



KİRALAYANIN HAPİS HAKKI*

Av. Şamil DEMİR**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Barosu.

ÖZ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 336 ila 338. maddelerinde, mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, taşınmaz kirasında, "kiralayanın hapis hakkı" adı altında kanuni bir rehin hakkı düzenlenmiştir. Kiralayanın hapis hakkı, içeriğinin maddi hukuktan kaynaklanan niteliği ve hakkın kullanımı sırasında icra hukukuna mahsus hükümlerin uygulanacak olması nedeniyle genel hapis hakkından ayrılır. Kanun koyucu, kiralayanın hapis hakkının kapsamı konusunda, sadece işyeri kiralari bakımından uygulamayı sürdüren mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ayrılarak, bir sınırlamaya gitmemiştir. Fakat meskende bulunan haczi kabil mallar ve bunlardan hapis hakkı kapsamında olanlar birlikte değerlendirildiğinde, mesken kiralari bakımından hapis hakkı anlamını yitirmiştir. Bu nedenle mehz kanun takip edilerek, Türk Borçlar Kanunu'nda da hapis hakkının sadece işyeri kiralariyla sınırlandırılması yönünde değişikliğe gidilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Hapis hakkı, taşınmaz kirası, haczi kabil olmayan mallar, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip, sıra cetveli.



LIEN OF LANDLORD

ABSTRACT

Just like in the abrogated Code of Obligations Numbered 818, a legal lien has been established under the name "lien of landlord" concerning the lease of immovable properties in articles 336 to 338 of the Turkish Code of Obligations Numbered 6098. The lien of landlord differs from the general lien due to the character of its content deriving from material law and due to the fact that provisions pertaining to the law of enforcement would be implemented in the utilization of the right. In what concerns the scope of the lien of landlord, the Turkish lawmaker has deviated from the refer Switzerland Code of Obligations which continues to implement the lien of landlord only with regard to the lease of workplaces and has brought no restrictions. However, when the distrainable goods present in the residence and those among them that enter into the scope of the right of lien are evaluated together, the right of lien has become meaningless with regard to residence rentals. Thus, the refer Law should be followed-up and the Turkish Code of Obligations should be amended so as to also limit the right of lien with workplace rentals.

Keywords: Right of lien, lease of immovable properties, non-distrainable goods, pursuance of foreclosure, order table.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu, 818 Sayılı BK'nda olduğu gibi taşınmaz kirasında, kiralayana hapis hakkı adı altında kanuni bir rehin hakkı tanımıştır (TBK m. 336-338; BK. m. 267-269). Hapis hakkı kira alacağıının teminatı olarak, kiralanan getirilen, haczi kabil taşınır eşya üzerinde kullanılabilir (İİK m. 270-271).

Hapis hakkına ilişkin hükümler gerek uygulamada gerekse doktrinde karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine göre pek az ilgi görmüş, Borçlar Kanunu şerhlerinde hapis hakkına ilişkin pek az açıklama ve içtihadı yer verilmiştir. Bu durum kiraya ilişkin uyuşmazlıkların mahkemeleri en fazla meşgul eden uyuşmazlıklar olması ile çelişkilidir. Fakat bu duruma hapis hakkını düzenleyen hükümlerdeki boşluk ve eksiklikler neden olmuş olabilir^[1].

Taşınmaz kirası sözleşmesi iki taraflı bir sözleşme olmasına rağmen ödemezlik def'i yönünden farklılık arz etmektedir. Buna taşınmaz kirasında kiralayanın kira parasının ödenmemesi halinde, taşınmazı kiracının kullanımına sunmaktan kaçınma imkânının olmaması neden olmuştur. Kiralayanın bu pasif durumu, kira parasının ödenmemesi halinde kiracıya karşı özel hükümle korunmasını gerektirmiştir. Bunun sonucu olarak da kiralayana, kiralanan getirilen menkul mallar üzerinde hapis hakkı tanınmıştır (TBK m. 336-338)^[2].

Kiralayanın hapis hakkı MK m. 395 vd. maddelerinde düzenlenen genel hapis hakkının bir türü olarak, kanundan doğan bir rehin hakkıdır ve kiralayana soyut bir aynı hak sağlar. Kiralayanın kiralanan getirilen menkul mallar üzerindeki rehin hakkı, İİK m. 23'te düzenlenen menkul rehininin de kapsamına girer. Dolayısıyla hapis hakkının güvence altına aldığı alacağı rüçhanlı alacak haline dönüştürdüğü söylenebilir^[3]. Kiralayanın hapis hakkına ilişkin hükümler, TBK m. 358 hükmü uyarınca ürün kirasına^[4], TBK m. 580/2'nin

[1] Budak, Ali Cem: İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Ankara 2003, s. 21-22; Örneğin, Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1078 vd.'da bulunan TBK m. 336 ile ilgili açıklamalara eklenen on dört adet içtihadın kiralayanın hapis hakkı ile ilgili bulunmamasıdır.

[2] Budak, s. 23-24, Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012, s. 265; Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012, s. 100.

[3] Budak, s. 24-26; Erzurumluoğlu, s. 101; Yavuz, Nihat: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2013, C. I, 1753; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 451.

[4] BK m. 281/3 te "*Mucir, işlemiş ve işleyecek olan bir kira için adi icarda olduğu gibi hapis hakkına maliktir*" şeklinde düzenlenen hüküm nedeniyle ürün kiralalarında kiralayanın hapis hakkı düzenlenmişti. Ancak TBK'nda BK m. 281/3'e karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu ilgili hükümden yollama yaparak hapis hakkının ürün kirasına da uygulanmasının önünü açmak yerine, bunu genel bir düzenlemeyle olan TBK

yollamasıyla konaklama yerleri, garaj, otopark ve benzeri yerleri^[5] işletenlerin alacaklarına da uygulanır^[6].

Çalışmada sırasıyla kiralayanın hapis hakkının kapsamı ve kapsamda yapılan değişiklikler, kiralayanın hapis hakkı kapsamında değerlendirilebilecek ve değerlendirilemeyecek taşınırlar, hapis hakkıyla güvence altına alınan alacaklar, hakkın doğumu ve sona ermesi, kullanımı ve usulü ile takip hakkı üzerinde durulacaktır.

I. KİRALAYANIN HAPİS HAKKININ GENEL HAPİS HAKKINDAN FARKLI YÖNLERİ

Kiralayanın hapis hakkı, içeriğinin maddi hukuktan kaynaklanan niteliği ve kullanılması sırasında icra hukukuna mahsus hükümlerin uygulanacak olması nedeniyle genel hapis hakkından farklıdır. Aralarındaki farklılıklar nedeniyle TBK m. 336-338'de hüküm bulunmayan hallerde MK. 950-953 hükümlerinin uygulanacağı söylenemez^[7]. Bu farklar doktrinde^[8] şöyle ifade edilmektedir:

- Genel hapis hakkında üzerinde hapis hakkı bulunan mallar alacaklının zilyetliğinde olmasına rağmen, kiralayanın hapis hakkında hapis hakkına tabi mallar kural olarak kiracının zilyetliğindedir.
- Genel hapis hakkında, hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın, hapis hakkına tabi malla bir bağlantı olması gerekirken, kiralayanın hapis hakkı ile hapis hakkına tabi mallar arasında kanunda sayılan şartlar, yani “*kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınır*” olma gerekliliği (TBK m. 336) dışında bir bağlantı olmasına gerek yoktur.
- Genel hapis hakkının kullanılabilmesi için alacağın muaccel olması gerekirken kiralayanın hapis hakkı muaccel olmamış, işlemekte olan kira bedeli (TBK m. 336) için de kullanılabilir.
- Kiralayanın hapis hakkında kiralayanın kiralananndan zorla veya gizlice çıkarılan malların iadesini sağlayacak şekilde geçici hukuki koruma niteliğinde

m. 358 hükmüyle ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin ürün kirasına uygulanacağını düzenleyerek sağlamıştır.

[5] Kanun koyucu BK m. 482'de yollama yoluyla hapis sahip olacakları otelci, hancı, umumi ahır ve garaj işletenler şeklinde sayarken, TBK m. 580'de, -gerekçede gerekçesinde hüküm değişikliği yapılmadığı ifade edilse bile- yorum yoluyla hapis hakkının kapsamını genişletilmeye izin verecek şekilde “*konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin*” alacakları nedeniyle sahip olacakları hapis hakkını düzenlemiştir.

[6] Aydoğdu/Kahveci, s. 447.

[7] Aydoğdu /Kahveci, s. 447.

[8] Budak, s. 26-29; Yavuz, C. I, s. 1753; Aydoğdu /Kahveci, s. 447.

bir takip hakkı varken (TBK m. 338/2) genel hapis hakkı bakımından bu şekilde özel bir takip hakkı bulunmamaktadır.

- Genel hapis hakkı alacağın devri halinde devralana geçerken, kiralayanın hapis hakkı kira alacağının devri halinde devralana geçmez. Çünkü alacağın devri alacağın kaynağı olan esas sözleşmenin yani kira sözleşmesinin devri anlamına gelmez^[9].

II. KİRALAYANIN HAPİS HAKKININ KAPSAMI

A. Hapis Hakkının Kapsamına Giren Mallar

BK m. 267 ve TBK m. 336/1'e göre taşınmaz malını kiraya veren kiralayan, kiralananın bulunan kiracıya ait bir kısım taşınır mal üzerinde kira bedelinin güvencesi olmak üzere hapis hakkına sahiptir. Kiralayanın kiracının taşınmazları üzerinde hapis hakkı yoktur^[10]. TBK m. 336 gerekçesinde, metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 Sayılı BK'na göre bir değişiklik olmadığı ifade edilmiştir. Ancak hapis hakkına ilişkin hükümlerin incelenmesinden durumun gerekçede bahsedildiği gibi olmadığı görülmektedir. BK m. 267/1, kiralayanın hapis hakkına giren malları "*mecurun tefrişatına (döşenmesine) ve tezyinatına (süslenmesine) ve ondan intifa temine (yararlanılmasına) mahsus olup mecur dâhilinde bulunan menkul eşya*" olarak tarif ederken, TBK m. 336/1, "*kiralananın bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınurlar*" olarak tarif etmiştir. Görüldüğü gibi BK m. 267/1'de bulunan "*tezyinatına*" (süslenmesine) unsuru, TBK m. 336/1'e alınmamıştır. Fakat doktrinde bazı yazarlar kiralayanın hapis hakkını açıklarken "*süslenmesine*" unsurunu saymaya devam etmektedirler^[11]. Her ne kadar ilk bakışta akıllarda kiralananın süslenmesine yarayan menkul eşyanın, döşenmesine ve kullanılmasına da yaradığı, bu nedenle kapsamda bir değişiklik olmadığı intibai uyansa da^[12] kapsama giren veya girmeyen somut mallar üzerinden muhakeme yapıldığında, hapis hakkı kapsamına giren mallarda gerek niteliksel gerekse niceliksel olarak daralma yaşandığı görülmektedir.

[9] Aksi görüş için bkz. Yavuz, C. I, s. 1758 ve dn. 19.

[10] Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 278; Yavuz, C. I, s. 1753.

[11] Zevkliler/Gökyayla, s. 278; Aral/Ayrancı, s. 265; Yavuz, C. I, s. 1755.

[12] Gerekçeden kanun koyucunun kapsamı daraltmak gibi bir iradesinin olmadığı, sadece metni arılaştırmak amacıyla aynı anlama gelebilecek ve birbirini kapsadığı intibai uyandıran unsurları sadeleştirme yoluna gitmek istediği anlaşılmaktadır; Hükümde değişiklik olmadığını düşünen yazarlar: Günay, s. 1079; Yavuz, C. I, s. 1750.

Kiralananın süslenmesine ilişkin eşyalar, çoğunlukla aynı zamanda haczi kabil mallar olup, değerleri kiralananın döşenmesine ve kullanılmasına yarayan eşyalardan yüksek olabilecek mallardır. Öte yandan kiralananın döşenmesine ve kullanılmasına ilişkin malların hacze kabil olup olmadığı icra memuru tarafından her bir eşya bakımından gerek aidiyeti ve gerekse lüzumu bakımından tek tek değerlendirilmesi gereken mallardır (İİK m. 82/4). Görüldüğü üzere TBK m. 336/1 kritik bir tercih yaparak, kapsama almadığı, “süslemeye” ilişkin mallarla kira alacağının teminatı olabilecek ve alacağı karşılama potansiyeli bulunan mallarda eksiltmeye girmiştir.

Hapis hakkına giren mallarda bir daralma yaşanıp yaşanmadığının tespiti için öncelikle lafzi yorum yapmak üzere unsurların kelime anlamlarının belirlenmesi gerekir.

Döşemek (tefriş etmek): “*bir ev veya dairenin oturulabilir duruma gelmesi için gerekli eşyayı oraya yerleştirmek*”,

Kullanmak (intifa): bir şeyden belli bir amaçla yararlanmak,

Süslemek (tezyin etmek): “*birtakım katkularla bir şeyin daha güzel, daha göz alıcı olmasını, daha hoş görünmesini sağlamak, bezemek*”^[13].

Buna göre **kiralananın döşenmesinden**, kiralama amacına uygun olarak oturulabilir ya da kullanılabilir hale gelmesi için gerekli eşyanın kiralananına yerleştirilmesi; **kiralananın kullanılmasından** ise kiralananın, kiralama amacına uygun şekilde yararlanılması anlaşılmalıdır. Mesken kirasında, evin gerekli ev eşyalarıyla döşenerek, barınma ihtiyacını karşılamak üzere kullanılması, döşeme ve kullanma unsurlarına örnek gösterilebilir.

1) Mesken Kirasında

Yukarıdaki açıklamalara göre mesken kirası bakımından halı, koltuk, masa kütüphane, vitrin, dolap, raf, sehpa, sandalye, buzdolabı, çamaşır makinası ve bulaşık makinası gibi beyaz eşyalar ve televizyon, müzik seti, dvd, cd çalar ve uydu alıcısı gibi elektronik eşya haczi kabil olmak kaydıyla (TBK m. 336/3) hapis hakkı kapsamına girer^[14].

Buna karşın mesken kirası bakımından BK m. 267/1’de düzenlenmekle birlikte TBK m. 336/1’e alınmayan kiralananın süslenmesine yani kiralananın

[13] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (erişim: 07.04.2013).

[14] Budak, s. 33; Aral/Ayrancı, 265; Aydoğdu /Kahveci, s. 447; Aydemir, Efrail: Kira Hukuku, 2. B., Ankara 2013, s. 228; “Somut olayda şikâyet tarihi (24.04.2008) itibarıyla henüz rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlamamış, dolayısıyla paraya çevirme aşamasına da geçilmediği için bu aşamada istihkak iddiasının incelenmesi mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle mahkemece şikâyetin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi kabul şekline göre de; borçlu kiracıya ait menkuller (bilgisayar, TV, masa, sandalye vs.) üzerindeki hapis hakkının da kaldırılması doğru görülmemiştir” (Yarg. 12. HD. 05.03.2009, E. 2008/22953, K. 2009/4625, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

daha güzel, daha göz alıcı olmasını, daha hoş görünmesini sağlamak ve bezemek üzere meskende bulunan eşya hapis hakkı kapsamında değildir. Örneğin, koleksiyon değeri olan yağlıboya tablo, altın şamdan, gümüş süs eşyaları ve değerli metalden yapılmış biblo, kül tablası, sigaralık, resim çerçeveleri, duvara asılı antika kilim, kullanılmamakla birlikte süs için monte edilmiş kristal avizeler, antika saatler evin döşenmesi ve kullanılması için “*gerekli*” eşyalar olmayıp, sadece ortamın daha güzel, daha göz alıcı ve hoş görünmesini sağlamak amacıyla bulundurulmuş eşyalar olduklarından artık hapis hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği kanısındayım.

Bir an için kiralananın süslenmesine ilişkin malların aynı zamanda kiralanana döşemek için de kullanıldığı, bu nedenle süslemede kullanılan eşyanın da kullanmaya yaradığı düşünülse bile, kanımca üzerinde tereddüt yaşanan malların, yerinin değiştirilmesi ya da saklanması malın kiralananın döşenmesi ve kullanılması amacından uzaklaşmasına neden oluyorsa bu mallar hapis hakkı kapsamında değerlendirilemez. Bir örnek vermek gerekirse, evde bulunan deri koltuğun yerinin değiştirilmesi, üzerinin örtülmek suretiyle gizlenmesi onun evin döşenmesinde kullanılan mal olma niteliğini etkilemezken, evinde bulunan fildişi biblo, altın şamdan, gümüş şekerliğin sarılarak çekmeceye veya kasaya kaldırılması bu malların kullanılmak amacı dışında taşıdığı maddi veya manevi değer ile süs eşyası olma niteliği dikkate alındığında, kiralananın döşenmesinde kullanılan bir mal olup olmadığı yönündeki tereddüt sona erecektir. Kısacası kiralananın döşenmesi ile süslenmesine yarayan eşyalar birbirinden ayrılabilir nitelikte olup, birbirini kapsamazlar.

2) İşyeri Kirasında

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İsv. BK) m. 268/1’de^[15] düzenlenen kiralayanın hapis hakkı, sadece işyeri kirasına uygulanmaktadır. İsv. BK m. 268/1’de kiralananın süslenmesine ilişkin mallarda hapis hakkı bulunduğu dair bir ifade yer almamıştır. Fakat uygulamada kiralananın süslenmesinde kullanılan eşyalar, “*kiralananında demirbaş olarak bulunan veya tesisin kullanımını için gerekli*” (İsv. BK m. 268/1) mallardan sayılarak üzerinde hapis hakkı olduğu

[15] “Q. Landlord’s special lien I. Scope Art. 268

1) As security for rent for the past year and the current six-month period, a landlord of commercial premises has a special lien on chattels located on the leased premises and either used as fixtures or required for the use of the premises. 2) The landlord’s special lien also extends to property brought onto the premises by a sub-tenant to the extent that he has not paid his rent. 3) Goods not subject to attachment by creditors of the tenant are not subject to the lien.” Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code, Part Five: The Code of Obligations (İsviçre Borçlar Kanunu), <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>, (erişim: 07.04.2013).

kabul edilmiştir^[16]. Mehaz kanunun kiralayanın hapis hakkını sadece işyeri için kabul etmesi (sürdürmesi)^[17] Türk kanun koyucusunun hapis hakkının kapsamı konusunda mehazdan ayrıldığını göstermektedir. Hal böyle olunca kiralananın süslenmesine ilişkin malların BK'da düzenlendiği halde, TBK'da düzenlenmemesi ülkemiz şartları içinde ele alınarak yorumlanmalı, sadece mehaz kanunda düzenlenmemiş olması kanunda bir değişikliğe gidilmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bir başka açıdan değerlendirildiğinde mehaz kanunda hapis hakkının mesken kirası bakımından kaldırılmış olması karşısında, “*Türk kanun koyucusunun hapis hakkına tabi malları daraltarak benzer eğilime girdiği*” şeklinde de yorum yapılabilir.

İşyeri kirasında kiralananın o işe mahsus eşya ve gereçlerle döşenerek, ticari veya sınai faaliyette bulunmak üzere yararlanılması döşeme ve kullanma unsurlarına örnek gösterilebilir. Bu amaçla meslek ve sanatta, ticari ve sınai faaliyette kullanılmak üzere işyerinde kiralananı döşemek ve kiralananı kullanmak amacıyla bulunan masa, sandalye, raf, makine, kasa, ayna, buzdolabı, bilgisayar gibi mallar haczi kabil olmak kaydıyla hapis hakkı kapsamındadır. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından işyerinde satılmak üzere bulundurulmuş eşyaların da hapis hakkı kapsamında değerlendirileceği ifade edilse de kanunun lafzı bu tür bir yoruma izin vermemektedir. Zaten Yargıtay'ın 1933 yılına ait bir kararı aksi istikamettedir^[18]. Buna karşın Yargıtay'ın hangi malların hapis hakkı kapsamında olduğu hangilerinin de olmadığına ilişkin içtihatlarına rastlanmamaktadır. Yargıtay içtihatları çoğunlukla hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın sıra cetvelindeki öncelikli yeri, istihkak iddiaları ve malların iadesine ilişkin olup, münferit mallar üzerinden bir değerlendirmeye gidilmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bu tür değerlendirmelere rastlamak mümkündür. Buna göre kiralanda bulunan ve üretim yapmakta kullanılan makineler, işyerinin ticari faaliyetinde kullanılan ve otoparkta park edilmiş araçlar, otelin yakıt tankındaki fuel oil, depo olarak kullanılan işyerindeki fork-lift üzerinde, kiralayanın hapis hakkı olduğu kabul edilmiş, kişisel eşyalar (elbise, gözlük, ayakkabı) ile para ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkı olamayacağı kabul edilmiştir^[19].

3) Haczedilemeyen Mallar Bakımından

TBK m. 336/3 kiralayanın hapis hakkının ancak kiracının haczi kabil malları üzerinde kullanılabileceğini düzenlemiştir. Hapis hakkının kullanımının sadece

[16] Bkz. Budak, s. 32-33, s. 33 dn. 38.

[17] Budak, s. 32, Aydoğdu /Kahveci, s. 447.

[18] Budak, s. 32 dn. 40.

[19] Budak, s. 33, 34-35 dn. 41-48; Aydoğdu /Kahveci, s. 447-448; Aydemir, s. 228.

kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar üzerinde olabileceği dikkate alındığında, kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlardan haczi kabil olmayanlar da hapis hakkı kapsamında olmayacaktır. TBK m. 336/3 ve yollama yaptığı hükümler, hangi malların hapis hakkı kapsamında olduğuna ilişkin ikili bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu kapsamda örneğin;

- Hapis hakkı kapsamında değerlendirilebilecek eşya olmasına karşın bir avukatın bürosunda bulunan, masa, sandalye, bilgisayar, telefon, kütüphane (bir adetse) haczi kabil olmadığından, hapis hakkına da konu olamaz (İİK m. 82/I,2).
- Haczi kabil mallar olmalarına rağmen para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika ve süs eşyası, kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar olmadıklarından hapis hakkına konu olamaz (İİK m. 82/I,3)^[20].
- Hapis hakkı kapsamında değerlendirilebilecek olmasına rağmen kiracı ile aynı çatı altında yaşayanların lüzumlu eşyası (bir adetse) hapis hakkına konu olamaz (İİK m. 82/I,3).
- Kiralananın kullanılmasına yarıyor olsa bile kiracı çiftçinin kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri, çiftçi değilse sanat ve mesleği için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları (bir adetse) hapis hakkına konu olamaz (İİK m. 82/I,4).
- Kiralananın kullanılmasına yarıyor olsa bile, çiftçi ve bağcı kiracının, gelecek mahsul için lazım olan tohumluğu (İİK m. 82/I,6); bağ, bahçe için lüzumlu bulunan alet ve edevat; kiracı hayvancılıkla uğraşıyorsa kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarda hayvan ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları (İİK m. 82/I,7) hapis hakkına konu olamaz.

Görüldüğü gibi kiralanda bulunan ve kiralananın kullanılmasına ve döşenmesine yarayan taşınırlar ile bunlardan haczi kabil olmayanlar birlikte değerlendirildiğinde hapis hakkının kapsamı oldukça daralmaktadır. Bu da defter tutan icra memurunun her bir taşınır bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmasını gerektirmektedir. Hacedilemeyen mal ve hakların hacedilebileceğine ilişkin önceden anlaşma yapılamayacağından (İİK m. 83/a), kira sözleşmesinde hapis hakkının kapsamını genişletecek şekilde anlaşma yapılamaz, yapılsa bile geçerlilik arz etmez.

[20] Yavuz, C. I, s. 1753.

4) Alt Kiracılıkta

Kiralayanın hapis hakkı, alt kiracının kiralananında bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlarını da kapsar. Hapis hakkı bu mallar üzerinde alt kiracının birinci kiracıya olan kira borcunu aşmamak üzere kullanılabilir (TBK m. 336/2). Aynı şekilde ilk kiracı da bir yıllık ve işlemekte olan alt aylık kira bedelinin güvencesi olmak üzere, kiralananında bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan alt kiracıya ait taşınırlar üzerinde hapis hakkına sahiptir^[21]. Alt kiracılık ilişkisi ilk kiralayanı bağlamadığından ve bu ilişki ilk kiracının sorumluluklarını kaldırmadığından, ilk kiralayan alt kiracılığa konu olmuş olsa bile kiralananında bulunan ilk kiracıya ait mallar üzerinde hapis hakkı kullanılabilir^[22]. Ayrıca yukarıda haczedilemeyen mallarla ilgili ifade edilen görüşler, alt kiracı bakımından da aynı ilk kiracıda olduğu gibi geçerlidir.

5) Üçüncü Kişilere Ait Mallarda

Kiralayanın hapis hakkı, kiralananında bulunan üçüncü kişilere ait mallar bakımından sınırlandırılmıştır. Buna göre üçüncü kişilerin, kiraya verenin kiracıya ait olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği eşya ile çalınmış, kaybolmuş veya başka bir biçimde malikinin elinden iradesi dışında çıkmış eşya üzerindeki hakları, kiraya verenin hapis hakkından önce gelir (TBK m. 337/1). Yani kiralayanın kiralananında bulunan malların, iyiniyetle üçüncü kişiye ait olduğunun

[21] “Alt kira sözleşmesi, alt kiracıya ilk kiralayana karşı hiçbir hak vermemesine karşılık, kiranın (yani kullanma hakkının) devrinde aksi durum söz konusudur. Devrolunan, devre dayanarak kiralayandan kiralanan şeyin (nesnenin) teslimini ve sözleşmeye uygun durumda korunmasını (bulundurulmasını) isteyebilir. Ne var ki bir tarafta kiracı ile alt kiracı arasındaki hukuksal ilişki, diğer tarafa kiracı ile devrolunan arasındaki ilişki de birbirinden farklıdır. Birincisi kanunun kira hükümlerine bağlıdır, sonuncusu ise temlike (alacağın temlikine) ilişkin hükümlere ve buna temel oluşturan hukuksal işlem hakkındaki hükümlere bağlıdır. Bu temlik ivazlı ise satış, aynı sermaye koyma gibi, ivazsız ise bağışlama, vekalet gibi bir sebebe dayanabilir. Bu nedenle kullanma hakkını devreden kiracı, kendi karşı alacağı için devrolunanın kişisel mallarında hapis hakkına malik olmadığı halde alt kirada ilk kiracı ikinci kiracıya karşı hapis hakkını haizdir; zira ondan kira alır” (Yarg. HGK. 03.10.2001 E. 2001/6-653, K. 2001/672, SİMP, erişim tarihi: 15.04.2013).

[22] “Kiralayanın, kiralanan şeyin maliki olması gerekmediği için, kiracı da kiraladığı şeyi tekrar kiralayabilir. Böyle bir kira sözleşmesine ise alt kira denir. Ancak, alt kira sözleşmesi, ilk kiralayana etki yapmaz. Yani ilk kiracının, kiralananı kiraya vermiş olması, onun ilk kiralayan ile olan sözleşmesel bağlantısını ve sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Kiralayan, kiracı olarak karşısında ilk kiracıyı görür, kira parasını ödemek borcu ise yine ilk kiracıya aittir. Çünkü kiralayan ile alt kiracı arasında sözleşmesel bağlantı yoktur. Ayrıca; kiralayan, kira bedeli için ilk kiracının eşyaları üzerinde hapis hakkını kullanabilir” (Yarg. 3. HD. 26.09.2002, 8847/10449, SİMP, erişim tarihi: 15.04.2013).

bilmediği veya bilmesi gerekmediği hallerde hapis hakkı, üçüncü kişilere ait malları da kapsar^[23].

Kiralanda bulunan taşınırların kendisine ait olduğunu iddia eden kişinin bu malların kendisine ait olduğunu ispat etmesi yeterli değildir. Üçüncü kişinin istihkak davasının kabulü için kiralayan alacaklının, hapis hakkına konu taşının kiracıya ait olmadığını bildiğini yahut bilmesi gerektiğini ileri sürmesi (ispat etmesi) gerekir^[24].

Öte yandan kiralayan iyiniyetli olsa da kiralananan getirilen çalınmış, kaybolmuş veya başka bir biçimde malikinin elinden iradesi dışında çıkmış eşya üzerinde hapis hakkı yoktur^[25]. Kiralayan, kira sözleşmesi devam ederken kiracının kiralananan getirdiği taşınırların kiracıya ait olmadığını öğrendiği halde, sözleşmeyi en yakın fesih döneminin sonu için feshetmezse bu eşya üzerindeki hapis hakkını kaybeder. (TBK m. 337/2).

B. Hapis Hakkıyla Güvence Altına Alınan Alacaklar

TBK m. 336/1'e göre göre kiralayan, geçmiş bir yıllık ve işleyecek altı aylık kira alacağıının teminatını teşkil etmek üzere; kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar üzerinde hapis hakkını vardır. Kiralayanın bu hakkı yukarıda açıklanan dönem içinde doğmuş ve doğacak kira alacaklarını teminat altına almak üzere **her zaman kullanılabilir**^[26].

“Taşınmazı kiraya veren kişinin kiracısı tarafından ödenmemiş kira alacağı gibi kira bedeline benzer ve onunla ilgili alacakların, örneğin, kira akdinin sona ermesinden sonra kiralanan yerde kalmasından doğan ecrimisil alacağı, elektrik, su, ısıtma ve asansör masrafları gibi alacakları ve bunların işlemiş faizleri ile takip

[23] Budak, s. 38; kar. Erzurumluoğlu, s. 101; Aral/Ayrancı, s. 266; Zevkliler /Gökyayla, s. 279; Yavuz, C. I, s. 1755, Aydoğdu /Kahveci, s. 449; Aydemir, s. 230.

[24] “Taraflar arasındaki istihkak davasının yapılan yargılaması sonunda: ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne ve haczin kaldırılmasına ilişkin olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşuldu: Karar: B.K.nun 268 nci maddesi hükmü uyarınca kiracıya ait olmadığı kiralayanın bildiği veya bilmesi gerektiği eşya üzerindeki 3. kişinin hakları kiralayanın hapis hakkına karşı dahi korunmaktadır. Davacı hapsedilen eşyanın kiracıya ait olmadığını kiralayan alacaklının bildiğini yahutta bilmesi gerektiğini ileri sürmemiştir. Mücerret eşyanın kendisine ait olduğunu ispat etmesi davanın kabulü için yeterli bulunmamaktadır. Mercice anılan madde hükmü gözetilmeden isteğin hüküm altına alınması bozmayı gerektirir” (Yarg. 13. HD. 25.11.1974, 5595/3189, SİMP, erişim tarihi: 15.04.2013); Kararla aynı yönde görüş, Yavuz, C. I, s. 1755; Aydoğdu /Kahveci, s. 450.

[25] Budak, s. 40; Zevkliler /Gökyayla, s. 280; Aydemir, s. 230.

[26] Yarg. 19. HD. 07.04.2005, E. 2004/9522, K. 2005/3781, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013.

masraflarını da kapsar şekilde taşınmaz içerisinde bulunan taşınır eşyalar üzerinde <Hapis hakkı> bulunduğunu^[27] kabul edilmelidir.^[28]

Niteliği itibariyle konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin alacaklarından doğan hapis hakları (TBK m. 580) bu hizmetlerin verilmesinden doğan her türlü alacağı bir zaman sınırlaması olmaksızın kapsar^[29].

C. Hapis Hakkının Doğumu ve Sona Ermesi

Kiralayanın hapis hakkı bu kapsamda değerlendirilebilecek eşyanın kiralanana getirilmesiyle başlar. Kiralayanın eşyanın getirildiğinden haberinin olup olmaması hapis hakkının doğumu bakımından önemli değildir. Malın kiralanandan geçici olarak çıkarılması hapis hakkını sona erdirmemekle birlikte malın kiralanandan sürekli olarak ayrılması halinde hapis hakkı sona erer. Örneğin evde bulunan televizyonun arızalanması nedeniyle tamire götürülmesi halinde hapis hakkı devam ederken televizyonun başkasına bağışlanması halinde hapis hakkı ortadan kalkar. Benzer şekilde kiralananda bulunan taşınırın kiracının borcu nedeniyle haczedilerek başka yerde muhafaza edilmesi halinde de kiralayanın hapis hakkı devam eder. Bu kiralayanın hapis hakkının sağladığı önceliğin bir sonucudur. Hapis hakkı kira alacağına bağlı olduğundan borç ödendiği oranda sona erer, borç doğduğu oranda tekrar doğar^[30].

III. KİRALAYANIN HAPİS HAKKININ KULLANILMASI

A. Kiralayanın Hapis Hakkını Kendi Eylemiyle Kullanması

765 Sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde hapis hakkının kanundan kaynaklanan bir hak olması nedeniyle ancak kanunda belirtilen şartlarda ve usulde kullanılabilmesi, kiralayanın hapis hakkını bizzat veya yakınları vasıtasıyla kiracının mallarına el koymak suretiyle değil, kanunda yazılı usule göre defter tutturarak ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak suretiyle kullanılabilmesi kabul edilmekteydi^[31]. Kiralayanın hapis hakkını kullandığın-

[27] Yarg. 2. CD. 18.05.2004 E. 2003/3521, K. 2004/10866, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

[28] Aynı yöndeki görüş için bkz. Budak s. 46 ve dn. 86; Yavuz, C. I, s. 1754; Aydoğdu / Kahveci, s. 448-449.

[29] Budak, s. 47.

[30] Budak, s. 49-51; Zevkililer /Gökyayla, s. 279, Yavuz, C. I, s. 1753; Aydoğdu /Kahveci, s. 451.

[31] "Mahkeme, davacıya ait bazı eşyaların tahliye sırasında davalı kiralayan tarafından alındığı vakasını benimsemekle beraber, bu konuda davalının yasal bir hakkını, yani hapis hakkını kullandığından bahisle eylem ve davranışında hukuka aykırılık bulunmadığını kabul etmiş ve davanın reddi cihetine gitmiştir. Bilindiği gibi; kiralayan mali durumları bozuk veya ödeme niyetleri kuşkulu olan kiracıların kira borçlarını sağlayacak bir imkânâ daha sahiptir. Bu

dan bahisle kiralanana kiracının rızası olmaksızın girmesinin ve bazı eşyalara el koyması ihkak-ı hak suçunu oluşturduğu kabul edilmekte, cezai sorumluluk yanında tazminat sorumluluğu da gündeme gelmekte idi^[32].

Kiralayanın hapis hakkına ilişkin kararların incelenmesinden özellikle 5237 sayılı TCK'nun "ihkak-ı hak" suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlememesi nedeniyle Yargıtay'ın kiralayanın bizzat harekete geçerek, kiracının mallarına el koyması fiilinin hukuka uygunluğunu, aynı zamanda bir suç oluşturup oluşturmadığına göre belirlediği anlaşılmaktadır. Eğer kiralayan kiracının mallarına hırsızlık (TCK m. 144), yağma (TCK m. 150) veya dolandırıcılık (TCK m.

imkan adi kira için B.K. nun 267-269. maddelerinde; hasılat kirası için de madde 281/3'de deyimini bulan (hapis hakkı) dir. Hapis hakkı, borcunu ödemeyen bir borçluya ait olan eşyayı alıkoymak ve borç ödenmediği takdirde bu eşyayı sattırarak bedelinden alacağı mümtaz surette istifa eylemek olanağını sağlayan ve rehin hakkına benzeyen bir aynı haktır. Ancak, yasa koyucu yukarıda anılan maddelerde kiralayana tanınan bu hapis hakkının konusunu ve kapsamını, bu hakkın hangi zamana ait olacaklar için kullanılabilceğini ve özellikle de 269. madde hükmünde bu hakkın ileri sürülüş şeklini, suretini ve hükümlerini ayrıntılarıyla düzenlemiştir. O halde Borçlar Yasasının 269. maddesinin sarahati karşısında bu hakkın kiralayan tarafından bizzat değil, Sulh hâkimi marifetiyle kullanılabilceği belirtilmiştir. Kiralananın bu hakkını yasal yollardan değil de bizzat ihkak etmesi mümkün değildir ve hatta suç teşkil eder. Bu itibarla mahkemenin davayı red gerekçesi yanlıştır" (Yarg. 4. HD. 12.03.1981 1602/3057, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

- [32] "Davacı, davalılara ait taşınmazı mesken olarak kullanmak üzere sözlü kira akdi ile kiraladığını, geçici olarak İstanbul'a gitmesinden istifade eden davalıların evin kapısını kırıp içeri girip eşyalarını aldıklarını, kira borçlarını ödemesine rağmen eşyalarının iade edilmediğini, ihkakı hak suçundan davalıların mahkumiyet kararının kesinleştiğini, davalılarda kalan eşyalarının aynen olmaz ise toplam değeri olan 11.475.000.000 TL'nin yasal faizi ile davalılardan alınmasını istemiştir. Davalılar davacının kiracı olmadığını, davacının evde bulunan bütün eşyalarını alıp gittiğini savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, hangi eşyaların davalılarca alındığı, hangi eşyaların tabrip olduğu belirlenemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Eskişehir 1. Sulh Ceza Mahkemesinin kesinleşen 2001/1086 E.-2002/331 K. Sayılı dosyasından; davacının davalılara ait evde kiracı olarak oturduğu, 2000 senesinde davacının kira bedelini ödemesi nedeniyle kiralayan davalıların davacının evine girerek ev eşyalarını götürdükleri, bir kısım eşyaların polis nezaretinde davacıya teslim edildiği ve davacının bir kısım eşyalarını teslim alamadığı, bu nedenle davalıların ihkakı hak suçundan mahkûm oldukları anlaşılmaktadır. Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşen bu dosyaya göre davacının bir kısım eşyalarının davalılar uhdesinde kaldığı hususu sabittir. Bir kısım eşyaların teslimi sırasında hazır bulunan polis memuru tanık Mehmet Çaylı'nın beyanında da teslim edilen çeyiz eşyalarının ve giysilerin kullanılmayacak halde tabrip edildiklerini, koltuk, halı gibi eşyalardan halılardan 3 tanesinin de tabrip edilmiş olduğunu gördüğünü söylemiş, ayrıca evin temizlik işlerini yapan tanık Mükürme Al ise beyanında, evdeki eşyaları sayarak, hepsinin sağlam vaziyette evde olduğunu belirtmiştir. Davalı taraf tanıkları beyanlarında evin boşaltılmış olduğunu, evi de kırık dökük vaziyette eşyalar gördüklerini belirtmişler ise de kesinleşen ceza dosyası ile belirlenen maddi olgulara göre bu tanık beyanlarına itibar edilemez. Bu durumda davacının liste halinde bildirdiği ve tanık beyanları ile de varlığı doğrulanan eşyaların aynen olmadığı takdirde bedellerine hükmedilmesi gerekirken yukarıda yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" (Yarg. 13. HD. 01.02.2005 E. 2004/17295, K. 2005/1144, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

159) suçlarından birini işleyerek el koymuşsa^[33] bu hapis hakkının kullanılması olarak görülmemektedir. Fakat Yargıtay, hapis hakkına konu mallar, kiralayanın elinde örneğin, bir depolama sözleşmesi gibi hukuki bir ilişki nedeniyle bulunuyor ve kiralayan bu mallar üzerinde defter tutturmaksızın doğrudan el koymak suretiyle hapis hakkı kullanıyorsa, bunu hapis hakkının kullanılması olarak değerlendirmekte, hapis hakkının kullanımı için ayrıca defter tutulmasını şart koşmamaktadır^[34]. Bahsedilen kararlardan şu sonuç çıkarılabilir. Eğer kiralayanın bizzat harekete geçerek kiralayanın mallarına hapis hakkı kapsamında el koyması TCK kapsamında düzenlenen bir suç oluşturacaksa, hakkını ancak kanundaki usule uyararak defter tutmak suretiyle kullanabilir. Ancak mallar kiralayanın elinde hukuki bir ilişkiye bağlı olarak bulunuyorsa bu durumda hapis hakkı kapsamında defter tutulmaksızın el koymaya cevaz verilmektedir. Aynı şekilde Yargıtay, kiracı bazı mallarını kira borcuna karşılık teminat olarak bırakmışsa, defter tutulması usulünü zorunlu görmemiş, kiralayandan bulunan malların iadesi hususunda sadece borcun ödenip ödenmediğinin araştırılması gerekliliğine, kira borcu ödenmemişse kiralayanın elindeki mallar üzerinde hapis hakkı kullanabileceğine vurgu yapmıştır^[35].

[33] Kanbur, Mehmet Nihat: "5237 S. TCK Bakımından İhka-ı Hak (Kendiliğinden Hak Alma) Niteliğindeki Fiillerinin Değerlendirilmesi" <http://www.e-akademi.org>, Aralık 2007-Sayı 70 erişim tarihi: 14.04.2013.

[34] "Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasında davacının ithal ettiği Amerikan tipi mısır emtiyasına ilişkin depolama sözleşmesi bulunduğunu, davalıya teslim edilen emtiyanın sözleşme uyarınca kararlaştırılan fire oranı düşüldükten sonra 536.116 kilogramını kira bedeli olarak hapis hakkı kullanıldığından bahisle davacıya teslim edilmediğini ileri sürerek, anılan miktardaki Amerikan tipi mısır bedelinin temerrüt faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacıdan kira alacaklarının bulunduğu, kira bedeli ve masraflara ilişkin alacaklarının ödenmesi halinde emtiyayı teslim hazırladıklarını savunarak, davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacının ödenmeyen kira bedelinden dolayı dava konusu mısır bedelinden fazla miktarda davalıya borçlandığı, davalı lehine hapis hakkı koşullarının gerçekleştiği, davalının kira alacağı ödenmediği için dava konusu mısırı iade etmek veya bedelini ödemek zorunda olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir... onanmasına... karar verildi" (Yarg. 11. HD. 16.01.2007, E. 2005/13507, K. 2007/306, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

[35] "Davacı, mayıs 1999 tarihinden itibaren davalıya ait evde kiracı olarak oturduğunu, davalının da muvafakati ile 1999 yılı sonunda evi tahliye ettiğini, davalının kendisine ait buzdolabı ile çamaşır makinesini vermediğini, davalıya herhangi bir borcunun da bulunmadığını ileri sürerek bahsi geçen menkul malların aynen iadesini, iki menkulün yıpranma bedeli olan 200 YTL'nin tahsilini, olmaz ise menkullerin karar tarihindeki rayiç bedellerinin ödetilmesini istemiştir. Davalı, davacının 6 aylık 240.00 YTL kira bedelini ödemediğini, ödenmeyen kira bedelleri nedeniyle bu menkullerin kendisinde teminat olarak kaldığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, menkullerin kira borcuna karşılık bırakıldığının davalıca ispatlanmadığı gerekçesiyle eşyaların aynen davacıya iadesine, olmaz ise bedelleri toplamı olan

Ancak Yargıtay 2. Ceza Dairesi bir kararında, hapis hakkının kullanımını ihkakı-ı suçunu ortadan kaldırdığına ve gerçekleştirilen eylemler hapis hakkının kullanılması kapsamındaysa bunun bir cezazırlık nedeni olması ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir^[36]. Hukuk ve ceza daireleri arasındaki bu çelişkili durum, 5237 sayılı TCK'nun “*ihkakı-k hak*” suçunu bağımsız bir suç tipi olarak düzenlememesi nedeniyle ortadan kalmış olmasını umuyoruz. Çünkü 5237 sayılı TCK, hırsızlık (TCK m. 144), yağma (TCK m. 150), dolandırıcılık (TCK m. 159) suçlarının, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, ilgili suçların cezalarında indirimine gidileceği ya da suç vasfını değiştireceği düzenleyerek kendiliğinden hak alma olarak değerlendirilebilecek eylemlerin, genel suç tipleri içindeki yerine göre bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir.

B. Defter Tutulması Gerekliği ve İşleminin Niteliği

Hapis hakkına tabi mallar hakkında, icra müdürü veya sulh hâkimi tarafında defter tutulmasına karar verilebilmesi için kiracının, taşınmak veya

400 YTL ile kullanım bedeli 200 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davalı davaya cevap dilekçesinde ve yargılama aşamasındaki beyanlarında dava konusu menkul eşyaların davacının kira borcu nedeniyle kendisinde teminat olarak kaldığını ve hapis hakkı bulunduğunu savunmuştur. Dosya arasında bulunan Fethiye Sulh Hukuk Mahkemesinin 2002/139 Esas sayılı dava dosyasında davacının 6 aylık kiradan dolayı davalıya 240.00 YTL kira borcunun bulunduğu karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki B.K.'nın 267. maddesi uyarınca kiralayanın menkul mallar üzerinde kira borcundan dolayı hapis hakkı bulunmaktadır. Davalının davacıdan kira alacağı bulunduğunu da az yukarıda anılan mahkeme kararı ile sabit olduğuna göre davalının kanundan kaynaklanan hapis hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekir. Bu itibarla öncelikle az yukarıda açıklanan mahkeme kararı uyarınca belirlenen kira bedelinin davacı tarafından davalıya ödenip ödenmediği hususunda tarafların delilleri toplanarak, kira bedelinin ödenmemesi halinde dava konusu eşyalar üzerinde hapis hakkına sahip olduğu da kabul edilmek suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin değinilen bu yönü göz ardı ederek yazılı şekilde karar vermiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir” Yarg. 13. HD. 23.06.2008 8105/8757, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

- [36] “*Borçlar Kanunu'nun 267. maddesine göre, taşınmazı kiraya veren kişinin kiracısı tarafından ödenmemiş kira alacağı gibi kira bedeline benzer ve onunla ilgili alacakların, örneğin, kira akdinin sona ermesinden sonra kiralanan yerde kalmasından doğan erimissil alacağı, elektrik, su, ısıtma ve asansör masrafları gibi alacakları ve bunların işlemlerini faizleri ile takip masraflarını da kapsar şekilde taşınmaz içerisinde bulunan taşınır eşyalar üzerinde <Hapis hakkı> bulunduğu nazara alınarak yapılan inceleme sonucunda; sanığın müşteki ile aralarındaki kira sözleşmesinden doğan kira alacağı ve elektrik su gibi kullanım giderlerinin ödenmemesi üzerine kendisi tarafından ödenmiş miktarlar gereğince müştekiye ait eşyaları alıp götürmesinin yasadan doğan hapis hakkının kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilerek, atılı suçtan sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, ... bozmayı gerektirmiş...” (Yarg. 2. CD. 18.05.2004 E. 2003/3521, K. 2004/10866, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).*

kiralanda bulunan taşınırları başka bir yere taşımak istemesi gerekir (TBK m. 338/1). Kiracının bu kapsama giren eylem veya istekleri yoksa sulh hâkimi veya icra müdürlüğünden hapis hakkının kullanımı için talepte bulunulamaz. Fakat defter tutulmaması, başka alacaklılar tarafından gerçekleştirilen haciz ve paraya çevirme işlemlerinde sıra cetveline rüçhanlı olarak dâhil olmayı engellemez^[37]. Yargıtay'ın önceki kararlarında ifade bulan defter tutulması ve kanundaki usullere uyulması gerekliliğine ilişkin görüşünden döndüğü, hapis hakkını her zaman kullanılabilir bir hak olarak kabul ettiği ve kiralayanın hapis hakkını kullanması için defter tutulmasının zorunlu olmadığı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır^[38].

Öte yandan tutulması zorunlu olmamakla birlikte defter tutulması işleminin niteliğinin belirlenmesi gerekir. İcra memuru tarafından defter tutulması hapis hakkının geçici olarak korunmasını sağlamak amacıyla dayanmakla birlikte, hapis hakkının kullanılmasını sağlaması bakımından, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılacak takibe dayanak oluşturan bir icra takip işlemi olarak görülebilir^[39]. Doktrinde işlemekte olan kira alacakları için tutulan defterin ise geçici hukuki koruma önlemi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir^[40].

C. Defter Tutulması Usulü

Hapis hakkının kullanılması için BK m. 267'da düzenlendiği gibi sulh hâkiminin kararı zorunlu değildir. Yargıtay TBK yürürlüğe girmeden önce İİK., BK'ndan daha yeni tarihli olduğu için yetkili merciin İİK'nda düzenlendiği şekilde icra müdürlüğü olduğunu kabul etmekteydi^[41]. TBK m. 338 ise alacağı

[37] “*Borçlar Kanunu'nun 267 nci maddesine göre kiralayan, geçmiş bir yıllık ve işleyecek altı aylık kira alacağının teminatını teşkil etmek üzere; kiralanan taşınmazın tefrişatı, tezyinatı ve kiralananın yararlanmayı kolaylaştırmak üzere hasredilmiş taşınır malları üzerinde hapis hakkını haizdir. Kiralayanın bu hakkı yukarıda açıklanan dönem içinde doğmuş ve doğacak kira alacaklarını teminat altına almak üzere her zaman kullanılabilir. Aynı yasanın 269 ncu maddesindeki şartların olayda bulunmadığı da dikkate alındığında davacı yanın bedeli paylaşma konu olan mallar üzerindeki hapis hakkının korunması ve sıra cetvelinde öncelikle yer alması gerekir. Mahkemece malların defterinin tutulmadığı gibi yasada yer almayan bir şartın bulunmadığından bahisle davanın reddinde isabet olmadığı gibi, rehin ve hapis haklarında alacak, söz konusu teminat kapsamında rüçhanlı olup, biç takibe girilirse dahi öncelikle ödenmelidir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının bozulması gerekmektedir*” (Yarg. 19. HD. 07.04.2005, E. 2004/9522, K. 2005/3781, SİMP erişim tarihi: 14.04.2013).

[38] Karş. Budak, s. 54-55.

[39] Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1988 C. II, s. 2060; Budak, s. 53, 57.

[40] Budak, s. 58 ve dn. 16.

[41] “*Mercice, B.K.267. maddesi gereğince Sulh Hâkiminin kararı olmadan hapis hakkı kullanılmayacağı gerekçesi ile 19.7.1999 tarihli memur muamelesinin iptali kararı verilmiştir. B.K.269. maddesi hapis hakkı için Sulh Hâkimi kararını öngörmektedir. Ancak somut olayda alacaklı kiralayan İİK.270. maddesi gereği hapis hakkı için defter tutulması talebinde bulunmuştur. İİK.270. maddesindeki hapis hakkı için Sulh Hâkimi kararı olması koşulu*

güvence altına almayı sağlayacak miktardaki taşınırın, sulh hâkimi tarafından değişik iş olarak^[42] veya icra müdürünün vereceği kararla alıkonabilmesine ilişkin bir seçim hakkı tanınmıştır^[43]. Kanunda defter tutmaya yetkili icra müdürlüğünün hangisi olduğu düzenlenmemiştir. Fakat İİK m. 79/2'nin kıyasen uygulanmasıyla yetkili müdürlüğün kiralananın bulunduğu yer icra müdürlüğü olduğu kabul edilebilir. Kiralayanın hapis hakkının kullanımına ilişkin bir örnek form bulunmadığından talebin icra müdürlüğüne yönelik bir dilekçe ya da icra müdürlüğüne yapılacak sözlü beyanın tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılması gerekir^[44]. İcra müdürlüğü hakkın varlığı bakımından maddi hukuk kapsamında bir inceleme yapamayacağından, hakkın açıkça olmadığı haller dışında talebi kabul etmelidir^[45]. Buna rağmen kiralayan, kiracı ile arasındaki kira ilişkisini gösteren kira sözleşmesi, banka hesap dökümü gibi belgeler sunarak, hapis hakkı olduğuna dair izlenim vermelidir. Defter tutulabilmesi için kira borcunun ödenmediğinin ispatına gerek yoktur. Ancak işlemekte olan altı aylık kira için defter tutulması talebinin yerine getirilebilmesi için icra müdüründe kiracının taşınmak veya kiralanda bulunan taşınırları başka bir yere taşımak istediğine (TBK m. 338/1) dair kanaat uyandırılması gerekir^[46]. Hapis hakkı konusunda sulh hâkiminden karar alınmışsa, kararın icra müdürlüğüne ibrazı ile birlikte uygulanmasına ilişkin talepte bulunulması gerekir.

İster doğrudan doğruya icra müdürlüğünden talep edilmiş olsun, isterse sulh hâkiminden bu yönde karar alınmış olsun, hapis hakkının kullanılmasına ilişkin her talep için ayrı dosya açılır. Hapis hakkının kullanılması için defter tutulması istemi harca tabi değildir (Harçlar Kanunu m. 13/g). Defter tutulması işlemine bu konuda açık hüküm bulunmadığı için menkul hazine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Deftere hangi taşınırların yazılabileceği icra memuru tarafından TBK m. 336/1 ve TBK m. 336/3 yollamasıyla İİK m. 82 hükümleri birlikte ele alınarak belirlenir^[47] ve taşınır mallardan kira alacağını

yoktur. İİK., Borçlar Kanunundan daha yeni tarihli olduğu için yetkili merciin İİK.da belirtildiği şekilde İcra Müdürlüğü olduğunun kabulü gerekir” (Yarg. 12. HD. 10.12.1999, 13885/16164 SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013); Zevkililer /Gökyayla, s. 280-281.

[42] “Davalı vekili, müvekkilinin kira alacağından dolayı Samsun İkinci Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1996/10. D. İş sayılı dosyasından hapis hakkı kararı aldığını ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçtiğini, hapis hakkının rüçhanlı olduğunu belirterek şikâyetin reddini istemiştir” (Yarg. 19. HD. 12.12.1996, 5038/11153, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

[43] TBK m. 336 gerekçesi, SİMP, erişim tarihi: 16.04.2013; Zevkililer /Gökyayla, s. 280-281; Aydoğdu /Kahveci, s. 452; Erzurumluoğlu, icra dairesine verilen alıkoyma kararı verme yetkisini mahkeme kararına benzer bir karar verme yetkisi bahşedildiği gerekçesiyle eleştirmektedir, s. 102.

[44] Budak, s. 59.

[45] Kuru, s. 2058; Budak, s. 61-62.

[46] Kuru, s. 2059; Erzurumluoğlu, s. 101; Kırmızı, s. 816.

[47] Bu husustaki örnekler için bkz. yuk. II, 3.

karşılamaya yetecek mal deftere yazılarak aynı zamanda her bir malın kıymet takdiri yapılır. Kira alacağını aşacak şekilde veya kiracının tüm mallarının deftere yazılması yoluna gidilemez. Daha önce başka alacak nedeniyle haczedilmiş olsa bile hapis hakkı kapsamındaki taşınırlar deftere yazılır. Kiracı defter tutulmasına karşı koyar ve tehlike yaratırsa, icra memuru kolluktan yardım isteyebilir. Defterin usulüne uygun tutulmaması, haczi kabil olmayan malların yazılması, kıymet takdirinin doğru yapılmaması gibi hallerde şikâyet yoluna gidilebilir (İİK m. 16)^[48].

D. Defter Tutulmasının Sonuçları

Kıralananda bulunan mallar, defter tutulmadığı sürece kiracının tasarrufunda herhangi bir sınırlama olmadığından değişebilir veya azalabilir. Defter tutulması, kıralananda bulunan hapis hakkı kapsamındaki malların belirlenmesini sağladığından, kiracının mallar üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlar, soyut hak somut hale gelir. İİK m. 335, üzerinde kıralayanın hapis hakkı olduğu ve İİK m. 270 gereğince defteri tutulmuş eşyayı kaçırarak veya gizleyenlerin TCK m. 289 uyarınca muhafaza görevini kötüye kullanma nedeniyle cezalandırılacağını düzenlemiştir. Bu suçun oluşabilmesi için defter tutulması gerekir. Kıralayan süresinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmazsa, defter hükümsüz kalacağından kıralayanın cezai sorumluluğu ortadan kalkar. Defter tutma işlemi kiracının taşınırları günlük kullanımını kısıtlamaz^[49].

IV. HAPİS HAKKINA DAYANAN REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİP

A. Takip Usulü

İİK kapsamında düzenlenen menkul rehni, kıralayanın hapis hakkını da kapsamaktadır. Bu bakımdan “*önce rehne başvurma*” kuralı hapis hakkı için de geçerlidir. Bu nedenle defter tutulduktan sonra rehnin paraya çevrilmesi yerine haciz yoluyla takibe girişilmesi halinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Defter tutulması geçici etkili bir işlem olduğundan kıralayanın defterin tutulmasının sonuçlarından yararlanabilmesi için rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması gerekir. İcra müdürü defter tutulmasından sonra rehnin paraya

[48] Kuru, s. 2058-2060; Budak, s. 65-67, 70; Zevkliler /Gökyayla, s. 279; Yavuz, C. I, s. 1754; Aydoğdu /Kahveci, s. 450; Kırmızı, Mustafa: Kira Hukuku Açıklamalı – İçtihatlı, Ankara 2013, s. 816.

[49] Budak, s. 71-73, 76-77; Aksi görüş Kuru, s. 2060; Aydoğdu /Kahveci, s. 451, 453.

çevrilmesi yoluyla takip yapmak üzere kiralayana on beş günü geçmemek üzere süre verir. Bu sürede takip yapılmazsa defter hükümsüz olur^[50].

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, takip ve talebi ve ödeme emri taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlere göre düzenlenir (İİK m. 145 ve 146). Takip talebi ve ödeme emrine “*merhunun ne olduğu*” ile ilgili olarak, hapis hakkına ilişkin defter (tutanak) örneği eklenir. Kiralayan, kiracıya tahliye ihtarı içeren bir ödeme emri gönderilmesini talep edebilir^[51]. Ödeme emrinde tebliğden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ve on beş gün içinde borç ödenmezse rehnin satılacağı bildirilir (İİK m. 146). Doktrinde haklı olarak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip için ayrı bir dosya açılması yerine, takip talebinin defter tutulmak üzere açılan dosyaya sunulması ve harçlar ödendikten sonra **ödeme emrinin aynı dosya üzerinden yollanması gerektiği** ifade edilmektedir^[52]. Bu sayede tutulan defterin dayanak olduğu rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte sürecin kontrolü kolaylaşacaktır.

B. Takibin Kesinleşmesi

Kiracı yedi gün içinde takibe itiraz etmezse takip kesinleşir ve on beş gün içinde borç ödenmezse hapis hakkına konu mallar satılabilir. Alacaklı takibin kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde hapis hakkına konu malların paraya çevrilmesini talep etmelidir. Altı aylık süre içinde taşınırın paraya çevrilmesi talep edilmezse takip düşer (İİK m. 150/E) ve defter hükümsüz hale gelir^[53].

Esasında hapis hakkının kullanılabilmesi için defter tutulmasına, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılmış **bir takibin varlığına** ve bunun **kesinleşmesine gerek yoktur**. Hapis hakkının kullanımına ilişkin şartlar kanunda belirlendiğinden (TBK m. 336) bu şartların olmadığı hallerde, kiracı hakkında yürütülen başka bir takip varsa kiralayanın tek yapması gereken, hapis hakkına konu malların satışından sonra alacağının sıra cetvelinde bulunması için girişimde bulunmaktır^[54]. Yine hapis hakkı ile güvence altına alınan alacağın

[50] Kuru, s. 2061-2062 (Kuru, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması zorunluluğu olmadığını kiralayanın haciz veya iflas yoluyla da takip yapabileceği görüşündedir, s. 2061); Budak, s. 77, 78, 82; Aydoğdu /Kahveci, s. 452; Kırmızı, s. 816.

[51] Budak, s. 88, 80 ve dn. 100.

[52] Budak, s. 88 ve dn 122’de ifade edilen 12. HD. 26.11.1997, 12888/13220.

[53] Budak, s. 92.

[54] “*Davacı vekili, Isparta 2. İcra Müdürlüğü’nün 2004/1624 sayılı dosyasından düzenlenen sıra cetvelinde müvekkiline pay ayrılmadığını, müvekkilinin mallar üzerinde İİK. nun 270. maddesi uyarınca hapis hakkı bulunduğunu, hapis hakkının hacizden önce geleceğini ileri sürerek sıra cetveline itiraz etmiştir. İcra Mahkemesince davacının hapis hakkına ilişkin alacağı ile ilgili takibin kesinleşmediği, bu nedenle pay ayrılmamasında usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. B.K.nun 267. maddesine göre kiralayanın işlemiş bir senelik ve işlemekte olan altı aylık kira alacağının temini için kiralanan yerde bulunan kiracının taşınır eşyası üzerinde hapis hakkı mevcuttur.*”

rüçhanlı niteliği rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıldığında, **tebligat usulsüz olsa yahut takip kesinleşme bile** sıra cetveline öncelikli olarak yazılmasını gerektirir^[55]

C. Paraya Çevirme ve Sıra Cetveli

Kiralayanın hapis hakkını kullanması neticesinde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, paraya çevirme ve paraların paylaşılması usulü bakımından haciz yoluyla yapılan takipte menkul malların paraya çevrilmesine ilişkin usul uygulanır (İİK m. 150/G)^[56].

Kiralayan hapis hakkını doğmuş ve doğacak kira alacaklarını teminat altına almak üzere her zaman kullanılabilir, bedeli paylaşımına konu olan mallar üzerindeki hapis hakkının korunması ve sıra cetvelinde öncelikle yer alması gerekir. Malların defterinin tutulmaması sıra cetvelinde öncelikli olmaya engel değildir. Hapis hakkı kapsamında alacak, rüçhanlı olup, hiç takibe girilmese dahi sıra cetveline yazılarak öncelikle ödenmelidir^[57]. Satış sonunda elde edilen

Hapis hakkının korunması İİK. nun 270 ve 271. maddesinde düzenlenmiş olup, davacı alacaklı bu hakkına yönelik olarak düzenlemeye uygun işlemler yapmıştır. Bu nedenle davacının alacağına hapis hakkı kapsamında olup olmadığı üzerinde durularak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir” (Yarg. 19. HD. 01.12.2005 7235/11918, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).

- [55] *“Davacı vekili, borçluya ait menkul malların paraya çevrilmesinden sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalıya 1. sırada yer verildiğini, davalının hapis hakkına dayanarak yaptığı takibin satış bedeli dosyaya girdikten sonra kesinleştiğini, ödeme emrinin borçluya tebliğ işleminin Tebligat Kanununa aykırı olduğunu ileri sürerek sıra cetvelinin iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin kira alacağından dolayı Samsun İkinci Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 1996/10. D. İş sayılı dosyasından hapis hakkı kararı aldığını ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçtiğini, hapis hakkının rüçhanlı olduğunu belirterek şikâyetin reddini istemiştir. Mercii hâkimliğince, davalının geçmiş 6 aylık kira parasını kapsar biçimde satışa konu menkul mallar üzerinde hapis hakkını kullandığı, hapis hakkı rehinli alacak niteliğinde olduğundan, satış bedelinin hapis hakkı sahibi davalıya ayrılmasının doğru olduğu gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmiş, davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davalı kira alacağından dolayı hapis hakkı kararı alarak kiralanan işyerindeki menkul malların tespitini talep etmiş, bu malların tespitinden sonra rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmiştir. BK.nun 267. maddesine göre kiralayan işlemiş bir senelik ve işlemekte olan 6 aylık kira alacağına temini için kiralanan yerde bulunan kiracının menkul eşyası üzerinde hapis hakkı vardır. Kiralayanın kiracıya ait eşyalar üzerindeki hapis hakkı İİK. nun 23 ve 270. maddeleri uyarınca rehinli alacak niteliğindedir. Bu durumda menkul malların satış bedelinin öncelikle hapis hakkı sahibi alacaklıya ödenmesi gerekir. Bu yönler gözetilerek düzenlenen sıra cetveli ve Mercii Hâkimliğinin şikâyetin reddine ilişkin kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır” (Yarg. 19. HD. 12.12.1996, 5038/11153, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013).*

[56] Budak, s. 92.

[57] *“Borçlar Kanunu’nun 267 nci maddesine göre kiralayan, geçmiş bir yıllık ve işleyecek altı aylık kira alacağını teminatını teşkil etmek üzere; kiralanan taşınmazın tefrisatı, tezyinatı ve kiralananın yararlanmayı kolaylaştırmak üzere hasredilmiş taşınır malları üzerinde hapis hakkını haizdir. Kiralayanın bu hakkı yukarıda açıklanan dönem içinde doğmuş ve doğacak kira alacaklarını teminat altına almak üzere her zaman kullanılabilir. Aynı yasanın 269*

para, rüçhanlı alacağın bir kısmını veya tamamını karşıladıktan sonra satışın yapıldığı dosya alacaklısının payına hiç para düşmemesi olasılığı bulunmaktadır^[58]. Ayrıca defter tutulmaması halinde kiracının tasarruf yetkisinin sınırlandırılmadığı ve mallar üzerinde tasarruf edebileceği, başka alacaklının yaptığı satışta sıra cetveline yazılma halinde alacağın o takipte satılan mallarla sınırlı olarak rüçhanlı olacağı göz ardı edilmemelidir^[59]. Bir örnek vermek gerekirse başka bir alacaklının giriştiği takip neticesinde bir kuyumcunun altınları, gümüşleri, kasası ve vitrininin satılması söz konusuysa, kiralayanın sadece, üzerinde hapis hakkına sahip olduğu kasa ve vitrinin satış bedeli üzerinde rüçhanlı alacağı vardır. Kuyumcunun altını ve gümüşleri hapis hakkı kapsamında olmadığından bunların satışından elde edilen paranın paylaşılmasında kiralayanın öncelik hakkı yoktur.

V. HAPİS HAKKINA TABİ MALLARIN ZORLA VEYA GİZLİCE KİRALANANDAN ÇIKARILMASI HALİNDE KİRALAYANIN BAŞVURU HAKLARI

A. Uygulanacak Hükümler

TBK m. 338/2 ye göre **alıkoyma kararının konusu olan eşya**, gizlice veya zorla götürülürse, götürülmelerinden başlayarak on gün içinde **kolluk gücünün**^[60] **yardımlarıyla** kiralanan geri getirilir. İİK m. 271/1'e göre ise gizlice veya cebirle götürülen **hapis hakkına konu eşya**, götürülmesinden itibaren on gün içinde **icra dairesinin emri ile ve zabıta kuvvetiyle** geri alınabilir. Her iki madde de gizlice ya da zorla götürülen eşyanın geri getirilmesiyle ilgili "*takip hakkını*" düzenlemektedir.

Kanımcı bu hükümlerin uygulama yerleri farklıdır. TBK m. 338/2 gerek sulh hâkimi gerekse icra müdürünün "*alıkoyma kararıyla*" defteri tutulan

ncu maddesindeki şartların olayda bulunmadığı da dikkate alındığında davacı yanın bedeli paylaşma konu olan mallar üzerindeki hapis hakkının korunması ve sıra cetvelinde öncelikle yer alması gerekir. Mahkemece malların defterinin tutulmadığı gibi yasa da yer almayan bir şartın bulunmadığından bahisle davanın reddinde isabet olmadığı gibi, rehın ve hapis haklarında alacak, söz konusu teminat kapsamında rüçhanlı olup, hiç takibe girilmesine dahi öncelikle ödenmelidir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının bozulması gerekmektedir" (Yarg. 19. HD. 07.04.2005, E. 2004/9522, K. 2005/3781, SİMP, erişim tarihi: 14.04.2013); Zevkliler /Gökyayla, s. 280; Doktrindeki aksi görüş için bkz. Budak, s. 105-106.

[58] Budak, s. 102.

[59] Budak, s. 97.

[60] Madde gerekçesi: "*Maddenin son fıkrasında kullanılan 'polis kuvveti' şeklindeki ibare yerine, ... 'kolluk gücü' denilmek suretiyle fıkra, İcra ve İflâs Kanunu'nun 271 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumlu hâle getirilmiştir" SİMP, erişim tarihi: 16.04.2013*

eşyanın kiralananana geri getirilmesi usulünü düzenlerken, İİK m. 271/1 hapis hakkına tabi olmakla birlikte henüz defteri tutulmamış eşyanın geri getirilmesi usulünü düzenlemektedir. Bu sebeple defteri tutulmuş mallar için kolluk gücünün yardımı yeterli görülmüştür^[61]. Çünkü kolluk hapis hakkına konu malların defterde tespit edilmiş olduğundan, hangi malların iade edileceğini bilebilecek durumdadır. Buna karşın hapis hakkı kapsamındaki olmakla birlikte henüz defteri tutulmamış malların iadesi için icra müdürünün emri, yani hapis hakkının şekli denetimi ve bu denetim sonucuna göre icra müdürünün kolluk kuvvetine vereceği emir aranmıştır. Bu işlemin gerçekleşebilmesi için kiralayan defter tutulması talebinde olduğu gibi icra dairesine başvurur^[62].

Gerek TBK m. 338/2, gerekse İİK m. 271/1'deki on günlük süre hak düşürücü süre, olup talepte bulunma süresi olarak anlaşılmalıdır. Bununla birlikte defteri tutulmuş malın kaçırılması halinde kiracının cezalandırılması söz konusudur (İİK m. 335; TCK m. 289)^[63]. Doktrinde, kiralayanın kolluktan yardım isteyecek zamanının olmaması halinde, hapis hakkına konu eşyayı güç kullanarak alıkoymasının mümkün olduğu, kiralayanın TBK m. 64/3 uyarınca verdiği zararlardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir^[64].

B. Hapis Hakkına Tabi Malları Geri Alma Talebinin Şartları

TBK m. 338/2 ve İİK m. 271/1 kiralananandan zorla veya gizlice götürülen eşyaların takip hakkını düzenlemektedir. Kanundaki şartlar dâhilinde zorla veya götürülen eşyanın kiracı ya da bir başkası tarafından götürülmesi arasında uygulanacak hüküm bakımından farklılık bulunmamaktadır. Zorla götürmeden, malların götürülmesi sırasında kiralayana cebir ve şiddet uygulanması anlaşılmalıdır. Kiralananın eşyanın götürülmesine karşı çıkması ve sözlü itiraz etmesi zorla götürme unsurunun gerçekleşmesi için yeterli sayılmalıdır. Öte yandan eşyanın kiracının borcundan dolayı icra memuru kararıyla götürülmesi, takip hakkı bakımından zorla götürme sayılmaz. Aynı şekilde eşyanın gizlice götürüldüğünün kabul edilmesi için kiralayanın bu durumdan haberdar olmaması ya da örneğin farklı şehirlerde ikamet ediyor olmaları nedeniyle bilebilecek durumda olmaması yeterlidir^[65].

[61] Hatta TBK m. 64/3'teki şartların varlığı halinde kiralayan eşyayı alıkoymak için bizzat kuvvet kullanabilir (Budak, s. 107).

[62] Karş. Kuru, s. 2062; Budak s. 106-108.

[63] Kuru, s. 2063 ve dn. 25; Budak, s. 107, 108 ve dn. 171; Erzurumluoğlu, s. 101; karş. Aral/Ayrancı, s. 266; Aydemir, s. 231.

[64] Budak s. 107; Yavuz, C. I, s. 1755; Aydoğdu /Kahveci, s. 453.

[65] Budak, s. 108-110; Yavuz, C. I, s. 1758; Aydoğdu /Kahveci, s. 453.

C. Hapis Hakkına Tabi Malları Geri Alma İşlemi

Hapis hakkına tabi malları geri alma işlemi, kiralanandan zorla veya gizlice götürülen malların kiralanana geri getirilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Bu işlem sırasında daha önce tutulmamışsa defter tutulması, tarafların haklarının güvenceye alınması ve işlemin şikâyet yoluyla denetimi bakımından bir gerekliliktir. İcra müdürü daha önce defteri tutulmamış mallarının geri alınması istemini maddi hukuku da nazara alarak, aksi kanaat uyandıracak bir durum olmadığı sürece kabul etmelidir. İcra müdürü kiralananın hapis hakkı olduğuna kanaat getirdiğinde götürülen malların iadesi konusunda kolluğa emir verir. Her ne kadar düzenlemeden icra müdürünün malların geri getirilmesine ilişkin sadece emir vereceği, geri kalan işlemi kolluğun üstleneceği anlaşılabilirse de kiralanayan ile birlikte kiracının da haklarının korunması ve hapis hakkını doğuran kira alacağıyla orantılı şekilde malların geri getirilmesi için icra müdürünün defter tutması yerinde olacaktır^[66].

[66] Kuru, s. 2062 dn. 26; Budak, s. 110-111.

SONUÇ

TBK m. 336-338, 818 Sayılı BK m. 267-269'da olduğu gibi taşınmaz kirasında, kiralayana hapis hakkı adı altında kanuni bir rehin hakkı tanımıştır. Kiralayanın hapis hakkı, içeriğinin maddi hukuktan kaynaklanan niteliği ve kullanılması sırasında icra hukukuna mahsus hükümlerin uygulanacak olması nedeniyle genel hapis hakkından farklıdır.

Yargıtay'ın kiralayanın bizzat harekete geçerek, kiracının mallarına el koyması fiilinin hukuka uygunluğunu, aynı zamanda bir suç oluşturup oluşturmadığına göre belirlediği anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın önceki kararlarında ifade bulan defter tutulması ve kanundaki usullere uyulması gerekliliğine ilişkin görüşünden döndüğü, hapis hakkını her zaman kullanılabilir bir hak olarak kabul ettiği ve kiralayanın hapis hakkını kullanması için defter tutulmasının zorunlu olmadığı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır.

TBK m. 336, hapis hakkına tabi mallarda daraltmaya gitmiş, kiralananın süslenmesine ilişkin taşınırlar hapis hakkı kapsamında çıkarılmıştır. Her ne kadar kiralananın süslenmesine yarayan menkul eşyanın, döşenmesine ve kullanılmasına da yaradığı, bu nedenle kapsamda bir değişiklik olmadığı ileri sürülebilecek olsa da kapsama giren veya girmeyen somut mallar üzerinden değerlendirme yapıldığında, hapis hakkı kapsamına giren mallarda gerek niteliksel gerekse niceliksel olarak azalma yaşandığı görülmektedir. Kiralananın süslenmesine yarayan eşyalar genellikle alacağı karşılama potansiyeli olan ve aynı zamanda haczi kabil mallar olduklarından bu malların hapis hakkı kapsamında çıkarılması özellikle mesken kiralarında kiralayanın aleyhine olmuştur.

Kanun koyucu, kiralayanın hapis hakkını kapsamı konusunda, sadece işyeri kiraları bakımından kiralayanın hapis hakkı uygulamasını sürdüren mehoz İsv. BK'dan ayrılarak, gerek mesken gerekse işyeri kiraları bakımından hapis hakkını kabul etmektedir. Fakat meskende bulunan haczi kabil mallar ve bunlardan hapis hakkı kapsamında olanlar birlikte değerlendirildiğinde mesken kiraları bakımından hapis hakkı anlamını yitirmiştir. Bu nedenle mehoz kanun takip edilerek, hapis hakkının sadece işyeri kiralarında uygulanması yönünde değişikliğe gidilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. B., Ankara 2012.
- Aydemir, Efrail: Kira Hukuku, 2. B., Ankara 2013.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Budak, Ali Cem: İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın hapis Hakkının Kullanılması, Ankara 2003
- Erzurumluoğlu, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. B., Ankara 2012.
- Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code, Part Five: The Code of Obligations (İsviçre Borçlar Kanunu), <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>, (erişim: 07.04.2013).
- Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- Kanbur, Mehmet Nihat: "5237 S. TCK Bakımından İhkak-ı Hak (Kendiliğinden Hak Alma) Niteliğindeki Fiillerinin Değerlendirilmesi" <Http://www.e-akademi.org>, Aralık 2007-Sayı 70 Erişim Tarihi: 14.04.2013.
- Kırmızı, Mustafa: Kira Hukuku Açıklamalı – İçtihatlı, Ankara 2013.
- Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C. I, II, III, IV, İstanbul 1988.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (erişim: 07.04.2013).
- Yavuz, Nihat: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara 2013.
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

KISALTMALAR

BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İsv. BK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
s.	: sayfa
SİMP.	: Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: yukarı

