

## İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 89. MADDESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Hâkim Hilmi ŞEKER\**

### GİRİŞ

Köşe başını tutan deneyimlerle, meseleye ilgi duyan akademik repertuar kuralın yaklaşımı, işleyişi ve akıbeti konusunda umumiyetle ittifak ederler. Dolayısıyla ihbarnamenin tebliğiyle eş zamanlı olarak gerçekleşecek hacizler konusunda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olmaz.

Sorun ihbarnamenin tebliği ile haczin hitamı anına değin geçen süre ve periyotta bankalara sözleşme kapsamında veya arızı nedenlerle ulaşan nakdin haczinden kaynaklanır.

İçtihatların bu konuda hem fikir olduklarını söylemek olanaksızdır. Tecrübelerin hükmün konulma gerekçesinden ve amacından kopukluğu, ilkeler üzerinden konuşmayı önlemekte, içtihadı palyatif ve yarınsız deneyimlerin inisiyatifine bırakmakta, anlık deneyimler, görece içtihatların yönünü tayin etmektedir.

İstikbaldeki paraların haczine onay veren deneyim, birkaç adım ötede ve geçmişini unutarak malum söylemini terk eder. İçtihadın ifade güçlüğü, akademinin öne çıkışını kolaylaştırmakta, onları olgular üzerinden, ilkelerden ayrık ve kısır düşüncelerle süreci yorumlamaya çağırır.

Yorum bilimi, yorum için kuralın varlığını koşul addeder. Olmayan yorumlanması mümkün olmadığı gibi, yorum yasayla çizilen hatların ötesindeki bir amacı temine ve onun illaki hukuk olarak sunulmasını yasaklar. Yorumun dışsal çerçevesi erekle mahduttur. Ereğin tahayyül etmediğinin yorum addedilmesi, amaçlanmayan yorumla özdeşleşmesi, kurala dönüşmesi mümkün olmaz.

---

\* İstanbul İcra Hâkimi

Yargıtay'ın atideki meblağın haczine ilişkin içtihadını odaklanan yorumlar, kuralı olmadık yerinden kırılmaya uğratırlar. Bu yaklaşım, talep edilmesi ve banka/mudi arasında ilişkinin sürdürülebilir olması koşuluyla atideki alacağın haczine geçit verilmesi olanaklıdır. Bu görüş, kuralın keskinliğini alan, seyrelten bir yaklaşım olmakla birlikte, kendisini hukuki ilişkinin varlığına ve idame koşuluna almakla aksak bir çözümdür.

Kötü niyeti frenlemeye özgülünen bu niyet, 89/1. madde hükmünün amaç ve hedeflerini yeterince kapsayamayan, göremeyen bir sığığa sahiptir. İrtifa düşüklüğü, onun soruna derinlemesine nüfuz etmesini, özümsererek algılanmasını önler. Yeterince kavrayamama, durulması gereken yer ve zamanın tayininde, esası etkileyecek bir yanılığa neden olur.

Çözümün banka yararına odaklanmak yerine, alacaklı borçlu ilişkisini gözeten, dengeleyen yer ve yüksekliği referans alması önerilir. Görüşlerin sağlıklı konuşlanmaması, yer seçimindeki yanılığarı, istisnayı işler kılacak zaman ve periyotta kırılmaya yol açar, zaman ve döneme dair işlerlik koşullarının tayinini güçleştirir.

Dolayısıyla, kuralı/hükmü Yargıtay'ın itkisiyle istisnaya uğratan akıl, haczedilebilir olanları sürekli sözleşmeye dayanan alacaklarla sınırlamakta, mevzubahis korumayı birden ziyade koşulun tahakkukuna bağlayarak, kuralı tahkim etmekte, sıkı şekil şartlarına bağlanan haciz, nerdeyse imkânsızlaşmaktadır. Kendisini haciz dostu ilan eden bu yaklaşım, özünde 89'u işlemez kılmakta, banka alacakları çorak görüşlerle maddenin özne, nesne ve zaman bağlamlı işlerliğini keyfince belirlemektedir.

Bu hatalı bir öneridir. Onu yanıltıcı, aldatıcı yapan, 89. maddeyi kaleme alan akli ve yaklaşımı hiçe sayması, değerlendirme dışı bırakması ya da haczedilemezlik düşüncesiyle mevcut yarışını nesnel kriterlerden uzak tutmasından neşet eder.

Dahası, sürekli sözleşmeye yaslanmayan alacakların haczedilmezliğine tereddütsüz onay vermesidir. Bu onay, kendisini icra hukukundan ziyade borçlar hukukuna yaslamayı tercih eder. İİK 89. düzenleyen hüküm ve gerekçesinin hiçbir yerinde bu tasnif yapılmamakta, alacağın haczi engellerle örülmemekte, uygulanması koşullara bağlanmadığı halde, uygulama bilinmeyen veya yeterince ikna edemeyen kendinden menkul gerekçelerle 89. madde başkalaştırılmakta, tanınmayacak vaziyete getirir.

Biz yasamanın akıl etmediği bir uygulamanın, haczedilmezlik paradigmasını ayakta tutana dönüşmemesi gerektiğini düşünürüz. Yasama haczedilmezlik kurumunun ne anlama geldiğini bilmekte ve pozisyonunu buna göre belirleyerek, cebri icranın sınırları dışında tutulması gereken değerleri açıkça belirler.

İstisnanın yakıcılığı onun özenli bir dille seçilmesini, sınırlarının pür dikkat belirlenmesini zorunlu kılar. İcra paradigması, insani kaygıları öne çekerek, dilediği yer ve zamanda bu yaklaşımını cömertçe ve alenen ortaya koyar.

Cömert ve temkinli bu yaklaşımın 89. madde uygulamasında ortaya koyduğundan söz etmek olanaksızdır. Her şey ortada iken, hukukun hiç olmayacak bir yerde tutarsız, gayri hukuki ve yetersiz gerekçelerle, mudi/banka ve alacaklı ilişkisini tayin etmesi ya da haczedilmezliğin sınırlarını yanların inisiyatifine, mudi ve banka konsorsiyumuna terk etmesi olanaksızdır.

Üstelik bu oluşum, hükümlerlik sahasına sözleşmeden kaynaklanan risklerin soyutluğunu da katarak her geçen gün genişletir. Bankacılık kanununun kötü niyetli yorumlarla 89. madde hükmünü takatsiz bırakması, anlaşılabilir bir açmazdır. Bankaların borçluya ait değerleri hedefleyen bir riske karşı Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan reflekslerini uyararak, kendi alacağının tahsilini öncelikli addederek, alacaklıyı çaresiz ve yüzüstü bırakır.

Yargıtay'ın bu uygulamayı yücelten içtihatları, 89. maddenin yaşam alanını epeyce büzmekte, kendisini ifade ve hayatta tutma şansını hiçleştirir. Sarf edilen bir söz, dayanılan yorum ve ispat sahasındaki güçlük, takip dışı bir ilişkinin takibin yazgısını soyut ve sıradan nedenlerle hükmetmesine tören yaptırır. Öyle ki talep, kendisini somutlaştırma ve argümanlarla sunma gereğini hissetmemekte, talebin kabul edilebilirlik koşulları, sıradan bir söylemle hiçe sayılır.

Kamu düzeni kaygısının tetiklediği istisnanın, yanların tasarrufuna ya da sözleşmenin kontrolüne bırakılması cebri icra kültürüyle bağdaşmamaktadır. Aksini iddia etmek, dar yorumlanması gereken hükmün, yarar birliği yapana ya da ortak paydada buluşan takip dışı kimse ile borçlunun koalisyonu ile takibi başarısız kılmak, alacağın asla erişilemeyecek bir zaman ve

verde konuşlandırmak, elin uzanamayacağı yer, nesne ve kimseler ihdas etmek demektir. İlişilmezlik sahaları yaratmak, yasanın işidir. Yanın/ borçlunun yabancıyla işbirliği yaparak, yarattığı dokunulmazlığı, kendisini işfale yöneldiği ve takmadığı iradesini fesada uğrattığı için cebri hukuk tanımaz.

İcra paradigması, alacaklı ve borçlunun çıkarlarını dengeleyerek alacağa erişimi olanak ve kolaylığını yaratmak üzerine konuşlanır. Bundan gayri amacı olmayan, bu hedefe tatlı sert aparatlarla erişmeye özgülenen sistemin, fitratını değiştiren, genetiğiyle oynayan söylemini hafife alan deneyimlerin benimsenmesi olanaksızdır. Bünye, kendisine şiddetle yönelen ve varlığını tehdit eden bu yaklaşımı şiddetle yoksanmaktadır.

Tasarruf ilkesi, meşru ilgililerin özgür iradeleriyle süreci kontrol etmelerinden hazzeder. Takip dışı kişi veya kurumlarla ittifak edilerek tasarrufta bulunmak, ilkenin özüyle bağdaşmaz. Yabancı elin, dava konusu hakla ilgisi olmayan kişilerin davayı yönetmesi, kontrol etmesi hükümden etkilenenlerle mahduttur. Hükümden etkilenmek, takip konusu hakla meşru ve makul ilişki kurmayı zorunlu kılar.

89. madde net, anlaşılır ve tutarlı bir lisanla, nakit haczinin usul ve esaslarını ayrıntısıyla düzenlemiştir. Ona göre, borçlu-3.kişi arasındaki münasebetlerden kaynaklanan alacakların borçlu adına icra dairesine tevdi sağlanmalıdır. 89. madde genel veya klasik bir haciz şekli, araç veya düzeneği değildir. Onu olağan haciz aparat ve sisteminden ayıran bariz özelliklere sahiptir.

Bu nitelik, onun çalışma usul ve esaslarına da sirayet eder. Bu dizge özetle, borçlu ile temas kuran kişilere, iki seçenek tanımaktadır. Bunlardan ilki, ilişkiden neşet eden alacağın makul süre içinde icra müdürlüğüne tevdi, ikincisi ise bu emrin meşru makul, doğru ve gerçek nedenlerle reddedilmesinden ibarettir.

Sorun emrin yoksanmasından kaynaklanır. 89 İhbarnamesine direnilmesi, kendisini itiraz veya şikâyet şeklinde gösterir. Şikâyet, kendisini daha ziyade ihbarnameye usul açısından direnilmesi şeklinde karakterize eder.

İtiraz ise aradaki ilişkinin özüne dayalı olarak geliştirilen ve talebi dışlayan bilimüm direnç şeklinde görünür. Direncin temellendirilmesi ona karşı koyan öznelerin övedidir. Sorun bu ödevin yerine getirilmesindeki kırılmadan kaynaklanır. Yargıtay ve onu destekleyen görüşlerin ortak nok-

tası, direncin genel ve soyutluğuna rağmen korunmasını dolaylı da olsa korunur.

Genel ve soyut itirazın bertaraf edilmesi için alacaklı tarafından yaratılan uyumsuzluğun ortaya konulan sözleşme ile iktifa edilerek reddi, borçlu ile bankanın örtülü ittifakının sorgulanarak deşifre edilmesini önler. Burada tek başına alacak borç ilişkisini gösteren sözleşmenin varlığı, üçüncü kişi tarafından yapılan itirazın dışlanması gerektirmemeli, alacağın somut, lokal, likit ve istenebilir olduğunu kanıtlaması zorunludur. İspat sahasına sürülen malzemenin ilişkiyi kanıtlamakla birlikte, alacağın tahakkuk etmediğinin anlaşılması veya borcun muaccel olmaması halinde, itirazın hükümsüz bırakılması gerekir.

89. maddeye karşı geliştirilen bu stratejinin benimsenmesi onu ayakta tutan nedenlerin güçlü ve kabul edilebilir olması ile mümkündür. Bu nedence ve olgular 89. madde ile temin edilmek istenen maksadı bertaraf eden özel hukuka uygunluk halleridir.

Oldukça sade ve içeriğinde işleyişi önleyen herhangi bir koşul ihtiva etmeyen bu emrin, içtihatlarla esnetilmesi, akademinin oluşan bu iklimi temellendirme gayretini hukuki addetmek, ona katılmak olanaksızdır.

Kaldı ki mudi-banka ilişkisini ayakta tutan sözleşmenin, sürekli borç doğuran, borcu devreden sözleşme olduğunu yoksa. Bu nitelendirme, sözleşmeyi okuma biçimi atideki alacakların haczini önleyen ciddi bir temellendirmeye dönüşmektedir. Buradan durarak yapılan bir okuma, 89. maddenin varlık sebebi ve uygulama zamanı ve sahası konusunda önemli gedikler açmaktadır. Gedikleri koruyan direnç, nedense sözleşme hukukunu görmezden gelmekte ya da pragmatik yaklaşım bu gerçeği teğet geçmektedir.

Banka/3.kişi-mudi/borçlu ilişkisini, cebri hukukun dışında tutma gayreti, bu düzenin sorunsuz devamı için borçlar hukukunun güvencesindeki her sözleşmeyi değil, sözleşmelerden sürekli olanı seçmekle, alacağın tahsil alan ve kabiliyetini giderek kısımaktadır. Arızı veya ömürsüz sözleşmelerden neşet eden alacakların tahsili ise, zaman/periodyol ikilisinin daralttığı alana sıkışarak ilişilmez olana dönüşmektedir. Seçilenin, tahsilatı kısın niteliği ya da ilişkiyi korumaya alan optimum seçenek olması, korumaya doruk yaptırılmaktadır.

Hukuki ilişkinin varlığını, haczin gerçekleşmesi için gerekli koşullar arasına alan irade, akıllı seçimi ile özünde haczedilebilirliği değil, borçlar

hukukunun inceliklerini kullanarak haczedilmezliği konsolideye yönelmektedir. Düz ve doğrudan işlemeyi seçen bir hukuk mantalitesinin, hiç sebep yokken hem de yetersiz nedencelerle sözleşmeler arasında ya da hukuki ilişkiler arasında fark yaratması, bunlardan bir kısmını haczedilebilirlik ilişkisinin dışında tutması kabul görmez.

Gönderdiğiniz bir ihbarname, yaratılan değme ilişmezlik teknikleriyle mudi/Borçlu-3.kişi-banka üçgeninde erimekte, nakit haczini hedefleyen müzekkere/İhbarname orada ve mürekkebi kurumadan kâğıt parçasına evrilmektedir. 89 ilga eden, tahsilatı seraba dönüştüren gerçekliğin, taze tasarılarla önlenmesi, oluşan kayıpları gidermeye yönelik onarıcı adımların ilki ve en azıdır. Zıvanadan çıkan düzenlemenin, jenerik anlamıyla buluşması, kendine gelmesi, tasarının hükme dönüşmesiyle mümkündür.

Aksi halde, tezkereyle senkronik olarak paranın gelişi önlenmekte, ihbarnamenin yarattığı türbülansın kalkmasıyla kişi ile borçlu bir başka riske değin çıkarılan işin keyfini çıkaracaktır.

Cebri icra hukukunu hukuka aykırı olarak askıya alan sudan gerekçelerin egemenliğine son vermek, mudi borçlu ittifakını sona erdiren içtihatların kendisine ayna tutmasına bağlıdır. İhtiraslara yetişemeyen içtihatların birey ve kamuyu ikna etmesi giderek güçleşmekte, hukuki çizgi ve desenlerden yoksun deneyimlerin ilkesizliğin yarattığı rüzgârla savrulmaktadır.

Alacaklının, bankaya gönderdiği ihbarnameye yönelik direncin yargı kararını arkasına alması, onun kırılmasını güçleştirir. 89. madde gereğince oluşan itirazın bertaraf edilmesi için gereken maliyet ile ispat külfeti konusundaki güçlükler, bireyi ayrık da olsa maliyeti düşük, makul sürede çözülme potansiyeline haiz, usul ekonomisiyle uyumlu ya da düşük maliyetli almaşıklar aramaya icbar eder. Gölgede büyüyen ve kamuoyunda da tartışılmaya başlayan bu yöntem, kendisini 78 üzerinden gerçekleştiren sıradan haciz isteğidir. Onu 89. maddeden ayıran, en önemli özellik; 89'un sahip olduğu özel prosesin yarattığı şekilden umumiyetle ödün vermesi, 89 ile korunan üçüncü kişilerin bu yöntemden neşet eden ilişmezliklerini büyük ölçüde yitirmiş olmalarından kaynaklanır.

78. ve 79. madde ile temin edilmek istenenin, 89. madde ile elde edilme olasılığı, onların avantaj ve dezavantajları üzerinden tartışılmasını zorunlu

kılar. Öteki deyişle 79 ile 89'u çekici cazip hale getiren özellikleriyle yaratıkları etki ve sonuçlar üzerinden görücüye çıkmalarını gerektirir.

Hemen ifade etmek gerekirse, 89. madde konu yani alacağın türü üzerinden görev tanımında ciddi bir daralmayı seçer<sup>1</sup>. Bu 79. maddeyi 89'dan ayıran ilk özelliktir. 79. madde, kural olarak alacaklıya alacağını tahsil için oldukça geniş ve zengin bir mahcuz menüsü sunar. Menü zenginliği, onun tercih edilmesini kolaylaştıran ciddi bir avantaj olarak öne çıkar.

89. madde, takip dışı üçüncü kişilerin takipten olabildiğince uzak kalmasını sağlayan, takip hukukuyla ilişkisini olabildiğince minimize eden bir paradigmaya sahiptir. Konu üzerinden kendisini hissettiren bu yaklaşım, yarattığı yüksek eşikle alacaklıların sıradan, nedensiz ve meşru olmayan saldırılarından korur. Bu takip hukukunun gerektiğinde başvurduğu ya da icra hukukunun yabancı olmadığı bir ilişmezlik biçimidir. Göreceli bu dokunulmazlık, meşru ve hukuki taleplerin işlerliğini sağlamaya muktedir, gerektiğinde eşikten ödün verebilen, koşullar dayattığında geri çekilebilen esnek bir mekanizmadır.

İİK m. 89, üçüncü kişiyi oluşturduğu ağ ve mekanizmayla ciddi bir korumaya almıştır. Bu koruma, takip hukuku ve dava yoluyla olmak üzere iki şekilde kendisini yapılandırır. Takip hukukunun sağladığı olanak ve kolaylıklar itiraz süresi<sup>2</sup>, itiraz nedenleri, itiraz sayısı üzerinden gerçekleşir. Dava hakkı, koruma olanağını maksimum düzeye çıkaran, takip hukukundan kaynaklanan etki ve sonuçları, muhakeme hukukunun yöntem ve araçlarıyla bertaraf eden veya kısıtlayan olanaktır. Menfi tespit davasının açılması, takip

---

<sup>1</sup> Kendisini "Hamiline ait olmayan veya cirusu kabil bir senetle müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır bir malı" tümcesi ile ifade eden bu büzülme, burada sayılarak sınırlanan hak, alacak ve mallar dışındakilerin, 89. madde muhtırasına kaynaklık etmesini önler. Bu 89 ile 79. madde arasındaki ilk ve önemli ayrışmadır.

<sup>2</sup> Her itiraz ve dava hakkının kendisini gerçekleştirmek için yeteri kadar süreye sahip olmasından başka sürenin kaçırılmasından neşet eden alması olanakların burada da uygulanacak bir alan bulması, adalete erişim ve önel hakkın korumaya alınması bakımından önemlidir. Üçüncü kişinin, takip dışında kalmasına özgülenen ya da takip işlemleriyle makul, meşru ve hukuki bir ilişki kurmasına olanak tanıyan bu akıl, üçüncü kişiye çokça imkan tanırken bunun sömürülmemesi için asgari bir önlem aldığını ifade edebiliriz.

hukukundan neşet eden dezavantajın telafisi için tanınan acil çıkışı olarak da tanımlanabilir. m. 89'un hemen tümüne yayılan söylem dikkatle incelendiğinde; üçüncü kişinin tedrici olarak muhtıraya direnme, onu hükümden düşürme, etki ve sonuçlarını kısıtlama hakkına<sup>3</sup> sahip olduğu görülmektedir. Üçüncü kişiye verilen bu avans, onun son ana değin takip dışında kalma, alacaklı ile borçlu arasındaki bu meseleden selametle çıkma, sıyrılmasına özgülediği manasına gelir. Mütemediyen itirazları güçlendirmek, adalete erişmek ya da öznel hakkın korunması için verilen sürelerin ardışık olması, üçüncü kişiye süreler üzerinden sağlanan avantajın bir başka görünüm biçimidir. İtiraz nedenlerinin çokluğu, zenginliği<sup>4</sup> 89. madde ile üçüncü kişiye verilen ayrıcalığın derinliğine ve genişliğine tekabül eder.

Menfi tespit davasının açılmasıyla birlikte, takip işlemlerinin göreceli olarak durması<sup>5</sup>, koruma gücünü teyit eden farklı bir görünümdür. Kuru-

<sup>3</sup> Birinci haciz ihbarnamesine, m. 89/2'deki nedenlerle karşı koyma, ikinci haciz ihbarnamesine m. 89/2'deki nedencelere dayalı olarak direnme ya da genel mahkemelerde menfi tespit davası açarak, takibin hızını ve gücünü kırma olanağı, hem sayı hem de ağırlıkla beslenen ciddi bir korumaya isabet eder.

<sup>4</sup> “*üçüncü şahıs borcu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi*” cümlesi (89/2) ile dile gelen bu nedenceler, üçüncü kişinin alacaklı takibin kendisine yönelen işlemi karşısındaki pozisyonunun gücünü gösterir. Burada dikkatten kaçmaması gereken bir diğer husus ise; bu nedencelerin sınırlı ve sayılı olmamasıdır. Cümlelerin sonuna konulan “gibi” sözcüğü, yasamanın aşkınlaşma potansiyelini minimize etmedeki irade ve istencinin billurlaşmasından başkası değildir. Dolayısıyla 89. madde, üçüncü kişiye istemediği kadar olanak kolaylık tanıırken, borçlunun üçüncü kişiyle ittifak etme potansiyelini de o denli çoğaltmakta güçlendirmektedir. Alacaklının, bu nedenceleri bertaraf etme olanağının zayıflığı bu yöntemi gözden düşüren ciddi bir nedendir.

<sup>5</sup> Mesela, davanın açılmasına ilişkin bildirimle eş zamanlı olarak, cebri icra işlemleri durur, 106. maddedeki süreler işlemez. Bu iki önlem, menfi tespit davasını üçüncü kişiye sağlanan korumanın gücüne delalet eder. Menfi tespit davası, özü itibarıyla 89 haciz ihbarnamesine konu edilen ve ödenmesi istenen borcun borçlusu olmadığını veya malın takip borçlusuna ait olmadığını belirlenmesine özgülenir. Buradan bakıldığında menfi tespit davası, takip üzerinde etkili bir tasarruf olmakla birlikte, etkisinin m. 89/2'de belirtilen itiraz nedenlerinden sadece iki tanesiyle sınırlandırılması, itiraz ile arasındaki farkı da ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, 89. madde ihbarnamesini alan



manın ömrünün hükmün kesinleşmesiyle sınırlanması, üçüncü kişiyi koruyacak düzeneğin uzunluğuna delalet eder. Üçüncü kişiyi, uzun süre takibin etki ve sonuçlarından uzak tutan bu avantaj, bazı külfetleri de beraberinde getirdiğini unutmamak gerekir. Otomatik tedbiri üçüncü kişiyle sınırlayan mekanizma, eş zamanlı olarak takibin durmasından neşet eden kayıpları, tedbirden yararlananın aleyhine hükmedilecek tazminatla dengeler. Anılan yaptırım, kötü niyetli başvurular ile üçüncü kişinin, borçluyla ittifak ederek takibi hükümden düşürmenin kefareti ya da benzer teşebbüsleri bertaraf etmeyi hedefler.

Takibin etkisini kırma tekeli üçüncü kişiye aittir. Üçüncü kişi muhtıraya itiraz edebileceği gibi menfi tespit davası da açabilir. Her iki halde de takip işlemleri, ilerlemeyi engelleyen nedenler bertaraf edilinceye değin durur. Yeniden ilerleme, durmayı meşrulaştıran nedenlerin ortadan kaldırılmasıyla olanaklıdır. İtiraz ile menfi tespiti yek diğerinden ayıran ise; ilkinin birden çok nedene dayalı olarak açılma olanağıdır. İkincisinin, sınırlı amile istinat etmesi, onun gücünü örseleyen ve diğerine tercih edilmesini önleyen bir nedendir. İtiraz davasının, çokça nedene dayalı olarak açılması avantaj iken, sığ ve dar<sup>6</sup> bir yargılamaya konu olması ise dezavantajdır.

Menfi tespit davası otomatik etki ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla böyle bir davanın beklentilere yanıt verebilmesi, takibi durdurabilmesi bundan yararlanan meşru ilgilinin, davanın ikame edildiğine dair belgeyi icra müdürlüğüne teslim etmesi gerekir. Yasama, bildirim ile davanın açılması arasındaki süreyi yirmi günle sınırlayarak, takibin sürüncemede kalma riskini engellemiştir. Bu oldukça isabetli bir tutumdur. Tasarruf ilkesinin olabildiğince saflaştırıcı bu bakış açısı, üçüncü kişinin takipten etkilenmesini

---

üçüncü kişinin, takipten neşet eden riskleri bertaraf edilmesinde izleyecek yöntemi de nedencelerden hareketle tartması ve sonucuna göre bir strateji izlemesi gerekir.

<sup>6</sup> Üçüncü kişinin ihbarnameye itirazının bertaraf edilmesi, alacaklının itirazı İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde açacağı dava ile çürütme, hükümden düşürme imkanına sahiptir. Yargılamanın evvel emirde 18. madde ile karakterize edilen yöntemi, sonrasında basit usulü tercih etmesi gerektiğinde yazılı usulden ithale sınırlı da olsa olanak tanınması, buradaki gerçeklik yargısının sınırlı argümanlarla gerçekleşmekten başka, dinlenme hakkının da zamanın baskısı altında kalma potansiyelini güçlendirmektedir. Hükmün objektif sınırlarının darlığıyla kesin olmaması ise etki ve sonuçların debisini ve gücünü kıran, yarısız kılan parametrelerdir.

önlemek ya da onun etki ve sonuçlarını geçici de olsa durdurabilmek dava açmayı zamanla sınırlar. Teksif ilkesinin izlerini fazlaca hissettirdiği bu alanda, davacı/üçüncü kişi 89/2. madde muhteviyatlı bildirim kendisine tebliğ edildiği itibaren 20 gün içinde davasını ikame etmekle ödevlidir. O halde dava<sup>7</sup> en erken bildirim yapılmasıyla eş zamanlı, en geç onu izleyen 20 gün<sup>8</sup> içinde açılmak zorundadır. Bu süreye, davanın açılması ve açıldığına ilişkin belgenin muhatap daireye ibrazı için geçen süre dâhildir.

Burada dikkatten kaçmaması gereken husus; dava açıldığına ilişkin belgenin mahkemeye öngörülen süre içinde paylaşılma zorunluluğudur. Yasama, durdurma avantajını kullanan davacı/üçüncü kişinin, davayı açtığına ilişkin belgeyi mahkemeye teslim etmesini özellikle ister. Bu teksif ilkesinin, durma söz konusu olduğunda ne denli koyulaştığının, ciddileştığının, duyarlılaştığının tezahür şeklidir. Süre konusundaki savurganlık, aşkınlıkla sömürünün takip hakkı üzerindeki etkilerine tahammül etmeyen veya etkilerini minimize etmek isteyen yaklaşım, 89. maddenin etkisini kırmak isteyenlere, ellerini çabuk tutmalarını emretmekle yetinmemiş, bilginin belge, teslimin bilgiyle yer değiştirmesi olasılığını tümünden ortadan kaldırır. Yasama kayıtsızlığın takibi geçici de olsa hükümden düşürmesini sert ve yerinde tedbirlerle önlemiştir. Dolayısıyla, bu davanın açıldığına ilişkin bilginin mahkemeye paylaşılması ya da mahkemenin aracı kılınarak bilgiye erişme isteğini teslimle özdeşleştirmek, ikame etmek olanaksızdır. Dolayısıyla kural olarak<sup>9</sup> dava açıldığını gösteren belgenin icra dairesine teslim edilmesi zorunludur.

<sup>7</sup> Yasa, 89/3. madde ile dava açılması iradesinin olabildiğince erken ortaya konularak pratize edilmesi konusunda karardır. Durmaya neden olacak bir olgunun, teksif ilkesinin inisiyatifinden çıkarılması, tasarruf ilkesinin koyularak, takiple karakterize olan tasarruf hakkını keyfi olarak bertaraf etmesine neden olur. Oldukça ağır etki ve sonuçlar doğuran bu olgunun zamanla sınırlandırılması takip dışı kişilerin, meşru ve makul nedencelere yaslanmadan har vurup harman savurmalarını, durdurma gibi ciddi bir potansiyeli sömürmelerini de önlemiştir.

<sup>8</sup> 20 günlük süre hesabında ilk günün sayılmaması, eylemli olarak süreyi başvuru yararına bir gün uzatmaktadır. Erişim hakkı ile uyumlu bu yaklaşımın devam etmesi, takipten etkilenenlerin mukavemetini artıran bir olgudur.

<sup>9</sup> Bireyin kendi kusurundan neşet etmeyen nedenlerle takibin geçici olarak durdurulma olanağının yitirilmesi muhtemeldir. Bu gibi riskleri bertaraf etmek ya da yarattıkları

## I. GECİKMiŞ İTİRAZ

Gecikmiş itiraz, icra iflas menşeiili özgün bir eski hale getirme kurumudur. Kendine has özellikleriyle, zamanında vaki mani/engel nedeniyle yapılamayan itirazın engelin ortadan kalkmasıyla eş zamanlı olarak gerçekleştirilen itirazdır.

Adından da anlaşıldığı üzere, zamanında yapılamamış itirazın, vaktinden sonra gerçekleştirilmesidir. Gecikme, zamanın gerisinde kalmak, vaktinde yapamama, edememeye tekabül eder. Ya da belli bir zaman kesitiyle sınırlı bir işlem veya hakkı kullanamamaya oluşan kayıpları tolare edilmesine mahsus bir başvuru yöntemi, hakların canlandırılmasına özgülenen bir itiraz yoludur. Bu itiraz yöntemi, tıpkı doğal yani zamanında yapılan itiraz ile özdeş etki ve sonuçlar doğurur.

Kanun koyucu, vaktinde yapılamayan itirazların yaratacağı riskleri bertaraf etmeye adanmış istisnai bu hak arama yöntemi, istisnalara özgü genel özellikleri sinesinde tutmaktadır. Dolayısıyla bu yöntemin kuralı bertaraf edecek şekilde sömürülmesi, başka amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılması mümkün değildir.

Gecikmiş itiraz, en geç paraya çevirme işlemi bitinceye değin yapılabilir. Yasama ayırksı olan bu itiraz türünü paraya çevrilme işlemi tamamlanıncaya kadar olan süreyle sınırlayarak, bu aşamadan sonra yapılacak itirazların satışı hükümden düşürecek bir potansiyele erişmesini önler. Yasamayı bu şekilde eylemeye icbar eden, cebri icraya itimat eden iyi niyetli üçüncü kişilerin kamu nezdindeki güvenlerini korumaya yöneliktir. Bu bağlamda, 89. madde gereği kendisine verilen itiraz süresini, 65. maddedeki usul çerçevesinde kullanmak isteyen bireyin, bu talebinin engelin ortadan

---

negatif etkilerle kayıpları enterne etmeye olanak sağlayan ziyadesiyle kurum bulunmaktadır. Bu kurumlarla geç teslimle oluşan kayıpların telafisi mümkündür. Ancak teksif ilkesinin etkisini kırarak, uygulanma gücünü aşındıran bu teşebbüsün realize olabilmesi, başvurucaunun mahkemeye paylaşacağı argümanlarla, bu argümanlarla eşleşen olguların meşru, makul ve hukukiliğidir. Önerimiz, sınırlı zamanı kendi kusurundan neşet etmeyen nedenlerle kaçırın bireyin, her şeyden evvel eski hale getirme talebini ya da gecikmiş itirazını meşru, makul ve doyurucu delillerle gerekçelere yaslaması gerekir. Samimi-yet testini aşma potansiyel ve yeteneğine sahip olmayan başvurucaunun, tasarrufu arkasına alarak, teksifin sert ve olabildiğince yüksek bu eşliğini geçmesi mümkün olmaz.

kaldırılmasından başlayarak en erken 3 gün içinde, nihayet satış işlemi tamamlayıncaya değin dermeyan etmekle ödevlidir. Gecikmiş itirazın engelin ortadan kalmasından başlayarak üç günle sınırlı olması, bu sürenin satışın tamamlanmasından önceki bir zaman dilimi içinde kullanılmasını zorunlu kılar. Aksi halde zamanında kullanılmayan bu hak, itirazın esasa ilişkin nedenlerle görülmesini engellemiş olur.

İtirazın ayırksı olması onun görülebilmesini birçok edenin eş zamanlı olarak gerçekleşmesi koşuluna endeksler. Dolayısıyla bu itirazın esastan görülebilmesi için a) itirazın zamanında dermeyan edilmesi, b) Dayanılan argümanlarla dayanakların mahkemeye sunulması, c) İtirazın hangi nedenlerden neşet ettiğinin açıklanması, d) yargılamanın/celsenin muhtaç olduğu harç ve masrafların depo edilmesi koşuluna bağlıdır. Bunlar HMK m. 114/2'de zikri geçen ve bir davanın görülebilmesi için gerekli özel koşullar, yani özel yasadan neşet eden görülebilirlik koşulu olarak telakki edilir. Dolayısıyla bu koşullar eş zamanlı olarak ve bir araya getirilmeden gecikmiş itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanması olanaksızdır.

Hemen belirtelim ki; HMK m. 115/2 ikmali olanaklı olan koşulların tamamlanması için yanlara süre verilmesine tanıdığı imkânın buraya teşmili önünde herhangi bir engel yoktur. Bu bağlamda, özellikle harç ve yargılama giderinin eksikliğinin belirlenmesi olasılığında anılan düzenlemenin buraya ithal edilerek oluşun krizin aşılması denenmelidir.

Delillerin dayanaklarıyla birlikte bildirilmesi, onun bilahare sunulmasına olanak tanımaktadır. Delillerin muteriz nezdinde bulunması halinde, derhal başka yerde bulunmaları halinde delillerin ve buldukları yerin teşhis ve tanınmasına yarayan bilgiyi mahkemeye tevdi etmekle ödevlidirler (318). Bu bilginin verilmemesi halinde yurttaş bekleyen akıbeti, 322. madde belirler. 322. maddenin, yazılı yargılama usulünden norm ithal yetkisi, 140/son maddenin geçici olarak devreye girmesine olanak tanımaktadır. Bu takdirde, muterize gösterdiği ancak sunmadığı delille ilgili spesifik bilgiyi sunması için yeniden iki haftalık kesin süre verilir. Bu süre zarfında delile erişimi sağlayan optimum bilginin verilmesinden kaçınılması, delile dayanma hakkından vazgeçilmesi manasına gelir.

Muterizin gösterdiği ancak erişimini malumat vermeyerek engellemesi halinde, gösterilen delile erişilme olanağının kısıtlanması, ortadan kaldırıl-

masından ötürü itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanması mümkün olmaz. İtiraz kanıtlanamadığı ya da ikna edemediğinden ötürü red riskini üstlenmiş olur. Ancak, hiç delil gösterilmemesi ya da dayanakların gösterilmesinden kaçınılması halinde davanın esaslan görülmesi olanaksızdır. Mahkemenin böyle bir olasılıkta, gösterilmeyen delil ya da dayanağı tamamlaması seçenek olmaktan çıkmaktadır. O halde hiç delil gösterilmemesi ile delil gösterilmesi ve sunulmaması ya da ona erişimi sağlayacak bilginin verilmemesinden imtina edilmesi arasında fark vardır. İlki itirazın usulden reddine sebep olurken ikincisi, itirazın gerçek ve doğruluğunu sınıma olanağını yok ettiğinden davanın esaslan reddine vesile olur.

Temellendirme itirazın taşınması gereken bir başka koşuldur. Birey, kendisini gecikmiş itiraz başvurusu yapmaya icbar eden meşru, makul ve doyurucu nedence/gerekçeyi mahkemeye paylaşmak zorundadır. İtiraz sebep ve müstenidatı ile kast edilen hiç kuşkusuz bireyi başvuru yapmaya icbar eden hukuki ve fiili nedenlerden başkası değildir. O halde birey muhakkak itirazları haklı kılan olgularla, başvuruyu haklı kılan yasal nedenleri açıklamakla ödevlidir. Uygulanacak hukuku yargıcın belirleme tekeli, hukuki nedenlerin yanlış gösterilmesi ya da gösterilmemesi olasılığını büyük ölçüde risk olmaktan çıkarmaktadır. Yasama sözün özü, gecikmiş itirazda da tıpkı bir davada olduğu gibi, bireyi mahkeme nezdinde hak aramaya zorlayan vakıalar, bu vakıalarla eşleşen makul delillerle hukuki dayanakları eş zamanlı olarak açıklamaya ve sunmaya davet etmektedir. Bu aynı zamanda, gerekçenin beslendiği nesnelere ve nedencelerin açıklanması demektir.

Gerekçesiz bir metnin yasal başvuru standardıyla uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla gerekçe her halükarda davanın esaslan görülmesi için gerekli olumlu bir koşuldur. Gecikmiş itirazın sıfır gerekçeli olması, 65/2. maddesi gereğince, itirazın görülmesini engelleyen olgu eş zamanlı olarak debisi yüksek bir gerekçesizlik modelidir. O halde itirazın gerçek ve doğruluğunun sınanmasını engelleyen sıfır gerekçedir. Bunun dışındaki gerekçe kusurlarının, 65/2. madde bağlamında bir görülemezlik engel/ koşuluna dönüştürülmesi aşkınlıktır.

Harç ve yargılama giderlerinin, özel bir görülebilirlik şartıdır. 114. madde de bir davanın ihtiyacı olan harç ve yargılama giderinin finanse edilmesini ister. Bu HMK öncesi bir paradigmanın, HMK üzerinden varlığını

sürdürmesidir. Burada peşin olarak yatırılması gereken finansman kalemlerinin harç ve masraflarla sınırlı olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu da gösteriyor ki gecikmiş itiraz, her halükarda harca tabidir. Harcın miktarı ile oranı harçlar kanununun meselesidir.

Harçlar Kanunu tarafından tarifeye göre belirlenen harcın muteriz tarafından dava açılırken yatırılması zorunludur. Harcın yatırılmaması halinde, davayı bekleyen yazgıyı Harçlar Kanunu tayin eder. Harcın peşin yatırılmaması veya belirlenen süre içinde yatırılmaması (m. 114/1/g, m. 115/2) itirazın esastan görülmesini engelleyen ekonomik ve mali patentli bir görülemezlik engelidir. HMK, bu engeli avans başlığı ya da avanstan neşet eden görülemezlik engeli olarak tanımlarken, HK ise peşin harcın yatırılmaması olgusunu kendi mantığıyla ele alıp sonuca kavuşturur. Her halükarda, harcın yatırılmamış olması gecikmiş itirazın davalara ya da esastan tartışılma yeteneğini köreltmekte iğdiş eder.

## **II. ÖZGÜN BİR ÖNLEM OLARAK TAKİBİN TATİLİ**

65/3. madde belirli koşullar altında yargıca takibi tatil olanağı tanımaktadır. Tatil, takibe ara vermek, geçici olarak işleyişini durdurmak, gecikmiş itirazın hükümle sonuçlanmasına değin, takip işlemlerini işlemez kılmak, ertelemek manasına gelir. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus tatilin geçici nitelikte olmasıdır. Tatil bu anlamda takip işlemlerinin alacaklı ile üçüncü kişiyle sınırlı olarak durdurmaktan öte bir anlam taşımaz. Yasama böyle bir önleme karar verilmesini yekdiğerinden bağımsız iki koşulun birlikte tahakkuk etmesine endeksler.

Buna göre, yargıç gecikme sebebinin mahiyetine ve hadisenin özelliklerine göre takibin tatiline karar verme yetkisine sahiptir. Yetki niteliği itibarıyla takdiridir. Özneye eyleyeceği bir alan, marj sunar. Yasama gecikme sebebinin mahiyeti ve olayın özelliklerinin ne olduğunu izahtan kaçınarak bu konuyu belirleme, şekillendirme ve pratize etme yetkisini tamamen yargıca bırakır. Bu hatırı sayılır bir avanstır. Dolayısıyla hem kavramların içini doldurmak, onları şekillendirme hem de uygulanabilir hale getirmek yargıca aittir. Bu olağanüstü bir yetki olup eş zamanlı olarak yargıca güvenin de doruk yaptığı bir yer ve zamana tekabül eder.

Takdir marjının kavramlara dayalı olarak kullanılması, kavramların yargıç tarafından biçimlendirme yetkisi, yargıcın gecikme sebebi ile hadisenin özelliklerini gözeterek bu yetkiyi temellendirmeye icbar eder. Yargıca ihtiyacı olan doneyi verecek olan hiç kuşkusuz gecikmiş itirazda bulunan takip dışı üçüncü kişidir. Bu eş zamanlı olarak, gecikme nedeni, dayanakları ile gerekçelerinin bir başka rol ve işlevine delalet eder. Gerekçe, dayanak, nedence ve deliller bir yandan itirazın görülmesine hizmet ederken diğer yandan takip işlemlerinin üçüncü kişiyle mahdut olarak tatil edilmesine ciddi bir katkı sunar. Bu bakımdan gerekçe, delil, dayanak ve nedenler yargıcın bağlı bu yetkisini kullanmasında etkin ve verimli bir rol ve işlev üstlenir.

Takibin ne kadarlık süreyle tatil edileceğine ilişkin yasal bir veri bulunmamaktadır. Yasanın bu konuyu geçiştirmesi, tatil süresinin yargıca bırakılan önemli ve ciddi ikinci bir iş olduğuna delalet eder. Tatilin inter partes etkisi, onun takibin diğer yanlarıyla ilgili etki ve sonuç doğurmasını önler, bağlayıcılık debisini düşürür. Geriye gecikmiş itirazda bulunan takip dışı üçüncü kişi hakkındaki tatilin hangi koşullarda ne kadar devam edeceğine ilişkin soru kalmaktadır.

Talik özü itibarıyla takip hukukuna özgü, özellikli bir geçici koruma önlemidir. Yarattığı etki ve sonuçların alacaklı hanesinde yarattığı negatif etki, onun belirsiz bir alan ve zamana hükmetmesini önler. O halde tedbirin kim hakkında, ne zaman ve hangi işlemleri konu alacağına ilişkin merakları gidermesi gerekir. Bu eş zamanlı olarak önlemden kaynaklanan uyumsuzlukların kontrol edilmesi anlamına gelir. Lokal ve likit olmaktan kaynaklı uyumsuzluğun geçici korumayı örseleyeceğini unutmamak gerekir.

Görülüyor ki itirazla üzerine gelmeyi önleme yeteneğine sahip üçüncü kişinin, gecikmiş itiraz halinde de takibin sıcaklığını geçici koruma önlemiyle talik etme, uzaklaştırma hakkına sahiptir.

65/3. madde edilgen bir dille, talep olmasa bile yargıcın gecikmiş itirazın, geçici koruma önlemiyle bireyi takibin yalazlarından, etki ve sonuçlarından korunmasına onay verir. Bu takip hukukunun yabancı olmadığı özel tedbir türlerinden sadece biridir. Yasama, yargıcın kendiliğinden hare-ket ederek, İİK 89/1 ve devamı paragraflarından neşet eden olağan itiraz hakkını çeşitli vesile ve engellerle kullanamayan üçüncü kişiye gecikmiş itirazla eş zamanlı olarak, takipten tatil kurumu aracılığıyla korunma imkânı verir. Bu

imkânın kullanılabilmesi için her şeyden evvel yargıcın ikna edilmesi gerekir. Yargıç talep olmaksızın takibi talik edebileceği gibi, talep üzerine de takibin geçici bir süre tatiline karar verme yetkisine sahiptir.

Görülüyor ki; takip dışı üçüncü kişi, önce itiraz, sonra gecikmiş itiraz bilahare de menfi tespit davasının sağladığı geçici korumalarla alacaklıya karşı korunmaktadır. Ne tarafa bakarsak bakalım, üçüncü kişi 89 ihbarnamesi ile kendisine yönelen takibin stresinden etkin yöntem ve araçlarla kurtulma ve korunma olanak ve kolaylıklara sahiptir. Geçici ve kalıcı bu koruma duvarı, bize üçüncü kişinin oldukça avantajlı olduğuna delalet etmektedir. Bu koruma yöntemlerinden ilki yasadan kaynaklanan ve itirazla birlikte otomatik olarak devreye girer. Son iki önlemden ilki, yargıç tarafından resen veya talep üzerine misyonunu gerçekleştirirken, sonuncusu ise menfi tespit davası açıldığına ilişkin belgenin verilmesiyle takip işlemlerini durdurma şeklinde tahakkuk eder.

İİK 65/3. maddesinden neşet eden tedbir resen veya kendiliğinden belli koşulların tahakkukuyla realize olabilen manuel bir tedbirdir. Onu pratize edecek nedencelerin somutlaştırılmaması ya da nedencelerin somut olayda nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğine ilişkin yetkinin yargıca bırakılması, takibin talikine ilişkin bu tedbirin gerçekleşme potansiyelini güçlendirir. Kendisini gecikme nedeninin mahiyeti ve hadisenin özellikleriyle özdeşleştiren her olgunun taliki hayata geçirmesi olanaklıdır. Bu aynı zamanda, talikin kendisini realize etmesi için yargıca geniş bir seçenek listesi ya da nedenceler portföyü sunar. Hem nedenceler hem verilme biçimi açısından üçüncü kişi için, m. 89/1 kadar olmasa bile bir imkân sunduğu için çekicidir.

Talik niteliği itibarıyla üçüncü kişiyle mahdut olsa bile tüm takibin durdurulması, onun ilerlemesini önleyici bir sonuç doğurur. Bunun anlamı, tedbir varlığını koruduğu sürece üçüncü kişiyle ilgili hiç bir takip işlemi - icra-i olsun olmasın- taraflardan gelsin ya da gelmesin adım atamaz.

89/4. madde ile vücuda gelen tedbir ise menfi tespit davasının açılmasına ilişkin belgenin icra müdürlüğüne tevdi ile birlikte derhal ve kendiliğinden devreye giren geçici-otomatik koruma önlemidir. Burada takibin tatilinden farklı olarak, tedbir uzun ömürlüdür ve ona bu olanağı tanıyan yasamadır. Öteki ifadeyle belgenin teslim edilmesi, takip işlemlerini, menfi tespit davasına ilişkin hükmün kesinleşmesine değin devam eder. Bu tedbirin



ömrünün yargıç tarafından kısaltılması mümkün değildir<sup>10</sup>. Oysa m. 65/3'teki önlemin belirsizlik, sürenin yargıç tarafından belirlenmesine imkan tanımak-tadır. 89/4'teki bu önlemi takibin talikinden ayıran bir diğer özellik, kendisini icra-i işlemlerle sınırlamış olmasıdır. Bu demektir ki üçüncü kişiyi etkileyecek hiç bir icra-i takip işlemi önleme aykırı olarak yapılamaz, yapılsa bile etki ve sonuç doğurucu olamaz. Bu temel karakteristikler, m. 89/4 ile m. 65/3 ile dile gelen geçici nitelikteki önlemleri yekdiğerinden ayırır.

Gecikmiş itirazın gerçek ve doğruluğu kural olarak evrak üzerinde sınıranır. Ancak yargıç gerekli gördüğünde iddiayı yapacağı duruşmayla test etme yetkisine sahiptir. Bu yetki takdiridir. Takdir yetkisini harekete geçiren, kendisini "lüzumu halinde" kavramı ile karakterize eden nedencedir. Lüzum, en yalın haliyle yargılamanın gerektirdiği ihtiyaçla özdeşleşmek manasına gelir. Yargılamanın gerektirdiği ihtiyacın ne olduğunu belirleyecek yegane eden, somut olayın kendisi ile onun işaret ettiği özgün gereksinimlerden başkası değildir. Yüz yüze ve doğrudan doğruya diyalogu gerektiren nedeneleri önceden kestirmek ve belli şablona sığdırmanın güçlüğü, yasamayı yargıçla ittifak kurmaya birlikte çalışmaya icbar etmiştir. Bu gecikmiş itirazın şansıdır.

O halde gecikmiş itiraz kaideten evrakların diliyle gerçekleşen diyalogla hükme bağlanır. Kural bu olmakla birlikte yargıç kendisine tanınan marja istinaden duruşmalı diyalektiği işleterek<sup>11</sup>, gerçeklik testini gerçekle-

<sup>10</sup> Ancak taleple bağlılık ilkesi uyarınca üçüncü kişinin talebi üzerine tedbirin ömrünün kısaltılabileceğini savunuyoruz.

<sup>11</sup> İİK, ilke olarak uyuşmazlıkların evrak üzerinde hallinden yanadır. Evrakların diliyle tartışmak, bu muhakeme usulünün öncelikli seçimidir. Sistem bu konudaki tercihi çoğu kez çokça güvendiği yargıca tevdi eder. Ancak, yanların katılımıyla gerçekleşecek uyuşmazlık ya da dava türlerini de madde metnine dahil ederek, kendince uygun gördükleri konusunda tartışmanın ses, jest ve mimiklerle gerçekleşmesinden yanadır. Buradan bakıldığında, takip hukuku uyuşmazlıkları önce kendisi tarafından benimsenen özgün yargılama tekniği, bu usulün akim kaldığı yer ve zamanlarda basit yargılama usulünü ithal edilmesine onay verdiğini görmekteyiz. Basit yargılama usulünün, yazılı yargılama ve diğer yöntemlerle dirsek teması kurmaya onay vermesi, takip hukukunun sorunlara yaklaşma ve onu halletme yöntem ve teknikleri konusunda oldukça cömert olduğunu söyleyebiliriz. En netice takip hukuku, içtihatlardan aldığı destekle uyuşmazlıklarının ağırlıklı kısmını yanların sesi yerine, yazılarını yarıştırmakla gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz.

tirebilir. Lüzumun ne olduğunu belirleme veya takdir etme yetkisi yargıca ait olup, duruşmalı diyalogu gerektiren nedencelerin ne olduğunu birey ve toplumla paylaşmak yargıcın ödevidir. Yargıç birey ve topluma duruşmalı yargılamayı gerektiren meşru ve makul gerekçeleri açıklamakla ödevlidir. Anılan ödevin kaynağı, yargıcın olağan yöntemden uzaklaşan ayrık tercihidir. Ayrıksılık her nerede olursa olsun ya da karşımıza nasıl çıkarsa çıksın onun marjinal ya da sıradışı olmasından neşet eden sivriliğini, paylaşacağı makul, doyurucu ve meşru temellerle dengelenmeye zorlar. İfade etmek gerekir ki, duruşmalı yargılama, özü itibarıyla yargısal diyalektiğin anası, kadim ve olağan halidir. Duruşmayı, yazılı diyalektiğe yeğleyen ise, makul süre riski ve yaratacağı kaynak, emek ve mesai bağlamı kayıplardır. Bunları dengeleyip, gecikmiş itirazın ruhuna uygun olayla bağdaşır optimum yöntemi bulmak ve uygulamak her halükarda kürsünün işidir.

Duruşmanın ihtiyaç olmaktan çıkması halinde, duruşmayı finanse eden masraflar hamiline iade edilir. Masrafın gecikmiş itiraz iddiasının esastan test edilmesi için koşula dönüşmesi yahut görülebilirlik şartı olarak telakki edilmesi, duruşma ihtiyacının olmadığı hallerde erişim engeli ve riski yaratıldığını unutmamak gerekir. O halde duruşma yapılıp yapılmamasına göre masrafın, görülebilirlik koşulu olmaktan çıkabileceği görülmektedir. Burada belirleyici olan yargıcın uyumsuzluğu çözerken izleyeceği teknik ya da güzergahtır. Uyumsuzluğun evrak üzerinde giderilmeye müsait olması olasılığında yargılama gideri/celse veya duruşmanın finanse edilir olmaktan çıkacağı için, onun görülme engeli olmaktan çıkması gerekir.

Öte yandan duruşma kaçınılmaz ise yargılama gideri görülebilirlik engeli olmaya devam edecektir. O halde, m. 65/2'deki masrafın görülebilirlik koşulu olması, duruşma gereksinimi arttıkça artmakta, evrak üzerinde yargılama halinde ise düşmektedir. Bu karşılaştırma koşullar söz konusu olduğunda sevk ve idarenin her zamankinden daha dikkatli olmasını salık verir. Adalete erişim ile görülebilirlik koşulları arasında, erişimin mahvıyla sonuçlanacak bir seçenekte sebat edip etmemede son kararı veren yargıcın diyalektik seçimi<sup>12</sup> olmakla birlikte, yanların da yazgıyı tayinde hatırı sayılır hisseye sahip olacağını unutmamak gerekir.

<sup>12</sup> Sevk ve idare gecikmiş itirazın evrak üzerinde çözümü için, yeteri koşulların var olup olmadığını hızla ve isabetle belirlemek zorundadır. Burada olası bir yanılığın, şartlar

Mazeretin benimsenmesi halinde takip durur. Bu söylem veya buyruk vaktinde itiraz edilmemesinden ötürü 89. maddedeki olanaklarla yolu ayrılan üçüncü kişinin, kaybettiklerine kavuşması manasına gelir. Öteki deyişle, gecikmiş itiraz kabul edilmekle eş zamanlı olarak takip durur, bu 89. maddedeki itirazın yarattığı etki ve sonuçla yeniden buluşmak özdeşleşmektir. Bu üçüncü kişinin avantajını yeniden kazanması yani takibin stres baskısından kurtulması manasına gelir. Gecikmiş itiraz için açmış olduğumuz bu parantez, itirazın kabul edilmesiyle kapanacak koşulları yakalamaktadır. Üçüncü kişi kabul ile birlikte takibin durdurma şansına kavuşur.

Bu aşamadan sonra, üçüncü kişinin 65. maddeyle olan ilişkisi sona erer. Öteki deyişle, takibin durmasıyla eş zamanlı olarak, üçüncü kişi 89. maddenin itirazla kendisine verdiği avantajları yakalar. Bu 65. madde ile temin edilmek istenenin en çoğudur. Yinelemek gerekirse, gecikmiş itirazla 89. maddenin ilişkisi, üçüncü kişi söz konusu olduğunda 65/4 ilk cümle üzerinden sonlanır. Bundan sonra, gecikmiş itiraz kurumunun bir adım daha atması ya da üçüncü kişinin m. 65/4- ikinci cümleyle yoluna devam etmesi mümkün değildir. Gecikmiş itirazın özü itibarıyla borçlu ile alacaklı arasında itiraz üzerinden oluşan gerilimi çözmeye odaklanması, onun m. 89'un göndermesi ya da belirlediği sınırlar içinde kalarak eylemesini salık verir.

Kaldığımız yere dönersek, gecikmiş itirazın kabulüyle birlikte İİK 89/4. madde gereği top alacaklıya geçer ve alacaklı bu avantajı kullanarak, üçüncü kişinin takipten sıyrılma, etkisinden uzaklaşma ve direnme stratejisini, icra mahkemesine başvurarak hükümden düşürme hak ve yetkisine kavuşur. Alacaklı İcra mahkemesi nezdinde yek diğerinden bağımsız ancak birinin yazgısının diğeri tarafından tayin edildiği iki talebi dile getirme özgürlüğü vardır<sup>13</sup>.

Başvuru özü itibarıyla üçüncü kişinin takibi itirazla bertaraf stratejisinin hükümden düşürülmesini amaçlar. Dahası, gerçeğe aykırı beyanla takibi

---

üzerinden görülme engelini dönüştürerek adil yargılanma ve adalete erişim üzerinde gereksiz bir stres yaratacağını kestirmek gerekir.

<sup>13</sup> Uygulamanın sıklıkla karşılaştığı, oldukça aşına bu taleple alacaklı, 89. madde gereği itirazla takibi geçici de olsa etkisiz kılan üçüncü kişinin, itiraza konu iddialarının gerçek ve doğru olmadığını iddia ederek, bu itirazın sınanarak hükümden düşürülmesini ister. Eş zamanlı olarak da üçüncü kişinin gerçekle bağdaşmayan beyanlarının İİK 338. maddesi gereğince cezalandırılmasını ister.

işlemez hale getiren üçüncü kişinin bu eyleminin icra ceza hukuku doktrini açısından da tolare edilmez olmasından ötürü, üçüncü kişinin tecziyesini hedefler.

Üçüncü kişiyi menfi tespit ve itiraz hatta gecikmiş itiraz gibi araç, yöntem ve avantajla destekleyen yasama, işin sonunda üçüncü kişinin aşkınlık yapma ihtimalini, alacaklıya verdiği hatırı sayılır araç ve yöntemlerle dengelemeye çalışır. İşin içine özgürlüğün girmesi ya da üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanla takibi durdurması olasılığı halinde karşılaşılabileceği tehlikenin çapı, onun disipline edilmesini göreceli de olsa mümkün kılar.

Gecikmiş itiraz, itirazın muhatabı hiç kuşkusuz İcra Hukuk Mahkemesi'dir. Birey itirazını önleyen engelin ortadan kalkmasından başlayarak üç gün içinde, mahkemeye başvurarak gecikmiş itirazını gerçekleştirmelidir. Gecikmiş itiraz dilekçesi eş zamanlı olarak itirazın mahiyetini, neden ibaret olduğunu, dayanakları ile gerekçelerini içermek zorundadır. Yaslanılan argüman ve gerekçe, gecikmeyi meşru ve hukuki kılacak parametrelerdir.

### III. USULSÜZ TEBLİGAT

#### 1. Genel Olarak

Zamanında teslim<sup>14</sup> edilmeyen belge<sup>15</sup> ile temin edilmek istenen maksat hâsıl olmaz. Bilinen etki ve sonuçlarını doğuramaz. Takip böyle bir ihtimalde kaideten<sup>16</sup> yoluna devam eder.

<sup>14</sup> Teslim: bir nesnenin meşru hamile ya da onun adına tesellüm yetkisine sahip olana teslim tesellüm/alındı makbuzu karşılığında bırakılması demektir.

<sup>15</sup> Belgeden kasıt menfi tespit davası açıldığını gösteren ve davayı gören mahkeme tarafından usulüne göre düzenlenerek, üçüncü kişiye ya da onu temsilcisine tevdi edilen, yarattığı etki ve sonuçla takibi durdurma kapasite ve yeteneğine haiz olan hukuki metindir. Uygulamada yazı işleri müdürü tarafından verilen bu belge, "derkenar/meşruhat" olarak tabir edilmektedir.

<sup>16</sup> Belgenin takibi durdurma yeteneğiyle, sunulmasından neşet eden uyuşmazlıklar ve şikayetlerin benimsenmesi, ilerleyen ve işleyen takip işlemlerini durdurur. Bu yargının müdahalesiyle oluşan bir durdurma olup, kararın verilmesiyle eş zamanlı olarak etkilerini göstermeye başlar. Yargı kararının geriye doğru etki göstermesi, hukuka aykırı işlemin iptaliyle mümkündür. Bu takdirde bireyin hukuki durumunu olumsuz etkileyen işlem yargı müdahalesiyle ortadan kalkmakla, yaratacağı etki ve sonuçların da kendisini derhal göstermesi gerekir.

Belgenin teslim edilmesi veya süresinde teslim edilmemesinden kaynaklanan uyumsuzlukların halliyle eş zamanlı olarak takip menfî tespit davasının açıldığına dair belgenin icra müdürlüğüne tevdi ile durur.

Durma; 89. madde ile umulanı hükümden düşüren, özel nedenlere bağlı, belli koşulların tahakkukuyla işler hale gelen kısa ömürlü, nevi şahsına münhasır bir tedbirdir.

Geçici nitelikteki bu tedbirle temin edilmek istenen, menfî tespit davası sonunda oluşturulan hükmün kesinleşmesine değin, üçüncü kişiyi takibin göreceli etkisinin dışında tutmak, takibi bu özne ve nesneyle sınırlı olarak durdurmaktadır.

Tedbir bu bağlamda biri üçüncü kişi diğeri alacaklı yararına olmak üzere iki farklı etki ve sonuç doğurur. Öteki ifadeyle etki ve sonuçlarından hareketle, tedbiri alacaklı ve üçüncü kişi yararına olanlar olmak üzere iki şekilde tasnif etmek olasıdır. Burada üçüncü kişinin menfî tespit davası açması, sadece kendisi yararına bir takım etkiler doğurmakla kalmaz, cebri icra işlemlerini işlemez hale getiren bu olgunun yaratacağı eşitsizlik, alacaklıyı satışın belli zaman kesiti içinde istenmesinden neşet eden baskısından kurtararak dengelenmeye çalışılmaktadır. Bu olanak, tedbirin etkinliğini yoğunlaştırarak yaygınlaştırmasının yaratacağı riskleri göreceli olarak önleme kaygısının yansımasıdır. Alacaklıyı satış baskısından kurtaran bu düzenleme, davanın açıldığına ilişkin belgenin ibrazıyla otomatik olarak devreye girerek, alacaklının tedbirden fazlaca etkilenmesini bir miktar önlemeye çalışır.

Tedbirle üçüncü kişi yararına oluşan sonuçlar, yürütülen cebri icra işlemlerinin durması şeklinde gerçekleşir. Burada gözetilmesi gereken husus, durmanın cebri icra işlemleriyle mahdut olmasıdır. Dolayısıyla, takibin bu yolla durdurulması, iptali veya icrasının geri bırakılması tedbir ile gerçekleştirilmesi gerekenler arasında yer almaz. Buradan bakıldığında tedbir lokal etkiler yaratan bir özelliğe sahip olup bu özelliği, takibin bir bütün olarak geçici de olsa hükümden düşüren bir etkiye sahip değildir. Bu şekildeki etki, özü itibarıyla tedbirin inter partes etkisi olarak da tanımlanabilir. İnter partes etki, esasında kararların yanlarla sınırlı olarak sonuç doğurması, bağlayıcılığının meşru ilgililerle mahdut olması gerektiğini ifade eden bir buluştur. Konumuza teşmil edilmesini engelleyen bir bariyer olmadığını göre, tedbir

kararı da inter partes etkisiyle, sadece alacaklı ile kendisi arasındaki işlemleri etkileme gücüne sahip olduğu belirtilmelidir. Etki gücünü, kapasitesini bu ikisi dışına kaideten taşımak, bağlayıcılık debisini özne bağlamı olarak genişletmek mümkün değildir. Devam etmek gerekirse, durdurma bu niteliğiyle mikro bazlı bir potansiyeye sahiptir. Mikro bazlı etki kişi, konu, zaman ve mekan gibi bir çok parametreye bağlı olarak tahakkuk eder. Bu etki üst üste gelen bu gücün eş zamanlı olarak yoğunlaşmasına neden olur, bu dağılmaktan ve yayılmaktan ötürü oluşan riskleri önleyerek maksimum ve optimum etkiyi yakalamaya vesile olur.

Tedbirin mahiyet ve kapsamı objektif ve sübjektif olmak üzere iki temel parametre tarafından belirlenir. Tedbirin sömürülmemesi kurumun özne nesne bağlamı hudutlarının belirlenerek herkes tarafından bilinebilir hale getirmek, işlerliğin etkinliği, aşkınlığın önlenmesi için zaruridir<sup>17</sup>.

Objektif sınır: tedbirin hangi işlemlerle sınırlı olarak etki ve sonuç doğuracağını belirleyen ölçüttür. Adını obje/nesneden alan bu hudut, tedbirin konu bağlamı sınırlarını çizerek, konu üzerinden gelişecek aşkınlıkla komplikasyonları engellemeyi amaçlar. Adlileşmeyi tetikleyen bu parametre uygulamanın disipline etmesi gereken bir alana tekabül eder. Tedbirin neyi kapsamı gerektiği veya neyin tedbire konu teşkil etmesi gerektiğine ilişkin sorunun hamili, İİK 89/3/4. cümledir. Öteki deyişle tedbirin objektif kapsamına neyin gireceğini 89/3/4 c. belirler.

Bu cümle; kendisini “*hakkında yürütülen cebri icra işlemleriyle*” karakterize eder. Bu tümce büyüteç altına alındığında, durma kapsamına

<sup>17</sup> Aşkınlık: tedbirin, objektif ve sübjektif sınırlarını büzmesi ya da genişletmesi halinde söz konusu olur. Daralma üçüncü kişinin tedbirle temin etmek istediklerini önlerken, genişleme içine takibin taraflarını da alan bir etki ve sonuç yaratır. Bu inter partes etkinin, genişterek erga omnes bir etkiye doğru evrilmesi demektir. Pratik açıdan ilki, üçüncü kişinin tedbirden layıkıyla yararlanmasını önlerken ikincisi, takip alacaklısının tasarruf hakkını hukuka aykırı şekilde engeller. İlki alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki münasebeti riske ederken, ikincisi ise alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiyi etkiler. İlki tedbiri sayılı işlem ve sürelerle sınırlı olarak etkilerken diğeri, takibi bir bütün olarak etkileme potansiyeline sahiptir. Burada icra müdürlüğünün oldukça dikkatli davranarak, tedbirin özne ve konu bağlamı sınırlarını belirgin ve ihlal ihtimalini sıfırlayacak denli çizmesi gerekir. Tedbir üzerinden gelişecek uyumsuzluklarla, adlileşmenin önlenmesine hizmet eden bu işlem bir çok şeyin kaderini erkenden belirlediği için önemlidir.

giren nesne her a) cebri icra işlemi olmalıdır, b) bu cebri icra işlemi yürüyor olması, c) yürümekte olan işlemin üçüncü kişiyle ilgili olması ya da onu ilgilendirmesi zorunludur.

## **2. Cebri İcra İşlemi Nedir?/Tebdirin İşlem Bağlamı Sınırı**

Bu soruya verilecek yanıt yaşamsal niteliktedir. Burada yaşanacak bir kırılma hiç kuşkusuz, güçlkle alınan tedbir kararını etkisiz kılabilir yahut tedbirin aşkınlık yapmasını tetikleyebilir. Tüm bunlarla mücadele edebilmek ya da tedbirin etkili ve verimli olarak kullanılmasını sağlamak için cebri icra işleminin dört başı mamur şekilde tanımlanması, betimlenmesi ve sınırlandırılması gerekir. Bu bağlamda, cebri icra işlemi, takibin ilerlemesini, durmasını, yürümesini ve sonlandırılmasını sağlayan her türlü işlem olarak tanımlanabilir. Buradan bakıldığında tasarruf hakkı ile özdeşleşen bu tanım, takip talebiyle başlayan ve infazla sona eren oldukça uzun bir periyotta gerçekleşen oldukça zengin işlemler bütünü kümesi, kolonisi olarak karşımıza çıkmaktadır. İşlemler onları yapan, gerçekleştiren öznelere göre farklılık göstermekle birlikte bu farklılık onların takip işleminden neşet eden etki ve sonuçları bertaraf eder nitelikte değildir. O halde ister taraflardan gelsin ister icra otoritelerinden gelsin bir işlem takiple temin edilmek istenen amaca özgülenmiş, yapılmakla meşru ilgililerin hukuki durumunda, pozisyonunda az veya çok bir değişikliğe neden olma potansiyeline sahip ise bu işlem hiç kuşkusuz cebri icra işlemi olarak tanımlanmalıdır. İşlemi karakterize eden onu üretenden ziyade, onun takibe verdiği katkı, düzenleyici, etkileyici ve disipline edici olmaklığıyla yanları bağlayıcı, etkileyici olmak yetenek ve kalibresidir. Yanlarla takibi etkileme yani ilerlemesini, durmasını, ortadan kaldırılması ile sonuçlandırılma yeteneğine sahip olmayan veya tarafların alacak, hak ve malvarlığını, özgürlüğünü<sup>18</sup> doğrudan veya dolaylı olarak

<sup>18</sup> Kimi icra işlemleri icra ceza hukukunun da ilgi alanına girdikleri bilinmektedir. Kaynağını takip işlemlerinden alan bu uyuşmazlıkların, halli cebri icra işlemlerinin gerçek ve doğruluğunun sınanmasıyla hükme dönüşmektedir. Bu bağlamda cebri icra işlemlerinin etki gücü ya da icra-i kabiliyetinin takip hukukuyla sınırlamak, tedbirin uzantısı ceza uyuşmazlıklarını hafife almak manasına gelir. O halde tedbirin etkilerinin minimize edilmesi ya da bertaraf edilmesi beklentisi ile tedbir ve icra-i işlem arasında bu bağlamda bir akrabalık olduğunun unutulmaması gerekir. İcra işleminin bir başka boyuttaki

etkilemeyen bir işlem her kimden gelirse gelsin etkisizdir. Etkisiz mahiyette olan veyahut icra-i nitelikte olmayan bir işlemin, tedbir/durmanın objektif sınırlarının berisinde kaldığını söylemek imkânsızdır.

### 3. Cebri İcra İşleminin Yürüyor Olması Ne Demektir?/ Zaman Bağlı Sınır/ İşlemin Zaman Bağlı Hududu/Morfolojik Yarıma

Yasama, tedbirin kapsamını yürütülen cebri icra işlemleriyle sınırlar. Bu tedbir kararının uygulanmasıyla eş zamanlı gerçekleşen işlemlerin kapsama alındığı manasına gelir. O halde tedbir kararının, geriye doğru işlemesi bağlayıcılığının sınırlarını mazide kalmış cebri icra işlemlerini içine alacak şekilde genişletmesi olanaksızdır. Buradan bakıldığında, “yürütülen” cebri icra işlemleri ile kast edilen: yürüyen, yürümekte olan, yürüyecek olanla mahdut olup, yürümüş işlemlerin, ondan sonra doğan ve etkisi doğduğu andan başlayan işlemler olarak telakki edilmesi gerekir. m. 89/3/4 c. eş zamanlı olarak, işlemin zaman bağli sınırının belirlenmesine hizmet eder. Bağlılığın zaman bağli sınırında meydana gelen bir kırıma hiç kuşkusuz başka endikasyonlarla komplikasyonlara ev sahipliği yapar.

Tedbir kararının infazını sağlayan teslim anı, takip işlem ve sürecini teslimden öncekiler ve sonrakiler olmak üzere morfolojik açıdan ikiye ayırır. Burada gözden kaçmaması gereken husus şudur: tedbiri işler hale getiren menfi tespit davasının açılma anı değil, davanın açıldığına ilişkin belgenin icra müdürlüğüne teslim edildiği zamandır. Belgenin icra dairesine teslim edilmesi<sup>19</sup>, eş zamanlı olarak durması gereken ya da iptal edilmesi icab eden,

bu etkisi, işlemler üzerinden meydana gelen sömürülerin boyutunu göstermesi bakımından da önemlidir.

<sup>19</sup> Teslim edilme ikili bir ilişki olup, ilişkinin taraflarından biri meşru ilgili/üçüncü kişi, diğeri ise icra müdürlüğüdür. Dolayısıyla belgenin, bu belgeyi almaya ehil bir memura teslim edilmesi teslim işleminden beklenenin tahakkuku için kafidir. Belgenin geçerliliği için yasa tarafından öngörölmüş bir koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahiyeti itibarıyla menfi tespit davası açıldığını gösteren, bu konuda makul bilgiyi ihtiva eden belgenin, teslim ve tesellüm belgesi mukabilinde teslim edilmesi yeterlidir. Teslimin gerçekleştiği tarihin yaşamsal niteliği, onun kayıt altına alınmasını zorunlu kılar. Belgenin elektronik ortamda ve usulüne göre teslim edilmesi, icra müdürlüğünün ekranına, tasarruf alanına bırakılması teslim olarak benimsenmelidir. Fiziki teslimlerin, klasik yöntem-



etki ve sonucu ortadan kaldırılması gereken işlemlerin de portföyünü belirler<sup>20</sup>.

Mahkeme tedbir kararını hükümden düşüren etkisiz kılan veya işlemez kılan eylem işlem ve uygulamalarla şikâyet kurumu aracılığıyla mücadele yetkisine sahiptir. Mahkeme, icra müdürlüğünün yasaya muhalefet ederek oluşturduğu işlemlerle, hadiseye uygun olmayan muamelelerini düzeltme, yapılmasını emretme ya da ortadan kaldırma yetkisini kullanarak, tedbir kararını işlemez kılan işlem, uygulama ve kararlarla mücadele etmesi olasıdır. Bağlayıcılığın zaman bağlamlı sınırlarını ihlal eden ya da tedbirden önceki işlemlerin iptal edilmesiyle ortaya çıkan hak kayıplarının telafi edilebilmesi oldukça geniş sayılan bu imkânla mümkündür. O halde gerek üçüncü kişi gerekçe alacaklarının bu başvuru mekanizmasının sağladığı avantajlara yaslanarak, tedbiri disipline edebilir. Öteki deyişle zaman aşkınlıklarından ötürü geçmişteki işlemlerin yeniden hüküm sürmesi, varlıklarını korumalarını temin edilebileceği gibi, tedbirden sonra oluşan işlemlerin iptali de sağlanabilir. O hal de tedbirin uygulanma anından önceki işlemlerin varlığını hedefleyen her muameleden alacaklı kural olarak etkilenmekle, yapacağı başvuru ile onların muhafazasını sağlayacak optimum kararların itihazını temin edebilir. Geçmişte kalan öteki deyişle tedbirden önce vücuda

---

lerle kayıt altına alınması, onun teslim-tesellüm belgesi mukabilinde bırakılmasıyla olanaklıdır. Muhabere defterine kayıt edilme ya da onu ikame edecek herhangi bir kayıt, hakkın kullanımını sağlayacak geçerli bir teslim olarak telif edilmiştir. Tedbirin zaman bağlamlı sınırlarının belirlenmesini hedefleyen her uyuşmazlık, bu belgelerin vereceği bilgi ve şahadetle çözüme bağlanacağı gözetildiğinde, teslim ve tesellümü kanıtlayacak bu argümanın ispata hizmet edecek mahiyette olması zorunludur. Adlileşmeyi tetikleme potansiyeli olan bu alanın, muhakkak kontrol altına alınarak olası sapmalardan temizlenmesi gerekir.

<sup>20</sup> Tedbirin kendisini yürütülen icra işlemi ile sınırlaması, geçmişte kalan işlemleri durmanın etki alanının dışında tutar. Kapsam dahilinde kalan işlemlerin yürütülmesinin durdurulması, şikâyet yoluyla icra hakimliğine gelebileceği gibi, icra müdürlüğüne verilen bir dilekçeyle de bu aşkınlığın önlenmesi mümkündür. İşlemin kaynaklık ettiği kararların hükümden düşürülmesine yönelik her ihtilaf, en netice soluğu şikâyet yoluyla İcra Hakimliği'nde alacağından, mahkemenin anılan ölçütlerden hareketle kaygıları aşması gereklidir. İcra Hukuk Mahkemesi kendisine gelen uyuşmazlık üzerine; ya şikâyet konusu işlemi bozar, ya düzeltilir ya da memurun nedensiz olarak yapmadığı veya geciktirdiği işlemlerin icrasına hükmedilir.

gelen bir işlemin tedbir nedeniyle riske edilmesi halinde, mahkeme vereceği kararla bu işlemi etkisiz kılan müdürlük işlemi iptal edebilir. İşlemin etki ve sonuç doğurmasını sağlayacak vaziyete getirebilir. Hiç kuşkusuz yapılmasını emredebilir. Verilen kararın, eski hale getirmeyi sağlayacak bir potansiyele sahip olması, tedbir öncesi işlemlerin dokunulmazlığını korumak bakımından önemlidir. İlişilmez işlemlere dokunmak, yargısal müdahaleyi meşru kılar. İlişilir işlemlerin tedbiri riske etmesi, diğer koşullarla ittifak ettiğinde yargısal karışmayı hukuki hale getirir.

#### **4. İşlemin Sübjektif Sınırları / Kişi Bağlı Hudut/ İnter Partes Etki**

Tedbir yanlarla sınırlı olarak etki ve sonuç doğurur. Bu tedbirin sübjektif sınırlarını oluşturur. O halde, menfi tespit davasını açan üçüncü kişi, davanın açıldığına ilişkin belgeyi icra müdürlüğüne teslim etmekle, üçüncü kişiyi ilgilendiren ve onun malvarlığını, şahsını etkileyen takip işlemleri durur. Dolayısıyla, durması gereken cebri icra işlemi, her işlem değil alacaklı tarafından üçüncü kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen işlemlerdir. Bu demektir ki; borçlu aleyhine gerçekleşen işlemlerin cebri icra etkisi bu halenin dışında kalacaktır.

#### **IV. İİK m. 106'DAKİ SÜRELERİN İŞLEMEZLİĞİ/ ALACAKLIYI KORUYAN ÖZEL TEDBİR TÜRÜ**

İİK 89/4. madde, özel bir tedbir türü öngörmüştür. Buna göre davanın açılması sadece cebri icra işlemlerini durdurmakla kalmaz, bu süre içerisinde menkul ve gayrimenkul haczinde satış talebini zamanla sınırlayan bir düzenlemenin de işlerliğini durdurmaktadır. Menkul satışı, hacizden itibaren altı ay, gayrimenkul satışını talep etmek ise bir yıldır. Dolayısıyla böyle bir olasılıkta, satış için öngörülen kanuni süreler de varlığını koruyacak, menfi tespit davası açıldığına ilişkin belgenin ibrazı başlamış süreleri donduracaktır. Bu, alacaklının menfi tespite konu ettiği malların satışını isteme hakkını koruyan, alacaklının takip hukukundan neşet satış hakkının zamana yenilerek düşmesini önleyen bir düzenlemedir.

Yasama, menfi tespit davasının açılması ile üçüncü kişiyi korumaya alan düzenlemeler yanında alacaklıyı da korumaya alarak, 89. madde uygu-

lamasında üçüncü kişi ile alacaklının yararlarını dengeler. Bu bakımdan menfi tespit davasının açıldığına ilişkin belgenin icra dairesine teslimiyle, uyumsuzluğa konu menkulün satışı için öngörülen sürenin geçmesi ile oluşan riske karşı alacaklı özellikle özgün bir önlemlerle korumaya alınır. Bu önlem, geçici olup sadece alacaklı ile üçüncü kişiyi bağlayıcı niteliktedir. Tedbirin, içine uyumsuzluk konusu olmayan diğer mahcuzları katacak denli genişletilmesi mümkün değildir.

Menfi tespit davasında ispat külfetinin takip dışı üçüncü kişide olması, kişiyi kural olarak uyumsuzluğa konu menkulün takip borçlusuna ait olmadığını veya takip borçlusuna borçlu olmadığını kanıtlamaya icbar etmektedir. Üçüncü kişiye 89/4. madde ile tanınan bu avantajın bir bakıma dava içindeki ispat külfetinin ağırlığıyla dengelendiğinin unutulmaması gerekir. Öte yandan, davanın kaybedilmesi olasılığında, üçüncü kişinin dava konusu şeyin % 20'sinden az olmamak üzere tazminata<sup>21</sup> mahkûm edilmesi<sup>22</sup>, yukarıda tedbirin sertliği, koruma kapasitesi ile geniş alanda etkili olma potansiyelinin yarattığı göreceli avantajı bertaraf eden ya da dengeleyen önemli bir düzenlemedir.

89/4. maddenin davanın reddi halinde alacaklı yararına öngörülen tazminatın talepten özerk olması menfi tespit davası üzerinden gerçekleşecek hak arayışı önündeki ciddi bir risk olarak telakki edilebilir. Alacaklının talebi olsun, olmasın herhangi bir zararı gerçekleşsin veya gerçekleşmesin ister iyi, ister kötü niyetli olunsun mahkeme, davayı redle birlikte, davacıyı tazminata mahkum eder. Düzenleme, tazminatın tahakkuk koşulunu davanın kaybiyla

---

<sup>21</sup> Davanın kaybedilmesi koşuluna bağlanan tazminatın miktarını belirleme tekeli yargıca aittir. Ancak, miktarın belirlenmesinde yanların öznel durumları ile beyanlarının da belirleyici olacağını unutmamak gerekir. Tazminatların zenginleştirici olma yasağı, yargıcı bu alanda oldukça dikkatli olmaya icbar eder. O halde tefrit ile ifrat arasında bir yerde durmanın tazminatla temin edilmek istenen amacın belirlenmesi açısından önemlidir. Tazminatların erişim önünde ciddi bir engele dönüşmemesi ya da caydırıcı bir koza evrilmemesi, yargıcın takdirini şekillendiren ve yönlendiren hatırı sayılır bir donedir.

<sup>22</sup> m. 89/4/7.c üçüncü şahıs bu davayı kaybederse mahkemece, dava konusu şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum olur demektir. Bu ifade tarzı, tazminatı ödeyecek olanı zikretmekle birlikte, tazminat alacaklısını belirtmeyi tercih etmeyerek yasalasma tekniğinin bir kusuru olarak hanesine yazılmıştır. Her şeye rağmen tazminat alacaklısının takibin alacaklısı davalı olacağından eminiz.

sınırlar. Yasal olmayan edenlere yaslanarak yeni koşullar üretmek, protez şartlar referans alınarak davacıyı tazminata mahkum etmekten kaçınmak olanaksızdır.

Tazminatın davayı kaybetme koşuluna endekslenmesi, yargıcın yasa-manın iradesine aykırı olarak ek veya fazladan nedenceler koşullar oluşturmasını kesin bir dille önler. Yasama bu konuda oldukça yalın bir irade ve söyleme sahiptir. Buraya her ne sebeple olursa olsun implante edilecek koşulun aşkınlığa neden olacağını, tazminata ilişkin buyruğu hükümden düşüreceğini iradeyi işlemez kılacağını unutmamak gerekir. Burada yorumu meşru kılacak bir düzenlemeden söz edilemeyeceği gibi yasama iradesinin yokluğundan hiçliğinden söz etmek mümkün değildir.

Tazminatın miktarı konusuna gelince; yasama davanın kaybedilmesi halinde, davacı üçüncü kişinin mahkûm olacağı en az tazminat nispetini %20 olarak belirler. Ancak maksimum limit konusunda sessiz kalır. Bu ifade tarzı, hükmedilecek en çok oranın belirlenerek uygulanması konusunda yargıca inisiyatif bırakır. Bu bağlı bir yetkidir işleyişi, yasal parametrelerle zararın ekinliğın, oylum ve gücüne göre değişkenlik gösterir. Minimum ile maksimum oran arasında herhangi bir yerde durarak tazminata hükmetmek olasıdır. Ancak bu olasılığın gerçekleşebilmesi için ya da tayin edilen oranın adil veya optimum olduğundan söz edilebilmesi için takdir marjının bağlı bu yetkisini meşru, makul ve doyurucu gerekçelerle beslemesi gerekir. En az miktarın belirlenmesinde temellendirme ihtiyacı davacı için maksimum düzeye çıkarken, davalı için ihtiyaç körelmemekte minimal düzeye inmektedir. Aynı şeyin tazminat oranının yükselmesi için de tekrarlanması mümkündür. Her iki olasılıkta da meşru ilgililerin tazminatın temellendirilmesine olan gereksinimleri varlığını koruduğu gibi, yargıcın kendisine verilen takdir yetkisini hangi nedence ve parametrelerin etkisi ile kullandığını izah etmesi gerekir.

Tazminatın zenginleştirici olamaz. Bu yasağı delen veya onu hiçe sayan bir tazminat meşruiyetini kaybetmekle kalmaz, adil yargılanma ya da adalete erişim anlayışıyla da ters düşer. Tefrit ve ifrat, her ikisi hukukun istemediği haz etmediği aşkınlık biçimidir. Tefrit ve ifratın yanlar için yaratacağı risklerden başka, aktüel erişim anlayışının başvuru hakkının mali ve ekonomik külfetlerle engellenemeyeceğine ilişkin paradigması, tazminatın miktar veya nispeti konusunda yargıcın her zamandan daha dikkatli olmasını önerir.

Tazminat miktarlarının artma eğilimi, bireyin hak arama olasılığını azaltan bir etkiye sahip olduğu için, güncel değerler bireyin salt bu nedenle adliye-den uzaklaştırılması, yıldırılmasının önlenmesi gerektiğini savunur. Aşkınlaşan tazminatın buradan bakıldığında, İİK 89. maddesi ile üçüncü kişiye verilen hakların kullanılma olasılığını riske ettiğini ya da bu yolu cazip olmaktan çıkarma potansiyeline sahip olduğunu ifade edebiliriz.

Ancak m. 89/4 son cümle önemli bir mesaja sahiptir. Buna göre, 89. madde gereği açılacak menfi tespit davası maktu harca tabidir. Bu iki açıdan önemlidir. Birincisi, yasama 89. madde gereği risk altına giren veya alacaklının takibine maruz kalan üçüncü kişinin, hak arama çabasını ağır mali külfetlerden arındırarak etkin ve verimli kılmak ister. Dolayısıyla maktu harç, bu yolun kullanılma ihtimalini güçlendirmekte, bireyin elini çabuk tutarak, icra-i işlemin etkilerini geçici de olsa bloke etmesine fırsat verir. İkincisi, ise yaklaşımın eski de olsa erişim engellerine her daim ve her yerde bayrak açan bakış açısıyla kurduğu seyreltilmiş ve arizi ittifaktır.

Alacaklının takip işlemlerinin icra-i etkisinden mahrumiyetini göz ardı etmek olanaksızdır. Bu yoksunluk geçici, bir bedel gerektirir. Geçen süre içinde mahrum kalmanı haciz edilmek istenenle sınırlamak ya da uyuşmazlık konusu ile tahdit etmek, çok taraflı çok şeyi gözeten duyarlı bir yaklaşım olmaz. Yasama bunun farkında olarak, talep olmazsa bile birey yararına tazminata hüküm edileceğini öngörerek, alacaklının belli bir süre durağanlaşmaktan, ilerleyememekten neşet eden çok özellik ve işlevli tazminatla ödüllendirilmesini hoş görmeyi kolaylaştırır. Alacaklı için hoş görülebilen bu tazmin anlayışının, üçüncü kişi nezdinde yaratacağı gerilimi de unutmamak lazımdır.

Buraya kadar 89. maddenin, alacaklının icra işlemlerle başlattığı hamle ile onun göreceği resti farklı yerlerde durarak okuyucu ile paylaşmaya çalıştık. Bu paylaşım büyüteç altına alındığında: takip dışı üçüncü kişinin alacaklının kendisine yönelen işlemlerden 89. maddenin sağladığı olanaklarla karşı koyma veya takipten kurtulma şansına sahip olduğunu söyleyebiliriz. Yasama üçüncü kişiye belli şartlar altında kendisini hem genel mahkemede hem de icra müdürlüğü ve icra mahkemesi nezdinde yapacağı itiraz şikâyet ile açacağı davayla koruma olanak, yöntem ve aracına ziyadesiyle sahiptir. Alacaklı da kendisine verilen imkânlarla bu itirazlarla baş etme hak ve yetkisine sahiptir. Tarafların birbirlerine yönelik hamlelerinin maliyeti

gözetildiğinde yasamanın nimet külfet ekseninde, yanlar arasında kural olarak denge tesis etme çabasında olduğu tartışmasızdır.

Üçüncü kişinin 89/1-2. maddeler üzerinden elde ettiği avantajın alacaklı tarafından nasıl sınanması gerektiği veya gerçek ve doğruluğunun test edilme yöntem ve araçlarının tartışılması gerekir. Tartışmayla amaçlanan, itiraz yolunun yaratacağı etki ve sonuçlar, bu sonuçlarla baş etme, bu yöntem ve araçları kullanma biçimi, olası bir başarısızlık halinde üçüncü kişiyi bekleyen riskleri belirler. Nihai hedefimiz, özü itibarıyla yöntem araçlar üzerinden üçüncü kişi ile takip alacaklısı arasındaki eşitliğin boyutlarıyla buluşmak, koruyucu sistemler üzerinden risk analizi yapmak yarar ve zarar analiziyle erişim adil yargılanmanın kaygıları arasında bir ilişki kurmaktadır.

Üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesine müddeti içinde itiraz ederse, alacaklı, üçüncü şahsın verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü şahsın 338'inci maddenin 1'inci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder.

89/4. madde anılan paragrafla, takip alacaklısının resti nasıl ve ne şekilde göreceğinin ipuçlarını vermektedir. Buna göre alacaklı davacı itirazın aksini, mahiyetini çürütme ya da itirazı icra mahkemesinde hükümden düşürme hakkına sahiptir. İtiraza davayla karşı koyma, aksini ispatlama, hükümden düşürme veya çürütme davacı/alacaklının ilk seçeneğidir. Bu tercihle eş zamanlı olarak kişi lehine, genel hükümlere göre tazminata hükmedilmesini talep hakkına sahiptir. İkincisi ise üçüncü şahsın İİK 338. maddesine göre bireyin cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir.

Yasama bu adımla alacaklıya yekdiğerinden tamamen farklı amaç, hedef, yöntem, araç, maliyet ve yararlarla sahip iki başvuru olanağı tanımıştır. Bunlardan ilki, ikinci davanın da yazgısını belirlemektedir.

## **V. İTİRAZI ÇÜRÜTMEK/HÜKÜMDEN DÜŞÜRMEK**

Üçüncü kişinin cevabının aksini mahkemede ispat etmek, alacaklıya verilen hakların ilkidir. Bu bir bakıma itirazın, hasredilen delil, dayanak ve gerekçelerle çürütülmesini sağlayan bir kalkışmadır. Teknik bir ifadeyle belirtmek gerekirse, itirazın karşı delillerle ortadan kaldırılması, bertaraf edilmesinden başkası değildir. İtirazın, hiç bir itkiye ilave devinime gerek

olmaksızın icra-i işlemlerini üçüncü kişiyle mahdut olarak durdurması, davacı alacaklının işlemlerin etkinliğini sağlamak, onları misyonlarıyla uyumlu etki ve sonuç doğurmaları ya da üçüncü kişi hakkında da etkili olmalarını temin için eylemeye icbar eder.

İcra-i işlemlerin yeniden canlanması davacı alacaklının birçok isteğinden sadece biridir. Öteki deyişle, davacı alacaklı icra mahkemesine başvurarak sadece duran icra işlemlerinin yürümesini sağlayabilir. Bu eyleme biçimi, alacaklının taleplerinin en azına tekabül eder. Bu takdirde mahkeme tasarruf ile taleple bağlılık ilkesine sadık kalarak, davacının ispat ödevini yerine getirmesi koşuluyla davasını benimseyerek, duran icra işlemlerinin devamına karar verir. Bu minimum talebin, büzmeyle özdeşleşen sonucudur. Böyle bir olasılıkta, mahkeme ayrıca tazminata hükmetme veya üçüncü kişiyi cezalandırma cihetine gidemeyeceği gibi, minimum talebi anılanlarla eşleştirme cihetine de gidemez.

Davacı/alacaklının açtığı bu davanın amacı, sadece duran icra işlemlerinin, üçüncü kişiyle mahdut olarak etki ve sonuç doğurmasını sağlamaktır. Davanın hedefi, üçüncü kişinin itirazı ile takibin gücü dışında kalan ve icra dairesine gönderilmeyen meblağın yeniden icra dairesine gönderilmesini temin etmektir. Dayanılan delillerin kabul edilip tartışılmasıyla iddianın, itirazı hükümden düşüren potansiyele eriştiği an, dava benimsenmiş, itiraz da hükümden düşmüş demektir. Bu eş zamanlı olarak, takip borçlusunun üçüncü kişiyle hukuki ya da eylemli ilişkisinin doğrulanması manasına gelir. Dahası, üçüncü kişinin borçluya ait olup ta yedinde muhafaza ettiği meblağın alacaklıya ödenmek üzere icra dairesine gönderilmesi sonucunu dayatır.

O halde itirazın hükümden düşürülmesinin takip hukukunu ilgilendiren başat ve yalın üç sonucundan söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki; davalı üçüncü kişi ile takip borçlusu arasında hukuki ve fili bir ilişkinin varlığını saptamak, ikincisi bu ilişkiden neşet eden bir alacağın varlığını lokal ve likit hale getirmek, üçüncüsü ise meşru olmayan itiraz nedeniyle bir müddet takip dışında kalan meblağı, icra dosyasına getirtilmesini sağlamaktır.

Madde böyle bir davanın İcra Mahkemesinde açılacağını salık verir. İcra mahkemesinden kasıt, takibin gerçekleştirildiği icra dairesinin bağlı bulunduğu icra dairesidir.

İcra mahkemesi, böyle bir talebi İİK 18. maddesi gereğince ve burada buyurulan ve önerilen yargılama tekniğiyle çözüme kavuşturur. 18. madde yargılamayı kendi özellikli tekniğiyle sınırlamamakta, yargıca basit yargılama hükümlerinden ihtiyaç ölçüsünde yararlanma yetkisi vermektedir. HMK 322. maddesinin basit yargılamanın, yazılı yargılama hükümlerinden ithale olanak tanınması, böyle bir davanın zengin yargılama zeminine ev sahipliği yaptığını göstermektedir. Bu eş zamanlı olarak yargılama yöntemlerinin işlerine ne zaman, nasıl ve nerede başlayacaklarına ilişkin zor soru ve sorunlara kaynaklık eder.

Talebin itirazın bertaraf edilmesiyle mahdut tutulması, yargılama gideri ve harçlar üzerinde de bir takım etkiler yaratacağı muhakkaktır. Madde metni dikkatle irdelendiğinde yasa yapıcının böyle bir davada alınacak harç konusunda suskun kaldığını görüyoruz. Gerektiğinde yargılama gideri ve harç konusunda ahkam kesen metnin, sıra 89/4. maddeye geldiğinde susması, gözleri Harçlar Yasası ve uzantısı Tarife'ye odaklar. Uyuşmazlığın niteliği harcın belirlenmesinde aktif ve belirleyici rol oynar.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yasamanın üçüncü kişinin hak arama talep ve olanaklarını harç ve yargılama giderlerini minimize ederek ya da harcın eşliğini epey düşürerek karşılayan<sup>23</sup> yasamanın, takip alacaklısı için böyle bir tercihte bulunmaması olanaklar ve kolaylıklar üzerinden alacaklı ile üçüncü kişi arasında yaratılan bilinçli bir eşitsizliktir. Adalete erişimin, görünen adaletle yolunun kesiştiği bu noktada, iddiası takip hukuku süjeleri arasında denge sağlamak olan bir sistemin, ekonomik ve mali engellerle davacı alacaklıyı yıldırma potansiyeline sahipken, üçüncü kişinin elini kolunu sallayarak takibe direnmesini teşvik etmesi, el atılması gereken yerlerin ilkidir.

<sup>23</sup> m. 89/3 son da “bu fıkraya göre açılacak menfi tespit davaları maktu harca tabidir” ve 89/8 de kendisini “üçüncü şahsın beyanı hiçbir harç ve resme tabi değildir” cümleleriyle karakterize edilen anlayış, üçüncü kişinin adalete erişim talebinin epey şımartıldığını söylemek mümkündür. Hemen ifade edilmek gerekir ki; adalete erişim ve adil yargılama ölçütlerine vurulduğunda hiç kuşkusuz başvuru için harç ve resim ve yargılama giderlerinin engel olmaktan çıkarılması zorunludur. Ancak eşğin tek taraflı düşürülmesinin avantaja dönüşmesi, özgürlük ve eşitlik temelli diyalogların mali ve ekonomik engellerle sessizliğe gömülmesi, kesilmesi m. 89’un bir kaç adım öne çıkan defosudur.



## VI. TAZMİNAT TALEP HAKKI

Alacaklıyı bekleyen ikinci seçenek, alacak borç ilişkisinin belirlenmesi, üçüncü kişinin iddiasının çürütülmesiyle eş zamanlı olarak tazminat talep etmektir. Tazminat, takibe yönelik haksız ve hukuka direncin yarattığı zararların giderilmesini hedefler. Öteki deyişle, gerçeğe aykırı beyanla alacaklının takipten neşet eden başvuru hakkının yarattığı objektif ve sübjektif kayıpların telafisini hedefleyen bir öznel hakkın korunma biçimidir. Bu hiç kuşkusuz beyanla özdeşleşen kişilik hakkının ihlalden kaynaklı maddi kayıpların telafisini amaçlar. Adalete erişimin önlenmesi, gerçeğin perdelenmesi ile öznel bir haktan mahrumiyet adil yargılanma hakkının çiğnenmesinden kaynaklı bir kişilik hakkı ihlalidir. Dolayısıyla adalete yalan veya gerçeğe aykırı beyanla erişimi önlenen birey icra mahkemesine başvurarak, oluşan zararlarının tolare edilmesini giderilmesini talep hakkına sahiptir.

Tazminat, borçlar hukuku doktrinin ilgi alanında kalan ve buradaki maddi hukuk tarafından disipline edilen bir kurumdur. Tipik bir haksız eylem olan yalan beyan, buradaki rejim kapsamında gerçeklik testine tabi olacaktır. Bu dakikadan itibaren somut olayda tazminatı gerektiren eylem, onun yarattığı etki ve sonuç ve sair koşulların varlığı BK'nın durduğu yerden bakılarak sınanacaktır. Giderimin miktarıyla, tenkisi üzerindeki tasarruf yetkisi BK'nındır.

Hemen belirtmek gerekir ki; birey kendisine tanınan seçimlik başvuru yollarını birlikte kullanabileceği gibi her birini özerk şekilde dermeyeran hakkına sahiptir. O halde alacaklı, 89/4. madde ile güvenceye alındığı için, itirazı hükümden düşürmeyi isteyebileceği gibi, sadece tazminat isteğinde de bulunma özgürlüğüne sahiptir. Dahası, iki isteğini de tek dava ile dile getirme yetkisine sahiptir.

İster birlikte, ister özerk şekilde kullanılsın her halükarda, davanın nirengi noktası ya da bu davaların yapmaları gereken ilk iş, takibe hükmeden itirazın gerçek ve doğruluğunu sınamaktır. Gerçek ve doğruluk testi, alacaklıya bahşedilen tüm hakların ilk işi yargılama morfolojisinin ilk aşamasıdır. Gerçek ve doğruluk testi, 89. madde bağlamı uyuşmazlıkların asla vazgeçmeleri mümkün olmayan ortak buluşlarıdır.

Böyle bir yargılama hiç kuşkusuz HMK'nın koyduğu ilke, usul ve esaslar çerçevesinde yürüyecektir. Dava dilekçesinin 119. madde ile getirilen standartlarla uyumlu olması zorunludur. Dilekçenin, dava şartlarının sınan-

masına elverişli bir şekil ve içerikten mahrum olması 114. madde ile belirlenen koşulların sınanmasını önleyecektir. O halde öncelikle m. 119, sonra da 114. maddedeki koşulların bir dilekçe ve dava iradesi tarafından dikkate alınıp değerlendirilmesi gereklidir. Görülme engellerinden kurtulan bir dilekçe, beş fazı sırayla yaşayacak zorlu bir maratona hazırlanmalıdır. Burada delillerin gösterilmesi, sunulması, somutlaştırılması ile toplanması dikkate alınıp değerlendirilmesine ilişkin proses varlığını koruyacaktır.

İspat külfetinin davacı alacaklıda olması, onun kabul edilebilir delillerini göstermesi, sunulması, somutlaştırarak toplanması için üzerinde düşen kendiliğinden getirme ilkesi çerçevesinde, teksif ilkesinin zamanla sınırlanan aklıyla uyumlu olarak getirmesi gerekir. Delillerin davalı üçüncü kişide olması, bu delillerin tartışılmasını engellemez. Bireyin bu kayıtlara dayanması halinde anılan delillere erişilmesi için gereken prosesin başlatılması olanaklıdır.

Ön inceleme aşamasının bu tür davalarda uygulanması mümkündür. Dolayısıyla hem evrak üzerinde hem de duruşmalı ön inceleme ile davanın usul ve esastan sonlandırılması olanaklıdır. Duruşmalı ön inceleme ihtiyacının doğması halinde davanın esasa geçilmeden bitirilmesi olanaklı olduğu gibi dava konusunun sabitlenmesinden sonra, sulh ve arabuluculuk kurumunun işletilmesinin teşvik imkanı mevcuttur.

## SONUÇ

1. 89. madde takip hukukuna özgün yaklaşımıyla hatırı sayılır katkılar sunan, alacağın tahsiline özellikli öneri ve buyruklarıyla olanak tanıyan alması ve kompozit bir kurum olarak;

2. Alacaklı ve borçlunun yararlarını kendine has yöntem ve araçlarla dengelemeye, takip hukukunun kaygılarıyla empati kurmaya ve doyurucu teorik perspektif sunmaya elverişli olmakla birlikte,

3. 89. maddenin işlerlik alan ve potansiyelini kişi, zaman ve mekân üzerinden istisnaya uğratan sistematik çabalar, üçüncü kişinin borçluyla ittifak ederek düzenlemeyi hükümden düşürmelerini kolaylaştırmaktadır.

4. Kurumun aslına dönmesi teşviklerin son bulmasına, tecrübelerin sadakatine, düzenlemeyi istismar eden ve bağlamından koparan uygulamalarla vedalaşmasına bağlıdır.