bkz. Üstündağ, İcra. s. 82.

51 Bkz. 12. HD. 1.12.1989.5350! 14789 (Uyar, Şikayet, s. 161) ; 12.HD. 21.3.1985, 126321 /2658 (Uyar, Şikayet, s. 162); 12. HD. 9. 5.1983, 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s.163).

52 Çünkü aradan geçecek sürede, paranın değerinde düşmeler olabilir.

53 Uyar, Şikayet, s. 163.

Gayrimenkule ilişkin müdahalenin men'i hakkındaki ilam hükmü de , koca aleyhine cebri icra yoluyla icra olunamaz⁵⁴. Ancak Yargıtay, eşler arasında müş-terek gayrimenkulün taksimine veya izalei şüyu'a MK. m. 165/ I hükmünü teşmil etmemiş, bu durumları yasak kapsamı dışında tutmuştur⁵⁵. Ayrıca Yargıtay başka bir kararında⁵⁶ kocası lehine senet imzalamış olan kadının, cebri icra yasağı ne- deniyle takip yapılamayacağına ve senedi kocasından ciro ile almış olan kocası- nın kardeşine karşı ileri sürebileceğine hükmetmiştir.

B. Yasağın İstisnaları

1. Borçlu Eş Aleyhine Üçüncü Kişilerce Takipte Bulunulması

MK.m.166'daki cebri icra yasağının bu istisnasının amacı, alacaklı eşi ko- rumaktır. Zira ona böyle bir imkan tanınmamış olsaydı, üçüncü kişiler alacakları- nı tamamen alırken, o, bunlar lehine kendi alacağını kaybederek mağdur olabile- cekti⁵⁷.

a) Üçüncü Kişiler Tarafından Yapılan Takibe İştirak

Eşlerden birine karşı yapılmakta olan takibe, diğer eş aynı bir alacağından dolayı istihkak iddia eden üçüncü bir kişi gibi davranarak hakkını ileri sürebilir (bkz. MK. m. 192, 193, 206/ II, 234). Eş bunu hacze itiraz yoluyla ve haklarının iflas masasından iflas masasından çıkarılmasını isteyerek yapabilir⁵⁸. Esasen haciz yalnızca borçlunun malları üzerine konulmalıdır. Zira alacaklının, borçlunun malvarlığından tatmin edilmesi gerekir. Bu nedenle, üçüncü kişinin istihkak iddia ettiği mallar haczedilmekle birlikte, üçüncü kişiye (alacaklı eşe) bu malları hacizden kurtarmak imkanı tanınmıştır⁵⁹. Bu prosedür, hacizli malın borçlu elinde bulunması veya istihkak iddia edilen üçüncü kişinin elinde bulunması haline göre farklı şekilde düzenlenmiştir⁶⁰. Sonuçta, istihkak davası sonunda bu iddia haklı çıkarsa dava konusu mal üzerinden haciz kalkar ve artık o mal satılıp alacaklı bunun bedelinden tatmin edilemez⁶¹.

Burada konuyla ilgili olan ve bizi ilgilendiren husus, malların borçlu ve üçüncü kişi ile birlikte elde bulundurmaları halidir. Bu durum, İcra ve İflas Kanu-

54 Bkz. İİD. 20.4.1942 (Nakleden Ortan, s. 704).

55 Bkz. İİD.27. 3. 1942, 706 (Olgaç, S., Tatbikatta Türk Kanunu Medenisi ve İlgili Hususi Kanunlar, Külliyat. C.I.1953. s.153).

56 Bkz.12. 12.HD. 10.6.1985, 116/ 5762 (Uyar, Şikayet, s.165).

57 Akıntürk, s.137; Fezyioğlu, s.184; Öztan, Aile, s. 132; Velidedeoğlu, s.111; Tekinay, s. 296.

58 Egger, s. 363 ; Ortan, s. 708; ayrıca bkz. İİK. m.199 ve 228.

59 Ortan, s.708.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 243 vd; Üstündağ, İcra, s. 274 vd.

61 Kuru/ Arslan/Yılmaz, İcra, s. 250.

nu m. 97a, c. 2,de düzenlenmiştir. Buna göre, borçlu ile üçüncü şahıs menkul bir malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde mal borçlu elinde sayılır. Böylece, borçlunun elindeki mal üzerinde borçlunun eşi de müşterek zilyetse, istihkak davası açmak külfeti, borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran borçlunun eşine düşer⁶². Ancak ispat yükü bakımından borçlunun eşi (üçüncü kişi) lehine bir karine konulmuştur. Buna göre, mesela; borçlunun evindeki bir kürk mantonun borçlunun karısına ait olduğu farzedilir ve bunun aksini ispat yükü davalı (alacaklıya) düşer (İİK. m. 97a, c.1)⁶³.

İflastaki duruma gelince; iflas masasına sadece borçluya (müflise) ait olan mal ve haklar girer (İİK. m. 184/ I). Üçüncü kişiye ait bir mal müflisin elinde ve bu nedenle şeklen masaya girmişse, bu malın gerçek sahibine verilmesi gerekir. İflas masası, o malt üçüncü kişiye vermezse (istihkak iddia eden eşe), üçüncü kişi iflas idaresine karşı istihkak davası açabilir (İİK. m. 228). İşte üçüncü kişinin iflas masasına dahil edilmiş bir malını masadan geri isteyebilmesi hakkına "masadan çıkarma hakkı" denir⁶⁴. Burada istihkak iddia edilen mal, masanın elinde ise, masa mallarının defteri tutulur ve istihkak iddia edilen mal deftere yazılırken, bu durumu belirten şerh verilir. Bu iddiayı iflas idaresi inceler, iddiayı reddederse, üçüncü kişiye icra tetkik merciinde istihkak davası açması için yedi günlük süre verir. Sonuç olarak iflas idaresi üçüncü kişiler hakkında İİK. m. 228 hükmünü uygular⁶⁵. Yedi günlük süre içinde üçüncü kişi dava açmazsa, iddiasından vazgeçmiş sayılır. Dava açar ve kazanırsa, iflas idaresi malı masadan çıkarır ve iddia sahibine verir. Davayı kaybederse, iflas idaresi malı satarak bedelini alacaklılar arasında paylaşır⁶⁶.

Mal üçüncü kişinin elinde ise, bu halde mülkiyet karinesi üçüncü kişi lehindedir. Bu halde, iflas idaresi malt masaya alabilmek için normal bir istihkak davası açmalıdır ve bu dava süreye tabi değildir (İİK. m. 228/ I)⁶⁷.

b) Hacze İştirak

Kanun, hukuki veya fiili engellerden (imkansızlıklardan) dolayı⁶⁸ icra takibi yapamayan bazı alacaklıları korumak için, önceden bir icra takibi yapmaksı-

62 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 253.

63 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 253.

64 Kuru, B., İflas ve Konkordato Hukuku, Tıpkı Basım, İstanbul 1992. s. 173.

65 Ayrıntı için bkz. Kuru, s. 287 , Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 485 vd.

66 Ortan, s. 710 ; Kuru, s. 292- 293 , Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 485.

67 Açılan bu istihkak davası, görev,yetki ve yargılama usulü bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tabi bir hukuk davasıdır (Kuru, s. 294)

68 İİK.m. 101'deki ayrıcalığın konuluş nedenleri, hukuki ve fiili imkansızlıktır. Hukuki imkansızlığa eşler arasındaki cebri icra yasağı; fiili imkansızlığa ise velayet altında bulunan altı yaşındaki bir çocuğun velisine karşı takip yapamaması örnek olarak verilebilir (Yılmaz, E., Hacze Takipsiz Ka-

zın, bu kişilerin başka bir alacaklının koydurmuş olduğu hacze iştirak edebileceğini kabul etmiştir (İİK.m. 101). Buna "takipsiz (imtiyazlı) iştirak" denir⁶⁹. İmtiyazlı iştirak hakkı (ayrıcalığı) bir üçüncü kişiye devredilemez. Bu nedenle bu hak (sahibi istemde bulunmadan ölmüşse) mirasçıları tarafından kullanılamaz ; ancak hak sahibi bu hakkını sağlığında kullanmışsa mirasçıları bu yolda takibe devam edebilir⁷⁰.

aa) Hacze İmtiyazlı İştirakin Şartları

aaa) Maddi Hukuka İlişkin Şartlar

i) Evlilik İlişkisi

İİK. m. 101/1'e göre "Borçlunun eşi ve çocukları ve vasi veya kayyımı olduğu şahıslar evlenme, velayet veya vesayetten mütevellit alacaklar için önce icrası lazım gelen takip merasimine lüzum olmaksızın ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar aynı derecede hacze iştirak edebilirler. Şu kadar ki bu hak ancak haciz, vesayet,veya velayetin veya evliliğin devamı esnasında veya zevalini takip eden sene içinde yapıldığı takdirde istimal olunabilir. Bir dava veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz ..".

Bu hüküm uyarınca, aleyhine icra takibi yapılan borçlu ile hacze imtiyazlı iştirakte bulunan alacaklı arasında evlilik bağı bulunmalıdır. Ancak evlilik bağının sona ermesinden itibaren bir yıl içinde yapılırsa, yine aynı alacaklar için hacze imtiyazlı iştirak imkanı mevcuttur (İİK. m. 101 , f. 1, c. 2) Kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesindeki amacı, taraflar arasında hukuken geçerli bir evliliğin var olmasıdır⁷¹. Evliliğin mutlak ya da nisbi butlanla malül bulunması durumunda, hükmün kesinleşmesi anına kadar eşler arasında geçerli bir evliliğin verdiği hak ve imkanları sağladığından, karı-koca arasında hacze imtiyazlı iştirak ilişkisi söz konusu olmak gerekir⁷².

İİK. m. 101'e göre, eşler arasında hacze imtiyazlı iştirak, evliliğin devamı sırasında olduğu gibi, sona ermesini (zevalini) takip eden 1 yıl içinde de mümkün olabilecektir⁷³.

tilma, AÜHFD. C. XXXI, 1974, S. 1- 4, s. 364- 365; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 240); ayrıca bkz. Üstündağ, İcra, s. 282.

69 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 240.

70 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 364; Uyar, T., Hacze İmtiyazlı İştirak (Takipsiz İştirak) (İİK.m. 101), AD. 1973, S. 8, s. 643; Orta, s. 711.

71 Önen, E., Hacze İmtiyazlı (Takipsiz) İştirak, YD.1984 / 1-2, s.135; Üstündağ, icra. s. 282.

72 Önen, s. 135 ; Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 371. Batıl evlenme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, B., Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu, AÜHFD.,1969, S. 1-2. s. 195.

73 Uyar, İmtiyazlı İştirak s. 642 ; Önen, s. 135. Evliliğin ölümle sona ermesi halinde hacze imtiyazlı iştirak için kanunda öngörülen 1 yıllık süre ölüm gününden itibaren işlemeye başlar. Diğer hallerde-

ii) Bir Alacağın Varlığı

Hacze imtiyazlı iştirak için, alacağın mevcut olması ve bu alacağın borçlar hukukuna ilişkin bir alacak olması gerekir. Eşya hukukundan doğan bir alacak nedeniyle hacze imtiyazlı iştirak söz konusu olmaz. Zira Medeni Kanun, mal ayrılığı rejiminde kadının mallarının idaresini kocaya bırakmış olması durumunda, koca aleyhine konulan hacizde veya kocanın iflası durumunda hiç bir imtiyaz iddiasında bulunamayacağını öngörmektedir (MK. m. 188)⁷⁴. Öte yandan mal birliğinde, kadının kocanın mallarının haczi (kocanın iflası) halinde hacze (iflas masasına) iştirak ederek kendi şahsi mallarında veya değerlerinde meydana gelen noksanlıkların nakden yerine getirilmesini isteyebilir (MK. m. 206/ I). Yine mal ortaklığında, ortaklık malları üzerine haciz konulduğunda, kadının şahsi mallarının değerini isteyebileceği Medeni Kanun'da öngörülmüştür (MK. m. 220).

Hacze imtiyazlı iştirakin amacı, borçlunun yalnız ailevi bağlarla bağlı olduğu kişilerin çıkarlarının üçüncü kişiler karşısında korunması olduğundan, imtiyazlı iştirak sahibi alacaklıların alacaklarının muaccel olması şartının da aranması gerekir⁷⁵.

iii) Alacağın Evlilik İlişkisinden Doğması

İİK. m. 101, hacze imtiyazlı iştirake esas teşkil eden alacağın evlenme ilişkisinden doğan bir alacak olmasını zorunlu saymaktadır⁷⁶. MK. m. 165 vd. hükümlerinde ise, karı- kocanın evlenmenin devamı müddetince kanunda sayılı belli haller dışında diğer tarafa karşı bulunamayacağı (MK. m. 165); şu kadar ki, karı kocadan biri aleyhine bir üçüncü kişi tarafından icra takibatına başlanmış olursa, diğeri kendi hakkından dolayı hacze veya iflas masasına iştirak edebileceği (MK. m. 166) hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, İİK. m. 101 ile MK. m.166 (eşlerden birinin diğer eşin mallarına konulan hacze - iflas masasına iştirak edebileceği) hükmü arasında paralellik mevcuttur. Zira, gerek Medeni Kanun'da ve gerek İcra ve İflas Kanunu'nda yaptığı bu sıkı düzenleme ile kanun koyucu MK. m. 165'deki cebri icra yasağı nedeniyle birbirinden olan alacakları için takip yapamayan eşlerin diğer eşin

(gaiplik, boşanma, butlan) sona erme durumunda ise, bir yıllık sürenin başlangıcı, mahkemenin verdiği gaiplik, boşanma, mutlak ya da nisbi butlan kararının kesinleşme tarihi olacaktır. Ayrılığa karar verilmesi halinde ise bir yıllık sürenin işlemesi söz konusu değildir. Bu durumda evlilik devam ettiğinden hacze imtiyazlı iştirak mümkün olacaktır (bkz. Önen, s. 135-135) ; kanun buradaki sürenin hesabına bir dava veya takibin devam ettiği sürenin dahil olamayacağını belirtmiştir (İİK. m. 101/I). Bununla kastedilen hacze iştirak için ileri sürülen alacağın tespiti konusunda yapılan talep veya davanın devam süresidir (bkz. Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 642 ; Üstündağ, İcra, s.282).

74 Önen, s. 139.

75 Önen, s. 140.

76 Kanun açıkça "evlilikten mütevellit alacaklar" dediği için, eşler arasında nişanlılık döneminden kalma bir alacak hacze imtiyazlı iştirak hakkı vermez (Önen, s. 140).

malları üzerine onun alacaklarınca koydurulan haciz (ya da diğer eşin iflası) sonunda zarara uğramalarını kesin olarak önlemiş bulunmaktadır⁷⁷.

Buna karşılık, hacze imtiyazlı iştirake esas olan alacağın kaynağı yönünden, Medeni Kanun ile İcra ve İflas Kanunu arasında bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. O halde, evlenmeden doğan alacaklar için hacze iştiraktan söz eden İİK. m.101 mi , yoksa herhangi bir sınırlama yapmaksızın bütün alacaklar için hacze iştiraktan söz eden MK. m. 166 hükmü mü daha yerindedir? Bir görüşe göre⁷⁸, evlenme sözleşmesinden yahut kanunun evlenmeye ilişkin hükümlerinden doğmamış alacaklar için imtiyazlı iştirak kabul edilmemelidir. Ayrıca bu görüşü savunanlar, eşlerin nafaka, boşanma halinde lehe hükmedilen tazminat alacağı için imtiyazlı iştiraki kabul etmekle beraber, mal ayrılığı rejiminde, karı malların idaresi için kocaya yetki verdiği durumlarda, bu idareden doğan alacaklar için imtiyazlı iştiraki kabul etmemektedir⁷⁹. Diğer bir görüşe göre⁸⁰, eşler arasındaki sözleşmeden veya haksız fiilden doğan alacaklar evlenmeden mütevellit alacaklar sayılır. Eşler arasında sözleşmeden veya haksız fiilden doğan alacaklar için hacze imtiyazlı iştirak kabul edilemez. Üçüncü bir görüşe göre ise⁸¹, eşin hacze iştirak edebilmesi için mutlaka alacağın evlenmeden doğmuş olması şartı aranmamalıdır. Çünkü, İİK. m. 101'deki ifadeye üstünlük tanınır da evlenmeden doğmayan alacaklar bakımından eşe hacze iştirak hakkını verilmezse, eş bundan zarar görür. Zira, alacağımı cebri icra yasağı yüzünden (evlilik devam ettiği sürece) hiç bir şekilde alamayacak demektir. Öğreti ve uygulama bakımından, baskın ve yaygın olan görüş, üçüncü görüştür. Kanımızca, evlilik ilişkisinden doğup doğmadığına bakmaksızın bütün alacaklar için imtiyazlı iştiraki kabul eden bu görüş daha tutarlıdır. Zira aile ilişkisi, kamu düzeni ve ahlakı koruma amacı ile konulan cebri icra yasağını, eşler arasında evlenmeden doğsun doğmasın her türlü alacak için uygulamak, kanaatimizce daha uygundur.

bbb) Takip Hukukuna İlişkin Şartlar

i) Bir Haczin Varlığı

İmtiyazlı iştirak sahibi alacaklının, bu hakkını kullanabilmesi için, diğer alacaklının borçlunun malları üzerine haciz koydurmuş olması gerekir. Bir başka

⁷⁷ Önen, s. 141; Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 369-370.

⁷⁸ Belgesay, M. R., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 199.

⁷⁹ Belgesay, İİK Şerhi. s.199. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Ortan, s. 712.

⁸⁰ Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 641.

⁸¹ Yılmaz, E./ Arslan, R, İcra ve İflas Hukuku Pratik Çalışmaları, B. 2, Ankara 1990, s. 31; Önen, s.142 ; Ortan, s. 712 ; Federal Mahkeme de bu görüştedir (BGE 42 III ; BGE 61 III 80; BGE 61 III 87; nakleden, Yılmaz/ Arslan, 31. dn.17); ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 241; aynı görüş, Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 369-370; Egger, s. 361).

deyişle, hacze imtiyazlı iştirak kurumunu, ilk haciz harekete geçirmektedir⁸². İmtiyazlı iştirakte borçlunun diğer bir alacaklısının koydurmuş olduğu ilk haciz yoksa, iştirak haczinin yapılabilmesine de imkan yoktur. Çünkü iştirak haczi daha önce başlatılmış bir icra takibine dayanmamaktadır. Burada, bağımsız varlığa sahip bir haciz yoktur. Bunun sonucu olarak da eğer ilki konulmamışsa, hacze imtiyazlı iştirak söz konusu olmaz ya da ilk haciz herhangi bir nedenle kalkarsa, imtiyazlı iştirak de devamlılığını yitirir⁸³.

ii) Kanundaki Sürelere Uyulması

İİK. m. 101/ I'e göre, hacze imtiyazlı iştirak hakkı, ancak haczin evliliğin devam ettiği sürece veya evlilik ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde mümkün olabilecektir. Bu süre, kesintisiz olarak hesaplanması gereken bir süre olup, bir dava veya takibin devam ettiği süre burada dikkate alınmaz⁸⁴.

Hacze imtiyazlı iştirak için kanunda öngörülen diğer bir süre ise, hacze iştirak işleminin yapılmasına yönelik bir süredir. İİK. m. 101/I gereğince, imtiyazlı iştirak hakkına sahip olan kişi, önce icrası lazım gelen takip merasimine lüzum olmaksızın ilk haciz üzerine satılan malın tutarı icra veznesine girinceye kadar bu hakkını kullanabilecektir⁸⁵. Kanun, bu maddede, süreye uyulması şartıyla hacze "aynı derecede" iştirakin mümkün olabileceğini belirtmektedir. Şu halde, süreye uymamış olan kişi, hacze katılamayacağı için alacağına kavuşamayacak, bu hakkını daha sonra başka bir derece içinde konulan başka bir hacze iştirak etmek suretiyle kullanabilecektir. "Aynı derecede" sözcüğünün anlamı budur⁸⁶.

82 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 366 ; Önen, s. 144. İmtiyazlı iştirakte buna yetkili olan kişilerin (örneğin borçlunun eşi) bir takip talebinde bulunup takibin kesinleşmesini ve sonuçta kendilerine haciz isteme yetkisinin (İİK. m. 78 /I) gelmesini beklemelerine gerek yoktur (bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 241).

83 Önen, s. 145.

84 Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 642 ; öğretilde Önen, bu süreye "hacze iştirak imkanını hazırlayan süre" demektedir (bkz. Önen, s. 145) ; bir yıllık süre ile ilgili tartışmalar için bkz. yukarıda, dn. 73.

85 Önen, s. 146. Bu süreye "hacze imtiyazlı iştirak talebinin yapılması için kabul edilmiş süre (Önen, s. 146) denilebileceği gibi, "hacze katılma isteminin süresi (süreye ilişkin ikinci şart) de denilebilir (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 383).

86 Önen, s. 1-16. Öğretilde Yılmaz, bu sürenin hacizli malın paraya çevrilmesine kadar olması, bunun bir kanun değişikliği ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'a uydurulması ve bunun her iki tür hacze katılma türü için de olması gerektiğini belirtmiştir (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 384, dn. 59).

bb) Hacze İmtiyazlı İştirak Prosedürü

İmtiyazlı iştirak de adi iştirakte olduğu gibi, ilk haczin dayanağı olan takibin yapıldığı icra dairesinden istenir⁸⁷. İcra dairesi, hacze imtiyazlı iştirak taleplerini borçluya ve alacaklılara bildirir (karş. İİK. m. 104/ III) ve onlara bu taleplere itiraz edebilmeleri için yedi günlük bir süre verir. Bu süre içinde üç nedene dayanarak itiraz mümkündür⁸⁸. 1. Alacağın niteliğine itiraz (Alacağın İİK. m. 101'deki evlilik ilişkisinden doğmadığına ...vs.), 2. Alacağın tutarına itiraz, 3. İştirak talebinin kanuni süreden sonra yapılmış olduğuna itiraz.

Borçlu veya alacaklılardan biri, bu süre içinde imtiyazlı iştirak talebine itiraz ederse, imtiyazlı iştirak talebinde bulunan kişinin hacze iştiraki geçici olarak kabul edilir ve kendisine yedi gün içinde dava açması gerektiği bildirilir. İmtiyazlı iştirak talebinde bulunan, verilen bu süre içinde mahkemede dava açmazsa, hacze iştirak hakkı ve bununla geçici haciz düşer. Mahkemede açılan davaya basit yargılama usulüne (HUMK. m. 507- 511) göre bakılır (İİK. m. 101/ II)⁸⁹. Bu anılan usul, bir nafaka ilamına dayanarak imtiyazlı iştirak talebinde bulunan alacaklıya uygulanmaz. Çünkü, onun alacağı esasen mahkeme kararı ile tespit edilmiş durumdadır⁹⁰.

b) İflas Masasına İştirak

İflas, hukuki niteliği bakımından, genel bir tasfiyedir. Bu nedenle, eşin bundan hariç tutulması mümkün değildir. Böylelikle, karı veya kocanın alacaklı olduğu hallerde iflas masasından mallarını çıkartabilme veya alacakları için masaya iştirak edebilme imkanına sahip olabileceklerdir⁹¹. MK. m. 166 gereğince hacze ya da iflas masasına katılan eşin esas itibarıyla imtiyaz hakkı yoktur; yani o, diğer adi alacaklılarla aynı sıra ve derecededir. İİK. m. 206, iflas masasına giren malların satış tutarının alacaklılara dağıtılmasında 6 sıra gözetmiş, karı, koca ve çocuk nafakaları birinci sırada imtiyazlı alacaklar olarak yer almıştır⁹².

Burada MK m.206 ve 207 ile MK m. 220 hükümleri de dikkate alınmalıdır. Gerçekten MK m.206/1'e göre, kocanın iflası veya mallarının haczi halinde

87 Üstündağ, İcra, s. 283; Önen, s. 147; Orta, s. 713; iştirak talebinin şekli hakkında kanun özel bir şekil öngörmemiştir. Bu nedenle yazılı veya sözlü şekil mümkündür (Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 386).

88 Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 387 .

89 Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982. s. 442; Üstündağ, İcra, s. 297-298; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 242. Hacze imtiyazlı iştirak prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Takipsiz Katılma, s. 385 vd.; Önen, s. 147 vd.; Uyar, İmtiyazlı İştirak, s. 643 vd; Orta, s. 714-715; konuyla ilgili örnek olay çözümü için bkz. Yılmaz/ Arslan, s. 27-31.

90 Postacıoğlu, s. 442; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 242.

91 Egger, s. 364-365; Orta, s. 715.

92 Egger, s. 365; Orta, s. 715.

karı, iflas masasına veya hacze katılarak, kendi şahsi mallarında veya bunların kıymetinde vuku bulan ve kocanın sorumluluğunu gerektiren zarar ve noksanların ödenmesini isteyebilir. Bu takdirde ise kocanın karısındaki alacakları karının alacağından indirilecektir (MK m.206/ I, c. 2). Karının şahsi mallarında aynı bir hakkı (mülkiyet hakkı) olduğundan, karının şahsi mallarından aynen mevcut olanları malik sıfatıyla geri alma hakkı vardır (MK m.206/ II). İşte kadının aynen elde edebildiği mallar bütün şahsi mallarının yarısından az olduğu takdirde, bu eksik kalan malların değeri miktarındaki alacak imtiyazlıdır (MK m.207/I).

Kadının şahsi mallarının yarısı kadar olan kısmı için kabul edilen alacak imtiyazı İİK m. 206'daki sıranın dördüncüsünde yer alır⁹³. Kadın bu imtiyazı başkasına devredemez ve bazı alacaklılar lehine olmak üzere imtiyazından feragat edemez (MK m.207/II).

Mal ortaklığı rejiminde, yine kocanın iflasına hükmolunur veya üçüncü kişiler ortaklık mallarına haciz koyarsa, kadın ortaklığa koyduğu malların parayla ifade edilen tutarını isteyebilir (MK m.220/I). Kadının bu alacağının yarısı imtiyazlıdır (MK m.220/II) ve bu imtiyaz, İİK m. 206'da dördüncü sırada yer verilmiştir. Bu imtiyazın başkasına devri ve imtiyazdan bazı alacaklılar lehine feragat, batıldır (MK m.220/III).

2. Alacaklı Eş Aleyhine Üçüncü Kişilerin İcra Takibinde Bulunması

MK m.167'ye göre: "*Karı veya kocadan biri haciz suretiyle takibata düşer olup da malları borcunu ifaya کافی gelmediği takdirde, diğerindeki alacakları muacceliyet kesbeder ve haczedilebilir. Karı kocadan birinin iflası halinde diğerindeki alacakları iflas masasına dahil olur*".

Bu hükümle, üçüncü kişiler (haczi veya iflası isteyen alacaklılar) korunmaktadır. Gerçekten, üçüncü kişi eşlerden birinden olan alacağını tam olarak tahsil edemediği takdirde mağdur olmak tehlikesi ile karşılaşacaktır. Oysa kanun mağduriyetine meydan vermemek için üçüncü kişiye, borçlu eşin diğer eşten olan alacaklarını da takip etmek imkanı vermiştir⁹⁴. Ancak bu istisnai hükümden yararlanabilmek için üçüncü kişilerin alacakların aleyhine takibatta buldukları eşin mallarından alamamış veya tamamlayamamış olmaları, yani onun mallarının borcu ifaya yetmemiş olması şarttır. Bu ön şart gerçekleşmedikçe karı veya kocanın diğer eşteki alacaklarına üçüncü kişiler başvuramazlar⁹⁵. Buradaki alacak

⁹³ Nitekim İİK. m. 206'da "dördüncü sıra" başlığında" müflisin karısının mal birliği veya ortaklığında ki mevcut olmayan şahsi mallarından dolayı alacağının nısfı (yarısı)" ibaresi yer almaktadır.

⁹⁴ Akıntürk, s.137; Fevzioglu, s. 185; Velidedeoğlu, s.112; Köprülü/ Kaneti, s. 136.

⁹⁵ Fevzioglu, s. 185. Takipte bulunan alacaklıların haklarını elde edememiş olmaları şarttır. Bu nedenle haciz (İİK. m. 78) ve paraya çevirme (İİK. m. 106) işlemleri yapılmış ve İİK. m. 138-142 gereğince paylaştırmanın tamamlanmış olması gerekir. Bütün bunlar sonucunda alacaklıların haklarını kısmen

kavramına, sadece evlilik ilişkisinden doğan nafaka, yardım vs. gibi alacaklar değil, diğerleri de, örneğin sözleşmeden doğan alacaklar ve haksız veya sebepsiz mal iktisabından doğanlar da dahil olur⁹⁶. Ayrıca muaccel olan olmayan bütün alacaklar da buraya girer (MK. m. 167).

Gerçekte, MK. m. 167 hükmünün cebri icra yasağına bir istisna teşkil etmediğini ileri süren *Ortan*, şunları belirtmektedir⁹⁷: "... gerçekte MK. m. 167, cebri icra yasağına bir istisna değildir. Karı kocadan her birinin şahsi alacaklarının yararını, onların müşterek yararlarının üstünde tutulması gerektiğinden, kanun borcunu ödemeye yeter malı bulunmayan eşin alacaklısına, onun alacağını haciz ettirmek yetkisini vermiştir. Bu yola eşlerin birbiri ile anlaşarak alacaklıların zarara sokma ihtimali önlenmiş olacaktır." Ayrıca belirtilmelidir ki, MK. m. 167/ I, haciz yolu ile yapılan takibe ilişkindir. Fakat bu yolda yapılan takip semeresiz kaldığı takdirde şahsi takibata yol açan rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibi kapsamaz⁹⁸. Yine MK. m. 167/ II'ye göre "karı kocadan birinin iflası halinde diğerindeki alacakları iflas masasına dahil olur".

3. Nafaka Alacağının Elde Edilmesi

Eşlerden biri, hakimın karar verdiği nafakayı diğerine ödemezse, bu para için cebri icraya başvurabilir (MK. m. 168/ II). Kanunun bu hükmünün amacı ; nafakanın diğer eşin geçimi, yani hayatını sürdürmesi için hükmedilmesidir. Bu nedenle nafakanın anında ödenmesi gerekir. Nafaka alacaklısının (eşin), nafakayı alabilmek için evliliğin sonuna kadar beklemesi düşünülemez⁹⁹. Onun için eşler birbirlerine karşı nafaka alacağı için cebri icra yoluyla takipte bulunabilirler. Nitekim Yargıtay da bir çok kararında¹⁰⁰, MK. m. 168'de öngörülen durumlarda "nafaka alacakları" bakımından eşler arasında cebri icra yapılabileceğini belirtmektedir.

veya tamamen alamamış olmaları gerekir. Bu durumda borçlu eş hakkında haciz kararı verilerek aciz belgesi düzenlenemeyecektir (*Ortan*, s. 717-718)

⁹⁶ Öztan, Aile, s. 133.

⁹⁷ *Ortan*, s. 717.

⁹⁸ Egger, s. 365- 366; *Ortan*, s. 717.

⁹⁹ Zevkliler, s. 801; Akıntürk, s. 137; 12. HD. 25. 4. 1983.2053/ 3177 : "Takip nafaka alacağına dayanmaktadır. Medeni Kanun'un 168. maddesine göre nafaka alacağına dayanan takip isteği karı koca arasındaki cebri icra yasağı dışında kaldığı halde, anılan kanunun 165. maddesinden bahisle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir..." (Uyar, Şikayet, s. 165).

¹⁰⁰ 12. HD. 1988, 5916/ 98 (Uyar, Şikayet, s. 164) 12. HD. 2 3. 12. 1986, 4185/ 15034 : "... MK.'nun 168. maddesi hükmüne dayanılarak, eşlerin yekdiğeri hakkında icra takibinde bulunabilecekleri düşünülmeksizin, yazılı şekilde eşler arasında cebri icra yasağı bulunduğundan bahisle davacı isteğinin kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsiz temyiz isteği bu nedenle yerinde bulunduğundan..." (Uyar, Şikayet, s. 164); ayrıca bkz.12. HD. 17.2.1986. 8107/ 1702 (Uyar, Şikayet, s. 165)

MK. m.168/ II kapsamına, sadece bakım nafakası olarak hakimın hükmettiği nafaka girer. Nafakanın cebri icra yolu ile istenebilmesi için . hakim kararına dayanması şarttır. Taraflar arasında kararlaştırılan nafaka, hakim tarafından onaylanmadıkça, bu maddenin kapsamı dışında kalır¹⁰¹. MK. m. 168/ II kapsamına bu anlamda, boşanma davası nedeniyle hükümlenen yoksulluk nafakası (MK. m. 144), boşanma veya ayrılık davaları döneminde geçici tedbir olarak ön görülen tedbir nafakası (MK. m. 137; MK. m. 162/III) ve velayet kendine bırakılmamış olan ana veya babanın, çocuğunu bakım ve eğitim giderlerine iştirak ettirmesine ilişkin iştirak nafakası (MK. m. 148/ II) girecektir. Öğretide, madde kapsamına sadece nafakaların değil, bir defaya mahsus olmak üzere yapılan edalar, fevkalade olarak yapılan yardımlar ve mobilyaların verilmesinin de girmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰². Ayrıca belirtelim ki, nafaka ilamlarının icrası mümkün olduğundan, burada zamanasını da işleyecektir¹⁰³.

4. Mal Ayrılığına Geçişin Gerçekleşmesi (Tenfizi)

a) Genel Olarak

Hukukumuzda mal ayrılığı, mal ortaklığı ve mal birliği olmak üzere üç ana mal rejimi vardır¹⁰⁴. Kanuni mal rejimi mal ayrılığıdır (MK. m. 170). Eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesi (evlenme mukavelesi) ile, bu üç mal rejiminden birini benimseyebilirler (MK. m. 170,171). İşte eşler aralarında "mal ortaklığı" ya da "mal birliği" esasını kabul etmişlerse, bu esas bazı durumlarda kanun gereği (MK. m. 174), bazı durumlarda da hakimın kararı ile (MK. m. 175) mal ayrılığına dönüşür. Bu dönüşme nedeniyle karı koca mallarının tasfiyesi, bu arada birbirine karşı alacağının da tahsili gerekir. İşte bu nedenle kanun, mal ayrılığına dönüşümde karı koca arasında cebri icraya izin vermiştir (MK. m. 168)¹⁰⁵. Mal ayrılığına dönüşmenin gerçekleşmesi (tenfizi), yani eşlerin kendi

¹⁰¹ Öztan, Aile, s. 133; Velidedeoğlu, s. 112. Hukukumuzda nafaka, bakım ve yardım nafakaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bakım nafakaları; tedbir nafakası, ana - babadan istenecek bakım nafakası, iştirak nafakası ve yoksulluk nafakasıdır. Yardım nafakası ise MK. m. 315-316'da düzenlenmiştir. Bkz. Bozovaı, H., Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, s. 5-6.

¹⁰² Egger, s. 367; ayrıca bkz. İİD. 2.7. 1963. 8058/ 8033 (Tekinay, s. 296, dn. 11)

¹⁰³ Bkz. İİD. 20.3.19□2. 5038/ 983 (Olgaç, s. 152).

¹⁰⁴ İsviçre'de 1 Ocak 1988,de yürürlüğe giren Yasayla, artık olağan mal rejimi - mal birliği değil, "kazanılmış (edinilmiş) mallara katılma" olmuştur. Olağanüstü mal rejimi ise, "mal ayrılığı"dır. İsviçre'deki bu yeni düzenleme için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 447.

¹⁰⁵ Zevkliler, 801-802: 12. HD. 1. 4 .1988. 5916/1098 : "Kanuni ve kazai mal ayrılığının tenfzine mütedair ilamların, evlenmenin devamı müddetince, infazının istenebileceği düşünülmeden MK.'nun 168.maddesi nazara alınmadan itirazın kabulü isabetsiz, temyiz itirazı yerinde görülmele merci kararının İİK. m. 366 ve HUMK'nun 428 . maddeleri uyarınca bozulmasına..." (Uyar, Şikayet, s.164)

mallarının ve haklarının kendilerine geri verilmesi bir hesap işidir. Hesap sonunda eşlerden birinin diğerinden alacaklı çıkması mümkün ve muhtemeldir¹⁰⁶.

Eğer, MK. m. 166'daki "cebrî icra yasağı" kuralına bu ihtimalde de bağlı kalınsaydı, mal ayrılığının tenfizi fiilen yapılamayacaktı. Çünkü evlilik bağı devam ettiği sürece alacaklı eş, borçlu eşten bu alacağını tahsil imkanına kavuşamayacaktı. MK. m. 168'deki istisna işte bu imkansızlığı önlemekte ve diğer mal rejim usullerinden kanuni veya kazai mal ayrılığı usulüne geçişte, eşlerin birbiri aleyhine her zaman icraya başvurabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁷.

b) Sözleşmeye Dayanan Mal Rejiminin Kanuni Mal Rejimine Dönüşmesi

aa) Kanun Gereği Mal Rejimine Dönüşme

Karı - koca, mal birliği ya da mal ortaklığı rejimini kabul etseler bile, birinin iflası iflas eden ya da diğer eşen alacaklıları mevcut mal rejimi yüzünden zarara uğrarlarsa, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı, kendiliğinden (kanun gereği) mal ayrılığına dönüşür (MK. m. 174).

bb) Hakim Kararı ile Kanuni Mal Rejimine Dönüşme

MK. m. 175-177'de belirtilen nedenlerin varlığı durumunda, var olan nedenin çeşidine göre kadına, kocaya ve eşlerin alacaklılarına, geçerli olan mal birliği ya da mal ortaklığının mal ayrılığına dönüşmesini isteme yetkisi tanınmıştır. Bu dönüşmenin olması için, dönüşme konusunda hakimın karar vermesi gerekmektedir¹⁰⁸.

MK. m. 175'e göre, aşağıdaki durumlarda karı, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini (mal ayrılığına hükmolunmasını) hakimden isteyebilir :

- a. Koca, karısının ve çocuklarının bakım ve geçimini ihmal ederse,
- b. Koca, karısının şahsi malları için istediği teminatı vermezse,
- c. Kocanın veya mal ortaklığı usulünde ortaklığın borç ödemekten aciz olduğu belli olursa.

¹⁰⁶ Feyzioğlu, s.185; Öztan, Aile, s. 133.

¹⁰⁷ Feyzioğlu, s. 185; Öztan, Aile, s.133. Dikkat edilmelidir ki, MK. m.168'deki istisna, eşler arasında kanuni rejim olarak evlilik birliğinin doğumuyla işleyen mal ayrılığı usulünde kullanılamaz. Bu imkan sadece, diğer mal rejimlerinden (kanuni ve kazai yoldan) tekrar mal ayrılığına dönüşmede ve bu dönüşün gerçekleştirilmesi aşamasında uygulanabilir (Feyzioğlu, s. 185); ayrıca bkz. 2. HD. 11.6. 1962, 3766/ 3451 (Feyzioğlu, s.185, dn. 140) ; 12. HD. 6. 3.1990, 1510/ 2950 (Uyar, Şikayet, s. 161).

¹⁰⁸ Zevkliler, s. 807.

MK. m. 176'ya göre, aşağıdaki durumlarda da koca, geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini hakimden isteyebilir :

- a. Karının, borcunu ödemekten aczi sabit olursa,
- b. Mal ortaklığı ya da birliğinde, ortaklığa ya da birliğe giren mallar üzerinde kocanın, ancak karının izni ile yapabileceği işlemlere geçerli bir neden olmaksızın karı izin vermezse,
- c. Karı, şahsi malları için kocadan teminat isterse.

MK. m. 177'ye göre ise, karı kocadan birinin alacaklıları, borçlu eşe karşı haciz yoluyla icra takibinde bulunurlar ve karı koca arasında geçerli olan mal birliği ya da ortaklığı nedeniyle bazı mallara el atılamaması yüzünden alacaklılar zarara uğrarlarsa, zarar gören alacaklıların istemi ile, geçerli olan mal rejimi, hakim kararıyla mal ayrılığına dönüştürülür.

IV. CEBRİ İCRA YASAĞININ HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Eşler arasında cebri icra yasağının (MK.m. 165/I) evlenmenin devamı müddetince geçerli olduğu belirtilmişti. Bu yasağın geçerlilik süresi, ayrılık, batıl evlenme ve boşanma hallerinde çeşitli özellikler gösterir. Ayrıca bu yasağın hükümleri açısından, cebri icra yasağının uygulanması da önemli bir konudur. Aşağıda gerek yasağın geçerlilik süresine, gerekse yasağın nasıl uygulandığına ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

B. Cebri İcra Yasağının Geçerlilik Süresi

1. Genel Olarak

Cebri icra yasağı, evlenmenin devamı müddetince geçerli olduğuna göre (MK. m. 165/I) evliliğin sona erdiği halleri belirtmek gerekir. Evlilik, eşlerden birinin ölümü, evliliğin iptali ve boşanmaya karar verilmesiyle sona erer¹⁰⁹. Ancak sadece mahkemece gaiplik kararının alınması ile evlilik sona ermez. Eğer eş, evliliğin feshi davası açmışsa¹¹⁰ evlilik bağı sona erebilir¹¹¹.

2. Eşler Arasında Ayrılığa Hükmedilmesi Halinde

Ayrılık, boşanma gibi evliliği sona erdirmez. Zira ayrılık, eşler arasındaki ortak yaşama ara verilmesi, eşlerin belli süre ayrı konutlarda yaşamalarıdır. Ay-

⁰⁹ Evliliğin sona ermesi halleri için bkz. Zevkliler, s. 82 vd ; ayrıca bkz. Önen, s. 135-136.

¹⁰ Evliliğin feshi davası, gaiplik davası ile birlikte açılabilir. Bu halde boşanma hakkındaki usul burada da uygulanır (MK. m. 94/III). Ayrıntı için bkz. Zevkliler, s. 865 vd.

¹¹ Ortan, s. 699; Zevkliler, s. 866.

rılık durumunda evlilik birliği sona ermez, ama evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden olan. birlikte yaşama ödevi geçici olarak askıya alınır¹¹².

Eşler arasında MK.m.139 gereğince ayrılığa hükmedilmesi¹¹³ veya MK. m. 162 gereğince, eşlerin müşterek hayatın devamı yüzünden eşlerden birinin sıhhati, şöhreti veya işinin ciddi surette tehlikeye düşmesi nedeniyle ayrı meskenlerde ikamet etmeleri halinde dahi, eşler arasında cebri icra yasağı geçerli olacaktır.

3. Batıl Evlenme Halinde

Evlenme, mutlak bir butlanla malül olsa bile¹¹⁴, hakimın kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir (MK. m. 124/II). Hakim tarafından butlan kararı verinceye kadar¹¹⁵, eşler arasında cebri icra yasağı yine mevcut olacaktır. Cebri icra yasağını düzenleyen MK.m. 165 vd. hükümleri, eşlerin iyiniyetli veya kötünüyetli olmaları konusunda bir ayırım yapmamıştır. Yani, eşler mutlak butlan sebeplerini içeren bir evlilikte, ister iyiniyetli ister kötünüyetli olsun, cebri icraya başvurmazlar¹¹⁶.

Ayrıca evlilik nisbi butlanla (iptal edilebilirlik) geçersiz olsa bile, mutlaka hakim kararı ile iptal ettirilerek ortadan kaldırılır. O halde, gerek mutlak butlan, gerekse nisbi butlanda, evlilik kaldırılıncaya kadar, geçerli bir evliliğin doğurduğu sonuçlar doğar¹¹⁷.

Sonuç olarak nisbi butlanla geçersiz olan evlilik halinde de cebri icra yasağı devam edecektir.

4. Boşanma Halinde

Boşanma davası sırasında ve boşanma hükmü kesinleşinceye kadar, eşler arasında cebri icra yasağı yine söz konusudur. Hatta tashihi karar aşamasında

¹¹² Zevkliler, s. 904.

¹¹³ Ayrılık süresi bir yıldan üç yıla kadar olmak üzere belirlenir (MK. m. 139). Süre, bir yıldan az, üç yıldan çok olamaz. Sürenin ne kadar olacağını, olayın özelliklerine göre hakim belirler (Zevkliler, s. 904-905).

¹¹⁴ Evlilikte mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) halleri sınırlı sayıdadır. MK. m. 112'de bu nedenler: a) Mevcut evlilik, b)Yasak derecede hısımlık c)Akıl hastalığı ve sürekli olarak temyiz kudretinden yoksunluktur. Evlilikteki nisbi butlan (iptal edilebilirlik) halleri ise, a) Temyiz kudretinden geçici yoksunluk, b) İrade bozukluğu halleri (hata, hile, ikrah.) c) Kanuni temsilcinin izninin bulunmamasıdır (bkz. Zevkliler, 837-851).

¹¹⁵ MK. m. 124/ I: "Evlenmenin butlanı ancak hakimın kararı ile hüküm ifade eder." Evlilik halinde, butlan kararının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, butlan kararı bildirici, diğer görüşe göre ise yapıcı niteliğe sahiptir. Tartışmalar için bkz. Öztan, Batıl Evlenmeler, s. 194 vd.

¹¹⁶ Öztan, Batıl Evlenmeler, s. 209; Ortan, s. 699.

¹¹⁷ Zevkliler, s. 852.

dahi, yasak geçerliliğini korur¹¹⁸. HUMK. m. 442 ve 443 gereğince temyiz ve tashihi karar (karar düzeltme) talepleri icrayı geri bırakmaz¹¹⁹. Buna karşılık, gayrimenkule ve diğer aynı haklara ve aile ve şahsın hukukuna (boşanma, nesep, hacir gibi) ilişkin hükümler, kesinleşmedikçe icra edilemezler. Bu nedenle, bu hükümlerin temyiz edilmesi icrayı kendiliğinden durdurur¹²⁰. Sonuç olarak ise, eşler arasındaki cebri icra yasağı da bu aşamada hükmünü icra edebilecektir.

C. Cebri İcra Yasağının Uygulanması

Eşler arasında cebri icra yasağı, takip şekillerinden hepsi için, yani gerek haciz ve gerekse iflas yolu ile yapılan takip şekillerinde geçerlidir¹²¹.

Cebri icra yasağı bulunan durumlarda, alacaklı eş, borçlu eş hakkında "takip talebinde" bulunabilecek midir? Yoksa cebri icra yasağı, borçlu eş hakkında takibin açılmasına ve kesinleşmesine engel olmayıp, sadece haciz, tahliye gibi işlemlere gidilmesine mi engeldir? Bu konu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹²², cebri icra yasağı olan durumlarda takibin ilk aşaması olan ödeme emrinin (ya da icra emrinin) tebliği yasaktır. İkinci bir görüşe göre¹²³, borçlu eş hakkında icra takibini kesinleştirmek mümkündür. Yani bu görüş gereğince cebri icra yasağı bulunan hallerde, alacaklı eş, borçlu eş hakkında takip talebinde bulunabilecek, hatta bu takibi kesinleştirebilecektir. Cebri icra yasağı, takibin kesinleşmesine engel değildir. Üçüncü bir görüşe göre ise¹²⁴ cebri icra, takip talebi ile başladığından, cebri icra yasağının bulunduğu durumlarda, alacaklı eşin takip talebinde bulunmaması gerekir. Kanaatimizce, icra ve iflas hukuku tekniği açısından, üçüncü görüş daha yerindedir. Zira; madem ki, cebri icra takip talebi ile başlamaktadır, öyleyse alacaklı eşin takip talebinde dahi bulunamayacağını be-

118 Egger, s. 361; Ortan, s. 699.

119 Örneğin; konusu para veya menkul mal olan hükümlerde durum böyledir. Bu hallerde, teminat gösterilerek Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı almak suretiyle hükmün icrası durdurulabilir (HUMK. m. 443/I; İİK. m. 36). Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 460-461.

120 Bunun için teminat gösterilmesine ve Yargıtay'dan icranın geri bırakılması karar alınmasına gerek yoktur (Kuru/Arslan/ Yılmaz, Usul, s. 461).

121 Ortan, s. 700.

122 Ortan, s. 700; Egger, s. 361.

123 Bu görüş Y. 2. HD.'nin görüşüdür. 2. HD. 24.12.1973, 7813/ 7434 : "MK.' nun 165. maddesinin sevk amaçlarından biri, eşler arasındaki uyumsuzluklarda delillerin kaybolmasını ve ispat güçlüğüne önlemektir. Bu bakımdan evlilik devam ederken dava açılması nasıl mümkün ise icra takibini kesinleştirmek de aynı şekilde caizdir..." (Uyar, Şikayet, s. 167); aynı görüş, Yazıcı, H./ Atasov, H., Şahıs Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1979. s. 463. Nitekim, Yazıcı/ Atasov'a göre, cebri icra yasağı durumunda eş icra takibinde bulunabilmeli, ancak hakkın elde edilmesine ilişkin cebri icra safhasına gidilmemelidir. Bu yolda bir takibat, karı kocanın 3. kişileri kandırmaya yönelik muvazaalarını da imkan ölçüsünde önleyecektir (Yazıcı/ Atasov, s. 463).

124 Uyar, Şikayet, s. 62; ayrıca Y. 12. HD de aynı görüştedir. Bkz. 12. HD. 9.5.1983. 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s. 162-163).

lirtmek gerekir. Yargıtay da¹²⁵ bir olayda cebri icra yasağının sadece haciz işlemine ilişkin olmadığını, bir eşin diğeri hakkında takip açıp, ona ödeme emri göndermesine de engel olduğunu belirtmiştir.

Cebri icra yasağının aksine yapılan takip, batıl olduğundan, böyle bir takibe maruz kalan eş, butlanı itiraz yolu ile değil, şikayet yolu ile dermeyan edebilecektir.

Ayrıca belirtelim ki, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip (İİK.m. 145 vd.) ve bir teminat için takip de yasak kapsamına girecektir (bkz. MK.m. 201/II)¹²⁶.

V. CEBRİ İCRA YASAĞININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

A. Genel Olarak

Eşlerin birbirlerinden olan alacaklarını cebri yoluyla elde edemediklerine göre, alacaklarını üçüncü bir kişiye her hangi bir nedenle temlik (devir) etmeleri halinde acaba üçüncü kişi, borçlu eş aleyhine cebri icra takibinde bulunabilecek midir? Veya, bunun tam tersi bir ilişkide, alacaklı eş, borçlu durumda olan üçüncü kişiye karşı cebri icra yoluna başvurabilecek midir? Sorunlarıyla karşılaşabilmektedir. Aşağıda bu sorulara cevap verilmeye çalışılacaktır.

B. Alacağın Devri

Eşlerden biri diğerinden olan alacağını üçüncü bir kişiye devrederse, cebri icra yasağının üçüncü kişi bakımından da etkili olup olmayacağı, yani, alacağı devralan üçüncü kişinin eşe karşı cebri icra takibinde bulunup bulunamayacağı, öğreti ve uygulamada farklı görüşlere neden olmuştur. Bazı yazarlar¹²⁷ alacağın devrine rağmen cebri icra yasağının devam edeceğini, yani alacağı devralan üçüncü kişinin de, borçlu eşe karşı icra takibi yapamayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu görüş taraftarları, gerekçe olarak BK.m.167 /1'i göstermektedirler. Gerçekten bu maddeye göre, borçlu alacağı temlik eden kimseye karşı sahip olduğu itiraz ve def'ileri, devralan kimseye de ileri sürebilir. Bu halde ise, borçlu eş MK. m. 165/ I'in kendisine sağladığı itirazı üçüncü kişiye karşı da kullanabilmelidir. Yargıtay da bu görüşü destekleyen bazı kararlar vermiştir¹²⁸. Bazı yazarlar ise¹²⁹ Eşten

¹²⁵ Bkz. 12. HD. 9.5.1983, 2515/ 3599 (Uyar, Şikayet, s.162-163).

¹²⁶ Egger, s. 360; Ortan, s. 701.

¹²⁷ Von Tuhr, A. (Çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1983, s. 864 : Belgesay. TMK Şerhi, s. 139.

¹²⁸ Bkz.12.HD. 18.11.1982, 8300/ 8478 (Uyar, Şikayet, s. 166) ; Yargıtay bazı kararlarında ise aksi görüşü benimsemiştir. Örneğin bkz. İİD. 1968, 248I 275 (Yazıcı/ Atasoy, s. 464)

¹²⁹ Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 183; Egger, s. 360; Uyar, Şikayet, s. 62; Ortan, s. 702; Öztan, Aile, s.131. Üstündağ, İcra, s. 82. Üstündağ'a göre, yasak kişisel karakterdedir. Bu nedenle alacağımı ü-

alacağı devralan üçüncü kişinin, borçlu eş hakkında cebri icraya başvurabileceğini yani devralan kişi için cebri icra yasağının uygulanmayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, MK.m. 165'deki yasak, sadece eşler arasındadır. Alacağın devri halinde, cebri icra hakkı üçüncü kişiye geçmiştir. Ayrıca MK. m. 165/ I'ın korumak istediği evlilik birliğinin korunması amacı da artık söz konusu olmaz. Zira, artık taraf üçüncü kişidir¹³⁰. Yargıtay da bazı kararlarında bu görüşü desteklemektedir¹³¹. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi için söz konusu olmayacağı görüşündeki yazarlar bile, eşin alacağının, cebri icra yasağından kurtulmak amacıyla muvazaalı olarak devredilmiş olması halinde, bu yasağın üçüncü kişiler için de devam edeceğini kabul etmektedirler¹³². Kanaatimizce, cebri icra yasağı, sadece eşler arasında ve kişisel nitelikli bir yasak olduğu için, eşten alacağı temlik alan üçüncü kişinin, yasak ile karşılaşmadan diğer eşe karşı takibe yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, temlik cebri icra yasağından kurtulmak için yapılmışsa bu durumda kanuna karşı hileden söz edilebilecektir. Zira burada, hukuk düzeninin yasakladığı bir sonuca ulaşmak için yine hukuk düzeninin izin verdiği başka bir hukuki işlem (alacağın temliki) kullanılmaktadır. Kanuna karşı hilede amaç, hukuk düzeninin bir yasağını, yine hukuk düzeninin imkanlarını kullanarak bertaraf etmektir¹³³.

C. Üçüncü Kişinin Borç Altına Girmesi

Eşlerden birinin diğerine karşı olan borcundan dolayı üçüncü bir kişi sorumluluk (borç) altına girerse, alacaklı eşin üçüncü kişiye karşı cebri icra takibi yapabilmeye yapamayacağı da önemli bir sorundur. Üçüncü kişinin böyle bir sorumluluğu, kefaletten doğuyorsa, onun aleyhine cebri icra yoluna gidilemez. Çünkü, BK. m. 497'ye göre kefil, asıl borçluya ait tüm savunmaları yapabilir¹³⁴.

Üçüncü kişi, borçlu eşle birlikte asıl borçlu sıfatını almış, yani onunla birlikte müteselsil borçlu olmuş (BK. m. 141), borçlu eşin tediyede bulunmaması halinde tazminat ödemeyi taahhüt etmiş (BK. m. 110) veya borçlu eşin borcunu

çüncü kişiye temlik eden eşin cüz'i halefi olan üçüncü kişi yasak ile karşılaşmadan takibe yetkilidir. Meğer ki temlik sırf yasağı bertaraf etmek için yapılmış olsun (Üstündağ, İcra, s. 82).

130 Değerlendirme için bkz. Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 183; Öztan, Aile. s.131. Ayrıca belirtilmelidir ki, alacağın üçüncü kişiye geçmesi halinde, BK. m. 132 / I, b.3'deki zamanaşımının durmasına ilişkin hüküm uygulanmaz. Bu nedenle alacağı devralan kişi yönünden zamanaşımının işlemesi fakat cebri icraya başvuru hakkının bulunmaması adil olamaz (Uyar, Şikayet, s. 62; Öztan, Aile, s. 131; ayrıca bkz. Orta, s. 702- 703).

131 Örnek olarak bkz. 12. HD.19.4.1979, 3473/ 3664 (Uyar, Şikayet, s. 166); İİD. 15.1.1968. 248/ 275 (Yazıcı/ Atasoy. 464).

132 Feyzioğlu, s.183; Tekinay, s. 295; Öztan, Aile, s.131 .

133 Kanuna karşı hile kavramı ile ilgili olarak bkz. Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler. B. 9, İstanbul 1993); Eren, s. 395; Ayan, s. 173.

134 Tekinay, s. 296; Orta, s. 703.

bizzat üstlenmişse (BK. m. 174), alacaklı eş, üçüncü kişiyi dahi cebri icra yolu ile takip edebilecektir¹³⁵.

VI. CEBRİ İCRA YASAĞINA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. Medeni Kanun m.165 ile Borçlar Kanunu m. 132/ III Hükümünün Paralelliği

BK. m. 132, altı bent halinde zamanaşımının işlemeyeceği ve işlemeye başlamış olan zamanaşımının duracağı halleri belirtmiştir. Aynı maddenin son fıkrası ise, zamanaşımını tatil eden nedenlerin kalkmış olduğu günün sonundan itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağını veya durmadan önce başlamış olan sürenin devam edeceğini belirtmektedir.

BK. m. 132'nin bu çalışmayla ilgili olan bendi, üçüncü benttir. Nitekim 3. bende göre "*Nikah devam ettiği sürece karı kocadan birinin diğeri zimmetinde olan alacakları hakkında*" zamanaşımı işlemeyecek ve başlamışsa duracaktır¹³⁶. Bu kural her üç mal rejiminde de yürür¹³⁷. Bu kuralın konmasının nedeni ise, evlilik hayatındaki huzuru bozmamak ve alacaklı eş, alacağını korumak endişesiyle takipte bulunmaktan alıkoymaktır¹³⁸. Bu açıdan bakıldığında, MK. m. 165'in BK'nun 132. maddesinin 3.bendi ile birlikte düşünülmesi gerekir. Evlilik birliğinin devamı süresince, eşlerin birbirlerindeki alacaklarını cebri icra yolu ile talep etmeleri yasaklanmış olduğundan, alacaklar hakkında zamanaşımının işlememesi gerekmiştir ki, bu düzenleme bizce de yerindedir¹³⁹. Yargıtay, eski tarihli bir kararında¹⁴⁰ BK. m. 132/ b.3 hükmünün sadece para değil, ayın davalarında da uygulanması gerektiği görüşünü belirtmiştir.

BK.m. 132/ b. 3 hükmünün ayrılık halinde uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴¹, ayrılık halinde zamanaşımının işlemesi

¹³⁵ Tekinay, s. 296; Orta, s. 703; Öztan, Aile, s. 131. *Feyzioğlu'na* göre, borçlu eşin borcunun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi ihtimalinde alacaklı eş, üçüncü kişiye karşı cebri icra yoluna başvurabilir (Feyzioğlu, s. 183-184).

¹³⁶ Funk, F., (Çev. Hıfzı Veldet/ Cemal Hakkı Selek), Borçlar Kanunu Şerhi (I), Umumi Hükümler, İstanbul 1938, s. 201; Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 182; ayrıca bkz. İİD. 10.11. 1942, 3154/ 4146 (Olgaç, s 152); Von Tuhr, s. 38, dn. 24.

¹³⁷ Funk, s. 201; ayrıca bkz. 4. HD. 6.6.1944, 2438/ 1861 (Tepeci, K., Notlu ve İzahlı Borçlar Kanunu, B. 3, Ankara 1959, s. 390). Karı koca mallarının idaresi için hangi rejim kabul edilirse edilsin, bu kural uygulanır (von Tuhr, s. 700).

¹³⁸ Y. HGK'nun 7.5.1947, 135/ 19 no'lu kararı için bkz. Tepeci, 390-392; ayrıca bkz. Tekinay, s. 295.

¹³⁹ Öztan, Aile, s. 129-130.

¹⁴⁰ Bkz. YHGK'nun 7.5.1947.135/ 19 no'lu kararı (Tepeci, s. 391-392).

¹⁴¹ Bu görüş ile ilgili olarak bkz. Orta, s. 707 (Oser- Schönberger' den naklen)

gerekir. Bir başka görüşe göre ise¹⁴², ayrılık süresi içinde dahi, alacak hakkında BK. m. 132/ b. 3 hükmünü uygulamak, yani zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmek gerekir.

Batıl evlenme halinde ise, MK. m. 124 gereğince, evlilik batıl olsa bile bu konudaki hakim kararına kadar BK. m. 132/ b.3 hükmü uygulanacaktır¹⁴³.

B. Eşler Arasındaki Borçların Eksik Borç Niteliği

Eksik borçlar, hukuk düzeni tarafından geçerli borç olarak kabul edilmekle birlikte, talep unsurundan yoksun bulunan ve icra yoluyla takip edilemeyen veya sadece icra yoluyla takibi mümkün olmayan borçlardır¹⁴⁴. Eksik borcu örneklerinden birisi de evliliğin devamı süresince eşlerin birbirlerine karşı olan ve aile görevleri dışında kalan borçlar (MK. m. 165)'dir¹⁴⁵. Öğretide, eksik borçlar, eksikliğin niteliği, kaynağı ve derecesi bakımından gruplara ayrılmıştır. MK. m. 165/ I'deki borçlar ise; eksikliğin niteliği bakımından "geçici surette eksik borçlar"; eksikliğin kaynağı bakımından "kanun gereği eksik borçlar"; eksikliğin derecesi bakımından ise "dar anlamda eksik borçlar" grubuna girmektedir¹⁴⁶. Eşler arasındaki alacakların eksik borç niteliği dava etmeye ve borçlu eş aleyhine mahkumiyet ilamı almaya engel değildir. Ancak cebri icra aşamasında borcun eksiklik niteliği ortaya çıkmaktadır¹⁴⁷.

C. Eşler Arasındaki Alacaklarda Takas Sorunu

Takip edilen karı veya koca, eşindeki alacağını eşine olan borcu ile takas edebilir. Aynı zamanda, eş takas hakkını haciz koymak isteyen alacaklıya karşı da ileri sürebilir¹⁴⁸. Ancak öğretide takasın özel bir cebri icra yolu olduğunu kabul eden azınlık görüş dikkate alınır¹⁴⁹, eşlerin birbirlerinden olan alacakları için nasıl ki cebri icra yasak ise, takasın da yasak olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak hukukumuz bakımından takasın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

142 Ortan, s. 707 ve dn. 77'de anılan yazarlar.

143 Funk, s. 201, aynı yönde, Ortan, s. 707.

144 Eksik borç kavramı için bkz. Akyol, Ş., Borçlar Hukuku Genel Hükümler I. İstanbul, 1995, s. 39 vd.; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B. 2, Ankara 1987, s. 91 vd.; Ayan, s. 74 vd.; Ataay, s. 52 vd.

145 Ataay, s. 53; von Tuhr, s. 38. dn.24.

146 Ataay, s. 53 vd.; Eren, s. 92 vd; ayrıca bkz. Saymen. s 38-39.

147 Akyol, s. 51.

148 Belgesay, TMK Şerhi. s. 141; Egger, s. 360; Ortan, s. 718.

149 Aral F., Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 14 ve dn.18'de anılan yazarlar.

Ayrıca belirtilmelidir ki, koca karısına karşı mevcut olan nafaka borcu ile velayeti kendisine bırakılan çocuğun annesinden olan nafaka alacağını takas edemez. Çünkü burada takasın şartlarından biri olan "karşılıklılık" şartı yoktur¹⁵⁰.

D. Cebri İcra Yasağına Aykırılık Halinde Şikayete Başvurulması

1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, şikayet, icra (ve iflas) dairelerinin icra (ve iflas) hukukuna aykırı olan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir yoldur. Şikayet ile icra ve iflas memurunun takip hukukuna ilişkin görevlerini "hiç yapmadığı" veya "yanlış yaptığı" ileri sürülür¹⁵¹. Öğretide şikayetin bir çok tanımı yapılmakla birlikte, şikayeti şu şekilde tanımlamak yerinde olacaktır¹⁵². "Şikayet, icra takibinin taraflarına veya hukuki yararı bulunan diğer kişilere tanınmış ve bu yolla icra ve iflas dairelerinin kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerinin iptalini veya düzeltilmesini ya da yapmadıkları ve geciktirdikleri işlemlerin yapılmasını sağlayan hukuki bir çaredir".

İşte cebri icra yasağına ilişkin MK.m. 165 hükmünün çiğnenmesi, borçlu eşe, yukarıda belirtilen şikayet nedenlerinden¹⁵³ "kanuna aykırılık" nedeniyle şikayet hakkı verecektir¹⁵⁴. Örneğin; MK.m 165 vd.'daki hükme aykırı olarak, icra dairesinin karı veya kocaya göndereceği ödeme emri, şikayet yolu ile iptal edilebilecektir¹⁵⁵. İşlemin kanuna aykırılık nedeniyle şikayet konusu olabilmesi için, memurun kusurlu hareket etmiş olması veya işlemde bir zararın doğmuş olması önemsizdir¹⁵⁶.

- 150 Aral, s. 21. Zira, takas alacağının alacaklısı üçüncü kişi olduğu takdirde karşılıklılıktan söz edilemez. Takas eden, başkasına ait alacak üzerinde tasarrufta bulunamaz (Aral, s. 20).
- 151 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 54; Postacıoğlu, s. 57; Üstündağ, İcra, s. 55; Uyar, Şikayet, s. 58.
- 152 Pekcanitez, H., İcra -İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986. s. 35.
- 153 İcra ve İflas Kanunu'nda şikayet nedenleri; işlemin kanuna aykırı olması, işlemin hadiseye (olaya) aykırı olması, bir hakkın yerine getirilmemesi, bir hakkın sürüncemede bırakılması olmak üzere dört grup altında toplanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 57 vd.; Üstündağ, İcra, s. 57- 60; Postacıoğlu, s. 58- 61; Uyar, Şikayet, s. 58 vd.; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 55- 56.
- 154 Uyar, Şikayet, s. 58-59. "Kanuna aykırılık" kavramındaki "kanun" sözcüğünün geniş yorumlanması ve sadece İİK'nun değil, icra organlarına uygulanan kanun hükümlerine aykırılığın da kanuna aykırılık içinde düşünülmesi gerekir (Üstündağ, İcra, s. 57- 58; Pekcanitez, s. 57-59; Postacıoğlu, s. 59-60).
- 155 Örnek olarak bkz. 12. HD. 14.9.1981, 5153/ 6663; 12. HD. 24.9.1979, 6409/ 7215 (Uyar, Şikayet, s. 570); ayrıca bkz. Egger, 361.
- 156 Üstündağ, İcra, s. 52; Pekcanitez, s. 59.

2. Şikayet Süresi

Hukukumuzda, şikayet, kural olarak yedi gündür. Şikayet süresi, şikayet edenin şikayet konusu işlemi öğrendiği günden itibaren başlar (İİK. m. 19/ I). Ancak yedi günlük sürenin iki istisnası vardır (süresiz şikayet halleri)¹⁵⁷ : a) Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması Örneğin, memurun kendisinden talep edilen işlem karşısında hareketsiz kalması gibi. b) Kamu düzenine aykırılık : Gerçekten de uygulamada, kamu düzeni amacıyla konulmuş hükümlerin ihlali halinde, bu işleme karşı süresiz şikayet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir.

Kamu yararı amacıyla konulmuş, maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler için de şikayet süreye tabi tutulmamıştır. Nitekim konumuzla ilgili olan MK. m. 165 hükmü de kamu düzenine ilişkindir. Bu hüküm, evlilik birliğinin ve ailenin korunması amacıyla konulmuştur. Bu hükme aykırı olarak takip yapılırsa, bu takiple ilgili işlemlere karşı, İTM'nde şikayet süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilecektir¹⁵⁸.

3. Şikayet Usulü

Şikayet, icra tetkik mercii (İTM) tarafından incelenip karara bağlanır. Yetkili tetkik mercii, şikayet konusu işlemi yapan icra ve iflas dairesinin tabi bulunduğu tetkik merciidir¹⁵⁹. Şikayet, icra tetkik merciine yapılır. İcra dairesine yapılan şikayet geçerli değildir¹⁶⁰. Şikayet icra tetkik merciine verilecek bir dilekçe ile yapılabileceği gibi, sözlü olarak da (şikayet beyanının mercice tutanağa geçirilmesi) yapılabilir¹⁶¹. İcra tetkik mercii, şikayeti basit yargılama usulüne (HUMK. m. 507- 511) göre inceler¹⁶². Kanunda açıklık bulunmayan hallerde, tetkik mercii, iki taraf arasında duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını kendisi takdir eder (İİK. m. 18/ II). Tetkik mercii duruşma yapılmasına gerek görür-

157 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/ Arslan /Yılmaz, İcra, s. 58-59; Pekcanitez, s. 84 vd.; Postacıoğlu, s. 68 vd.

158 Pekcanitez, s. 87; Uyar, Şikayet, s. 59; 12. HD. 24. 9. 1979, 6409/7125 : " Medeni Kanununun 165.maddesinde açıklandığı gibi karı -koca, evlenmenin devamı müddetince kanunun gösterdiği muayyen haller haricinde yek diğerine karşı cebri icrada bulunamaz. Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olup itiraz süreye bağlı değildir" (Uyar, Şikayet, s. 570). Ancak kanaatimizce, bu karardaki "itiraz" kelimesinin "şikayet" olarak anlaşılması gerekir.

159 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 59.

160 Şikayetin tetkik merciine yapılacağına ilişkin kuralın istisnası. kambiyo senetlerine mahsus iflas yolunda görülür. Nitekim bu yolda şikayet icra dairesine yapılır (bkz. İİK. m.171/ 3, m. 172).

161 Pekcanitez, s.125; Postacıoğlu, s. 72; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60.

162 Pekcanitez, s.140; Postacıoğlu, s. 74; Üstündağ, s. 60; Kuru/Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60.

se, tarafları-en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir (İİK. m. 18/ III), yani şikayeti dosya üzerinden çözümlenmesi gerekir¹⁶³.

Tetkik mercii, şikayet edenin bildirmiş olduğu şikayet sebepleri ile bağlı değildir; şikayet konusu yapılan işlemin tümünü inceleyerek kanuna uygun olan bütün kararları vermek yetkisine sahiptir¹⁶⁴.

Şikayet, kendiliğinden icrayı durdurmaz (İİK. m. 22). Şikayeti alan tetkik mercii, şikayetin sonuçlanmasına kadar icranın durmasını gerekli görürse (talep üzerine ve kendiliğinden) icranın geri bırakılmasına karar verebilir. Tetkik merciiince böyle bir geri bırakma kararı verilmiş olmadıkça şikayet nedeniyle icra kendiliğinden geri bırakılmaz¹⁶⁵.

4. Şikayetin Sonuçları

İcra tetkik merciiinin şikayet hakkında vereceği karar¹⁶⁶ iki şekilde olur :

a) Şikayetin Reddi

Şikayeti inceleyen tetkik mercii, şikayetin şartlarının eksik olması halinde şikayeti esastan incelemeksizin usulden reddeder¹⁶⁷. MK. m. 165'deki cebri icra yasağına aykırı işlem yapılması durumunda süresiz şikayet söz konusu olduğundan, burada ancak şikayette bulunan kişinin şikayet ileri sürmekte yararı bulunmaması nedeniyle usulden red mümkün olabilecektir.

Tetkik mercii, şikayet nedenlerini (özellikle kanuna aykırılık nedenini) yerinde görmez, şikayet şartlarının mevcut olmasına rağmen, şikayet edenin ileri sürdüğü yolsuzlukların bulunmadığı tespit edilirse, şikayet esastan reddedilir¹⁶⁸.

⁶³ Bir başka deyişle şikayetin incelenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409.maddesi uygulanmaz. Bu halde iki taraf duruşmaya gelmemiş olsa bile tetkik mercii, şikayet dosyasının işlemden kaldırılmasına karar veremez (bkz. Ulukapı, s. 130- 131; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60, dn. 9; Pekcanitez, s. 144.

⁶⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 60; ancak tetkik mercii, şikayet hakkında vereceği kararda kural olarak tarafların ileri sürdükleri şikayet konusu işlem ile bağlıdır. Taraflarca ileri sürülmemiş işlem tetkik merciiince kendiliğinden incelenemez. Bkz. İİD.10. 3.1967, 2329/ 2448 (Pekcanitez, s.138, dn. 9).

⁶⁵ Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s.133; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

⁶⁶ Tetkik merciiinin şikayeti sonuçlandıran kararını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesindeki hususları kapsamaması gerekir. Ayrıca bu hükümler (HUMK. m. 389-392) tetkik mercii kararları hakkında da uygulanır (Yönetmelik, m. 84). Yani tetkik mercii kararları da hukuk mahkemesi kararları gibi yazılır (Kuru/Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61, dn.10)

⁶⁷ Pekcanitez, s. 156; ayrıca bkz. Kuru/ Arslan/Yılmaz, İcra, s. 61.

⁶⁸ Tetkik merciiinin şikayetin reddi hakkındaki kararından maktu karar ve ilam harcı alınır. Ayrıca, karşı taraf şikayet prosedüründe bir avukat tarafından temsil edilmişse, tetkik mercii şikayetin reddi kararında şikayet edeni vekalet ücreti ödemeye de mahkum eder (Kuru/ Arslan/ Yılmaz. İcra. s. 61, dn. 11).

Tetkik mercii, İİK. m. 22'ye göre icranın durdurulmasına karar vermemişse, şikayetin tetkik merciiinde incelendiği sırada yapılmış olan geçici icra işlemleri (örneğin, haciz, satış gibi), şikayetin reddi kararı ile kesinleşir. Tetkik mercii icranın durdurulmasına karar vermişse, şikayetin reddi üzerine icraya devam olunur¹⁶⁹. İİK. m. 363'de yazılı hallerde tetkik merciiinin şikayetin reddi (veya kabulü) hakkındaki kararları temyiz edilebilir¹⁷⁰.

b) Şikayetin Kabulü

İTM, şikayet nedenlerini yerinde bularak şikayeti kabul ederse, şikayet nedenlerine göre, üç şekilde karar verebilir (İİK. m. 17).

aa) Şikayet Konusu İşlemin İptal Edilmesi (bozulması)

Tetkik mercii işlemin kanuna veya olaya aykırı olduğunu tespit ederse (örneğin, konumuzla ilgili olarak, karı koca arasında cebri icra yasağına aykırı olarak, borçlu eşe ödeme emri gönderilmesi gibi) işlemi iptal edecektir¹⁷¹. İşlemin iptali kararı ile, şikayet konusu işlem baştan, yani işlemin yapıldığı andan itibaren iptal edilir. İptal edilen bu işleme dayanılarak yapılmış olan diğer işlemler de iptal edilmiş sayılır¹⁷².

bb) Şikayet Konusu İşlemin Düzeltilmesi

Tetkik mercii, şikayet konusu işlem hatalı olsa bile, bozulması gerekli değilse, işlemi düzelterek¹⁷³. Burada tetkik mercii, işlemi icra dairesine yollamakta, icra dairesi yerine geçerek, kararı bizzat kendisi vermektedir¹⁷⁴. Tetkik merciiinin şikayet konusu işlemin düzeltilmesi hakkındaki kararı, verildiği andan itibaren sonuç doğurur. Yani düzeltmenin etkileri, tetkik merciiinin bu kararı verdiği andan başlar¹⁷⁵.

cc) Şikayet Konusu İşlemin Yapılmasının Emredilmesi

Tetkik mercii, icra müdürünün bir hakkı yerine getirmemesi veya sebepsiz sürüncemede bıraktığı (İİK. m. 16/ II) kanısına varırsa, yerine getirilmeyen veya sürüncemede bırakılan işlemleri yapmasını emreder; yoksa esas hakkında karar

169 Pekcanitez, s. 157; Üstündağ, İcra, s. 66; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

170 Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, s. 167 vd.

171 Pekcanitez, s. 158.

172 Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s. 158; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 61.

173 Pekcanitez, s. 159.

174 Bu nedenle, tetkik merciiinin bu yetkisi, öğretide, Yargıtay' ın değiştirerek ve düzelterek onama yetkisine (HUMK.m. 438, VII- IX) benzetilmektedir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 62 dn. 13).

175 Üstündağ, İcra, s. 66; Pekcanitez, s. 160.

veremez¹⁷⁶. Mercii verdiği kararlara icra dairesi uymazsa, bunların icrası, memur hakkında disiplin uygulamasına geçilerek sağlanabilir¹⁷⁷. Örneğin; nafaka alacağından dolayı eşlerden birinin diğer eşe karşı takipte bulunduğu durumlarda, icra dairesi, borçlu eşe ödeme emri göndermezse, alacaklı eş, tetkik merciiine şikayet yoluna başvurabilir. Bu durumda şikayet kabul edilirse, tetkik mercii, icra dairesine ödeme emri gönderilmesini emreder¹⁷⁸.

SONUÇ

Çalışmanın ağırlık merkezini, eşler arasındaki cebri icra yasağının ifade edilmiş olduğu MK. m. 165 ile istisnalarını oluşturan 166 ve 167. maddeler ışığı altında yapılan açıklamalar oluşturmaktadır. Gerçekten; yasağın amacı, hukuki niteliği, dava ve takip ehliyeti karşısındaki durumu saptanırken, cebri icra yasağının kamu düzeni ile ilgili, emredici bir düzenleme olduğu ve evlilik birliğinin korunması amacına yönelik bulunduğu belirtilmiştir.

Eşler arasında cebri icra yasağı, sadece Medeni Kanun değil, İcra ve İflas Kanunu ve Borçlar Kanunu açısından da önem arz eden, hem şekli hukuk, hem de maddi hukuk yönü olan bir konudur. İcra ve İflas Kanunu'na göre (m. 101) borçlunun eşi, evlenmeden doğan alacaklar için hacze takipsiz iştirak edebilir. Biz bu hükmü, MK. m. 166 çerçevesinde değerlendirerek, sadece evlenmeden doğan alacaklar için değil, tüm alacaklar için tanınması gerektiği sonucuna varmış bulunuyoruz.

Ayrıca, İsviçre aile rejimindeki son değişiklikler (özellikle 1988'den sonra) çerçevesinde eşler arasında cebri icrayı yasaklayan hükmün ortadan kaldırılmasına rağmen, hukukumuzda halen mevcut mevzuat açısından "cebri icra yasağı" kurumunun, özellikle evlilik birliğinin korunması amacına hizmet ettiğinden dolayı faydalı olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir.

Son olarak; eşler arasında cebri icra yasağına ilişkin belirtilen sorunların bir bütün halinde düzenlenmesi, mevzuattaki dağınıklığın kendi içinde uyumlu olarak tek bir kanunda (örneğin İcra ve İflas Kanunu) yer alması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

176 Üstündağ, İcra, s. 67; Pekcanitez, s. 160-161; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, İcra, s. 62.

177 Üstündağ, İcra, s. 67.

178 Çünkü nafaka alacağının elde edilmesi, cebri icra yasağının istisnalarından biridir.