



HASAN KALYONCU  
ÜNİVERSİTESİ

Ocak 2016 • Sayı: 11

# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## Kamu Hukuku

- Hasan TUNÇ : 1982 Anayasası, Üniter Devlet Modeli ve Özyönetim Tartışmaları  
Murat ERDOĞAN : Yönetişim Kavramı ve Çoğulcu Demokrasi

## Özel Hukuk

- Nejat ADAY : Haksız Haciz Sebebiyle Kişilik Hakkı İhlalinin Hukuksal Sonucu Olarak Mânevi Tazminata Hükmedilmesinin Şartları ve Konuya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi  
Ömer BAĞCI : Rehnin Taşınmaz Bakımından Kapsamı Zaviyesinden Eklentilerin Hukuki Durumu (TMK'nın 862/1 Hükümünün Uygulamada Doğurduğu Sakıncalar)  
Etem KARA : Genel Olarak Türk Hukukunda Hapis Hakkı  
İbrahim GÜL : Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?  
Ömer BAĞCI : Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı  
İbrahim GÜL : Rekabet Kanunu'na Aykırılığın Yaptırımı Olarak Esnek Hükümsüzlük  
Etem KARA : Sınırötesi Trafik Kazaları: Avrupa Birliği'nde ve Türk Hukukunda Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası  
Bünyamin GÜRPINAR : Anonim Ortaklıkta Bağımsız Denetim Sistemi ve Kurumsal Yönetim  
Pınar UZUN ŞENOL : Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiil Kavramı ve Uygulanacak Faiz  
Osman SARI : Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Normları Karşısında Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Grev Hakları



seçkin

# Haksız Haciz Sebebiyle Kişilik Hakkı İhlalinin Hukuksal Sonucu Olarak Mânevi Tazminata Hükmedilmesinin Şartları ve Konuya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi\*

The Terms of Moral Damage Adjudge as a Result of Unfair Attachment's Legal Result Based on Violation of Personal Rights Because of Unfair Attachment and Assessment of Supreme Court Decisions Concerningto The Subject

Nejat ADAY\*\*

## ÖZET

Haksız haciz, uygulamada çok rastlanılan bir haksız eylem türüdür. İhtiyati haczin haksız olduğunun sonradan anlaşılması veya mahcuz mala istihkak davasının kabulü halinde mağdur lehine zarar şartı aranmaksızın götürü bir tazminat esası kabul edilmiştir. Bunun sonucunda, maddi ve mânevi zararların giderimini amaçlayan ayrı bir dava açılması halinde nasıl hareket edileceği konusunda uygulamada tereddütler oluşmaktadır. Kusur ve kusursuz sorumluluk esaslarının birbirine karıştığı bu farklı olguların birbiriyle irtibat içinde incelenmesi, çalışmanın birincil amacını oluşturmaktadır. Böylece uygulama için açıklayıcı ve tutarlı bir açıklama şeması sunulacaktır. Diğer yandan, mahkemelerin geçmişten gelen alışkanlıkla mânevi tazminata hükmedilmesi için ağırlaştırılmış bir takım şartlar araması da kanaatimizce yerinde değildir. Mânevi tazminat talebinin maddi tazminat talebinden farkı, zararın türü ve niteliğinde yatmaktadır. Kişilik hakkının ihlal edilmiş olması için haczin uygulanması yeterlidir. Fiili haciz yapılmış olup olmadığı, mânevi zararın miktarını tayinde rol oynayabilirse de kaydi haczin mânevi zarara yol olmayacağı düşüncesi doğru değildir.

## Anahtar Kelimeler:

Haciz, Manevi Tazminat, Kişilik Hakkı İhlali.

## ABSTRACT

Unfair attachment is a common type of tort in practice. Lump sum compensation without requiring damages is regulated in favour of the injured party in case of the later detection that the provisional attachment has been unfair or the acceptance of the action of replevin regarding the attached property. Consequently, in practice, there are hesitations regarding how to act in case of bringing a separate action claiming material and moral damages. The primary purpose of the study is to examine these different facts intermingling the fault and absolute liability principles and the connection among such. Thus, an explanatory and consistent scheme of explanation for practice shall be presented. On the other hand, in our opinion, it is not proper for

\* Bu Makale, hakem incelemesinden geçmiştir.

\*\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

the courts to require heavier conditions by force of habit to grant moral damages. The difference between the claim for moral damages and the claim for material damages lies beneath the type and characteristic of the damage. The implementation of attachment is enough to violate the personal right. Even though whether the actual attachment is implemented or not may play a role in determination of the amount of moral damages, the idea that the registered attachment does not cause moral damages is inaccurate.

**Keywords:**

Unfair Attachment, Moral Damage, Violation of Personal Rights.

## I. HAKSIZ HACZİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Haksız haciz, tüm koşulları gerçekleştiğinde BK 49 anlamında haksız eylem oluşturur<sup>1</sup>. Bu sebeple, haksız hacze maruz kalan kimsenin talep edebileceği maddi tazminata ilişkin koşullar için BK'nın 50. vd. hükümlerine, mânevi tazminata ilişkin koşullar için ise 56. vd. hükümlerine bakılması gerekir. BK'nın 53 ve 54. maddeleri ölüm ve sair bedensel zararlarda talep edilebilecek tazminat kalemlerini, 55. maddesi ise destekten yoksun kalma tazminatını düzenler. BK 56 hükmünde, kişilik hakkının bedensel bütünlüğe ilişkin unsurlarının ihlali halinde talep edilebilecek mânevi tazminat düzenlenmiştir. BK 57 ise, haksız eylemin bir türü olan haksız rekabete ilişkin hukuksal sonuçları düzenler. İncelememizin birincil ilgi odağı olan düzenleme BK 58 hükmüdür.

Haksız haciz ile mağdurun bedensel bütünlüğünün ihlali mümkün olmadığından<sup>2</sup> BK 56 hükmünde düzenlenen olgular incelemenin kapsamı dışında kalmaktadır. Haksız haczin haksız rekabet oluşturması da mümkün değildir; dolayısı ile BK 57 hükmü de incelenmeyecektir. Malvarlığı zararlarının tazmininde Yargıtay nisbeten tutarlı bir çizgi izlemekte, haksız haciz halinde ortaya çıkan bu tür zararların giderimine hükmetmektedir. Dolayısı ile, incelemede maddi zararın tazminine yol açan olgulara sadece mânevi tazminata ilişkin aydınlatıcı rolü olduğu ölçüde değinilecektir<sup>3</sup>. Kanımızca bu rol önemlidir; çünkü, zararın türü ve tazminat miktarının belirlenmesindeki ölçütler dışında bu iki tazminatın koşulları arasında fark bulunmamaktadır. Bunlar; haksız eylemin varlığını göster-

<sup>1</sup> "Davacının kefil olduğu takibe ve ihtiyati hacize konu borcun asıl borçlu tarafından 13.6.2000 tarihinde davalı alacaklıya ödenerek ibraname alınmasına rağmen 14.6.2000 tarihinde davacının evinde fiili haciz uygulaması ve eşyalarının götürülmesi haksız eylem niteliğindedir." (Y 4. HD, T. 10.4.2002, 2002-126/4500; Kazancı MİBB). Haksız alacaklıya neden olmanın gerek (İİK 89 gereğince) ihbarda bulunulan gerekse borçlu hakkında haksız eylem esasına göre görülecek menfi tespit davasına konu edileceği yönünde bkz. Baki **Kuru**, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, 2003/S 47, s.65 vd. Haksız ihtiyati tedbir kararı aldırın tarafın sorumluluğunun "haksız fiil davasına benzeyen bir dava" olarak nitelendirilmesi ve şartlarının tümüyle BK 49 hükümlerine göre beirlenmesi gerektiği konusunda bkz. Cenk **Akil**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, ABD 2013/3, s. 175.

<sup>2</sup> Kuşkusuz haciz sırasında kişinin beden bütünlüğüne tecavüz oluşturan bir haksız eylem işlenebilir. Ancak bu ihlalin sebebi haksız hacizden bağımsız olarak haksız fiildir.

<sup>3</sup> Örneğin, Y 4. HD'nin 3.2.2015 tarih ve 2014-15059/1288 sayılı kararında (Kazancı MİBB), haksızlığı sonradan anlaşılan haciz nedeniyle maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmiş, buna karşılık "icra takibine konu işlemlerle davacının mânevi zararı arasında illiyet bağı olmadığından mânevi tazminat isteminin reddi" yönündeki karar onanmıştır. Kararda mânevi zararın varlığının kabul edildiği ancak illiyet bağının bulunmadığı savunulduğuna göre, mânevi zarara neyin sebep olduğu sorusunun cevabı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, aracına haksız yere haciz uygulanan kimsenin bundan acı ve ızdırap duymaması mümkün olmayacağına göre, mânevi tazminat talebini bu denli kolay ve gereksiz reddetmenin gereği anlaşılamamaktadır.

ren mutlak hak ihlali, ihlalin hukuka aykırılığı (genel davranış kuralı ihlali), maddi veya mânevi zararın varlığı, eylemle zarar arasındaki uygun nedensellik bağıdır.

Haksız hacze maruz kalan kimsenin bazı malvarlığı hakları ile kişilik hakkının bir takım unsurları zarar görebilir. Bunların başında kişinin onur ve haysiyeti ile ruh bütünlüğü gelir. Haksız haciz kişinin mânevi çöküntü yaşamasına, yaşama sevincinin azalmasına neden olur. Her halde haksız haciz işlemi ile kişilik hakkının ihlal edilmiş olacağı açıktır<sup>4</sup>. Sorun, mânevi tazminata hükmedilebilmesi için bu ihlalin yanında aranacak koşullarla ilgilidir.

Haksız haciz icra takibinde gerçek borçlu sıfatını taşımayan bir üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde uygulandığında, mahcuz mala istihkak davası süreci de tetiklenmiş olabilir. Bu olasılıkta icra mahkemesi, İİK 97/f. 15 hükmünde düzenlenen ve uygulamada “*kötüniyet tazminatı*” denilen yaptırıma hükmederken bunun yanında maddi ve mânevi tazminata ilişkin de karar verebilmektedir. Bu kararlar, “*kötüniyet tazminatı*”nın koşulları ile maddi ve mânevi tazminat koşullarının birbirine karıştırılmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle, konumuzu ilgilendirdiği ölçüde İİK 97/f. 15 hükmünde düzenlenen yaptırım da inceleme konumuzun kapsamında bulunmaktadır.

Diğer yandan, İİK 259/f. 1 hükmü, ihtiyati haciz isteyen alacaklının haksız çıkması halinde karşı tarafın zararından sorumlu olmasını öngörmüştür<sup>5</sup>. Bu hüküm gereğince tazminata hükmedilebilmesi için kusurun gerekli olmadığı kabul edildiğinden<sup>6</sup>, bazen haksız haciz sebebiyle kusura dayalı sorumlu-

<sup>4</sup> “*Davalının eyleminin haksız olduğu yargı karar ile belirlendiğine göre, haksız icra takibi ve haksız haciz uygulanmasının davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacağı* gözetilerek davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, bu konuda olumlu ya da olumsuz bir gerekçe gösterilmemiş olması doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır.” Y 4. HD, T. 23.02.2011, 2531/1755 (e-uyar.com).

<sup>5</sup> HMK 389 vd. hükümlerine göre verilen ihtiyati tedbir kararları bakımından da aynı esas uygulanmaktadır: “*HUMK. 110. maddesi hükmü uyarınca ihtiyati tedbir kararı alan kimse, ihtiyati tedbir kararının haksız olduğunun belirlenmesi halinde ihtiyati tedbir kararı yüzünden karşı tarafın ve üçüncü kişilerin uğradıkları zararı gidermekle yükümlüdür. Kural olarak giderim borcunun doğumu için kusur aranmamaktadır. Gerçekten bu konuda öğretide, uygulamada ve yargısal inançlarda görüş birliği vardır. Diğer bir deyişle haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararların gideriminde kusursuz sorumluluk esas kabul edilmiştir. İhtiyati tedbir kararı alan kişinin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için ihtiyati tedbir kararının uygulanmış olması, ihtiyati tedbir kararının haksızlığının belirlenmesi, zarar ile ihtiyati tedbir kararının uygulanması arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. İhtiyati tedbir kararının haksızlığının kabul edilebilmesi için açılan davanın esas yönünden hüküm verilmesi zorunlu olmayıp davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi dahi tedbirin kalkması sonucunu doğuracağından ihtiyati tedbir kararının haksız sayılması için yeterlidir.*” Y 7. HD, T. 23.7.2008, 2008-1996/3247 (Kazancı MİBB).

<sup>6</sup> Bu konuda bakz. Hayrullah Fütuhi Töre, İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tedbir Nedeniyle Açılacak Tazminat Davaları, ABD 1974/5, s.914. Ayrıca bkz. Y 11. HD, T. 12.4.2011, 2011/2470-4284: “*Haksız ihtiyati hacizden doğan maddi tazminat davalarında kusursuz sorumluluk esas geçerli olup,*

İİK 259/f. 1'e dayalı kusursuz sorumluluk birbirine karıştırılabilmektedir. Hâlbuki mânevi tazminata hükmedilebilmesi için İİK 259/f. 1 hükmündeki şartlar değil BK 58 hükmü dikkate alınacaktır; bu da kusur<sup>7</sup>, kişilik hakkı ihlali gibi diğer olguların da varlığına bağlıdır. Dolayısıyla ihtiyaç duyulduğu ölçüde bu konuya da değinmemiz gerekecektir.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Yargıtay mânevi tazminata hükmedilebilmesi için haczin fiili olmasını aramakta, kaydi haczi bu yaptırımın uygulanması için yeterli görmemektedir. Bu içtihadın yerinde olup olmadığı konusunda fikir yürütmeden önce, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin tarihsel açıdan yaşadığı gelişmeye göz atmak gerekmektedir.

## II. BK 58 HÜKMÜNÜN KISA TARİHÇESİ

Bu çalışmamızda eleştirel bir bakış açısıyla ele alacağımız Yargıtay kararlarında, genellikle, verildikleri dönemde yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerden yola çıkılması yerine önceki kararlarda klişe haline gelmiş bazı olgular tekrarlanarak mânevi tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği karara bağlanmaktadır<sup>8</sup>. Bu da yasa koyucunun iki kez değiştirdiği temel mânevi tazminat hükmünün uygulama tarafından yeterince değerlendirilemediğini ortaya koymaktadır<sup>9</sup>. Hâlbuki pratik hukukun pozitif hukuka dayanması bir

---

*manevi tazminat yönünden ise kusur sorumluluğu söz konusudur. Haksız ihtiyati haciz sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için B.K.'nin 49. maddesindeki koşulların oluşması gerekir. Bu itibarla, mahkemece, davacı tarafın manevi tazminat talebi de yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmeli ve konulan ihtiyati haczin haksız olup olmadığı, olayda manevi tazminat koşullarının oluşup oluşmadığı gerekçeleri gösterilmek suretiyle bir neticeye bağlanmalıdır'* (Kazancı-MİBB).

<sup>7</sup> Bu yönde bak. Akil, s.182.

<sup>8</sup> Örneğin, yeni metinde bulunmamasına rağmen mânevi tazminata hükmederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate almak gerektiği yolunda bkz. Y 4. HD. T. 06.03.2014, 2013-6534/3791 (e-uyar.com). Kuşkusuz bu hususlar mânevi zararın kapsamını tespit ederken, özellikle saldırının mağdurun ruhsal bütünlüğü üzerinde oluşturduğu olumsuz etkinin kapsamı belirlenirken hâlâ dikkate alınabilir, hatta alınmalıdır. Ancak Yasanın eski metnindeki ibarelerin böyle bir açıklama yapmaksızın tekrarlanmış olması, Yargıtay'ın anılan hususları bir alışkanlık olarak kararlarına taşıdığı izlenimini uyandırmaktadır.

<sup>9</sup> Nitekim işveren işçinin kişilik haklarına tecavüz oluşturan eylemleri karşısında Yargıtay'ın 1988 değişikliğinden sonra dahi saldırının ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde değerlendirecek bir unsur olarak değil de tazminata hükmedilmesinin koşulu olarak yorumlayan kararlarını eleştiren bir çalışma için bkz. K. Ahmet **Sevimli**, İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Mânevi Tazminat (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, C 24, s.295-308. Yazara göre: "*Bugüne kadarki Yargıtay kararlarına bakıldığında da, işçinin kişilik değerlerine saldırı halinde -inceleme konusu karardakine benzer çok ağır saldırılar hariç- manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine işaret eden karar da oldukça nadirdir. Bu durum için hukuki bir açıklama bulmak noktasında oldukça zorlandığımızı belirtmeliyiz. İş Hukukundaki kıdem, ihbar ya da kötüniyet tazminatlarının hiç biri, kişilik değerlerine yönelen saldırılara karşı koruma ya da saldırının neden*

zorunluluktur. Bir hükmün uygulanması somut olay adaletini sağlamıyorsa, yapılacak iş pozitif hukuku yok saymak değil, yürürlükteki hukukun yorumu ve uygulanmasıyla daha adil sonuçlara ulaşmaya çalışmaktır. Aksi takdirde keyfiliğe kapı açılmış olur. Esasen yürürlükteki hukuka aykırı olarak verilen kararların çoğunda somut olay adaletinin sağlanmış olduğu da söylenemez.

Bu mülahazaların çalışmanın tamamında göz önünde bulundurulacağını ifade ettikten sonra, BK md 58'in atası sayabileceğimiz 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilk halinde yer alan 49. maddedeki düzenlemenin ne yönde olduğuna göz atabiliriz:

*"Şahsî menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyân ve hatanın hususî ağırlığı icabettiği surette manevî zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebilir.*

*Hâkim, bu tazminatın itası yerine diğer bir tazmin sureti ikame yahut ilâve edebilir"*<sup>10</sup>.

Mânevi tazminata hükmedilebilmesi için kusurun ağırlığını arayan bu hükmün İsviçre'de özellikle basının yürüttüğü lobcilik nedeniyle kabul edildiği belirtilerek eleştirilmekteydi<sup>11</sup>. Bu hüküm 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine şu düzenleme getirilmişti:

*"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dâva edebilir.*

*olduğu maddi-manevi zararın giderimini sağlayan işleve sahip olmadıklarına göre; kişilik değerlerine saldırılması halinde uygulanması gereken Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinin iş ilişkisinde de dikkate alınması gerekir. BK m.49'da 1988 yılında yapılan değişiklik sonrasında manevî tazminata hükmedebilmek için failin ağır kusurlu olması koşulu da uzun zaman önce ortadan kalkmıştır." (Sevimli, s.308).*

<sup>10</sup> Bu maddenin isabetli çevrildiğini ifade eden Tandoğan'ın Mehaz Kanundan yaptığı çeviri şöyledir: *"Şahsî menfaatleri ihlâl edilen kimse, kusurun mevcudiyeti halinde zararın tazminini ve ihlâl ile (Fransızca metinde uğranılan zarar ile) kusurun hususî ağırlığı icap ettirdiği takdirde manevî tazminat olarak bir meblağ itasını talep edebilir. / Hâkim bu eda yerine veya buna inzimamen, başka bir manevî tazmin suretine hükmedebilir."* Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Birinci Basıdan (1961) Tıpkıbası, İstanbul 210, s.332, dpn 7. Bu konuda ayrıca bak. Mehmet Ünal, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHF 1978, C. 35, S.1-4, s.420. Kaynak Kanun'da kusur yanında zararın da özel ağırlığı aranmış iken çeviride bu olguya da yer verilmemiştir. Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHF 1973, C.30, s.25. Ancak Yargıtay'ın eski Kanun döneminde bu şartı aradığı çeşitli kararlar için bkz. Gürsoy, s.25.

<sup>11</sup> Kemal Oğuzman, İsviçre ve Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, HalukTandoğan'ın Hatırası'na Armağan, Ankara 1990, s.33; Ünal, s.420.

*Hâkim, manevî tazminatın miktarını tâyin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*

*Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilânına da hükmedebilir."*

Nihayet günümüzde yürürlükte olan 6098 sayılı BK'nın 58. maddesi ile düzenleme şu şekli almıştır:

*"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*

*Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."*

İlk düzenlemede "kişilik hakkı ihlali"ni ifade etmekte başarısız olan "şahsi menfaatleri haleldar olan" ibaresi 3444 sayılı Kanunla daha doğru bir biçimde ifade edilmiş, kusur anlamında kullanılan "hata" deyimini ise metinden çıkarılmıştı. Bunun yerine kişilik hakkı ihlalinin "hukuka aykırı olması" şartı öngörülmüştü. Ancak değişiklikte bu düzeltmelerin yapılmasıyla yetinilmemiş, ilk düzenlemede mânevi tazminata hükmedilmesi için aranan kusurun özel ağırlığı şartı da kaldırılmıştır. Bunun yerine, mânevi tazminatın kendisini değil de sadece miktarını etkileyecek şekilde, tarafların sıfat, işgal ettiği makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınması gereği öngörülmüştü.

Nihayet yürürlükteki 6098 sayılı BK, "hukuka aykırılık" deyimini metinden çıkardığı gibi, "kusur" şartına da yer vermemiştir. Kuşkusuz buna rağmen mânevi tazminata hükmedilmesi için kusurun şart olduğu yolundaki baskın görüşe katılıyoruz<sup>12</sup>. Diğer yandan kanun koyucu, kişilik hakkı ihlalinin yaptı-

<sup>12</sup> Bu konuda bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 11. Bası, İstanbul 2014, s.225; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 15. Baskı, İstanbul 2015, s.237; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 11. Baskı, İstanbul 2014, s.410, dph 132.

Yargıtay kararlarında bu konuda bir tutarlılık bulunmamaktadır. Kusurun gerekmediği yolunda bkz. Y 12. HD, T. 16.11.2009, 2009-1311/12929: "Dava, haksız haciz savına dayanmaktadır. Haciz isteminin dayanağının bir hak veya alacak olması ve haciz gününde de varlığını sürdürmesi gerekir. Aksi halde, haksız bir haciz ve buna bağlı olarak da sorumluluk söz konusu olur. Buradaki sorumluluk ise, kusura dayanmamaktadır. Eylem ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Somut olayda, davalının yaptığı haciz işleminin bir hakka (alacağa) dayanmadığı kesinleşmiş mahkeme kararı ile saptandığına göre davalı, eyleminin sonuçlarından kusuru aranmaksızın sorumludur" (e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Y 4. HD, T.



rımı olarak tazminatın dışında hâkime diğer bir giderim biçimine karar verme veya bunu tazminata ekleme imkânı tanımış; bu ek giderim biçiminin saldırının kınanması ve bu kararın yayımlanması şeklinde hüküm altına alınabileceğini belirtmiştir. Bu ek yaptırımlar incelememizin dışında kalmaktadır.

### III. HAKSIZ HACİZ NEDENİYLE MÂNEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİNİN YASAL KOŞULLARI

BK md 58 hükmüne göre mânevi tazminata hükmedilebilmesi için a) kişilik hakkına hukuka aykırı<sup>13</sup> bir saldırıda bulunulması, b) saldırının mânevi bir zarara yol açmış olması, c) saldırı ile mânevi zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması, d) failin kusurlu olması veya kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durumun söz konusu olması şarttır. Aşağıda bu şartlar “haksız haciz” bağlamında ele alınacaktır.

Haksız haczin mânevi tazminat yaptırımına yol açması için kişilik hakkının unsurlarından bir veya birkaçına zarar vermesi gerekir. Kişilik hakkının<sup>14</sup> kapsamında yer alan unsurların sayma yoluyla tüketilmesi mümkün değildir. Bu konuda sadece üzerinde uzlaşma bulunan olguları örnek verebiliriz.

Esasen MK md 23 ve 24’te yasa koyucu genel bir çerçeve belirlemiştir<sup>15</sup>. Aynı şey BK 58 bakımından da dile getirilebilir. Bu çerçeve içinde zamanın

26.02.2004, 2003-12549/2327: “... Haksız haczin varlığının sabit olması durumunda, haczi yapılan zaten **kusursuz sorumludur**. Bu haliyle davalının hukuka aykırı eylemi kabul edilmelidir. Şu durumda somut olayın özelliği ve gelişimi de gözeticiler, buna göre takdir edilecek miktarda mânevi tazminata hükmedilmelidir” (e-uyar.com). Karş. Y 4. HD, T. 29.11.2007, 2007-1286/15059: “Dosya içinde bulunan senet incelendiğinde, davacının senet üzerinde imzasının bulunmadığı sabittir. İmzası bulunmayan davacı hakkında icra takibi yapan ve maaş kesintisine sebep olan **davalının kusurlu olduğunun kabul edilip uygun miktarda bir mânevi tazminata hükmedilmesi** gerekirken...” (e-uyar.com). Y 11. HD, T. 9.3.2006, 2005-1335/2437: “... Davacının haksız olarak yapıldığını iddia ettiği haciz işlemi davalı bankaya yüklenebilecek bir **kusur bulunmadığından**, davacının haksız haciz işlemi nedeniyle mânevi zarara uğradığı iddiasıyla davalı aleyhine açtığı tazminat davasının reddine karar verilmesi gerekirken...” (e-uyar.com).

<sup>13</sup> Düzenlemede “**hukuka aykırılık**” koşulu aranılmıyormuş gibi görünse de, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde tazminata hükmedilmesinin dayanaksız kalacağı düşünülürken bu koşulun aranması gerektiği kendiliğinden anlaşılır. Nitekim Y HGK 13.3.2013 tarihli bir kararında, “**borçlu haczi caiz olmayan bir malın haczine, malın haczi sırasında muvafakat verebileceği gibi, şikâyet yoluna gitmeyerek, zımnen de rıza gösterebilir.**” demek suretiyle bu hususu dile getirmişti. Y HGK, 2012-12-1071/K. 2013/351 (Kazancı MİBB).

<sup>14</sup> Genel bir kişilik hakkı mevcut olduğu gibi, tekil kişisel varlıklar üzerinde tekil kişilik haklarının da mevcut olduğu yönünde bkz. **Halûk Tandoğan**, Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHF 1963, C. XX, S 1-4, s.13.

<sup>15</sup> **Oğuzman/Seliçi/Aktay-Özdemir**, s.157; **Hasan Petek**, Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara 2015, s.56.

gereklere göre yeni olguların dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Bu hükümlerin hâkime geniş bir takdir yetkisi sağladığı da açıktır<sup>17</sup>. Bu çerçevede içinde başkaca unsurlarla da tamamlanabileceğini ifade etmek kaydıyla; genel olarak kişinin adı, hayatı, sağlığı, beden bütünlüğü, hak ve fiil ehliyeti ile özgürlükleri (MK md 23), haysiyet ve onuru, resim ve sesi üzerindeki hakkı, sırları, özel hayatı gibi unsurlar kişilik hakkının kapsamı içinde kalır<sup>18</sup>. Kişinin ekonomik itibar ve onuru da bu korumadan yararlanmalıdır<sup>19</sup>. Haksız hacze maruz kalan kişinin, bu unsurlardan en az bir veya birkaçı bakımından kişilik hakkının saldırıya uğradığı açıktır<sup>20</sup>. Diğer yandan, haksız hacze maruz kalan kimsenin bu eylem dolayısıyla acı, elem ve ızdırap duyması<sup>21</sup> da hayatın olağan akışına uygundur<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Oğuzman/Öz, s.257; Petek, s.57.

<sup>17</sup> Bu hükümlerin hâkime bir tür "açık bono" verdiği yolunda bkz. Tandoğan, agm, s.11.

<sup>18</sup> Bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Petek, s.58 vd.

<sup>19</sup> Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına rastlanması da mümkündür. Örneğin Y 4 HD'nin 07.04.2010 tarih ve 2009-7918/4061 sayılı kararında şöyle denilmektedir: "Haksız haciz nedeniyle ticari itibarın sarsılmasından dolayı uğranılan zarar, koşulları bulunması durumunda, maddi tazminat olarak değerlendirilebilir. Kaldı ki, dava konusu olayda böyle bir durumdan söz edilemeyeceğinden, davacının aracının haczedilmesi nedeni ile manevi zarara uğradığı gerekçesi ile manevi tazminat takdir edilmesi doğru değildir" (e-uyar.com). Hâlbuki aracı haksız yere haczedilen kimsenin bundan mânevi zarara uğramamış olduğunu kabul etmek doğru olmadığı gibi, ticari itibarın sarsılmasının sadece maddi tazminata neden olacağına kabulü de isabetli değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi ilke olarak kişiliğin korunması kapsamında "ekonomik onurun korunması"nı da zikretmektedir (BGE 118 IV 153, 161). Esasen HGK da bir kararında ilke olarak mesleki ve ekonomik değerlerin de kişilik hakkı kapsamında korunacağını ifade etmiştir: "Bugün genel kabul görmüş belirleme ve ayırımı göre kişisel değerler (varlıklar) üç ana grupta toplanmaktadır. Birincisi, bedensel bütünlüğe ilişkin maddi varlıklar (yaşam-sağlık); ikincisi, ruhsal (manevi) varlıklar (onur-saygınlık, özgürlükler, sır, resim); üçüncüsü ise mesleki ve ekonomik değerlerdir" (Y HGK, T. 20.3.1991, 4-617/137; Kazancı MİBB).

<sup>20</sup> Yargıtay da bu görüştedir: "haksız yere bir kimsenin mallarını haczettirilmesi o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Yasasının 49. maddesi gereğince manevi tazminat ile sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Haczin haksızlığı nedeniyle kişilik haklarına zarar gören davacı yararına manevi tazminat takdir de gerekir." Y 4. HD. 6.2.2001 T. E: 1193, K: 1098 (e-uyar.com). "... Davacıya ait araç üzerine başka bir dava dosyası nedeniyle ödenmesi gereken 27,00 TL asıl ve gecikme zammı ile birlikte 43,00 TL yargı harcından dolayı haciz şerhi konulmuş, davacı bu durumu haricen öğrenince D... Mal Müdürlüğü'ne başvurarak söz konusu harcı 08/07/2012 tarihinde ödemiştir. Ancak bu ödeme sisteme işlenmemiş ve ilgili vergi dairesine de bildirilmemiştir. Bu durumda, davacıların bir kusuru söz konusu değildir. Ayrıca araca kıy günün gece saat: 20.30'da haksız yere fiili haciz uygulanmıştır. Ödenmiş bir alacaktan dolayı bu şekilde aracın fiilen haczedilmesinin davacıların kişilik haklarına saldırı oluşturacağı şüphesizdir. Bu nedenle davacılar yararına uygun miktarda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken talebin tümünden reddi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir." Y 4. HD, T. 26.1.2015, 2014-15664/868 (Kazancı MİBB).

<sup>21</sup> "Gerçek borçlu olmadıkları halde bu şekilde malların götürülmesi nedeniyle duyulan üzüntü ve sıkıntı nedeniyle" mânevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yolunda bkz. Y 4. HD, 1.6.1999, 1953/5125 (e-uyar.com).

<sup>22</sup> "... Haksız yere hacze uğrayan davacının bu nedenle sıkıntı yaşamaması, üzüntü duymaması yaşamın olağan akışına uygun olup kişilik haklarına saldırının varlığı da kabul edilerek uygun bir manevi tazminat takdir edilmelidir." Y 4. HD, T. 16.02.2011, 423/1361 (e-uyar.com).

Haksız haciz sebebiyle kişilik hakkı kapsamındaki unsurlardan bir veya birkaçı ihlal edilen kimse, bundan dolayı mânevi bir zarara uğramışsa kendisine mânevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilecektir. Bunun için ne kusurun ne de ihlalin neden olduğu zararın ağır olması gerekmektedir<sup>23</sup>.

Kişilik hakkının ihlali sonucu duyulan bütün ruhsal ve bedensel acı, ızdırıp, elem ve üzüntüler ile yitirilen yaşama arzusu ve sevinci, bozulan ruh dengesi, ihlal dolayısıyla duyulan sıkıntı, rahatsızlık ve eziklik duygusu mânevi zararı oluşturur<sup>24</sup>. Mânevi tazminatın bir tür ceza mı yoksa tatmin aracı mı olduğu konusundaki tartışmalara burada girmiyoruz<sup>25</sup>. Fakat mânevi tazminata hangi işlev tanınırsa tanınsın; bu yaptırımla mağdura duyduğu acıları unutturmak, kaybolan yaşama sevinci ve arzusunu yeniden kazandırmak, bozulan ruhsal dengesini yeniden kurmak için bir imkân sağlandığı açıktır. Esasen mânevi tazminatı mağdurun öç duygusunu tatmin için öngörülen bir tür ceza olarak kabul etmenin aynı zamanda bir tatmin sağlamak suretiyle bozulan ruhsal dengeyi yeniden kurmayı amaçladığını kabule engel olmadığı da açıktır<sup>26</sup>.

Yargıtay'a göre bir kimsenin mallarının haksız yere fiilen haczi, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eder. Bu şekilde kişilik hakkına saldırılan kimse lehine mânevi tazminata hükmedilmesi gerekir<sup>27</sup>. Bir başka kararında ise Yargıtay evde yapılan haksız hacizle telefon kapatma şeklinde yapılan haciz arasında

<sup>23</sup> Çiğdem Kırca, Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi 1998, C. 25, S.3, s.263.

<sup>24</sup> Şeref Ertaş, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.65.

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD 1984/1, s.15 vd.; Kırca, s.242 vd.

<sup>26</sup> Mânevi tazminatın ne bir ceza ne de tazminat olduğu yolunda bkz. Y 11. HD, T. 9.12.2014, 2014-372/19356: "... Manevi tazminat, 22.6.1966 tarih ve 7/7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da etraflıca açıklandığı üzere, ne bir ceza ne de gerçek anlamda bir tazminattir. Zarar uğrayanın manevi ızdırabını bir nebze dindiren, ruhsal tahribatını onaran bir araçtır. Manevi tazminatın kapsamını takdir hakkı, kural olarak yargıca aittir. Yargıç, manevi tazminatın tutarını belirlerken, hak ve adalete uygun davranmalı, hukuk biliminden yararlanmalı, toplumun sosyal, ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın koşullarını gözlemelidir. Takdir edilecek tutar, bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır. O halde, zararın meydana geldiği tarih, oluş şekli, zarar görenin konumu, haksız haczin boyutu ve somut olayın diğer özellikleri dikkate alınarak daha makul oranda davacı yararına manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması da yanlış olmuş, kararın bu yönüyle de davalı yararına bozulması gerekmiştir" (Kazancı MİBB).

<sup>27</sup> "Haksız yere bir kimsenin mallarını haczettirilmesi o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Yasasının 49. maddesi gereğince manevi tazminat ile sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Haczin haksızlığı nedeniyle kişilik hakları zarar gören davacı yararına manevi tazminat takdiri de gerekir." Y 4. HD, 6.2.2001 T. E: 1193, K: 1098 (e-uyar.com).

da bir ayırımın yapılması gerektiğine hükmetmiş ama hangi koşulların varlığı halinde mânevi tazminata hükmedileceğini açıklamamıştır<sup>28</sup>. Diğer kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın, tıpkı kaydi hacizlerde olduğu gibi telefon kapatmanın da mânevi tazminatı gerektirmeyeceği görüşünde olduğu söylenebilir. Yargıtay'ın bu ayırımı hangi ölçüte göre yaptığı ve vardığı sonucun isabetli olup olmadığı aşağıda değerlendirilecektir.

Yargıtay, haksız icra takibini başlatan kimsenin eylemi ile haksız haciz sonucu arasına bir üçüncü kişinin davranışının girmesi halinde nedensellik bağının kesildiğini kabul etmektedir. Örneğin, icra takibinin borçlu tarafını oluşturan kimseyle aynı ad, soyad, doğum tarihi ve baba adını taşıyan, buna karşılık ana adı farklı olan birinin aracı üzerine ilgili emniyet müdürlüğünün haciz ve muhafaza uygulaması durumunda, Yargıtay, nedensellik bağının kesildiğine hükmetmiştir<sup>29</sup>.

#### IV. KAYDI HACZİN MÂNEVİ TAZMİNATIN "ZARAR" KOŞULU BAKIMINDAN YETERLİ OLMADIĞI YÖNÜNDEKİ YARGITAY UYGULAMASI VE ELEŞTİRİLMESİ

Yargıtay'a göre, haczin kaydi olarak uygulanması, bir diğer deyişle fiili haczin yapılmamış olması durumunda mânevi zarar oluşmaz; dolayısıyla mânevi tazminata hükmedilemez. Önce Yargıtay'ın bu görüşünü, bazı örnek kararlar ışığında arkaplanında yatan düşüncelerle birlikte kavramaya çalışacağız.

Yargıtay 13. HD'nin 5.7.2011 tarih ve 2011-10027/11050 sayılı kararında<sup>30</sup>, konuya ilişkin olarak şöyle denilmektedir: "*Borçlar Kanununun 49. maddesine göre kişilik hakları haksız saldırıya uğrayan kimse manevi tazminat isteyebilir. Aynı Kanununun 98. maddesi delaletiyle sözleşmeye aykırılık halinde de 49. maddenin uygulanacağı tartışmasızdır. Kişinin onuru, saygınlığı gibi kişilik haklarını oluşturan değerlere ve Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlere saldırı halinde manevi bir zarar, başka bir ifade ile kişilik hak ve değerlerinde irade dışında gerçekleşen bir eksilmeden söz edilir. Anılan*

<sup>28</sup> "Davacılar, haksız hacze dayanarak manevi tazminat istemişler, mahkemece 'davacının evinde haciz işlemi yapılması ve telefonunun görüşmeye kapatılması' gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmiş ise de, manevi tazminatın gerekçesi tam olarak açıklanmamıştır. Mahkemece davacıların hangisinin evinde haksız haciz yapıldığı, hangisinin telefonunun kapatıldığının üzerinde durularak, davacıların bu işlemde hangisinin manevi zarara uğrayıp, uğramadığı kararda geniş şekilde tartışılarak sonucu üzerinde de durulmaması doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Y 11.HD, T. 21.3.1996, 1996-8838/1922 (Hukuk Dünyası, 1999/1, s.186 vd.).

<sup>29</sup> Y 4. HD, T. 25.06.2008, 2007-12856/8736 (e-uyar.com).

<sup>30</sup> Kazancı MİBB.

yasa hükmüne göre koruma altına alınan bu haklar, kişisel varlıkların korunması için bireylere tanınan **hayat, sıhhat, ad, şeref, mesleki ve ticari haysiyet gibi çok önemli, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardır**, dava konusu olayda, davalı emlakçı tarafından, davacının da 1/2 oranda maliki olduğu taşınmazın satılması konusunda, davacının eşiyile imzalanan aracılık sözleşmesine dayanılarak, davacının da sorumlu olduğu düşüncesiyle, gerek davacı gerekse eşi hakkında takip yapılmış olup, **sadece icra takibi yapılmış olması, kişilik haklarının zarar gördüğünün, dolayısıyla manevi tazminatın koşullarının oluştuğunun kabulü için yeterli değildir**, icra takip dosyası, iş bu dosya içinde bulunmadığından, davacının evi veya işyerinde fiili haciz yapılıp yapılmadığı ise dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. O halde mahkemece manevi tazminata ilişkin talep konusunda, takip dosyası getirtilip incelenmek suretiyle, **davacının fiili hacze maruz kalıp kalmadığı**, somut olayda manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Yargıtay 4. HD'nin 24.06.2014 tarih ve 2012-119/302 sayılı kararında<sup>31</sup> ise, yerel mahkemenin “somut olayda; fiili haciz yapılmadığından, davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BY'nin 49 maddesinde öngörülen ‘ağır zarar’ koşulu gerçekleşmemiştir. Öte yandan, davacı takip borçlularının söz konusu haciz işlemlerine karşı icra hukuk mahkemelerine şikâyet hakları olduğundan, yasal olarak, taşkın hacizlerin kaldırılması imkanı da mevcuttur” şeklindeki gerekçeye dayalı mânevi tazminat talebini reddeden kararı, formül ifadelerle onanmıştır. Öncelikle ifade edelim ki, 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra BK 49'da da “ağır zarar” koşulu artık aranmamaktaydı. Mahkemenin bu sehvinin arkasında, mânevi tazminata ilişkin eskiden beri süregelen ön yargıların bulunduğunu düşünüyoruz.

Kararın bizi asıl ilgilendiren yönü, fiili haczin yapılmamış olması durumunda mânevi tazminata hükmedilemeyeceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Ancak bu konuya geçmeden önce, kararın gerekçesinde taşkın hacizlerin şikâyet yoluyla kaldırılabilirliğinden bahisle varılan sonucun isabetli olmadığını ifade etmemiz gerekir. Her ne kadar taşkın hacizler şikâyet yoluyla kaldırılabilirse de, bir kez doğan ve haciz süresince az veya çok etkisini devam ettiren bir zararın haczin kaldırılmasıyla giderilmesi mümkün değildir. Olsa olsa bu yolla zararın artmasına engel olunabilir. Dolayısıyla bu gerekçenin mânevi tazminat talebinin reddine dayanak yapılması isabetli değildir.

<sup>31</sup> Karar yayınlanmamış olup, onadığı esas mahkemesi kararıyla birlikte özel arşivimizde bulunmaktadır.

Konunun açıklık kazanması bakımından, yukarıda zikredilen karara konu “*kaydi taşkın hacizler*”in borçlunun taşınmaz malları üzerinde uygulandığını ifade etmemiz gerekiyor. Fiili haciz – kaydi haciz ayırımının isabeti bir yana, ancak menkul mallar hakkında bir anlamı olabileceği söylenmelidir. Çünkü, İİK 88/f. 1 hükmü gereğince, “*Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetler ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.*” Bu hüküm uygulamada, “*menkul malların haczinin geçerli olması için İİK’nın 88. maddesi gereğince menkul malın fiilen haczi ve muhafaza altına alınması gerekir. Gümrük Müdürlüğü’ne gönderilen haciz yazısı ile yapılan haciz işlemi geçerli değildir. Davalı alacaklıya kaydi haciz tarihi itibarıyla de öncelik tanınması mümkün değildir*”<sup>32</sup> şeklinde yorumlanmaktadır. Buna karşılık, İİK 91/f. 1, c. 1 hükmüne göre, “*Taşınmazın haczi ile tasarruf hakkı Medeni Kanununun 920’nci maddesi anlamında tahdide uğrar.*” Dolayısı ile, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi tapu siciline yazım ile tahdide uğrayacağından, haczin tüm sonuçları da “*kaydi haciz*” ile doğmuş olacaktır.

Esasen taşınmaz malların “*fiilen haczi*” mümkün de olmadığından, Yargıtay’ın mânevi zarara yol açacak türden “*fiili haciz*” ile kastedtiği, taşınmaza icra memuru eşliğinde gidilerek burada bulunan menkul malların haciz ve muhafaza altına alınması olmalıdır. Tüm bu açıklamalardan çıkan sonuç, Yargıtay’ın, komşular tarafından duyulacak, borçluyu, gören ve duyanlar nezdinde küçük düşürecek haciz uygulamalarını dikkate aldığı, sadece resmi bir kuruma (örneğin trafik sicili, tapu sicili) gönderilecek bildirim üzerine yapılan hacizleri bu nitelikte görmediğidir. Nitekim Yargıtay başka konularda, sözgelimi sıra cetveli düzenlenirken fiili haciz ile kaydi haciz arasında fark bulunmadığını kabul etmektedir<sup>33</sup>. Demek oluyor ki, Yargıtay’a göre mânevi zarar koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, haksız hacze maruz kalan kimsenin sadece kendi iç dünyasında yaşayacağı travmalar yeterli sayılmayacaktır.

<sup>32</sup> Y 19. HD, T. 9.10.1997, 1997-5381/8285 (Kazancı MİBB).

<sup>33</sup> “*2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 29/d maddesi, trafik sicilinde kayıtlı motorlu araçların satış ve devirlerinin noter senedi ile yapılacağını öngörmüş olmakla, resmi merciler tarafından tutulan kayıtların mülkiyeti belirleyecek olması nedeniyle bu kayıtlar üzerinde icra takibi sırasında konulan hacizleri de geçerli kılmaktadır. Bu durumda fiili haciz ve kaydi haciz arasında hukuki sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Haciz tarihlerine göre sıra cetvelinde yer verilmelidir. Merci hakimliğince bu yönler gözetilerek ‘fiili hacze öncelik veren sıra cetvelinin iptaline’ karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*” 19. HD, 8.5.1997 T. E: 3201, K: 4689 (e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Y 23. HD, T. 20.2.2012, 2011-4455/1190 (Kazancı MİBB).

Hemen ifade edelim ki, Yargıtay'ın ancak karinelere dayanarak ortaya koyduğumuz bu görüşüne tümüyle karşı çıkmak isabetli olmaz. Her ne kadar mağdurun yaşadığı ruhsal çöküntünün boyutları ve bununla bağlantılı olarak uğranılan mânevi zararın büyüklüğü doğrudan doğruya zarar görenin bir özne olarak iç âlemiyle ilgili olsa da, yapılacak tespitin nesnel ölçütlere dayandırılması da hukuk güvenliğinin sağlanması açısından bir zorunluluktur. Bu bakımdan, zarar görenin maruz kaldığı haksız haczin başkaları tarafından duyulması hiç kuşkusuz yaşanan acının artmasına, yaşama sevincinin azalmasına doğrudan etki edecek niteliktedir. Ancak, mânevi zararın oluşması için —tabiri caizse— *“ele güne rezil olma”* anlamında üçüncü kişilerin olaya tanıklık etmesini aramak ne gerçekle ne de zamanın ruhuyla bağdaşır. Bilakis, haksız hacze maruz kalan kimsenin moral değerlerinin yüksekliği ölçüsünde haksız eylemden mânevi olarak daha fazla etkilenmesi gayet doğaldır. Başkalarının haberdar olmadığı bir haksızlıktan mânen zarar görülmeyeceğini peşin peşin kabul etmek, haksızlık karşısında üzüntü çekmeyi değersizleştirme bakımından da kabul edilemez.

Diğer yandan, kaydi haczin başkaları tarafından duyulmayacağı varsayımı da hatalıdır. Haczin uygulandığı yerin küçüklüğü ölçüsünde duyulması ve kulaktan kulağa yayılması olağandır. Zarar görenin kişiliği ve şöhreti de bu açıdan önem kazanır. Toplumda şaşkınlık yaratacak ölçüde beklenmedik haciz olayları, örneğin zenginliğiyle ün kazanmış birisi hakkında haciz uygulanması böyledir. Bu tür olayların diğerlerine oranla toplumda daha hızlı yayıldığı da bir gerçektir. Haczin kaydi olmasının bu sonucun doğmasını engelleyen bir etkisi bulunmamaktadır.

Nihayet, özellikle taşınmazlar dikkate alındığında tapu siciline şerh vermekle bütün etkilerini doğuran haciz işleminin mânevi zarara yol açmak bakımından elverişsizliğini kabul etmenin de hiçbir mantığı bulunmamaktadır. Bu tür olgular olsa olsa tazminat miktarının daha düşük olarak belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılabilir; ancak hiçbir şekilde mânevi zararın bulunmadığına karine teşkil etmemelidir.

Mânevi zarara hükmedilirken mağdurun kişilik hakkına hukuka aykırı bir tecavüzde bulunulması ve bu eylem sonucunda mağdurun ruhsal çöküntüye maruz kalması gerekli ve yeterlidir. Bu yasal olguların dışında bir takım şekli ölçütler oluşturulması, yasa koyucunun amacına aykırı sonuçlara ulaşılmasına neden olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın kaydi hacizlere ilişkin içtihadından dönmesi isabetli olacaktır.

## V. HACZİN HAKSIZ OLMASI (HUKUKA AYKIRILIK UNSURLU)

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, mânevi tazminata hükmedilmesinin önemli koşullarından birinin hukuka aykırılık unsuru olduğunu göstermektedir. Esasen haczi “haksız” olarak nitelendirmemize sebep olan da bu hukuka aykırılık olgusudur. Dolayısıyla, haczin haksız olup olmadığının nasıl belirleneceği sorusuna verilecek cevap önemlidir.

Her şeyden önce eylemin hukuka aykırı sayılması için, haczin uygulanmasının haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Bu, değişik şekillerde söz konusu olabilir. Örneğin haczin sebebini oluşturan borç ilişkisinin borçlu tarafını oluşturmayan bir kimsenin malvarlığına uygulanan haciz haksızdır. Buna karşılık, haczin şekli veya usuli bir nedenle iptal edilmesi durumunda söz konusu eksikliğin giderilerek haczin hukuka uygun olarak yapılması mümkün ise bu takdirde haczin haksızlığından söz edilemez. Yargıtay bir kararında, alacaklı şirket yerine yetkilisinin adı yazılan bir takipte haczin bu yanlışlık sebebiyle iptal edilmiş olmasını, mânevi tazminata hükmedilmesi için yeterli görmemiştir<sup>34</sup>. Karara göre, “*davalının bu şekli yanlışlığı düzelterek yeniden takip yapması halinde haciz geçerli olacağından ortada haksız bir haciz uygulaması yoktur.*”

Ancak kararda “bilerek veya ağır kusurlu olarak ihtiyati haczin dayanağı olan olay konusunda mahkeme yanılarak hak kötüye kullanılmış olursa eylem hukuka aykırı olur” denilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü olayda mânevi tazminat talebinin reddini gerektiren husus kusurun hafifliği değil, haczin haksız olmamasıdır. Bu şekilde karar verilmiş olmasının nedeni, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, ihtiyati haczin haksız çıkması halinde ödenecek maddi tazminatın farklı koşullara bağlanmış olmasıdır. Hâlbuki mânevi tazminat söz konusu edildiğinde BK 58 olgularının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca incelenmelidir.

Karara konu olaya tekrar dönecek olursak: kanaatimizce bu tür durumlarda haczin iptali yerine takip talebi ve ödeme emrindeki alacaklının düzeltilecek takibe devam edilmesi mümkün olmalıdır. Zira şekli bir hukuk dalı olarak icra ve iflas hukukunda şekle aykırılığın iptal kararı verilmesini gerektirmesi için salt şekle aykırılık yeterli olmamalı, ayrıca şeklin koruduğu menfaatin de ihlal edilmiş olması aranır. Burada böyle bir menfaat ihlali söz konusu olmadığından, gerekli düzeltme yapılarak takibe devam edilebilmelidir. Tüm bunlara rağmen haczin iptaline karar verilmişse, bu durumda salt iptal edilmiş olması haczin haksızlığını gerektirmez.

<sup>34</sup> Y. 4. HD, T. 15.03.2007, 2006-4371/3327 (e-uyar.com).



Yargıtay'ın, mânevi tazminatın bir koşulu olarak haczin "bilerek ve ağır kusurlu" uygulanmış olmasını aramasının tesadüfi olmadığı, bir başka örnekte çok daha çarpıcı bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, "Davalı, davacının gelini olan borçlu aleyhine yürütmekte olduğu icra takibinde, borçlunun adresi olarak gösterilen evde ve borçlunun hazır olduğu bir sırada haciz uygulamıştır. Haciz sırasında borçlu her ne kadar evin ve eşyaların başkasına (davacıya) ait olduğunu bildirmişse de haciz sırasında evde başka kimse olmadığından bu beyanı alacaklı vekilince kabul edilmeyerek haciz gerçekleştirilmiştir. Bundan sonra davacının açtığı istihkak davası kabul edilerek eşyalar üzerindeki haciz kaldırılmışsa da bu arada satış işlemi yapılmış olduğundan davacıya iade edilememiştir. Bu itibarla eşyalar için maddi tazminata hükmedilmiş olması doğrudur. Ne var ki, haciz sırasında borçlunun evde tek başına bulunması ve borçlu adresinin aynı yer olması nedenleriyle haciz uygulanmıştır. Kural olarak haksız haciz uygulaması nedeniyle aleyhine haciz uygulanan kişi manevi tazminat isteminde bulunabilir. Ancak, **haciz bilerek veya ağır kusurlu olarak dayanağı olan olay yanlış biçimde gösterilerek hak kötüye kullanılmış olursa eylem hukuka aykırı olur.** Dosyadaki bilgilere göre icra takibine konu olan borç kesinleşmiş olup halen ödenmemiştir. Borçlu da haciz tarihinde ve sonrasında aynı adreste oturmaktadır. Bu adresin abonelik kayıtlarının davacı adına olması borçlunun bu adresi kullanmadığını göstermez. Bu duruma göre haciz karar alınması ve bunun uygulanmasında bir haksız durum söz konusu değildir. Şu hale göre somut olayın özellikleri gözetilerek davacının manevi tazminat isteminin reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde manevi tazminat isteminin kabul edilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir"<sup>35</sup>.

Bu olayda Yargıtay'ın maddi ve mânevi tazminat koşulları arasında, kusurun ağırlığı bakımından bir ayırım yaptığı anlaşılmaktadır. Buna göre, ortada maddi tazminat bakımından haksız, mânevi tazminat bakımından haklı bir haciz söz konusudur. Kuşkusuz ciddi bir mantık hatasının varlığını gösteren bu hükmü haklı çıkarmak için değilse de anlamak için İİK 97/f. 15 hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Bu hükme göre, "istihkak dâvası sabit olur ve birinci fıkra gereğince istihkak iddiasına karşı itiraz eden alacaklı veya borçlunun **kötü niyeti** tahakkuk ederse haczolunan malın değerinin yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere itiraz edenden tazminat alınmasına asıl dâva ile birlikte hükmolunur."

Bu hükümlerle düzenlenen tazminat, tümüyle takip hukukuna ilişkin özellikler göstermektedir. Nitekim Yargıtay İBBGK'nun 24.5.1974 ve 5/7 sayılı

<sup>35</sup> Y 4. HD, T. 28.01.2008, 2007-3589/674 (e-uyar.com).

İBK'nda<sup>36</sup> bu hususta aynen şöyle denilmektedir: “İçtihadı birleştirme görüşmesi sırasında bu hükmün takip hukukunun özelliği ile ilgili ve bu özellikle sınırlı olduğu, kanun koyucunun bu özelliğe uygun bir amacı gerçekleştirmek için anılan hükmü getirdiği esası benimsenmiş, aksine bir görüş ileri sürülüp savunulmamıştır.” Esasen İİK 97/f. 15 hükmünde sözü edilen kötüniyetin anlamı da istihkak iddiasının doğru olduğunun (borçlu veya alacaklı tarafından) bilinmesine karşın buna itiraz edilmiş olmasıdır<sup>37</sup>. Bu nedenle İBBGK yukarıda anılan kararında sonuç olarak “borçlu hakkında yapılan bir icra takibi sırasında haksız yere malı haciz edilen 3. kişinin bu yüzden doğan gerçek zararının ödetilmesini İ. İ. Yasasının 97. maddesinde öngörülen ve sınırlı kalan hükmü dışında, genel hükümlere göre genel mahkemelerde açabileceği ayrı bir dava yoluyla isteyebileceğine” karar vermiştir. Y 4. HD kural olarak bu içtihadı bağli kalmaktadır<sup>38</sup>.

Şu halde, Y 4. HD'nin yukarıda anılan kararında “haciz bilerek veya ağır kusurlu olarak dayanağı olan olay yanlış biçimde gösterilerek hak kötüye kullanılmış olursa eylem hukuka aykırı olur” denilmiş olmasının haczin hukuka aykırı olup olmamasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Kasdolunan, İİK 97/f. 15 hükmüne göre tazminata hükmedilebilmesi için, haczi yaptırmanın malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekmesi olmalıdır. Dolayısı ile mahcuz mala istihkak davası içinde kötüniyet tazminatı elde edemeyen kimsenin genel hükümlere göre hem maddi hem de mânevi tazminat istemesine bir engel bulunmamaktadır. Haksız fiil koşullarının gerçekleşmiş ve kişilik hakkına tecavüz vuku bulmuşsa, ilke olarak hem maddi hem de mânevi

<sup>36</sup> RG 27.06.1974, S.14928.

<sup>37</sup> **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s.568. Kanımızca istihkak iddiasının doğruluğunu bilecek durumda olmasına rağmen bilmemek de kötüniyeti ortadan kaldırmamalıdır. “Durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz” şeklindeki MK 3/f. 2 hükmü de bu görüşümüzü desteklemektedir. Sonuçta kendisinden beklenen özeni göstermiş olsa idi istihkak iddiasının doğruluğunu anlayacak durumda olan biri, ihmali ile üçüncü kişinin zararına yol açmaktadır.

<sup>38</sup> Örneğin bkz. Y 4. HD, 6.10.2003, 5713/11158: “Davacı, hacz edilen eşyalar ile borçlunun bir ilgisinin bulunmadığının belirtilmesine karşın haciz uygulaması sonucunda maddi ve mânevi zarara uğradığını ileri sürmektedir. Maddi tazminat istemine esas olan zarar kalemlerini de, dava dilekçesinde açıklayıp göstermiştir. Mahkemenin, kararına dayanak yaptığı İİK. m.97’de öngörülen tazminat, özel bir düzenleme niteliğindedir. İstihkak savına itiraz eden alacaklı veya borçlu aleyhine, yalnızca bu nedenle hükmedilmektedir. Diğer yandan, anılan istihkak davasında tazminat isteminin reddine ilişkin verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmemiş ve yasa yolunda da incelenmemiştir. Davacı, bu davada, genel olarak davalı eyleminin haksız olduğunu ileri sürmüştür. İstem in yasal dayanağı da BK. m.41 vd. hükümleridir. Bu anlamda, uğranılan zararların istenebileceği, 24.05.1974 gün ve 1974/5-7 sayılı İBK ile kabul edilmiştir. Mahkemenin, yasanın uygulanmasına ilişkin yanılıgısı ve yetersiz gerekçesi bozmayı gerektirmiştir (HUMK. m.428/b.1)” (e-uyar.com).

tazminata hükmedilmelidir. Ancak, maddi tazminata hükmedebilmek için maddi zarar, mânevi tazminata hükmedebilmek için manevi zarar bulunmalıdır. Maddi zararın varlığı manevi zararın varlığına kanıt oluşturmayacağı gibi, yokluğu da mânevi zararın bulunmadığını göstermez. Nitekim Y 4. HD'nin 9.7.2003 tarih ve 3404/9091 sayılı kararında<sup>39</sup> bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Davalı 'davacının borçlu olduğu'ndan bahisle hakkında bonoya dayalı takip yaptırmıştır. Bu sırada davacıya ait taşınmazlar üzerine ve davacının bankadaki hesaplarına haciz uygulanmıştır. Davacı tarafından açılan olumsuz tespit davasında 'davacının, davalıya karşı borçlu bulunmadığına' karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Şu haliyle, davalının davacı hakkında yaptığı haciz işleminin hukuka aykırı olduğu belirlenmiştir. **Davacının zararı bulunmadığından, kişilik haklarının zarar görmediği söylenemez.** Davacının uğradığı maddi zarar yöntemine uygun belirlenmeli, bu mümkün olmadığı takdirde Borçlar Yasasının 42. maddesi gereğince miktar takdir edilmelidir. Ayrıca hakkında haksız haciz uygulanması nedeniyle 'mânevi tazminata' da hükmedilmelidir."

Şu halde, haksız haciz sebebiyle bir başkasının kişilik hakkını ihlal eden kimsenin maddi veya mânevi tazminata mahkûm edilebilmesi için İİK 97/f. 15 anlamında kötüniyetli olmasına gerek bulunmadığını söyleyebiliriz. Kuşkusuz haczedilen malın borçluya ait olmadığını bilmemek ve bilecek durumda da olmamak failin kusurunu ortadan kaldıracaktır. Ancak bu durumda BK 49 (58) hükmü anlamında kusur olgusunun varlığı veya yokluğu söz konusu ediliyor demektir. Bu konunun uygulamada her zaman layıkıyla değerlendirilmediğini göstermek amacıyla Y 4. HD'nin bir diğer kararına<sup>40</sup> değinmek istiyoruz. Karara konu olan olayda borçlu olmadığı halde malları haczedilen kişi, borçlu olan kızıyla aynı evde oturmaktadır. Mallar, kızının da hazır olduğu bir ortamda, üçüncü kişinin (babanın) evinde haczedilmiş, istihkak davası açılmış olmasına rağmen ihaleyle satılmıştır. Bilahare istihkak davasını kazanan baba, alacaklı aleyhine hem maddi hem mânevi tazminat davası açmıştır. Yargılama sırasında, hacizli malların satışını bizzat üçüncü kişinin kızının (yani borçlunun) talep ettiği ortaya çıkmıştır. Yargıtay 4. HD ihtilafı şöyle çözmüştür:

"a) Dosya kapsamına göre; davacının kızı Denizli'deki baba evinde ikamet etmektedir. Davaya konu eşyalar da davacının kızı (borçlunun mirasçısı) Şenay Şen'in huzurunda bu evde haczedilmiştir. Nitekim Şenay Şen eşyaların satışını isteyerek kendisine ait olduğunu bir nevi kabullenmiştir. İstihkak davası her

<sup>39</sup> E-uyar.com.

<sup>40</sup> Y 4. HD, T. 9.3.2006, 2005-3448/2377 (e-uyar.com).

ne kadar davacı lehine sonuçlanmış ise de, kızı davacının evinde kaldığından, haciz haksız değildir. Bu haliyle 'mânevi tazminat' isteminin reddi gerekir. Bu yönün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

b) Davacının 'haczedilen malların kendisine ait olduğuna' dair Tavas İcra Tetkik Mercisinde açtığı istihkak davasında; önce 25.6.2001 tarihinde istemin reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine borçlu Şenay Şen (davacının kızı) bizzat verdiği 3.12.2001 tarihli dilekçe ile icra müdürlüğünden 'haczedilen menkul mallara satış günü verilmesini' istemiştir. Bunun üzerine 25.12.2001 tarihinde yapılan satış sonucu, davacı ihale ile satılan malları almıştır. Satıştan sonra, Yargıtay bozma ilamı üzerinde davacının istihkak istemi 27.5.2002 tarihinde kabul edilmiştir. Şu durumda satış, davacının kızı istediğinden uğradığını iddia ettiği zararlar davalının eylemi arasında illiyet bağı yoktur. 'Maddi tazminat' isteminin de bu nedenle reddi gerekir."

Karar iki yönden eleştiriye açıktır: 1) Davacının kızı da olsa malların satışını talep eden borçludur. Esasen istihkak davasının alacaklı yanında borçluya da yöneltilebileceği düşünülürken, üçüncü kişinin hasmı durumunda olan borçlunun davranışından sorumlu tutulmasının hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Davada İİK 97/f. 15'e göre kötüniyet tazminatı istenmiş olsaydı, somut olayın olgularından hareketle alacaklının malların üçüncü kişiye ait olduğunu bilmediği, bilmesinin de gerekmediği kabul edilerek davanın reddedilmesi haklı bulunabilirdi. Ancak genel hükümlere göre açılmış bir tazminat davasında üçüncü kişinin (borçlunun) davranışı gerekçe gösterilerek failin (alacaklının) kusursuz olduğu sonucuna varmak doğru değildir. Olsa olsa, mağdurun kızıyla birlikte oturuyor olması, BK 52 gereğince tazminattan indirim yapılmasına gerekçe oluşturabilir.

2) Kararda "satış, davacının kızı istediğinden uğradığını iddia ettiği zararlar davalının eylemi arasında illiyet bağı yoktur" sonucuna varılması da isabetli olmamıştır. Bir kere, mânevi zarar satıştan çok önce, malların haczinin malik tarafından öğrenilmesiyle doğmuştur. Kuşkusuz malların satışına kadar kullanılamamasından doğan maddi zarar ile alacaklının eylemi arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır. Satış olsa olsa bu zararı artıran bir olgudur. Diğer yandan, satışın borçlu tarafından talep edilmiş olması, zararın artmasına borçluyu da ortak eder, yoksa alacaklının davranışı ile sonuç arasındaki nedensellik bağı kesmez.

Bu açıklamalar, haksız haciz dolayısıyla ileri sürülen mânevi tazminat taleplerinin, icra hukukuna göre açılan davalardan farklı koşullarından farklı değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

## VI. MÂNEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN İSTİHKAK DAVASI İÇİNDE VEYA DIŞINDA İLERİ SÜRÜLMESİNİN MAHKEMENİN GÖREVİNE ETKİSİ

İstihkak davasında haklı çıkan taraf lehine hükmedilecek kötüniyet tazminatı ile genel hükümlere göre açılacak maddi ve mânevi tazminat davası arasındaki farka yukarıda değinmiş bulunuyoruz. Bu farkı kabul eden ve genel hükümlere göre “genel mahkemelerde” ayrı bir dava ile maddi ve mânevi tazminat istenebileceğine hükmeden İBK’da, icra hâkiminin istihkak davası sırasında bu talepler hakkında karar veremeyeceği ifade edilmiştir. Bu husus, kararda geçen “3’üncü kişinin istemesine kanunî hiç bir engel bulunmayan gerçek zararını icra hâkimi yetki hudutları, takdir imkânı ve dava süresi içinde tespit ve hüküm altına alamaz. Yukarıda açıklandığı gibi zarar da bağışlanamaz, o halde 3’üncü kişinin umumî hükümlere göre dava açabilmesi hak ve kanunî zaruret böylece kendiliğinden meydana çıkmış olur” şeklindeki açıklamadan da anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kararda geçen aşağıdaki ifadelerin ne anlama geldiğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir:

“5 — Müzakerede ileri sürülen görüşlerde; İ. İ. Yasasının nitelik ve düzeni üzerinde durulmuş, özellikle İ. İ. Yasasının 67, 69., 72., 101/2., 142/1., 156., 170. ve daha birçok maddelerinde pek açık bir şekilde belirtildiği üzere bu düzenin muayyen bazı istisnalar dışında ihtilâfları daha ziyade geçici olarak halle yarayan, bu prosedür içinde tatmin olmayan tarafı nihaî hal ve kesin hükümler için umumî hükümlere göre umumî mahkemelere gitmekte serbest bırakan bir düzenleme niteliğinde olduğu görüşüne varılmıştır. Her ne kadar İ. İ. Yasasının 97. maddesinde istihkak davası konusu ile ilgili fıkra hükmünde, (İstihkak davasına umumî hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır.) hükmü yer almakta ise de; bu hükmün 15. fıkradaki tazminatı kapsamayan, merciin davada takip edeceği yolu gösteren bir usul hükmü olduğu kabul edilmiştir.

6 — İ. İ. Yasasının 97. maddesinin 15’inci fıkrasında yer alan tazminat sözcüğünün, tabanı haciz edilen malın değerinin % 15 inden aşağı olmayan götürü bir tazminatı ifade ettiği gerçek zararı karşılamak gibi bir amaç taşımadığı, bir çok ahvalde gerçek zararın üstünde bir miktar olabileceği gibi pek çok ahvalde de gerçek zararın çok altında kalabileceği münakaşaya muhtaç bulunmamıştır. O halde; İ. İ. Yasasının 97. maddesini sevketmekteki amacı yukarıda tespit ve açıklanan yasa koyucunun 3’üncü kişinin haciz yüzünden meydana gelen gerçek zararının ödetilmesi maksadıyla düzenlemediği, bu maddeyi gerçek zarara teşmil edebilmenin izah veçhi olamayacağı gibi yasa koyucuya malı haciz olunan 3’üncü kişiye bu yüzden doğan ve 97/15’inci madde ve fıkranın kapsamı

*dışında kalan zararına katlanması lâzım geldiği şeklinde tutarsız bir zihniyet atfedilemez. Hukukta; genel kural, haksız eylemleri veya haksız iktisabı sebebiyle bir başkasının zararına sebebiyet veren kimsenin, bu zararı tazmin ile mükellef olmasıdır. Pek açık olan bu genel hükümden de haksız yere malı haciz olunan 3'üncü kişinin dava hakkını, gerçek zararı yönünden düşünülüp getirilmemiş bu nedenle de yetersiz bulunmuş olan İ. İ. Yasasının 97. maddesinin 15. fıkrası hükmü ile sınırlamaya mevzu hukukun gerek genel ve gerekse özel kuralları müsait bulunmamaktadır."*

Bu açıklamalardan, istihkak davası içinde gerçek zararın tazmini talepleri karşısında icra hâkiminin ne şekilde karar vereceği açık bir şekilde anlaşıl-mamaktadır. Yapılan açıklamalar anlamlı bir biçimde yorumlanacak olursa, Y İBBGK'nun gerçek zararın tazminini icra mahkemesinin görevi içinde saymadığını kabul etmek gerekir. Bu takdirde icra mahkemesinin İİK 97/f. 15 hükmünde düzenlenen %15'lik "kötüniyet tazminatı" bakımından davaya devam etmesi, gerçek zarar (maddi ve mânevi) için ise davayı diğerinden ayırarak görevsizlik kararı vermesi gerekir. Bu kararın kesinleşmesinden sonra taraflardan herhangi birinin iki hafta içinde görevsizlik kararını veren mahkemeye başvurarak dava dosyasının görevli genel yetkili mahkemeye (kural olarak asliye hukuk mahkemesine) gönderilmesini talep etmesi gerekir (HMK 20).

Görevli mahkeme gerçek zararın tazminine hükmederken, icra mahkemesinin hükmettiği tazminatı mahsup etmelidir. Bu nedenle icra mahkemesinin kararı kesinleşmeden genel görevli mahkemece tazminat miktarı belirlenmemelidir.

Ancak bu açıklamaları İBK'nın yorumundan çıkan sonuca göre yaptığımız ifade etmekte yarar görüyoruz. Kanımızca icra mahkemesinin önüne gelen bir istihkak davası içinde, genel hükümlere göre maddi ve mânevi tazminata karar vermesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bilakis, İİK'da bu kanaatimizi destekleyen hükümler bulmak mümkündür. Örneğin İİK 89/f. 4 hükmüne göre, "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." Bu hüküm gereğince davaya icra ceza hâkimi sıfatıyla bakan icra tetkik mercii hâkiminin, davanın tazminata ilişkin bölümünü genel hükümlere göre halletmesi gerektiği, davada ilk önce takip borçlusunun bankada alacağı olup olmadığının incelenmesi gerektiği kabul edil-

mehtedir<sup>41</sup>. Yargıtay da bu davanın haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olduğunu kabul etmektedir<sup>42</sup>. İcra hâkimi İİK 89/f. 4 hükmü gereğince genel hükümler çerçevesinde tazminata hükmedebileceğine göre, istihkak davasında aynı işi yapamayacağını kabul etmek doğru olmaz.

Buna karşılık haksız ihtiyati tedbir nedeniyle açılan tazminat davalarında yetki ve göreve ilişkin olarak HMK 399/f. 2 hükmünde özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, *“haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır.”* Bu hükmün, *“esas hakkındaki davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme”* şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Gerçekten, tedbir kararı aldırın tarafın süresi içerisinde esas hakkındaki davasını açmaması mümkün olduğundan, bu takdirde tazminat davasının esas hakkındaki davaya bakmakla görevli ve yetkili olan mahkemede görülmesi gerekecektir.

<sup>41</sup> Kuru, agm, s.70.

<sup>42</sup> *“Zira maddede öngörülen tazminat 3. şahsın gerçeğe aykırı beyanından kaynaklanan ve haksız fiile dayalı bir istektir. Bu nedenle 3. şahsın gerçeğe aykırı beyanı kadar tazminat ödemesine karar verilmesi gerekirken bunun % 40'ına hükmedilmesi isabetsizdir”* (Yargıtay 12. HD, 12.7.2000, 11036/11832; nakleden Kuru, agm., s.71).

<sup>43</sup> Akil, s.189.