

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Elbirliğı Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin
Haczi ve Paraya Çevrilmesi

(Doktora Tezi)

Nihat GÜMAN

2502990129

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Nevhis DEREN – YILDIRIM

İstanbul – 2006

ÖZ

Cebri icra hukuku'nun amacı, takibin taraflarının menfaatleri en üst düzeyde korunarak alacaklının alacağını borçlunun haczedilebilir malvarlıklarından karşılamasıdır. Borçlunun malvarlığının konusunu oluşturan mal ve hakların sadece borçlunun mülkiyetinde olması ile borçlunun malvarlığının konusunu oluşturan mal ve hakların üçüncü kişilerle birlikte borçlunun da mülkiyetinde olması halinde, bu mal ve hakların haczi ve paraya çevrilmesi yönlerinden önemli farklılıklar vardır. Borçlunun elbirliği mülkiyetindeki mal ve haklarının haczinde, bu cebri icra prosedüründen üçüncü şahısların haklarının ve menfaatlerinin etkilenmemesi düşünülemez.

Türk Hukuku'nda kolektif ve komandit şirketler elbirliği mülkiyetine tabi olmamakla birlikte, Alman ve İsviçre Hukukları'nda kolektif ve komandit şirketler elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olduklarından ve bu şirket türlerinin hisselerinin cebri icrasında, elbirliği mülkiyeti ortaklığı ile önemli ölçüde benzerlikler bulunduğu için tezin kapsamında bu şirket türleri de yer almıştır.

Borçlunun elbirliği mülkiyetindeki mal ve haklarının haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin hususların değerlendirilebilmesi için öncelikle elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliği önemlidir. Ayrıca, elbirliği mülkiyetinin taraf ehliyeti de olmadığından, cebri icra takibinde bu ortaklığın temsil edilmesi sorunu karşımıza çıkabilir.

Elbirliği mülkiyetine konu borçlu hissesinin haczi ve paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanunu'nun hükümleri kadar maddi hukukun hükümleri de çok ciddi önem taşımaktadır.

ABSTRACT

The purpose of the execution law is to collect the creditor' credit from the debtor' transferable property by means of protecting parties legitimate interest. There is a difference from the point of execution law procedure whether the debtor' property self his own property or not. If the debtor' has property and his property shared with a third party, in case of any execution from the creditor against the debtors shared property with third party, in such case, third parties rights shall be definitely affected from execution.

Partnership companies do not based on collective property according to Turkish law, due to the fact that they are legal personality. Nevertheless, in Swiss and German law partnership companies' property regime is collective property and they do not have legal personalities. Therefore, these companies have placed in the content of the subject.

In order to evaluate the execution procedure of the debtor' collective property, the legal aspects of collective property is important. In addition to this, since, this collective property has not legal entity, thus the problem of representation for collective property might be arising.

In the execution procedure of collective property, it is important substantive law provisions as well as execution and bankruptcy law provisions.

ÖNSÖZ

Elbirliği mülkiyeti Cermen Hukuku'nda gelişmiş bir kurum olup, Türk Medeni Kanunu'na mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Elbirliği mülkiyetinde, ortakların arasındaki bağlar çok yoğun olduğundan, bu mülkiyet türünde ortakların kişilikleri çok ciddi önem arz etmektedir. Cebri icra hukukunda da haczedilebilirliğin temel kurallarında bir tanesi de haciz konusu malların alacaklı tarafından devredilebilir, yani, paraya çevrilebilir olmasıdır. Alacaklı haczettiği mal ya da hakları satıp en kısa süre içinde alacağını bu mal ya da haklardan almak isteyecektir. Öte yandan, elbirliği mülkiyetinde ortakların arasındaki kuvvetli bağlar, ortaklıklardan birinin şahsi alacaklısı tarafından elbirliği mülkiyetindeki hissesinin haczedilmesi ve paraya çevrilmesinde, gerek takibin tarafları yönünden, gerekse, ilgili üçüncü şahıslar yönlerinden önemli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Ortaklardan birinin elbirliği mülkiyetindeki mal ya da haklarının haczinde ve paraya çevrilmesinde, İcra ve İflas Kanunu'nun hükümleri kadar maddi hukukun hükümleri de önem taşımaktadır.

Türk İcra ve İflas Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun kaynaklarını, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu oluşturmasına karşılık, elbirliği mülkiyeti konusunda, Türk Medeni Kanunu'nda mehzazdan ayrılmak suretiyle bir takım önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. Elbirliği mülkiyetine dâhil malların kısmen ya da tamamen paylı mülkiyete dönüştürülmesine olanak tanıyan TMK'nın 644. maddesi hükmü bu değişikliklerden bir tanesidir. Ayrıca, TMK'nın 677. maddesinde de değişiklik yapılarak, İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeden farklı olarak elbirliği mülkiyetine konu olan malların kısmen ya da tamamen devrine imkân tanınmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun ise, 94. maddesine, TMK'daki değişikliklere paralel şekilde, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, borçlunun elbirliği mülkiyetindeki bir taşınmazdaki hissesinin haczedilebilmesine ilişkin hüküm eklenmiştir. Buna karşılık, mehzaz İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyetini de kapsamına alan, topluluk mülkiyeti hissesinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, 17.01.1923 tarihli yönetmelik çıkarılmıştır.

Türk Hukuku'nda, İsviçre Hukuku'nda olduğu şekilde elbirliği ortaklığına konu olan hisselerin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, bu konuda genel kurallar uygulama alanı bulmaktadır. Tezin konusunu, elbirliği mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerindeki borçlu ortağın hissesinin haczi ve paraya çevrilmesi oluşturmaktadır.

Bu çalışmayı hazırlamamda beni daima cesaretlendiren ve teşvik eden, zorlandığım her aşamada görüşlerine başvurduğum, tatil günlerinden dahi fedakârlık ederek çalışmamda bana her yönüyle yardımcı olan ve desteğini hiçbir zaman unutamayacağım, değerli Hocam ve Tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Nevhis DEREN – YILDIRIM'ın çok değerli bilimsel katkılarıyla bana vermiş olduğu destekten dolayı kendisine teşekkürlerimi belirtmek isterim.

Anabilim Dalında beş yılı aşkın bir süre asistanlığını yapmaktan ve öğrencisi olmaktan her zaman kıvanç duyduğum ve doktora öğrenimim boyunca benimle bilimsel görüşlerini paylaşarak çok değerli görüşlerinden yararlanmamı sağlayan değerli Hocam Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA'ya ve çalışmayı hazırladığım süreçte değerli görüşlerine başvurduğum ve kıymetli katkılarıyla çalışmama her zaman destek olan değerli Hocam Prof. Dr. Kamil YILDIRIM'a teşekkürlerimi ifade etmek isterim.

Doktora tezimi hazırladığım dönem içinde, kürsü içinde çalışma ortamımızda göstermiş oldukları özverili dayanışma ve desteklerinden dolayı başta Arş. Gör. Dr. Seda ÖZMUMCU olmak üzere, kürsü arkadaşlarım sayın Arş. Gör. M. Onur BAŞAR ve Arş. Gör. Birce ARSLANDOĞAN'a teşekkür etmek isterim.

Ayrıca, çalışmam süresince, her yönüyle çok büyük fedakârlık göstererek sabırla bana her zaman destek olan, biricik hayat arkadaşım, eşim Özlem GÜMAN'a da teşekkürlerimi özellikle belirtmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	I
ABSTRACT.....	II
ÖNSÖZ	III
KISALTMALAR CETVELİ	XII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ VE CEBRİ İCRA HUKUKU	4
§ 1. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ.....	4
A. Genel Olarak	4
B. Elbirliği Mülkiyetinin Hukuki Niteliği	7
C. Elbirliği Mülkiyetinin Doğumu.....	16
D. Elbirliği Mülkiyetinde Ortaklararası İlişkiler	18
I. Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim	18
II. Elbirliği Mülkiyetinde Hukuki İşlemler.....	19
III. Elbirliği Mülkiyetinde Taraf Ehliyeti	20
IV. Elbirliği Mülkiyetinde Ortakların Şahsi Alacaklılarının Durumu ..	22
V. Elbirliği Mülkiyetinin Sona Ermesi	22
E. Elbirliği Mülkiyeti Halleri.....	23
I. Hukuki Olaydan Doğan Elbirliği Ortaklıkları	23
1. Miras Ortaklığı (miras şirketi)	24
II. Hukuki İşlemden Doğan Elbirliği Ortaklıkları	25
1. Mal Ortaklığı.....	25
a) Genel Mal Ortaklığı	27
b) Sınırlı Mal Ortaklığı	28
aa) Edinilmiş Mallarda Ortaklık	28
bb) Diğer Mal Ortaklığı	28
2. Aile Malları Ortaklığı	29
3. Adi Şirket	30
§ 2. HACİZ	33
A. Genel Olarak	33
B. Haciz Talebi	35
C. Haczin Konusu	36
D. Haczin Hukuki Niteliği	38
I. Alman Hukuku'nda	38
II. İsviçre Hukuku'nda	46
III. Türk Hukuku'nda.....	52
E. Haczin Yapılması	56
F. Haczin Etkisi ve Sonuçları	64
I. Haczin Alacaklı Yönünden Etkisi	64
II. Haczin Borçlu Yönünden Etkisi.....	65
III. Haczin Üçüncü Şahıslar Yönünden Hükümleri.....	66
G. Haciz Çeşitleri.....	66
I. Geçici Haciz	66
II. Kesin Haciz	67

III. Tamamlama Haczi	67
IV. İlave Haciz	67
§ 3. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN CEBRİ İCRASINDA TARAF EHLİYETİ	68
A. Genel Olarak	68
B. Elbirliği Mülkiyeti Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti	72
I. Genel Olarak	72
II. Miras Ortaklığı Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti	72
1. Velinin Küçüğü Temsil Etmesi	75
2. Vasinin Küçüğü Temsil Etmesi	75
III. Genel Mal Ortaklığı Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti.....	77
IV. Aile Malları Ortaklığı Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti..	77
V. Adi Şirket Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti	78
1. Genel Olarak	78
2. Alman Hukuku'nda	80
3. İsviçre Hukuku'nda	94
4. Türk Hukuku'nda	96
VI. Kollektif ve Komandit Şirket Hissenin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti	102
1. Alman Hukuku'nda	102
2. İsviçre Hukuku'nda	105
3. Türk Hukuku'nda	106
İKİNCİ BÖLÜM	108
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN HACZİ	108
§ 4. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ HİSSESİNİN HACZİ	108
A. Elbirliği Mülkiyeti Ortaklığında Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar	108
I. Miras Ortaklığı, Genel Mal Ortaklığı ve Aile Malları Ortaklığı Hisselerinin Haczinde Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar	108
1. Taşınmazlar	108
2. Taşınırılar	109
3. Borçlu Üzerine Sicilde Tescili Yapılmamış Olan Mal ve Haklar	109
4. Diğer Mal ve Haklar	110
II. Adi Şirket Hissenin Haczinde Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar	110
1. Genel Olarak	110
2. Borçlunun Adi Şirket Nezdindeki Mali Hakları	113
a) Borçlu Ortağın Ücret Alacağı	113
b) Borçlu Ortağın Kâr Payı Alacağı	114
c) Borçlu Ortağın Faiz, Masraf ve Avans Alacakları	115
3. Ortağın Şirketteki Tasfiye Payı	116
a) Ortağın Payı Haciz Olunarak Şirketin Feshi	116
b) Tasfiyesi Yapılmakta Olan Adi Şirkette Borçlu Ortağa Düşecek Pay	117
B. Borçlunun Elbirliği Mülkiyeti Hissenin Haczinde Yetkili İcra Dairesi	118
C. Haczin Yapılması	128

I. Genel Olarak.....	128
II. Elbirliği Mülkiyeti Hisselerinin Haczinin Yapılması.....	133
1. Genel Olarak.....	133
2. Borçlunun Miras Ortaklığı Hisselerinin Haczi.....	152
3. Borçlunun Mal Ortaklığı Hisselerinin Haczi.....	161
4. Borçlunun Aile Malları Ortaklığı Hisselerinin Haczi.....	164
5. Borçlunun Adi Şirket Hisselerinin Haczi.....	166
a) Genel Olarak.....	166
b) Adi Şirket Ortağının Adi Şirketteki Mali Haklarının Haczi..	168
aa) Ortağın Ücret Alacağı.....	168
bb) Ortağın Kâr Payının, Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Haczi	172
c) Adi Şirket Ortağının Şirketteki Ortaklık Payının Haczi	176
aa) Tasfiye Payının Haczi ve Adi Şirketin Feshi.....	176
bb) Tasfiye Halinde Olan Adi Şirkette Ortağın Tasfiye Payının Haczi	180
D. Haciz Tutanağı.....	183
E. Haczin Etkisi ve Sonuçları	189
§ 5. KOLLEKTİF ve KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN HACZİ... ..	194
A. Genel Olarak Kollektif Şirketler.....	194
B. Genel Olarak Komandit Şirketler.....	196
C. Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczinde Haczin Konusu Olan Mal ve Haklar.....	198
I. Genel Olarak.....	198
II. Borçlu Ortağın Haczin Konusu Olabilecek Mali Hakları	199
1. Kâr Payı Alacağı.....	199
2. Ücret Alacağı	201
3. Faiz, Masraf ve Avans Alacakları.....	202
III. Borçlu Ortağın Şirket Hissesi ve Tasfiye Bakiyesine Katılma Hakkı	203
1. Ortağın Tasfiye Payı Haczolunarak Şirketin Feshinin İstenmesi	203
2. Tasfiyesi Yapılmakta Olan Kollektif ya da Komandit Şirkette Borçlu Ortağın Tasfiye Payı ve Ayrılma Payı	204
D. Yetkili İcra Dairesi.....	205
E. Haczin Yapılması	206
I. Genel Olarak.....	206
II. Ortağın Şirketteki Mali Haklarının Haczi	208
1. Ücret Alacağının Haczi.....	208
2. Tahakkuk Etmiş Kâr Payı, Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Haczi	211
3. Haciz Anında Henüz Tahakkuk Etmemiş Kâr Payının Haczi ...	211
4. Kâr Payı, Tasfiye Payı ve Faiz Alacaklarının Doğrudan İcra ve İflas Kanunu'nun 94.maddesine Göre Haczinin Mümkün Olup Olmadığı	213
III. Kollektif ya da Komandit Şirket Hissesi ve Tasfiye Payının Haczi	214
IV. Şirketin Üçüncü Kişilerden Alacaklarının Haczinin Mümkün Olup Olmadığı	219

F. Haciz Tutanağı.....	219
G. Haczin Etkisi ve Sonuçları.....	221
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	223
ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ.....	223
§ 6. GENEL OLARAK PARAYA ÇEVİRİME AŞAMASI.....	223
A. Paraya Çevirme Talebi ve Süresi.....	223
I. Genel Olarak.....	223
II. Paraya Çevirme Talebi.....	225
III. Genel Olarak Paraya Çevirmeyi Talep Etme Süresi.....	228
IV. Elbirliği Mülkiyeti Hisselerinin ve Buna Bağlı Mali Hakların Paraya Çevrilmesinde Paraya Çevirme Talebi ve Süreler.....	230
1. Şirket Hisselerinin Paraya Çevrilmesinde Paraya Çevirme Talebi ve Süreler.....	230
2. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Davadan Sonra Haczin Durumu	231
3. Mali Hakların Paraya Çevrilmesi Talebi ve Süreler.....	232
B. Süresinde Paraya Çevirme Talebinin Yapılmaması ve Bunun Sonuçları	233
C. Paraya Çevirme Talebinin Geri Alınması.....	236
D. Paraya Çevirme İşlemini Gerçekleştirecek Olan Cebri İcra Organı.....	237
E. Cebri İcra Hukuku'nda Paraya Çevirme Çeşitleri.....	237
I. Açık Artırma Suretiyle Satış.....	238
II. Pazarlık Suretiyle Satış.....	238
III. Ödeme Yerine Alacakların Devri.....	239
1. Para Alacaklarının İfa Yerine Devri.....	239
2. İhtilafı Taleplerin Takibi Hakkının Alacaklıya Devri.....	240
IV. Paraya Çevirmenin Diğer Usulü.....	243
§ 7. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ HİSSESİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ.....	244
A. Taksim Edilmemiş Miras Hisselerinin Paraya Çevrilmesi.....	244
I. Genel Olarak.....	244
II. İcra Mahkemesinin Kararı ve Alacaklıya Yetki Belgesinin Verilmesi	246
III. Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	251
1. Görevli Mahkeme.....	251
2. Yetkili Mahkeme.....	254
3. Yargılama Usulü ve Harçlar.....	255
4. Davacı.....	256
5. Davalı.....	256
6. Sulh Hukuk Mahkemesi Tarafından Alacağının Tespiti.....	259
7. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Tarafların Hak ve Menfaatlerinin Korunması ve Çıkabilecek Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi.....	259
V. Davanın Sonuçları ve Borçlunun Hisselerinin Paraya Çevrilmesi.....	265
1. Ortaklığın Satış Suretiyle Giderilmesi Kararı ve Borçlunun Hisselerinin İcra Dairesine Ödenmesi.....	265
a) Satış Şeklinin Belirlenmesi.....	266
b) Satışı Yapacak Olan Organ.....	266

2. Ortaklığın Taksim Suretiyle Giderilmesi Kararı ve Borçlu Ortağa Düşen Mal ve Hakların Paraya Çevrilmesi.....	267
3. Ortaklığın Giderilmesinden Sonra Borçlu Ortağın Hissesine Düşen Mal ve Hakların Paraya Çevrilmesi.....	267
4. Dava ve İcra Takibinden Doğan Masraf ve Harçlardan Sorumluluk.....	268
VI. Miras Hissesinde Açık Artırma ile Satışı.....	269
VII. İsviçre Hukuku'nda Elbirliği Mülkiyeti Hissesinde Paraya Çevrilmesi.....	271
1. Elbirliği Mülkiyeti Hissesinde Açık Artırma Yoluyla Satışı	274
2. Elbirliği Mülkiyetinin Fesih ve Tasfiyesi	275
B. Mal Ortaklığında Borçlu Eşin Hissesinde Paraya Çevrilmesi	276
C. Aile Malları Ortaklığında Ortağın Hissesinde Paraya Çevrilmesi.....	279
I. Ortakların Aile Malları Ortaklığının Devamına Karar Vermeleri ve Borçlunun Hissesinde Bedelinin İcra Dairesine Ödenmesi.....	279
II. Ortaklar Ortaklığın Devamına Karar Vermez veya Anlaşamazlarsa Borçlu Ortağın Hissesinde Paraya Çevrilmesi	281
1. Hissenin Açık Artırma ile Suretiyle Satılması.....	281
2. Alacaklıya Yetki Belgesi Verilmesi ve Borçlunun Hissesinde Paraya Çevrilmesi	281
D. Adi Şirket Hissesinde Paraya Çevrilmesi	282
I. Borçlu Ortağın Adi Şirketteki Mali Haklarının Paraya Çevrilmesi	282
1. Ortağın Kâr Payının Paraya Çevrilmesi.....	282
2. Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi	283
3. Ücret Alacağının Paraya Çevrilmesi.....	283
4. Tasfiye Yapılmakta Olan Adi Şirkette Borçlu Ortağın Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi.....	284
II. Borçlu Ortağın Hissesinde Şirketin Tasfiyesi Suretiyle Paraya Çevrilmesi	285
1. Adi Şirket İlişkisinin Çözülmesi.....	286
2. Tasfiyeye Geçiş, Tasfiye ve Tasfiyeye Alacaklının Müdahalesi.....	287
3. Tasfiye Payının İcra dairesine Ödenmesi	290
III. Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi	290
1. Tasfiye Payının Alacaklıya Devir Edilmesi.....	290
2. Tasfiye Payının Belirlenmesinden Önce Açık Artırma ya da Pazarlık Usulü ile Satılması	291
3. Borcun Ortaklarca ya da Ortaklık Tarafından Ödenmesi	292
4. Şirketten Çıkarılma ve Sermaye Payının İcra Dairesine Ödenmesi	292
5. Payın Doğrudan Satılması	293
§ 8. KOLLEKTİF ve KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ	295
A. Ortağın Mali Haklarının Paraya Çevrilmesi	295
I. Kâr Payı Alacağının Paraya Çevrilmesi	295
1. Kâr Payının Henüz Hesaplanmamış Olması Halinde.....	295
2. Kâr Payının Hesaplanmış ve Borçlu Ortak Adına Tahakkuk Etmiş Olması Halinde	297
3. Kâr Payının Açık Artırma Yolu ile Satışı.....	299
a) Açık Artırmaya Hazırlık Safhası	299

b) Artırma ve İhale Safhası	301
4. Kâr Payının Pazarlıkla Satışı	303
II. Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi	303
1. Sermaye İçin Öngörülen Faiz Alacağının Paraya Çevrilmesi ...	303
2. Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi	303
III. Ücret Alacağının Paraya Çevrilmesi	304
IV. Tasfiyesi Yapılmakta Olan Şirkette Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi	304
1. Alacaklıya Devri	305
2. Doğrudan İcra Dairesine Ödenmesi	305
3. Açık Artırma ya da Pazarlık Suretiyle Satışı	305
B. Şirketin Feshinin Dava Edilmesi ve Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi	307
I. Tasfiye Memurlarının Seçimi ve Alacaklının Müdahalesi	312
II. Tasfiye Payının Belirlenmesi ve İcra Dairesine Ödenmesi	313
1. Ortaklarca ya da Ortaklık Tarafından Borcun Ödenmesi	315
2. Şirketten Çıkarılma ve Sermaye Payının İcra Dairesine Ödenmesi	316
III. Payın Doğrudan Satılması	318
SONUÇ	320
BİBLİYOGRAFYA	328

KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AcP.	: Archiv für die civilistische Praxis
AD.	: Adalet Dergisi
AG.	: Aktiengesellschaft
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AJP.	: Aktüelle Juristische Praxis
Anmerk.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
A.Ü.	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Batider.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB1.	: Bundesblatt (İsviçre Resmi Gazetesi)
BD.	: Baro Dergisi
Bd.	: Band
b.	: bent
Batider.	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH.	: Bundesgerichtshof
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGE.	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BJM.	: Basler Juristische Mitteilungen
BISchK.	: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
Bursa BD.	: Bursa Barosu Dergisi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren

D.	: Daire
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Eski MK.	: Eski Medeni Kanun
f.	: fıkra
ff.	: folgende seiten
FS.	: Festschrift
Geb V SchKG.	: Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.
GmbH.	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HBM.	: Hukukî Bilgiler Mecmuası
HD.	: Hukuk Dairesi
HGB.	: Handelsgesetzbuch
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HİGM.	: Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
HK.	: Harçlar Kanunu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
InsO.	: Insolvenzordnung (Alman Külli Takip Kanunu)
İBD./İBM.	: İstanbul Barosu Dergisi / İstanbul Barosu Mecmuası
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİD.	: Yargıtay İcra İflas Dairesi
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
İİK.Niz.	: İcra ve İflas Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname
İİK.Yön.	: İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği
İKİD.	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İTO.	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzmir BD.	: İzmir Barosu Dergisi
JR.	: Juristische Rundschau
JurBüro.	: Das Juristische Büro
JZ.	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız.

Kap.	: Kapitel
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
KMK.	: Kat Mülkiyeti Kanunu
LG.	: Landgericht
m.	: Madde
MHAD.	: Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: Medeni Kanun
N.	: Nummer
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
OHG.	: Offene Handelsgesellschaft
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rdnr.	: Randnummer
RG.	: Resmi Gazete
RKD.	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SchKG.	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu)
SchlT ZGB.	: Schluss zum ZGB.
SJK.	: Schweizerische Juristische Karthotek
SJZ.	: Schweizerische Juristenzeitung
ST.	: Schweizer Treuhänder
T.	: Tarih
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
TİRK.	: Ticari İşletme Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TNBHD.	: Türkiye Noterler Birliği Dergisi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Vor.	: Vorbemerkung
VUK.	: Vergi Usul Kanunu

VVAG.	: Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen
VZG.	: Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken
Y.	: Yargıtay
y.	: Yıl
Yasa HD.	: Yasa Hukuk Dergisi
YD.	: Yargıtay Dergisi
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	: Yönetmelik
ZBGR.	: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs - und Grundbuchrecht
ZBJV.	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZHR.	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP.	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ziff.	: Ziffer
ZPO.	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
ZPR.	: Zivilprozessrecht
ZSR.	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVG.	: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP.	: Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Tezin konusunu elbirliğı mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesi oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı, elbirliğı mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesinde, Türk Hukuku'ndaki düzenlemeyi özellikle İsviçre Hukuku kısmında Alman Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemektir. Böylece, elbirliğı mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin cebri icrasında, Türk Hukuku'ndaki yasal düzenlemenin, cebri icra takibinin taraflarının hak ve menfaatlerinin en üst düzeyde korunmasını sağlayacak şekilde, elbirliğı mülkiyeti hissesinin haczi ve paraya çevrilme işleminin gerçekleşmesini sağlayabilecek değerlendirme ve önerilerin sunulmasıdır.

Tez üç bölüm ve toplam sekiz paragraftan oluşmaktadır. Tezin konusuna, esasında, Türk Hukuku'nda elbirliğı mülkiyeti rejimine tabi olmayan, kollektif ve komandit şirketlerin de dâhil edilmesinin sebebi, mehz İsviçre ve Alman Hukukları'nda, kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliklerinin olmaması ve bu şirket türlerinin elbirliğı mülkiyeti rejimi hükümlerine tabi olmalarıdır. Ayrıca, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketler, gerek işleyişi yönünden ve gerekse, borçlu ortağın ortaklık hissesinin cebri icrası yönünden, elbirliğı mülkiyetinin önemli özelliklerini bünyelerinde taşımalarıdır. Gerçekten, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirket hisselerinin ortağının şahsi borcu sebebiyle, haczinde ve paraya çevrilmesinde, bu şirket türlerinin tüzel kişilikleri bulunmalarına rağmen, elbirliğı mülkiyet ortaklığı hissesinin haczinde uygulanan pek çok prensibin kollektif ve komandit şirketlerin hisselerinin haczinde ve paraya çevrilmesinde de uygulandığı görülmektedir. Bu sebeple, çalışmanın sınırları içinde kollektif ve komandit şirket hisselerinin de yer alması kaçınılmaz olmuştur. Tezde yapılan incelemede, esasen tüzel kişiliğe sahip olan bu şirketlerin işleyişinde elbirliğı mülkiyeti rejiminin ne kadar etkisinin altında bulunduğu ve bu şekildeki hukuksal düzenlemenin de konunun niteliğı yönünden ne kadar önem arz ettiğı açıkça görülmektedir.

Tezin genel bölümü olarak da nitelendirilebilecek olan birinci bölümünün konusunu, elbirliği mülkiyeti ve cebri icra hukuku oluşturmaktadır. Böylece; Tezin ilk paragrafında, elbirliği mülkiyeti rejimi incelenerek, bu paragrafta, elbirliği mülkiyetinin tarihsel temelleri ve özellikleri ile bu mülkiyet rejimine ilişkin tartışmalar üzerinde durulacaktır.

Tezin ikinci paragrafında, genel olarak, ‘haciz’ konusu incelenecek, özellikle, İsviçre, Alman ve Türk Hukukları’nda haczin hukuki niteliği konusundaki düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Ayrıca, haczin gerçekleşmesi ve bu konuda yapılan tartışmalar ile haczin etkileri üzerinde, bu paragrafta ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

Tezin üçüncü paragrafında ise, cebri icra hukuku’nda, elbirliği mülkiyetinin en önemli konularından bir tanesi olan taraf ehliyeti konusu, İsviçre, Alman ve Türk Hukukları karşılaştırılmak suretiyle ele alınacaktır. Bu noktada dikkati çeken hususlardan bir tanesi, Türk Hukuku’nda, İsviçre ve Alman Hukukları’nın aksine, kollektif ve komandit şirketlerin ticaret şirketleri arasında sayılmış olması ve bu şirket türlerine tüzel kişilik tanınmış olmasına rağmen, mehz İsviçre ve Alman Hukukları’nda kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliklerinin bulunmamasıdır. Bununla birlikte, İsviçre ve Alman Hukukları’nda Türk Hukuku’ndan farklı olarak bu şirket türlerinin tüzel kişiliklerinin bulunmamasına karşılık, bu hukuk düzenlerinde kollektif ve komandit şirketler yönünden özel hükümler sevkedilmek suretiyle bu şirketlere taraf ehliyeti özelliği tanınmıştır. Ayrıca, Alman Hukuku’nda, İsviçre ve Türk Hukuku’nun aksine, elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olan adi şirket’e de taraf ehliyetinin tanınması, bu konuda yapılan yoğun tartışmalardan sonra, Alman Federal Mahkemesi’nin 29.01.2001 tarihli kararı ile gerçekleşmiştir. Buna karşılık, İsviçre ve Türk hukukları’nda, adi şirkete taraf ehliyetinin tanınması bir yana, bu konunun tartışılması dahi oldukça sınırlı kalmaktadır. Böylece, tezin üçüncü paragrafında, elbirliği mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirketlerin taraf ehliyetleri, Alman ve İsviçre Hukukları ile birlikte Türk Hukuku karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Tezin ikinci bölümü ve özel bölümü olarak da nitelendirilebilecek olan bölümün konusunu, elbirliği mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin

haczi oluşturacaktır. Böylece, tezin ikinci bölümü iki ana alt bölüm şeklinde incelenmiştir. Bu bölümde, dördüncü paragraf altında, elbirliği mülkiyeti hissesinin haczi konusu elbirliği mülkiyetinin her bir türü ayrı ele alınarak etraflıca incelenecektir.

Beşinci paragraf altında ise, İsviçre ve Alman Hukukları'nda elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olmakla birlikte, Türk Hukuku'nda tüzel kişiliği haiz olan ancak haciz ve paraya çevirme yönlerinden elbirliği mülkiyet ortaklığının etkilerini taşıyan ve paralel düzenlemelere sahip olan kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczi konusu incelenmiştir.

Tezin zel bölümü olarak nitelendirilebilecek, haczedilen elbirliği ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin paraya çevirilmesine ilişkin üçüncü ve son bölümünde, ilk olarak altıncı paragrafta, paraya çevirmeye ilişkin genel esaslar İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak inceleme konusu yapılacaktır.

Tezin yedinci paragrafında, elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesine ilişkin usul ve esaslar her bir elbirliği mülkiyeti türü yönünden ayrıntılı olarak incelenme konusu yapılacaktır. Ayrıca, bu bölümde, İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesine ilişkin temel kuralları Türk Hukuku ile karşılaştırma konusu yapılacaktır.

Nihayet, tezin son paragrafı olan sekizinci paragrafta ise, kollektif ve komandit şirket hisselerinin paraya çevrilmesine ilişkin usul ve esaslar incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ VE CEBRİ İCRA HUKUKU

§ 1. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ

A. Genel Olarak

Medeni Kanunda, mülkiyet, hakkın konusuna göre, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılmaktadır.¹ Bunun yanında, kanunda, mülkiyet hakkına sahip olan kişilerin tek ya da birden fazla olmalarına göre bir ayırım da yapılmaktadır.² Mülkiyet hakkının birden fazla kimseye ait olması halinde iki ayrı mülkiyet rejimi Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Bu mülkiyet tipleri, paylı³ (hisseli) mülkiyet ve elbirliği (iştirak halinde)⁴ mülkiyettir.⁵

Hisseli mülkiyet⁶ Roma Hukuku'nda⁷ gelişmiş bir müessese olmasına karşılık, elbirliği mülkiyeti Cermen Hukuku'nda gelişmiş bir müessesedir.⁸ Hisseli

¹ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 236.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, (eşya) **a.g.e.**, s. 563.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, (eşya) **a.g.e.**, s. 564.

³ Yeni Türk Medeni Kanununda paylı mülkiyet olarak anılmaktadır.

⁴ 1 Ocak 2002 yılında yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanununun 701. maddesinde elbirliği mülkiyeti kavramını kullanılmıştır. Elbirliği mülkiyeti kavramı yerine Türk Medeni Kanunu'nun değişikliğinden önce Medeni Kanunu'nun 629. maddesinde iştirak halinde mülkiyet kavramı kullanılıyordu. Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda bazı yazarlar tarafından kanun değişikliğinden önce de elbirliği mülkiyeti kavramı, iştirak halinde mülkiyet kavramı yerine kullanılmaktaydı. Elbirliği mülkiyeti kavramı İsviçre Hukuku'nda Gesamteigentums; Alman Hukuku'nda ise, Gesamthand Eigentum şeklinde ifade edilir.

⁵ Mülkiyetin birden fazla gerçek ya da tüzel kişilere ait olması hali mülkiyetin sadece tüzel kişiye ait olmasından ayırmak gerekir. Mülkiyetin sadece tüzel kişiye ait olması halinde mülkiyet tüzel kişiyi kuran kimselerden bağımsızdır. Ayiter, (eşya) **a.g.e.**, s. 88.

⁶ Hisseli ortaklık elbirliği ortaklığının aksine ortakların birbirlerine karşılıklı durumlarının bağımsız ve ferdi olduğu bir hukuki ilişkiyi ifade eder. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 10.

⁷ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 11, 30 vd. hisseli ortaklık menşeyini Roma Hukuku'nun communio'sunda bulmaktadır. Elbirliği ortaklığında Roma Hukuku'nun ferdiyetçi görüşü yumuşatılmıştır. Zira hisseli mülkiyet türünde ortakların birbirlerine karşı durumları elbirliği mülkiyetinin aksine müstakil ve ferdi bir münasebeti içerir.

⁸ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 5, 32 vd. Cermen menşeli kanunlardan biri olan Alman Medeni Kanunu'nda elbirliği ortaklığına ilişkin olarak genel hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte, BGB'nin çeşitli hükümlerinde elbirliği ortaklığı çok ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Cermen Hukuku temeli itibarıyla daha sağlam olan İsviçre Medeni Kanunu'nda elbirliği mülkiyetine ilişkin 652 vd hükümlerinde genel hükümlere yer verilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 652. maddesinin karşılığı hukukumuzda TMK'nın 701. maddesinde yer almaktadır.

mülkiyet kökenini Roma Hukuku'nun *communio*'sunda bulmaktadır.⁹ Roma Hukuku'nda birden fazla kişinin bir şey üzerindeki hakkı üzerinde *communio* kavramı tanınıyordu.¹⁰ *Communio* sözleşme ile ya da sözleşme dışı sebeplerle meydana gelir. *Societas* sözleşmeli bir *communio* ilişkisini ifade eder.¹¹ *Societas* dışında kalan *communio*'nun ilk klasik örneği mirasçılıktan kalan *communio*'dur. Her iki *communio* ilişkisinde de ortak kavramı *socius* terimi ile anılmakla birlikte akdi ortaklıkta diğer ortaklık ilişkisinden ayrılmıştır. Müşterek hukuk dilinde şirket akdinin dışında kalan sebeplerden doğan *communio* ilişkisi *communio incidens* tabiri ile anılmıştır.¹² Hukuki ilişki yönünden aynı olan bu ortaklık ilişkisinde ortakların durumu mümkün olduğunca bağımsızdır.¹³ Roma Hukuku'nda, tesadüf mirasçılık veya akdi *societas communio*'sunda ortaklar arasındaki bağ son derece gevşektir.¹⁴ Akdi *communio* birden fazla kişinin müştereken bir amaca varmak için birleşmelerini ifade eder.¹⁵

Hisseli mülkiyet, Alman Medeni Kanunu'nun¹⁶ paragraf 741 ve devamı hükümlerinde, İsviçre Medeni Kanunu'nun¹⁷ 646 – 651 maddelerinde ve Türk Medeni Kanunu'nun ise, 688 – 700 maddelerinde düzenlenmiştir. Müşterek mülkiyet hisseli ortaklığın en belirgin bir şekli olmakla birlikte, diğer haklar da, örneğin irtifak ve intifa hakları¹⁸ da hisseli mülkiyete konu teşkil edebilirler. Bununla birlikte, alacak haklarında hisseli mülkiyetin mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır.¹⁹ Zira alacaklılar arasında hisseli mülkiyet ancak ifanın hisselerine bölünmesi şeklinde düşünülebilir. Buna göre, ifanın her bir kısmı üzerinde bağımsız bir hak söz konusu olduğundan alacaklılar aralarında bir grup teşkil etmezler. Hisseli mülkiyet, elbirliği mülkiyeti gibi bir mal varlığının her bir zerresini kapsamaz. Bu sebeple, birden fazla nesne üzerinde aynı şahısların hisseli mülkiyeti (ortaklığı) bu nesneleri tek bir malvarlığı haline getirmez.

⁹ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 11.; Erdoğan, **Roma Eşya Hukuku**, s. 47.; Umur, **Eşya Hukuku**, s. 39.

¹⁰ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 30.

¹¹ Gönenç, **Roma Hukuku'nda Şirket Akdi (Societas)**, s. 23.

¹² Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 30.

¹³ Roma Hukuku'nda ferdiyetçi görüş hakimdi, Umur, **a.g.e.**, s. 39; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁴ Gönenç, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁵ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 30.

¹⁶ (BGB)

¹⁷ (ZGB)

¹⁸ von Tuhr, Allg. Teil I, **a.g.e.**, s. 86, 87

¹⁹ von Tuhr, Allg. Teil I, **a.g.e.**, s.88. vd.; Haab, **a.g.e.**, Art.646-654 III. No: 13 s. 122.

Elbirliğı mülkiyeti prensibinin menşei ise, Cermenlerin eski aile hukukuna dayanır.²⁰ Mirasın, babanın ölümünde, kardeşler arasında bölüşülmeden kalması elbirliğı mülkiyetinin en eski şeklidir.²¹ Karı koca mal rejimi ve genel mal ortaklığı da Cermen Hukuku'nda ortaya çıkmıştır. Cermen Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketlerin menşeiini teşkil eden şirket formları da elbirliğı fikri ile açıklanmıştır.²² Bunlardan kollektif şirketin²³ babanın işine devam eden kardeşlerin ortaklığından doğduğu düşünülmektedir. Cermen Özel Hukuku ayrıca elbirliğı ile alacak hakkını ve elbirliğı ile borçluluğu da tanımıştır.²⁴ Cermen Hukuku'nun elbirliğı ile borç ve mesuliyetinde borçluların manevi birlikleri maddeten de tezahür eder.²⁵ Elbirliğı mülkiyetinde olduğu gibi bu halde borçlular hemen hemen organik bir bütün teşkil ederler. Cermen Hukuku'nda elbirliğı ile borçluluğun Roma Hukuku'nun müteselsil borçluluğundan farkı da budur. Müteselsil borçlular birbirlerinden müstakillerdir. Fakat elbirliğı ile borçlu olanlar için ise, borcun ifasının elbirliğı ortaklarından kimin hangi oranda yapacağı fiili duruma göre elbirliğı ortakları arasında belirlenecektir.²⁶ Borcun tamamının ifasının ortaklardan biri tarafından gerçekleştirilmesi halinde ifa eden ortak diğerlerinin temsilcisi durumunda olacaktır.

Elbirliğı ile mülkiyete ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda elbirliğı ile mülkiyetin kaynağı ve niteliğı,²⁷ hükümleri²⁸ ve sona ermesi²⁹ olmak üzere toplam üç madde yer almaktadır. Kaynak Kanun niteliğinde bulunan İsviçre Medeni Kanunu'nda ise, elbirliğı mülkiyeti, 652, 653 ve 654. maddelerinde yer almakta

²⁰ Elbirliğı Mülkiyeti Roma ve İslam Hukuku'nda olmayan bir kurumdur; Ertaş, **Eşya Hukuku**, 6.bası, 2005 s. 270.; Elbirliğı mülkiyeti bir Cermen Hukuku kurumu olarak Alman ve İsviçre Kanunlarında yer alır. Aybay/Hatemi, **Eşya Hukuku**, s. 48.

²¹ Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 33.

²² Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 36.

²³ (Offene Handelsgesellschaft)

²⁴ Alacak hakkı üzerinde elbirliğı ile ortaklık öncelikle, alacak hakkı bir ortaklık malvarlığına dayanıyorsa talep olunabilecektir. Fakat böyle bir ortaklığın kaynağını da mukavele teşkil edebilecektir. Borçlu ifayı birden fazla kimseye ve onlar arasındaki bir bağı nazarı itibara alarak vaat etmişse alacak üzerinde ortaklık meydana gelir. Elbirliğı ile borçluluk hali ise, elbirliğı ortaklığını teşkil eden şahısların ortak sıfatıyla bir borçluluk altına girmeleri halinde ortaya çıkar. Bunlar birarada ifa mecburiyetindedirler. Fakat bunların ortaklık malvarlıkları böyle bir borcu ödemeye müsait değilse, ortaklardan her biri borcun kendisine düşen kısmını bizzat kendi imkanları ile öder. Bunun anlamı, elbirliğı ile borçluluk yanında tali olarak hisse üzerinden bir borçluluk vardır. Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 36.

²⁵ Ayiter'in ifadesiyle "elleri birbirine bağlamak" Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 37.

²⁶ Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 37.

²⁷ TMK m.701.

²⁸ TMK m.702.

²⁹ TMK m.703.

olup Alman Medeni Kanunu'nda ise, elbirliği mülkiyetine ilişkin genel hüküm bulunmamakla birlikte, Alman Medeni Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.³⁰ Elbirliği mülkiyetinin temelini teşkil eden şahsi muamelelere ilişkin olarak Türk Medeni ve Borçlar Kanunları'nda da çeşitli hükümlere yer verilmiştir.^{31 32}

Elbirliği mülkiyetinden bahsedebilmek için kanunun tayin ettiği özel bir şahsi ilişkiden doğmuş olmak koşulu ile birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin³³ hisseleri tayin edilmeden, birlikte sahibi oldukları mülkiyet türüdür denilebilir.³⁴ Görüldüğü üzere, elbirliği mülkiyeti birden fazla kimse arasında meydana gelen şahsi ilişkiye dayanır. Türk Medeni Kanunu'nun 701. maddesinde elbirliği mülkiyeti; “kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.” şeklinde tanımlanmıştır.³⁵ Kanunun tanımında yer alan malik olanların ifadesinden gerçek ve tüzel kişiler anlaşılmalıdır.³⁶ Paylı mülkiyette ortaklar arasındaki birlik, bu mülkiyetten önce varken, elbirliği mülkiyetinde ortaklık, mülkiyetten önce mevcut bulunmakta olup mülkiyete elbirliği vasfını bu ortaklık, bu birliktelik, vermektedir.³⁷

B. Elbirliği Mülkiyetinin Hukuki Niteliği

Cermen Hukuku'nda elbirliği mülkiyetinin hukuki yapısını açıklayan çeşitli görüşler vardır. Elbirliği halinde hakkın yapısını açıklayan görüşler temelde

³⁰ Miras şirketi BGB §§ 2032 – 2063; karı koca mal ortaklığı BGB §§ 1417 – 1518, müktesebata münhasır ortaklık BGB §§ 1519 – 1548; menkul mallar ortaklığı BGB §§ 1543 – 1557; adi şirket BGB §§ 705–740, tüzel kişilik kazanamamış derneğe adi şirket hükümlerinin uygulanacağı BGB § 54, BGB aile malları ortaklığı kurumunu tanımamıştır.

³¹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 256.

³² Avusturya Medeni Kanunu Cermen Hukuku'ndan unsurlar içermesine rağmen elbirliği kurumunu tanımamıştır. Elbirliği kuralından etkilenebilecek kurumlar; karı koca mal ortaklığı, miras şirketi ve adi şirket ancak alelade paylı mülkiyet doğuran ilişkiler olarak kabul edilmektedir.

³³ Bisang, **a.g.e.**, s. 1.

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, (Eşya), **a.g.e.**, s. 631.

³⁵ Elbirliği mülkiyetinin tanımlarına ilişkin olarak Bkz: Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 69 Meier – Hayoz, Art. 652, N.1, Haab 652 – 654 N.2; Akipek, **a.g.e.**, s. 45. Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 256.; İsviçre MK'nın 652. maddesinde; “kanundan veya mukaveleden dolayı bir ortaklık bağı ile bağlı bulunan kimseler, bu ortaklıkları sebebiyle bir şeyin mülkiyetine sahip olurlarsa, bunlar iştirak halinde maliktirler ve her birinin hakkı şeyin tamamına saridir.” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 2.

³⁷ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 263; Haab, **a.g.e.**, No: 2; Meier – Hayoz, **a.g.e.**, N. 1-2.

iki grup halinde toplanabilir.³⁸ Bu görüşler; hakkın ortaklar arasında bölünmüş olduğu ve hakkın ortaklar arasında bölünmeksizin bütün ortaklara ait olduğu şeklindedir.³⁹

Hakkın ortaklar arasında bölünmüş olduğu görüşünde olanlar elbirliği mülkiyetini müşterek mülkiyet ortaklığına yaklaştırmaktadırlar. Zira elbirliği mülkiyetinde de hisseler mevcuttur fakat bu hisseler üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır.⁴⁰ Tasarruf yetkisinin kısıtlanması ortakların ortaklık malvarlıklarını teşkil eden nesneler üzerinde hisseleri bulunmadığını değil, bu yetki sınırlamasını yapan başka bir hukuki ilişkinin bulunduğunu gösterir.⁴¹ Bu sebeple, elbirliği mülkiyeti kavramı yerine bağlanmış müşterek mülkiyet kavramının kullanılması önerilmiştir.⁴² Buradaki tasarrufun mümkün olmaması ya da bağlılığın başka bir hukuki ilişkinin mevcudiyetini gerektirdiğini ifade edilmişti, işte bu başka ilişki sıkı bir şahsi ilişki olup malvarlığı üzerinde onu bağlayıcı aynı tesiri doğuran da bu şahsi ilişkidir.

Dernburg hakkı hak sahipleri arasında bölünmüş olduğu teorisine katılmaktadır.⁴³ Dernburg şirkete ait hak ve yükümlülüklerin sahibinin şirketin ortakları olduklarından Alman Medeni Kanunu'ndaki elbirliği mülkiyetini Roma Hukuku'ndaki *societas*'tan farklı görmemektedir. Çünkü “şirket hak sujesi değildir.” Şirket malvarlığı şeriklere aittir, fakat şirketin devamı boyunca şerikler arasındaki anlaşma dolayısıyla, bu hisseleri aktif hale gelemmezler.⁴⁴

Konrad Englaender elbirliği mülkiyetini paylara bölünebilir bir yetki hali olarak açıklamaktadır.⁴⁵ Ancak, ortaklar bu yetkilerini birlikte kullanabilirler.⁴⁶

³⁸ Fischer, **a.g.e.**, s. 19.; Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 28 – 29.

³⁹ Fischer, **a.g.e.**, s. 20.; Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 28 – 29; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 15 vd. ikinci grupta elbirliği ortaklığına tüzel kişilik tanıyacak kadar ileri gitmiş görüşler dahi ortaya atılmıştır. Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 86;

⁴⁰ Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 86; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 27.

⁴¹ Tasarruf imkansızlığı ya da bağlılık başka bir hukuki münasebetin mevcut olduğunu gösterdiğini, bu başka hukuki münasebetin sıkı bir şahsi rabıta olduğunu ve nesne üzerinde onu bağlayıcı aynı etki sonucu doğuranın da ortaklar arasındaki bu şahsi ilişki olduğu ileri sürülmüştür. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 27.

⁴² Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 27.

⁴³ Dernburg, **a.g.e.**, s. 358.

⁴⁴ Dernburg şeriklerin dışında bir birlik fikrine sıcak bakmamaktadır. Dernburg, **a.g.e.**, s. 358 – 359.

⁴⁵ Englaender, **a.g.e.**, s. 104.; Bisang, **a.g.e.**, s. 3; Fischer, **a.g.e.**, s. 22.

Sohm ise, hakkın bölünmeksizin birden fazla kişiye ait olduğunu düşünmenin başlı başına bir çelişki olduğu görüşündedir.⁴⁷ Ne kadar hak süjesi varsa, o kadar hak vardır. Fakat elbirliği ortaklıklarını alelade ortaklıklardan ayıran husus alelade ortaklıklardaki hisselerin malvarlığı hukuku'na bağlı bir iktisap sebebi ile doğmalarına karşılık, elbirliği ortaklığındaki hisseler şahsın hukuku'ndan gelmelidir. Bu hisseler üzerinde tasarruf edilemez, çünkü bu hisseler şahsın hukuku'nu ilgilendiren ortak sıfatına bağlı olup başlı başına bir hakkın konusu değildir.

Hakkın bölünmeksizin bütün hak sahiplerine ait olduğu görüşünün en önemli temsilcilerinden biri Beseler⁴⁸ dir. Beseler elbirliği ortaklıklarını daha ziyade miras şirketleri yönünden ele almakta ve buradan genellemeye gitmektedir.⁴⁹ Buna göre, elbirliği ortaklıklarında ortakların şahsiyeti adeta ortadan kalkmaktadır. Fakat buna karşılık, ortaya yeni bir hak sujesi de çıkmamaktadır. Birden fazla kişilerin mallarını bir malvarlığı halinde bir araya getirdikleri bu elbirliği ortaklığında tam hâkimiyete aslında tek bir kişi sahiptir.⁵⁰ Elbirliği ortaklıklarında birden fazla şahıs eşya üzerinde tam hâkimiyete sahiplerse bu hal hak sujelerinin özel bir nitelik taşımalarından ileri gelmektedir. Beseler'e göre, Roma Hukuku'nun Societas'ına tekabül eden fakat aslında içlerinde birliktelik eğilimi bulunan birçok kurum Alman Hukuku'nda yaşamamaktadır. Örneğin, firma sahibi olup da ortakların sürekli değişmelerine rağmen ömürlerine devam eden ticaret şirketleri, içlerinde bu birliktelik elemanı çok kuvvetli olan elbirliği ortaklıklarıdır.⁵¹

Otto Gierke, Beseler'in fikirlerini tamamlamıştır. Gierke elbirliği prensibinin Alman Medeni Kanunu'nda yer almasını sağlayan yazar olmuştur.⁵² Beselerin teorisi Gierke tarafından iki fikirle tamamlanıyor. Buna göre; elbirliği

⁴⁶ "(...) die Gesamtheit der dem einzelnen Gemeinschaftler zustenden Befugnisse, gerichtet auf Mitausübung des einen, allen Teilhabern gemeinsamen Rechtinhalts" Englaender, **a.g.e.**, s. 105; Fischer, **a.g.e.**, s. 22 -23; Bisang, **a.g.e.**, s. 4.

⁴⁷ Sohms, (Der Gegenstand), **a.g.e.**, s. 40 vd.

⁴⁸ Beseler, **a.g.e.**, s. 294.

⁴⁹ Beseler Cermen Hukuku'ndan intikal eden miras sözleşmelerinden ölüme bağlı bağışlamaları açıklamak için elbirliği kuralına başvurmuştur. Miras bırakan ömrü boyunca bakılmak karşılığında malının tamamını ya da bir bölümünü sağlığında mirasçılara verir. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 18.

⁵⁰ Beseler, **a.g.e.**, s. 294.

⁵¹ Beseler, **a.g.e.**, s. 250

⁵² Gierke, **Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht**, s. 592.; Wertenbruch, **a.g.e.**, 28 – 32.; Bisang, **a.g.e.**, s. 2; Fischer, **a.g.e.**, s. 32.

başı başına bir müessese değil, fakat tıpkı teselsül gibi, bütünlük hissesi esas gibi bir hukuk prensibidir.⁵³ Ayrıca, elbirliği ortaklıkları şahsın hukukuna ilişkin bir karakter taşırlar. Zira her türlü elbirliği ilişkisi bir şahsi ilişkiyi ifade eder. Bu şahsi bağın eksikliğinde ise, elbirliği prensibini düşünmek mümkün değildir. İşte bu şahsi bağ elbirliği prensibini bütünlük hissesi esasından ayıran unsurdur.⁵⁴

Otto Gierke⁵⁵ elbirliği ortaklıklarında aynı hakların ve borçlar hukuku sahasındaki hakların şahsın hukukundaki haklarla tamamlanmış olduğunu ifade etmiştir.⁵⁶ Gierke elbirliği ortaklığı ile tüzel kişilik arasındaki farkı da açık olarak kabul etmektedir.⁵⁷ Çünkü elbirliği ortaklığında münferit iradelerden ayrılmış ve birlik şeklinde teşkilatlanmış bağımsız bir birlik iradesi mevcut değildir.⁵⁸ Bu sebeple, elbirliği ortaklığında sadece kolektif bir irade vardır. Bu kolektif irade müşterek hakların⁵⁹ sahibi değildir.⁶⁰

Gierke – Beseler sistemi günümüzde Alman ve İsviçre literatüründe, bölünmemiş elbirliği halinde hak sahipliği teorisi, “Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung” ismi ile anılan hâkim görüştür.⁶¹ Gierke devrinde oldukça güncel olan elbirliği ortaklıkları konusu o dönemde pek çok yazar tarafından işlenmiş ancak en iyi senteze Gierke tarafından varılmıştır. Alman Medeni Kanunu (BGB)’nin yürürlüğe girmesinden sonra teori, gerek İsviçre’de gerekse, Almanya’da daha da açık bir şekilde formüle edilmiştir. Ortaklık malvarlığına dâhil

⁵³ Gierke, Deutsches Privatrecht I, **a.g.e.**, 669. “Elbirliği prensibi Cermen Hukuku’nda işlenmiş ve ondan intikal etmiş son derece elastiki bir prensiptir. Bu yüzden esas itibarıyla birbiri ile hiç alakası olmayan, karı koca mal ortaklığı, miras şirketi, adi şirket, kolektif ve komandit şirketlerden, gemiciliğe kadar pek çok müesseselerde uygulama sahası bulmuştur. Elbirliği prensibi kamu Hukuku’ alanında da uygulama alanı bulmuştur. İflasta alacaklılar birliği ve davacılar birliği buna örnek olarak gösterilebilir.” Gierke Deutsches Privatrecht I, **a.g.e.**, s. 673.

⁵⁴ Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁵ Gierke, Deutsches Privatrecht I, **a.g.e.**, s. 191–192.

⁵⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 2; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 20.

⁵⁷ Gierke’ye göre, Elbirliği prensibine göre kurulmuş ortaklığın ehliyeti vardır. Fakat ortaklığın hak ve yükümlülükleri ortakların tümüne aittir, hükmi bir şahsiyete değil, bu hak ve mükellefiyetlerin neveleri her ortaklığa göre değişir. Aynı haklar, alacak hakları, hatta isim ve firma gibi şahsiyet hakları da ortaklığa ait olabilir. Bu hak sahiplerinin tümü Gierke tarafından bir birlik personeneinheit olarak tanımlanmaktadır. Bisang, **a.g.e.**, s. 2.

⁵⁸ Gierke, (Genossenschaftstheorie) **a.g.e.**, s. 343.

⁵⁹ (das Subjekt)

⁶⁰ Hakkın bütünlüğü esasından hareket eden teoriler arasında, elbirliği ortaklıklarında hükmi şahsiyet değil, fakat hak sujesi vasfı gören teoriler de vardır. Ayiter, **a.g.e.**, s. 26 Alman Hukuku’nda, Karl Haff, Ernst Jaeger, Karl Kreis, kolektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliğe giden ara kademeler olduğu görüşündedirler. Bu konuda Bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 26.

⁶¹ Fischer, **a.g.e.**, s. 19.; Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 29; Bisang, **a.g.e.**, s. 3.

haklar ortaklar arasında bölünmüş olmayıp, ortakların tamamı üzerinde etki doğurur. “elbirliğinin niteliği, içerisinde birbirine bağlı şahısların tüm iradesinin cari olması, dışarıya doğru ise, kendisine ait bir malvarlığı ve bir hukuk sahası bulunan kapalı bir topluluk halinde görünmesidir.”⁶² Bu sebeple, şirket, şirket malvarlığı üzerinde hisselerle bölünmemiş ortaklık hukuki fikrine istinat eder.⁶³ Elbirliği prensibi gereğince şirketin bizzat kendisine ait malvarlığının teşekkülü, katılım hisselerinin her bir ortağın malvarlığından aynı bir tesirle ayrılması ile olur. Gerçi, bu malvarlığının hükmi şahıs nevinden bir sahibi yoktur, malvarlığı ortakların topluluğuna aittir.⁶⁴ von Tuhr tarafından teori şematize edilmiştir.⁶⁵ Elbirliğinin yapısı icabı, ortaklık malvarlığına ait hakları birlikte⁶⁶ kabul etmek gerekir. Ne A ne de B hakkın sujesidir; fakat A ile B ikisi bir arada, ortaklık malvarlığının hamili sıfatıyla hak sujesidir. Ortaklık malvarlığına dâhil olan bir eşya üzerinde, birden ziyade sujesi olan bir mülkiyet hakkı vardır. Müşterek alacak A’nın ve B’nin alacak haklarının bir toplamı olarak düşünülmemeli, fakat A’nın ve B’nin bir arada alacaklısı oldukları tüm bir alacak hakkı olarak düşünülmelidir.⁶⁷

Bu teori, İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarına da tesir etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi Kararında⁶⁸ davacılar tarafından dava edilen alacağın henüz taksim edilmemiş terekenin davalıya karşı olan bir talep hakkını teşkil etmektedir. Federal Mahkemenin Kararlarında ısrarla vurguladığı üzere, tek tek mirasçılar taksim edilmemiş mirasta, mirasçıların tümüne düşen hakları ileri süremeyeceklerdir

Türk Hukuku’nda Yargıtay ise, mirasçıları bir bütün olarak dikkate almakta ve terekeye dâhil alacak haklarının takibe, mirasçıların hep birden veya bunların temsilcilerinin yetkili olduğu görüşündedir.⁶⁹

İsviçre Hukuku’nda, elbirliği mülkiyeti rejiminde, ortaklığın elbirliği halindeki malvarlığının sahibi olarak kabul edilmesi halinde elbirliği halinin bir

⁶² Endemann, **a.g.e.**, 1897, s. 816.

⁶³ Endemann, **a.g.e.**, s. 817.

⁶⁴ Endemann, **a.g.e.**, s. 821.

⁶⁵ V. Tuhr, *Allgemeiner Teil* Band I, s. 80, 348, 358; Fischer, **a.g.e.**, s. 20. Bisang, **a.g.e.**, s. 3.

⁶⁶ (Gemeinsam)

⁶⁷ V. Tuhr, *Allgemeiner Teil* Band I, s. 80.

⁶⁸ BGE 51 II, 270 No:1; BGE 50 II 270, karara göre, ifayı ancak miras şirketi içinde bulunan mirasçıların tamamı birlikte talep edebilirler.

⁶⁹ Bkz: Öktem, **İştirak Halinde Mülkiyet** 1946, s. 33’te yer alan kararlar.

tüzel kişilik olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır.⁷⁰ Kunz’a göre⁷¹, ortaklık elbirliği halindeki malvarlığın sahibi olarak kabul edilirse, o zaman bir kişi birliği, yani tüzel kişilik mevcut demektir. Bu görüşe göre; Bir yandan birlik kabul edilirken, diğer yandan tüzel kişilik reddedilemez. Romano Kunz⁷² tarafından hazırlanan tezde elbirliği ortaklığının hukuki temelleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu tezde elbirliği ortaklığının hukuki temellerine ilişkin görüşler Meier – Hayoz tarafından da benimsenmiştir.⁷³ Bununla birlikte, Meier – Hayoz’un Kunz’un görüşlerini benimseyip benimsemediği Türk Hukuk doktrininde tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde Sungurbey,⁷⁴ “Oğuzman/Seliçi⁷⁵ nin Eşya Hukuku isimli sistematik eserde, Meier – Hayoz’un 3. Bası. Art 652 N.7’a da iştirak halinin bir hükmü şahsiyet olduğunu kabul ettiğini, söyledikten sonra şerhinin yeni basısında iştirak halinde maliklerin bir hükmi şahıs teşkil ettikleri fikrini benimseyen Meier – Hayoz’u anlamamanın mümkün olmamaktadır.” dediğini ifade etmiştir. Bu yorum karşısında, Sungurbey makalesinde, bu yoruma karşı eleştirilerini şu şekilde sıralamıştır. “Öncelikle, kitabın ilk kapağında da açıkça belirtildiği üzere, bu kitap, Meier – Hayoz’un şerhinin yeni basısı olmayıp Prof. Leemann’ın şerhinin yenilenmiş 3 üncü basısı olduğunu, ayrıca bu kitapta art 652 şerhinde 7a numaralı (yan notlu) bir parçanın da bulunmadığını, bunun dışında, Meier – Hayoz, Art 652, N.7 de İsviçre’de egemen uygulama ve öğreti tarafından savunulan Gierke’nin ‘bölünmemiş ortak haklılık teorisi’ne katıldığını açıkça söyledikten sonra, ayrıca N.9 da da aynen katıldığını söyle demekte olduğunu, elbirliği mülkiyetinin tüzel kişilikle donatılmış kişiler birliğinin tek başına mülkiyetinden farkı şudur: Elbirliği topluluğu bu niteliğiyle mülkiyete yetenekli (ehil) olmayıp, topluluğu oluşturanların tümü mülkiyete yeteneklidir. Elbirliğiyle mülkiyetin, hukukça bağımsızlaştırılmış, katılanların varlığından iyice bağımsızlaşmış kişiler birliğiyle (tüzel kişiyle) ilgisi yoktur. Bu gerçekler karşısında, sayın Oğuzman/Seliçi’nin Meier – Hayoz’un “iştirak halinin bir hükmi şahsiyet olduğunu kabul ettiği iştirak halinde maliklerin

⁷⁰ Kunz, **a.g.e.**, s. 85; Bisang, **a.g.e.**, s. 6; Meier – Hayoz, Art. 652 N7a.

⁷¹ Kunz, **a.g.e.**, s. 72.vd.; Bisang, **a.g.e.**, s. 7.

⁷² Kunz, **Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand**, Bern 1963.

⁷³ Meier – Hayoz Kommentar, **a.g.e.**, s. N 7a.

⁷⁴ Sungurbey, “Elbirliğiyle (iştirak halinde) Mülkiyetin ne olduğu ve Elbirliği ilkesinin Yaşamsal Gücü”, **Yargıtay Dergisi**, Özel sayı Ocak – Ekim 1989 s. 253 vd.

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi, **Eşya Hukuku**, 3. Bası İstanbul 1982, s. 348, not 157/158.

bir hükmi şahıs teşkil ettikleri fikrini benimsediği yolundaki sözlerin gerçeğe tümüyle bir yakıştırmadan başka bir şey olmadığı meydandadır.” Sayın profesörlerin böyle bir savda bulunmadan önce, hiç olmazsa, Meier – Hayoz gibi seçkin bir hukukçunun böyle bir şey söylemeyeceğini akıl ederek Meier – Hayoz’u bir kaz daha iyice okumamış olmaları şaşırtıcıdır.” şeklinde eleştiride bulunmuştur.

Bu eleştiriye Oğuzman/Seliçi⁷⁶ cevaplarında; “kitabımızın önceki basılarında, elbirliği ortaklığına hukuk düzenimizde tüzel kişilik tanınmış olmamasına rağmen, Meier – Hayoz un şerhinin yeni basısında, (4. bası, m. 652, No:7a) elbirliği ortaklığının tüzel kişi sayılabilmesini benimsemesini anladığımızı yazmıştık. Bern şerhinin ilk iki basısı Leemann tarafından yazılan m.652’ye ilişkin kısmının Meier – Hayoz tarafından yazılıp 1959 yılında yayınlanan 3. basısından sonra, gene Meier – Hayoz tarafından yazılıp 1966 yılında yayınlanan bir de (yeni) 4. basısı bulunduğunu gözden kaçırın Prof. Dr. İsmet Sungurbey’in haksız bir eleştiri yönelttiğini şerhin 4. basısına bakmadan yazısını hazırladığı anlaşılan, Meier – Hayoz’un hala Gierke tarafından ortaya atılan ve İsviçre’de hâkim doktrince kabul edilen görüşü benimsediğini zanneden, madde 652 şerhinde 7a paragrafı bulunmadığını yazabilen Sayın Sungurbey’in iddiası hilafına Meier – Hayoz, Gierke’nin görüşünün kısmen reddedildiğini 7a paragrafında şöyle ifade etmiştir. “...böylece, Gierke (GPR I 660 vd Kooperatif teorisi, 339 vd) tarafından ortaya atılan ve İsviçre’de hâkim doktrin ve uygulama tarafından savunulan ‘bölünmemiş iştirak halinde hak sahipliği teorisi’ (hak sahibi tüm ortakların birliğidir; her bir ortak münferiden, malvarlığının belirlenmiş bir kısmına sahip değildir.) kısmen reddedilmektedir. Ortaklık elbirliği halindeki malvarlığının sahibi olarak kabul edilirse, o zaman bir kişi birliğidir. Yani tüzel kişilik mevcut demektir. (Kunz R. s.72 vd.) bir yandan birlik kabul edilirken diğer yandan tüzel kişilik reddedilemez. Bakıldığı takdirde görüleceği üzere, Meier – Hayoz’un şerhinin kitabımızda yeni basısı olarak andığımız 4. basıda 7a paragrafı ve bu paragrafta tüzel kişi fikri vardır.” Gerçekten, Meier – Hayoz şerhinde elbirliği ortaklıklarına ilişkin bölümde;⁷⁷ yer alan açıklamalar ise şu şekildedir; Hak birlikleri, hak ve yükümlülüklerin birden çok kişiye ait olması ile ortaya çıkarlar.⁷⁸ Bu hak

⁷⁶ Oğuzman/Seliçi, **Eşya Hukuku**, 9. bası s. 264 dipnot 209.

⁷⁷ Meier – Hayoz, *Schweizerisches ZGB (Das Sachenrecht) Kommentar*, N 1-8 s. 494 – 497.

⁷⁸ von Tuhr , *1 Deutsches Bürgerliches Recht* s. 78.

birliklerinden paylı mülkiyette ferdiyetçi bir anlayış egemen olmasına rağmen, elbirliği ortaklığında ise, kollektif bir anlayış hâkimdir. Elbirliği ortaklığında şahsi bir elbirliği ilişkisi olduğundan ortaklar haklarını kural olarak elbirliği halinde kullanabileceklerdir. Her bir ortak birliğe dâhil mal ya da mallar üzerinde bağımsız, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen belli bir hisseye sahip değillerdir; ortak sadece kazançtan ve tasfiye halinde tasfiye payından hakkını alabilecektir. Elbirliği ortaklığında paylardan bahsedildiği zaman müşterek mülkiyetteki bağımsız tasarruf konusu olan katılım hakkı ifade edilmez. Bu paylardan maksat, ortağın elbirliği işlemlerinde sahip olduğu aynı haklar sahasındaki taleplerin toplamı anlatılmak istenir.⁷⁹ Meier – Hayoz tarafından (Anwartschaftsquoten) yani uyuyan paylar olarak anlatılmak istenmiştir.

Elbirliği mülkiyetinde ortak tek başına payı üzerinde ve mal üzerinde tek başına tasarruf edemez. Mülkiyet hakkının kullanılması ortakların tamamına aittir. Üçüncü kişiler de paylar üzerinde değil ortaklık kazançları ve tasfiye bakiyesi üzerinde hak sahibidirler.⁸⁰ Hak sahipleri elbirliği halinde elbirliği ortakların her biridir. Elbirliği ortaklığında ortakların her biri (topluluk değil) hak ve borçların sahibidir.⁸¹ Bunun anlamı, ortada birden fazla hak sujesi bulunmakla birlikte,⁸² haklar sadece topluluk tarafından kullanılacağı gibi borçlardan da topluluk sorumlu olacaktır.⁸³

Elbirliği ortaklığı bir hak birliği⁸⁴ olarak gösterilir ve böylece borçlar hukuku alanında birlik halindeki bir hukuki işleminin konusu olabilir. Fakat birlik halindeki aynı hakların objesi olamaz.⁸⁵ Elbirliği mülkiyeti, kanun ya da hukuki muamelelerle çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır. Örneğin, kollektif ve komandit şirketlerde elbirliği ilişkisine konu mal topluluğu tüzel kişiliklere yaklaşır.⁸⁶ Bununla birlikte, kollektif ve komandit ortaklıkta tüzel kişiliğe ne kadar yakın

⁷⁹ Meier – Hayoz, Kommentar m.652 N1 ve 2

⁸⁰ Meier – Hayoz, Kommentar m. 652 N 2.

⁸¹ Meier – Hayoz, Kommentar m. 652 N 9.

⁸² Meier – Hayoz, Kommentar m. 652 N 9; Kunz, **a.g.e.**, s. 71; BGE 71 I 184; 84 II 382.

⁸³ Meier – Hayoz, Kommentar m. 652 N 7; Kunz, **a.g.e.**, s. 70, 85, 110.

⁸⁴ (Rechtsgemeinschaft, universitas juris)

⁸⁵ Meier – Hayoz, Kommentar m. 652 N 11 a; Ayiter, **a.g.e.**, s. 7.

⁸⁶ Meier – Hayoz Kommentar m. 652 N 11 b; Hartmann, Kommentar, **a.g.e.**, m. 562 N.19 f. Kunz, **a.g.e.**, Elbirliği ortaklığı ve tüzel kişiliğin karşılaştırmasını yapmıştır. s. 85 vd.

olunsa da, hiçbir hak birliğinde tüzel kişilik mevcut değildir. Hak sahibi olan ve borçlananlar birlik değil, ortaklardır.⁸⁷

Bu tartışmalar karşısında görüldüğü üzere, bir kısım yazarlar elbirliği ortaklıklarını tüzel kişi olarak kabul etmişlerdir. Ancak, elbirliği ortaklıklarının tüzel kişiliğini kabul etmeyen yazarlar dahi elbirliği ortaklıklarının bazı çeşitlerinin tüzel kişilik özelliklerini gösterdiğini savunmuşlardır. Bunun göstergesi ise, elbirliği ortaklıklarına ayrı bir malvarlığının tanınması, ortaklık yönetiminde kararların alınmasını çoğunluk prensibine tabi tutulması, ortakların ayrılmasının birliğin varlığına tesir etmemesi, kendilerine mahsus isim alabilmeleri ve ticari işlemlerde tek başlarına hareket edebilmeleri gibi örnekler verilmektedir.⁸⁸ Türk doktrininde ise, elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliğinin olmadığı görüşü hâkimdir.⁸⁹ Elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliği olsaydı bu halde, ortaklık tek başına hak sahibi olabileceğinden ve borç altına girebileceğinden tek kişinin mülkiyeti söz konusu olacaktı. Bu mülkiyet rejiminde ortaklar arasında mevcut olan şahsi ilişkiler dolayısıyla ortakların her birinin belirli bir mal ya da mal varlığı üzerindeki ortaklık hisseleri karışmış ve kaynaşmıştır. Bunun anlamı, her bir ortağın mülkiyeti, malın ve malvarlığının tamamını kapsamaktadır. Bu sebeple, elbirliği mülkiyetinde ortaklar dış ilişkide kural olarak birlikte hareket edeceklerdir. Ortaklar birbirleri ile olan ilişkilerinde ortakların hiçbirisi ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf edemeyeceği gibi bu pay haciz de edilemeyecektir.

⁸⁷ Meier – Hayoz Kommentar m. 646 – 654 N 2 d; Kunz, **a.g.e.**, s. 70, Tüzel kişiliğe yaklaştığı hususunda Bkz; Ayiter, **a.g.e.**, s. 7vd. Ortaklıkların hükmi şahsiyete benzedikleri noktalarda vardır. Zaten bu benzeşim ortaklıkların kendilerini meydana getiren şahısların dışında da hak sahibi sayılabileceği yolunda teorilerin doğmasına sebep olmuştur. (nisbi şahsiyet teorileri). Otto von Gierke **Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtssprechung** isimli eserinde s.340 vd. hükmi şahsiyet ve elbirliği ortaklıkları arasındaki, farkı tespit ederek şu sonuca varmaktadır; ikisi arasındaki fark, hükmi şahsiyette, münferit azaların iradesinden farklı tüm iradenin mevcudiyeti, elbirliği ortaklığında ise, münferit ortakların iradesinden müstakil organik bir iradenin mevcut olmamasıdır. **Bu yüzden hükmi şahsiyet organik bir tümlük, elbirliği ortaklığı kolektif bir tümlük teşkil eder.** Gierke, elbirliği ilişkisinin birer hak sujesi değil, hak ilişkisi olduğunu söylemesine rağmen bazen elbirliği ortaklıklarının da hak ve muamele ehliyetini haiz kolektif birlikleri olduğunu savunuyor. Buna göre, Gierke'nin teorisinde tüzel kişilikle elbirliği ortaklığı arasındaki sınır çok katı değildir.

⁸⁸ Egger, **İsviçre Medeni Kanunun Şerhi Tüzel Kişiler**, 1948. s. 11.

⁸⁹ Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 256; Oğuzman/Seliçi **a.g.e.**, s. 263; Akipek, **a.g.e.**, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, (eşya) **a.g.e.**, s. 635-636; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 433; Aybazar/Hatemi, **a.g.e.**, s. 48; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 124vd.; Ayiter, (eşya) **a.g.e.**, s. 97; Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 64; hükmi şahsiyet ve topluluk kavramına ilişkin açıklamalar için Bkz. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 3; Elbirliği ortaklığında mülkiyet hakkının kim olduğunu açıklamaya çalışan teoriler için bakınız Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 15 vd.

C. Elbirliğı Mülkiyetinin Doğumu

Elbirliğı mülkiyetinin kurulabilmesi için öncelikle birden fazla gerçek yada tüzel kişi arasında meydana gelen şahsi bir ilişkinin bulunması zorunludur.⁹⁰ Aralarında kanunun öngördüğü şahsi ilişki bulunan ortaklar tarafından mülkiyet hakkının kazanılması ile elbirliğı mülkiyeti vücut bulacaktır. Elbirliğı ortaklığı halleri kanunun öngördüğü hukuki olaylarla veya kanunun öngördüğü hukuki işlemlerle oluşur.⁹¹ Bu itibarla, kanunda elbirliğı ortaklığı olarak sayılan hallerde elbirliğı mülkiyeti söz konusu olur. Kanunda sayılan hallerin dışında tarafların anlaşarak elbirliğı ortaklığını doğuran başka bir sözleşme yapmaları mümkün değildir.⁹² Taraflar ilişkilerinde elbirliğı ortaklığı olmasını arzu etmeleri halinde kanundaki belirlenmiş tiplerin taraflarca seçilmesi zorunludur.⁹³ Kanunda sınırlı sayıda olan elbirliğı mülkiyet hallerinden sadece bir tanesinde taraflara arzu etmeleri halinde, ilişkilerini hisseli ortaklık şeklinde düzenlemek imkânı verilmiştir.⁹⁴ Bu sözleşme şekli ise, BK 520–541. maddelerinde düzenlenmiş olan adi şirkettir.

Hukuki bir olay sonucunda oluşan elbirliğı ortaklığının en klasik örneği ölen bir kimsenin bir den çok mirasçılarının bulunması halinde, miras bırakanın mal varlığı üzerinde mirasçıların sahip olduğu ortak mülkiyettir. Türk Medeni Kanunu’nda bu ortaklık miras ortaklığı⁹⁵ (miras şirketi) olarak adlandırılmaktadır.⁹⁶

Hukuki olayın dışında hukuki işlemlerle de elbirliğı ortaklığı kurulabilir. Hukukumuzda hukuki işlem ile kurulan elbirliğı ortaklık türleri; TMK m.257’de

⁹⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, (eşya) **a.g.e.**, s. 632.; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 265.; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 256.; Akipek, **a.g.e.**, s. 47, Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 433.; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 48.; Esener/Güven, **a.g.e.**, s. 124.; Ayiter, (eşya), **a.g.e.**, s. 97.

⁹¹ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 265, Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 435.

⁹² Haab, **a.g.e.**, Art. 652 -654 II, 159.

⁹³ Ayiter, (elbirliğı ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 69.

⁹⁴ BK m. 534.

⁹⁵ Erbengemeinschaft (MK m.581). Kaynağını doğrudan doğruya kanunda bulan, kanundan ötürü elbirliğı mülkiyetine vücut veren tek yol miras ortaklığıdır. Türk Medeni Kanununda Miras ortaklığı 640. maddede düzenlenmiştir. Diğer elbirliğı ortaklıkları, sürekli olarak kurulabildikleri halde, miras ortaklığının özelliği, geçici ve tesadüfi olması yani bir tasfiye ortaklığı karakterini taşımasıdır. Liver, **a.g.e.**, s. 118.

⁹⁶ Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 63.; Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 266.; Balcı, **a.g.e.**, s. 21.

düzenlenmiş olan karı koca mal ortaklığı,⁹⁷ TMK m. 373 de düzenlenmiş olan aile mal ortaklığı,⁹⁸ BK m. 520 de düzenlenmiş olan adi ortaklık sözleşmesi ile kurulabilir.⁹⁹ Elbirliği mülkiyetinin kuruluş yolları, sınırlı bir şekilde sayılmış olduğundan, kanunda sayılanların dışında elbirliği mülkiyetinin kurulması mümkün değildir.¹⁰⁰ Bu sebeple, elbirliği mülkiyeti, hisseli mülkiyete oranla istisna teşkil etmekte olup, elbirliği mülkiyetinin varlığını iddia eden kimse bu iddiasını ispat etmek zorundadır.¹⁰¹

Elbirliği mülkiyetinde, mülkiyetin kanunda sayılan bu elbirliği ortaklıklarına dâhil ortaklar tarafından kazanılması, ortaklığın meydana geldiği anda olabileceği gibi, daha sonra da olabilir. Ortaklığın tesis edilmesine ilişkin sözleşmeler, kural olarak elbirliği mülkiyetini kurmaya yarayan hukuki sebep niteliğindedir. Bu nedenle, mülkiyetin kazanılabilmesi için bir kazandırıcı işleme, yani taşınır mallarda zilyetliğin devrine, taşınmaz mallarda ise, tapuda tescil işlemlerinin yapılmasına gerek vardır.¹⁰²

Elbirliği ortaklığına dâhil her bir ortağın, ortaklık malvarlığı dışında bir de şahsi malvarlığı vardır. Ortakların bu malvarlıkları birbirlerinden ayrı ve bağımsızdır. Dolayısıyla, her bir ortak şahsi malları üzerinde tek kişi mülkiyetine sahiptir.

Elbirliği ortaklığında, ortakların payları somut ve belirli olmadığından, ortak taşınmazların tapuya tescili sırasında müşterek mülkiyette olduğu gibi ortaklık payları gösterilemez. Bu ortaklık türünde, ortakların payları somut ve belirli olmadığından bunların mülkiyeti devredilemeyeceği gibi, payların üzerinde sınırlı aynı haklar da kurulamaz. Yine, bu ortaklık türünde, bu hakların tapuya şerhi de

⁹⁷ Mal ortaklığı, Türk medeni kanununa göre, genel mal ortaklığı, uzatılmış mal ortaklığı, sınırlı mal ortaklığı, TMK m. 258 Edinilmiş mallara ilişkin ortaklığı olmak üzere dört çeşittir. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 436.

⁹⁸ Bu ortaklık, TMK 664. maddede yer alan istisnanın dışında kural olarak sözleşme ile kurulur.

⁹⁹ Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar elbirliği mülkiyeti yerine müşterek mülkiyet ilişkisinin geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 90–91. Ortaklar arasında bu şekilde bir sözleşmenin bulunmaması halinde adi ortaklık bir elbirliği ortaklığı teşkil edecektir.

¹⁰⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 435; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 97; BGE 84 II 129.

¹⁰¹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 435.

¹⁰² Akipek, **a.g.e.**, C. II s. 51. Bununla birlikte, miras ortaklığı ölüm olayı ile doğrudan doğruya kanundan doğduğu için, bu halde mirasçılar miras konusu taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki elbirliği mülkiyetini, tescil ve zilyetliğin devrinden önce kazanırlar. Miras ortaklığında hukuki sebep ve işlemin kaynağı doğrudan kanundur. Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 437.

mümkün olamayacaktır.¹⁰³ Elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz mal tapuya tescil edilirken, bütün elbirliği ortaklarının adları ile aralarındaki ortaklık ilişkisinin çeşidinin tapuda gösterilmesi gerekir.¹⁰⁴

D. Elbirliği Mülkiyetinde Ortaklararası İlişkiler

Elbirliği mülkiyetinde malikler paydaş değil, sadece ortaklardır.¹⁰⁵ Zira ortaklık malvarlığı üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olanların belli hisseleri yoktur. Bu sebeple, elbirliği mülkiyetinde hiçbir ortak için, tasarruf edebileceği bir pay söz konusu değildir.¹⁰⁶ Mülkiyet hakkı elbirliği ile ortaklara aittir.¹⁰⁷ Bu mülkiyet türünde, TMK 702. maddesine göre; “ortakların hakları ve yükümlülükleri topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümlerine göre belirlenir. Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir.” Görüldüğü üzere, elbirliği mülkiyetinde kural olarak, aksi ortaklar arasında kararlaştırılmadığı sürece, yönetim ve tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir.¹⁰⁸ Bununla birlikte, BK.524. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, adi şirketin kararları ortaklar tarafından oybirliği ile alınmasına karşılık, ortaklık sözleşmesinde kararların çoğunluk ile alınmasının kararlaştırılması halinde çoğunluğun ortak sayısı ile belirleneceği hükmü getirilmiştir.

I. Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim

Elbirliği mülkiyetinde ortakların hak ve yükümlülüklerini kural olarak topluluğu doğuran kanun ya da sözleşme hükümlerine göre belirlenmektedir.¹⁰⁹ Ortaklar arasında yönetime ilişkin olarak, aksi kararlaştırılmadıkça ya da kanun hükmü ile aksi belirlenmedikçe, ortaklar malik oldukları eşya üzerindeki haklarını

¹⁰³ Haab, **a.g.e.**, Art. 652–654, N.43; Meier – Hayoz, **a.g.e.**, Art. 652, N.27.

¹⁰⁴ Tapu Sicil Nizamnamesi m.34.

¹⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, (eşya) **a.g.e.**, s. 634.

¹⁰⁶ TMK m. 702/f.3.; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 266.

¹⁰⁷ Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) **a.g.e.**, C.IV, s. 328.

¹⁰⁸ İştirak halinde malik olunan şeyde tasarruf anlamına gelen davalardan, malik olunan şeyin hukuki durumuna etki yapan davaları anlamak gerekir. Y.7.HD. 16.12.1971T, 8344/8160; (RKD 1972 s. 156.); aynı yönde Y. 7.HD. 25.3.1981.T, 2559/3586 (YKD.1981/8, s. 990.).

¹⁰⁹ TMK m.792.

oybirliği ile kullanırlar.¹¹⁰ Buna göre, elbirliği mülkiyetinde ortakların birlikte hareket etmeleri kanun tarafından ilke olarak benimsenmiştir.

Elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetin aksine olağanüstü işler, önemli işler ve adi işler ayrımı kural olarak yapılmamış olmakla birlikte, elbirliği mülkiyetini doğuran özel elbirliği mülkiyeti halleri incelendiğinde, aslında her bir elbirliği mülkiyeti ilişkisinde yönetime ilişkin olarak özel hükümler yer almaktadır. Miras şirketinde her mirasçının şirketine, bir mümessil tayinini isteme hakkı vardır.¹¹¹ Mal ortaklığında malın idaresi kocaya aittir.¹¹² Aile malları ortaklığında kural oybirliği esası geçerli olmakla birlikte her ortak mutlak işleri tek başına yapabilmektedir,¹¹³ adi şirket ilişkisinde de aynı kural geçerlidir.¹¹⁴

II. Elbirliği Mülkiyetinde Hukuki İşlemler

Elbirliği mülkiyetinde ortakların payları belirli olmadığından ve ortakların hakları sahip oldukları eşyanın tamamına etkili olduğundan, ortaklar o eşya üzerinde ancak oybirliği ile tasarrufi işlemde bulunabilirler.¹¹⁵

Elbirliği ortaklarından bir tanesinin özel ilişkide payı belli olsa dahi ortağın payını başkasına devir etmesi ve rehnemesi mümkün değildir. Tasarruf işlemleri için oybirliği, ortakların önceden alacakları bir karar ile sağlanabileceği gibi, bir ortağın yaptığı tasarruf işlemine diğer ortakların rızalarını belirtmek suretiyle de gerçekleştirilebilir.¹¹⁶ Oybirliği için kural olarak diğer ortakların rızasının alınması hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Bununla birlikte, şekle tabi bir hukuki işlem yapılacaksa pek tabi olarak diğer ortakların rızası da bu şekil şartının gereklerine uygun olarak alınacaktır.¹¹⁷

Ortaklar arasında yapılacak tasarruf işlemleri yönünden de yine oybirliği kuralı geçerli olacaktır. Fakat elbirliği ortaklığında, sadece iki ortağın bulunması

¹¹⁰ TMK m.702.

¹¹¹ TMK m.640.

¹¹² TMK m.212.

¹¹³ TMK m.377.

¹¹⁴ TMK m.525.

¹¹⁵ TMK m.702.

¹¹⁶ 4.HD. 22.1.1985T, 6744E. 8462K.; s. 772, 1.HD.15.3.1974T. 1618E. 1397K. kararlar için, Bkz. Karahasan, (Eşya) **a.g.e.**, s. 764 vd.

¹¹⁷ Örneğin, bir taşınmazın satışına, tüm ortakların resmi şekilde katılmaları gerekir.

halinde ortaklar elbirliği ortaklığına son vermeden haklarını birbirlerine devredebilirler ve bir ortağın payını diğer ortağa devir etmesi ile elbirliği mülkiyeti hali sona erecektir.¹¹⁸ Bunun yanında, MK 677. maddesine göre, miras şirketinde bir mirasçının payının diğer mirasçıya devri, diğer mirasçıların muvafakatine bağlı, olmadan mümkündür.¹¹⁹ Bu halde, kanundan kaynaklanan bir elbirliği mülkiyeti hali olduğundan bu sonuç yukarıda açıklanan kurala aykırı düşmez. Elbirliği mülkiyeti ortakları ortaklığın tasfiyesi halinde kendilerine düşecek payın devri vaadinde bulunmaları mümkündür.¹²⁰ (TMK m. 612–613)

III. Elbirliği Mülkiyetinde Taraf Ehliyeti

Elbirliği mülkiyetinde, elbirliği mülkiyetine giren mal varlığına ilişkin olarak, malikler aleyhine açılacak tüm davalar, bütün maliklere karşı açılmalıdır.¹²¹ Bunun yanında, maliklerin de başkalarına karşı açacakları davaları birlikte açmaları gerekir.¹²² Tüzel kişiliği olmayan elbirliği mülkiyeti ortaklığının dava ya da takipte tek başına taraf ehliyeti de yoktur.¹²³ Hukuk davalarında olduğu gibi¹²⁴ icra takibinin taraflarının da taraf ehliyetine sahip olmaları gerekir. Medeni haklardan istifade ehliyeti¹²⁵ bulunan her gerçek (TMK m. 8) ve tüzel kişi (TMK m. 48) davada ya da icra takibinde taraf ehliyetine sahiptir. Türk Hukuku'nda, sadece gerçek ve tüzel kişilerin taraf ehliyetleri vardır. Tüzel kişilikleri bulunmayan toplulukların, topluluk olarak taraf ehliyetleri yoktur. Tüzel kişiliğe sahip olamayan topluluklarda, hakkın sujesi ortaklık olmayıp, bir bütün halinde, elbirliği ile hareket etmek zorunda olan ortaklardır. Bu halde, elbirliği mülkiyetinde HUMK m. 47

¹¹⁸ Ertaş, **a.g.e.**, s. 273.

¹¹⁹ İnan/Ertaş, **Miras Hukuku**, 1995, s. 501–503.

¹²⁰ Miras şirketinde miras şirketinin tasfiyesi halinde bir mirasçı kendisine düşecek miras payını başkasına satmayı vaad edebilir.

¹²¹ Elbirliği mülkiyetinde bu mülkiyete konu olan mal ve/veya haklarla ilgili davalarda ve şeriklerin birinin şahsi borcundan dolayı bu mal ve/veya haklara karşı yapılacak takiplerde bütün ortakların hep birlikte hareket etmeleri gerekir.

¹²² HGK 5.2.1972T. E.1968/6-744, K.62. (ABD 1972, s. 992), Ayrıca Bkz, (ABD 1969, s. 1004). Dava veya takipte taraf teşkilinde eksiklik varsa dava hemen reddedilmeyip, dava veya takipte gösterilmeyen diğer şeriklerinde dahil edilmesi ile taraf teşekkülü sağlanmış olacaktır. Taraf teşekkülünden sonra şeriklerin bir kısmının davaya veya takibe devam etmemesi veya bazı usuli işlemlere katılmamasına itibar edilmez. Davacı (veya takipçi) bu davayı (ya da takibi) onlara karşı yürütebilir. Bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 56.

¹²³ Y.HGK. 11.10.1989, E.8.365 – K. 471, Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) **a.g.e.**, C.IV. s. 330.

¹²⁴ HUMK m.38.

¹²⁵ (Hak ehliyeti)

anlamında zaruri dava arkadaşlığı vardır.¹²⁶ Bu sebeple, elbirliği mülkiyetine konu olan mal veya haklara karşı açılacak bir davada ya da yapılacak bir takipte, şahsi borçlu ortağın yanında dava ya da takip, diğer ortaklara da yöneltilmelidir. Aynı şekilde, elbirliği mülkiyeti ortaklığı da zaruri dava arkadaşlığı prensiplerine uygun olarak birlikte dava açmalıdır.¹²⁷

Bununla birlikte, TMK 692.¹²⁸ maddesi kıyasen uygulanarak, ortakların ayrıca paylı menfaatlerini korumak amacıyla tek başına dava açabilecekleri doktrinde savunulmaktadır.¹²⁹ Ancak, 11.10.1982 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda bu görüş kabul edilmemiştir.¹³⁰ İBK'ya göre, "mirastan doğan elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin yada birkaçının kendi adına MK 683¹³¹ hükmüne dayanarak üçüncü kişilere karşı açtığı el atmanın önlenmesi davasında, davanın yürütülebilmesi için diğer ortakların muvafakatının alınması ya da MK 518 (yeni MK 640) uyarınca terekeye bir mümessil tayin ettirilmesi gerekir." Böylece, bir ortağın üçüncü kişilere karşı elbirliği ile mülkiyet ilişkisi sebebiyle açtığı davayı mahkeme hemen reddetmeyecek, bu ortağa, diğer ortakların açılmış olan davaya muvafakatlerini sağlayabilmek için süre tanıyacaktır. Bu süre içinde diğer ortakların açılmış olan davaya rızaları alınmaması halinde, dava reddedilecektir.¹³² Bununla

¹²⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 152; Birlikte hareket esası mahkeme kararlarının kesinleşmesi ve kanun yollarına başvurmada da geçerli olması gerekir. Temyiz süresinin başlangıcı da son ortağa yapılan tebliğ tarihinden itibaren başlar. 6. HD 25.10.1968 T. 2752/4433 sayılı kararı (İBD 1969/3-4 s.171). Yargıtay 10.HD'nin 26.3.1985 tarihli kararında tek bir ortak tarafından yapılan temyiz talebinin süresinde yapıldığını kabul ederek, Yargıtay'ın bozma kararına, diğer ortaklar sonradan muvafakat ederlerse, bu bozma kararından yararlanmaları gerektiği görüşündedir.

¹²⁷ Erdemir, **a.g.e.**, s. 561.

¹²⁸ 743 sayılı Eski MK m. 625/I.

¹²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 438 vd; Akipek, **a.g.e.**, s. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (eşya) **a.g.e.**, s.329; Karahasan, (eşya) **a.g.e.**, C.II., s. 116; Yargıtay aksi görüşte, HGK 11.12.1971 T. 968 / 5-245 E. 736 K. Karahasan, (eşya) **a.g.e.**, C.I., s. 96, 377- 378.; aksi görüşte Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 262.

¹³⁰ İBK 11.10.1982 T. 2/3 (YKD 1983 sy.1. s. 115 karş. HGK 25.5.1982 (YKD 1983 sy. 1.s. 164); 7.HD 9.1.1982 (YKD 1983, s.115 sy.1); HGK 13.3.1981 (YKD 1981, 801 sy. 7).

¹³¹ Eski MK m. 618.

¹³² 1982 tarihli İBK da her türlü dava, hiçbir ayırım yapılmadan, bir tasarrufi işlem olarak kabul edilerek elbirliği mülkiyet ilişkisi nedeniyle oybirliği kuralı aranmıştır. Bununla birlikte, mülkiyet hakkının varlığı ve kapsamını etkilemeyecek, onun korunmasına yönelik davaların tasarruf işlemi olarak yorumlanmaması ve her malikin ortaklık mallarının korunmasına yönelik davaları açabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak, İBK da bu sakınca MK 981 ve 982. maddelerinden yararlanılarak zilyetlik davalarını tek başına açabilecekleri kabul edilerek doğması muhtemel sakıncalar önlenmek istenmiştir. Fakat, 2002 yılında değiştirilen yeni TMK702. maddesinin 4. fıkrasında "ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilmesi ve bu korumadan bütün ortakların yararlanabileceği esası kabul edilmiştir. Aktif dava ehliyeti yönünden, ortakların birlikte hareket etme zorunluluğu MK 702/4

birlikte, 4721 sayılı yeni Medeni Kanun, Miras Hukuku'nda m. 640/IV ve Eşya Hukuku'nda m. 702/IV hükmünde mirasçılardan ortaklardan her birinin terekedeki “topluluktaki” hakların korunmasını talep edebileceği hükmü getirilmiş ve sağlanan korumadan diğer mirasçıların – ortakların hepsinin yararlanabileceği düzenlenmiştir.¹³³ Bu durumda müşterek mülkiyet ile bir paralellik sağlanmış ve 1982 tarihli İBK'nın hükmü kalmamıştır.¹³⁴ Maliklerin birbirlerine karşı açacakları davalarda ise,¹³⁵ zaruri dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Bu halde, elbirliği ortaklarından bir tanesi diğer ortağa ya da ortaklara karşı tek başına el atmanın önlenmesi davası açabilecektir.¹³⁶

IV. Elbirliği Mülkiyetinde Ortakların Şahsi Alacaklılarının Durumu

Elbirliği mülkiyetinde ortakların ortaklık konusu mal üzerinde belli bir hisseleri olmadığından (TMK 702/3) kural olarak, ortakların şahsi alacaklılarının da bu hisseleri haciz ettirmeleri söz konusu değildir. Bununla birlikte, alacaklılar, elbirliği mülkiyetinin tasfiyesi sonucunda borçlu ortağa düşecek hissenin haczi isteminde bulunabilecekleri gibi, hisseye bağlı hakların haczi talebinde de bulunabilirler. Haciz olunan bu hissenin satışı ise, 14.4.1943 tarih ve 48/15 sayılı İBK'ya göre yapılacaktır.¹³⁷

V. Elbirliği Mülkiyetinin Sona Ermesi

TMK 703. madde hükmüne göre, elbirliği mülkiyeti üç şekilde son bulur; elbirliği ortaklığı halindeki mülkiyet, her çeşit mülkiyette normal olan son bulma

ve zilyetlik davaları dışında, 2942 sayılı kamulaştırma kanunu 14. maddeye göre, kamulaştırma işlemine karşı açılacak davalarda kaldırılmıştır. Fakat bu son halde, mahkeme kararları, dava açmayan malikleri etkilemez. Bu konuda diğer bir istisna da kadastro kanunu m.29/2. fıkrada yer almaktadır.

¹³³ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 152, 154.

¹³⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s.152, 155.; 14. HD 30.9.2002, 4939/6240, İKİD 2003 Mart sayı 507 s. 1708. İsviçre Federal Mahkemesi de “acele” hallerde “istisnai ve geçici” olarak davayı bir veya bir kısım mirasçıların açabilmelerini mümkün görmektedir. (BGE 73 II 170). Bkz, Alangoya, Medeni Usul Hukuku'nda dava ortaklığı (tarafların taaddüdü) **a.g.e.**, s. 108.

¹³⁵ Mirasçıların birbirlerine karşı açacakları davada husumet için, İnan – Ertaş, **Miras Hukuku**, s. 455.

¹³⁶ HGK 26.2.1975 (İKİD 1975, s. 3733) Y. 2. HD 1.4.1982 (YKD. 1982, 929 s. 7).

¹³⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz; 7.paragraf.

nedenleri ile ortadan kalkabilir.¹³⁸ Örneğin, elbirliği mülkiyetine konu olan malın temlik bu sona erme türlerinden bir tanesidir.

Elbirliği ortaklığına konu olan malların paylaştırılması, elbirliği mülkiyetini sona erdiren hallerden biridir. Bu halde, ortaklığın giderilmesi iki aşamadan oluşmaktadır; ortaklığın son bulması paylaşma kararı ve birlikte (ortak) mülkiyetin tasfiyesi ile tasfiye sonucu kalanın elbirliği halinde malikler arasında hakları oranında bölüşülmesidir.

Elbirliği ortaklığını sona erdiren bir diğer sebep de, elbirliği mülkiyet ortaklığından paylı mülkiyete geçilmesidir.¹³⁹ TMK 644. maddesinde düzenlenen özel hükümle, bir mirasçı terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde, sulh hâkimi diğer mirasçılara çağrıda bulunarak, belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir. Elbirliği mülkiyetinde, paylaşırma, aksine hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır. (TMK m. 703/2)

E. Elbirliği Mülkiyeti Halleri

I. Hukuki Olaydan Doğan Elbirliği Ortaklıkları

Hukuki olaydan doğan elbirliği mülkiyeti hali, Türk Medeni Kanunu'nda sadece miras şirkettir.¹⁴⁰ Miras şirketinin varlığı için miras bırakanın birden fazla

¹³⁸ Bunlar; temlik, kamulaştırma, telef olma yada malın devri yoluyla olabilir.

¹³⁹ Elbirliği mülkiyetine konu borçlu hissenin cebri icraya muhatap olması halinde, alacaklının elbirliği ilişkisini sona erdirebilme halleri için bkz; §§ 4,5,7 ve 8.

¹⁴⁰ İflas masasının alacaklarının elbirliği ortaklığı teşkil edip etmediği tartışma konusu yapılabilir. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 82. İflas masası alacakları elbirliği mülkiyeti teşkil

mirasçısının bulunması zorunludur.¹⁴¹ Bu halde, mirasçılar arasında miras bırakılan malvarlığı (tereke) üzerinde miras şirketi söz konusu olacaktır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁴² ile değişiklikten önce 743 sayılı¹⁴³ eski Türk Medeni Kanunu'nun 55. maddesine göre, tüzel kişilik kazanamamış olan derneğin de adi şirket sayılacağı hükme bağlanmıştı. Böylece, hukuki olay ile elbirliği mülkiyetini doğuran kanunda yazılı sebeplerden diğeri, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

1. Miras Ortaklığı (miras şirketi)

Miras ortaklığı (TMK m.640–642) mirasın ölümünde mirasçılarının birden fazla sayıda olmaları halinde, hak ve borçlar dağılmaksızın miras bırakanın bütün malvarlığı ‘miras ortaklığı’¹⁴⁴ olarak varlığını sürdürür.¹⁴⁵ İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB Art. 602) de miras şirketi, hukuki olaydan kaynaklanan bir elbirliği mülkiyeti hali olarak düzenlenmiştir.^{146 147}

Miras bırakanın malvarlığı (tereke) üzerinde mirasçı sıfatından dolayı hak sahibi olarak yalnız bir kimsenin bulunması halinde, miras şirketi söz konusu olmaz, bu halde, TMK 599'a göre, bu mirasçı miras bırakanın hak ve borçlarına halef olur.¹⁴⁸ Miras bırakanın ölümü ile mirasın açılması sonucu mirasçılar kendiliğinden, miras bırakanın ölümünden haberdar olmasalar dahi¹⁴⁹ kanunen mirası kabul ettikleri varsayımından hareket edilir ve elbirliği mülkiyeti ilişkisinin bir parçası olurlar.¹⁵⁰

etmezler. Çünkü, iflas idaresinin tasfiye amacıyla yarattığı haklar ve borçlar olduğu gibi, iflas idaresinin alacaklıların menfaatine tasfiye ettiği iflas masası da, borçlunun malvarlığına dahildir. İflas alacaklıları grubu bir malvarlığının sujesi değildir. Von Tuhr – Siegwart: I, 2, paragraf 89, s.738 n.19. Haab: Art.652–654 II, No. 9.

¹⁴¹ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 65; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 678

¹⁴² RG: 8.12.2001, sayı, 24607.

¹⁴³ RG: 4 Nisan 1926

¹⁴⁴ (Erbengemeinschaft)

¹⁴⁵ Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁴⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁴⁷ İsviçre Hukuku'nda ‘uzatılmış miras ortaklığı’ da Federal Mahkeme Kararları'nda ve Art ZGB 621. maddesinde tanınmıştır. BGE 61 II 167; BGE 96 III 329 E. 6a. Bkz: Bisang, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁴⁸ Serozan/Engin, **Miras Hukuku, a.g.e.**, s. 62.

¹⁴⁹ Ayiter, **Miras Hukuku, a.g.e.**, s. 227.

¹⁵⁰ Bununla birlikte yasal ve atanmış mirasçılar MK 605 ve devamı maddeler gereğince mirası reddedebilirler. Miras bırakanın ölümü halinde ödemedi aczi açıkça belli olması halinde veya

Miras şirketinin tüzel kişiliği yoktur.¹⁵¹ Miras şirketinin tüzel kişiliği öngörülmuş olsaydı, bu halde, miras şirketinin organları kanun tarafından yönetilmesi gerekirdi.¹⁵² Terekeye dâhil hakların sahibi mirasçılardır. Elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olan miras şirketi, mirasın taksim edildiği tarihe kadar mirasçılar tarafından yönetilir.¹⁵³ Fakat mirasçılardan birinin isteği üzerine mahkeme miras şirketine temsilci de tayin edebilecektir.¹⁵⁴ Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, temsilci aslında bir miras şirketi temsilcisi değildir. Bu temsilci ortak mirasçıların temsilcisidir.¹⁵⁵

II. Hukuki İşlemden Doğan Elbirliği Ortaklıkları

1. Mal Ortaklığı

2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda, evlilik birliğinde geçerli olacak mal rejimleri yasal ve seçimlik mal rejimleri halinde düzenlenmiştir.¹⁵⁶ Türk Medeni Kanunu'nun 202. maddesine göre, eşler arasında yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bunun anlamı, eşler arasında noter de düzenleme veya onaylama şeklinde, evlenmeden önce ya da evliliğin devamı sırasında, mal rejimine ilişkin olarak sözleşme yapılmaması halinde eşler arasında geçerli olan rejim edinilmiş mallara katılma rejimidir.¹⁵⁷ Edinilmiş mallara katılma rejiminin yanında, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülmuş

terekenin borca batıklığı resmen tespit edilmiş ise, miras kanunen reddedilmiş sayılacaktır. (MK 605/II).

¹⁵¹ Miras şirketi adı üstünde bir şirkettir. Ancak, borçlar Hukuku' anlamında adi bir şirket değildir. Zira, miras şirketinde ortaklar arasında adi şirkette olduğu gibi ortak üstün bir amaç yoktur. Ayrıca, ortaklar arasında ne bu amaca yönelik işbirliği arzusu (affecio societatis) ne de kişisel bir güven bağı (instuitu personae) yoktur. Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 63; Balcı, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵² Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 70; Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁵³ Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 63. Serozan'ın ifadesi ile “birden fazla külli halef mirasçının istemeye istemeye oluşturduğu bu zoraki ortaklık, iştirak halinde hak sahipliği (elbirliği) rejimine bağlıdır. Çok sıkı bir Cermen disiplindir bu, Roma Hukuku'nun gevşek paylı mülkiyet rejimine benzemez. Yapışık ikizler gibi birbirine bağlanmış “anca beraber, kanca beraber” hareket etmeye mahkumdurlar.”

¹⁵⁴ TMK m.640 /III Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁵⁵ Serozan/Engin, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁵⁶ TMK m. 202 – 205 yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir.

¹⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 320.

olan seçimlik mal rejimi türleri; mal ayrılığı,¹⁵⁸ paylaşımlı mal ayrılığı,¹⁵⁹ ve mal ortaklığı¹⁶⁰dır.

Mal ortaklığı rejimi eşlerin bu rejimi seçmeleri halinde gündeme geleceğinden akdi mal rejimlerinden bir tanesidir.¹⁶¹ Türk Medeni Kanunu'nda kabul edilen yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin dışında mal ortaklığı rejimi ancak sözleşme ile kabul edilebilen bir mal rejimi şeklindedir. Eşler, mal ortaklığı rejimini evlenmelerinden sonra seçebilecekleri gibi, henüz evlenme akdi olmadan da taraf sıfatıyla, evlenmeden önce de bu mal rejimini seçerek kanunda yazılı sınırlar içinde mal rejimi sözleşmesi yapabilirler.¹⁶² Mal ortaklığı rejimi de kanunda yazılı sınırlar içinde seçilebilecek, değiştirilebilecek ya da kaldırılabilir.¹⁶³

Evlilik birliğinde, malların idaresine yönelik olarak eşlerin evlenmeden önce ya da evlilik sırasında yapabilecekleri mal rejimi sözleşmelerinden mal ortaklığı sözleşmesi ile birlikte sahip oldukları mallar üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti vardır.¹⁶⁴ Bu mal rejiminde Eşya Hukuku'nun elbirliği ortaklığına ilişkin TMK m.701 – 703 hükümleri uygulanır. Eşler ortaklık malı üzerindeki payları ile ilgili olarak tek başlarına tasarruf hakkına sahip değildirler.¹⁶⁵ Bu mal rejiminde üç grup mal vardır; Ortaklık malı, kadının kişisel malı ve kocanın kişisel malı.¹⁶⁶ Genel mal ortaklığında ortaklık malları eşlerin kanun gereğince kişisel malı sayılanlar dışındaki malları ile gelirlerini kapsar.¹⁶⁷ Eşlerin mal rejimi sözleşmesi

¹⁵⁸ TMK m. 242, 243.

¹⁵⁹ TMK m. 244-255.

¹⁶⁰ TMK m. 256-281 Mal Ortaklığı rejimi de mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimleri gibi seçimlik mal rejimlerinden biridir. Bu rejim İsviçre Medeni Kanununda da seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁶¹ Özügür, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁶² TMK m. 202, 203.

¹⁶³ Özügür, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁶⁴ Mal ortaklığı rejimi Eski MK'da da 211. ve devamı hükümlerinde düzenlenmekteydi. Kanun koyucu, mal ortaklığını seçimlik mal rejimi olarak yine MK'ya alırken, ZGB'deki mehzazına uygun olarak söz konusu mal rejimini elbirliği halinde hak sahipliği temelini korunarak (TMK 257/I), ancak evlilik birliğinde eşlerin eşitliği prensibine uygun olarak yeniden yapılandırmıştır. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁶⁵ TMK m. 257; Öztan, **Aile Hukuku, a.g.e.**, s. 305.

¹⁶⁶ Bu mal rejiminde, eşler ortaklık mallarının olağan yönetiminin sınırları içinde ortaklık mallarında serbestçe tasarruf edebileceğinden, diğer eşi yükümlülük altına sokabilecektir. Aynı şekilde eşlerin yapacakları hukuki işlemlerden dolayı, kişisel mallarının yanında ortaklık malları da sorumlu olacağından, burada da diğer eşin aleyhine bir durum söz konusu olacaktır. Öztan, **a.g.e.**, s. 306.

¹⁶⁷ TMK. m. 257. Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 426.

ile sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul ettikleri takdirde “edinilmiş mal ortaklığı” söz konusu olur.¹⁶⁸ Mal ortaklığı rejiminde eşler kanunda öngörülen mal rejimlerinden bir tanesini seçebilirler. Buna göre, kanunda iki çeşit mal ortaklığı öngörülmüştür. Bunlar; “genel mal ortaklığı” ve “sınırlı mal ortaklığı”dır. Sınırlı mal ortaklığı ise kendi içinde “edinilmiş mallarda ortaklık” ve “diğer mal ortaklıkları” olmak üzere ikiye ayrılır. Mal ortaklığı rejimi İsviçre Medeni Kanunu’nun ZGB Art. 215 ve 240. maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹⁶⁹ Mal ortaklığında ortaklık mallarının kapsamını, eşlerin kendi aralarında belirleyecekleri mal ortaklığı çeşidi tayin eder.

a) Genel Mal Ortaklığı

743 sayılı Eski Türk Medeni Kanunu’nda bulunmayan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 257. maddesi, İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB) 222. maddesinden alınmıştır. TMK m.257 hükmüne göre, genel mal ortaklığında, eşlerin kanundan dolayı kişisel mal sayılanlar dışında kalan malları ile gelirlerinin ortaklık mallarını oluşturduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁰ Burada ortaklığa dâhil olduğu kabul edilen gelirler eşlerin ortaklığa dâhil mallarının gelirleridir. Ortaklık malları, kendi özel hukuksal düzenine sahip fakat tüzel kişiliğe sahip olmayan sui generis nitelikte (özel bir tür) hukuksal birlik oluşturur.¹⁷¹ Bu sebeple, TMK’nın öngördüğü ortaklık malları kavramı, eski MK’nın sadece özel bir evlilik malvarlığı niteliğindeki ortaklık mallarından farklı bir anlam taşır.¹⁷² Maddenin ikinci fıkrası İsviçre Medeni Kanunu’nun 222. maddesinin Almanca metnine uygun olarak kaleme alınmıştır. Burada ‘genel mal ortaklığı’nın bölünmemiş bir bütün olarak eşlere ait olduğu ifade edilmiştir. (TMK 257/II). Böylece, bu ortaklık türünün elbirliği mülkiyeti niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.¹⁷³ Madde ‘genel mal ortaklığı’nda eşler arasında ortaklık malları konusunda elbirliği mülkiyetinin doğduğunu ve bu

¹⁶⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 426. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁶⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 426 mal ortaklığı rejimi, temelde üç ayrı malvarlığı üzerinde yapılandırılmıştır. TMK m.256’da da belirtildiği üzere, “mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar.” Buna göre, mal ortaklığı rejimindeki malvarlıkları, ‘karının kişisel malları,’ ‘kocanın kişisel malları’ ve ortaklık malları olarak ortaya çıkar.; Özügür, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁷³ Kanun metninde Almanca “ungeteilt” kelimesinin karşılığı olarak “bölünmemiş bir bütün” ifadesi kullanılmıştır. Bkz: TMK 257/2.

mülkiyet rejimine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kuralını getirmiştir.¹⁷⁴ Maddenin üçüncü fıkrası ise, hiçbir eşin ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip olmadığını hükme bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, madde metninde eşlerin elbirliği mülkiyeti halinde tasarruf olunan paylarının olduğunu ve eşlerin tek başına bu paylar üzerinde tasarrufta bulunamayacağı vurgulanmıştır. Genel mal ortaklığında elbirliğiyle hak sahibi ilişkisi, mal ortaklığı rejiminin kurulmasıyla kendiliğinden gerçekleştiğinden ortaklık mallarına giren taşınmazlar bakımından tapu kütüğüne yapılacak tescil, kurucu olmaktan çok açıklayıcı nitelik taşır.¹⁷⁵

Genel mal ortaklığının dışında kalan kişisel mallar ise, eşlerin birisinin münhasıran yararlanmasında olan malvarlığını ifade eder. Kişinin kanundan doğan kişisel malları ise, Türk Medeni Kanunu'nun 260/2. maddesinde, eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları olarak belirlenmiştir.¹⁷⁶ Söz konusu mallar üzerinde bir ortaklık mülkiyeti mevcut olmayıp, eşler kişisel mallara dâhil malvarlığı değerleri üzerinde tek başına maliktirler.

b) Sınırlı Mal Ortaklığı

aa) Edinilmiş Mallarda Ortaklık

Edinilmiş mal ortaklığı rejiminde ortaklık malları sadece edinilmiş malları kapsar.¹⁷⁷ Eşler mal rejimi sözleşmesiyle mal ortaklığı rejiminin sadece edinilmiş mallarla sınırlı bir ortaklık olabileceğini kabul edebilirler. Bu halde, eşler arasında mal ortaklığı rejimi, mal rejimi sözleşmesinin yapılmasından sonra edinilmiş mallarda ortaklık kurulacaktır. Edinilmiş mal rejiminde eşin çalışması ile edindiği mallar ve kişisel malların getirisi de ortaklık mallarına dâhildir.¹⁷⁸ Buna karşılık, genel mal ortaklığında kişisel malların gelirleri ortaklığa dâhil değildir.¹⁷⁹

bb) Diğer Mal Ortaklığı

¹⁷⁴ Genel mal ortaklığında eşler belirtilen bu ortaklık mallarına elbirliğiyle sahip olurlar. Başka bir anlatımla eşler ortaklık malları üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamazlar. Birlikte hareket etmek zorundadırlar. Özüğür, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁷⁵ Öztan, **a.g.e.**, s. 306.

¹⁷⁶ Özüğür, **a.g.e.**, s. 159.

¹⁷⁷ Özüğür, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁷⁸ TMK m. 258.

¹⁷⁹ Özüğür, **a.g.e.**, s. 160.

Sınırlı mal ortaklığının bir diğer türü olan diğer mal ortaklığında, eşler yapacakları mal ortaklığı sözleşmesinde kendi serbest iradeleriyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanat için ve bu sanatın veya mesleğin icrası için kullandığı malları da ortaklık malları dışında tutmak suretiyle sözleşme yapabilirler. Diğer mal ortaklığı rejiminde, aksi öngörülmedikçe ortaklık dışında tutulan bu malların gelirleri de ortaklığa dâhil değildir. Ancak, eşler sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler.¹⁸⁰ Görüldüğü üzere, sınırlı mal ortaklıklarından diğer mal ortaklığı rejiminde eşler ortaklık malını olumsuz yönden belirlerler. Eşler belli mal varlıklarını ortak mal grubunun dışında tutarlar. Örneğin, eşler, eşlerden birine ait taşınmazın ortaklık malları dışında kalacağını ya da bu taşınmazdan elde ettikleri kazançlarının ortaklık mallarına dâhil olmayacağını öngörebilirler.¹⁸¹

Nihayet, belirtmeliyiz ki, mal ortaklığı rejiminde ispat yönünden bir karine kabul edilmiştir.¹⁸² Buna göre, aksi kanıtlanmadıkça, eşlerin tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılacaktır. O halde, mal ortaklığı rejiminde bir malın kişisel mal olduğu kanıtlanmadığı sürece, o malın kişisel mal mı yoksa ortaklık malı mı olduğu konusunda tereddüt ve uyuşmazlık bulunması halinde, o malın kişisel mal olduğu kanıtlanmadıkça o mal ortaklık malı sayılacaktır. Bu surette mal ortaklığı rejiminde üçüncü şahıslar için iddiaları karşısında o malın ortaklık malı olduğu karinesi esas alınmış, ancak bu karinenin aksine ispat külfeti, o malın kişisel malı olduğunu iddia eden tarafa yüklenmiştir.

2. Aile Malları Ortaklığı

Hısımlar, kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümüyle ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle aralarında bir aile malları ortaklığı kurabileceklerdir. Aile malları ortaklığı kurumu İsviçre Medeni Kanunu'nun 336 - 348. maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹⁸³

Aile malları ortaklığı sözleşmesinin resmi şekilde yapılması ve bütün ortakların veya temsilcilerinin imzalarını taşıması gerekir. Mirasçı olmayanlar aile

¹⁸⁰ Özüğür, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁸¹ TMK m. 259.

¹⁸² TMK m. 260.

¹⁸³ Bu kurum İsviçre Hukuku'nda 'gemeinderschaft' olarak adlandırılmaktadır.

malları ortaklığı sözleşmesine ortak olamazlar, şirkete mirasçı olmayan üçüncü şahıslar katılmışlarsa bu halde, BK 520 – 541. madde hükümlerine tabi bir adi şirket söz konusudur.¹⁸⁴

Aile malları ortaklığı, ortakları elbirliği ile iktisadi faaliyette bulunmak üzere birleştirir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça ortaklardan her biri eşit hakka sahiptir. Ortaklar, ortaklık devam ettiği sürece paylarını isteyemeyecekleri gibi, bu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar. (TMK m.376). Aile malları ortaklığı tüm ortakların elbirliği ile birlikte yönetilir. Ortaklardan birinin payının haciz edilmesi ve bu payın satışının istenmesi, ortaklığın sona erme sebeplerinden bir tanesi olarak TMK 380. madde de açıkça düzenlenmiştir.

3. Adi Şirket

Sözleşme ile kurulan elbirliği ortaklıklarından bir tanesi de adi şirket ortaklığıdır.¹⁸⁵ Bir sözleşmenin adi şirket olarak nitelendirilebilmesi için bir şirket sözleşmesinin mevcut olması gerekir. BK m.520/I de şirket iki ya da daha fazla kimselerin emek veya mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ettikleri sözleşme olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, bir sözleşmenin adi şirket olarak nitelendirilebilmesi için bir şirket sözleşmesinin mevcut olması gerekir. Ayrıca, bir şirketin adi şirket sayılabilmesi için BK m.520/II Ticaret Kanunu'nda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını taşınamaması gerekir. Bu sebeple, Ticaret Kanunu hükümlerine göre, bir şirket akdi kollektif, komandit, anonim, limited, kooperatif şirket veya donatma iştiraki ya da yapı ortaklığının özelliklerini taşıyacak olursa bu şirket artık adi şirket sayılamaz.¹⁸⁶ Bu itibarla, ticari işletme işletmek amacı ile kurulacak şirketin adi şirket şeklinde olmaması gerekir. Bunun yanında, aile malları ortaklığı¹⁸⁷ ve bu ortaklığın bir türü olan kazanç paylı aile malları ortaklığında¹⁸⁸ adi şirket hükümleri uygulanmaz.

Adi şirkette, ortakların adi şirketin malvarlığı üzerinde kural olarak elbirliği mülkiyet ortaklığı vardır. Buna göre, Adi şirket ortaklığında, malvarlığı

¹⁸⁴ Domaniç, **Adi – Kollektif ve Komandit Şirketler**, s. 65.

¹⁸⁵ Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 138.

¹⁸⁶ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 80.

¹⁸⁷ TMK m. 373 – 383.

¹⁸⁸ TMK m. 384 – 385.

rejimine ilişkin olarak; Alman Medeni Kanunu’nun § 718’da ortakların paylarının ve şirket tarafından iktisap edilen şeylerin¹⁸⁹ şirket malvarlığını teşkil edeceği hükmü açıkça yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 534. maddesinde ise, “şirketin iktisap ettiği veya şirkete devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar şirket mukavelesi dairesinde müştereken şeriklere ait olur.” Türk Borçlar Kanunu’nun İsviçre mehzasında ise, İsviçre Borçlar Kanunu’nda (OR. Art. 544) “şirkete devredilen veya şirketin iktisap ettiği şeyler, ayni haklar ve alacaklar şirket mukavelesi çerçevesinde elbirliği halinde ortaklara ait olur.”¹⁹⁰ Bu iki metin başlıca şu noktada birbirlerinden ayrılmaktadırlar. İsviçre Borçlar Kanunu metni ‘müşterek’ değil ‘elbirliği halinde’ kelimelerini kullanmıştır.¹⁹¹ Bu itibarla, Türk Hukuku’nda da adi şirketlerin malvarlığı üzerinde ortakların elbirliği halinde hak sahibi oldukları hiç şüphesiz kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nda elbirliği mülkiyeti yerine, müşterek mülkiyet şeklinde bir değişikliğin kasıtlı olarak yapılmadığı bunun tercüme hatasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu’nda adi şirketler ile ilgili diğer maddelerde bu değişikliği destekleyecek mahiyette farklar yoktur; Buna karşılık, paylarda münferit tasarrufun mümkün olmaması esası hâkimdir. Türk doktrin ve tatbikatında da egemen görüşe göre, BK 534. madde İsviçre Hukuku’ndaki aslında olduğu şekilde anlaşılmaktadır.¹⁹²

Borçlar Kanunu m.534 hükmüne göre, adi şirkette, esas olan sadece elbirliği halinde mülkiyet hakkı değildir, ortakların elbirliği halinde alacak hakkından,¹⁹³ elbirliği halinde rehin ya da irtifak haklarından, maddi olmayan haklarından da bahsetmek mümkündür.¹⁹⁴ BK 534. madde hükmünde elbirliğinden

¹⁸⁹ (gegenstände)

¹⁹⁰ maddedeki tercüme hatasına, Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 267 ve Erem, (ticaret şirketleri), **a.g.e.**, s. 26 da yer verilmektedir.

¹⁹¹ İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1912 tarihinde yapılan değişiklikten önce ‘müştereken’ ifadesi kullanılmıştı. O tarihte İsviçre Hukuku’nda adi şirketlerde müşterek mülkiyet esası geçerli idi. Bkz, Siegwart, **a.g.e.**, Komm. m.544 N. 7 ve 8.

¹⁹² Karayalçın, **a.g.e.**, (şirketler Hukuku) s. 75; Domaniç, **a.g.e.**, (şirketler) s. 39; Erem, (ticaret şirketleri) **a.g.e.**, s. 26; Kalpsüz, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 210; Bilgişin, (şirketler hukuku) **a.g.e.**, s. 103; Bilge, (hususî borç münasebetleri) **a.g.e.**, s. 334; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 90; Göktürk, **a.g.e.**, s. 677; Aksi görüş, Berki, (borçlar hukuku) **a.g.e.**, s. 262; Onsun, **a.g.e.**, s. 365.

¹⁹³ V. Tuhr/Edege, **a.g.e.**, s. 839 – 840; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 584; Karayalçın, (şirketler hukuku) **a.g.e.**, s. 95.

¹⁹⁴ Siegwart, **a.g.e.**, Komm. Art. 544 N.2 vd.; v Tuhr/Edege, **a.g.e.**, s. 839 – 840; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 101, elbirliği zilyetliğinin söz konusu olması çok zordur. Zira, elbirliği zilyetliğinde zilyetler hakimiyeti ancak birlikte kullanabilirler, ancak bu adi şirket hükümleri ile bağdaşmaz. Akipek, **a.g.e.**, s. 150; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 53.

maksat, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, ortakların elbirliği halinde hareket etmeleri değildir, çünkü İsviçre ve Türk Hukukları'nda, şüphe halinde, tek bir ortağında ortaklığı temsil yetkisi vardır. Borçlar Kanunu'nun m.534. hükmündeki elbirliği ifadesi ile esas itibariyle haklar üzerinde önceden belli payların bulunmadığı anlatılmak istenmektedir. Buna göre, hakkın tamamı ortaklara aittir, yani haklar kısımlara bölünmüş olarak münferit ortaklara ait değildir. Adi şirkette borçlar yönünden ise, kural olarak müteselsillik esası geçerlidir.

§ 2. HACİZ

A. Genel Olarak

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine başlatılan takibin kesinleşmiş olmasına rağmen borçlu tarafından borç ödenmemesi halinde, alacaklı takibe devam edilmesini, yani borçlunun mallarının haciz edilmesini talep edebilir.¹ Alacaklı, borçlu aleyhine başlattığı takipte başarılı olması halinde, borçlunun malları ile değil, borçlunun haciz edilen mallarının satış bedeli ile tatmin edilir.² Böylece, İcra ve İflas Kanunu'nun en önemli ana kuralı alacaklının para ile tatmin edilmesidir.³ Borçludan haczedilen mallar, alacağına karşılık olmak üzere alacaklıya devredilemez.⁴ Bu sebeple, alacaklı tarafından borçlunun haciz olunan mallarının ancak paraya çevrilmesi ile alacaklının tatmin edilmesi söz konusu olduğundan borçlunun mallarının haciz edilebilmesi için malların paraya çevrilebilir nitelikte olması gerekir.⁵

Doktrinde, haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır, şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Buna göre, tanımdan hareket edilerek, haczin yapılabilmesi için bir para alacağının icra takibine konu teşkil etmesi⁷ ve bu para alacağının icra kabiliyetini haiz olması gerekmektedir. Alacak icra kabiliyeti kazanmadan borçlunun mallarını kaçırmayı tehlikesinin varlığı halinde, alacaklının başvuracağı yol mahkemeden, borçlunun

¹ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 615; Bisang, **a.g.e.**, s. 40.

² Blumenstein, **a.g.e.**, s. 324; Jaeger, **a.g.e.**, s. 237; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 149; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 616; Fritzsche/Walder – Bohner, **a.g.e.**, s. 281. Korkusuz, **a.g.e.**, s. 205.; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 134.

³ Ansay, **a.g.e.**, s. 128; Arslan, **a.g.e.**, s. 33; Kuru (icra iflas) C. II, **a.g.e.**, s. 1171; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 334, 648.

⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 788/II ve 949. maddelerinde de borçlunun borcunun ödemediği takdirde merhumun alacaklıya bırakılmasının yasaklamıştır. (lex commisoria yasağı).

⁵ Jaeger, **a.g.e.**, s. 251; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 165; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 876 vd.

⁶ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 290; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 616; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 99; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 143; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 471; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 152.

⁷ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 79. (haczin geçerliliği için takibin derdest olması gerekir).

malları hakkında, ihtiyati hacze karar verilmesini talep etmek olacaktır.⁸ Bunun yanında, alacağın icra kabiliyeti kazanması için alacağın ilama dayalı olup olmadığına göre, icra emrinin ya da ödeme emrinin borçluya tebliği ve ayrıca belirli ödeme sürelerinin geçmesi ve alacak ilama dayalı değilse, ödeme emrinin kesinleşmesinin beklenilmesi gerekmektedir.⁹

Haciz borçlunun malları üzerinde tatbik olunmalıdır. Malların üçüncü bir şahsa ait olduğunun iddia edilmesi halinde, bu iddianın mahcuz mala istihkak davası şeklinde ileri sürülmesi ve özel bir yargılama prosedürü içinde uyuşmazlığın çözümü gerekir.¹⁰ Haciz işlemi bir icra organı olan icra dairesi tarafından gerçekleştirilir. Borçlunun mallarının haczi ile alacaklının alacağını tahsil etme imkânı yüksek olduğundan, haczin, para alacağının elde edilebilmesi maksadı ile başvuru olan cebri icranın en önemli safhası olduğu söylenebilir. Çünkü borçlunun mallarının haczedilmesi ile alacaklı alacağını tahsil edebilmek için önemli bir hukuki güvence elde etmiş olacaktır.

İcra Hukuku'nda takip talebinden başlayarak paranın tahsil edilmesi aşamasına kadar olan safhalarda alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğü harekete geçeceğinden haciz işlemi de icra müdürlüğü tarafından resen yapılamaz. Her haciz işleminde mutlaka alacaklının bir haciz talebinde bulunma zorunluluğu vardır.¹¹ Ayrıca, alacaklı haciz için gerekli olan masrafları da peşin olarak yatırmak zorundadır.

⁸ İİK m. 257–268; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 290.

⁹ Türk Hukuku'nda ödeme emrine borçlu, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz etmezse takip kesinleşir. Ödeme emrine borçlunun itiraz etmesi halinde, alacaklı ödeme emrine itirazın tebliğinden itibaren ya 1 yıl içinde mahkemeden itirazın iptalini talep edecek ya da 6 ay içinde icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılmasını isteyecektir. Mehaz İsviçre Hukuku'nda, ödeme emrine itiraz süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren 10 gündür. (SchKG Art. 74). Borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren 10 gün içinde, ödeme emrine itiraz etmezse takip kesinleşir ve alacaklı ödeme emrinin tebliğinden itibaren en erken 20 gün sonra borçlunun mallarının haczi talebinden bulunabilir. (SchKG Art. 88), Bkz: Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 100.; Jaeger, **a.g.e.**, s. 237.

¹⁰ İİK m. 96–99. (SchKG 106–109) Aslan, **hacizde istihkak davası**, Turhan Yayınları, Ankara, 2005; s. 13vd; Tekinay, **hacizden mütevellit istihkak davaları**, İstanbul, 1953, s. 7 vd.

¹¹ İİK 78/II gereğince, haciz istemek hakkı, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer. (SchKG Art 88/II).; Jaeger, **a.g.e.**, s. 239.

B. Haciz Talebi

Ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren yedi gün geçtikten sonra,¹² borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi halinde, borçlunun itirazının icra mahkemesinde kaldırılmasından sonra ya da borçlunun itirazının mahkemede iptalinden sonra, bu kararlar borçlu tarafından temyiz edilse dahi bu kararların kesinleşmesi beklenilmeksizin,¹³ alacaklı, borçlunun mal beyanını beklemeden, yazı ile yada sözlü olarak borçlunun mallarının haczi talebinde bulunabilir.¹⁴

Kural olarak, haciz talep hakkı alacaklıya, alacaklının mirasçılara ve alacağı devir alanın temsilcilerine tanınmıştır. Borçlunun haciz talebinde bulunması söz konusu değildir. Bununla birlikte, haczedilen malların satış tutarı borcu ödemeye yetmezse, icra müdürü İİK 78. maddesinde yer alan bir senelik haciz isteme süresinin bitiminden sonra dahi resen tamamlama haczi yapabilir.¹⁵

İcra müdürü şartı incelemeye yetkili olmadığından alacaklı tarafından şarta bağlı olarak haciz talep edilemez. Ancak, alacaklı tarafından yapılan haciz talebi geri alınabilir. Alacaklı, geri aldığı bu talebini İİK m.78 deki sürelerle uyarak yenileyebilir.¹⁶

Alacaklının haciz isteme hakkı ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren bir sene geçmekle düşer.¹⁷ İsviçre Hukuku'nda da, alacaklının borçlunun mallarının haczini istemesi konusunda bir yıllık süre öngörülmüştür.¹⁸

¹² Mehaz İsviçre Hukuku'nda bu süre 20 gündür. (SchKG Art. 88/I); Jaeger, **a.g.e.**, s. 237; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 324; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 149; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 100.

¹³ İİK 364/3 ve HUMK m. 443

¹⁴ İİK m.78.

¹⁵ İİK m.139

¹⁶ İİK m. 78/5 Alacaklının talebi halinde haciz talebine dair bedava ve pulsuz bir vesika verilebilir.

¹⁷ (İİK m.78/II).

¹⁸ (SchKG Art. 88/II); Bkz. Blumenstein, **a.g.e.**, s. 325; Jaeger, **a.g.e.**, s. 238; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 149; Fritzsche/Walder – Böhner, **a.g.e.**, s. 281.

C. Haczin Konusu

Para alacağını tahsil etmek için borçluya karşı haciz yolu ile takibe girişen alacaklı, takibinde başarılı olduğu takdirde, borçluya ait mal veya haklarla değil, o mal veya hakkın bedelini teşkil eden para ile tatmin olunacaktır.¹⁹ Bunun içinde, borçlunun malvarlığına dâhil değerlere icra dairesince hukuken el konulup, paraya çevrilmesi ve icra veznesine giren bu paradan takip konusu alacak, faiz ve takip masraflarını karşılayacak miktarın alacaklıya verilmesi gerekecektir.²⁰ Bu halde, borçlunun malvarlığına dâhil değerlerin haciz edilebilmesi için bu değerlerin devri mümkün ve para ile ölçülebilen değerler olması gerekir. Buna göre, haczin konusunu borçlunun haczi kabil taşınır ve taşınmaz malları ile borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer parasal malvarlığı değerleri oluşturur.²¹

Bir malvarlığı değerinin haczinin mümkün olabilmesi için temelde üç şartın birlikte olması gerekir;²² buna göre, bir hakkın ya da malvarlığı değerinin haciz edilebilmesi için en önemli şart bu hakkın ya da mal varlığı değerinin borçluya ait olması gerekir.²³ Kural olarak, borçluya ait olmayan bir mal ya da hakkın haczedilmesi mümkün değildir. Alman Hukuku'nda icra organının takibin yöneldiği malların borçlunun malvarlığına dâhil olmadığını takip sırasında araştırma yetkisi yoktur. Çünkü bu tür bir inceleme takibi sekteye uğratarak onun etkinliğini azaltacaktır.²⁴ Bazı hallerde üçüncü şahsa ait olan mal ya da haklar borçlunun zilyetliğinde iken haczedilmiş olabilir. Bu halde, mahcuz mala istihkak prosedürü söz konusu olacaktır.²⁵ Ayrıca, İİK m. 85/II fıkra hükmüne göre, üçüncü şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczi en sonraya bırakılır. İsviçre Federal Borç için Takip Kanunu'na göre, SchKG art.95 hacizde sıra üst başlığını taşımakta olup, maddenin III. fıkrasında, hakkında üçüncü

¹⁹ Alacaklılar, icra takibinde alacaklarını, sadece para ödemesi yoluyla tahsil edebilirler. Hacedilen malların alacaklılara paylaştırılması söz konusu değildir. Haciz konusu bizatihi para olmadıkça, önce paraya çevrilir, (Versilberungsprinzip) paraya çevrilme usulü ise açık artırma veya pazarlık suretiyle olur. Bkz: Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s.137.; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 616; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 470.

²⁰ İİK m. 85/I ve İİK m. 138/II

²¹ Eberhard, çev. Deren - Yıldırım, (Usul Hukuku Sorunları) **a.g.e.**, s. 45.

²² Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 165.

²³ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 166.

²⁴ Eberhard, çev. Deren - Yıldırım, (Usul Hukuku Sorunları) **a.g.e.**, s. 46.

²⁵ İİK m. 96–99. (SchKG 106–109) Aslan, **hacizde istihkak davası**, Turhan Yayınları, Ankara, 2005; s. 13 vd. Tekinay, **hacizden mütevellit istihkak davaları**, İstanbul, 1953. s. 7vd.

şahıs tarafından ihtiyaten haciz veya istihkak iddia edilmiş bulunan malların haczinin en son aşamada yapılacağı hükmü yer almaktadır.²⁶

İkinci şart, bu hak ya da mal varlığı değerinin paraya çevrilebilir olması gerekir. Yani, haciz edilen malın maddi bir değerinin olması gerekir.²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararı'nda²⁸ maddi ve parasal değeri olmayan borçluya ait mal varlığının haczinin geçerli olmadığına karar vermiştir. Ayrıca, değeri olmasına karşılık, paraya çevirme masrafları değerinin çok üzerinde olacağı tartışmasız olan malların da haczinin mümkün olamayacağı kabul edilmektedir.²⁹

Üçüncü şart ise, bu hak ya da mal varlığı değerinin İİK m.82 de sayılan haczedilmez mallardan olmaması gerekir.³⁰ İcra İflas Kanunu'nda, belirli malvarlığı değerlerinin haczi sınırlandırılmış,³¹ belirli malvarlığı değerlerinin haczi ise yasaklanmıştır.³² İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına göre,³³ İsviçre Hukuku'nda, borçlunun kişisel haczedilmez mallarının haczi halinde, borçlu İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 17.maddesi gereğince, şikâyet yoluna başvurabilecektir. Ancak, haczedilmez mallarda kamu menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde, bu haciz işlemi İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 22.madde hükmü gereğince, mutlak yoklukla malul olacaktır.³⁴

Burada önemle belirtmeliyiz ki, devri mümkün olmayan bir değer hacze de konu olmayacaktır.³⁵ Zira bu değer devri mümkün olmazsa paraya çevrilebilmesi mümkün olamayacak ve alacaklının da bu değerden tatmin edilmesi söz konusu olamayacaktır. Nihayet, borçlunun malları ile sınırsız sorumlu olduğuna ilişkin maddi hukuk esası İcra Hukuku'nda da geçerlidir. Yani takip

²⁶ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 166.

²⁷ Eberhard, çev. Deren - Yıldırım, (Usul Hukuku Sorunları) **a.g.e.**, s. 50.

²⁸ BGE 108 III 101

²⁹ BGE 97 III 27, BGE 99 III 55.; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 166

³⁰ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 368; Jaeger, **a.g.e.**, s. 250; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 167; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 778; Fritzsche/Walder – Bohner, **a.g.e.**, s. 315; Postacioğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 364.

³¹ İİK m.83.

³² İİK m.82.

³³ BGE 65 III 10; BGE 112 III 80.

³⁴ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s.167.

³⁵ Eberhard, çev. Deren - Yıldırım, (Usul Hukuku Sorunları) **a.g.e.**, s. 50.

borçlunun kendi çıkarları doğrultusunda üzerinde tasarruf edebildiği mallardan onun alacaklıları da yararlanabilecektir.³⁶

D. Haczin Hukuki Niteliği

Haciz alacaklı tarafından borçlunun mallarına hukuken el konulması olarak tanımlanmaktadır.³⁷ Alacaklı tarafından borçlunun mallarına hukuken el konulması ile alacaklının amacı borçlunun mallarını paraya çevirerek alacağını tahsil etmektir. Yapılan bu haciz ile alacaklının hukuken sahip olduğu haklar haczin hukuki niteliğini oluşturmaktadır. İcra İflas Kanunumuzu İsviçre Hukuku'ndan iktibas etmemize rağmen haczin hukuki niteliği konusunda İsviçre sistemi ile Türk sistemi arasında önemli farklılıklar vardır. Alman Hukuku'nda ise, haczin hukuki niteliği daha farklı olarak düzenlenmiştir. Haczin hukuki niteliği konusunda öncelikle, Alman Hukuk sistemi incelenecek daha sonra Alman Hukuku'nun sistemine oranla kısmen birbirine daha yakın sistemler olan İsviçre Hukuku ve Türk Hukuk sistemleri ele alınacaktır.

I. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda haciz, haczi uygulayan alacaklı, hacizli mal üzerinde bir haciz rehin hakkı kazanır.³⁸ Bu talep hakkı kamu hukuku kaynaklıdır. Haczedilmiş malda bir rehin hakkının doğmuş bulunduğu hususu Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) § 804'te açık bir hüküm ile kabul edilmiştir.³⁹ ZPO § 804'ün 1. fıkrasının hükmüne göre, haciz ile alacaklı hacze konu olan şey üzerinde

³⁶ Eberhard, çev. Deren - Yıldırım, (Usul Hukuku Sorunları) **a.g.e.**, s. 51.

³⁷ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 290; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 616; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 99; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 143; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 471; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 152.

³⁸ ZPO § 804; Insolvenz Ord. § 50; Deren–Yıldırım, (hacze iştirak) s. 107; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 1-18; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 142, Kuru, (icra iflas) C.I, s.844; Berkin, (icra) **a.g.e.**, s.107; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.; Alman Medeni Usul Kanununda (ZPO) hacze iştirak kabul edilmemiştir. Alman Hukuku'nda ilk haczi koyduran alacaklı alacağını almadığı sürece, diğer alacaklıların alacaklarının ödenmesi söz konusu değildir. Alman Hukuku'nda hacze iştirak prensibinin kabul edilmemesi ve haciz rehin hakkı sisteminin kabul edilmesinin sebebi, bu hukuk siteminde iflas yalnızca tacirler hakkında değil, bütün borçlular hakkında mümkündür. (InsolvenzOrd. § 11) Bu sebeple, tacir olmayan kişilerin iflası talep edilebildiğinden, cüzi icrada eşitliği sağlayan orantılı paylaşırma ilkesinin uygulamasının da gereksiz olduğu kabul edilmektedir.

³⁹ Schoch, **a.g.e.**, s. 86, Schlosser, **Vollstreckungsrechtliches Prioritaetprinzip und Verfassungrechtlicher Gleichheitssatz.** ZJP 97 Heft 2 s.121 vd. cebri icrada öncelik prensibi tartışılıyor. ZJP 106 Heft 2, s. 215 vd. (çev. Deren–Yıldırım, Hukuk Araştırmaları – MÜHF Yayınları, 1989 s. 135 vd).

haciz rehin hakkı kazanır.⁴⁰ Bu hüküm ile, rehin hukuku'nda geçerli olan “prior tempore potior iure” (imtiyaz zamanda önceliği olanındır) esası icra hukuku'na aktarılmış olmaktadır.⁴¹ Bu düzenleme için ‘kim değirmene önce gelirse, buğdayı o öğütür’ özdeyişi kullanılmaktadır.⁴² Alman Medeni Usul Kanunu'nda ZPO § 804'te ve InsolvenzOrd. § 50'de yer alan düzenlemelerin dışında haciz rehin hakkı konusunda başka açık bir hüküm Alman Hukuku'nda yoktur.⁴³

Alman Medeni Usul Kanunu'nun ZPO § 804'ün II. fıkrasına göre ise, haciz rehin hakkı, iflasta bütün rehin haklarından ve imtiyazlı haklardan önce gelir.⁴⁴ Bu hakkın teslim şartlı rehin hakkı ile aynı niteliğe sahip olmayan bütün rehin ve imtiyaz haklarından önceliği vardır. Borçlunun iflası durumunda, haciz rehin hakkı sahibi alacaklı, öncelikle tatmin edilir.⁴⁵

Alman Hukuku'nda, malı ilk olarak haciz ettiren kimsenin o mal üzerinde öncelik hakkı⁴⁶ vardır.⁴⁷ Rehlin hakkına benzeyen bu hak nedeniyle, öncelikle ilk haczi koyduranın alacağının tamamı önce ödenmekte, daha sonra diğer alacaklıların alacaklarının ödenmesi söz konusu olmaktadır.⁴⁸

⁴⁰ ZPO § 804/I “Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstände.”

⁴¹ Es gilt des Müllers Grundsatz: (değirmenci ilkesi geçerlidir) Wer zuerst kommt, mahlt zuerst! Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 198 Deren – Yıldırım (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 67. öncelik prensibi, menkullerin haczinde ZPO § 804/III, gayrimenkullerin haczinde ZVG § 11/II ve ihtiyati hacizde geçerlidir. ZPO § 928, 930.

⁴² Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 1-6; Schlosser, **a.g.e.**, s. 136; bu anlayışın adaletli olmadığı hakkında.

⁴³ Schoch, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁴ Haczin rehin tesisine tekabül ettiği fikri eski Cermen adetlerinde hakim olan bir fikirdir. Alman Hukuku'nda Hacze tekabül eden (Pfändung) tabiri dahi, rehin anlamına gelen (Pfand) kökünden gelir. Roma Hukuku'ndaki (Pignoris capio) da rehin tesisi işleminden ibaretti. Fakat Roma Hukuku daha sonra bunun yerine daha uygun olan (missio in possessionem)'i ikame etti. Bu müessese ise, alacaklar arasında tam bir iştirak sağlamak üzere borçlunun bütün mallarının, kül halinde alacaklılar lehine haczini ifade etmekte ve modern hukuktaki iflasın uzak kaynağını teşkil etmektedir. Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 426 dn, 1.

⁴⁵ Deren – Yıldırım (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 89; Akcan, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁶ Alman öğretisinde, öncelik ilkesinin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Yıldırım/Deren–Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 125; Schlosser, **a.g.e.**, ZJP 97 (1984/2 s.121–138) (çev. Deren–Yıldırım, Hukuk Araştırmaları – MÜHF Yayınları, 1989 s. 135 vd). Bununla birlikte, öğretilde öncelik ilkesinin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olmadığını savunularda vardır. Bu görüş zaten aciz halinde orantılılık usulüne geçileceği gerekçesine dayandırılmaktadır. Yıldırım/Deren–Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 125; Akcan, **a.g.e.**, s. 33.

⁴⁷ Alman Hukuku'nda, üzerine ihtiyati haciz konmuş taşınırın haczedilmesi de bir ihtiyati haciz rehin hakkı (Arrestpfandrecht) vermektedir. Schlosser, **a.g.e.**, s. 139 – 140.

⁴⁸ Kuru, (icra el kitabı), **a.g.e.**, s. 457; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.

Alman Hukuku'nda, öncelik ilkesi⁴⁹ taşınırın haczinde ZPO § 804/III, taşınmazların haczinde⁵⁰ ve ihtiyati hacizde geçerlidir.⁵¹ Haciz rehin hakkı ise, sadece taşınır malların haczinde söz konusu olmaktadır. Taşınmazlarda, icra mahkemesinin taşınmazın mülkiyetini alıcıya devretme yetkisi hacze değil, kanuna dayandığından taşınmazlara ilişkin takip hükümlerini düzenleyen kanun, haciz rehin hakkına yer vermemiştir. Bu sebeple, haciz rehin hakkı ve onun doğurduğu sonuçlar sadece taşınırın haczinde ortaya çıkmaktadır.⁵²

Alman öğretisinde öncelik ilkesinin, anayasadaki eşitlik ilkesine ve adalete aykırı olduğu iddia edilerek eleştirilmekle birlikte bu ilkeyi eleştirenler azınlıktadır.⁵³ Alman öğretisinde hâkim görüş, öncelik ilkesinin anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, öncelik ilkesi, keyfi davranma yasağına aykırı değildir. Alacaklıya takdiri bırakmak, özel hukukta geçerli olan irade serbestisi ilkesinin bir gereğidir. Medeni Usul Hukuku'nda geçerli olan, silahların eşitliği ilkesi, icra organı ile alacaklı ilişkilerine uygulanmamalıdır.⁵⁴

Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 804/II gereğince diğer alacaklılar karşısında; haciz rehin hakkı, icra alacaklısına, teslim şartlı rehin hakkı sağlar. Bu konuda, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1204 ve devam eden paragraflarda düzenlenen hükümler uygulanacaktır. Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1227'de

⁴⁹ Müşterek hukukta, borçlunun bir malına haciz koyduran alacaklının o mal üzerinde haciz tarihine göre derecelenen bir rehin hakkı kazandığı kabul edilerek onun, sonradan takipte bulunan alacaklılardan önce tatmin edileceği esası kabul edilmiştir. Bu sistem, alacaklıya hacedilmiş olan maldan tatmin olma hususunda bir öncelik hakkı vermektedir. Alman Hukuku da öncelik ilkesini kabul ederek bu sistemden etkilenmiştir. Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 228. Alman Hukuku'nda haczi bir çeşit rehin hakkı kabul etmek, eski Cermen adetlerinden gelmektedir. Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.

⁵⁰ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s.103; Gaul/Deren–Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 2-6.

⁵¹ Alman Hukuku'na göre, ZPO § 930/I üzerine ihtiyati haczi konan taşınırın haczi, alacaklıya, sonuçları ZPO § 804 de belirlenmiş bir rehin hakkı verir. Alman Hukuku'nda ihtiyati haciz rehin hakkı “Arrestpfandrecht” olarak adlandırılmaktadır. İhtiyati haciz sahibi alacaklının kazandığı rehin hakkı, diğer alacaklılara karşı akitten doğan teslim şartlı rehlin hükümlerini doğurur. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 67; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 4.

⁵² Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 70 vd.

⁵³ Schlosser'e göre, paraların paylaşılmasında, tek ölçüt olarak haczin gerçekleştiği anı dikkate almak ve diğer ölçütleri örneğin haczin dayanağı olan belgeyi ve alacağın niteliğini dikkate almamak doğru değildir. s. 123. Bunun yanında, Medeni usul Hukuku'nda geçerli olan ve davacı ile davalı arasındaki ilişkiyi düzenleyen silahların eşitliği ilkesi de, alacaklılar arasındaki ilişkiye uygulanmalıdır. s.127, Yıldırım, (ölçülülük) **a.g.m.**, s. 98 – 115.

⁵⁴ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 68.

ise, haciz rehin hakkı alacaklısının malik gibi aynı çeşit haklara sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Alman Hukuku'nda haciz rehin hakkına ilişkin açıklanan bu hükümler karşısında,⁵⁵ haciz rehin hakkının hukuki niteliği konusu tartışmalıdır.⁵⁶ Bu konuda, haczin haczi yapan alacaklıya hukuken bir haciz rehin hakkı tanınması ile ilgili olarak, özel hukuk kaynaklı özel hukuk teorisi, kamu hukuku kaynaklı kamu hukuku teorisi, ve karma teori ortaya çıkmıştır.⁵⁷

Haciz rehin hakkının hukuki niteliğine ilişkin özel hukuk teorisine göre,⁵⁸ haciz rehin hakkı, sözleşmeye dayanan rehin ve kanundan doğan rehin hakkının yanı sıra, rehin hakkının üçüncü bir türü olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Bu görüşe göre, malların paraya çevrilmesine temel teşkil eden bu hak, özel hukuka ilişkin bir haktır. Haciz rehin hakkının özel hukuka ilişkin bir hak olmasının en önemli sonucu, Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) hükümlerinin değil, Alman Medeni Kanunu (BGB) hükümlerinin uygulanmasıdır. Haciz rehin hakkı kuruluşu ve hükümleri yönünden teslim şartlı menkul rehnindeki düzenlemelere tabi tutulmuştur.⁶⁰ Bu hakkın oluşması için sadece geçerli bir haczin yapılması yetmez, esaslı merasimden sayılan şekil şartları yanında icra hukuku'na ilişkin gerekli şartların da yerine getirilmiş olması gerekir.⁶¹ Bu hakkın kazanılması ve kaybedilmesi, maddi hukuka ilişkin unsurlara bağlıdır, haczedilen eşya borçluya ait değilse veya talep (alacak) yoksa bu hak oluşmayacaktır.⁶²

⁵⁵ Alman doktrinde haciz rehin hakkı teorisi çok taraftar bulmuş bir teoridir. Bkz: Deren – Yıldırım, (iflasın hukuki mahiyeti) **a.g.m.**, s. 334; Deliduman, **a.g.e.**, s. 31, Schoch, **a.g.e.**, s. 23 dn. 50'de anılan yazarlar.

⁵⁶ Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 5 – 6; Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 71; Stein/Jonas, **a.g.e.**, s. 948; Musielak, **a.g.e.**, s. 1800; Akcan, **a.g.e.**, s. 30; Haciz rehin hakkı konusunda çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasının nedeni, bu hakkın diğer alacaklılara karşı teslim şartlı rehlin hükümlerini doğuracağını belirten, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 804. maddesi hükmünün, haciz rehin hakkının geçerlilik unsurlarının ne olacağı konusunda bir düzenleme getirmemiş olmasıdır. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 90.

⁵⁷ Schoch, **a.g.e.**, s. 87.

⁵⁸ Haciz rehin hakkının amacı, rehin hakkının amacından farklı değildir. Bu hak, alacaklıya haciz edilen mal ile tatmin edilme ve diğer alacaklılar arasında belirli bir dereceye sahip olma hakkı vermektedir. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 72.

⁵⁹ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak), **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁰ Lüke, **a.g.e.**, JZ 1957 s. 240; Taşınmazlarda ise, alacaklı haciz sebebiyle hacizde imtiyaz hakkı kazanmaktadır. (Beschlagnahmevorschrift).

⁶¹ Akcan, **a.g.e.**, s.31.

⁶² İcra Hukuku'na ilişkin unsurların yanında, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB § 1204 vd), rehin hakkının oluşması için aradığı unsurlara da uyulmalıdır. Bu teori, haciz rehin hakkının

Özel hukuk teorisi haciz rehin hakkını, Alman Medeni Kanunu'nun hükümlerine tabi tuttuğu için, alacaklının tıpkı rehin veren gibi, malı paraya çevirmek suretiyle tatmin olma hakkı vardır.⁶³ Bu hak, genellikle takibin ve alacağın sona ermesi gibi nedenlerle ortadan kalkar.

Özel hukuk teorisinin taraflarınca ileri sürülen görüşler, kanun koyucunun, haciz rehin hakkına ilişkin olarak getirdiği düzenlemeye ve onun amacına uygundur. Zira kanun koyucu da, ZPO § 804'de haciz rehin hakkını, teslim şartlı menkul rehni olarak ele almıştır.⁶⁴ Bu teorinin taraftarları, ZPO § 753'te yer alan "vekâlet" teriminden yola çıkarak⁶⁵ icra memurunu alacaklının vekili olarak görmektedirler.⁶⁶ Bu görüşe göre, haciz rehin hakkının amacı rehin hakkının amacından farklı değildir. Bu hak alacaklıya haczedilen mal ile tatmin edilme ve diğer alacaklılar arasında belirli bir dereceye sahip olma imkânı vermektedir. Günümüzde özel hukuk teorisi temsil edilmemektedir. Bu teori reddedilmiş ve sonuçları dikkate alınmamaktadır.⁶⁷

Haciz rehin hakkının hukuki niteliğine ilişkin kamu hukuku teorisine göre ise, haciz rehin hakkı kamu hukuku'na ilişkin usuli bir haktır. Özel bir hak olarak kabul edilen haciz rehin hakkının icra hukuku'nun kamusal karakterine uygun olmadığı ileri sürülmektedir.⁶⁸ Bu düşüncenin en önemli sonucu haciz rehin hakkı konusunda, BGB'nin rehin hukuku'na ilişkin hükümlerinin uygulanmamasıdır.⁶⁹

Kamu hukuku teorisi,⁷⁰ özel hukuk teorisinin aksine icra memurunu alacaklının vekili olarak görmemektedir. İcra memuru ne alacaklının ne de borçlunun vekilidir. Bir yürütme organı olarak, icra memurunun gerçekleştirdiği

kazanılması için icra Hukuku'na ilişkin unsurların yanı sıra maddi hukuka ilişkin bazı unsurlarında yerine getirilmesi şartını aramaktadır. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 72.

⁶³ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 75; Lüke, **a.g.e.**, s. 240; Akcan, **a.g.e.**, s. 31.

⁶⁴ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 72.

⁶⁵ ZPO § 753/I Vollstreckungs durch Gerichtsvollzieher "Die Zwangsvollstreckung wird, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher durchgeführt, die sie im Auftrag des Gläubigers zu bewirken haben."

⁶⁶ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 72.

⁶⁷ Akcan, **a.g.e.**, s. 31; Deren–Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 75; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 5.

⁶⁸ Lüke, **a.g.e.**, JZ 1957, s. 241.

⁶⁹ Schoch, **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁰ Bu teoriyi savunanlar haciz rehin hakkının amacı konusunda bir birliğe varamamışlardır. Bkz; Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 77.

paraya çevirme işlemi bir kamu hukuku tasarrufudur. Doğal olarak, icra memuru, paraya çevirme yetkisini, devletin gücünden almaktadır.⁷¹

Bu teoriye göre, haciz rehin hakkı kamu hukuku'na ilişkin usuli bir haktır. Bu hak medeni kanundaki rehin hakkından (BGB § 1204) tamamen farklıdır. Bu teori haciz rehin hakkının oluşumu için sadece geçerli bir haczin varlığını aramamaktadır. Haciz maddi hukuka ilişkin unsurlara bağlı değildir, hakkın oluşumu kamu hukuku'na göre değerlendirilmelidir. Alacaklının borçluya karşı hiçbir alacağı bulunmasa ya da bu alacak sonradan ortadan kalkmış olsa dahi şeklen haciz yapılması halinde haciz rehin hakkı doğacaktır. Bu teoriye göre,⁷² alacaklının iyi niyetine bakılmaksızın borçluya ait olmayan malların haczi halinde de haciz rehin hakkı doğar. Alacaklının haciz edilen malları paraya çevirme ve elde edilen bedeli kabul etme yetkisi vardır. Alacaklının bu hakkı malların paraya çevrilmesinin tamamlanması, haczin icra mahkemesi tarafından kaldırılması, icra takibini geçersiz kılan mahkeme kararı, haczedilen eşyanın üçüncü kişi tarafından iyi niyetle kazanılması, alacaklının borçluya veya icra memuruna bu haktan feragat ettiğini açıklaması gibi nedenlerle ortadan kalkar.⁷³

Özel ve kamu hukuku teorilerinin yanında, Alman Hukuku'nda haciz rehin hukuki niteliğini açıklayan üçüncü teori ise, özel hukuk ile kamu hukuk teorilerinin arasında yer alan karma teoridir. Menkul mallara karşı yapılan icra takibindeki üç işlemin; haczin, malların paraya çevrilmesinin ve paylaştırmanın kamusal faaliyetler olduğu kabul edilmekte ise de, karma teori taraftarları, bundan haciz rehin hakkının kamu hukuku'na ilişkin bir hak olduğu sonucunu çıkartmamaktadırlar.⁷⁴ Buna göre, haciz rehin hakkı, kamusal nitelikteki faaliyetlerden haciz ve paraya çevirme ile sıkı bir ilişkisi bulunan, özel hukuka ilişkin bir haktır.⁷⁵

Bu teoriye göre, paraya çevirme işleminin temeli, haciz rehin hakkı değil, hacizdir. Haciz, burada rehin hakkı tesisi için gerekli olan anlaşmanın yerini

⁷¹ Lüke, **a.g.e.**, JW 1954, s. 254; JZ 1955, s. 484.

⁷² Akcan, **a.g.e.**, s. 31.

⁷³ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 76.

⁷⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, **a.g.e.**, s. 6.

⁷⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, **a.g.e.**, s. 591.

almıştır.⁷⁶ Haciz diğer teorilerde olduğu gibi, haciz rehin hakkının oluşumu için vazgeçilmez bir unsurdur. Bu teoriyi savunanlar paraya çevirme işleminin temelini haciz olduğunu ileri sürdüklerinden dolayı haciz rehin hakkının önemi azalmış ve haciz rehin hakkı usuli bir teminat aracı durumuna düşmüştür.⁷⁷ Bu teoriye göre, alacaklı ile devlet arasındaki ilişki, kamu hukuku karakterine, takibe katılanların kendi aralarındaki ilişkiler ise özel hukuk karakterine sahiptir.⁷⁸ Haciz kamusal bir faaliyet olarak kabul edildiğinden, kamu hukuku teorisinde olduğu gibi, özel hukuk teorisinin aksine, icra memurunun alacaklının vekili olduğu görüşü kabul edilmemektedir. İcra memuru icrai faaliyetini gerçekleştirirken kullandığı yetkiyi, alacaklıdan değil devletin gücünden almaktadır.⁷⁹

Görüldüğü üzere, haciz rehin hakkının, her üç teoriye göre değişen özellikleri ve sonuçları vardır. Alman Hukuku'nda bu üç teoriden birinin geçerli olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte⁸⁰ Alman öğretisinde, karma teorisinin egemen olduğu söylenebilir.⁸¹ Alman Hukuku'nda, günümüzde cebri icra hukuku artık özel hukuka ilişkin alacaklının vekâleti içinde görülmemektedir. Cebri icra hukuku devlete ilişkin bir usulün icrası olarak görülmektedir. Cebri icra alacaklısı ile cebri icra organları arasında kamu hukuku ilişkisi mevcuttur.⁸² Alman Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre, borçluya ait olmayan eşyaların haczinde, haciz rehin hakkı doğmaz.⁸³

İlk haczi uygulayan alacaklının, borçlunun diğer alacaklılarına karşı öncelik hakkına sahip olduğu Alman sisteminde, ilk hacze konu olan malın birden fazla hacz edilmesi mümkündür. Bu iki şekilde mümkün olabilir. Bunlardan birincisi, icra memuru tarafından aynı mal üzerinde, birden fazla haciz

⁷⁶ Werner, **a.g.m.**, JR 1971 s. 281.

⁷⁷ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 86.

⁷⁸ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 86.

⁷⁹ Werner, **a.g.m.**, JR 1971 s. 281.

⁸⁰ Bu teorilerin aynı sonuçlara vardıkları hususlarda vardır. Örneğin üçüncü kişiler karşısında haciz alacaklısının hakları, maddi hukuki esasları yönünden haciz rehin hakkının anlamı, paraya çevirmede haciz rehin hakkının anlamı, konularında olduğu gibi. Bunun yanında, borçlunun aciz hali, birçok alacaklı arasındaki sıra ilişkisinin belirlenmesi gibi hususlarda farklı sonuçlara ulaştıkları görülmektedir. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 70.

⁸¹ Bkz, Akcan, **a.g.e.**, s.33 dn. 33'de yer alan yazarlar, özellikle; "Musielak, **a.g.e.**, s. 1801; Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 238, 243; Lüke, **a.g.e.**, s. 154."

⁸² Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 234.

⁸³ BGH WM 1992, 1620,1630 Bkz. (Brox/Walker, **a.g.e.**, s. 236 dn.29) borçlu hacz edilen eşyanın maliki olmuş veya malik hacze rıza göstermişse, haciz rehin hakkı doğar.

yapılmasının, aynı anda gerçekleştirilmesidir. Bu durum borçluya karşı değişik taleplerin haciz anında yönelttilmesinde söz konusu olur. Ancak malın birden fazla haczedilmesi genellikle aynı anda gerçekleşmez. Malın birden fazla haczedilmesinde ilk haciz ile diğer hacizler arasında belirli bir süre bulunmaktadır. Bu ikinci duruma Alman Hukuku'nda basitleştirilmiş haciz denilmektedir.⁸⁴ Burada ilk haczin uygulanmasından sonra borçluya ait mal, borçlunun bir diğer alacaklısı tarafından veya ilk haczi koyan alacaklı tarafından başka bir alacaktan dolayı yeniden haczedilmektedir.⁸⁵

Alman sistemi hakkında olumlu ve olumsuz çeşitli görüşler vardır.⁸⁶ Bu sistemi savunanlara göre, ilk haczi koyduran alacağına kavuşmadıkça, diğer alacaklıların alacağı ödenmemektedir. Bu çok çalışıp uğraşan bir kimsenin, borçlusuna takip yapmayı ihmal eden kişiye üstün tutulmasıdır. Bu sebeple, bu sistemin yerinde bir sistem olduğu savunulmuştur. Bu görüşü savunanlar malın bulunduğu yerde oturmayan kişiler için sakınca doğurduğu iddiasına karşı da, bu kişilerin, takiplerini malın bulunduğu yerdeki vekil vasıtası ile yaptırabilecekleri cevabı verilmektedir.⁸⁷

Bu sistem taraftarlarına göre, hacze iştirakin kabul edilmesi, bir alacaklının haciz talebi üzerine, alacağın tutarına bakılmaksızın borçlunun bütün mallarına haciz konulmasını gerektirebilir. Çünkü borçlu ilk hacizden sonra serbest kalan malları üzerinde tasarrufta bulunursa ve diğer bir alacaklının hacze katılma talebi kabul edilirse, haciz yaptıran alacaklı zarara uğrayacaktır.⁸⁸

Alman sistemine katılmayanlara göre ise, bu sistem, alacaklıları çabuk davranmaya tahrik eder ve bir kesim alacaklılar aleyhine, ilk haczi koyduran açığöz alacaklılar lehine bir durum yaratır. Bu hak genellikle tesadüfe bağlı bir

⁸⁴ Alman Hukuku'nda basitleştirilmiş hacze “anschlusspfändung” denilmektedir. ZPO § 826 da düzenlenmiştir. ZPO § 826 da tamamlama haczi değil bağımsız bir haciz söz konusudur. Alman öğretisinde bu hususta ilk haciz ikinci haciz kavramlarına yer verilmiştir. Bkz; Akcan, **a.g.e.**, s. 34.

⁸⁵ Alman Hukuku'ndaki “Anschlusspfändung” ile İsviçre Hukuku'ndaki “Anschlusspfändung” (hacze iştirak) kurumu farklı şeylerdir. Her iki hukukta kavram benzerliği olmasına rağmen, her iki kurum birbirine benzememektedir. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak), **a.g.e.**, s. 94.

⁸⁶ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.

⁸⁷ Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 373; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.

⁸⁸ Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s.373; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 273.

hak suretinde ortaya çıkar; çünkü bu sistemde kim önce gelirse o kazanır.⁸⁹ Öte yandan, haciz eden alacaklının medeni hukukta olduğu gibi bir ayni hakka sahip olmasının nazariyata da uygun olmayacağı savunulmuştur; haczin alacaklı için ayni bir hak tesisine sebep olması ancak özel hukuk düşüncesine, sistemine uygun olabilir. İcraya ilişkin bir kanun ise, kamu hukuku düşüncelerinden ilham almalı ve eşitlik prensibine dayanması gerekir.⁹⁰ Bu rüçhan hakkının konuluş nedenini anlamak zordur.⁹¹ Rüçhan sistemi alacaklılar arasında eşitliği bozduğu ve alacaklılar arasında nedensiz bir yarışa sebep olduğu için haksız bir sistem olmaktadır.⁹²

Alman sistemini savunanların ve hacze iştirak sisteminin karşısında olanların hacze iştirakin kabulü halinde borçlunun bütün mallarına haciz konulması gerektiği yolundaki iddialarına katılmak zordur. Zira hacze iştirakin mümkün olduğu sistemlerde borçlunun bütün mallarına haciz konulması gerekli değildir. Bu halde, alacaklıların bütün alacakları göz önünde bulundurularak haciz konulmaktadır, daha sonra gerekli olması halinde de ilave hacizler yapılmaktadır.⁹³

Türk Hukuku'nda, hacze iştirak yönünden Alman sistemi kabul edilmemiştir. İcra İflas Kanunu'na göre, ilk haciz sahibi alacaklının, sonraki alacaklılara oranla rehin hakkına benzeyen bir öncelik hakkı yoktur. Hukukumuzda sonraki alacaklılar, İİK 100. maddedeki şartları yerine getirmeleri halinde, ilk haciz sahibi alacaklı ile birlikte hacze aynı derecede iştirak edebilme hakkına sahiptirler. Bununla beraber, Türk Hukuku'nda İİK 100.maddedeki şartlar dikkate alındığında hacze iştirakin Alman Hukuku'na yaklaşmış olduğu söylenebilir.

II. İsviçre Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda haczin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalardan İsviçre Hukuk doktrini ve uygulaması da kuşkusuz etkilenmiştir.⁹⁴ Ancak, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nda (SchKG) Alman Medeni Usul Kanunu'nun

⁸⁹ Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 120; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 228.

⁹⁰ Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 120.

⁹¹ Berkin, (icra) **a.g.e.**, s. 108.

⁹² Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 120; Berkin, (icra) **a.g.e.**, s. 108; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 228.

⁹³ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 90 vd.; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 274.

⁹⁴ Schoch, **a.g.e.**, s. 88; İsviçre Kanun koyucusu Alman ve Fransız sistemlerinin sakıncalı noktalarını dikkate alarak, ortalama bir yol izlemiştir. Seviğ, **a.g.e.**, s. 214; Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 373; Yılmaz (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 276.

(ZPO) aksine, haczin alacaklı lehine haciz rehin hakkı tesis edeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.⁹⁵ İsviçre Hukuku'nda haciz, haciz koyduran alacaklı lehine herhangi bir rüçhan hakkının doğumuna yol açmamasına karşılık⁹⁶, haczin hukuki niteliği konusunda İsviçre Hukuk doktrininde, tam bir fikir birliği yoktur.⁹⁷

Haciz alacaklı lehine 'adli rehin hakkı' olarak nitelendirilen aynı bir hak doğurur mu?⁹⁸ Yoksa burada bazı malvarlığı değerlerine cebri icra amacı ile resmen el koyma durumu mu mevcuttur?

İsviçre'de bazı yazarlar, Alman Hukuku'ndaki gibi bu konuda açık bir hüküm bulunmasa dahi İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun hükümlerinin haciz rehin hakkını mümkün kıldığı gerekçesiyle rehin hakkı teorisini savunmuşlardır.⁹⁹ Bununla birlikte, İsviçre doktrininde haciz rehin hakkının sözleşmesel rehin hakkından farklı olduğunu belirtmişlerdir.¹⁰⁰ Federal Mahkeme de bazı kararlarında açıkça haciz rehin hakkından söz etmesine rağmen haczin hukuki niteliği konusunda açıkça açıklama yapmadığı konular da bulunmaktadır.¹⁰¹ Bu konuları şu şekilde sıralayabiliriz;

a) Haciz rehin hakkı özel hukuk karakterini haiz, materyal, subjektif bir hak görünümündedir. Haciz ile haciz edilen şey üzerinde aynı bir hak doğar.¹⁰² Ancak, bu hak sözleşme ile kurulan rehin hakkı ile aynı değildir. Sözleşme ile

⁹⁵ Schoch, **a.g.e.**, s. 88; İsviçre sistemi, Almanların 1931 tarihli Hukuk Usulü projesinde (s. 427 vd) teklif edildiği gibi Alman yazarlarınca da başlıca Ernst Jag.'in iflas hukuku kitabında (Lehrbuch des Deutsche Konkursrecht s.136, n.3) ve Rosenberg'in yazısında (DJZ 1.1.1932, s. 52) övülmüştür. Bu konuda, Bkz. Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 121.

⁹⁶ Deren – Yıldırım, (iflasın hukuki mahiyeti) **a.g.m.**, s. 334; Deliduman, **a.g.e.**, s. 31.

⁹⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 142; Fritzsche/Walder, **a.g.e.**, s. 360; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 328; Schoch, **a.g.e.**, s. 86.

⁹⁸ İsviçre doktrininde rehin hakkı teorisinin taraftarları azınlıkta kalmıştır.; Bkz: Deren – Yıldırım, (iflasın hukuki mahiyeti) **a.g.m.**, s. 334; Deliduman, **a.g.e.**, s. 31; Fiori, **a.g.e.**, s. 8 - 12; Weber/Brüstlein/Reichel, **a.g.e.**, Art. 221, N.7

⁹⁹ Bkz. Schoch, **a.g.e.**, s. 88 özellikle dn.7 de yer alan yazarlar; *Zeerleder*, in *ZBJV*, Bd. 25, s. 174; *Reichel*, in *ZBJV* Bd. 27, s. 31, Pfandrechtstheorie, Curti, Pfändungsfandrecht und Gruppenpfändung, s. 36 ve 58 "...İcra memuru açısından grup haczi daha fazla iş ve emek anlamına gelmektedir. Kamuoyunda da bu tür hacizler beğenilmemektedir. Çünkü ilk haczi koyan alacaklı her zaman imtiyazlı olduğuna inanmakta ve kendisinden neredeyse 30 gün sonra haciz talebinde bulunmuş bir alacaklının neden kendisiyle aynı haklara sahip olduğunu anlamak istememektedir. (Frauenfeld'den bir icra memurunun görüşleri) Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 4; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 328; Jaeger, I **a.g.e.**, 96, N.4.

¹⁰⁰ Curti, *Pfändungspfandrecht und gruppenpfändung*, *Zürcher dissertation*, 1894 s. 54; *BGE* 42 III 471. Bu konuda Bkz; Schoch, **a.g.e.**, s. 88 vd).

¹⁰¹ *BGE* 31 I 365; Bkz, Schoch, **a.g.e.**, s. 89).

¹⁰² *BGE* 23 IV 1896; Bkz, Schoch, **a.g.e.**, s. 89).

kurulan rehin hakkının aksine, alacaklının şey üzerinde zilyetliği söz konusu değildir. Alacaklı rehin hakkını borçlunun özgür iradesi ile değil, devletin cebri icra organları kanalı ile elde eder.¹⁰³ Bunun yanında, rehin hakkının kurulmasına ilişkin süreç Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan hükümlere göre işler.¹⁰⁴

b) İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu (SchKG) Art/96. madde¹⁰⁵ hükmü gereğince borçlunun haciz olunan taşınır mallarda tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Borçlunun hacizli mallara ilişkin olarak yaptığı tasarruf işlemleri, alacaklının haciz ile korunan haklarını ihlal ettiği oranda geçersizdir.¹⁰⁶ Bu hüküm ile haciz alacaklısı rehin hakkından farklı olarak, borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmak suretiyle korunmuştur.

c) İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu, Alman Hukuku'nda temsil edilen ve geçerli olan haciz rehin hakkına ilişkin hükümlerden farklı hükümleri içermektedir.

İsviçre Hukuku'na göre, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 110 ve 111. maddelerinde ilave haciz söz konusudur.¹⁰⁷ Buna göre, aynı mal birden fazla alacaklı tarafından haciz edilmesi halinde icra dairesi aynı derecedeki alacaklıların bütün alacaklarına yetecek derecede ilave hacizler yapacaktır.¹⁰⁸

Bunun yanında, haciz rehin hakkı borçlunun ihtiyaten haciz edilmiş¹⁰⁹ ancak henüz satılmamış malları, borçlunun iflas etmesi halinde iflas masasına girecektir.¹¹⁰ Ayrıca, rehin hakkının temel özelliğine aykırı olarak,¹¹¹ Haciz edilen menkul mallar yönünden hacizden itibaren bir yıl içinde taşınmaz mallar yönünden

¹⁰³ Schoch, **a.g.e.**, s. 89.

¹⁰⁴ Jaeger, I, **a.g.e.**, Art. 96. s. 293.

¹⁰⁵ İİK m. 86. aynı yönde hüküm içermektedir.

¹⁰⁶ Bununla birlikte, üçüncü şahsın iyi niyetle zilyetlik hükümlerine istinaden iktisap ettiği haklar saklıdır. Çünkü haczedilen malın borçlunun elinde bırakılması halinde, zilyetlik mülkiyete karine teşkil edeceğinden iyi niyetli üçüncü şahısların bu hukuki işlemde korunmaları asıldır. İİK m.86/II.

¹⁰⁷ Jaeger, **a.g.e.**, Art. 96. s. 358; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 397; Fritzsche/Walder – Bohner, **a.g.e.**, s. 390; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, s. 198; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 1093.

¹⁰⁸ Schoch, **a.g.e.**, s. 91.

¹⁰⁹ (SchKG Art. 199)

¹¹⁰ Schoch, **a.g.e.**, s. 92.

¹¹¹ (SchKG Art. 116)

de iki yıl içinde satış istenmez ise haciz kalkacaktır.¹¹² Buna karşılık, aynı bir hak olan rehin hakkının borç ödenmedikçe belli bir sürenin geçmesi ile kendiliğinden ortadan kalkması söz konusu değildir.

İsviçre’de İcra Hukuku’nun birleştirilmesinden önce, haciz edilen malın paraya çevrilmesinden sonra elde edilen tutarın paylaştırılmasında çeşitli sistemler vardı. Cenevre ve Bern gibi kantonlarda orantılı paylaşma usulü geçerliydi. Ancak diğer birçok kantonda, ilk haczi koyduran alacaklının rehin hakkı elde ettiği müşterek hukuk sistemi uygulanmaktaydı.¹¹³ İsviçre’nin doğusunda bulunan kantonlar orantılı paylaşımdan yanaydılar, buna karşılık, İsviçre’nin batısında bulunan kantolar ise, haciz rehin hakkını savunuyorlardı.¹¹⁴ İsviçre kanun koyucusu, haciz ile iflas arasında bir denge kurmak arzusunda idi. Bu sebeple, Alman ve Fransız sistemleri arasında kalan bağdaştırıcı bir çözüm bulma yoluna gidildi, bu surette “grup sistemi” ortaya çıktı.¹¹⁵

Alacaklılardan oluşan bir grup düşüncesi Federal Borç İçin Takip ve İflas Kanuna ilişkin 1874 tarihli tasarının 73. maddesinde vardı.¹¹⁶ Ancak, bu madde hükmü ile alacaklılara özel bir rehin hakkı tanınıyordu.¹¹⁷ Buna karşılık, 2. komisyon teklifinin 78. maddesinde açık bir rehin hakkı hükmü vardı.¹¹⁸ İsviçre hukukçular birliğinin 4 Eylül 1876 da Freiburg ta yapmış oldukları yıllık toplantıda haciz rehin hakkı fikri reddedilmiştir. 23 Şubat 1886 tarihinde komisyon tarafından kabul edilen tasarının 96. maddesinde ilk grupta yer almak için aranan süre 10 gündü ve ayrıca ilave hacze de yer verilmekteydi. Parlamentoda ise, bu süre 30 güne uzatılmıştır, imtiyazlı hacze iştirak süresi ise 40 gün olarak belirlenmiştir.¹¹⁹

İsviçre de diğer bazı yazarlar¹²⁰ ise, diğer alacaklıların hacze iştirak imkânlarının bulunması ve iflasta haczin rehin gibi düzenlenmemiş olması

¹¹² Schoch, **a.g.e.**, s. 92.

¹¹³ Gaul/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 2.

¹¹⁴ Schoch, **a.g.e.**, s. 93.

¹¹⁵ Gaul/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 2.

¹¹⁶ Gaul/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 2.

¹¹⁷ Schoch, **a.g.e.**, s. 93.

¹¹⁸ Schoch, **a.g.e.**, s. 93.

¹¹⁹ Gaul/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 2.

¹²⁰ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 328; Fritzsche, **a.g.e.**, s. 224; Oftinger, **a.g.e.**, s. 21.

nedeniyle haciz ile adli bir rehin hakkı doğmuş olduğu fikrine karşı çıkarlar.¹²¹ İsviçre Hukuk düzenlemesi incelendiğinde,¹²² İsviçre Hukuku'nda haczin alacaklıya aynı bir hak sağlamadığını görürüz.¹²³ İsviçre de kanun koyucu haciz ile iflas arasında bir denge kurmak arzusunda idi, bu nedenle Alman ve Fransız sistemi arasında kalan 'grup sistemi' ortaya çıktı.¹²⁴ Grup sistemi ile orantılı paylaşırma prensibinin ortasında yer alan bir sistemdir. İsviçre Hukuku'nda tacir olmayan kişilerin iflası kural olarak mümkün olmadığından ilk hacizden itibaren 30 veya 40 günlük sürenin bitimine kadar haciz uygulayanlar aynı grup içinde yer almakta ve paraya çevrilen maldan alacakları oranında tatmin edilmektedirler.¹²⁵ Grup sisteminin kabulü ilave haciz kurumunun ihdasına sebep olmuştur.

Böylece, İsviçre Hukuku'nda, Alman Hukuku'nun aksine,¹²⁶ haciz alacaklı lehine haciz rehin hakkı doğurmayacaktır. Bu hukuk sisteminde alacaklıların hacze iştiraki grup sistemine göre kabul edilmiştir.¹²⁷ Buna göre, İsviçre Hukuku'nda alacaklıya haczedilen mal üzerinde, mutlak ve bağımsız bir öncelik hakkı tanınmamıştır. Buna karşılık, diğer alacaklılar aynı hacze belirli unsurlar altında, iştirak edebilmek hakkına sahiptirler. Alacaklılar kanunun öngördüğü süre içinde çeşitli hususları yerine getirmişlerse, icra edilen hacze kanundan dolayı iştirak edebilmekte ve ilk haczi koyduran alacaklı ile bir grup oluşturarak alacaklarını tahsil edebilme yoluna gitmektedirler. Belirli hususları taşımayan ve İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 110. maddesinin

¹²¹ Beschlagnahmestheorie, Alman Hukuku'nda, haciz alacaklıya hacizli malı masadan ayırma hakkı verir. Alman İflas kanununun 49. maddesinde ilk haczi gerçekleştiren alacaklıya bu hak tanınmıştır. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 6.

¹²² "...Değişik çözüm önerileri arasında İsviçre İcra – İflas Kanunu'nun (SchKG) Art. 110 ve 111. maddelerindeki grup sistemi öne çıkmıştır." Fritzsche/Walder-Bohner, Schuldbeitrungs und Konkurs schweizerischem Recht, **a.g.e.**, Zürich 1984, s. 389–390.

¹²³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 80; Bu sebeple, hacze adi iştirak yönünden de, gerek İsviçre gerek Türk Hukuku'nda, ilk haczi koyduran alacaklının, rehin hakkına benzeyen bir öncelik hakkı yoktur. İlk haczi gerçekleştiren alacaklıdan sonra aynı borçluya karşı haciz talebinde bulunan alacaklılar, ilk hacze bu alacaklı ile birlikte aynı derecede katılırlar. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 8.

¹²⁴ Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 2; (İsviçre de haczin uygulanması haciz rehin hakkı doğurmaz, İsviçre Hukuku'nda sınırlı orantılı paylaşırma usulünün geçerli olduğu grup sistemi geçerli)

¹²⁵ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 2–3.

¹²⁶ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 276.

¹²⁷ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 199.

II. fıkrasındaki süre içinde haciz koyduramayan alacaklılar ilk haczin dışında kalırlar ve ikinci grubu oluştururlar.¹²⁸

İsviçre Hukuku'nda ilk hacizden sonraki 30 gün içinde haciz talebinde bulunan alacaklılar, ilk haciz koyduran alacaklı ile birlikte birinci grubu ve bundan sonraki otuz günlük dönemler içinde haciz talebinde bulunan alacaklılar da sonraki grupları oluştururlar.¹²⁹ Birinci gruba giren alacaklılar tatmin edilmeden diğer gruba haciz edilen malın paraya çevrilmesinden pay verilmez. İlk grupta yer alan alacaklıların tatmin edilmesinden sonra geriye bir şey kalırsa üçüncü grupta yer alan alacaklılar tatmin edilecektir.¹³⁰ İcra ve İflas kanununun 100. maddesinin kaynağını oluşturan, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 110.madde hükmüne göre hacze iştirak edebilmek için, haczin talep edilmiş ve uygulanmış olması ile ilk haczin gerçekleşmesinden itibaren alacaklının 30 gün¹³¹ için de haciz talebinde bulunmuş olması gerekmektedir.¹³²

İsviçre Hukuku'ndaki 30 günlük süre, ihtiyati haciz için geçerli değildir.¹³³ Bu hukuk düzeninde üzerinde kesin haciz bulunan malın daha sonra ihtiyaten haczedilmesi durumu kanunda öngörülmemiştir. Bu durumda, İsviçre Hukuku'nda hacze iştirak kabul edilmemektedir.¹³⁴

İsviçre Hukuku'nda, grup sistemi geçerli olduğundan sınırlı orantılı paylaştırma ilkesi uygulanmaktadır. Zira hacizden itibaren ilk 30 gün içinde başvuran alacaklılar, daha sonra başvuran alacaklılardan önce tatmin edilirler. Kural olarak birinci grubun alacaklıları tatmin edilmeden ikinci grubun alacaklılarına ödeme yapılmaz. Buna karşılık, haciz edilen malın bedeli birinci

¹²⁸ İsviçre Hukuku'nda hacze iştirak kurumu SchKG m.110 ve 111. maddelerinde düzenlenmiştir.

¹²⁹ SchKG m.110; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 203; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 844.

¹³⁰ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 277.

¹³¹ İsviçre Hukuku'nda, hacze iştirak süresi, iştirak etmek isteyen alacaklıların, ilk haczi bilip bilmemelerine bakılmaksızın işler. BGE 101 III 86; Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) s. 2; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 2.

¹³² İsviçre Hukuku'nda, 1886 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile hacze takipli iştirak süresi 30 gün olarak kabul edilmiştir. 1888 tarihinde ise, takipsiz, imtiyazlı iştirak için hacze iştirak için imtiyazlı alacaklılar lehine 10 gün daha uzatılarak 40 güne çıkarılmıştır. Sürenin 30 güne çıkarılmasının amacı borçluyu ve onun mallarını haciz etmekten kaçınan alacaklıların daha atak davranan alacaklılara karşı korunmak istenmesidir. Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 5. Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 126 – 127; Schlosser, **a.g.e.**, s. 139.

¹³³ Schlosser, **a.g.e.**, s. 140.; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, C. III. s. 2590.

¹³⁴ Bununla birlikte, ihtiyati hacze iştirak SchKG 281. maddesinde düzenlenmiştir. Blumenstein, **a.g.e.**, s. 850; Jaeger, **a.g.e.**, C.I s. 110 N.3; Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 37.

grupta yer alan alacakların tamamını karşılamıyorsa, bu halde, malın bedeli bu grupta yer alan alacaklılara alacakları oranında dağıtılır. Buna göre, her bir grup içinde orantılı paylaşırma ilkesi geçerlidir.¹³⁵

İsviçre sisteminin kötü niyetli borçluların kolaylıkla kötüye kullanabilecekleri bir sistem olduğu¹³⁶ ve ülkemizde bu sistemin kötüye kullanılması sakıncası ortağa çıktığı için Türk İcra ve İflas Kanunu'nun bu düzenlemeyi sıkı kayıtlar getirerek terk ettiği savunulmuştur.¹³⁷

III. Türk Hukuku'nda

Türk Hukuku'nda,¹³⁸ tıpkı İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi haciz alacaklıya aynı bir hak sağlamaz.¹³⁹ Bu sebeple, Türk Hukuku'nda, haciz rehin hakkının varlığından söz edilemez.¹⁴⁰ Türk Hukuku'nda, İsviçre Hukuku'nda uygulanan grup sistemi ve saf orantılı paylaşırma ilkesinin arasında yer alan orantılı paylaşırma usulü benimsenmiştir.¹⁴¹

Türk Hukuku'nda, 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflas Hukuku'na ilişkin kanuni düzenlemenin yürürlükte olduğu sırada, İsviçre Hukuku ile tek fark hacze iştirak süresinin İsviçre de kabul edildiğinin aksine on gün olarak kabul edilmesiydi.¹⁴² Ancak 9 Haziran 1932 tarih ve 2004 sayılı kanunla, 1929 tarihli ve

¹³⁵ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 66.

¹³⁶ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 277.

¹³⁷ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 278.

¹³⁸ Türk Hukuku İsviçre Hukuku'ndan hacze iştirak konusunda açık bir şekilde ayrılmış, hacze iştiraki İsviçre'ye göre çok daha dar tutmuştur. Bunun sebebi ise, gerçek alacaklının uygulayabileceği haczin borçlu tarafından yapılacak muvazaalı borç ikrarı ile fiilen yok edilmesini önlemektir. Bu sebeple Türk Hukuku'nda ancak belirli ve özel hallerde hacze iştirake izin verilmiştir. Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 427; **bu yönüyle Türk Hukuku'nda, hacze iştirak zorlaşarak bir anlamda Alman sistemine yakınlaştığı da savunulabilir.**

¹³⁹ İcra İflas Kanunumuz 116 ve 128. maddelerinin hükümlerine göre, ihalede teklif edilen bedel rüçhanlı (öncelikli) alacaklarını karşılamazsa artık satış talebi düşecektir. Görüldüğü üzere, kanun rüçhanlı rehinlerden bahsetmiş ancak bunlar arasında haczi saymamıştır. Üstündağ, **a.g.e.**, s. 142, dipnot: 413 teki açıklamalara.

¹⁴⁰ Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 123; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 162; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 844; Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 277.; Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 3; Akcan, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁴¹ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 67.

¹⁴² Hacze iştirak süresinin Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak on güne indirilmesinin sebebi, işlerin daha çabuk yürütmesini sağlamaktır. Ancak bu gaye, bu kurumun hiç işlememesine sebep oldu. 1929 tarihli kanunda ödeme süresi ödeme emrinin tebliğinden itibaren on beş gün, hacze iştirak süresi de on gün olduğundan, borçlu itiraz etmemiş olsa bile, bir alacaklının daha önce yapılmış bir hacze iştirak etmesi kabul olmuyordu. 1424 sayılı kanunun yol açtığı bir diğer sakınca ise hacze iştirak etmek isteyen alacaklılar için

1424 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış ve yeni düzenle ile hacze iştirak kurumu eski düzenlemeden tamamen farklı bir görünüme bürünmüştür. Bu değişikliğin amacı, gerçek alacaklıların hacze iştiraklerinin sağlanmasıydı.¹⁴³ Böylece, hacze adi iştiraki İcra İflas Kanunu’nun 100. maddesinde yer bulan dört şartın yerine getirilmesine bağlayan Türk Hukuku, İsviçre Hukuku’ndaki düzenlemeden ayrılmıştır.¹⁴⁴ Türk, İcra ve İflas Kanunu 100.madde uyarınca uygulanmış bir hacze iştirak etmek isteyen bir alacaklının dört şartı yerine getirmesi gerekir. Bu şartlar; haciz talebinde bulunulması; öncelik (tekaddüm) şartı; belgelendirme şartı; hacze iştirak süresinin sonuna kadar haciz talebinde bulunma şartı.

Görüldüğü üzere, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu (SchKG Art. 110) ile İcra ve İflas Kanunumuz (İİK m.100) arasında birinci şartın dışında ortak bir nokta kalmamıştır.¹⁴⁵ Diğer bir ifade ile İsviçre İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu ile Türk İcra İflas Kanunu arasında hacze iştirak yönünden tek benzerlik takip şartının aranmasıdır.¹⁴⁶

İcra ve İflas Kanunu’nun 100. maddesinde yer alan belgelendirme ve öncelik şartları hacze iştirak imkanının Türk Hukuku’nda İsviçre Hukuku’na nazaran daha dar tutulmasına sebep olmuştur.¹⁴⁷ İsviçre Hukuku’nda benimsenen

belgelendirme şartının öngörülmemiş olması idi. Azmi – İzzet (Komisyon mazbatasından nakledilen düşünceler) s. 215–216; Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 299.

¹⁴³ Türk Hukuku’ndaki düzenleme İsviçre Hukuku’na oranla daha dar bir düzenlemedir. İİK 100. maddenin değişiklik gerekçesinde “memleketimizin ihtiyaçlarının göz önüne alındığı ve birçok muvazaalı alacaklıların ortaya çıkmasının önlenmesi” gösterilmiştir. Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 277 vd.

¹⁴⁴ İsviçre ve Türk Kanunlarındaki düzenlemeler arasında hacze iştirak yönünden bir paralellikten söz etmek mümkün ise de, 1932 yılında Türk İcra İflas kanununda yapılan değişikliklerle hacze adi iştirake ilişkin hüküm öyle bir değişikliğe uğramıştır ki, günümüz Türk Hukuku’nda artık orantılı paylaşırma prensibinden veya grup sisteminden söz etme imkanı kalmamıştır. Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 8 – 9.

¹⁴⁵ Hacze iştirak şartlarının ağırlaştırılmasına rağmen ilave haciz (İİK m.100 – SchKG Art. 110), alacak haczi (İİK m.120 – SchKG Art. 131), pazarlıkla satış (İİK m.119 – SchKG Art. 130), rehinli ve adi alacakların sırasına ilişkin hükümler aynı kalmıştır. (İİK m.206 – SchKG Art. 219). 4949 sayılı kanunla 2004 sayılı İİK’da yapılan değişiklikle, ihtiyati hacizde de ihtiyati haciz alacaklısının icrai haciz alacaklısının haczine iştirak edebilmesi için ihtiyati haciz alacağının İİK 100. maddede yer alan hacze iştirake ilişkin şartları taşıması şartı getirilmiştir. Bu şekilde, ihtiyati haciz alacaklısının hacze iştirak imkanı oldukça zor bir hale getirilmiştir.

¹⁴⁶ Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s. 7.; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 8.

¹⁴⁷ Tüm bu değişikliklere rağmen İİK’yi İsviçre’den iktibas ettiğimiz için, bir maddenin değiştirilmesi kanunumuzun grup sisteminden uzaklaşması için yeterli olmamıştır. İlave haciz, alacakların devri, pazarlık suretiyle satış ve ihtiyati haciz ile ilgili hükümler değiştirilmemiştir. Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 125, 100. maddeyi yerli yama olarak nitelendirmektedir. İki hukuk

grup sistemi kötü niyetli borçluların kötüye kullanabilecekleri bir sistemdir.¹⁴⁸ Grup sistemin sakıncaları olduğundan dolayı İcra İflas Kanunumuzda bu düzenlemenin yerine hacze iştirake sıkı şartlar getirilerek orantılı paylaşırma usulü benimsenmiştir. Böylece, Türk Hukuku'nda sıkı şartlara bağlanılarak, kendine özgü bir hacze iştirak prensibi benimsenmiştir.¹⁴⁹

Görüldüğü üzere, haczin hukuki niteliği, değişik ülkelerde, hacze iştirak konusunda, orantılı paylaşırma, grup sistemi ve öncelik ilkesinin uygulanmasına göre değişmektedir.

Alman Hukuku'nda, hacizde öncelik prensibi uygulandığından hacze iştirak söz konusu olmamaktadır. Buna göre, haciz alacaklısına haciz rehin hakkı verdiğinden haciz edilen bir mal daha sonra borçlunun bir başka alacaklısı tarafından da haciz edilirse, bu halde, öncelikle ilk haciz sahibi olan alacaklı paraya çevrilen maldan alacağını öncelikle alacaktır. Alman Hukuku'nda yukarı da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, ilk haciz sahibine tanınan haciz rehin hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda özel hukuk teorisi, kamu hukuku teorisi ve karma teori vardır. Özel hukuk teorisi irade serbestîsi kuralına dayalı olarak icra hukuku'nun sorunlarını çözmeye çalıştığından günümüz icra hukuku anlayışı ile ilgisi yoktur. Kamu hukuku teorisi ise, haczi bir kamu hukuku tasarrufu olarak görmektedir. Bu konuda, en gerçekçi teori ise, kamu hukuku ile özel hukukun teorilerinin arasında kalan karma teoridir.

Alman sistemi elini çabuk tutan alacaklılara çok büyük avantajlar sağlamaktadır. Ayrıca, bu sistem kötü niyetli borçlular tarafından kötüye kullanılması da mümkündür. Bu sistemde borçluları takip yönünden alacaklılar arasında adeta bir yarış olacak ve mali yapısı bozulan bir borçlu çok kısa süre de iflasa sürüklenebilecektir. Bu öncelik ilkesinin alacaklılar arasında eşitliği bozduğu

düzenini hacze iştirak konusunda birleştiren en önemli husus ise orantılı paylaşırma ilkesinin kabulüdür. Deren – Yıldırım (adi iştirak) **a.g.e.**, s. 8.

¹⁴⁸ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 277.

¹⁴⁹ Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 9.

ve alacaklılar arasında bir yarışa sebep olduğu için haksız bir sistem olduğu savunulmuştur.¹⁵⁰

Alman sisteminin aksine, Türk ve İsviçre Hukukları'nda kural olarak, haciz hukuki niteliği itibariyle alacaklısına haciz rehin hakkı tanımamamaktadır. Bu sebeple, bu hukuk sistemlerinde hacze iştirak imkânı kural olarak vardır. Bununla birlikte, Türk Hukuku hacze iştirak konusunda İsviçre Hukuku'ndan ciddi bir şekilde ayrılmaktadır. Zira İsviçre Hukuku'nda grup sistemi benimsenmiştir. İsviçre Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki en önemli benzerlikler hacze iştirak için takip unsurunun aranması ve orantılı paylaşırma ilkeleridir.¹⁵¹ Öte yandan, Türk Hukuku'nda hacze iştirak imkânı kural olarak mümkün olmasına rağmen, hacze iştirak için İİK m.100 şartlarının aranması hacze iştiraki oldukça zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, Türk Hukuku yönünden Alman Hukuku'ndaki haciz rehin hakkı hukuken tanınmamış olsa dahi hacze iştirakin şartlarının çok ağır olması Türk Hukuku'nda hacze iştiraki Alman Hukuku'na yaklaştırmaktadır.

¹⁵⁰ Yılmaz, (takipli katılma) **a.g.e.**, s. 274; Akcan, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁵¹ Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda orantılı paylaşırma ilkesinin uygulanması diğer hukuk sistemlerinden farklıdır. Borçlunun birden fazla alacaklısının olması halinde haczin yapılması satış bedelinden diğer alacaklıların orantılı bir biçimde yararlanmasına sebep olmaz. Alacaklı cüz'ü icrada İİK m.100 veya m.101 deki unsurları sağlamakla yükümlüdür. Diğer alacaklı bu aranan unsurları yerine getiremiyorsa, bu halde, ilk haczi koyduran alacaklı Alman Hukuku'nda olduğu gibi öncelik hakkına sahiptir.

E. Haczin Yapılması

Kural olarak, icra müdürü haciz işlemini resen yapamaz. Ödeme emrinin kesinleşmesi¹⁵² ile haciz işleminin yapılabilmesi için alacaklının takibe devam edilmesini istemesi yani, paraya çevirme ve alacaklının tatmin edilme amacını¹⁵³ taşıyan haciz talebinin varlığı¹⁵⁴ gerekir.¹⁵⁵ Haciz talebi, alacaklı tarafından sözlü veya yazılı olarak yapılabilir.¹⁵⁶ Haciz talebinin sözlü olarak yapılması halinde, memur tarafından haciz talebi yazıya dönüştürülmeli ve tutanağın altı alacaklıya imzalatırılmalıdır.¹⁵⁷ Haciz talebi şarta bağlı olarak yapılamaz.¹⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesi de haciz talebini şarta bağlı olarak yapılamayacağı yönünde karar vermiştir.¹⁵⁹

Haciz talebinde bulunmak şekle tabi değildir. Alacaklı yazılı dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesinden haczin yapılmasını isteyebilir. Sözlü olarak haciz talebinde bulunulması halinde bir tutanak düzenlenir.¹⁶⁰ Alacaklının haciz talep etme hakkı ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir yıllık süreye tabidir.¹⁶¹ Bu süre içinde haciz istenmezse takip dosyası işlemiden kaldırılır.¹⁶²

Kural olarak, icra takibinin başlatıldığı yer icra dairesi haczi düzenlemeye yetkilidir.¹⁶³ Buna karşılık, haciz edilecek olan mal icra takibinin başlatıldığı icra müdürlüğünün yetki alanının dışında olması halinde malın bulunduğu yer icra dairesi haczi uygulamaya yetkilidir. Bu halde, takibin başlatıldığı yer icra dairesi

¹⁵² Alacaklı tarafından haciz talebinde bulunulabilmesi için öncelikle takip ilamsız takip ise, ödeme emrinin kesinleşmiş olması gerekir. Ödeme emri, borçlu tarafından takibe itiraz edilmesi sonucunda alacaklının borçlunun itirazını kaldırtması ile kesinleşebileceği gibi borçlu tarafından takibe yasal itiraz süresi içinde itiraz edilmemesi halinde de ödeme emri kesinleşir. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 358.

¹⁵³ Bisang, **a.g.e.**, s. 358.

¹⁵⁴ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 359; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁵⁵ Tamamlama haczi (İİK m.139) haciz için alacaklının talepte bulunması gerektiği kuralının bir istisnasını teşkil eder. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 619.; Kuru (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 359; Bazı hallerde, borçlunun talebi ile de haciz yapılabilir. İİK m.33/II; m.169a son fıkra; m.170 son fıkra).

¹⁵⁶ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 79.

¹⁵⁷ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 79.

¹⁵⁸ Kuru, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 619.

¹⁵⁹ BGE 85 III 68; BGE 94 III 79.

¹⁶⁰ İİK m. 8/I.

¹⁶¹ Bu bir yıllık sürenin geçmesi ile, sadece alacaklının haciz isteme hakkı düşer; icra takibi düşmez. Alacaklı bu bir yıllık sürenin geçmesinden sonra haciz talebinde bulunmak isterse, öncelikle yenileme talebinde bulunmalıdır. (İİK 78/V).

¹⁶² İİK m. 78/IV.

¹⁶³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 81.

istinabe etmek için haciz olunan malın bulunduğu yer icra dairesine hemen yazar.¹⁶⁴ Haciz ile ilgili şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesi tarafından çözümlenir. İsviçre Hukuku'nda istinabe halinde yetki kuralının ihlal edilmesi halinde uygulanan haciz geçersiz sayılır.¹⁶⁵ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan 4949 sayılı değişiklikle, resmi sicile kayıtlı olan malların haczi yönünden açıklamış olduğumuz kurala istisna getirilmiş ve resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesi tarafından kaydına işletilmek suretiyle doğrudan doğruya da yapılabilir. Bu kanun değişikliği ile uygulamada gerçekleştirilen fiili durum hukukileştirilmiştir.¹⁶⁶

Haciz işlemi, alacaklının talebinden itibaren, icra müdürü¹⁶⁷ ya da icra müdürünün yardımcısını görevlendirmesi halinde, yardımcısı tarafından 3 gün içinde yapılmak gerekir.¹⁶⁸ Haciz, resmi tatil günlerinde de yapılabilir, kural olarak gece vakti haciz yapılmamakla birlikte, gece çalışılan yerlerde gece vakti hâsılât kirası yapılabileceği gibi, borçlunun mallarını kaçırmaya ihtimali olan hallerde gece vakti haciz yapılabilir.

Borçluya hacze gidileceği hakkında önceden tebligat yapılmaz. İcra müdürü, hacze gidildiği sırada borçluyu arar. Borçlu haczedilecek malların bulunduğu yerde haciz sırasında bulunursa, haciz işlemi haciz borçlunun huzurunda yapılır. Borçlu o yerde olmamakla birlikte, hemen bulunması mümkün ise, nerede olduğu araştırılır, borçlunun bulunmaması halinde ya da hemen bulunması mümkün değilse, haciz borçlunun yokluğunda yapılır.¹⁶⁹ Yokluğunda haciz yapılan borçlu, İİK m. 103 uyarınca haciz tutanağını incelemeye davet olunur.

Kural olarak, haciz sırasında talep halinde, borçlu kilitli yerleri açmaya ve mallarını göstermeye mecburdur. Bu yerler gerektiğinde zorla açtırılır.¹⁷⁰ Haczi

¹⁶⁴ İİK m. 79/II.

¹⁶⁵ BGE 91 III. 45; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 81.

¹⁶⁶ Y.12.HD.31.5.1988 T. E. 1987/9585, K:7083; 12.HD. 5.4.1982T. E. 2692, K:2751. (kararlar için Bkz, Uyar, **a.g.e.**, İİK C.II, s. 2155).

¹⁶⁷ Kimlerin haciz yapabileceği İİK m.80/I hükmünde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebeple, mübaşire yada odacıya haciz yaptırılamaz. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 365.

¹⁶⁸ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 365.

¹⁶⁹ İİK m.80/II.

¹⁷⁰ İİK m. 80/IV.

yapan memurun borçlunun haciz işlemine direnmesi halinde zor kullanma yetkisi vardır.¹⁷¹

Haciz edilen mallar haciz tutanağına yazılır.¹⁷² Haciz tutanağı haciz mahallinde düzenlenir. Haczi yapan memur, hacze konu olan malları gördükten sonra bu malların haczedildiğini malların kıymetleri ile birlikte haciz tutanağına yazar. Haciz tutanağının altı, haczi yapan memur, haciz sırasında hazır bulunan alacaklı, varsa vekili veya temsilcisi, varsa yediemin ve bilirkişi tarafından imzalanır.¹⁷³

Haczin gerçekleşmesinin temel unsuru, icra memurunun haciz iradesini açıklamasıdır. İcra memurunun bu irade açıklaması ile haciz konusu mallar üzerine hukuki el koyma gerçekleşir.¹⁷⁴ Hukuki el koyma, borçlu yönünden mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması şeklinde ortaya çıkar. Böylece, haciz ile karşılanmak istenilen alacak miktarı oranında, mal, borçlunun tasarruf sahasından çıkmaktadır. Bu itibarla, haczin ne zaman gerçekleştiği diğer bir ifade ile ne zaman yapılmış sayıldığı konusu çok önemlidir. Zira haczin gerçekleşmesi ile alacaklı hacizden doğan haklarına sahip olabileceği gibi haciz tesirlerini de haczin gerçekleşme anı ile doğuracaktır.¹⁷⁵ Böylece, haczin ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi ile haczin hukuki sonuçlarına bağlı özellikle üçüncü kişilerinde dahil olabileceği uyuşmazlıkların çözümü daha kolay olacaktır.

Haczin ne zaman gerçekleştiği konusunda gerek mehz İsviçre Borç için Takip ve İflas Kanunu'nda (SchKG) gerekse, Türk İcra İflas Kanunu'nda (İİK)

¹⁷¹ Haczi yapan memur, haciz sırasında kolluk güçlerinin yardımına başvurabilir. Kolluk güçleri icra müdürlüğünün yazılı talebi halinde, bu talebin gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Köylerde haczi yapan memurun emirlerini köy muhtarı yerine getirmekle yükümlüdür. (İİK m. 81; İİK m. 357). Kuru, (elkitabı) **a.g.e.**, s. 367.

¹⁷² İİK m. 102.

¹⁷³ İİK m. 102/I ; İİK Yön. m.38/I.

¹⁷⁴ El koymanın (Beschlagnahme) maddi ve fiili manada olmasına zorunluluk olmadığı için bunun maddeten el koyma şeklinde anlaşılmasını önlemek için terim hukuki el koyma olarak ifade edilmektedir. Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 291.

¹⁷⁵ Haczin gerçekleşme anını tespitinde birinci menfaat hacze konu teşkil eden mal ve haklardan borçlu yönünden vaki olacak sınırlama anını tespittir. Zira haczin gerçekleşme anından önce yapıldığı zaman alacaklılara karşı kural olarak hüküm ifade etmesi gereken tasarruf haczin gerçekleşme anından sonraki bir zamanda yapılacak olursa, haciz alacaklı yönünden hüküm ifade etmeyecektir. İkinci menfaat ise, alacaklı dışında kalan alacaklıların haciz talepleri yönündendir. Zira diğer alacaklıların haczi ilk haczin gerçekleşmesinden sonra gerçekleşmişse, ikinci alacaklının alacağı İİK m.100 deki şartları taşımadıkça onun haczi ilk haciz den sonra geriye bir şey kalırsa onunla tatmin edilecektir. Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 291.

açık bir hüküm yoktur,¹⁷⁶ yani, İsviçre Federal Borç için Takip Kanunu ve İcra İflas Kanunu'nda haczin gerçekleşmesi için herhangi bir şekil düzenlenmemiştir.¹⁷⁷ Haczin ne zaman gerçekleştiği konusunda, kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, haczin gerçekleşme anı İsviçre doktrininde tartışmaya sebep olmuştur.¹⁷⁸ Haciz acaba, icra memurunun haciz iradesini açıklaması ile mi, yoksa haciz tutanağının düzenlenmesi ile mi gerçekleşecektir?

Bir görüşe göre,¹⁷⁹ haczin gerçekleşmesi için, icra memurunun haciz iradesinin açıklanması yeterlidir.¹⁸⁰ Ancak, bu haciz iradesinin açıklanması, haciz sırasında hazır bulunan borçlu veya onun temsilcisi karşısında yapılmış olması gerekir.¹⁸¹ Bu görüşe göre, icra müdürünün haciz iradesinin açıklanması ile haciz gerçekleşmiş olur. Haciz yapıldığı sırada takibin her iki tarafının ya da bu şahıslar adına adli tebligatı kanunen yetkili şahısların¹⁸² orada hazır bulunması halinde, icra müdürünün belirli malları haciz ettiğini açıklaması ile o mallar haczedilmiş olur.¹⁸³ Buna karşılık, haciz yapılırken, alacaklı veya borçlu malın bulunduğu yerde hazır olmadığı gibi, hazır olmayan şahıs adına tebligatı kabule yetkili şahıslardan hiçbiri de orada yoksa, icra müdürünün haciz iradesinin, haciz sırasında hazır olamayan borçlu veya alacaklıya ya da bu şahıslar adına adli tebligatı kabule kanunen yetkili olanlara ulaştırılması¹⁸⁴ ile haciz tamamlanmış olur.¹⁸⁵

¹⁷⁶ İsviçre'de SchKG Art. 89'a göre, icra memuru tarafından haciz ihbarnamesiyle (Pfändungsankündigung) borçluya derhal haczin tatbik edileceği bildirilir. SchKG Art. 90'da borçluya SchKG Art. 91'deki hak ve yükümlülüklerinin de bildirileceği düzenlenmiştir. Bu işlemler fiili hacizden önce gerçekleşmektedir. Türk Hukuku'ndaki haciz tutanağı (Pfändungsurkunde) ise, İsviçre'de İİK m. 100'deki hacze iştirak taleplerini de içerecek şekilde sonraki tarihte düzenlenmektedir. Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 102; Blumenstein, **a.g.e.**, s.336.

¹⁷⁷ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 102.

¹⁷⁸ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 146.; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 336; Jaeger Art. 89, N4; Reichel, Art. 89, N1.

¹⁷⁹ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 293.

¹⁸⁰ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 336, yazara göre, haciz üçüncü şahıslar karşısında hükümlerini ancak, hacizden onlara bilgi verildiği anda doğurabilir.

¹⁸¹ Weber/Brüstlein/Reichel, **a.g.e.**, s. 89 N.1.

¹⁸² Teb. K. m.13,14,15,16 ve m.18.

¹⁸³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s.102; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 415.

¹⁸⁴ İİK m. 103 gereğince yapılacak olan tebligat kural olarak haciz işleminin tekemmülü için esaslı unsur değildir. ancak, haciz sırasında borçlu veya onun temsilcisi hazır bulunmıyorsa bu halde haciz zabıt varakasının incelenmesi için yapılan davete (Hukukumuzda 103 davetiyesi olarak adlandırılır) haczi borçlu yönünden tamamlayan bir unsur olarak bakılabilecektir. Zira, bu özel durumda borçlu, icra müdürünün haciz beyanından, zabıt varakasının tetkiki için yapılan davetten önce bilgi almamıştır. Jaeger, **a.g.e.**, 89, N.5, bu bakımdan kıymet takdir raporunun

Haczin gerçekleşme anına ilişkin diğerk görüşte olanlara göre ise, haciz icra memurunun malların haczine ilişkin iradesinin haciz tutanağına geçirilmesi ile gerçekleşir.¹⁸⁶

Her iki görüşü savunan yazarlara göre ise, İİK m.87 gereğince yapılan kıymet takdiri; İİK m.89 gereğince haczin üçüncü şahıslara haber verilmesi; İİK m.91 gereğince taşınmazların haczinde tapu dairesine haber verilmesi ile İİK m.94 gereğince yapılacak tebliğler ve İİK m.88 gereğince alınan muhafaza tedbirleri haczin geçerliliği için gerekli şartlardan sayılmazlar.¹⁸⁷ Bu sebeple de, bu işlemlerin yerine getirilmemeleri haczi batıl duruma getiremez.¹⁸⁸

İsviçre Federal Mahkemesi de haczin gerçekleşmesi hakkında, 25 Mart 1924 tarihinde vermiş olduğı içtihadında¹⁸⁹ haczin gerçekleşmesini icra memurunun haciz iradesinin açıklanmasına bağılı kılmıştır. Mahkeme kararında, iradenin açıklanmasından maksadın haciz iradesinin borçluya veya borçlu adına tebligatı kabule yetkili bir şahsa yapılmasını aramaktadır. Dolayısı ile bu şartın gerçekleşmesi halinde zabıt tutulmamış olsa dahi haciz gerçekleşmiş sayılır. Zabıt, sadece haczin yapıldığını tespit eden bir ispat aracından ibarettir.¹⁹⁰ Buna göre, icra memurunun haciz iradesi borçluya ya da onun adına adli tebligatı kabule yetkili bir kişiye yapılmaması halinde, haciz iradesi haciz tutanağına geçirilmiş olsa bile haciz gerçekleşmiş sayılmaz. Eğer hacze konu teşkil eden alacak ise, Federal Mahkeme aynı kararında, haciz iradesinin takip edilen borçluya bildirilebileceğı gibi söz konusu alacağın borçlusuna da ulaştırabileceğini ve bu ikinci şekilde dahi haricileşme şartının gerçekleşebileceğini kabul etmektedir.¹⁹¹

tebliğı esas alınmak suretiyle sürenin başlatılarak hacze karşı şikayetin dinlenilmesi caiz değildir. Yasa HD. Kasım 1985 s. 1617.

¹⁸⁵ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 147.; Kuru, (icra el kitabı) **a.g.e.**, s. 368.

¹⁸⁶ Jaeger, **a.g.e.**, s. 89 N.4.

¹⁸⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 147.

¹⁸⁸ Jaeger, 89 N.5; BGE, 97 III 20 / 21. Eğer ihmal edilmiş olan tedbirler haczin icrasına ait olup da ve bunların yerine getirilmemesi ile sadece takip taraflarının değil bilakis üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatleri ihlal edilecekse, haciz batıl olacaktır. BGE 97 III 20. Federal mahkemeye göre, SchKG 96/I (İİK m.86/I) gereğince borçluya yapılması gerekli ihtar yapılmamışsa, bu ihtar haczin icrası için gerekli bir unsur olduğundan, haciz batıl sayılır. BGE 97 III 22, bu ihtar yapılmış ancak usulüne uygun yapılmamışsa, bu eksiklik haczi batıl hale getirmez. Bu halde, haciz borçlunun şikâyeti üzerine iptal edilebilir. BGE 77 III, 106 – 107; 79 III 152.

¹⁸⁹ BGE 1925 II 50.

¹⁹⁰ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 292.

¹⁹¹ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 292.

Türk doktrinde, Üstündağ¹⁹² haczin gerçekleşmesi açısından Türk Hukuku'nda açık bir hükmün olmadığını kabul etmekle birlikte, İİK 103.maddesinin 3494 sayılı kanun ile değiştirilmesinden sonra, yasa koyucunun haczin gerçekleşme anı bakımından, haczin gerçekleşme anının haciz iradesinin açıklanması ile tamamlanmış sayılacağı şeklindeki görüşe yöneldiğini savunmaktadır. Zira İİK 103. maddesi 3494 sayılı kanun değişikliğinden sonra, 103 davetiyesi gönderilebilmesi için alacaklı ya da borçlunun haciz sırasında bulunmamasının yanında ayrıca, onlar adına Tebligat Kanunu hükümlerine göre, tebligatı kabule yetkili bir kimsenin bulunmaması da gerekmektedir. Eğer böyle bir kişi haciz sırasında orada bulunuyorsa, İİK m.103'e göre; "...haciz tutanağının bir örneği bulunan şahsa verilir. Borçlu veya alacaklıya ayrıca haber verilmez." Kanaatimizce de, bu konuda İİK da açık hüküm bulunmasa dahi 103. madde hükmü ve İİK'nın hacze ilişkin diğer hükümleri bu görüşü desteklemektedir. Bu görüş ayrıca, İsviçre Federal Borç için Takip Kanunu'nun 89. madde hükmü ile de uyumludur.¹⁹³

Kural olarak, haczin gerçekleşmesi için, icra dairesi tarafından menkul mallara fiilen el konulması ve bu malların muhafaza altına alınması zorunlu değildir. Çünkü haczedilen menkul malların borçlunun zilyetliğinde bırakılabilmesi mümkündür.¹⁹⁴ Bu kuralın istisnası ise, haczin konusunun nakit para, hamiline muharrer senet ya da kıymetli taşların oluşturmastır.¹⁹⁵ Bu halde, bu malların icra dairesi tarafından muhafaza altına alınması haczin geçerliliği yönünden zaruridir.¹⁹⁶ Genel kurala getirilen bu istisna eşyanın tabiatı gereğidir.

Taşınmazlar yönünden haczin tapuya bildirilmesi bir muhafaza tedbiri teşkil eder. Taşınmazın haciz edildiği iradesi borçluya ulaştırılmışsa, haciz, haciz konulduğunun tapuya şerhinden önce dahi gerçekleşmiş sayılmalıdır.¹⁹⁷ Haciz iradesinin borçluya ya da borçlu adına tebligatı kabule yetkili bir şahsa tebliğ edilmemişse, o zaman haciz ancak tapuya bildirildiği anda gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim alacağın haczinde haciz keyfiyetinin hacizli alacağın borçlusuna

¹⁹² Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 148.

¹⁹³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s.102.

¹⁹⁴ İİK m.88/II.

¹⁹⁵ İİK m.88/I.

¹⁹⁶ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 159; BGE 113 III 146; BGE 1918 II 151; BGE 1922 II 147;

¹⁹⁷ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 292.

bildirilmesi bir muhafaza tedbiri olmasına rağmen, haciz iradesinin takip edilen borçluya bildirilmemiş olması, haczin gerçekleşmesine etki etmeyecektir. Bununla birlikte, Postacıoğlu taşınmazların haczinde, haciz işlemi tapuya kaydedilmeden taşınmazın haczinin gerçekleşmeyeceğine dair hatalı bir görüşün olduğu kanaatindedir.¹⁹⁸

Görüldüğü üzere, haczin geçerli olması için; ilk şart icra memurunun haciz iradesini açıklamasıdır. İkinci şart, haczin belirli bir mala yönelik olmasıdır. Haciz sadece haciz iradesinin yöneldiği mal hakkında hüküm ifade eder. Hacizli mal üçüncü bir şahsa borçlu tarafından devir edilirse, elde edilen değer kendiliğinden hacizli sayılamaz. Bunun için ayrıca haciz talebinde bulunulmalıdır.¹⁹⁹ Üçüncü şart, haczin malların bulunduğu yer, yani yetkili icra dairesi tarafından yapılmasıdır.

İcra İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 sayılı kanunun 19. maddesi ile İİK 79. maddesinin ikinci fıkrasına “Resmi sicile kayıtlı malların haczi takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işlenmek suretiyle doğrudan da yapılabilir.” şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde ise, “maddeyle uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla Yargıtay kararlarına uygun olarak²⁰⁰ resmi sicile kayıtlı malların haczinin takibin yapıldığı icra dairesince kaydına işlenmek suretiyle doğrudan da yapılabilmesi hükmü getirilmiştir.” Bu hüküm karşısında, taşınmaz, motorlu taşıt araçları ve ticari işletme rehnine tabi malların haczi mallara el konularak muhafaza altına alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, mallara fiilen el konulmaksızın da soyut resmi sicil

¹⁹⁸ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 293.

¹⁹⁹ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 294.

²⁰⁰ Buna karşılık, Yargıtay’a göre, İİK 88.madde hükmü menkul mallarda haczin ne şekilde yapılacağını açıkça göstermiştir. Haczin geçerli olması için menkul malın fiilen haczi ve muhafaza altına alınması gerekir. Alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. 15.HD. 19.1.1984, YKD.1984/11 s.1701; aynı yönde, 19.HD 9.10.1997, YKD 1999/4 s.517. İcra Müdürlüğüne, “fiili haciz olmadığı gerekçesi ile aracın trafik kaydına konulan hacze itibar edilmeyerek, davacı Vergi Dairesi Müdürlüğü’nün alacağı, sıra cetveline alınmamıştır. Oysa satışa ve bedeli paylaşımına konu olan mal kara taşıt aracı olup, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 18.6.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3176 sayılı Kanunla değişik 20/d maddesi ...araçların sicil kaydına mülkiyet değeri belgesi vermiştir. Bu durumda zilyetliği mülkiyet karinesi olarak kabul edilemeyecek olan kara taşıtları için sicil kaydına konulacak olan haczin mülkiyet tasarrufunu kısıtlaması yönünden hukuken geçerli bir el koyma ve haciz olarak kabulü gerektiğinden (19.HD 23.9.1992, YKD 1993/3 s. 417–418).

kayıtlarına haciz tasarrufunun işlenmesi suretiyle de yapılabilmesi imkânı getirilmiştir.

Haczin geçerliliği için dördüncü şart, haczin konusu şey menkul ise, bu halde, icra dairesinin buna el koyabilme imkânına sahip olması gerekir.²⁰¹ İcra müdürü gerek gördüğü anda ve en geç malın paraya çevrilmesi anında, haciz konusu mal hâkimiyet alanı içinde olması gerekir. Nihayet, beşinci şart ise, haczin mevcut bir mala veya hakka ya da halen mevcut bir hukuki sebebe dayanılarak ileride tahakkuk edecek bir hakka ilişkin olması gerekir. Bu sebeple, kural olarak beklenen alacakların haczi mümkün olmakla birlikte, borçlunun tahminen elde edeceği düşünülen malın haczi mümkün değildir.²⁰²

²⁰¹ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 298.

²⁰² Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196.

F. Haczin Etkisi ve Sonuçları

Haciz takip hukuku kurumu olup bazı hukuki sonuçlar doğurur, haczin doğurduğu bu hukuki sonuçların alacaklı,²⁰³ borçlu²⁰⁴ ve üçüncü şahıslar²⁰⁵ yönlerinden hukuki etkileri vardır.²⁰⁶

I. Haczin Alacaklı Yönünden Etkisi

Alacaklı, borçlunun mallarını haciz ettirmesi ile kanunda öngörülmüş olan süreler içinde²⁰⁷ haciz edilen malın paraya çevrilmesini talep etmek ve paraya çevrilen mal üzerinde, alacağını tahsil edebilmek ile sınırlı bir hakka sahiptir.²⁰⁸ Alacaklı, Alman Hukuku'ndaki düzenlemenin aksine, İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde haczedilen mal üzerinde haciz rehin hakkına sahip değildir.²⁰⁹ Diğer bir ifade ile Türk Hukuku'nda, haciz alacaklıya aynı bir hak sağlamaz.²¹⁰ Alacaklı bir tedbir olarak, masrafını vermek şartıyla, malın yediemine tevdiini isteyebilir.²¹¹ Üçüncü bir şahsın mal üzerinde bir hak iddia etmesi halinde alacaklıya istihkak davası açma hakkı tanınmıştır.²¹²

Alacaklı tarafından borçlunun mallarının haciz edilmesi ile alacaklının icra talebinin tükenmesi neticesi ortaya çıkmayacaktır,²¹³ çünkü haczedilen malların alacaklının alacağını karşılayamaması halinde, icra memuru resen tamamlama haczinde bulunacaktır. Ayrıca, hacze iştirak halinde de icra memuru tarafından ilave haciz de yapılabilecektir.²¹⁴

²⁰³ SchKG Art. 96; İİK m. 106.

²⁰⁴ SchKG Art. 96; İİK m. 86.

²⁰⁵ SchKG Art. 96; İİK m. 89, 96 vd.

²⁰⁶ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 107.

²⁰⁷ SchKG Art. 96; İİK m.106.

²⁰⁸ İİK m. 138/II.

²⁰⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 162. "...kaldı ki alacaklıya haciz ile bir aynı hak sağlamaya ihtiyaç ve zaruret de yoktur. Zira, kanun, alacaklının korunmaya layık olan menfaatlerini zaten korumuştur." Haciz rehin hakkına ilişkin geniş bilgi için bkz; Deren – Yıldırım, (hacze iştirak) **a.g.e.**, s.67 vd. ayrıca, bkz; Gaul/Deren – Yıldırım, (analizler) **a.g.e.**, s. 5vd.

²¹⁰ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s.109.

²¹¹ İİK m. 88/II.

²¹² İİK m. 97 – 99; Aslan, **a.g.e.**, s. 1.

²¹³ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 162.

²¹⁴ İİK m. 100.

II. Haczin Borçlu Yönünden Etkisi

Haciz ile borçlunun haciz edilen malı üzerindeki mülkiyet hakkı devam etmesine rağmen, borçlunun hacze konu olan malı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır.²¹⁵ Bu sebeple, haciz edilen malın fayda ve hasarları borçluya aittir.²¹⁶ Borçlunun haciz edilen malı üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisi kanunen kısıtlanmasına rağmen, borçlu tarafından haciz edilen mal hakkında tasarruf işleminde bulunularak, tasarruf edebilme yasağına aykırı hareket edilmesi halinde, borçlunun bu yasağı aykırı eylem ya da işlemi nedeniyle cezai ve hukuki sorumluluğu doğabilecektir.²¹⁷

İİK 86. madde hükmünde, borçlunun alacaklının rızası ve icra müdürünün izni olmaksızın hacizli taşınır mallarda tasarruf edemeyeceğine ilişkin kural konulduktan sonra, haczi koyan memurun hilafına hareketin cezai sorumluluk gerektireceğini borçluya ihtar etmesini gerekli kılmıştır.²¹⁸

İİK 86. maddesinde, hacizli malların İİK 88. maddesinin II. fıkrası gereğince borçluya bırakılmış olması ihtimali düşünülmüştür. Menkul malların haczinde haczedilen malların muhafaza altına alınması haczin geçerlilik şartı olmakla birlikte, haczedilen menkul mallar icra dairesi tarafından muhafaza altına alınmayıp borçlunun elinde de bırakılabilir. Haciz edilen mallar borçlunun elinde bırakılmaması halinde, borçlu tarafından bu mallar üzerinde tasarrufta bulunulması mümkün olamayacaktır. Çünkü menkul malların mülkiyetinin nakli için ya da rehin tesisi için malın teslimi gerekeceğinde hacizli olan menkul malın ise borçlunun elinden alınmış olması halinde, borçlunun hacizli mal üzerinde tasarruf edebilmesi mümkün olmayacaktır.

Borçlunun, haczi koyduran takip alacaklısının haklarına zarar veren tasarruf işlemleri kural olarak takip hukuku açısından geçersizdir. Borçlunun bu tasarruf işlemleri alacaklısına zarar verdiği oranda batıldır.²¹⁹ İsviçre Federal

²¹⁵ Fritzsche/Walder, **a.g.e.**, s. 357; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 162; Kuru, (icra el kitabı) **a.g.e.**, s. 367; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 299; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 415; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 108.

²¹⁶ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 347; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 162.

²¹⁷ Yeni TCK m.289, 290/II; SchKG s. 96; İİK m. 86; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 108.

²¹⁸ İİK m.86/I.

²¹⁹ SchKG Art. 96; İİK m. 86/III.

Mahkemesine göre, batıl tasarruflar paraya çevrilme aşamasında dikkate alınmaz.²²⁰ Tasarruf işlemleri yönünden sınırlama olmasına rağmen borçlu borçlandırıcı işlemleri serbestçe yapabilir.²²¹

III. Haczin Üçüncü Şahıslar Yönünden Hükümleri

Haczin üçüncü şahıslar yönünden hükümleri haciz edilen şey üzerinde üçüncü şahısların şahsi ya da aynı bir hakka sahip olup olmamalarına göre farklılık göstereceklerdir.²²² Üçüncü şahısların haczedilen şey üzerinde şahsi haklarının bulunması halinde, üçüncü şahısların şahsi hakları, kural olarak alacaklı tarafından borçlunun mallarının haczine engel olmayacaktır. Öte yandan, üçüncü şahısların haciz edilen şey üzerinde aynı hakları olması halinde, üçüncü şahıslara bu aynı haklarını ileri sürebilmeleri için istihkak prosedürü öngörülmüştür.²²³ Sadece borçluya ait malın haczedilebileceği kuralına aykırı olarak üçüncü şahsa ait olduğu açıkça anlaşılan malın haczi halinde, üçüncü şahıs şikâyet yoluna da gidebilir.²²⁴

G. Haciz Çeşitleri

İcra ve İflas kanununda haciz işlemi dört şekilde düzenlenmiştir;

I. Geçici Haciz

Ödeme emrinin tebliği üzerine imzaya yapılan itiraz sonrasında, İcra mahkemesinin verdiği itirazın geçici olarak kaldırılması kararına dayanılarak uygulanan haciz işlemidir. Geçici haciz sonrasında, sadece malların haczedilmesi sağlanır. Kıymeti süratle düşen mallar ile muhafazası veya depoda tutulması icra dairesi tarafından güç veya imkânsız olması halinde, bu mallar, icra dairesi tarafından satılabilir. Bunların dışında kalan hacizli malların satılması mümkün değildir.

²²⁰ BGE 113 III 36; Amonn/Gasser, § 22, N.68.

²²¹ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 108.

²²² Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s.163.

²²³ İİK m.96 – 99 Geniş bilgi için; Aslan, **Hacizde İstihkak Davası**, 2005 Ankara.

²²⁴ BGE 105 III 116; Amonn/Gasser, **a.g.e.**, § 22 No.73; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 109.

II. Kesin Haciz

İtirazın iptali ya da kesin olarak kaldırılması halinde yapılan haciz işlemidir. Geçici haciz ile kesin haciz arasındaki fark, kesin hacizde mahcuz mallar satılabildiği halde, geçici hacizde malların satılması söz konusu olamaz. Bununla birlikte haczin uygulaması yönünden kesin haciz ile geçici haciz arasında bir fark yoktur.

III. Tamamlama Haczi

Haciz edilen malları satılması halinde satışta elde edilen bedel alacağı karşılamaya yetmediği takdirde, icra müdürü, herhangi bir talep olmaksızın, yeni hacizler yaparak haczi tamamlar.²²⁵ Eksik olan haczin tamamlanmaya yönelik olan bu işlem için alacaklının talebine gerek yoktur.

IV. İlave Haciz

Daha önce haczedilen mallara başka bir alacaklının, hacze iştirak hükümlerine göre katılması mümkündür. Bu durumda, haciz konusu mallar tüm alacaklıların alacaklarına yetmediği takdirde, alacaklılardan birinin isteği üzerine icra müdürü ek haciz yapabilir. Buna ilave haciz denir.

²²⁵ İİK m.139.

§ 3. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN CEBRİ İCRASINDA TARAF EHLİYETİ

A. Genel Olarak

Taraf ehliyeti medeni usul ilişkisinin sujesi olma ehliyetidir.¹ HUMK m. 38 hükmüne göre “Davaya ehliyet Kanunu Medeni ile tayin olunmuştur.”² Medeni Usul Hukuku’ndaki taraf ehliyeti maddi hukuktaki hak ehliyetinin karşılığıdır.³ Kural olarak, hak ehliyetine sahip olanların taraf ehliyetine sahip oldukları söylenebilir.⁴ Gerçek kişilerde kişiliğin başlaması ve sona ermesi Medeni Kanun hükümlerine göre tespit edilir. TMK m.28/II hükmüne göre; çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren elde eder. Tüzel kişilerde taraf ehliyetine sahiplerdir.⁵ Medeni Kanun tüzel kişileri, dernekler ve vakıflar, ticaret şirketleri kollektif, komandit, hisseli komandit, anonim, limited şirketler ve kooperatifler, tüzel kişiliklerinin devamı süresince taraf ehliyetine sahiptirler.⁶

Taraf ehliyeti hem dava şartı hem de usuli işlem yapabilme şartıdır. Bu sebeple, kural olarak davanın başında bulunması gereken bir şarttır.⁷ Dava ehliyeti

¹ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125.

² Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 20; HUMK m. 38 de yer alan hükmeye benzer bir hüküm Alman Medeni Usul kanunu’nda yer almaktadır. Alman Medeni Usul Kanunun (ZPO) 50. maddesinin 1.fikrasında, haklardan yararlanma ehliyeti sahibi kimselerin taraf ehliyetine de sahip olacağı düzenlenmiştir.

³ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125; Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 887; Üstündağ, (usul) **a.g.e.**, s. 387; taraf yeteneği, usul hukuku ilişkisinde suje olma, usul hukuku’ndan yararlanma yeteneğidir. Usulün 38. maddesine göre, kimlerin bu yeteneğe sahip olduğu medeni yasa hükümleri uyarınca belli edilir. Öyle ki, medeni haklardan yararlanma yeteneği olan gerçek ve tüzel kişiler, davada taraf olma yeteneğine de sahiptirler. HGK 14.1.1976, 4/477-12: YKD 1976/11 s. 1537- 1538.

⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 123; Bununla birlikte, hak ehliyeti bulunmadığı halde, taraf ehliyetinin bulunmasının mümkün olduğu haller bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Bkz: Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 651; Üstündağ, (usul) **a.g.e.**, s. 290; İdare Hukuku alanında tüzel kişiliği olmayan kuruluşların taraf ehliyetlerinin olabileceği kabul edilmektedir.; Danıştay İBK 8.3.1979 RG 16892; (donatma iştiraki) TTK m. 955, 956.

⁵ TMK m. 48 “Sendika şubesinin tüzel kişiliği yoktur. Bu nedenle sendika şubesi davaya taraf olma ehliyetine sahip değildir.” 9. HD., T. 27.03.1990/4071, YKD 1990, s. 12, s. 1787.

⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125.

⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125; Postacıoğlu, (usul) **a.g.e.**, s. 185; Üstündağ, (usul) **a.g.e.**, s. 387; Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 887.

ise bir davayı yürütebilme, usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir.⁸ Dava ehliyeti maddi hukuktaki fiil ehliyetinin usul hukuku'ndaki karşılığıdır.

Türk Hukuku'nda, elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliği yoktur.⁹ Bu sebeple, elbirliği mülkiyeti bir hak sujesi olamayacağından kural olarak, elbirliği mülkiyetinin davada tek başına taraf ehliyeti de yoktur. Bu halde, borçlunun elbirliği mülkiyetine konu olan hissesinin cebri icrasında, alacaklının ilk olarak karşılaşabileceği problem taraf ehliyeti problemi olabilecektir. Çünkü hisselerin cebri icrasında alacaklı borçlunun üçüncü bir şirket nezdindeki hissesine haciz koydurmak isteyecektir. Bu halde, borçlunun hissesinin bulunduğu ortaklığın niteliği ve bu ortaklığın tüzel kişiliğe haiz olup olmadığı meseleleri önem taşıyacaktır.¹⁰ Çünkü bu halde, hisselerin haczi ile ilgili tebligatlar ile bu haciz işleminin tamamlanması ve alacaklının alacağına kavuşması için bu süreç son derece önemlidir.

Elbirliği mülkiyet ortaklığının tüzel kişiliği Türk Hukuku'nda tanınmadığından, borçlunun elbirliği mülkiyeti rejimine tabi bir ortaklıkta ortaklık hissesinin haczi talep edildiğinde, ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, ortaklığın bir organı da olamayacağından, ortaklığa yapılacak olan tebligatların ve cebri icrada ortaklığın temsili konuları çok ciddi önem arz eder. Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan ticaret şirketleri¹¹ tüzel kişiliği haiz olduklarından,¹² Türk Hukuku'nda borçlunun ticaret şirketlerinden herhangi bir tanesinde hissesinin olması halinde, bu hissenin haczi sırasında cebri icrada taraf yönünden bir sorun olmayacaktır.¹³ Zira bu halde, şirket tüzel kişiliği haiz olup, şirket ile şirket ortakları

⁸ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 1026; dava ehliyeti kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci vekil aracılığı ile bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir.

⁹ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 964 vd.; Türk Hukuku'na tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların taraf ehliyeti de yoktur.

¹⁰ Bir şahıs birliğinin tüzel kişiliğini tespit bakımından dava edebilme veya edilebilme ehliyetinin bulunması önemli rol oynar, Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 122; genellikle tüzel kişilerin aktif ve pasif taraf ehliyetleri vardır. Ansay, (hukuk yargılama usulleri) **a.g.e.**, s. 114.

¹¹ Türk Ticaret Kanununun 136. madde hükmüne göre, “ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited, ve kooperatif şirketlerden ibarettir.”

¹² TTK m.137.

¹³ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 117; Bununla birlikte bazı hallerde tüzel kişilerin arkasında bulunan şahıslar aleyhine dava açılabilceği gibi, tüzel kişiliği bulunmayan şahıs birliklerine de örneğin bizde donatma iştirakinde İsviçre ve Alman hukuklarında kolektif ve komandit şirketlerde dava açabilme ya da aleyhine dava açılabilme ehliyeti tanınabilir.

şirket hisselerinin cebri icrasında farklı taraf konumundadırlar.¹⁴ Bunun sonucunda, davada şirketin yetkili organları şirketi temsil yetkisine sahiplerdir.¹⁵ Bu sebeple, incelememize konu olan kollektif ve komandit ortaklıkların Türk Hukuku'nda tüzel kişilikleri olduğundan ve bu sebeple, hukuki işlemlerde hak sujesi olabileceklerinden, taraf ehliyetleri de vardır. Bu bağlamda, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirket hisselerinin cebri icrasında taraf yönünden bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Buna karşılık, Alman¹⁶ ve İsviçre¹⁷ hukuklarında elbirliği mülkiyeti ortaklıklarından olan kollektif ve komandit ortaklıkların tüzel kişilikleri yoktur. Bununla birlikte, Alman ve İsviçre Hukukları'nda bu şirket türlerinin tüzel kişilikleri olmasa dahi bu şirketlerin davada temsil edilebilmelerine ilişkin açık hükümler ihdas edilmiştir.¹⁸ Bu anlamda, bu şirketlerin tüzel kişilikleri olmasa dahi Alman Hukuku'nda kısmi¹⁹ bir taraf ehliyetlerinin oldukları kabul edilmektedir.²⁰ Alman Ticaret Kanunu'nun 124. paragrafına göre; kollektif şirket, firma adı altında davacı veya davalı olabilir. Kanunun bu ifadesine göre, Alman Hukuku'nda kollektif şirketin taraf ehliyetine sahip olduğu sonucunun çıkarıldığı söylenebilir.²¹ Alman Hukuku'ndaki hükme benzer bir hüküm, İsviçre Hukuku'nda da kollektif şirketler yönünden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 562.maddesinde ve komandit şirketler yönünden ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 602.maddesinde yer almaktadır.²²

Elbirliği mülkiyeti türlerinden adi şirketin de tüzel kişiliğinin olmadığı dolayısı ile taraf ehliyetinin bulunmadığı Türk Hukuku'nda kabul edilmektedir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklığın hak ve fiil ehliyetleri de yoktur. BK.'nın 520 ve devamı maddelerinde adi ortaklığın kuruluşunun herhangi bir şekle bağlanmadığı, bu nedenle de bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmadığına ilişkin

¹⁴ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 117.

¹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 89 ve 90; “Tüzel kişi olmanın, özel bir mameleke sahipliğe başka sonuçları ticaret unvanı (TMK. m. 44, 45, 46), ikametgah (TMK. m. 49), tabiiyet ve ehliyet'tir.

¹⁶ HGB § 124 vd.

¹⁷ OR m.552 vd.

¹⁸ HGB 124, 161 Abs 2, OR. m.562, 567 ve 602

¹⁹ (teilrechtsfähig)

²⁰ Berndt/Boin, **Zur Rechtsnatur der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts**. NJW 1998, Heft 39. s. 2855.

²¹ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115.

²² OR. Art. 562, 602

hükümler yer almaktadır.²³ Bu halde, şirketin ortakları şirketi birlikte temsil yetkisine sahiptirler.²⁴ Bu halde, kural olarak bütün ortaklar zaruri dava ya da takip arkadaşı olarak dava haklarını birlikte kullanabileceklerdir.²⁵ Alman²⁶ ve İsviçre²⁷ Hukukları'nda Türk²⁸ Hukuku'nda olduğu gibi adi şirketin tüzel kişiliği yoktur. Buna karşılık, Alman Hukuku'nda adi şirketin tüzel kişiliğinin olmasının gerekip gerekmediği ve davada ve takipte taraf olarak gösterilip gösterilemeyeceği yüzyılı aşkın bir süredir tartışma konusu olmuştur.²⁹ Nihayet, 29.01.2001 tarihinde Alman Federal Mahkemesi adi şirketin hukuk tatbikatında hak ehliyetinin buna bağlı olarak da taraf ehliyetinin bulunduğu şeklinde karar vermiştir.³⁰

İsviçre Hukuku'nda da, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, adi şirketin taraf ehliyetinin bulunmadığı ve tüzel kişiliğinin olmadığı görüşü hâkimdir.³¹ Bu husus İsviçre Hukuku'nda tartışma konusu dahi yapılmamaktadır. Buna karşılık, benzer hukuk sistemi içinde yer alan Alman Hukuk doktrini ve uygulamasında özellikle son yıllarda adi şirketin Medeni Yargılama Hukuku'nda ve cebri icra takibinde taraf ehliyetinin bulunduğu görüşü hâkimdir.³² Hatta bazı yazarlar, adi şirkete tüzel kişilik tanınmasının gerektiğini dahi savunmaktadırlar.³³

Aşağıda, ortağın şahsi borcu nedeniyle, elbirliği mülkiyeti ortaklığı ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin cebri icrasında taraf yönünden Türk Hukuku ile İsviçre ve Alman Hukukları'ndaki düzenlemeler incelenecektir.

²³ Özenli, **a.g.e.**, s. 6.

²⁴ Domanic, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 91.

²⁵ Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, **a.g.e.**, s.54 vd.

²⁶ BGB paragraf 705 vd.

²⁷ OR m.530 vd.

²⁸ BK m. 520 vd.

²⁹ Flume, ZHR 136 (1972) s. 177 - 207; Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 1975 s. 207 – 273.; Wertenbruch, **a.g.e.**, 28 vd; Timm, **a.g.m.**, (NJW, 1995) s. 3209 – 3218; Cordes, **a.g.m.**, (JZ 1998) s. 545 – 552; Boin, **a.g.m.**, (NJW, 1998) s. 2854 – 2861; Behr, **a.g.m.**, (NJW, 2000) s.1137 – 1144; Schmitd, **a.g.m.**, (NJW, 2001) s. 993 - 1003 Wertenbruch, **a.g.m.**, (NJW, 2002) s. 324 – 329.

³⁰ 29.01.2001 tarihli (BGH) Federal Mahkeme Kararı (II ZR 331/00) Bkz. BGHZ 146, 341.

³¹ Züricher Komm. **a.g.e.**, 4. Teil, s. 1-4.

³² Flume, ZHR 136 (1972) s. 177 - 207; Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 28 vd; Timm, **a.g.m.**, (NJW, 1995) s. 3209 – 3218; Cordes, **a.g.m.**, (JZ 1998) s.545 – 552; Boin, **a.g.m.**, (NJW, 1998) s. 2854 – 2861; Behr, **a.g.m.**, (NJW, 2000) s. 1137 – 1144; Raiser, Gesamthandgesellschaft oder juristische Person Eine Geschichte ohne ende? Festschrift für Wolfgang Zöllner, 1998.; Raiser, Der Begriff der Juristischen Person, Eine Neubestimmung, AcP 1999, s. 104; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. bası, 1997, § 8, § 58 IV.

³³ Raiser, Festschrift für Wolfgang Zöllner Band I 1998, Cordes, **a.g.m.**, (JZ 1998) s. 545 – 552.

B. Elbirliği Mülkiyeti Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

I. Genel Olarak

Tek kişi mülkiyetinde, mülkiyet konusu eşya üzerinde hak sahibi tek bir kişidir. Bu halde, hak sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olması önemli değildir. Topluluk mülkiyetinde ise, birden fazla kişi aynı anda aynı eşya üzerinde hak sahibidirler.³⁴ Elbirliği mülkiyetinde de birden fazla kişi aynı eşya üzerinde malik ve dolayısı ile hak sahibi durumundadırlar.³⁵ Bu mülkiyet türünde, birden fazla kişi aynı şey üzerinde mülkiyet hakkının tümüne sahiptir.³⁶ Elbirliği mülkiyetinde ortaklığın tüzel kişiliği yoktur,³⁷ ancak ortaklık bir bütünlük ifade eder. Bu ortaklık türünde mülkiyet hakkının sujesi birden fazla kişidir. Kişilerin arasında bu tür bir mülkiyet ilişkisinin tesisi, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Elbirliği mülkiyeti türleri numerus clauses kuralına tabi olup kanunlarımızda belirtilen hallerin dışında elbirliği mülkiyeti hali sözleşme ile tesis olunamaz. Bu mülkiyet ortaklığı türünün birden fazla sujesi olduğundan ve tüzel kişiliği de olmadığından ortaklık sujelerinden bir tanesinin borcu nedeniyle ortaklık ilişkisindeki hissesinin cebri icrası halinde, taraf kavramı önem kazanmaktadır. Bu sebeple, aslında pek çok ortak yönü olmasına karşılık, kendine has özellikler gösteren elbirliği mülkiyetinin her bir çeşidinde taraf kavramı önemi nedeniyle elbirliği mülkiyetinin türleri yönünden ayrı incelemelere tabii tutulacaktır.

II. Miras Ortaklığı Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

Miras bırakanın birden çok mirasçısı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir, buna Türk Medeni Kanunu'nun ifadesiyle miras ortaklığı³⁸ denir. Böylece, murisin ölümünde mirasçılarının birden

³⁴ Ayiter, (eşya) **a.g.e.**, s. 89.

³⁵ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 263; Ertaş, **a.g.e.**, s. 270; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 256.

³⁶ Balcı, **a.g.e.**, s. 11.

³⁷ Ayiter, (eşya) **a.g.e.**, s. 96; Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 263; Ertaş, **a.g.e.**, s. 270; Saymen/Elbir, **a.g.e.**, s. 257.

³⁸ TMK m. 640-642

çok olması halinde hak ve borçlar dağılmaksızın miras bırakanın bütün malvarlığı ‘miras ortaklığı’³⁹ olarak varlığını sürdürür.⁴⁰

Elbirliği ortaklığının bir türü olan miras ortaklığının da tüzel kişiliği olmadığından kural olarak dava da temsil edilebilmesi için elbirliği ortaklığının tüm subjelerinin iştirak etmesi gerekir. Bu aynı zamanda birlikte mülkiyet rejiminin temeli olan birlikte hareket kuralının da bir gereğidir. Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmadığından, miras ortaklığının organları kanun tarafından düzenlenmemiştir.⁴¹ Bu sebeple, terekeye dâhil hakların sahibi mirasçılardır ve mirasçılar bu mallarını elbirliği mülkiyeti kurallarına göre, miras ortaklığı tasfiye edilene kadar, birlikte yöneteceklerdir. Bununla birlikte, mirasçıların talebi üzerine mahkeme tarafından temsilci tayin olunması suretiyle miras ortaklığı yönetilebilecektir. Tayin olunan bu temsilci miras ortaklığını yönetmek için mirasçılar adına faaliyet gösteren mirasçıların temsilcisi olacaktır. Miras ortaklığına temsilci tayininin İsviçre⁴² ve Türk Medeni Kanunları’nda⁴³ öngörülmüş olmasının sebebi tereke üzerinde elbirliği mülkiyet ortaklığı rejiminin yarattığı sorunların çözümünü kolaylaştırmak, böylece hem terekenin kötü niyetli mirasçılara karşı korunmasını mümkün kılmak, hem de mirasçılarının kendi aralarındaki görüş farklılıklarının yaratacağı olumsuz gelişmeleri önlemektir.⁴⁴

Miras ortaklığına temsilci tayin olunması halinde, temsilcinin sahip olduğu dava takip yetkisi idare yetkisinden kaynaklanır,⁴⁵ temsilci özellikle terekeye ilişkin davalarda davalı ve davacı olabilir. Bunun anlamı, terekeye ilişkin davalar

³⁹ (Erbengemeinschaft)

⁴⁰ Serozan/Engin, (miras) **a.g.e.**, s. 63.

⁴¹ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 70; Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 976; Serozan/Engin, (miras) **a.g.e.**, s. 64.

⁴² ZGB Art. 602/III.

⁴³ TMK m. 640/III.

⁴⁴ Alman Medeni Kanunu’nda ise, miras ortaklığına temsilci tayini düzenlenmemiştir. Ancak, Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 2039. maddesinde, mirasçılardan her birine tek başına terekeye ilişkin bir talebi dava etme imkanı verilmiş (ancak dava açan her mirasçının davalının miras ortaklığına dahil, tüm mirasçılara karşı edimini ifa etmeye mahkum edilmesini talep etmesi gereklidir) ve onlara bazı konularda çoğunluk ile karar alma imkanı tanınmıştır.; Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁵ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 90.

temsilciye karşı açılabilceğı gibi, temsilcide kendi adına terekeye ilişkin davaları açabilir.⁴⁶

Elbirliğı ortaklığına konu olan miras hissenin cebri icrasında, bir mala elbirliğı mülkiyeti kurallarına göre ortak olan kimsenin alacaklısı ya da alacaklıları bu ortağın elbirliğı mülkiyetine konu olan hissesini kural olarak haciz ettirebileceklerdir.⁴⁷ Böylece, mirasçılardan birinden ya da birden fazlasından alacaklı olan gerçek ya da tüzel kişi alacağının tahsili amacıyla miras şirketine dâhil bulunan taşınır ya da taşınmaz malı haczettirmesi ile alacağını haczedilen maldan tahsil edebilmek için haczedilen malların taksim edilmesi ya da satışı için ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisini haizdir.⁴⁸

Borçlu ortağın şahsi alacaklısının açacağı ortaklığın giderilmesi davasında, kural olarak, terekeye temsilci tayin olunmamışsa, bütün ortakların birlikte yer alması gerekir.⁴⁹ Bu sebeple, açılacak bu dava da davalıların arasında zaruri dava arkadaşlığı olacaktır.⁵⁰ Alacaklı tarafından ortaklığın giderilmesi davasının açılması halinde öncelikle, davada taraf teşkilinin sağlanması gerekecektir. Zira davada taraf, davayı ferdileştiren unsurlardan bir tanesi olup dava şartları arasında yer alır.⁵¹ Bu sebeple, ortaklığın giderilmesi davasında mahkeme tüm ortakların davada yer alıp yer almadığına bakmalı dava da yer almayan ya da temsil edilmeyen ortak varsa, bu halde, davaya katılmayan ortaklarında davaya katılmaları sağlanmalı ve daha sonra mahkeme tarafından esasa ilişkin inceleme yapılmalıdır.

Terekeye temsilci tayin edilmesi halinde, miras ortaklarından bir tanesinin şahsi borcu nedeniyle terekenin cebri icraya konu olması halinde, miras ortaklığı terekenin temsilcisi tarafından temsil edilecektir.⁵²

⁴⁶ “Davacı tereke ile çatışan bağımsız bir hakka dayandığına göre, davada tereke temsilci aracılığı ile temsil ettirilmelidir.” Y. HGK., 20.09.1985, E. 1984/7 – 57, K.1985 / 724, (YKD 1986, S.9, s.1253 – 1254).

⁴⁷ Miras şirketi hissesinin haczi için bkz, paragraf IV.

⁴⁸ Müşterek mülkiyette ortağın payının haczi ve diğer paylardan müstakil olarak satışı mümkün olduğundan ortağın alacaklısı tarafından ortaklığın giderilmesi davası açılmaz.

⁴⁹ Müşterek mülkiyette ise bütün paydaşların yer alması gerekir.

⁵⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 140; Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 977.

⁵¹ Alangoya, (dava ortaklığı) **a.g.e.**, s. 23; Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 123.

⁵² Y. HGK., 20.9.1985, E. 7/57 – K. 724. Terekenin büyüklüğü ve nitelikleri gözetilerek, miras şirketine birden çok temsilci atanabilir. Y. HGK., 22.6. 1984, E. 2/723 – K. 746. (kararlar için Bkz. Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) C.III, **a.g.e.**, s. 563 – 565).

Görüldüğü üzere, miras ortaklığına temsilci tayin edilmemişse, kural olarak, miras şirketine karşı açılmış bir davada bütün ortakların yer alması gerekirken, kanunda sebepleri belirtilen bazı hallerde, ortakların dava da bizzat yer almaları gerekmez, kanunda belirtilen bu haller;

1. Velinin Küçüğü Temsil Etmesi

Miras şirketinin ortaklarından birinin küçük olması halinde, velayet hakkına sahip olan anne ve babasının davada küçüğün temsil etmesi mümkündür.⁵³ Ancak, velinin menfaatleri ile küçüğün menfaatlerinin çatışması halinde, sulh hukuk mahkemesi tarafından küçüğe tayin olunacak bir kayyım tarafından küçüğün davada temsil edilmesi söz konusu olacaktır.⁵⁴

2. Vasinin Küçüğü Temsil Etmesi

Ortaklığın giderilmesine ilişkin davada ortaklar arasında ortaklardan kendisine vasi tayin edilmesi gereken kimselerin bulunması halinde bu ortaklara⁵⁵ vasi tayin edilerek davanın onlara yöneltilmesi ya da onlar tarafından davanın açılması gerekir. Vasinin vesayet altında bulunan kimseyi temsilen davacı ya da davalı olarak mahkemede bulunabilmesi için sulh hukuk hâkiminin izin vermesi gerekir.⁵⁶

Burada vasi tayin edildiğine ilişkin kararın yanında ayrıca davada vasinin bulunabilmesi için husumete izin belgesine ihtiyaç vardır.⁵⁷ Vasinin menfaati ile vesayet altında olanın menfaatinin çatışması halinde, vesayet altında bulunan ortağa bir kayyım tayin edilerek kayyımın ortağı davada temsili sağlanmalıdır.

Miras şirketinde alacaklı borçlu ortağın malının haciz etmesi nedeniyle açacağı ortaklığın giderilmesine ilişkin davada, ortak velisi ya da vasisi tarafından temsil edileceği gibi bu hallerin dışında menfaat çatışması halinde, kayyım tayin edilmesi zorunluluktur. Bunun yanında, ortaklardan biri ya da bir kaçına yapılan

⁵³ TMK m.342.

⁵⁴ TMK m.426.

⁵⁵ TMK m. 404 vd.

⁵⁶ TMK m. 462/8. bend gereğince izin verilmesi gerekir.

⁵⁷ Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 188.

bütün araştırmalara rağmen tebligat yapılmazsa ve ortak gaip olduğu takdirde, gaip olan ortağın dava da temsil edilmesi için, gaip ortağa kayyım tayin edilmelidir.⁵⁸

Görüldüğü üzere, miras ortaklığının giderilmesine ilişkin davada kural olarak bütün ortakların davada zaruri dava arkadaşlığı kurallarına göre yer almaları zorunludur. Davanın devamı sırasında ortaklardan bir tanesinin ölmesi halinde, ölen ortağın veraset belgesinin dava dosyasına intikal ettirilmesi gerekir. Böylece ölen ortağın mirasçılarının davaya devam etmeleri sağlanmış olacaktır. Taraf dava şartı olduğunda bu eksiklik giderilmeden davanın esasına girilemeyecektir.

Takibin devamı sırasında borçlu ortağın ölmesi hali ise, İİK 53. maddesinde düzenlenmiştir. Kural olarak, borçlu ortağın takip sırasında ölmesi halinde, borçlu ortak hayatta olsa idi hangi usul uygulanacak idi ise, o usule göre⁵⁹ takibe terekeye karşı devam edilir.⁶⁰ Borçlunun sağlığında, başlamış olan takiplere terekeye karşı devam edilebilmesi için; terekenin henüz taksim edilmemiş olması;⁶¹ terekenin resmi tasfiyeye tabi tutulmamış olması veya mirasçılar arasında aile malları ortaklığı tesis edilmemiş olması gerekir. Bu üç halden bir tanesinin bulunması halinde, takiplere terekeye karşı devam edilemez.⁶² Bu üç halden hernagi birinin gerçekleşmemesi halinde, borçlunun sağlığında ona karşı başlamış takiplere, terekeye karşı, kaldıkları yerden aynen devam edilebilir.

Bu halde, söz konusu olan borçlunun sağlığında ona karşı başlatılmış olan takiplerin miras şirketine karşı devam edilmesidir. Bu halde, borçlunun ölümü ile borçluyu miras şirketi temsil edecektir.

⁵⁸ Bkz. 18.5.1989 tarih ve 3561 sayılı “Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanun” bu Kanun’un amacı, gaip kişilerin mal varlıkları üzerindeki hazine menfaatinin daha iyi korunmasını sağlamak üzere kayyım tayin edilmelerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir.

⁵⁹ İİK m. 53/II.

⁶⁰ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 153.

⁶¹ Terekenin taksim edilmiş sayılabilmesi için, hisselerin teşkil ve kabzedilmiş olması gerekir. Sadece taksim sözleşmesi yapılmış ve bu sözleşmenin henüz icra edilmemiş olması halinde, İİK m.53/ II anlamında tereke taksim edilmiş sayılmaz ve takiplere terekeye karşı devam edilebilir. (Jaeger I **a.g.e.**, s. 104) terekenin taksiminden sonra, borçlunun sağlığında başlamış olan takiplere artık terekeye karşı devam edilemez. Sadece, İİK m.53/III’e göre, mirasçıya (ya da mirasçılara) karşı devam edilebilir.

⁶² İİD 17.3.1967, 2553/2739 (RKD 1967/7–10 s. 220).

III. Genel Mal Ortaklığı Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

Genel mal ortaklığında, TMK 257/II. fıkra hükmünde de belirtildiği üzere, eşler ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar. Buna göre, genel mal ortaklığı kanunda yer alan elbirliği mülkiyeti hallerinden bir tanesidir.⁶³ Genel mal ortaklığı rejimi kural olarak elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olduğundan elbirliği mülkiyetinde taraf ehliyeti yönünden yapmış olduğumuz açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Elbirliği mülkiyeti rejiminde, hukuki tasarruf işlemleri kural olarak ortaklar tarafından birlikte yapılmak gerektiğinden, bu ortaklık rejiminde elbirliği ortaklığına karşı açılan davalar da bütün ortaklara yöneltmesi gerekir.⁶⁴ Zira TMK 702. madde hükmüne göre, elbirliği mülkiyetinde zaruri dava arkadaşlığı kuralları uygulanır. Mal ortaklığının ortaklarından bir tanesinin şahsi borcu için genel mal ortaklığına karşı cebri icra takibi yapılması halinde, ortakların her ikisi de davada ya da takipte taraf olarak gösterilmeleri gerekir.⁶⁵

Elbirliği mülkiyetinde her bir ortağın payına “tasfiye payı” veya “katılma payı” denir. Ortakların tasfiye payı, ortaklığa konu olan mala değil, şahsa bağlı bir hak olduğundan, bu hakkın devir ve temlik kural olarak mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası miras şirketi olup⁶⁶ miras paylarının temlikine dair sözleşme yazılı olmak koşulu ile geçerlidir.⁶⁷

IV. Aile Malları Ortaklığı Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

Türk Medeni Kanununun 373. madde hükmünde düzenlenen aile malları ortaklığı, sadece mirasçılar arasında değil, bir mirasın intikali söz konusu olmadan da hısımlar hayatta bir araya gelerek de aile malları ortaklığı rejimi kurabilirler.⁶⁸ Ancak, aile malları ortaklığı hangi türde kurulursa kurulsun, buna kan hısımları, kayın hısımları ve evlat edinme ilişkisinden doğan hısımlardan başkası giremez.⁶⁹ Aile malları ortaklığının da tüzel kişiliği yoktur.⁷⁰ Ortaklar mallar üzerinde

⁶³ Hayran, (mal rejimleri şerhi) **a.g.e.**, s. 501.

⁶⁴ Hayran, (mal rejimleri şerhi) **a.g.e.**, s. 504.

⁶⁵ HUMK, m.44.

⁶⁶ TMK, m. 640.

⁶⁷ TMK, m. 676/III; 677/I.

⁶⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 449.

⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 561.

⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 561. Akıntürk, **a.g.e.**, s. 449.

elbirliğıyle hak sahibidirler.⁷¹ Ortaklığın borçlarından ise ortaklar elbirliğıyle değil, müteselsilen sorumludurlar.⁷² Böylece, aile malları ortaklığı da kanunda düzenlenmiş olan elbirliğı mülkiyeti rejimlerinden bir tanesidir.⁷³ Aile malları ortaklığı, elbirliğı⁷⁴ ile ya da kazanç paylı⁷⁵ olarak işletilir;

Elbirliğı ile işletilen aile malları ortaklığında ortaklığın yönetimi kural olarak, bütün ortakların katılmasıyla yürütülür.⁷⁶ Ancak, ortaklardan her biri, diğer ortağın katılımı olmaksızın olağan yönetsel işleri yapabilir. Ayrıca, ortaklar içlerinden birini yönetici olarak atayabilirler. Bu halde, yönetici ortaklığı yönetir ve ortaklıkla ilgili işlemlerde ortaklığı temsil eder. Ortaklığa cebri icra takibinin yapılması halinde, kural olarak bütün ortaklar taraf olarak gösterilmeleri gerekirken, yönetici bir ortağın atanması halinde bu ortak tarafından ortaklık temsil edilecektir.

Kazanç paylı ortaklıkta ise, ortaklar aralarında yapacakları bir anlaşmayla ortaklığın mallarının işletilmesini ve ortaklığın temsilini içlerinden bir ortağa bırakabilirler. Bu ortak diğer ortaklara yıllık kazançtan belli bir pay verir.⁷⁷ Kazanç paylı ortaklıkta ortaklardan birinin şahsi alacaklısı tarafından cebri icra takibinin yapılması halinde, ortaklık bu yönetici ortak tarafından temsil edilecektir.

V. Adi Şirket Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

1. Genel Olarak

Adi şirket hisselinin cebri icrasında taraf ehliyeti hususunun incelenmesinde üzerinde durulması gereken ilk ve en önemli konu adi şirketin tüzel kişiliğinin olup olmadığı hususudur. Türk Hukuk sisteminde, bir mal veya kişi topluluğunun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığını belirleyecek olan merci ve unsur Anayasa ve Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'dır.

⁷¹ TMK, m. 379/I.

⁷² TMK, m. 379/II.

⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 561.

⁷⁴ TMK, m. 377.

⁷⁵ TMK, m. 384.

⁷⁶ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 450.

⁷⁷ TMK m. 384.

Kamu Hukuku alanında tüzel kişiliğin nasıl oluşacağı 1982 Anayasası'nın 123/3 üncü maddesi tarafından "kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" hükmü ile açıklanmıştır. Özel Hukuk alanında da özel hukuk tüzel kişileri kuruluş, tür, cins ve nitelikleri sınırlıdır.⁷⁸ Bu nedenle, özel hukuk alanında bir tüzel kişiliğin kuruluşunun yasaların belirledikleri kural ve koşullara uygun yapılma zorunluluğu vardır. Bu kural ve koşullara uyulmadan veya yasaların belirlediği tür ve nitelik dışında tüzel kişiliğin oluşturulması mümkün değildir.⁷⁹

Türk Medeni Kanunu'nun 48.madde hükmüne göre; "tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." Böylece, kanun hükmü ile en geniş şekilde tüzel kişilerin her türlü hakka sahip oldukları ifade edilmektedir.⁸⁰ Kişi ya da mal birliğine tüzel kişilik tanınması halinde, gerçek kişi gibi tüzel kişinin de hak ehliyetinin bulunacağı kanunda öngörülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda ifade edilen bu hüküm ticaret şirketleri yönünden, TTK 137. maddesinde, ticaret şirketleri ile sınırlı olarak yer almıştır. Bu hükümde, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliklerinin var olduğu belirtildikten sonra, bu tüzel kişilerin şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu içinde kalmak şartıyla bütün hakları ve borçları iltizam edebilecekleri hükmü yer almaktadır.⁸¹

Borçlar Kanunu'nun 520.vd maddelerinde düzenlenmiş olan adi şirkete tekabül eden şirketler, Cermen Hukuku'ndan intikal etmiş olan elbirliği ortaklığı esasından hareketle düzenlenmişlerdir.⁸²

BK 534. madde hükmünde "adi şirketin iktisap ettiği veya şirkete devredilen şeyler, alacaklar ve ayni haklar şirket mukavelesi dairesinde, müştereken şeriklere ait olur." şeklinde bir hüküm yer almakta olup, Türk doktrinine göre ve

⁷⁸ Serozan, (tüzel kişiler) **a.g.e.**, s. 29.

⁷⁹ Özsunay, **a.g.e.**, s. 32; Hatemi, **a.g.e.**, s. 22.

⁸⁰ Akünal, **a.g.e.**, s. 36.

⁸¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 90.

⁸² Ansay, (adi şirket bir tüzel kişi midir?) **a.g.m.** s. 3; protokolle der commission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuch, C.2, 1898, s.430; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, § 6 N7.

mahkeme uygulamasında, bu hükümde, İsviçre uygulamasında olduğu gibi, elbirliği ortaklığının kastedildiği hususunda görüş birliği vardır.⁸³

2. Alman Hukuku'nda

Türk Borçlar Kanunu BK 520 – 541. maddelerinde düzenlenen adi ortaklıklar, Alman Medeni Kanunu'nun⁸⁴ § 705 – 740. paragraflarında düzenlenmiştir.⁸⁵ Alman Hukuku'nda, Alman İmparatorluk Mahkemesi⁸⁶ ve daha sonra Alman Federal Mahkemesi⁸⁷ adi ortaklıkların fiil ehliyetine sahip olmadığı ve bu nedenle de ortaklık adına gerçekleştirilen hukuki işlemlerden dolayı ortakların hak sahibi olduğu veya yükümlülük altına girdiği düşüncesini temsil etmişlerdir.⁸⁸ Çünkü Alman Hukuku'nda adi şirket, kollektif ve komandit şirketlerin aksine, Alman Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyip, Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) sözleşme türleri düzenlenmesinin etkisi ile de, ortaklar arasındaki akdi bir ilişki temeline dayandırılmıştır.⁸⁹ Böylece, kollektif ve komandit şirketlerin aksine, adi şirkete hak ehliyeti tanıyan açık bir hükme yer verilmemiştir.

Alman Hukuku'nda, adi şirketlerin⁹⁰ hak sujesi olarak kabul edilmesi yönünde ilk adım Werner Flume tarafından atılmıştır. Flume'nin “Gesellschaft und Gesamthand” isimli makalesinde,⁹¹ adi şirketlere kanun tarafından tüzel kişilik tanınmamakla birlikte, bu şirketlerin hak sujesi olarak taraf ehliyetlerinin bulunduğu görüşü savunulmuştur. Alman Hukuku'nda son yıllarda bu görüşü destekleyen çok sayıda bilimsel makale yayınlanmıştır.⁹² Öğretide, özellikle, Schmidt tarafından adi ortaklığın taraf ehliyetine sahip olduğu görüşü

⁸³ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 136; Ansay, **a.g.e.**, s. 138; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, No: 82; Domanıç (Domanıç Şerh) C.I, s. 418, Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 90.

⁸⁴ BGB = Bürgerlichesgesetzbuch

⁸⁵ Adi ortaklıklar şahıs ortaklıklarının ana ve temel tipi olup, Alman Hukuku'nda diğer ticaret şirketlerinden (Handelsgesetzbuch) ayrı olarak medeni kanunda düzenlendiği için medeni kanun şirketi (BGB – Gesellschaft) olarakta adlandırmaktadır.

⁸⁶ (Reichsgericht)

⁸⁷ (Bundesgerichtshof)

⁸⁸ Kraft/Kreutz, **a.g.e.**, s. 95; Bilgili, **a.g.e.**, s. 198.

⁸⁹ Ansay, **a.g.m.**, s. 4.

⁹⁰ (BGB- Gesellschaft)

⁹¹ Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972) s.177-207.

⁹² Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts; Hüffer, Die Gesamthandsgesellschaft in Prozess, Zwangsvollstreckung und Konkurs, Festschrift für Robert Fischer, 1979.

savunulmuştur.⁹³ Raiser tarafından, adi şirketin tüzel kişiliğe sahip olduğu görüşü dahi ileri sürülmüştür.⁹⁴ Bu görüşlerin gerekçeleri arasında, Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve Anayasada öngörülen temel haklardan adi şirketlerinde yararlanacağının kabul edilmesi ve Alman yeni Aciz Kanunu ile adi şirketlerin iflasa tabi olabileceklerinin kabul edilmesi de yer almaktadır.⁹⁵

Alman doktrinde adi şirketin taraf ehliyetinin var olduğu şeklindeki bilimsel görüşler karşısında, Federal Mahkeme'de adi şirketin hak ehliyetinin bulunmadığı şeklindeki görüşünü zamanla kısmen değiştirmiş ve ortaklık adına gerçekleştirilen bazı işlemler yönünden adi ortaklıkların alacaklı ve borçlu sıfatını taşıması gerektiğini kabul etmiştir.⁹⁶ Mahkeme bu anlamda adi ortaklıkların, ortaklık olarak, başka şirketlerde hissedar olabileceğini⁹⁷ veya kambiyo işlemlerinde bulunabileceğini,⁹⁸ müşterek bir unvan altında faaliyetlerde bulunabileceğini, adi şirketin işleri görülürken verilen zararlardan ortakların sorumlu kılınabileceği şeklinde, Alman Federal Mahkemesi'nin Kararları vardır.⁹⁹

Alman Hukuku'nda da adi şirket, Türk Hukuku'nda olduğu gibi, şirketler hukuku alanında bir ana şirket türüdür. Adi şirkete ilişkin hükümler birden fazla kişinin ortak bir amaca varmak için hemen her türlü birleşmelerinde tamamlayıcı rol oynamaktadırlar.¹⁰⁰ Bu kadar geniş kapsamlı uygulama alanı bulunan adi şirketler, hak ehliyeti yönünden bazı Alman yazarlar tarafından ayrıma tabi tutulmaktadır. Ulmer¹⁰¹ bir malvarlığının oluşmaması halinde, adi şirketin hak ehliyetinden yararlanamayacağını görüşündedir. Yazar, adi şirketlerin kural olarak hak ehliyetleri bulunmakla birlikte, çeşitli yasalardaki açık hükümler karşısında, adi

⁹³ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. bası, 1997, § 8, § 58 IV.

⁹⁴ Raiser, Gesamthand und Juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrecht, AcP 194. Band. 1994. s. 495.; Raiser, Gesamthandgesellschaft oder juristische Person Eine Geschichte ohne ende? Festschrift für Wolfgang Zöllner, 1998.; Raiser, Der Begriff der Juristischen Person, Eine Neubestimmung, AcP 1999, s. 104.

⁹⁵ 1.10.1994 tarihli Insolvenzordnung, § 11 II Nr.1; Cordes JZ 1998, s. 550; Prütting, Ist die Gesellschaft Bürgerlichen Recht Insolventfähig? ZIP 1997, 1725.

⁹⁶ Bilgili, **a.g.e.**, s. 199.

⁹⁷ Piepenstock, Bürgerliches Recht, Anmerkung, JZ 8/2001, s. 419.

⁹⁸ Piepenstock, **a.g.m.**, s. 419.

⁹⁹ Kararlar için Bkz: Ansay, **a.g.m.**, s. 6; (BGH 4.11.1991, NJW 1992, s.499; BGH 15.7.1997, NJW 1997 s.2754; BGH 2.10.1997, ZIP 1992, s.695; BGH 8.11.1978 NJW 1979, s.308; BGH 15.6.1997, NJW 1997 s. 2753; BGH 2.10.1997, MDR 1998s.55. BGH 4.11.1991, NJW 1992 s. 499).

¹⁰⁰ TMK m.55, BK m.520/II, TTK m.138,156; BGB § 54; HGB §105; ZGB m.62; OR m.530/II, 557.

¹⁰¹ Ulmer AcP 1998 s. 114.

şirketlerin bir şirket olarak sicile tescil edilemeyeceğini, bu şirketlerin ayrı bir taraf ehliyetinin bulunmadığını belirtiyor.¹⁰² Schmidt ise,¹⁰³ adi şirket tarafından bir işletme işletilmesi halinde hak ehliyetinden yararlanılması gerektiğini savunmaktadır.

Alman Hukuku'nda son yıllarda yazılan pek çok makalede adi şirketin hak ehliyetinin dolayısıyla taraf ehliyetinin bulunduğu desteklenmekle birlikte,¹⁰⁴ azınlıkta olmakla beraber, adi şirketin hak ehliyetinin bulunmadığı görüşünde olan yazarlar da vardır.¹⁰⁵

Tüm bu gelişmelerden sonra, nihayet Alman Federal Mahkemesi 29 Ocak 2001 tarihinde vermiş olduğu kararında,¹⁰⁶ 1972 yılında Flume'nin¹⁰⁷ makalesi ile başlayan ve yaklaşık 30 yıl boyunca devam eden, hakkında pek çok makale yazılan tartışmalara son noktayı koymuştur. Federal Mahkeme kararında, son derece açık bir şekilde BGB'de düzenlenmiş olan adi ortaklık tipinin hak ehliyetine sahip olduğunu ve ayrıca aktif ve pasif taraf ehliyetlerinin bulunduğunu kabul etmiştir.

Federal Mahkeme'nin kararına konu teşkil eden olayda, davacı taraf, poliçe taahhüdünden kaynaklanan 90,000.DM'lik alacağından dolayı, poliçeyi kabul eden sıfatıyla bir adi şirket olan yapı iş ortaklığını, (ARGE)¹⁰⁸, daha önceki davalıları ve adi şirketin ortaklarına karşı, Ansbach Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır.¹⁰⁹

Ansbach Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada,¹¹⁰ davanın kabulü ile adi ortaklık ARGE'nin, şirket ortakları ile birlikte müteselsil

¹⁰² Ulmer, *Münchener Kommentar*, § 705 N 132.

¹⁰³ Schmidt, *Gesellschaftsrecht* § 58 III, 4 ve IV.

¹⁰⁴ Flume, ZHR 136 (1972) s. 177 - 207; Schünemann, *Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts*, 1975 s. 207 - 273.; Wertenbruch, *a.g.e.*, s. 28 vd; Timm, *a.g.m.*, (NJW, 1995) s.3209 - 3218; Cordes, *a.g.m.*, (JZ 1998) s.545 - 552; Berndt/Boin, *a.g.m.*, (NJW, 1998) s. 2854 - 2861; Behr, *a.g.m.*, (NJW, 2000) s. 1137 - 1144; Schmitd, *a.g.m.*, (NJW, 2001) s. 993 - 1003 Wertenbruch, *a.g.m.*, (NJW, 2002) s. 324 - 329.

¹⁰⁵ Boin Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Recht, NJW 1998 s. 2854.

¹⁰⁶ NJW 2001 Heft 14, s. 1056 - 1061.

¹⁰⁷ Flume, ZHR 136 1972 s. 177 - 207.

¹⁰⁸ Olayda adi ortaklık, "AR-GE = Bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft" olarak nitelendirilmektedir. AR-GE'ler Almanya'da belli bir iş yapılması için bağımsız nitelikli girişimcileri oluşturdukları geçici bir adi ortaklıktır. AR-GE'ler daha çok yol ve köprü yapımlarında tercih edilen bir ortaklık tipidir. Schmidt, *Gesellschaftsrecht* s. 1280.

¹⁰⁹ Landgericht (Asliye Hukuk Mahkemesi) (LG) Ansbach.

¹¹⁰ Oberlandesgericht (İstinaf Mahkemesi) (OLG) Nürnberg

borçlu sıfatıyla borcu ödemesine karar verilmiştir. Bu kararın bozulması için istinaf yoluna başvurulması ile Nürnberg İstinaf Mahkemesi'ndeki incelemesinde, Mahkeme tarafından, alt derece mahkemesi olan Ansbach Mahkemesince verilen hüküm, adi ortaklık hükümlerine tabi yapı iş ortaklığı olan ARGE yönünden bozulmuştur.

Bu karar üzerine, davacı ilk derece mahkemesi olan Ansbach Eyalet Mahkemesinin verdiği kararın tekrar tesisi ve Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin bozma kararının ortadan kaldırılması için temyiz talebiyle Federal Mahkeme'ye başvurmuştur. Federal Mahkeme'de yapılan incelemenin sonucunda, ilk derece mahkemesinin kararı doğrultusunda bir hüküm kurulmuştur. Federal Mahkeme, bu kararında, adi ortaklıkların taraf ehliyetinin bulunduğunu kabul ederek, o zamana kadar geçerli olan uygulama ve görüşünü değiştirmiştir. Federal Mahkeme'nin Borçlar Hukuku, Usul Hukuku ve Cebri İcra Hukuku alanlarında önemli sonuçları olan bu yeni içtihadının getirdiği başlıca yenilikler kararın hüküm fıkrasında sıralanmıştır. Buna göre, Federal Mahkemenin bu içtihadının hukuki özeti aşağıdaki şekilde özetlenmiştir;

- a) Adi ortaklık, hukuki ilişkilere girerek kendi hakları ve borçlarını kurduğu (hak sahibi ve borç yükümlüsü olduğu) kadarıyla, hak ehliyetine sahiptir.
- b) Bu bağlamda, adi ortaklıkların hukuk davalarında aktif ve pasif dava ehliyeti vardır.
- c) Adi ortaklığın borçları için ortakların kişisel olarak sorumlu olduğu durumlarda, ortakların ortaklığın borçlarından sorumluluğu, kollektif ortaklıklarda ortakların ortaklık borçlarından sorumluluğu gibidir.¹¹¹

Federal Mahkemenin adi ortaklığın hak ehliyetinin olduğu dolayısıyla yargılamada taraf ehliyetinin bulunduğu yönündeki bu önemli ve Alman Hukuku'nda bu noktada bir anlamda dönüm noktası konumunda olduğu

¹¹¹ (fer'i bağımlılık)

söylenilecek olan bu son derece önemli kararın gerekçeleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir¹¹²;

Alman Federal Mahkemesi Kararının birinci bölümünde, adi ortaklığa hak sujesi olma hakkına ilişkin olarak öncelikle, adi şirketin tarihsel temelleri ile maddi gerekçeler üzerinde durulmuştur;

Buna göre, Alman Hukuku'nda; adi şirketin hukuki niteliği hakkında kanunda kapsamlı ve belirgin düzenlemeler yoktur. Alman Medeni Kanunu'nun ilk tasarısında adi şirket, Roma Hukuku modeline göre, kendi varlığı olmayan münhasır ortaklar arasındaki bir borçlar hukuku ilişkisi olarak düzenlenmişti. İkinci komisyon buna karşın, bir şirket malvarlığını, elbirliği prensibinin doğuracağı sonuçları somut olarak tek tek düzenlemeksizin elbirliği malvarlığı şeklinde yapılandırdı.¹¹³ Şirket malvarlığı, şirket ilişkisinin düzenlenmesinde esas itibariyle, elbirliği prensibinin üstüne eksik bir şekilde monte edilen borç ilişkisi olarak kaldı.¹¹⁴

Kararın devamında; Adi şirketin taraf ehliyetine sahip olmasının gerektiği ve bunun önemi vurgulanmıştır. Buna göre, adi şirketin, dışa karşı sınırlı hak sujeliği görüşü tercihe şayandır. Bu görüş, 19'ncü yüzyılın Alman elbirliği öğretisine dayanmaktadır.¹¹⁵ Bu öğreti, esas olarak Flume¹¹⁶ tarafından modern tartışma ortamına sokulmuş ve yeni literatürde geniş oranda kabul görmüştür.¹¹⁷

¹¹² Adi şirket, kural olarak (özel durumlar başka türlü karar vermeyi gerektirmiyorsa), hukuki ilişkide ortaklarının elbirliği ortaklığı olarak, her hukuki pozisyonu alabilir. Adi şirket, bu çerçevede hak ve yükümlülük altına girdiği ölçüde (tüzel kişiliği bulunmaksızın) hak ehliyetine sahiptir.

¹¹³ yürürlükteki BGB §§ 718, 719 ile karşılaştırınız.

¹¹⁴ Alman Federal Mahkeme Kararında yer verilen literatür; *Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I/1 1977, S. 3 f*; karşılaştırınız, *Ulmer, FS Robert Fischer 1979, S. 785, 788 f*.

¹¹⁵ Gierke, *Deutsches Privatrecht Bd. I 1895, s. 663, 682*.

¹¹⁶ Flume, **a.g.m.**, ZHR J 36 1972.

¹¹⁷ Alman Federal Mahkemesi'nin Kararında yer verilen literatür; *Münch. Komm. BGB/Ulmer, 3. Aufl. § 705 Rdn. 130 ff. m.w.N. in Fn. 373*; ders. *AcP 198 [1998], 113ff*; ebenso *K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 8 III, S. 203 ff*; *Wiedemann, WM 1994 Sonderbeilage 4, S. 6 ff*; *Huber, FS Lutter 2000, 107, 122 ff*; *Hüffer, Gesellschaftsrecht 5. Aufl. S. 47 ff*; *Dauner-Lieb, Die BGB-Gesellschaft im System der Personengesellschaften, in: Die Reform des Handelsstandes und der Personengesellschaften [Schriftenreihe der Bayer - Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht] 1999, S. 95, 99 ff*; *Reiff ZIP*

Alman Federal Mahkemesi'nin Kararında, adi ortaklığa tüzel kişilik tanınmasının gerekçeleri şu şekilde sıralanmıştır;

a) Adi şirketin, dışa karşı oluşan hukuki hak sujeliğinin tanınmasının pratikte önemli bir tercih nedeni, üye sayısındaki bir değişimin şirketle birlikte meydana gelen hukuki ilişkilerin sürekliliği hakkında bir etkiye sahip olmamasıdır.

b) Sermaye şirketlerinin nevi değişimi kanununda¹¹⁸ sermaye şirketlerin kimliğini koruyarak şahıs şirketlerine - bu arada adi şirkete,¹¹⁹ dönüşebilmesi durumu da, burada temsil edilen görüş esaslarıyla kolaylıkla, geleneksel görüşle ise ancak zorlamayla izah edilebilir.¹²⁰

c) Bir adi şirketin bir işletme işletmesi halinde, bu işletme, nitelik ve hacmine göre ticari şekilde işletilmeyi gerekli kıldığı takdirde, adi şirket, bunun açıklanmasına gerek kalmaksızın kanunen şahıs ve yapı olarak aynı ölçüde kollektif şirket olur.¹²¹ Kollektif ortaklığa her halükarda yukarıda belirtilen anlamda hukuk sujeliği verildiği için¹²² geleneksel görüşün tutarlı uygulanması halinde mülkiyet ilişkileri, şirket malvarlığına ait olan şeyler, kollektif şirkete dönüşmekle, değişirdi. Bu durum, özellikle uygulamada güç sorunlara yol açabilecektir.¹²³

d) Nihayet, kanun koyucunun bu arada adi şirketin aciz ehliyetini tanımış olması¹²⁴ böylece onu iflas masası sahibi olarak görmesi de hak sujeliğinin kabulü olgusunu desteklemektedir.

Şirketin hak ehliyetinin tanınmasında, şirketin hak ehliyeti ile şirketin bütün üyelerinin oluşturduğu elbirliği ortaklığı grubu olarak değil, bizzat kendisinin

1999, 517, 518; Mülber: AcP 1999, 39, 43 ff; Wertenbruch, *Die Haftung von Gesellschafter und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung 2000*, S. 211 ff." şeklindedir.

¹¹⁸ Umwandlungsrecht (nevi değişimi kanunu) (§§ 190 ff., 226 ff. UmwG),

¹¹⁹ Bkz. nevi değişimi kanunu; § 191 Abs.2 Nr.1

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi'nin Kararında yer verilen literatür; (*karşılaştırınız, Wiedemann, ZGR 1996, 286, 289 f.; Mülbert, AcP 199 [1999], 38, 60 ff.; Timm, NJW 1995, 3209 ff.; Hueck, FS Zöllner, S. 280 ff.; Zöllner, FS Claussen 1997, 423, 429 ff.*).

¹²¹ Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 105/I ile bağlantılı olarak § 1.

¹²² Bkz. Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 124/I.

¹²³ Alman Federal Mahkemesi'nin Kararından; Bkz. Reiff, *a.g.m.*, ZIP 1999, s. 517 – 518.

¹²⁴ Alman Aciz Kanunu §11/II.

hukuki şahsiyeti dolayısıyla hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olduğu açıkça kastedildiğinden, Alman Medeni Kanunu'nun §§ 21, 22, 54 hükümleriyle bir çelişme söz konusu değildir. Alman Medeni Kanunu'nun § 14/II. fıkrasının gösterdiği gibi, kanun, hak ehliyetine sahip olan şahıs şirketlerinin mevcudiyetini de nazara almaktadır. Bu şekilde, kollektif ve komandit şirketin, hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olabileceği ve dolayısıyla elbirliği ortaklıkları olarak bir tüzel kişi statüsü bulunmaksızın hak ehliyetine sahip olabilecekleri pratik açıdan tartışmasızdır. Federal Mahkemenin müstakar içtihadına göre,¹²⁵ aynı durum sermaye şirketlerinin kuruluş aşaması için de geçerlidir.

Mahkemenin kararının ikinci bölümünde, adi ortaklığa hak sujesinin tanınmasına ilişkin olarak Usul Hukuku'na ilişkin sebepler üzerinde durulmuştur;

a) Adi şirket hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olarak tanınmasıyla şirket, hak ehliyeti ile bağlantılı olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 50. hükmü gereğince, Medeni Usul Hukuku'nda taraf ehliyetinden yoksun bırakılamaz.

Adi şirketin taraf ehliyeti, üçüncü kişilerle ilişkide şirketin hak sujeliğinin tanınması için zorunlu bir usuli gerektir.¹²⁶ Usul Hukuku'nda davacı hakkını geçerli olarak ileri sürebilen taraf; davalı ise hakkın kendisine karşı geçerli bir şekilde ileri sürüldüğü taraf anlamına gelir. Bu yetkiye kural olarak, davayı takip yetkisi de uymaktadır. Maddi anlamda hak sahibi veya borç yükümlüsü tek başına ortaklar değil ve fakat şirket olması sebebiyle, şirket kendisi bir şirket alacağı veya yükümlülüğüne ilişkin bir davanın "doğru" tarafıdır ve bu bağlamda taraf ehliyetine ve davayı takip yetkisine de sahiptir.

b) Kararda adi şirkete hak ehliyetinin tanınması zaruri dava arkadaşlığına tercih edilmesi gerektiği görüşü de savunulmuştur;

Adi şirketin taraf ehliyetinin tanınması, bugüne kadar uygulanan, şirket malvarlığı ile ilgili alacak ve borçlar bakımından aktif ve pasif davayı takip yetkisine

¹²⁵ Alman Federal Mahkemesinin kararında yer alan içtihatlar; BGHZ 80, 129, 132; 117, 323, 326.

¹²⁶ Federal Mahkemenin kararında yer alan literatür; *bejahend aitch Wiedemann aaO, S. 9 f; Hüffer, FS Stimpel 1985, S. 165, 168 ff.; Soergel/Hadding, BGB 11. Aufl. § 714 BGB Rdn.52; Wertenbruch aaO, S. 213 ff.; MünchKomm ZPO/Lindacher, § 50 Rdn.23ff; Musielak/Weth, ZPO 2. Aufl. § 50 Rdn.22; für die Mitunternehmer-Gesellschaft auch K. Schmidt aaO, § 60 IV 1, S. 1805 ff.).*

Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 62/I. fıkra anlamında, kurucu ortakların zaruri dava arkadaşı olarak sahip olduğu modele birçok bakımdan tercih edilmelidir.

Ortakların zaruri dava arkadaşlığı, şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına karşı bir gerekçe olarak görülemez. Zira zaruri dava arkadaşlığı kurumu ile şirketler hukuku'na ilişkin elbirliği kurallarından uygun usuli sonuçlar elde edilemez. Gerçi, dava tüm elbirliği ortaklarına karşı açılabilirdiği ve tek bir hüküm verilmesi zorunlu olduğu kadarıyla, zaruri dava arkadaşlığı ile elbirliği prensibi birbirine benzemektedir. Fakat diğer durumlarda, zorunlu dava arkadaşlığı, şirketler hukuku'na ilişkin elbirliği ile ilgili davayı takip yetkisine mahsus özellikleri güvenceye almamıştır; çünkü zaruri dava arkadaşlığında her dava arkadaşı kendi davasını takip eder.¹²⁷ Diğer dava arkadaşlarıyla olan bağlantı, yalnızca hükmün tek olması zorunluluğunda ve dava arkadaşlarının bir kısmının yokluğu hallerinde duruşmanın diğer zaruri dava arkadaşlarına teşmil edilmesinde ortaya çıkar.¹²⁸ Fakat zaruri dava arkadaşlığında usuli işlemlerin birlikte, ortak yapılması yükümlülüğü yoktur. Her dava arkadaşı, diğerlerinden bağımsız olarak kendi usul hukuku ilişkisi için sonuçlarıyla birlikte usuli işlemler yapabilir¹²⁹ ve her dava arkadaşı aynı zamanda kendi dava vekilini de atayabilir. Dava arkadaşlarının ileri sürdüğü, birbiriyle çelişen açıklamaları mahkeme Alman Medeni Usul Kanunu § 286 gereğince serbestçe değerlendirir.¹³⁰ Dava arkadaşlarından her birinin tek başına kanun yoluna başvurusu, hükmün diğer dava arkadaşlarına karşı da kesinleşmemesi sonucunu doğurur.¹³¹

Böylece, adi şirkette maddi hukuka yönelik temsil ve tasarruf yetkisi konusunda önemli farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, eğer sadece bir ortak işlem yapmaya yetkili ise, diğer ortaklar maddi olarak şirket için sonuç doğurucu beyanlarda bulunamazlar; eğer sadece müştereken işlem yapma yetkisine sahip iki ortak maddi hukuk bakımından çelişkili beyanlarda bulunurlarsa, bunlardan hiçbirisi sonuç doğurmayabilir. O halde, zaruri dava arkadaşlığı modeli, maddi hukuk ilişkisine uygun davayı takip yetkisini güvenceye alacak durumda

¹²⁷ ZPO § 63.

¹²⁸ ZPO § 62/I ZPO.

¹²⁹ Bkz. Alman Federal Mahkeme Kararları; BGHZ 131, 376, 379)

¹³⁰ Alman Federal Mahkeme Kararından; *Schilken*, § 62 Rdn. 48

¹³¹ BGHZ 131, 376, 382

değildir. Çünkü zaruri dava arkadaşlığında davayı takip, şirketin temsili için geçerli olandan farklı kurallara tabidir.

Bu sonuçtan ancak, elbirliğinin davayı takip yetkisine ilişkin maddi temsil yetkisi, dava arkadaşları olarak elbirliğine aktarılacak; ortaklar usuli açıdan grup olarak kendi idarecileri tarafından temsil edilmek, böyle muamele görmek ve sadece idareciler tarafından yapılan usuli işlemler sonuç doğurucu olarak görülmek suretiyle kaçılabilir. Bununla birlikte, böyle bir çözüm zaruri dava arkadaşlığının temel prensipleriyle bağdaşmaz. İdarecinin şirket sözleşmesinde yetkilendirilmesi halinde, kendisinin bizzat taraf olduğu bir davada, dava arkadaşı olarak dava edilen ortakların münferiden davayı takip yetkisi kabul edilemez. Sonuçta, böyle bir düzeltme teşebbüsü, şirketin taraf ehliyetinin üstü kapalı olarak tanınması anlamına gelirdi. Buna karşılık, adi şirketin taraf ehliyetine sahip olduğu açıkça kabul edilirse, davayı takip yetkisi ve şirketler hukuku'na ilişkin temsil yetkisi arasındaki arzu edilen uyum'a, zorlama olmaksızın ve usuli ilkeler ihlal edilmeksizin ulaşılabilir. Bu şekilde ancak, şirketler hukuku'na ilişkin temsil kurallarıyla uyum içerisinde olan usuli işlemler başlangıçtan itibaren sonuç doğuracaktır.

Bundan başka, ortakların zorunlu dava arkadaşlığı modeline karşı, bu modelin geçerliliğinde elbirliği adına ya da ona karşı bir hüküm elde etmek amacıyla gerek, davacı gerekse, davalı olma durumunda, her zaman şirketin mevcut tüm üyelerinin dava edilmesi ve davacı olması zorunluluğu ileri sürülür. Tecrübeler göre bu husus, büyük şirketlerde ve üye değişiminin yoğun olduğu şirketlerde şirket alacaklılarına önemli sorunlar çıkarabilir. Buna örnek olarak, Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Mart 1990¹³² tarihli kararlarına esas teşkil eden olaylar olarak gösterilir. Daire, ilk söz edilen olayda, yetmişden fazla ortak hakkında şahsi bilgisi olmayan davacı şirket alacaklısına, davada bütün ortakların doğru olarak gösterilmesinin sadece taraflarla ilgili kısmın¹³³ düzeltilmesi eylemini kapsadığını kabul etmek suretiyle, kolaylık göstermiştir. Bu çözüm bile, aslında ortakların zorunlu dava arkadaşı olduğu

¹³² Alman Federal Mahkemesi'nin Kararından; Bkz, *ZIP 1990, 715 ve 15 Ekim 1999 (VZR 141/98, ZIP 1999, 2000)*.

¹³³ (hüküm başlığının)

görüşünden ayrılır. Zira dava arkadaşlığının maddi hukuka yönelik sebeplerinin tümünün yerine getirilmemesi davanın geçerli olmamasını zorunlu kılar.¹³⁴

Sonuç olarak, böyle bir durumda şirket zaten bizzat davalı taraf ve dolayısıyla taraf ehliyetine sahip olarak değerlendirilirdi. Bir ortağın üyeliğinin belirsiz ve tartışmalı olduğu birçok durumda da, dava arkadaşlığı çözümünün esasları hakkında ilgililer yönünden benzer zorluklar vardır. Bu durumlarda¹³⁵ konu hakkında bir karar verilmeden önce, davada ilk olarak, davanın esası ile hiçbir şekilde ilgisi olmayan, şüpheli şahsın üye olup olmadığı sorunu giderilir. Burada da içtihat, bir ortağın yanlışlıkla eksik belirtilmesinde, sadece taraflara ilişkin kısmın geçersiz olduğunu belirtmek suretiyle yardımcı olmaya çalışmıştır.¹³⁶ Maddi adaleti gerçekleştirmesi umulan, adi şirketi taraf ehliyetine sahip olarak değerlendiren mevcut içtihadın bu yardım düzeneği, dava arkadaşlığı modeline şeklen sadık kalınmasına rağmen, sonuçta tatmin edici değildir. Bu teori özellikle, icra aşamasında problemler çıkarmaktadır. Zira icra müdürü, şüphe hallerinde icra edilecek bir hükümde belirtilen ortakların tüm ortaklar olup olmadığını inceleyemez. Oysaki adi şirkete taraf ehliyetinin tanınması, gerek yargılama usulünde gerek icra prosedüründe daha basit ve tutarlı bir çözümdür.

c) Elbirliği ortaklığına karşı açılan davada, dava ve icra takibi sırasında yeni üye girişi ve üye değişimi hallerinde dava arkadaşlığı çözümünün ortaya çıkardığı ve pratikte tatminkâr şekilde çözülemeyen önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Dava arkadaşlığı çözümünün temsilcileri, dava sırasında gerçekleşen üye değişimini Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§ 239, 241, 246'ya benzeterek kanuni taraf değişikliğinden hareket ederler. Bu durumda dava, talep üzerine, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 246'ya kıyasen davanın kabulüne kadar yeni ortaklar aracılığıyla kesintiye uğrar; hüküm başlığı mahkeme tarafından düzeltilir. Derdestlikten sonra gerçekleşen bir yeni katılım veya üye değişimi yargılamanın bitimine kadar öğrenilemezse, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 727 kıyasen uygulanarak dava dilekçesine yeni giren ortak sonradan yazılabilir; aynı şey

¹³⁴ Bkz. BGH kararı 25 Ekim 1991 – Alman Federal Mahkemesinin Kararından; *Stein/Jonas/Bork*, § 62 Rdn. 20 f., 25; *Musielak/Weth* § 62 Rdn. 11.

¹³⁵ (davacı ve davalı olduğu durumlarda)

¹³⁶ BGH kararı 10. Oktober 1996 - IX ZR 135/95, NJW 1997, 1236

yargılamanın tamamlanmasından sonra ve icra takibinin başlamasından önce yeni giren ortaklar için de geçerlidir.

Bu çözüm teklifi pratik bakımdan yetersizdir, eğer bilinmeyen yeni katılım veya üye değişimi davanın derdest olmasından önce gerçekleşmişse, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 727 gereğince artık ilamın düzeltilmesi mümkün olmaz. Hüküm, sadece dava açılmasından sonra gerçekleşen hukuki değişiklikler hakkında uygulanabilir. İlamın düzeltilmesi¹³⁷ imkânı, ayrıca, alacaklının yeni katılımı Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 727 gereğince gerekli olan tarz ve şekilde¹³⁸ ispat edemediği hallerde de uygulanmaz. O, ilk olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 731 gereğince kararın icrasını talep etmeliydi. Ayrıca, ilamda yer alan ortakların mevcut ortaklardan farklı olduğunun ortaya çıkması halinde, her halükarda öncelikle icra takibinin durdurulması gerektiği de nazara alınmalıdır. Bu durumda örneğin, gerçekleştirilen alacak hacizleri ve diğer cebri tedbirler boşa gidecekti ve bu arada şirket, icra takibine yönelik olarak seçilen mallarda tasarruf edebilecekti. Aynı şekilde şirket,¹³⁹ şirket mevcudundaki sürekli yeni değişiklikleri ard arda bildirmek suretiyle icra takibini neredeyse tamamen imkânsız kılabilirdi. Buna göre, dava arkadaşlığı çözümü, maddi hukuktaki yetki ve davayı takip yetkisi arasındaki farklılıklar yüzünden ortaya çıkan sorunları kaçınılmaz olarak tatmin edici bir şekilde çözememekte, bilakis yalnızca davayı ve icra takibini uzatmaktadır. Şirketin taraf ehliyetinin tanınmasıyla, ortakların mevcudiyetinde bir değişiklik¹⁴⁰ hiçbir şekilde engellenmemektedir.

d) Adi şirketin malvarlığı üzerinde cebri icra için bütün ortaklara karşı alınmış olan bir hükmün varlığını gerekli gören Alman Medeni Usul Kanunu § 736, adi şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına engel teşkil eden bir hüküm değildir. Taraf olarak elbirliği ortaklığına bağlı ortakların tümü hakkında alınan bir karar ZPO § 736 anlamında "bütün ortaklara karşı" bir karardır.¹⁴¹ Alman Medeni Usul Kanunu § 736'nın oluşum sürecinden, bu düzenlemenin amacının, her bir ortağın şahsi

¹³⁷ (değiştirilmesi)

¹³⁸ (mahkemece bilinme veya resmi ya da resmi tasdikli senet şeklinde)

¹³⁹ (özellikle halka açık şirketlerde bu tehlike söz konusudur)

¹⁴⁰ (dava sırasında veya sonrasında)

¹⁴¹ "Alman Medeni Kanunu § 745'e (§ 745 BGB) göre kurulmuş bir şirketin malvarlığı üzerinde cebri icra için bütün ortaklara karşı icra edilebilir bir karar gereklidir."

alacaklılarının şirket malvarlığına karşı icra takibinin önlenmesi olduğu, fakat şirketin taraf ehliyetinden yoksun bırakılması olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁴²

Şirketin taraf ehliyetinin tanınmasıyla, sadece bir ortağın alacaklısının şirket malvarlığına karşı icra takibi yapabilmesinin engellenmesi amacına, tek başına ortaklara karşı açılan davaların kabulünde olduğu gibi kolaylıkla ulaşılabilir. Bu yüzden Alman Medeni Usul Kanunu § 736 hükmünün adi şirketi davada taraf ehliyetinden yoksun bırakmak amacıyla olduğu tespit edilememektedir. Şirketin taraf ehliyeti, kanun koyucu tarafından, genelde "elbirliğinin özünde" olduğu şekilde, tahdidi olarak düzenlenmiştir. Buna uygun olarak, ikinci komisyonun genel raportörü Gottlieb Planck, Alman Medeni Kanunu şerhinin 1900 yılındaki ilk baskısında, taraf ehliyetinin reddine karşı, Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§ 736, 859 hükümlerinin şirketin taraf ehliyetini düzenlemediğini, bu hükümlerin sadece elbirliği ilkesine riayet edilerek kanuna alındığını ifade etmiştir.¹⁴³

19 ncu yüzyılda ve 20 nci yüzyılın başlarında, Wertenbruch'un¹⁴⁴ ifade ettiği gibi, "bizzat şirket (Gesellschaft als solche)" kavramı, tüzel kişi için geçerliydi. Buna karşılık kollektif şirkette, şirketin "bizzat kendisinin" dava açabileceği ve kendisine karşı dava açılabilceği, hak ve borçlanmaya ehil ve hususi malvarlığına sahip olduğu ibaresi,¹⁴⁵ bunun tüzel kişilik tanımını içerdiği gerekçesiyle Alman Genel Ticaret Kanunu'nun 111 nci maddesine¹⁴⁶ alınmamıştır.¹⁴⁷

e) Şirkete taraf ehliyetinin tanınmasıyla Alman Medeni Usul Kanunu § 736 hükmü gereksiz bir düzenleme haline de gelmez. Bu hüküm, alacaklının, taraf olarak sadece şirkete karşı alınmış bir ilamla şirket malvarlığına karşı icra takibi yapabilmesini değil, aynı zamanda sorumluluklarından dolayı alınmış bir ilamla münferit tüm ortaklara karşı icra takibi yapabileceği şekilde yorumlandığı takdirde, tamamen kendine özgü bir düzenleme içeriğine kavuşur. Adi şirketin hukuki

¹⁴² Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁴³ Alman Federal Mahkemesinin Kararında yer aldığı üzere, Bkz. *Plank BGB Şerhi § 705 Rdnr. II 2, S. 453*.

¹⁴⁴ Wertenbruch, **a.g.e.**, s. 9, 46, 132

¹⁴⁵ (1857 tarihli Prusya Alman Genel Ticaret Kanunu Tasarısının 87 nci maddesinde olduğu gibi)

¹⁴⁶ (Halen yürürlükte olan HGB § 124).

¹⁴⁷ Alman Ticaret Kanununun § 124 de Kollektif şirketin davada taraf olarak yer alabileceği hükmü yer açıkça almaktadır.

durumu kollektif şirketten farklıdır. Zira kollektif şirkette Alman Ticaret Kanunu § 124/II. fıkra gereğince, şirket malvarlığına karşı takip yapılabilmesi ancak münhasıran şirkete karşı alınmış bir ilamla mümkündür.

f) Adi şirketin sicil aleniyetinin eksikliği durumu da taraf ehliyetinin tanınmasına engel olmaz.¹⁴⁸ Adi şirketten ziyade fiili bir birleşme organizasyonu olduğu durumlarda, bu husus dışarıdan da kolaylıkla bilinemez. Fakat bu zorluklar taraf ehliyetinin tanınmasından sapmayı zorunlu kılacak kadar ağır değildir. Şirketin davacı olması halinde, şirkete giren kişilerden, şirketi tanımlanabilir bir şekilde göstermeleri kolaylıkla beklenebilir.¹⁴⁹ Davanın seyri esnasında fiilen bir dış şirketin olmadığı anlaşılırsa, temsil yetkisi sona erdiği halde sözde şirket adına dava açan kişi en azından dava masraflarına katlanmak zorundadır.¹⁵⁰ Mevcut olmayan bir tarafın hukuki ilişkilere girmesi halinde, onun adına ortaya çıkan ve tarafın varlığını iddia eden temsilci, geçerli olmayan davaya sebebiyet veren olarak yargılama giderlerine katlanır. O halde, her halükarda en azından bir gerçek kişi masraf borçlusu olarak mevcuttur.

Şirketin davalı olması durumunda ise, davacı için ortakların şahsi sorumluluğu yüzünden (kollektif şirkette olduğu gibi¹⁵¹) şirketle birlikte ortakların da şahsen dava edilmesi uygulamada sürekli tavsiye edilir. Bu husus özellikle, malvarlığı olan gerçek bir adi şirketin olup olmadığının kesinlik arz etmediği durumlarda söz konusu olur. Dava sırasında, ortakların elbirliği topluluğu olarak yükümlü olmadıkları, bilakis ortaklık borçlarından dolayı sadece münferiden müteselsil borçlu oldukları anlaşılırsa¹⁵² yalnızca şirkete karşı açılan dava¹⁵³ reddedilir. Cebri icra sırasında esasen şirket malvarlığının olmadığı ortaya çıkarsa, alacaklı bakımından ilam münferit ortaklar için hâla geçerlidir. Şirketin taraf ehliyetinin kabulünde, dava arkadaşlığı çözümünün esaslarında gösterildiği gibi, bir durum farklılığı ortaya çıkmaz. Zira burada da elbirliğine ve ortaklara karşı açılan

¹⁴⁸ Daire, gerçi eksik aleniyet yüzünden bazı hallerde, bir adi şirketin davada açık bir tanımlamayı (her şeyden önce icra takibinde) mümkün kılacak şekilde çok açık gösterebilmesinin zor olduğunu doğru değerlendirmiştir.

¹⁴⁹ örneğin ortakların, kanuni temsilcinin mümkün olduğunca doğru belirtilmesi ve şirket ilişkilerinin gösterilmesi gibi,

¹⁵⁰ Alman Federal Mahkemesi Kararından, bkz.; 25. Ocak 1999 - II ZR 383/96, ZIP 1999, 489, 491.

¹⁵¹ Alman Federal Mahkemesi Kararından; Behr, NJW 2000, 1137, 1139.

¹⁵² BGB § 427.

¹⁵³ (fakat ortaklara karşı şahsen açılan değil).

davalar ayrılır.¹⁵⁴ Diğer durumlarda, şirket alacaklılarının münhasıran ortaklardan talepte bulunabilmesi de adi şirketin taraf ehliyetinin tanınmasına bağlıdır. Buna göre, şirket alacaklısının hakkını takip etmesi taraf ehliyetinin tanınmasıyla hiçbir şekilde ağırlaştırılmaz.

Federal Mahkeme bu kararı ile adi ortaklıkların hak ehliyetine ilişkin olarak görüşünü değiştirmiş ve böylelikle de artık adi ortaklıklar, bir hukuki ilişkide kendi isim ve unvanları altında taraf olabilecekleri gibi bu ilişkiden doğabilecek hak ve borçların da sahibi olabileceklerdir. Bu itibarla, bu karar ile birlikte, ortaklık adına yapılacak olan hukuki işlemlerden doğabilecek olan haklar ve yükümlülükler ortaklar adına değil de ortaklık adına doğacağından, söz konusu hukuki işlemler yönünden ortaklığın hak ehliyetinin olmadığı hususu iddia edilemeyecektir. Bu bağlamda, Federal Mahkeme aynı karar da adi ortaklıkların hukuk davalarında taraf ehliyetini yani davada davacı ya da davalı olabilme ehliyetini kabul etmiştir. Bunun anlamı, İcra Hukuku'nda adi ortaklıkların taraf ve takip ehliyetinin bulunduğudır. Mahkeme Kararı'nda, adi ortaklıkta ortakların sorumluluğunu kollektif ortaklıkta ortakların sorumluluğu ile eşit düzeyde görmüştür.

Bu karar ile 30 yılı aşkın süredir Alman Hukuku'nda süregelen tartışma yeni bir boyut kazanmıştır. Bu sebeple, bu karar uygulamada yeni sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu karar ile Alman Hukuku'nda adi ortaklığa, kollektif ve komandit ortaklıklara Alman Ticaret Kanunu § 124'te açıkça tanınmış olduğu şekliyle davada ya da takipte taraf olabilme ehliyeti tanınmıştır.

Federal Mahkeme'nin kararından sonra Schmidt¹⁵⁵ tarafından Alman Federal Mahkemesi'nin kararının tahlili yapılmıştır. Buna göre, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız kararın özeti açıklandıktan sonra bu kararın arkasında 1895 yıllarda Gierke tarafından Alman Özel Hukuku kitabında elbirliği mülkiyetine ilişkin olarak savunduğu görüşlerinin, 1972 yılında Flume tarafından geliştirilerek elbirliği mülkiyetinin hukuk sujesi olarak tanınması gerektiği tartışmasını başlattığını ifade etmiştir. Elbirliği mülkiyeti üzerinde 1972 yılında başlayan ve tartışma yaklaşık 30 yıllık bir süreçten sonra 2001 yılında sona ermiştir. Buna göre,

¹⁵⁴ Alman Federal Mahkemesinin Kararında yer verilen atıflar, "Münch. Komm. BGB/Ulmer, § 718 Rdn.s. 47 Helle, S. 73. "

¹⁵⁵ Schmid, Die BGB – Aussengesellschaft: Rechts – und Parteifähigkeit, s. 993, NJW, 2001.

bu karar ile Alman Medeni Usul Kanunu'nun §§ 50 ve 736'nın etkilendiğini savunmuştur.

3. İsviçre Hukuku'nda

Türk Borçlar Kanunu'nun mehası olan, İsviçre Hukuku'nda da, adi şirket, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 530 – 551. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁵⁶ İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku'nda olduğu gibi, adi şirket bir ana şirket türü olup, Cermen Hukuku kaynaklı elbirliği ortaklığı esasına dayanır.¹⁵⁷ İsviçre Hukuku'nda da tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi kollektif ve komandit şirketin tüzel kişiliği olmamasına rağmen İsviçre Borçlar Kanunu kollektif ve komandit şirketleri birer hak sujesi olarak tanımıştır.¹⁵⁸

Alman Hukuku ile İsviçre Hukuku arasındaki bu büyük benzerliğe rağmen, Alman Hukuku'nda adi şirketlerin hak ehliyetinin bulunduğu yönündeki son gelişmeler İsviçre Hukuku'nda hiçbir etki doğurmamıştır.¹⁵⁹ Belirtmeliyiz ki; gerek İsviçre ve Türk gerekse Alman Hukuku'nda adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olduğunu gösteren doğrudan açık bir yasa hükmü bulunmadığı gibi, adi ortaklığa hak ehliyeti kapsamında bazı kişilik özelliklerini doğrudan tanıyan yasal bir düzenleme de mevcut değildir. Buna karşılık, Alman Hukuku'ndaki hukuki düzenlemelerin ışığında yaşanan gelişmeler, yukarıda bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar yapıldığı üzere, adi ortaklığa hak ehliyeti tanınması yönündedir.

Alman Hukuku'ndaki tüm bu gelişmeler karşısında, İsviçre doktrininde ve yargı uygulamalarında,¹⁶⁰ adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı, ortaya çıkan kişi birliğinin onu oluşturan şahıslardan bağımsız bir hak sujesi de teşkil etmediği

¹⁵⁶ OR art. 530-551.

¹⁵⁷ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, C.2, 1898, s. 430.; Meier – Hayoz/Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts 1993, § 6 N.7.

¹⁵⁸ OR Art.562'ye kollektif şirketler hak ve borç altına girebilecekleri gibi, davacı ve davalı olabilmektedir.; Kollektif ortakların işledikleri haksız fillerden dahi diğer ortaklar sorumlu tutulabilmektedir.

¹⁵⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 15 vd.

¹⁶⁰ BGE 41 II 188; BGE 43 III 177; BGE 44 II 188; BGE 72 III, 42; BGE 88 II 230; BGE 96 II 103; BGE 95 II 59; BGE 96 III 100.

ve sonuçta adi ortaklığın hak ehliyetine sahip olmadığı hemen hemen oybirliği ile kabul edilmektedir.¹⁶¹

İsviçre Hukuku'nda da adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığı görüşü hâkimdir. Buna bağlı olarak adi şirketin bir ticaret unvanı sahibi olamayacağı, müşterek isim kullanılması halinde bunun ticaret unvanı olarak korunamayacağı kabul edilmektedir.¹⁶² Zürih şerhinde de adi şirketin tüzel kişiliğinin olmadığı beyan edilmekle birlikte, şerhte adi şirketin hak ehliyeti konusunda ise açıklamaya yer verilmemiştir.¹⁶³

İsviçre Borçlar Kanunu'nun adi şirkete ilişkin hükümlerinde genellikle ortakların ön plana çıkarıldığı görülmekle birlikte, Kanunun bazı hükümlerinde ise, ortaklardan ayrı olarak şirketten söz edildiği görülmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 543. maddesi şirket ortaklarının üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerini düzenlemekte olup maddede şirket adına yapılan işlerin şirketi bağlayacağı hükmü yer almaktadır. Bunun yanında, İsviçre tapu sicil nizamnamesi ile taşınmaz malların adi şirket adına gösterilerek tescil edilmesi mümkün kılınmıştır.¹⁶⁴

Bu açıklamalar karşısında, İsviçre Hukuku'nda adi şirkete taraf ehliyeti tanınmamaktadır. Bu halde, adi şirket ortağının adi şirket nezdinde bulunan hissesinin cebri icrası halinde, kural olarak, taraf sıfatına bütün ortaklar birlikte sahip olduklarından cebri icrada taraf olarak adi şirketin bütün ortakları gösterilmeli ve tebligatlar bütün ortaklara yapılmak zorundadır. Bu sebeple, bu konuda İsviçre Hukuku'ndaki çözüm Türk Hukuku ile aynıdır.

¹⁶¹ Siegwart, Zürcher Kommentar, Vorb. zu Art. 530 -551, Nr. 119vd., Meier - Hayoz/Forstmoser s. 197; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 48 – 49; Barlas, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁶² Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, § 8 N. 58.

¹⁶³ Siegwart, Zürcher Kommentar, Zürich 1938, Vorb. zu Art. 530 - 551 N 16; v. Steiger, Gesellschaftrecht, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften, in Schweizerisches Privatrecht **a.g.e.**, 1976, s. 381.

¹⁶⁴ Siegwart, Zürcher Kommentar, Art.544 N. 12; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 141; Öte yandan, İsviçre Hukuku'nda, kat maliklerinin oluşturdukları şahıs birliğine de hak ehliyeti yasa ile tanınmıştır.

4. Türk Hukuku'nda

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu'nun 520 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan adi şirketin tüzel kişiliği yoktur.¹⁶⁵ Alman Hukuku'nda adi şirkete taraf ehliyetinin tanınması yönünde son yıllarda yapılan tartışmalar ve özellikle Federal Mahkeme'nin kararından sonra ortaya çıkan hukuki durumdan Türk Hukuk doktrini, mehz İsviçre Hukuku'na paralel olarak, şimdilik etkilenmemiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin adi şirkete taraf ehliyeti tanıyan kararından sonra, Türk Hukuku'na bu kararın muhtemel etkileri tartışma konusu yapılabilir.

Türk Hukuku'nda, Barlas, Federal Mahkeme'nin 2001 tarihli kararından önce, 1998 tarihinde yayınlamış olduğu eserinde¹⁶⁶ adi ortaklığa hak ehliyeti tanıyan görüşün kabulü halinde tüm hukuk düzeninin temel taşı konumundaki “hak sahipliği” ve “kişilik” kavramlarına ağır bir darbe indirilmiş olacağı görüşünü savunmuştur. Barlas'a göre; adi şirkete taraf ehliyetinin tanınmasıyla tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi ve mal grupları, özellikle elbirliği mülkiyeti ilişkileri yönünden çözüme kavuşturulmuş pek çok sorun çözümsüzlüğe itilmiş olacaktır. Ayrıca, adi ortaklık ile diğer elbirliği hak sahipliği ilişkileri arasında kolaylıkla izah edilemeyecek bir ayrılık doğacaktır.

Kanaatimizce'de Alman Hukuku'nda adi şirkete taraf ehliyeti tanıyan görüşün, Türk Hukuku yönünden kabulü, Alman Hukuku'nda bu görüşün kabulüne dayanak oluşturan gerekçelere bakıldığında mümkün değildir.

Öncelikle, belirtmeliyiz ki, Federal Mahkeme'nin adi ortaklığa hak ehliyeti ve bunun neticesi olarak taraf ehliyeti tanınmasının en önemli sebeplerinden bir tanesi Alman Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri olmadığı halde ve bu ortaklıklar elbirliği ortaklığı teşkil ettiği halde, Alman kanun koyucusu bu ortaklıklara bazı tüzel kişilik özellikleri tanımıştır.¹⁶⁷ Alman doktrininde, adi ortaklığın hak ehliyetinin olması gerektiğini savunan yazarlar bu gerekçeye özellikle dayanmışlardır. Buna karşılık, Türk Hukuku'nda kollektif ve

¹⁶⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 48 – 49; Türk Hukuku'nda adi ortaklık ilişkisinde kural olarak taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece adi ortaklar arasında ortaklık ilişkisinde elbirliği ortaklığı rejimi geçerlidir.

¹⁶⁶ Barlas, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, s. 57.

¹⁶⁷ HGB §§ 124,161/Abs.2

komandit şirketler elbirliği mülkiyeti ortaklığını teşkil etmezler. Zira TTK m. 136 ve 137 de açıkça kollektif ve komandit şirketin tüzel kişiliğinin olduğu ve ticaret şirketleri arasında yer aldığı zikredilmiştir.

İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda olduğu gibi tüzel kişiliği olmayan kollektif ve komandit şirketlerin yasal düzenlemelerle¹⁶⁸ bazı tüzel kişilik özellikleri tanınmış olduğu halde, İsviçre doktrininde yukarıda da açıklandığı üzere, adi ortaklığın kısmi veya tam hak sujesi olduğundan bahsedilmemektedir.

Ayrıca, Alman Hukuku'nda, ortaklıkların nevi değiştirmelerine ilişkin düzenlemeler içeren ve 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe giren, 28.10.1994 tarihli Nevi Değişimi Kanunu'nun¹⁶⁹ 190, 191 ve 202. paragraflarında getirilen düzenlemelerle, tüzel kişiliğe sahip bir sermaye şirketinin adi ortaklığa dönüşümü kabul edilmiş ve mevcut hukuksal ilişkilerin, özellikle hak sahipliğinin, değişikliğin ticaret siciline tescilinden sonra da varlığını koruyacağı belirtilmiştir. Bu gelişme gerek Alman doktrininde¹⁷⁰ ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan Alman Federal Mahkeme kararında adi ortaklığı hak sujesi olarak kabul eden görüşe yasal destek olarak gösterilmektedir.

Adi ortaklığın kuruluşu tescile tabi olmadığından adi ortaklıkların hak sujesi olarak tanınması da uygulamada çok büyük zorluklar çıkarabilecektir. Üstelik Türk Hukuku'nda adi ortaklıklar genellikle kısa süreli mali amaçlı birlikteliklerde ortaya çıkmaktadır. Bu mali ilişkilerde tüzel kişilik şeklinde yapılanmayı tercih edenler kollektif ve komandit ortaklık şeklinde ortaklık ilişkilerinin pekâlâ yürütebileceklerdir.

Nihayet, Alman Hukuku'nda, adi ortaklığın hak sujesi olarak kabul edilmesini destekleyen yasal dayanaklar da Türk Hukuku'nda mevcut değildir. Çünkü Alman Hukuku'nda, yeni Aciz Kanunu'nda adi ortaklıklar hakkında iflas kararı alınabilmesi mümkün kılınmıştır.¹⁷¹

¹⁶⁸ OR Art. 562, 567, 602.

¹⁶⁹ Umwandlungsgesetz

¹⁷⁰ Raiser, **a.g.m.**, s. 498; Timm, **a.g.m.**, 3209 vd.

¹⁷¹ Alman Aciz (küllî takip) Kanunu'nun § 11/II.

Açıklanan sebeplerle, Türk Hukuku'nda adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmayan bir hukuksal ilişki durumunda olması ve bağımsız hak sujeliği sayılması mümkün değildir. Türk doktrininde de bu görüşün aksini savunan görüşe rastlanılmamıştır.

Türk Hukuku'nda adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından, adi şirketin aktif taraf ehliyeti de, Alman Hukuku'nun aksine, Türk Hukuku'nda kabul edilmemektedir. Buna göre, adi şirketlerin ortaklardan bağımsız olarak bir hak sujesi teşkil etmemesinin en önemli sonuçları ise, adi şirket, şirket faaliyetleri kapsamındaki bir hukuksal işlemde bizzat taraf olarak yer alamaz. Bu hukuki işlemin tarafı ortakların tamamıdır. Bu sebeple, söz konusu hukuki işleme ya bütün ortaklar bizzat katılmalı ya da temsile ilişkin genel borçlar hukuku ilkeleri çerçevesinde temsil olunmaları gerekir.¹⁷² Temsil halinde 'ortaklık' değil, 'ortaklar' temsil olunur.¹⁷³ Ortaklardan biri işlemi kendi adına yani diğer tüm ortakların hesabına yaparsa doğrudan temsil hükümleri uygulanır.¹⁷⁴ Doğrudan temsil hükümlerinin uygulanması halinde, ortak yetkisiz ise ve işleme diğer ortaklar onay vermezlerse, genel hükümlerden farklı olarak burada işlemi yapan ortak bizzat sorumluluk altına girer; zira o, işlemi aynı zamanda kendi adına gerçekleştirmiştir.¹⁷⁵

Adi şirketin hukuk sujesi olarak kabul edilmemesinin usul hukuku yönünden en önemli sonucu ise adi şirketin bir davada lehine veya aleyhine hukuki himaye talep edebilmek ehliyetinin bulunmamasıdır.¹⁷⁶ Bir başka deyişle, adi ortaklık gerek yargılama hukuku ve gerekse takip hukuku bakımından aktif ve pasif taraf ehliyetine de sahip değildir.¹⁷⁷ Türk Hukuku'nda gerek doktrin gerekse uygulamada adi ortaklığın taraf ehliyetinin bulunmadığı tartışmasız olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁸ Bu sebeplerle, Türk Hukuku'nda adi şirketin şirket unvanı altında

¹⁷² BK m. 533; OR Art. 543.

¹⁷³ Y.4. HD. 19.11.1979, 7184/12707 YKD, 1980/11 s. 1476; Y.13. HD, 28.11 1988, 4163/5707 YKD, 1989/7 s. 991.

¹⁷⁴ Barlas, **a.g.e.**, s. 58; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 121; Ayiter (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 140; Alman Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında adi ortaklığın sözleşmelere taraf olarak borçlanma ehliyetini kabul etmektedir. Bkz. BGHZ, 74, 240; BGHZ, 79, 374; NJW, 1987, 1770.

¹⁷⁵ Barlas, **a.g.e.**, s. 58.

¹⁷⁶ Ansay, (usul) **a.g.e.**, s. 109 Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁷⁷ Kuru, (dava şartları) **a.g.e.**, s. 114.

¹⁷⁸ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 677; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 133; Doğanay, **a.g.e.**, s. 31; Bilge, **a.g.e.**, s. 461. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 49; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 124;

dava açması veya açılmış bir dava da taraf olarak yer alması kural olarak mümkün olmadığından,¹⁷⁹ adi ortaklık halinde yöneltilecek taleplerde dava bütün ortaklar tarafından birlikte açılmalıdır.¹⁸⁰ Adi ortaklığa karşı açılacak davalarda ise durum tartışmalıdır;

Yargıtay'ında katıldığı bir görüşe göre,¹⁸¹ konusu ne olursa olsun dava daima bütün ortaklar taraf olarak gösterilerek açılmalıdır. Yani aktif husumette olduğu gibi pasif husumette de zorunlu dava arkadaşlığı ilişkisi mevcuttur.

Diğer bir görüşe göre ise,¹⁸² ortakların müteselsilen sorumlulukları sebebiyle alacaklı ortaklardan isterse sadece birini ya da birkaçını isterse tümünü dava edebilir. Burada bir ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.

Üçüncü diğer bir görüşe göre ise,¹⁸³ ortaklığa yöneltilen talebin konusuna göre bir ayırım yapılmalıdır. Ortaklığa yöneltilen talebin konusu tek başına bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün bir edime (örneğin bir para borcunun ödenmesine) ilişkin ise, müteselsil sorumluluk ilkesi gereği dava ortaklardan birine bir kaçına ya da tümüne yöneltilebilir. Bu halde, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olacaktır. Buna karşılık talebin konusu ancak ortakların elbirliğiyle tasarrufta bulunabilecekleri bir edimse, elbirliği ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak

Karayalçın, **a.g.e.**, s. 133; Ayrıca, Barlas, **a.g.e.**, s. 63. Y.HGK, 25.6.1958, 4/38 – 33 (hukuk postası 1958/3 s. 45), Y. HGK, 17.1.1990, 13- 457/2 (YKD, 1990/8 s. 1138); Y.3 HD, 22.3.1968, 1820 / 1536 (ABD, 1970/3 s. 422).

¹⁷⁹ Taraf ehliyeti hem dava şartı hem de usuli işlem yapabilme şartıdır. Davanın açılması anında mevcut olmayan taraf ehliyeti, dava sırasında kazanılırsa (mesela tüzel kişilik iktisap edilirse) bütün usuli muameleleri kapsamak kaydı ile verilecek bir icazet ile usuli işlemlerin geçerlilik kazanabileceği kabul edilmekte ve bu icazetin verilmemesi hakkın kötüye kullanılması olarak görülmemektedir. Bkz; Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁸⁰ Y.11.HD, 14.11.1979, 1583/5217 YKD, 1980/3, s. 386; kararda yönetici ortağa tanınan idare hak ve yetkisinin olağan işlemleri kapsadığını ve bu ortağın diğer ortaklarla ilişkisinin vekalet niteliği taşıdığını, vekilin ise, özel yetki olmadan dava açamayacağını belirterek davanın bütün ortaklar tarafından açılmasını zorunlu görmüştür.

¹⁸¹ Türk Hukuku'nda gerek doktrin ve gerekse uygulama adi ortaklığın taraf ehliyetinin bulunmadığını tereddütsüz kabul etmektedir. Bilge, **a.g.e.**, s. 461; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 133 Karayalçın, **a.g.e.**, s. 133; Y.HGK, 25.6.1958, 4/38 – 33 (hukuk postası **a.g.m.**, 1958/3 s. 45), Y. HGK, 17.1.1990, 13- 457/2 (YKD, 1990/8 s. 1138); Y.3 HD, 22.3.1968, 1820/1536 (ABD, **a.g.m.**, 1970/3 s. 422); Y.3. HD, 20.12.1973, 5383/3131 (Son İçt. **a.g.m.**, 1974/313 s. 100); Y. 13 HD. 19.12.1974, 5508/3728 (Yalman/Taylan, **a.g.e.**, s. 63); Y. 13 HD.22.2.1982, 620/11145 (Uygur, **a.g.e.**, s. 531); Y. 15 HD, 18.10.1990 (Uygur, **a.g.e.**, s. 530).

¹⁸² Uyar, (kooperatiflerde ve adi şirketlerde alacaklı üçüncü kişilerin kooperatif, adi şirket ve ortağı takip hakkının kapsamı) Yasa HD. 1980, s. 1091; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 49; Ansay, **a.g.e.**, s. 125; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 197; Siegwart, Zürcher Kommentar Vorb zu Art 530-551 Nr.120.

¹⁸³ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 677.

dava bütün ortaklara yöneltilmelidir. Bu halde ise, davalı ortaklar arasında zaruri dava arkadaşlığı durumu söz konusu olacaktır.¹⁸⁴

Kanaatimizce de adi ortaklığın davacı olduğu durumlarda adi ortaklığın temsili elbirliği mülkiyeti esaslarına göre yapılmalıdır. Buna karşılık, adi ortaklığın davalı olduğu haller de ortaklığa yöneltilen talebin konusuna göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu halde, ortaklığa yöneltilen talebin konusu tek bir ortak tarafından yerine getirilebilmesi mümkün ise, yani bölünebilir bir edim olması halinde, müteselsil sorumluluk ilkesi gereğince, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olacaktır. Buna karşılık, talebin konusu ancak ortakların elbirliği halinde yerine getirebilecekleri bir edim olması halinde davalı ortaklar arasında zaruri dava arkadaşlığı olacaktır.

Adi ortaklıkta yönetici bir ortak atanması halinde, yönetici ortağın sahip olduğu genel temsil yetkisi¹⁸⁵ ortaklığı davada temsil etme yönünden yeterli sayılamayacağından, yönetici özel yetkiyle donatılmış olmadıkça¹⁸⁶ ortaklık adına yönetici ortağın tek başına dava açması ya da takipte bulunması veya dava ya da takip edilmesi de prensip itibarıyla mümkün değildir.¹⁸⁷

Görüldüğü üzere, borçlunun her hangi bir adi şirket nezdinde bulunan hissesinin cebri icrası sırasında adi şirkette elbirliği ortaklığı rejiminin hükümleri uygulanacağından elbirliği ortaklığında da kural olarak şeriklerin birlikte hareket etme zorunlulukları bulunduğundan, kural olarak ortaklar arasında zaruri dava

¹⁸⁴ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 678. Ortaklar arasında zaruri dava arkadaşlığı olmasına rağmen ortaklardan sadece birinin veya bir kaçının dava açması yada dava edilmesi hallerinde mahkeme davayı derhal reddetmemeli, davanın diğer ortaklara da teşmil edilmesi için sure vermelidir. Y. 11. HD 31.10.1985, 5615/5777 (İBD 19861-3 s. 139) Y.13 HD 17.2.1998, 6728/838 (YKD 1989/9 s. 1287) YHGK 17.1.1990, 13-457/2 (YKD 1990/8 s. 1138).

¹⁸⁵ BK m.533/c.3

¹⁸⁶ Ortağa şirketi davada yada takipte temsil etme hususunda yetki verilmesi halinde o ortak şirketi değil, teker teker tüm ortakları temsil ettiğinden dava dilekçesinde yada takip talebinde ayrı ayrı bütün ortakların isimlerinin zikredilmesi gerekir. Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 965; Ansay, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁸⁷ Kuru, (usul) C.I, **a.g.e.**, s. 966; Ansay, **a.g.e.**, s. 125; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 133; Y. 11.HD, 14.11.1979, 1583 / 5217 (YKD, 1980/3 s. 386. Bununla birlikte, Yargıtay'ın kararlarının çoğunluğunda, yönetici ortağın tek başına dava açabileceği veya dava edilebileceği belirtilerek aksi görüş benimsenmiştir. Bkz: Y. HGK, 25.6.1958, 4 / 38 – 33 (Hukuk Postası 1958/3, s. 45); Y. 3. HD, 22.3.1968, 1820/1536 (ABD 1970/3 s. 422); Y.3 HD, 20.12.1973, 5383/3131 (Son İçt., 1974/313, s. 100); Y. 13.HD 19.12.1974, 5508 / 3728 (Yalman/Taylan, **a.g.e.**, s. 63).

arkadaşlığı vardır.¹⁸⁸ Bu sebeple ortaklar davada talebin konusuna göre, birlikte taraf olarak gösterilmek zorundadır.

Bu halde, ortakların davada ya da icra takibinde diğerlerini temsil etme yetkilerinin bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılabilir. Türk Hukuku'nda kural olarak, her bir ortak, aksine bir anlaşma yoksa temsil yetkisine sahiptir.¹⁸⁹ Fakat bundan her bir ortağın davada diğer ortakları temsil yetkisinin bulunduğunu anlamak doğru değildir. Zira adi ortaklığın davada temsili fevkalade işlemlerden sayılır.¹⁹⁰ Bir başka ifade ile davada ortaklığı bir ortağın temsil edebilmesi için diğer ortaklar tarafından ilgili ortağa özel bir temsil yetkisi verilmiş olmalıdır.¹⁹¹

Burada dikkat edilmesi gereken konu, adi şirketin ortakları tarafından bir ortağa dava açma ya da açılmış bir davada şirketi temsil etme yetkisi verilmiş dahi olsa, bu halde, adi şirket davada taraf olmayacaktır. Bu durumda taraf yine adi şirketin ortaklarıdır. Bu itibarla, açılacak bir dava dilekçesinde bütün ortakların adlarının yazılması gerekir.

Öte yandan, adi şirket aleyhine dava açılacak ise, bu halde, dava dilekçesinde bütün ortakların taraf olarak gösterilmesi gerekir.¹⁹² Davanın şirket işlerini bizzat yürüten ortak aleyhine açılmasına gerek yoktur. Adi şirkete tebligat yapılması halinde ise, bütün ortakların dava edilmesi halinde, tebligatın da bütün ortaklara yapılması gerekir.¹⁹³ Doktrinde, Ansay tarafından ortakların tebligatı kabul yönünden birbirlerini temsil yetkilerinin bulunduğu görüşü savunulmaktadır.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 154; Alangoya, (dava ortaklığı) **a.g.e.**, s. 99; Kuru, (usul) C.III, **a.g.e.**, s. 3287; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 366; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 260; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 125; Baumbach/Lauterbach, Zivilprozessordnung § 62 N.3; Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, § 62 III N.2

¹⁸⁹ BK. m. 525/II.

¹⁹⁰ Ansay, **a.g.e.**, s. 125; Özenli, **a.g.e.**, 97.

¹⁹¹ Burada ortağa verilecek yetki, şirketi temsil yetkisidir. Bu ortağın şirketi bu yetki kapsamında temsil edebilmesi için ortaklık adına davada taraf ehliyeti olacaktır. Hukukumuzda kural olarak davada avukat ile temsil mecburi olmadığından bu kişinin avukat olması da gerekmez.

¹⁹² BK 534 adi şirket aleyhine açılacak bir sorumluluk davasında ortaklar arasında müteselsil mes'uliyet esası cari olduğundan kural olarak alacaklıların bütün ortakları birlikte dava etmesine gerek yoktur. Bu halde, bir ya da birkaç ortağın dava edilmesi mümkündür. Fakat bu halde sonradan diğer ortaklarında dava edilebilmesi mümkündür.

¹⁹³ Moroğlu, (İÜHFM 1962) **a.g.m.**, s. 405.

¹⁹⁴ Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s.126

Görüldüğü üzere, Türk Hukuku'nda adi şirketlerin tüzel kişiliği bulunmadığından yargılamada ya da icra takibinde taraf ehliyetinin de bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple, Alman Hukuku yönünden yukarıda yapılan açıklamalara bağlı sonuçlar Türk Hukuku'nda etkisini göstermeyecektir. Bu halde, adi şirketin yargılamada ya da takipte taraf ehliyeti sorununun çözümünde, Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyet ortaklığına bağlanan sonuçlar kural olarak geçerli olacaktır.

VI. Kollektif ve Komandit Şirket Hisselinin Cebri İcrasında Taraf Ehliyeti

1. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketler Alman Ticaret Kanunu'nun¹⁹⁵ §§ 105 – 178 arasındaki hükümlerde düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun §§ 105 – 160 hükümleri arasında kollektif şirket, aynı Kanun'un §§ 161 – 178 hükümlerinde ise, komandit şirket düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri yoktur.¹⁹⁶

Alman Ticaret Kanunu'nun § 105 hükmüne göre, kollektif şirket, ticari bir ünvan altında, ticari bir işletme işletilmek amacıyla kurulan şirket ortaklarının sorumluluklarının sınırsız olduğu bir şirket türüdür.¹⁹⁷ Kollektif şirket ticaret siciline kayıt edilmek zorundadır.¹⁹⁸

Komandit şirket ise niteliği itibariyle kollektif şirket ile aynı olmasına rağmen, ortaklarından en az bir tanesinin sorumluluğunun sınırlı olduğu bir şirket türüdür.¹⁹⁹

Alman Hukuku'nda kollektif şirket adi şirketin özel bir türüdür.²⁰⁰ Alman Ticaret Kanunu'nun § 105/3.bendine göre, Alman Ticaret Kanunun'da hüküm

¹⁹⁵ (Handelsgesetzbuch) HGB.

¹⁹⁶ Kraft/Kreutz, (Gesellschaftrecht) **a.g.e.**, s. 178.

¹⁹⁷ Anders, **a.g.e.**, s. 64.

¹⁹⁸ HGB § 106.

¹⁹⁹ HGB § 161; Anders, **a.g.e.**, s. 69.

²⁰⁰ Anders, **a.g.e.**, s. 64.

bulunmayan hallerde, Alman Medeni Kanunu'nda § 705 vd. yer alan adi şirkete ilişkin hükümler kollektif şirket içinde geçerlidir.

Alman Hukuku'nda kollektif şirkete ilişkin hükümler, aksi açıkça yazılı olmadıkça, kural olarak komandit şirket türü içinde geçerlidir.²⁰¹ Bu itibarla, aksi Alman Ticaret Kanunu'nun §§ 161 – 178 arasında açıkça zikredilmediği sürece, kollektif şirkete ilişkin kurallar komandit şirket içinde aynen geçerlidir.

Alman Ticaret Kanunu'nun § 124. hükmü kollektif şirketin hak ehliyetini düzenlemektedir.²⁰² 124. paragrafın 1. bendine göre, kollektif şirket, şirket unvanı altında mülkiyet hakkına ve her türlü ayni hakkın sahibi olabileceği gibi borç altına da girebilecektir. Ayrıca, madde hükmünde, kollektif şirketin davada firma adı altında taraf olabileceği de hükme bağlanmıştır.²⁰³ 124. paragrafın 2. bendine göre, kollektif şirket malvarlığına karşı cebri icra takibinde bulunulabilmesi için kollektif şirketin muhatap olarak alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Alman Ticaret Kanunu'nda yer alan bu açık hükme rağmen Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında kolektif şirketin tüzel kişiliği olmadığından şirketin malvarlığının sujelerinin ortakları olacağını, kollektif şirketin firma olarak ortakların tümünün oluşturduğu birlikten oluşacağını ve kollektif şirket aleyhine açılan davaların şirket ortaklarına karşı açılmış bir dava olduğu şeklinde yorumlamıştır.²⁰⁴ Buna karşılık, Alman doktrininde, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bu kararları eleştirilmiştir.²⁰⁵ Alman Hukuku'nda, kollektif şirketin taraf ehliyeti varlığı sorununun uzun yıllar çözümsüz kalmasına, Alman Medeni Usul Kanunu'nun § 50 hükmü; ancak medeni haklardan faydalanma ehliyetine

²⁰¹ HGB § 161/2

²⁰² Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115.

²⁰³ Alman Ticaret Kanunu'nun § 124 hükmünde yer alan hükme göre Kollektif şirketin taraf ehliyetine sahip olduğu sonucu çıkarılması düşünülmeye rağmen Alman İmparatorluk Mahkemesi hükmü değişik yorumlamıştır. (RGZ 3, 57) mahkeme kararlarında kollektif şirketin ortakların tümünün oluşturduğu birlikten oluştuğunu, kollektif şirkete açılan bir davanın teker teker şirket ortaklarına açılmış bir dava olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, Alman İmparatorluk Mahkemesi kollektif şirketin tüzel kişiliği olmadığından şirkete karşı açılan davalarda ortakların taraf olduğu sonucunu çıkarmıştır. Bu görüşe Jaeger karşı çıkmıştır. Bazı yazarlar ise kollektif şirketin davalardaki konumunu taraf benzeri ifadesini kullanarak açıklamışlardır. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115 de anılan yazarlar; *De Boor*, s. 69; *Sproll* s. 32, 44; *Wieland*, *Handelsrecht* s. 621.

²⁰⁴ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115.

²⁰⁵ Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115. de yer alan yazarlar; “Jaeger, s. 16vd.; *De Boor* s.69; *Sproll* s. 32, 44; *Wieland*, *Handelsrecht* s. 621.”

sahip kişilerin taraf ehliyetine sahip olduklarını düzenleyen hükmü sebep olmuştur.²⁰⁶ Alman Hukuku'nda, günümüzde hakim fikir kollektif şirketin tek başına taraf ehliyetini haiz olduğunu ve kollektif şirket ile ortakların tek bir taraf değil ayrı ayrı taraf oldukları şeklindedir.²⁰⁷ Huber,²⁰⁸ kollektif şirketin tek başına taraf olduğu hususunu “hangi uyuşmazlıkta olursa olsun bir dava sujesi olarak kabul edilen kollektif şirket taraftan başka bir şey değildir.” şeklinde gerekçelendirmektedir.

Böylece, kollektif ya da komandit şirketin davada taraf ehliyetinin olduğunun kabul edilmesiyle, kollektif ya da komandit şirketlere karşı açılan davada şirkete karşı alınan hükmün şirket ortaklarına karşı sirayeti kesin hükmün etkisinde olmayacaktır. Ayrıca, şirkete karşı dava açan birinin şirketin ortaklarına karşı da dava açma yükümlülüğü yoktur.²⁰⁹

Bu açıklamaların ışığında, kollektif ya da komandit şirket ortağının borcu nedeniyle şirketteki hissesi cebri icranın konusu olursa, bu halde, borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdinde bulunan hissesi Alman Medeni Usul Kanunu § 859 hükmü gereğince haczedilebilecektir.²¹⁰ Alman Medeni Usul Kanunu'nun 859. paragrafı elbirliği mülkiyeti hissesinin haczini düzenlemektedir, adi şirket ve miras şirketi hisselerinin haczi de yine bu hüküm uyarınca yapılır.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 859. paragraf gereğince, borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hissesi hakkında alınan haciz kararı Alman Ticaret Kanunu'nun 124. paragrafının 1. bendi gereğince kollektif ya da komandit şirketin yetkili temsilcisine tebliğ olunur. Bu itibarla, Alman Hukuku'nda kollektif ya da komandit şirket hissesinin cebri icrası halinde, Alman Ticaret Kanunu'nun 124. paragrafında yer alan açık hüküm nedeniyle taraf ve takip ehliyeti yönünden önemli bir sorun yoktur. Çünkü Alman Ticaret Kanunu kollektif ve komandit şirketlere açıkça davada ya da takipte taraf olabilme ehliyetini tanımıştır.

²⁰⁶ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 115.

²⁰⁷ Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 116. de yer alan yazarlar; “Baumbach/Duden, § 124, Rdnr. 5; Blomeyer, A. ZPR, s. 67; Huber, ZZP 82 s. 241; Nikisch, s. 112 – 113. BGHZ 62, 132; 54; 64; 156.

²⁰⁸ Huber, **a.g.m.**, ZZP 82, s. 241, Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 116.

²⁰⁹ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 116.

²¹⁰ Anders, **a.g.e.**, s. 65.

2. İsviçre Hukuku'nda

İsviçre Hukuku'nda, kollektif ve komandit şirketler, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 552 – 619. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, kollektif şirketlere ilişkin hükümlere 552 – 593. maddelerinde yer verilmiştir. Komandit şirketlere ilişkin hükümlere ise, 594 – 619. maddelerinde yer verilmiştir. İsviçre Hukuku'nda da tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri yoktur.²¹¹

İsviçre Hukuku'nda²¹² kollektif şirket iki ya da daha fazla gerçek kişinin üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumlu olarak bir işletme unvanı altında kar amaçlı olarak ticari faaliyetin sürdürülmesi olarak tanımlanmıştır. İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda olduğu gibi kollektif şirketler ticaret siciline kayıt edilmelidir.²¹³ Kollektif şirket ticaret siciline kayıt ile ticari hükümlere tabi olacaktır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda Alman Ticaret Kanunu'nun 124. paragrafındaki hükme çok benzeyen bir hüküm vardır.²¹⁴ İsviçre Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda yer alan hükme paralel hüküm kollektif şirketler yönünden İsviçre Borçlar Kanunu'nun 562. maddesinde yer almaktadır.²¹⁵ İsviçre doktrininde de hâkim fikir, kollektif şirketin taraf ehliyetine sahip olduğu şeklindedir.²¹⁶ Buna göre, İsviçre Hukuku'nda da tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi, kollektif şirketin tüzel kişiliği olmasa dahi²¹⁷ kollektif şirket, kendi adına, hukuki işlem yapabilme, hak sahibi olabilme, borç altına girebilme ve davada ya da icra takibinde taraf olabilme ehliyeti vardır.²¹⁸

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kollektif şirketlere ilişkin hükümlerinin düzenlendiği 562. maddesinde yer alan ve aslında tüzel kişiliği olmayan kollektif şirkete davada ya da takipte açıkça taraf ehliyeti tanıyan hükmün aynısı İsviçre

²¹¹ Allmen, **a.g.e.**, s. 6, 10.

²¹² OR Art. 552

²¹³ OR Art. 552/II

²¹⁴ Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, (kesin hükmün subjektif sınırları) s. 116.

²¹⁵ OR Art. 562.

²¹⁶ Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 116. de yer alan yazarlar; “Guldener, ZPR, s. 125; Beinert, **a.g.e.**, s. 125 – 126; Hartmann, Art. 562, Rdnr. 6.”

²¹⁷ ZGB Art. 652, BGE 45 II 302.

²¹⁸ Allmen, **a.g.e.**, s. 6.

Borçlar Kanunu'nun komandit şirketlere ilişkin hükümlerinin düzenlendiği 602. maddesinde de yer almaktadır.²¹⁹ Bu hükme göre, komandit şirketler de kolektif şirketler gibi tüzel kişilikleri olmamasına ve elbirliği mülkiyeti ortaklığı hükümlerine tabi olmasına rağmen davada ya da takipte taraf ehliyetine sahip olduğuna ilişkin açık hükme yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda kolektif ve komandit ortaklıkların davada ya da icra takibinde taraf olabilmeleri yönünden Alman Hukuku ile paralel bir düzenleme yer almaktadır. Bu itibarla, İsviçre Hukuku'na göre, kolektif ya da komandit şirket ortağı cebri icra takibine maruz kalması halinde bu kişinin ortaklık nezdinde bulunan hissesi alacaklı tarafından haczedilmek istenirse, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 562 ve 602. maddelerinde yer alan açık hükümler gereğince, haciz kararı şirketi temsile yetkili olan kişiye tebliğ edilmesi yeterli olacaktır.

3. Türk Hukuku'nda

Türk Hukuku'nda, kolektif şirketlerin taraf ehliyetlerine ilişkin düzenleme Alman ve İsviçre Hukukları'ndan temelde farklıdır. Zira Türk Hukuku'nda Alman ve İsviçre Hukukları'nın aksine, TTK 137. maddesinde yer alan hüküm ile kolektif şirketlerin tüzel kişiliklerinin bulunduğu açık bir hükümle kabul edilmiştir.²²⁰ Bu sebeple, Türk Hukuku'nda kolektif şirket ortaklığı kural olarak elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi değildir²²¹ ve kolektif şirketin taraf ehliyetini haiz olup olmadığı sorununun çözümü Alman ve İsviçre Hukukları'na göre çok daha basittir,²²² çünkü TTK 174/I hükmünde kolektif şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı belirtilmiştir. Böylece, Türk Hukuku'nda kolektif şirketler tüzel kişiliğe sahip olduklarından, bu hukuki statünün sonucunda ortaklık kendi adına hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetine sahiptir.

Türk Hukuku'nda komandit şirketler de TTK 137. madde hükmü gereğince tüzel kişiliği haizdir. Ayrıca, TTK 256. madde hükmü açıkça şirket ortaklarının üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde TTK m. 174 – 184. madde hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır. Böylece, komandit şirkette ticaret

²¹⁹ Allmen, **a.g.e.**, s. 20.

²²⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 90.

²²¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 135.

²²² Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 117.

siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Bu sebeple, Türk Hukuku'nda komandit şirketlerde kollektif şirketler gibi tüzel kişiliğe sahip olduklarından ortaklık kendi adına hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetine sahiptir.

Böylece, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketler tüzel kişilik çatısı altında ortaklarından farklı bir şahsiyete sahip bulundukları için şirket ile şirket ortakları davada ya da takipte farklı taraflardır.²²³

Ayrıca, kollektif ve komandit şirketler tüzel kişiliğe sahip olduklarından bu statünün sonucu olarak şirketler hukuksal işlemlerini organları vasıtası ile yerine getirmektedir. Bu itibarla, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirket ortağının şahsi borcu nedeniyle ortaklık hissesi alacaklı tarafından haczedilmesi halinde, haciz kararı ortaklığı temsile yetkili olan kişiye tebliğ edilecek ve ortaklığın temsili ortaklığın yetkili organları tarafından yerine getirilecektir.

²²³ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 117.

İKİNCİ BÖLÜM

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN HACZİ

§ 4. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ HİSSESİNİN HACZİ

A. Elbirliği Mülkiyeti Ortaklığında Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar

I. Miras Ortaklığı, Genel Mal Ortaklığı ve Aile Malları Ortaklığı Hisselerinin Hacinde Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar

1. Taşınmazlar

Kural olarak, borçlunun tapuya kayıtlı olan taşınmazlarının şahsi alacaklısı tarafından haczi mümkündür.¹ Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların mülkiyeti kural olarak devlete ait olduğundan, kural olarak ortaklardan birinin borcu için haciz edilip satılamaz. Borçlu tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazı kullanması halinde borçlunun buradaki hakkı sadece zilyetlikten ibarettir.² Bununla birlikte, üzerinde Türk Medeni Kanunu ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu gereğince aynı hak oluşmuş olan tapusuz taşınmazlar her ne kadar tapuya kayıtlı olmasalar dahi, borçlunun zilyedi olduğu bu taşınmaz üzerinde tescili talep etme hakkı haciz edilebilecektir.³

Elbirliği mülkiyetinde, ortaklardan birinin şahsi alacaklısı tarafından bu ortağın ortaklıktaki taşınmaz ya da taşınmazların⁴ üzerindeki borçlu ortağın hissesini haciz ettirilebilir.⁵ İİK m. 94 gereğince elbirliği mülkiyeti ortaklığında taşınmaz varsa ve borçlunun elbirliği mülkiyetine konu taşınmazdaki hissesinin haczi halinde, bu haciz taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına

¹ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 382; Dörtgöz, (tapu işlemleri) **a.g.e.**, s. 262.

² HGK, 11.3.1964, 5-3/184 Karahasan/Özmen, **a.g.e.**, s. 936.

³ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 306 vd; Karahasan/Özmen, **a.g.e.**, s. 933; Karahasan, (eşya) **a.g.e.**, C.I, s. 828.

⁴ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 271 vd. TMK 704. madde hükmüne göre; taşınmaz mülkiyetinin konusunu araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturur.

⁵ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 425; Dörtgöz, (tapu işlemleri) **a.g.e.**, s. 262.

tebligat yapılır.⁶ İsviçre Hukuku'nda, borçlunun elbirliği mülkiyetindeki hissesinin haczinde, elbirliği mülkiyeti ortaklığında taşınmazın bulunması halinde bu taşınmazın haczinin tapu siciline şerh verilmesi esası kabul edilmemiştir. Bu halde, borçlunun alacaklılarından mal kaçırma ihtimali yüksek olduğundan Türk Hukuku'nda, bir taşınmaz maldaki elbirliği mülkiyet ortaklığı hissesinin haczi halinde bu haciz tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi hususu benimsendiğinden İsviçre Hukuku'ndaki bu sistem benimsenmemiştir.⁷

2. Taşınırılar

Taşınır mallar⁸ özüne zarar verilmeden, kendi kuvvetiyle yada başka bir kuvvet ile bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyalardır.⁹ Taşıt araçları, banknot, hamiline senet, poliçe ve sair cirosu kabil senet veya altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyler, banka mevduat sertifikaları, her zaman menkul mal hükümlerine göre haczedilir.¹⁰ Borçlunun elbirliği mülkiyetine konu taşınır mallarının üzerindeki hisselerin hacizleri de mümkündür.¹¹

3. Borçlu Üzerine Sicilde Tescili Yapılmamış Olan Mal ve Haklar

Tek başına malik olanların olduğu gibi, elbirliği halinde mülkiyet hakkına sahip olanların da zamanaşımı, miras, ihya, mahkeme kararı ile kazanmış oldukları ancak henüz kendi adlarına tescilleri yapılmamış olan mal ve haklar üzerindeki hisseleri de hacze konu olabilir.¹²

Elbirliği halinde malik olanların bir taşınmazın ya da geminin üzerinde aynı hakları oluşmuş ve bu haklarını sicile tescil ettirmemiş olabilecekleri gibi, bir

⁶ İİK'nın 94. maddesinde 538 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu hüküm eklenmiştir.

⁷ Bu halde ise, Türk Hukuku'ndaki düzenleme eleştiri konusu yapılmıştır. Zira elbirliği mülkiyeti hükümlerine göre yönetilen taşınmazın tapu siciline haciz şerhi işlenmesi elbirliği mülkiyeti hakkındaki hükümlere aykırı olduğundan, elbirliği halinde mülkiyet rejiminde hisseler belli olmadığından, o taşınmazın tapu kaydına şerh verilmekle borçlu dışındaki diğer hissedarlarında temlik hakları kısıtlanmış olacaktır. Bkz, Kuru, (düşünceler) **a.g.e.**, s. 69; Uyar, (haciz) **a.g.e.**, s. 382.

⁸ TMK 762. maddesi taşınır mülkiyetinin konusunu şöyle belirtmektedir. “Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.”

⁹ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 536; mahiyeti itibariyle gemi siciline kayıtlı olanlar, İcra – İflas Kanunumuz anlamında taşınmaz sayılmakta olup, sicile kayıtlı olmayanlar ise menkul eşya hükümündedirler. (TTK. m.866).

¹⁰ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 371.

¹¹ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 372.

¹² Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 399.

mahkeme kararı ile hüküm kesinleşmiş olup ta henüz tapuda işlem yapılmamış olabilir. Bunun yanında, imar ya da ihya¹³ ile olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı¹⁴ ile satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı olarak bir mal veya hak üzerinde aynı hakları ya da talep hakları oluşmuş ise bu haklar hacze konu olabileceklerdir.

4. Diğer Mal ve Haklar

Elbirliği halinde maliklerin şahsi borçlarından dolayı, hacze konu olabilecek diğer mal ve hakları ise, haczi kabil diğer mallar ve haklarıdır. Miras Hukuku'nda, tereke, para ile ölçülmesi mümkün olan aktif ve pasiflerden oluştuğundan, terekenin haczi de mümkündür.¹⁵ Fikir ve sanat eserleri, ihtira beratları ve şirket hisseleri haczin konusu olabileceklerdir.¹⁶

İcra ve İflas Kanunu'nun 94 ve 121. maddeleri gereğince, elbirliği halinde malik olunan mal veya hakların haczinin yanında bu haklara bağlı menfaat ve gelirlerinin de haczi mümkündür.¹⁷ Buna örnek olarak, elbirliği mülkiyetine konu olan bir taşınmaz malikler tarafından kiraya verilmiş ise bu taşınmaza ait kira geliri ya da bu taşınmazdan elde edilen ürünler, haczin konusunu oluşturabilir.¹⁸

II. Adi Şirket Hisselinin Hacinde Hacze Konu Olabilecek Mal ve Haklar

1. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda adi şirket, Borçlar Kanunu'nun 520 – 541. maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinde; “*şirket, bir akittir ki onunla iki veya daha fazla kimseler, saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi ilzam ederler*” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk doktrinde adi şirket, kanunen yasak olmayan her türlü maksat ve mevzu için gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulan ve ortakların şirket

¹³ Oğuzman/Seliçi, **a.g.e.**, s. 301vd.

¹⁴ Düzceer, Kazandırıcı Zamanaşımı ile Taşınmaz İktisabı, **a.g.e.**, Ankara 1994.

¹⁵ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 397.

¹⁶ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 381.

¹⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 202.

¹⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 108.

borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları şirkettir,¹⁹ şeklinde tanımlanmaktadır. Türk Hukuku'nda adi şirket hakkındaki hükümler aynı zamanda şirketlerin genel hükümleri mahiyetindedir.²⁰ Adi şirket Borçlar Kanunu'nda 22 madde ile düzenlenmiştir.²¹ Bu hükümlerin iç ilişki ile ilgili olanlarının düzenleyici, dış ilişki ile ilgili olanlarının ise esas itibariyle emredici mahiyette olduğu kabul edilmektedir.²² Ancak, iç ilişki ile ilgili olmasına rağmen, kârın taksimi ile ilgili BK 522, 530/2 hükümleri; şirket işlerini inceleme ile ilgili BK m.531 ve şirketin sona erme sebeplerini düzenleyen BK 535/1, 3, 4, 6.fıkra hükümleri kısmen, BK 535/7. fıkra ve 536. madde hükümleri ise emredici mahiyettedir.²³

Adi şirkette ortaklar şirketin ortak amacını gerçekleştirmek için emeklerini ve sermayelerini birleştirebilirler. Bu amaçla, kanuna, ahlâka ve adaba aykırı olmayan her şey adi şirkette sermaye payı olarak konabilir.

Türk Hukuku'nda²⁴ adi şirketin tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle, adi şirket ortağının şahsi borcundan dolayı katılma payının haczedilmesi durumu önem arz etmektedir. Zira ortaklar aksini sözleşme ile kararlaştırmamışlarsa,²⁵ adi şirketin ortakları adi şirketin malvarlığı üzerinde elbirliği halinde maliktirler.²⁶ Borçlar Kanunu'nun 534. maddesinde “şirketin iktisap ettiği veya şirkete devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar şirket mukavelesi dairesinde müştereken şeriklere ait olur...” şeklindedir. Ancak, kanunun bu hükmü bu mal ve hakların üzerinde ortakların elbirliği halinde mülkiyete sahip oldukları şeklinde anlaşılmalıdır.²⁷

¹⁹ Doğanay, (adi şirket akdi) **a.g.e.**, s. 19; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 31 vd. Domaniç, (adi – kollektif ve komandit Şirketler), **a.g.e.**, s.72; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s.15; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 79-80; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 13.

²⁰ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 79.

²¹ BK m. 520 – 541.

²² Karayalçın, **a.g.e.**, s. 81.

²³ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 72.

²⁴ Yukarıdaki paragraflarda da üzerinde durulduğu üzere, İsviçre ve Alman Hukuklarında da adi şirket ortaklığı elbirliği mülkiyeti rejimine tabidir.

²⁵ Adi şirkette ortaklar müşterek mülkiyet şeklini de kararlaştırabilirler. Bu istisnai bir haldir; zira müşterek mülkiyet malik – ortakların hisselerini serbestçe devir veya rehnetmelerini ve bu sebeple alacaklıların hisseleri haczetmeleri adi şirket icaplarıyla pek bağdaşmaz. Bundan dolayı elbirliği halinde mülkiyet esas alınmış ve diğer münasebetler buna göre tanzim edilmiştir. (Özellikle, BK 532, f.2, 535). Karayalçın, **a.g.e.**, s. 85.

²⁶ BK m. 534/c.1. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 85.

²⁷ Domaniç, **a.g.e.**, s. 95; şirkete intikal eden haklar ortakları müşterek malı olup, üçüncü şahsa karşı doğan borç ve mükellefiyetlerden de ortaklar, aksine sarahat yoksa, müteselsilen sorumludurlar, BK m534 şirkete ait mallarda elbirliği halinde mülkiyet rejimi geçerlidir. TMK m. 701–701.

Adi şirketin kural olarak elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olduğu ve elbirliği mülkiyeti konusunda ayrıntılı açıklamalar yukarıda birinci bölümde yapıldı. Bu mülkiyet rejiminde her bir ortağın hissesi ayrılmış değildir. Borçlu ortağın şahsi alacaklıları alacaklarını ancak borçlu ortağa şirketin tasfiyesi sonucunda düşebilecek tasfiye payı üzerinde kullanabilirler.²⁸ Ancak, kural bu olmakla birlikte, elbirliği mülkiyeti ortaklığına konu olan malların bir takım dönemlik semereleri ve ortağın bu ortaklığa ortak olması sebebiyle elde etmiş olduğu kazançlar vardır. Ortağın elbirliği ortaklığından ayrılabilir bu tür kazançları genel kurallara göre haczin konusunu oluşturur.

Adi şirketin ortakları, adi ortaklığa paylı mülkiyet rejiminin uygulanmasını kararlaştırmış olmaları halinde her bir ortağa düşecek hisse belirlenmiş olduğundan alacaklı borçlunun tasfiye bakiyesine değil de mevcut hissesinin üzerine haciz koydurabilir.²⁹

Adi şirket ortağı olan bir borçlunun şahsi alacaklısı tarafından borçlu ortağın adi şirket hissesi cebri icranın konusu olabilecektir. Borçlunun adi şirket hissesinin cebri icrası denilince bu şirketteki ortaklığı nedeniyle borçlunun şirketteki mali haklarının ve tasfiye payının haczi söz konusu olabilecektir.³⁰ Alacaklının, borçlunun şirketteki mali haklarının haczi ile alacağını tahsil etmesi mümkün ise, borçlunun şirketteki tasfiye payının haczi mümkün olmamalıdır.³¹ Hacizde ölçülülük ilkesi bunu gerektirir.³² Ayrıca, İİK m. 85/son fıkra hükmüne göre, “Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir.” Bu ilke gereğince de icra müdürüne bu sorumluluk

²⁸ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 157.

²⁹ Bu halde, bu hissenin devredilebilirliği tartışma konusu yapılabilir. Aslında müşterek mülkiyet hissesi olduğundan devredilmesi mümkün ancak hisse devri adi şirketin yapısına uygun değil, zira şahıs şirketi olduğundan ortağın kişiliği önemli ve hisse devri ortaklığın sona ermesine sebep olur.

³⁰ İsviçre Hukuku’nda da adi şirket ortağının adi şirketteki tasfiye payı haciz konusu yapılabileceği gibi ortağın adi şirketten olan faiz, kâr, ücret ve avans gibi mali hakları haczin konusu olabilecektir. Ancak 1923 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından elbirliği mülkiyet hissesinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin olarak çıkarılan yönetmeliğin 3.maddesi gereğince, bu hakların alacaklının alacağının miktarına göre haczediliş sırası vardır. Ayrıca, belirtmeliyiz ki borçlunu adi şirketteki mali hakları tasfiye payından ayrı olarak haczedilebilecektir.

³¹ İİK m. 85; Bisang, **a.g.e.**, s. 73; Bourquin, **a.g.m.**, s. 68.

³² Yıldırım, (ölçülülük) **a.g.m.**, s. 104.

yüklenmiştir. İcra müdürünün aksine davranışı, icra takibinin tarafları tarafından şikâyet konusu yapılabilmesi mümkündür.³³

İsviçre Hukuku'nda, borçlunun adi şirket ortaklığındaki payının haczinde, borçlunun adi şirketten olan periyodik alacakları ve periyodik olmayan alacakları şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır.³⁴ Borçlunun adi şirket nezdindeki payından kaynaklanan periyodik alacaklarının haczi için şirketin tasfiyesine lüzum yoktur. İsviçre Hukuku'nda Federal Mahkeme tarafından 17.01.1923 tarihinde çıkarılan ve topluluk mülkiyetine konu olan hisselerin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin yönetmeliğin 1. maddesi gereğince, öncelikle alacaklı tarafından borçlunun bir yıllık faiz, avans ve kâr payı türünden alacaklarının haczi zorunludur.³⁵

2. Borçlunun Adi Şirket Nezdindeki Mali Hakları

a) Borçlu Ortağın Ücret Alacağı

Adi şirkette, şirket ortağına kural olarak ücret verilmez.³⁶ Bununla birlikte, şirket işlerini yürütmekle görevli yönetici konumunda olan ortaklara, sözleşme ile veya şirket kararı ile bir ücret ödenmesi kararlaştırılabilir.³⁷ Bu halde, kararlaştırılan bu ücret, ortağın şahsi alacaklısı tarafından hacze konu olabilecektir. Bu ücretin şirket anlaşması ile ya da ortaklık haklarıyla bir ilgisi yoktur, bu bir hizmet ücretidir. Bazı hallerde, şirket ortağı şirkete katılma payı (sermaye) olarak emeğini koymuş olabilir. Bu halde, ortağın ücret alabilmesi için şirketin ayrıca karar vermesi gerekir.³⁸

Ortakların ücret alacağı, şirkete konan sermaye ve tasfiye bakiyesinin aksine, ortakların doğrudan doğruya şahsi malvarlığına dâhil ve alacaklıların müşterek teminatı altında bulunduğundan, bu alacakların haczi için şirketin

³³ Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s. 75.

³⁴ Bourquin, **a.g.m.**, (BISchK 1956 s. 68); Rutz, **a.g.m.**, BISchK 1975 s. 100.

³⁵ Bisang, **a.g.e.**, s. 74.

³⁶ Y. 11. HD nin 15.06.1991 tarih ve 1978/2000 sayılı kararında “şirkete sermaye olarak emeğini koyan şerik, aksine şart yoksa, diğer ortaklarla birlikte kardan eşit hisse alır. Emeğine karşı ayrıca bir ücret talep edemez.” şeklindedir. Bkz: Uygur, İçtihatlı ve Açıklamalı Borçlar Kanunu (Özel Borç İlişkileri), **a.g.e.**, C.VII., Ankara 1994 s. 592; Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 262.

³⁷ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81; Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 136; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 57; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 33.

³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

tasfiyesine lüzum olmadığı gibi ortağın bu hakları üzerinde şirket alacaklılarının rüçhan hakları da yoktur. Ortağın şirketten olan ücret alacağı ortağın kişisel alacaklıları tarafından alacaklarının tahsili maksadıyla hacze konu yapılabilecektir.³⁹

b) Borçlu Ortağın Kâr Payı Alacağı

Yukarıda da arz edildiği üzere, adi şirket pek tabi olarak belirli bir amaca ulaşmak için kurulur, bu amacın gerçekleşmesinde şirket kâr edebileceği gibi zarar da edebilir. Zira derneklerin aksine, münhasıran iktisadi amaçlarla kurulan şirketlerde kâr ortakların en önemli haklarıdır.⁴⁰ Bu sebeple, her ortağın kârdan yararlanabilmesi BK 522 maddede yer alan emredici bir hükümle garantiye alınmıştır.⁴¹

Borçlar Kanunu’nun 522. maddesine göre adi şirketin ortakları şirkete ait bütün kazançları aralarında bölüşmek ile yükümlüdürler.⁴² Tarafların aralarında yapmış oldukları mukavelede hüküm varsa, ortaklığın kârı, ona göre taksim olunacaktır. Tarafların aralarında yapmış oldukları mukavelede kârın ne şekilde dağıtılacağına ilişkin bir hüküm yoksa Borçlar Kanunu’nun 523. madde hükmüne göre, ortaklığın kârı, ortakların şirketteki sermaye payı ne oranda olursa olsun ortaklar arasında eşit olarak dağıtılır.⁴³

Adi şirketlerde kâr, kanunen sermaye miktar ve oranına bakılmaksızın, ortaklar adedine göre, eşit miktarlarda taksim edilir.⁴⁴ Ancak, sözleşme ile kârın dağıtım şeklinin belirlenebilmesi mümkündür.⁴⁵ Kâr ve zarar genellikle bir yıllık

³⁹ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

⁴⁰ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 79; Meier – Hayoz /Forstmoser, **a.g.e.**, s. 262; Bisang, **a.g.e.**, s. 72.

⁴¹ BK m. 522’ye göre, “Şerikler mahiyeti icabınca şirkete ait olan bütün kazançları aralarında taksim ile mükelleftirler” Bu sebeple, bir ortağın hiç kar talep etmeyeceğine yada aynı neticeyi doğuracak derecede az kar hissesi alacağına ilişkin sözleşme hükümleri batıldır. Bkz. Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 79.

⁴² OR. Art. 532; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 32.

⁴³ kural olarak, karın bölüşülmesi konusunda sözleşmeye belirli usul ve oranlar konabilirse de, tüm karın ortaklardan yalnızca birine veya bir kaçına verilmesine ilişkin “aslan payı ortaklığı” hükmü geçerli olmaz. Roma Hukuku’nda bu tür paylı ortaklıklara “societas leonina” denilmekteydi ve böyle bir şirketin kurulması hukuken mümkün değildi. Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 32; Erem, **a.g.e.**, s. 20 dn.9

⁴⁴ BK m. 523.

⁴⁵ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 79.

hesap dönemi sonunda yapılacak bilânçoda belli olur.⁴⁶ Kârın dağıtımında uygulanan esas, zararın paylaşımında da aynen uygulanır.

Sözleşmede kârın sadece ortaklardan yalnız birine veya bir kaçına verileceğine veya diğer ortaklardan birine kâr payı verilmeyeceğine ilişkin şartlar geçersizdir.⁴⁷ Şirket yöneticileri, her hesap yılı en az bir defa hesap vermeye ve şirketin kâr etmesi halinde kâr payını ortaklara ödemeye mecburdur. Hesap döneminin daha fazla uzatılmasına dair şart batıldır.⁴⁸

Adi şirkette günlük elde edilen şirketin kazancından şirket ortağının hissesine düşen kâr payının haczi mümkün değildir.⁴⁹ Zira BK. 530. madde gereğince en az yılda bir defa yapılacak hesap sonucu, borçlu ortağa düşecek kâr payının üzerine, ortağın şahsi alacaklısı tarafından haciz konulabilir.⁵⁰

c) Borçlu Ortağın Faiz, Masraf ve Avans Alacakları

Adi ortaklıkta da, limited ortaklıkta olduğu gibi ortaklara koymuş oldukları sermaye payı için kural olarak faiz verilmez.⁵¹ Bununla birlikte, adi şirket sözleşmesinde bunun aksi kararlaştırılabilir.⁵² Borçlar Kanunu'nun 527/II. fıkra hükmüne göre, ortaklar şirket adına yapmış oldukları masraf ve verdikleri avans için faiz alırlar.⁵³

Ortaklar sermaye taahhütlerinin dışında şirket işlerinin ifası sırasında, şirket adına ve hesabına masraf yapmış ya da şirket adına bizzat ödeme de bulunmuş olabilirler. Şirket ortakları yapmış oldukları bu masrafları şirketten talep etme hakkına sahiptirler.⁵⁴ Bu sebeple, ortakların adi şirketten faiz, masraf ve avans alacakları da ortağın kişisel alacaklıları tarafından haciz konusu yapılabilecektir.

⁴⁶ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁷ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁸ BK m.530.

⁴⁹ 12. HD 15.4.1992, 3014/3216, YKD 1982/7 s. 861.

⁵⁰ Adi şirketin günlük gelirlerinin ortağın payı oranında haczi mümkün değildir. Zira günlük gelirler ortaklığın malıdır.

⁵¹ Limited şirkette ortaklara TTK m.530 hükmü gereğince ortaklara şirkete koymuş oldukları sermaye payı için faiz verilemez. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 797.

⁵² Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 33.

⁵³ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 33.

⁵⁴ BK. m.527

3. Ortağın Şirketteki Tasfiye Payı

a) Ortağın Payı Haciz Olunarak Şirketin Feshi

Adi şirketin tasfiyesi adi şirketin sona erdirilmesi amacıyla şirketin tüm malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi, borçlarının ödenmesi ve alacaklarının tahsil edilmesidir.⁵⁵ Ortağın şahsi alacaklısı, şirket devam ederken ortaklıktaki mal ve haklara haciz koydurabilir. Adi ortaklık hissesi üzerinde ortaklar her ne kadar elbirliği halinde malik olsalar da bu durum haczin uygulanmasına engel olmayacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesine göre, elbirliği halinde tasarruf edilen bir mal hissesinin haczi mümkündür. Ancak, adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından ve elbirliği ile mülkiyet rejimi hâkim olduğundan buradaki haciz şirketi tasfiyeye götürmek amacıyla yapılan bir hacizdir. Bu itibarla, burada haczedilen elbirliği halinde mülkiyet hissesinin doğrudan doğruya satışı mümkün değildir.

Adi şirketin feshi ile tasfiyesi aynı değildir, adi şirketler kanundan, BK m. 535 veya ortakların hukuki iradesinden doğan sebeplerle fesih edilebilirler.⁵⁶ Adi şirketin kanunen fesih sebeplerinden bir tanesi de adi ortaklardan bir tanesinin ortaklıktaki hissesi üzerinde cebri icra yoluyla haciz konulmasıdır, bu sebeple, haczinde tasfiye bakiyesine ve şirketin fesih gayesine yönelmiş olması gerekir.

Ortağın şahsi borcundan dolayı adi şirketin doğrudan doğruya mallarının haciz edilmesi ve paraya çevrilmesinin mümkün olmadığı hususu tartışmasızdır.⁵⁷ Ayrıca, ortağın şirketteki kâr payı, masraf, avans, ücret ve faiz alacaklarının haczinde de tasfiyeye gerek yoktur.⁵⁸ Bununla birlikte, ortağın şirketteki tasfiye hissesi üzerine haciz konulması halinde, şirketin mutlaka fesih ve tasfiyesi gerekir.⁵⁹ Adi şirket hissesinin haczi de kural olarak İİK 94. maddesine göre yapılacaktır.

⁵⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 85.

⁵⁶ Domaniç, (Domaniç Şerh) **a.g.e.**, s. 424.

⁵⁷ 13. HD 24.5.1982, 3318/3686, Uyar, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 49.

⁵⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 74.

⁵⁹ BK m. 535.

b) Tasfiyesi Yapılmakta Olan Adi Şirkette Borçlu Ortağa Düşecek Pay

Tasfiyesi yapılmakta olan bir adi şirketin ortaklarından birinin şahsi alacaklısı tasfiye sonunda ortağa düşebilecek tasfiye payının kendisine ödenmesi amacıyla tasfiye payının haczedilmesini isteyebilir.⁶⁰ Ortağın şirketten olan gerek sermaye alacağı gerekse şirketin kârından olan alacağı tasfiye payının kapsamına girer.⁶¹

Adi şirket ortaklardan bir tanesinin şirket nezdindeki hissesinin haciz edilmesi ile tasfiyeye gireceği gibi ortaklardan bir tanesinin şirket nezdindeki hissesi haciz edilmeden de adi şirket Borçlar Kanunu m.535 ve 536. maddelerde sayılan sebeplerle de tasfiye haline girebilecektir.⁶² Adi şirket ortaklığının tasfiye haline girmesi ile şirket yetkililerinin kural olarak yetkileri sona ereceği gibi, şirketin ortak gayesine tahsis edilmiş olan malvarlığı da tasfiye edilir. Bu amaçla, şirketin tasfiyesini yapmakla görevli kişiler de belirlenir.

Şirketi tasfiye ile görevli kişiler şirketin alacaklarını tahsil edip şirketin borçlarını ödeyeceklerdir. Şirketin aktifleri toplanıp pasifleri çıkarıldıktan sonra geriye bir malvarlığı kalması halinde bu malvarlığı ortaklığın tasfiye bakiyesi olarak nitelendirilecektir. Ortağın şahsi alacaklısı işte bu tasfiye bakiyesinin haczi talebinde bulunarak bu mal varlığının haczini isteyebilir. Bu malvarlığı niteliği gereğince borçlunun üçüncü kişiler nezdinde bulunan hak ve alacakları kapsamındadır ve haczin konusu dâhilindedir.

⁶⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 76.

⁶¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 76.

⁶² Becker, (İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi) **a.g.e.**, s. 1120–1230.

B. Borçlunun Elbirliği Mülkiyeti Hissesinde Hacinde Yetkili İcra Dairesi

Alacaklı tarafından borçlunun mallarının haczinin talep edilebilmesi için öncelikle borçlu hakkında yapılan takibin kesinleşmiş olması ve takibin cebri icra belgesi⁶³ halini almış olması gerekir.⁶⁴

Haciz işlemi kural olarak, icra takibinin yürütüldüğü (derdest olduğu) icra dairesi tarafından gerçekleştirilir.⁶⁵ Bu sebeple, hacze başlanılabilmesi için alacaklı tarafından icra takibini yürüten icra müdürlüğünden talepte bulunulması zorunludur.⁶⁶ Ancak, alacaklı tarafından haciz işleminin yürüten icra dairesinden borçlunun yukarıda sayılan hacze konu olabilecek mal ve haklarının haczi talep edilmesi üzerine, takibin yapıldığı icra dairesi kendi yetki bölgesi⁶⁷ içinde bulunan malların haczi için yetkilidir.⁶⁸

Haciz edilecek olan malların icra takibini yürüten icra müdürlüğünün yetki alanının dışında olması halinde, haciz talebini alan takibin yürütüldüğü icra dairesi malların haczinin yapılmasını, malların bulunduğu yerin icra dairesine yazar.⁶⁹ Böylece, takibin yürütüldüğü icra müdürlüğü tarafından hacze konu malların bulunduğu yer icra müdürlüğü istinabe olunur⁷⁰ ve haciz işleminin gerçekleştirilmesi için yetkili kılınır.⁷¹ Buna göre, haciz işlemi malların bulunduğu

⁶³ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 141; Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 359; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 149; Jaeger, **a.g.e.**, s. 241; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 324.

⁶⁴ Kesin haciz için bu şart geçerlidir, ihtiyati haciz konumuzun kapsamı dışında kaldığından bu konuda açıklamalara girilmemiştir.

⁶⁵ Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 254; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 294; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 145; Kuru (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 362; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes **a.g.e.**, s. 168; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 152.

⁶⁶ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 101.

⁶⁷ (icra dairesinin bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresi)

⁶⁸ Kuru (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 362; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 168.

⁶⁹ “İİK m.79’daki “mal” tabirinin şumulu “Haczolunan malların başka bir yerde bulunması halinde o yer icra dairesinin istinabe edileceği” İİK’nın 79. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddedeki ‘mal’ deyiimi geniş anlamı ile ‘alacak’ları da kapsar, istinabe olunan icra dairesince, haczin uygulanması hususunda, kanunun 82-102. maddelerine kadar olan hükümlere riayet etmek lazımdır. Bu itibarla, 89. maddelerdeki ihbarnamelerinde istinabe edilen icra dairesine gönderilmesi gerekir. (Adalet Bakanlığı HİGM.13.11.1967T. 24672 sayılı mütalaa)”

⁷⁰ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 102; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 168.

⁷¹ İİK m. 79/II. (Bu taleple birlikte, haciz için gerekli giderlerde istinabe olunan icra dairesine gönderilir. Harçlar Kanunu m. 35).

yer icra müdürlüğü tarafından yapılır,⁷² malların haczedilmesinden sonra muhafaza tedbirleri de yine istinabe olunan icra dairesi tarafından gerçekleştirilir.⁷³ İstinabe olunan icra dairesi tarafından yapılan haciz sonucunda düzenlenen haciz tutanağı da düzenlenerek istinabe eden icra dairesine gönderilir.⁷⁴ Bu halde, haciz ile ilgili şikâyetler haczi yapan icra müdürlüğünün bağlı bulunduğu icra mahkemesine yapılır⁷⁵ ve istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi tarafından çözümlenir.⁷⁶ Bu konuda icra mahkemesinin yetkisi kesin yetki olduğundan, taraflar itiraz etmeseler bile, yetki hususu kendiliğinden göz önünde tutulur.⁷⁷ Buna karşılık, istinabe eden (takibin derdest olduğu) asıl icra dairesinin yaptığı işlemlere karşı başvurulacak şikâyetler yönünden İİK'nın m.79/II hükmü uygulanmaz, bu halde, şikâyet başvuruları istinabe eden, takibin yürütüldüğü icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine yapılmak gerekir.⁷⁸

⁷² Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 362; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255.

⁷³ İcra ve İflas Kanunu'nun 79. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmekte olan yetkinin kesin yetki olup kamu düzenine ilişkin bu yetkinin İcra Mahkemesince kendiliğinden gözetilmesi gerektiğine ilişkin bkz. 12 HD. 13.4.1995, 4729/5561 (Uyar, **a.g.e.**, C.II s. 2149).

⁷⁴ İstinabe olunan icra dairesinin görevi, bölgesi içindeki malı haczetmek, muhafaza tedbiri almak ve haciz tutanağını düzenleyip istinabe eden icra dairesine göndermekle sona erer.; 12.HD 14.3.2002, 4382/5216. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 364; “İstinabe olunan icra dairesinin görevi- istinabe olunan icra memuru esas takibi yapan icra dairesinin talimatına uyarak hareket etmek mecburiyetindedir. 360.madde de, haczedilen mallar başka bir yerde bulunduğu takdirde satış istinabe suretiyle yapılacağı ve artırma ve ihale ile ilgili ihtilafların istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu tetkik merciince incelenmesi gerekeceğinden istinabe olunan icra dairesinin ‘mesken ihtiyacından’ bahisle ‘gayrimenkul haczinin caiz olmadığına’ karar vermesi doğru olmaz. (Adalet Bakanlığı HİGM.27.02.1954T. 2871 sayılı mütalaa)”

⁷⁵ Y. 12.HD 22.10.2001, 15922/16911 (Bkz. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 363); 12 HD 29.1.2004, 24057/1803 (Uyar – İİK Şerhi) **a.g.e.**, C.I., s. 357); 12 HD 18.12.2003, 21713/25637 (YKD 2004/4 s. 561 – 562); 12. HD 4.11.2003, 20648 / 22214 (İBD 2003/3 s. 792). Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169.

⁷⁶ İİK m. 79/II. 12. HD 28.3.2000, 927/5691 (Bkz. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 363).

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes **a.g.e.**, s. 169; “...kural olarak İİK 79/II. maddesi gereğince haczolunacak malların takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu yerden başka bir yerde yapılması halinde haciz istinabe suretiyle yapılabilir ve hacizle ilgili şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin tabi olduğu İcra Tetkik Merciiince çözümlenir. Bu durum kamu düzeni ile ilgili olup kesin yetki kuralıdır. İcra Tetkik Mercii özel yetkili bir mahkemedir. Bu nedenledir ki, HUMK 193. maddesi kuralları İcra Tetkik Merciiinin görevsizlik, yetkisizlik vb. kararlarında da uygulanması ve uyulması zorunludur. (HGK. 19.11.2003 tarih 2003/3 – 373 -700) Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169 dn. 138 de yer alan karar.

⁷⁸ “...talimat icra dairesinin görevi, sadece haciz işlemini uygulamaktan ibarettir. Yapılan haczin alacak miktarını aştığı yönündeki şikâyet İİK'nın yukarıda açıklanan 79/II maddesi kapsamında bulunmadığından işin esasını incelemeye yetkili asıl icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine ait olup...” 12 HD 19.4.2004, 5257/9658 (Bkz. Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 363).

İsviçre Hukuku'nda da istinabe olunan yer icra dairesinin haczi uygulamaya yetkilidir. Bu yetki kuralının ihlali halinde şikâyet yoluna gidilebilir.⁷⁹ Buna göre, İsviçre Hukuku'nda hacizde istinabe faraziyesinde yetki kuralının ihlali edilmesi uygulanan haczin geçersiz olmasına sebep olur.⁸⁰

İİK 79/II. madde hükmünde yer alan kurala, 4949 sayılı İİK kanunu değişikliği⁸¹ ile bazı malların haczi yönünden istisna getirilmiştir. Maddeye eklenen bu hüküm haczin talimat yoluyla yapılması kuralının istisnasını oluşturur. Buna göre, haciz işlemi takip işlemlerini yürüten icra dairesinin yetki alanının dışında dahi olsa, takip işlemlerinin yürütüldüğü icra müdürlüğü tarafından doğrudan yapılacak haciz talimatı ile de mümkündür. Bu haller; resmi sicile kayıtlı malların, mesela taşınmazların ve kara taşıt araçlarının, haczi takibin yapıldığı yer icra dairesi tarafından sicil kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir.⁸²

İcra ve İflas Kanunu'nun 79.maddesinin II. fıkra hükmünde yer alan haczin, haczedilecek malların bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılacağına ilişkin hüküm, alacak⁸³ ve ücretlerin hacizlerinde de uygulanmaz.⁸⁴ Bu halde, takibin yapıldığı icra dairesi, kendi yetki bölgesinde olsun veya olmasın, maaş veya ücretin haczi için doğrudan bu kişi veya yerlere yazı göndererek haczi yapabilir.⁸⁵

Bununla birlikte, takibin yapıldığı yer icra dairesi tarafından istinabe yoluna başvurmaksızın yetki bölgesi dışındaki üçüncü kişilere, İcra ve İflas Kanunu m. 89 hükmüne göre haciz ihbarnamesinin gönderilebilmesi hususu Türk Hukuku'nda bazı tartışmalara ve tereddütlere sebep olmuştur.⁸⁶

⁷⁹ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 153.

⁸⁰ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 153; Bkz. Federal Mahkeme Kararları; BGE 91 III 45; BGE 109 III 92.

⁸¹ RG; 30.7.2003 s. 25184

⁸² İİK m. 79/II son cümle; "Kara taşıt araçlarının trafik kaydına konulan haciz fiili haciz gibi geçerlidir. Muhafaza altına alınmamış aracın satışı mümkün değilse de, alacaklının satış talebinde bulunmasına yasal bir engel bulunmamaktadır..." 19 HD. 27.9.2001, 3968/5982 (İKİD 2002/3, s.947).

⁸³ İİK m. 89 hükmünün açıklaması; 89 madde aslında İsviçre Hukuku'nda haczedilen malın muhafazasına ilişkin bir hükümdür. SchKG Art. 99. Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s. 82.

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169.

⁸⁵ İİK m. 89, 355- 356; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255 dn. 9; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169.

⁸⁶ Yavaş, **a.g.e.**, s. 32.

Adalet Bakanlığı'nın mütalâalarında, haciz ihbarnamesinin istinabe yolu ile gönderilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁷ Mütalâalarda bu görüşün gerekçesi ise şu şekilde açıklanmaktadır;

“İİK'nın 79. maddesinin 2. fıkrasında, “Haczolunacak mallar başka yerde ise, haczin yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine hemen yazar.” şeklinde hüküm bulunduğuna göre, takibi yapan icra dairesinin bu yoldaki talimatı üzerine, haciz için gerekli işlerin istinabe olunan icra memurluğunca yerine getirileceği anlaşılmaktadır. Aynı zamanda, İİK'nın 89. maddesinin 1. fıkrasında “...Borçlunun üçüncü şahıs elindeki bir malı haczedilirse...” ifadesi ile hacizden sonraki işlemler, tarih ve tespit edilmiş bulunması ve haciz işlemlerinin bu safhadaki işlemlere dâhil olması sebebiyle, mal olarak kabulü gereken alacağı yedinde bulunduran üçüncü şahıs hangi mahalde ise, istinabe olunan o mahal icra dairesince tanzim ve tebliğ edilmesi, kanununun lafzına ve maksadına uygun olacaktır. Diğer taraftan üçüncü şahıs yapacağı müracaatlar için tanınmış olan kısa mehillere riayet edebilmesi onun bulunduğu yerdeki icra memurluğunu muhatap saymakla fiilen gerçekleşebilir. Kaldı ki, haciz ihbarnamelerini takibi yapan icra dairesi bizzat tanzim ve tebliğ ettiği takdirde, üçüncü şahsın, mukabil başvurmalarını bu icra memurluğuna yapması gerekecek, bu yüzden kanunen yükümlü olmadığı bir takım masraflarla karşılaşmış olacaktır. İİK'nın 89. maddesinin 8. fıkrasında, üçüncü şahsın beyanının hiçbir harç ve resme tabi olmadığı gibi, kanunun 59. maddesinde de takip masraflarının borçluya ait olduğu, yapılmasını talep ettiği muamelenin masraflarını alacaklının peşin olarak vereceği hükmü karşısında, üçüncü şahsa sebebiyet vermediği ve kanunca mecbur olmadığı bir masrafı icap ettirecek mükellefiyet yüklemenin mesnedi bulunmadığını belirtmek gerekir. İİK'nda haczin tatbiki konusunda 80 – 103. maddeye kadar yer alan hükümlere istinabe olunan icra dairesince riayet edilmesi lazımdır. Bu itibarla, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu mahal dışında olması sebebiyle borçluya ait bir mal veya alacağı yedinde bulunduran üçüncü şahsa gönderilecek birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerinin istinabe olunan icra dairesince tanzim ve tebliğ edilmesi gerekeceği düşünülmektedir.”

⁸⁷ Adalet Bakanlığı HİGM'nin 28.12.1968, 25.3.1969 ve 5.1.1970 tarihli mütalâaları (Adalet Bakanlığı, Mütalâa ve Tamimler, Ankara 1974, s. 256 – 259; Adalet Bakanlığı, Mütalâa ve Tamimler, Ankara 1976, s. 324).

İcra dairesi tarafından yetki çevresi dışında bulunan malların haczi yönünden tatbik olunan istinabe kurumu İİK m. 89 açısından kabul edilmesi halinde haciz süresinin uzaması hususu kaçınılmazdır.⁸⁸ Bu halde, haczedilmesi için çok seri bir şekilde davranılması gereken yerde haciz süresi uzayarak alacaklının zarara uğraması tehlikesi vardır. Zira haciz ihbarnamesi üçüncü şahsa takibi yapan yer icra dairesi tarafından gönderilmesi halinde PTT aracılığıyla gerçekleşecek olan işlemle prosedür tamamlanmış olacaktır. Buna karşılık, İİK 89. maddenin uygulanmasında istinabenin kabul edilmesi halinde, takibi yapan icra dairesi önce üçüncü şahsın bulunduğu yer icra dairesini istinabe edip ondan yardım isteyecektir ve istinabe olunan icra dairesi yine PTT aracılığıyla haciz ihbarnamesini üçüncü şahsa gönderecektir. Sonuç olarak, yapılan işlemler aynı olmakla birlikte, İİK m. 89. maddenin uygulanmasında istinabe kabul edildiğinde süreç gereksiz yere uzayacak ve icra dairelerinin iş yükü de artacaktır.⁸⁹ Bu süre içinde, üçüncü şahıs borcu bu süre içinde borçluya ödeyebileceği gibi borçlunun üçüncü şahıstaki alacağının bir başkasına temlik etmesi de mümkündür. Böylece, alacaklının zarara uğraması ihtimali çok büyüktür. Öte yandan istinabe kurumunun konuluş amacının⁹⁰ haciz prosedürünü hızlandırmaya ve istinabe eden icra dairesinin işini kolaylaştırmaya yönelik bir kurum olduğu düşünüldüğünde, İİK 89. madde bağlamında istinabe kurumunun uygulanması amaca hizmet etmeyen bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, İİK 89. madde bağlamında istinabe kurumunun uygulanması üçüncü şahsın konumu yönünden de bir farklılık yaratmayacaktır. Zira üçüncü şahıs tarafından haciz ihbarnamesine itirazın takibin yapıldığı yer icra dairesine gönderilmek üzere herhangi bir yer icra dairesine yapılması⁹¹ da mümkündür.⁹²

⁸⁸ Yavaş, **a.g.e.**, s. 33.

⁸⁹ Uyar, **a.g.e.**, s. 2140, Adalet Bakanlığı HİGM'nün 13.11.1967 T. 24672 sayılı aksi yöndeki mütalâası için bkz. Uyar, **a.g.e.**, s.2142; "Haczolunan malların başka bir yerde bulunması halinde o yer icra dairesinin istinabe edileceği İİK'nın 79. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddedeki mal deyimi geniş anlamı ile 'alacak'ları da kapsar. İstinabe olunan icra dairesince, haczin uygulanması hususunda kanunun 80 – 103 maddelerine kadar olan hükümlerine riayet olunmak lazımdır. Bu itibarla, 89. maddedeki ihbarnamelerinde istinabe edilen icra dairesince gönderilmesi gerekir."

⁹⁰ Kuru, (alacakların haczi) **a.g.e.**, s. 29.

⁹¹ İİK m. 62.

⁹² "Takibin yapıldığı icra dairesi dışında, başka bir icra dairesinde yapılan itirazların, icra memurunun havale tarihinde yapılmış sayılacağı, itiraz dilekçelerinin PTT yerine borçlu eliyle gönderilmesinin sonucu değiştirmeyeceği..." (12.HD 12.1.1993 T. 10673 E. 223 K. sayılı karar, Uyar, **a.g.e.**, s. 1013; Açıkgöz, **a.g.e.**, s. 13 Uyar, (Kıymetli evraka bağlanmamış olan mal) **a.g.e.**, s. 209.

Doktrinde, Kuru'ya göre de, takibin yapıldığı icra dairesi, yetki çevresi dışında oturan üçüncü şahıslara İİK 89. madde gereğince haciz ihbarnamesini kendisi gönderebilir,⁹³ bunun için takibin yapıldığı yer icra dairesinin üçüncü şahsın bulunduğu yer icra dairesini istinabe etmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın bazı kararlarında da takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi dışında oturan üçüncü şahıslara haciz ihbarnamesini kendisinin doğrudan gönderebileceğini, bunun için takibin yapıldığı yer icra dairesinin istinabe yoluna başvurmaya lüzum bulunmadığına karar vermiştir.⁹⁴

Görüldüğü üzere, haciz ihbarnamelerinin üçüncü şahsa takibin yapıldığı yer icra dairesinden gönderilebilmesi yönündeki imkân İİK m. 89 hükmü ile sınırlıdır. Böylece, İİK 89. maddenin uygulama alanı bulduğu hallerde kanaatimizce de istinabe faraziyesine gerek olmaksızın hak ve alacakların haczi doğrudan takibin yürütüldüğü icra dairesi tarafından haczedilebilecektir. Buna karşılık, haczin İİK 89. madde hükmüne göre yapılamadığı hallerde, icra dairesi yetki çevresi dışında bulunan malların haczi takibin yapıldığı yerdeki icra dairesinin malların bulunduğu yer icra dairesine talimat yazması suretiyle gerçekleştirilebilecektir.⁹⁵ Bu halde, haciz ile ilgili şikayet başvuruları da istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi tarafından çözümlenecektir.⁹⁶

⁹³ Kuru, (değişiklikler) **a.g.e.**, s. 62; Kuru (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 408.

⁹⁴ “İcra takibinin yapıldığı icra dairesinin başka yerde bulunan üçüncü kişiye İİK’nın 89. maddesine göre, haciz ihbarı göndermesi, 79. maddede yazılı haciz niteliğinde bulunmadığı halde bu ihbarnamenin istinabe suretiyle gönderilmesi gerektiğinden bahisle şikayetin kabulü isabetsizdir.” (12.HD.20.12.1976T, 11269E. 12923 K. sayılı karar, Olgaç, **a.g.e.**, s. 789). İİK’nın 79. maddesinde açıklandığı gibi, haczolunacak olan mallar başka yerde ise, icra dairesi haciz yapılmasını malların bulunduğu yer icra dairesine yazar. Tetkik konusu olayda, haciz ihbarının ve buna taallük eden İİK m.89’un söz konusu olduğu, el koyma suretiyle fiili bir haczin söz konusu olmadığı düşünülmeden...” (12.HD.3.7.1985T. 1387E. 6650K. sayılı karar, Uyar, (haciz) **a.g.e.**, s. 348. “...haciz ihbarının, takibin yapıldığı icra dairesince gönderilmesini yasaklayan hükümlerin bulunmadığı düşünülmeden...” (12 HD.21.3.1984 T, 547 E, 3298K. sayılı karar. Uyar Haciz, **a.g.e.**, s.348). “İİK’nın 79/2. maddesi gereğince haczolunacak mallar başka yerde ise, takibi yapa icra dairesi haciz uygulaması için malların bulunduğu yerin icra dairesine talimat yazar. Bu madde hükmü İİK’nın 89. maddesini kapsamadığından anılan madde gereğince haciz ihbarını asıl takibin yapıldığı icra dairesi doğrudan yetki çevresi dışındaki üçüncü kişilere gönderebilir.” (12.HD. 2.7.2001T, 1073, 11982 K. sayılı karar, Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 408, dan.69).

⁹⁵ 12.HD. 27.3.1986 T, 8701E, 2264K sayılı karar, Kuru, (alacakların haczi), **a.g.e.**, s. 48, dn. 113, Manisa Barosu Dergisi, 1986/18, s. 41.

⁹⁶ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 364.

İsviçre Hukuku'nda üçüncü şahsa resmi bildirim yapılmasının gerekmesi halinde, bu resmi bildirim haczi gerçekleştiren icra dairesi aracılığıyla yapılır.⁹⁷ Bu bildirimin yapılış şekli ise, taahhütlü mektup ya da teleks yoluyla da olabilecektir. Bildirimin yapılacağı üçüncü şahıs takibi yapan icra dairesinin yetki çevresi dışında dahi ikamet etse, üçüncü şahsın oturduğu yer icra dairesinin istinabe edilmesine gerek yoktur.⁹⁸

Elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde de haciz işlemi kural olarak, o mal ve hakların bulunduğu yer icra dairesi istinabe edilerek yapılmalıdır.⁹⁹ Zira elbirliği halinde maliklerin şahsi borçlarından dolayı, ortaklık hisselerinin haczinde, doğrudan doğruya malın tamamı üzerinde haciz yapılamasa da, o mal veya haklar üzerinde borçlunun da hissesi bulunduğundan, o hisseye matuf olmak üzere haczedilebilir. Ayrıca, haciz bir kül olarak yapılmayıp, bu hisselerle konu olan mal ve haklardan herhangi birisine yöneltilmiş olabilir. Bu sebeple, haczin konusu hiçbir biçimde ortaklık mal varlığına giren mallar veya haklar olmayıp, yalnız borçlu ortağa düşecek tasfiye payı olduğundan¹⁰⁰ borçlu ortağın özellikle miras payının haczinde diğer ortaklarla anlaşarak ortaklık payının özünü içeriğini eksiltip boşaltmasını önlemek için, taşınmazlarda bağlı bulundukları tapu sicil müdürlüklerine haciz şerhi için müzekkere yazılması, menkuller için de gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması gerekir.¹⁰¹

Elbirliği mülkiyeti hissesinin haczi elbirliği mülkiyetine konu olan malın tek ya da bütün halinde haczedilebilip haczedilemeyeceğine göre değişir. İlgili bölümlerde daha öncede tartışıldığı üzere, Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu olan malların birbirlerinden ayrı olarak haczedilebilmesi, kural olarak mümkün olduğundan, bu malların muhafazasının da kolaylığı bakımından da İİK 79/II hükmü gereğince istinabe yoluyla haczi de mümkün olmalıdır.

⁹⁷ SchKG Art. 99; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 160.

⁹⁸ “Alacak haczinin bildirilmesi, üçüncü şahıs, takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki çevresi dışında otursa bile, doğrudan takibin yapıldığı yer icra dairesince gerçekleştirilebilir. BGE 73 III 84 Jaeger/Walder/Kull/Kotmann, **a.g.e.**, s. 513.

⁹⁹ 12. HD. 29.12.1985, 4689/16303 (YKD, C.XV, s.9.s. 1287)

¹⁰⁰ Artus, **a.g.m.**, s. 579, muayyen mallar üzerinde hisse haczini kabul etmemektedir. Artus’a göre, burada borçlu ortağın tasfiye payı üzerindeki hissesinin haczi söz konusu olduğuna göre, malların bulunduğu yer icra dairesince talimat göndermeye (yani İİK m. 79/II’yi uygulamaya) zorunluluk yoktur. Bu sebeple, elbirliği ortaklığı hissesinin haczi takibin yapıldığı icra dairesi kanalı ile doğrudan yapılabilir.

¹⁰¹ Sungurbey, (payların haczine ilişkin sorunlar) **a.g.m.**, Yasa 1984/II s.1517-1550.

Elbirliği ortaklıklarından adi şirketlerde, kâr payı, faiz, avans ve masraf alacakları ile ücret alacaklarının haczinde, cebri icra takibinin yapıldığı icra dairesi haciz işlemini yapmaya yetkilidir. Haciz bildirimleri şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki adi şirketin yetkili temsilcisi varsa şirketin yetkili temsilcisine, şirketin yetkili temsilcisi yoksa tebligat bütün ortaklara yapılır.¹⁰² Adi şirkette, bir hukuk sujesi olarak şirketin değil ortakların birbirlerini temsil etmeleri söz konusudur. Adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından, kural olarak Tebligat Kanunu'nda Tüzel kişilere yapılacak olan tebligata ilişkin hükümleri düzenleyen TK 12 ve 13. maddelerin uygulanması söz konusu değildir.¹⁰³

Ancak, tasfiye payının haczinde, her ne kadar adi şirketin tüzel kişiliği olmasa da, ortaklığın feshi ve tasfiyesi ortaklığın merkezinde yapıldığına göre,¹⁰⁴ ortaklığın merkezi haciz talebinin yapıldığı icra dairesinin yetki alanı dışında ise, haciz için ortaklığın merkezinin bulunduğu yer icra dairesi mutlaka istinabe edilmelidir. Çünkü şirketin fesih ve tasfiyesini ortaklar yapmazlarsa, alacaklıya şirketi fesih ve tasfiye etmek için dava açmak üzere yetki verileceğinden, bu halde, haczin de şirketin merkezinin bulunduğu yer icra dairesi istinabe edilerek yapılması daha isabetli olacaktır.

Elbirliği halinde malik olunan mal veya haklar üçüncü kişilerde bulunuyorsa, haczin yapılması üçüncü kişilerin bulundukları yer icra dairesi istinabe olunarak gerçekleştirilmelidir.¹⁰⁵

İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinin yapılmasında icra dairesinin yetkisi hususunda İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun (SchKG) 89. madde hükmü ve 17 Ocak 1923 tarihli yönetmeliğin 2. madde hükmü birlikte uygulanır. İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 89. madde hükmü, icra takibinin cebri icra belgesi halini almasından sonra haczin yapılmasında yetkili icra dairesine ilişkin olarak genel bir hüküm koymaktadır.¹⁰⁶ Bu hükme göre, haczin yapılmasında yetkili icra dairesi icra

¹⁰² Moroğlu, **Şirketlerde Adli Tebligat Kimlere Yapılır?** İÜHFM, 1962/2, s. 404.

¹⁰³ Muşul, (tebligat) **a.g.e.**, s. 164, 180; Moroğlu, **a.g.m.**, s. 404.

¹⁰⁴ 13. HD. 22.3.1990, 7033/2192 (Uygur, **a.g.e.**, s. 774).

¹⁰⁵ Belgesay, (şerh), **a.g.e.**, s. 316.

¹⁰⁶ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 875.

takibinin yapıldığı, yürütüldüğü (derdest olduğu) yer icra dairesi veya hacze konu olacak malın bulunduğu yer icra dairesidir.¹⁰⁷

İsviçre Hukuku'nda Topluluk Mülkiyeti Hissenin Haczi ve Paraya Çevrilmesine İlişkin Yönetmeliğin¹⁰⁸ 2. maddesinde ise topluluk mülkiyetine dâhil olan borçlunun hissesinin haczinde yetki hususu özel olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁹ Yönetmeliğin ikinci maddesine göre, borçlunun topluluk mülkiyetindeki hissesinin haczinde, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesi yetkilidir.¹¹⁰ Ayrıca, haciz konusu elbirliği mülkiyeti ortaklığına konu olan taşınır ya da taşınmaz mallar borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesinin yetki alanı dışında, başka bir yerde olsa dahi, yine borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesi haczi yapma hususunda yetkilidir.¹¹¹ İsviçre Hukuku'nda yer alan bu kural, Türk İİK m. 79/II de istisnai hüküm olarak yer almakta olup ancak resmi sicile kayıtlı malların haczinin bu şekilde, yani doğrudan takibin yapıldığı yer icra dairesi tarafından yapılması mümkün kılınmıştır.¹¹²

İsviçre Hukuku'nda, borçlunun yerleşim yerinin elbirliği mülkiyet ortaklığı hissesinin haczinde yetkili olarak öngörülmesinin gerekçeleri olarak, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun (SchKG) 46. maddesinde borçlunun yerleşim yerinin takibin yapılacağı icra dairesinin yetkisinin belirlenmesinde ana kurallardan bir tanesi olması ve böylece takibin yapıldığı yer ile borçlunun yerleşim yerinin aynı olması sebebi gösterilmektedir.¹¹³ Ayrıca, topluluk mülkiyetine konu olan borçlunun hissesinin haczinde topluluk mülkiyetinin tamamının haczedilmemesi, sadece bu mal topluluğunda borçlunun hissesinin cebri icranın konusu yapılması, yani bu hacizde muhatabın temelde topluluk mülkiyetinden ziyade borçlunun bizzat kendisinin olması, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesinin münhasıran yetkili kılınmasına gerekçe olarak gösterilmektedir.¹¹⁴ Buna karşılık, borçlunun topluluk mülkiyetindeki hissesine

¹⁰⁷ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 152; Jaeger, **a.g.e.**, s. 242; Bluemenstein, **a.g.e.**, s. 334.

¹⁰⁸ 17 Ocak 1923 tarihli Topluluk Mülkiyeti Hissenin Haczi ve Paraya İlişkin Yönetmelik (VVAG).

¹⁰⁹ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67.

¹¹⁰ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 876.

¹¹¹ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67.

¹¹² Artus, **a.g.m.**, s. 579.

¹¹³ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67.

¹¹⁴ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67.

bağlı olan haklarından kâr payı ve ücret gibi ayrılabilir haklarının olması halinde, ortaklık hissesine bağlı olan bu hak ve alacakların haczinin borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılmasına gerek yoktur.¹¹⁵ Bu türden haklar ve alacaklar icra takibinin yürütüldüğü icra yer dairesi tarafından doğrudan da haczedilebilir.

Hacizde, yetki konusunda, yukarıda da açıklandığı üzere, İİK 79. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan açık bir hükümle haczedilecek olan mallar takibin yapıldığı yer icra dairesinin yetki bölgesinin dışında olması halinde, haczi yapılacak olan malların bulunduğu yer icra dairesi talimat yoluyla yetkili kılınarak haciz işlemi gerçekleştirilebilecektir.¹¹⁶ Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde yetkiye ilişkin olarak açık hüküm konulduğundan¹¹⁷ ve bu hükme göre topluluk mülkiyeti hissesinin haczi, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılacağından, İsviçre Hukuku'nda, borçlunun elbirliği mülkiyet ortaklığı hissesinin haczinde haciz konusu malların bulunduğu yer icra dairesinin talimat yoluyla istinabe edilmesi söz konusu değildir.

İsviçre Hukuku'nda kâr payı ya da kıymetli evrak gibi muhafazası gerekli olan elbirliği mülkiyetine konu bir malının haczinde,¹¹⁸ İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 89. madde uygulanacak ve malın bulunduğu yerde haciz yapılabilecektir.

¹¹⁵ Bourquin, **a.g.m.**, BLSchKG s. 67.

¹¹⁶ Bu halde hacze ilişkin şikayetler, istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi tarafından çözümlenir. (İİK m. 79/II). İİK 79. maddesi 3222 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Böyle bir değişikliğe duyulan ihtiyacın sebebi kanunun gerekçesinde "İİK 79. maddeye göre, haczedilecek mallar başka yerde ise, haciz talebini alan takibin yapıldığı icra dairesi, haczin yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesinden istemekte, yani, o yer icra dairesini istinabe etmektedir. Malların haczi, ancak bulundukları yer icra dairesi tarafından yapılmaktadır. Bu icra dairesince yapılan hacizde ihtilaf çıkması halinde, örneğin haczedilemeyecek bir malın haczedilmesi durumunda, yapılacak şikayetin talimatı veren icra dairesinin bağlı bulunduğu merci tarafından incelenmesi işlerin uzamasına sebep olmaktadır. 79. maddede yapılan değişiklik ile hacizden doğan şikayetlerin istinabe olunan icra dairesinin tabii olduğu tetkik merciince incelenmesine imkan getirilmekte ve 360'ıncı madde ile de paralellik sağlanmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir. İİK m. 360 hükmü emredici nitelikte olup; bu nedenle, ortaklığın giderilmesi davası sonucu satılan malın ihalesinin feshi davası, istinabe olunan icra dairesinin bulunduğu yer Sulh mahkemesinde açılmak gerekir. (HGK.13.1.1982, YKD 1982/11, s. 1505; aynı yönde 13. HD. 29.5.1989, Yasa HD., Ekim 1989, s. 1433-1434.).

¹¹⁷ 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 2. maddesi elbirliği mülkiyeti ortaklığına tabi bir malın haczinde yetki konusunu düzenlemektedir.

¹¹⁸ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 153.

Türk Hukuku'nda yetkisiz icra dairesi kanalı ile yapılan hacizler, İİK 16. madde hükmü gereğince icra mahkemesinde şikâyet konusu yapılabilecektir.¹¹⁹ Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda ise, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarına göre, yetkisiz icra dairesi kanalı ile yapılan haciz ve muhafaza tedbirleri yok hükmündedir.¹²⁰ Bu sebeple, İsviçre Hukuku'nda yetkisiz icra dairesi kanalı ile yapılan hacizler süresiz şikâyet sebebidir.¹²¹ İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre,¹²² bu halde, süreli şikâyet sebebi kabul edilecek olursa, tecrübelerin gösterdiğine göre malın uzak mesafelerde bulunduğu hallerde, icra memuru tarafından malların varlığı yerinde bizzat görmeden ve bunların kıymetlerini takdir etmeden hacze girişmek yönünde bir tehlike mevcut olacaktır. Bu tehlike ancak, yargı çevresi dışında bulunan malların haczinin kural olarak batıl sayılması ile önlenilebilecektir. Bu surette, Federal Mahkeme, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 89. maddesi (İİK m.79) hükmünü emredici bir karakterde saymıştır.¹²³ Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda yetkisiz icra dairesinin icra etmiş olduğu haciz işlemlerinde hal böyle iken, yetkisiz icra dairesinden gönderilen ödeme emri ise, buna karşılık yok hükmünde değil, iptal edilebilir hükmündedir.¹²⁴

C. Haczin Yapılması

I. Genel Olarak

Alacaklı, ödeme emri kesinleştikten sonra icra dairesi nezdinde takibe devam edilmesi iradesini açıklar ve böylece borçlunun mallarının haczedilmesi işlemleri başlatılmış olur.¹²⁵ Haciz,¹²⁶ icra müdürü veya icra müdürünün yetki

¹¹⁹ Pekcanitez, (şikâyet) **a.g.e.**, s. 41vd.

¹²⁰ BGE 55 III 165

¹²¹ BGE 68 III 34; BGE 88 III 10 E.3; Bisang, **a.g.e.**, s. 107.

¹²² BGE 77 III 58.

¹²³ BGE 68 III 116; BGE 72 III 2; BGE 88 III 10.

¹²⁴ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 153; Bisang, **a.g.e.**, s. 107 dn. 89; Ayrıca bkz. BGE 55 III 165, 68 III 34, 88 III 10.

¹²⁵ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 99; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 167; “İtiraz süresinin dolmasından önceki hacizlerin yok hükmünde sayılacağı (geçersiz olacağı) yönünde” Bkz. 12.HD 23.12.1994T. E: 16487, K: 16677, Uyar, **a.g.e.**, C.II. s. 2115; “Ödeme emri tebliğ edilmeden ve takip kesinleşmeden haciz yapılamayacağı konusunda şikâyet hakkı borçluya aittir.” Bkz. 12.HD. 19.10.1993T. E:11825, K.15908, Uyar, **a.g.e.**, C.II. s. 2118.

¹²⁶ İİK 78 vd hükümlerinde haciz başlığı altında ilişkin hükümler yer almaktadır. İsviçre Hukuku'nda ise 1994 değişikliği ile İİK daki haczi karşılayan SchKG Art.88 vd hükümleri “takibin devamı” şeklini almıştır. Böylece İsviçre'de alacaklının aciz vesikasına dayanarak takipsiz icra veya doğrudan doğruya iflas prosedürüne girişilmesi talebi bunun dışında tutulmuş

verdiği hallerde, icra müdür yardımcısı ya da icra dairesinde görevli icra memurlarından bir tanesi tarafından yapılabilir.¹²⁷ İcra memuru ancak icra dairesinin bağlı bulunduğu asliye hukuk mahkemesinin yargı bölgesi içinde bulunan malları haczedebilir.¹²⁸

Kural olarak, icra müdürü haciz işlemini resen başlatamaz.¹²⁹ Haciz işleminin başlatılabilmesi için alacaklının geçerli bir talebi gereklidir.¹³⁰ İcra müdürü bunu resen araştırır.¹³¹ Alacaklının haciz talebinden itibaren en geç üç gün içerisinde haciz işleminin yapılması gerekir.¹³² İcra ve İflas Kanunu'nun 79. maddesinde yer alan 3 günlük süre emredici bir süre değildir, düzenleyici bir süredir.¹³³ Bunun anlamı, kural olarak haczin bu süre içinde yapılması gerektiridir, bununla beraber, icra müdürlüğündeki iş yoğunluğu sebebi ile bu süre üç günü geçebilir.¹³⁴ İcra müdürlüğü, bu süre içinde mazeret olmaksızın haciz işlemini gerçekleştirmezse, bu halde, İİK m.16 gereğince şikâyet yolu ile icra mahkemesine müracaat edilebilir.¹³⁵

Alacaklı haciz talep etmek için borçlunun mal beyanında bulunmasını beklemek zorunda değildir. Fakat alacaklı ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde haciz istemelidir. Borçlunun ödeme emrine itirazı söz konusu ise, alacaklının icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep ettiği veya itirazın

olmaktadır. Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 99; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 865.

¹²⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 145; Kuru/Arslan/Yılmaz **a.g.e.**, s. 255; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 300.

¹²⁸ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 146; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 412.

¹²⁹ Gürdoğan, **a.g.e.**, s. 67; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 409; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/ Özkes, **a.g.e.**, s. 167.

¹³⁰ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 101; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 409.

¹³¹ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 101.

¹³² Kuru/Arslan/Yılmaz **a.g.e.**, s. 255; Muşul, **a.g.e.**, s. 411; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/ Özkes, **a.g.e.**, s. 169.

¹³³ Blumenstein, **a.g.e.**, s.335; Fritzsche, **a.g.e.**, s.162; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255.

¹³⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.255; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411.

¹³⁵ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411. İİK m.79 inzibatı (disipline ilişkin) bir hüküm olduğundan, 3 günlük süreye uyulmaması haczin geçerliliğini etkilemeyecek, icra müdürünün disiplin sorumluluğuna yol açabilir. Fakat haczin gereksiz yere geç yapılmasından dolayı duruma göre, icra memurunun kusuru nedeniyle Devletin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özkes, **a.g.e.**, s. 169.

iptali davasını açtığı tarihten itibaren verilen kararlar kesinleşinceye kadar geçen zaman, bu sürenin hesabında dikkate alınmaz.¹³⁶

Resmi tatil günlerinde de kural olarak haciz yapılabilir.¹³⁷ Gece vakti ise, istisnai durumlar haricinde kural olarak haciz yapılamaz.¹³⁸ Borçlunun mal kaçırması ihtimali varsa gece vakti hatta bazı erteleme hallerinde¹³⁹ dahi haciz yapılabilir.

Türk Hukuku'na göre, borçluya haciz için gelineceğinin önceden bildirilmesine gerek yoktur.¹⁴⁰ Haciz için gidildiğinde borçlu aratılır, borçlunun bulunması halinde haciz huzurunda yapılır.¹⁴¹ Borçlu haciz mahallinde bulunmazsa haciz işlemi borçlunun yokluğunda yapılır.¹⁴² Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda hacze gelineceği borçluya önceden bildirilir.¹⁴³ İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu (SchKG) 90. madde hükmüne göre, borçluya hacze gelineceği önceden bildirilmesi suretiyle borçlunun hacizde hazır bulunması sağlanır ve borçlu haciz sırasında haczi mümkün olmayan mallarını beyan eder. İsviçre Hukuku'nda, SchKG Art. 90'ın yorumuyla borçluya hazır bulunması için hacizden önceki gün

¹³⁶ İİK m. 78; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 168. alacaklı ile borçlu icra dairesinde taksit sözleşmesi yapmışlarsa, taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman bir yıllık sürenin hesabında göz önünde tutulmaz. Alacaklı süresinde haciz istemez veya haciz talebini geri aldıktan sonra bir yıllık süre içinde yenilemezse, takip dosyası işlemden kaldırılır. Burada sadece dosya işlemden kaldırılır, icra takibi son bulmayacaktır. İcra Hukuku'nda medeni usul Hukuku'ndaki gibi işlemden kaldırılan bir dosyanın belli bir süre içinde yenilenmesi, aksi takdirde davanın açılmamış sayılması sonucu geçerli değildir. Alacaklı zamanaşımı süresi içinde istediği zaman dosyayı yenileyebilecektir.

¹³⁷ İİK m. 51/I; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411.

¹³⁸ Gece çalışılan yerlerde, borçlunun mal kaçırması ihtimali bulunduğu durumlarda İİK m.51 ve bazı kanuni erteleme hallerinde İİK m.54 - 55 gece vakti haciz yapılması mümkündür. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411.

¹³⁹ İİK m. 54/II; 54/a, ;55/II; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 411.

¹⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255; Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s. 66.

¹⁴¹ Borçlu haciz sırasında borcunu ödeyip hacze engel olmak isterse, borcunu hacze gelen müdüre öder ve karşılığında bir geçici makbuz alır; böylece haciz işlemi durur. Bu geçici makbuz icra dairesinde kesin tahsilat makbuzu ile değiştirilir. (İİK Nizamname m.29)

¹⁴² Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 178; Postacioğlu (icra) **a.g.e.**, s. 255; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 256; Gürdoğan (icra) **a.g.e.**, s. 75; Ögütçü/Çitoğlu, **a.g.e.**, s. 425.

¹⁴³ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 883-888; Türk Hukuku'nda, borçlunun mal kaçırmasına fırsat vermemek için 1932 tarihli İİK Değişikliği ile mehzadan ayrılmıştır. Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 102; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 146; Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s. 66; Ansay, (icra) **a.g.e.**, No. 6.

haber verilmemişse, borçluya şikâyet yoluyla haczi iptal ettirmesi imkânı tanınmıştır.¹⁴⁴

Türk Hukuku'nda, alacaklının ise, haciz sırasında bulunması zorunlu değilse de, alacaklının menfaatlerini koruyabilmesi ve gerektiğinde icra müdürüne yardımcı olabilmesi için hangi gün ve saatte hacze gidileceğinin alacaklıya ya da vekiline bildirilmesi isabetli olur, ancak, bu bildirimin yapılamaması kural olarak haczin geçerliliğine etki etmez.¹⁴⁵ Borçlu, haciz sırasında, malın bulunduğu yerde bulunmaz ve hemen bulundurulması da mümkün olmazsa, haciz borçlunun yokluğunda yapılır.¹⁴⁶ İsviçre Hukuku'nda, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 91/I madde hükmü ile borçluya haciz sırasında temsilci bulundurma imkânı da tanınmıştır.¹⁴⁷

Haczi yapan memurun zor kullanma yetkisi de vardır.¹⁴⁸ İcra memuru bu yetkisini kolluk güçleri vasıtasıyla yerine getirir. Haciz yapılacağı sırada hazır bulunan borçlu talep üzerine kilitli yerleri ve dolapları açmaya ve diğer eşyalarını göstermeye mecburdur.¹⁴⁹ Köylerde haczi yapan memurun emirlerini köy muhtarları yerine getirmekle yükümlüdürler.¹⁵⁰

Haczi yapan memur, haczedeceği her malı kendisi görüp inceler ve o malın haczedilebilip haczedilemeyeceğine karar verir.¹⁵¹ İcra memuru malın haczedilebilirliğine karar verirse, bu malların kıymetini takdir eder ve bu kıymetleri haciz tutanağına yazar. Böylece, alacak bedelinden daha fazla malın haczinin yapılarak borçlunun zarara uğraması önlenmiş olur. Ayrıca, gerektiğinde kıymet takdiri için bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.¹⁵²

Borçlu haczin yapılacağı sırada takip konusu alacağı ve takip masraflarını tamamen ödeyip, haczin yapılmasına engel olmak isteyebilir. Hacze giden memur

¹⁴⁴ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 884; BGE III 41 43; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 103.

¹⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 256; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 413.

¹⁴⁶ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 103.

¹⁴⁷ Jaeger, **a.g.e.**, s. 246.

¹⁴⁸ İcra müdürünün emrine uymayan borçlu hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.32 hükmü uygulanır.

¹⁴⁹ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 413.

¹⁵⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 256.

¹⁵¹ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 413.

¹⁵² İİK m. 87 özellikle hisse senedinin hacizlerinde kıymet takdiri için bilirkişiye gidilmek gerekir.

para tahsil etmeye de yetkili olup da, borçlu borcunu memura tamamen öderse, daha sonra icra dairesinde değıştirilmek üzere borçluya geçici bir makbuz verilip, haciz işlemi bu aşamada durdurulur.¹⁵³

¹⁵³ İİK.Niz. m. 29.

II. Elbirliğı Mülkiyeti Hisselerinin Haczinin Yapılması

1. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda, borçlunun elbirliğı mülkiyetine konu¹⁵⁴ olan hisselerinin¹⁵⁵ haczine ilişkin işlemler, kural olarak, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. madde hükmüne göre yapılmaktadır.¹⁵⁶ İcra ve İflas Kanunu'nun 94. madde hükmü elbirliğı halinde yönetilen bütün mülkiyet ortaklıklarının hisselerinin haczini düzenleyen genel bir hükümdür. Bu hüküm, İcra ve İflas Kanunu'nda hacze ilişkin olarak konulmuş diğer genel mahiyetteki hükümlerle birlikte uygulanır. Türk Hukuku'nda, mehz İsviçre Hukuku'nun aksine, genel bir hüküm olan İİK m. 94 hükmünün uygulanma şeklini gösteren bir yönetmelik yoktur.¹⁵⁷ Bu sebeple, Türk Hukuku'nda, İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan bu genel hükmün uygulanmasına ilişkin bir yönetmeliğin bulunmaması, zaten haciz aşaması oldukça karmaşık olan ve haczin uygulanmasında pek çok tereddütlere sebep olan, elbirliğı mülkiyet hisselerinin haczi sırasında ve özellikle haczolunan borçlunun elbirliğı mülkiyetindeki tasfiye hisselerinin paraya çevrilmesinde uygulamada zorluklar yaşanabilmektedir.¹⁵⁸

Uygulamada elbirliğı mülkiyetine konu olan hisselerin haczinde karşılaşılan problemlerin giderilmesi amacıyla ve İİK 94. madde hükmünün uygulanmasında karşılaşılabilen sıkıntıların aşılması amacıyla, 2004 sayılı İcra ve

¹⁵⁴ “Taksim edilmemiş bir miras hissesi ile elbirliğı halinde tasarruf edilen bir mal hissesi” İİK m. 94 hükmünde sayılmakta ise de, miras pay dahil bütün elbirliğı mülkiyeti paylarının haczi İİK m. 94 hükmüne göre yapılır.

¹⁵⁵ Borçlunun elbirliğı mülkiyet ortaklığı hükümlerine göre hissedarı olduğu ortaklıktaki hisselerinin konusu taşınır yada taşınmaz mallar olabilecektir. Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 433.

¹⁵⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267; Artus, **a.g.m.**, s. 572; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 433; “İştirak halindeki mal hisselerinin haczi için tetkik merciinin kararına gerek yoktur. Sadece haczedilen elbirliğı mülkiyetine konu malın satışı için tetkik merciinin (yetki belgesi) vermesi gerektiği yönünde” 12.HD. 10.12.1981T. E: 8269, K. 9593., Bkz. Uyar, **a.g.e.**, s. 3347.

¹⁵⁷ Artus, **a.g.m.**, s. 572; İcra ve İflas Kanununun uygulama şeklini gösteren yönetmelikte de İİK 94. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹⁵⁸ Elbirliğı mülkiyeti hisselerinin haczinde ve paraya çevrilmesinde karşılaşılan zorluklar tezin ilgili bölümlerinde ele alınacaktır. Ancak, kısaca değinmek gerekirse, özellikle elbirliğı mülkiyetinin hukuki niteliği ve ortakların birlikte hareket etme zorunluluğu ayrıca bu hisselerin haczi ve paraya çevrilmesinde borçlunun dışındaki ortaklar takipte üçüncü kişi konumunda olduklarından, bu kişilerin de hak ve menfaatlerinin alacaklının hak ve menfaatleri ile dengeli bir oranda korunmaya çalışılması takip işlemleri sırasında bir takım zorlukların yaşanmasına sebep olmaktadır.

İflas Kanunu'nun 94. maddesinde, 538 sayılı kanun¹⁵⁹ ile 1965 tarihinde ve 4949 sayılı kanun¹⁶⁰ ile 2003 tarihinde bir takım değişiklikler yapılmıştır.

2004 sayılı İİK'nın 94. maddesinde 538 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda,¹⁶¹ borçlunun belirli bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesinin haczedilmiş olması halinde, icra memurunun haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil memurluğuna tebligat yapması esası da kabul edilmiştir.¹⁶²

Böylece, İcra ve İflas Kanunu, mehzaz İsviçre Hukuku'nda öngörülmeyen bir hukuksal durumu Türk Hukuku yönünden tanımıştır.¹⁶³ Zira İsviçre Hukuku'nda

¹⁵⁹ RG: 06.03.1965, Sayı: 11946

¹⁶⁰ RG: 30.07.2003, Sayı: 25184

¹⁶¹ Prof. Dr. Postacıoğlu tarafından 538 sayılı kanunun İcra ve İflas kanununa getirdiği yenilikler isimli 1965 tarihli kitabının 26. sayfasında; (İstanbul Ticaret Odası Yayınları) İİK'nın 94. maddesinde yapılan değişik savunularak şu açıklamalar yapılmıştır. "İştirak halinde mülkiyet suretiyle tasarruf edilen gayrimenkullerde borçluya düşecek hissenin haczi de yeni kanunda sağlam esaslara bağlanmıştır. Eskiden borçluya diğer mirasçılarla miras kalmış bir gayrimenkul üzerinden alacaklının hakkını alabilmesi tesadüfe kalmıştı. Her ne kadar Yargıtay alacaklıya taksim davası açmak imkanı veriyor idi ise de taksim davası sırasında borçlunun diğer mirasçılarla elbirliği ederek gayrimenkulü üçüncü bir şahsa devrine bir mani yoktu. İşte yeni kanun şimdi daha taksimden önce gayrimenkulün haczine imkan vermekte ve bununla alacaklı tarafından açılacak taksim davası sırasında gayrimenkulün ahara devredilmesini önlemektedir. Bu surette alacaklı borçlunun memaliki meyanında bulunabilecek bu kabil gayrimenkullerden istifayı hak edebilmek imkanına kavuşmaktadır ki bu da küçümsenecek bir netice değildir."

¹⁶² Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 307.

¹⁶³ Mehaz İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, İİK 94. maddesinde yapılan ve Postacıoğlu tarafından savunulan bu değişiklik Prof. Dr. Baki Kuru tarafından İcra ve İflas Kanunu Değişikliği hakkında düşünceler isimli 1962 tarihli kitabının 25 ve 26. sayfalarında, (Bkz. Kuru (düşünceler) **a.g.e.**, s. 25 vd.) (A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları) eleştirilerek şu açıklamalara yer verilmiştir. "...kabul edilen bu esas medeni kanunun iştirak halinde mülkiyet hakkındaki hükümlerine aykırıdır. Zira iştirak halinde mülkiyette hisseler belli değildir. Bu sebeple gayrimenkulün tapu siciline kayda hisse ile ilgili hiçbir tasarruf hakkında şerh verilemez. Tasarıda ise, bütün gayrimenkul haczedilmiş gibi sicile şerh verilebileceği kabul edilmiştir. Bu husus nazari esaslara aykırı olduğu gibi diğer hissedarların da aleyhinedir. 10 kişinin iştirak halinde maliki bulundukları bir gayrimenkul üzerinde, hissedarlardan birinin iştirak halindeki mülkiyet hissesine tasfiye sonunda düşecek hisseye haciz konulursa, Tasarıya göre o gayrimenkulün tapu siciline kayda haciz şerhi verilecektir. Bununla borçludan gayri diğer 9 hissedarında temlik hakları tahdit edilmiş olacaktır ki, cebri icra ile hiçbir şekilde ilgileri olmayan bu kimselerin temlik hakkını tahdit etmek mülkiyet hakkının özüne dokunmak onu adalete aykırı bir şekilde sınırlandırmak demektir. Burada yapılacak iş, hissesi haczedilen hissedarın bu hisse ile ilgili tasarruflarının tahdit edilmesi, onlara mani olunmasıdır. Bunun için diğer hissedarlara gerekli tebligatı yapmak کافی gelecektir. Fakat tapu siciline keyfiyeti şerh vermek mümkün değildir. Bu medeni hukukun iştirak halinde mülkiyet hükümlerini değiştirmek demektir. Bu yola gidilmek istense bile, nihayet iştirak halindeki mülkiyet hissesi gibi muameleye tabi tutulur ve tapu siciline sadece o hisse bakımından bir haciz şerhi verilmesi kabul edilebilir. Tasarıda ise, haciz ile ilgili olmayan diğer hissedarların da temlik hakkı (sanki onların hisseleri de haczedilmişcesine) tahdit edilmektedir... Bu tanzim tarzı İsviçre'nin bu husustaki Tüzüğünde kabul edilen esaslara uygundur. Bu İsviçre Tüzüğünde hisse haczinin tapu siciline şerh verilemeyeceği açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Zira, bu Medeni Kanun sistemine aykırı görülmüştür. Buradaki tebliğ, hisse hacizleri bakımından bir sıhhat şartıdır. Bu

bir terekeyi teşkil eden taşınmazlardaki mirasçı hissesi, her bir taşınmaz yönünden ayrı ayrı haczin konusu olamamaktadır.¹⁶⁴ İsviçre Medeni Kanunu’nun¹⁶⁵ 635. maddesinin birinci fıkrasının hükmüne göre, elbirliği mülkiyeti hissesi mirasçılar arasında yazılı şekilde yapılmak kaydıyla tasarruf konusu yapılabilmekte yani devir olunabilmektedir. Ancak, Türk Medeni Kanunu’nun 677. maddesinin yeni metnine göre, mirasçılar terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde miras payının devrine ilişkin sözleşme yapabileceklerdir.¹⁶⁶ Bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Görüldüğü üzere, 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu’nun 677. maddesinin İsviçre Medeni Kanunu’nun 635. maddesinde ayrıldığı nokta, İsviçre Hukuku’na göre, mirasçılar terekedeki hisselerinin tamamını birlikte devir edebilmelerine karşılık, Türk Hukuku’na göre, mirasçılar terekenin tamamı ya da bir kısmı üzerinde yazılı olmak koşulu kendi aralarında ile tasarruf işleminde bulunabileceklerdir.

İsviçre Hukuku’nda, borçlunun miras şirketindeki hissesinin haczinde de, o miras şirketine dâhil bulunan taşınmazların tapu kaydına haciz şerhinin şerh verilmesi mümkün değildir.¹⁶⁷ Böylece, İsviçre Hukuku’nda böyle bir haczin uygulanmasında bütün mirasçıların birlikte hareket ederek terekeye dâhil malları münferiden ferağ edip ferağ bedellerini malvarlıkları içinde eritmelerine bir engel bulunmamaktadır.¹⁶⁸ 538 sayılı kanunun hazırlık çalışmalarında bu sakınca dikkate alınarak bir yandan elbirliği halinde tasarruf edilen bir taşınmazın haczine izin verildiği gibi diğer yandan buna ait haciz şerhinin tapu kaydına işlenmesi de sağlanmış bulunmaktadır.¹⁶⁹ Buna karşılık, doktrinde Kuru tarafından bu değişiklik

şekilde haczedilen bir hissenin nasıl paraya çevrileceği 121 inci maddede hükme bağlanmış bulunmaktadır...”

¹⁶⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 83; ZGB Art. 635.

¹⁶⁵ ZGB Art. 635.

¹⁶⁶ TMK 677.maddenin madde gerekçesine göre; “maddenin birinci fıkrasına miras payının devrinin terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde olabileceği hükmü eklenmiştir. Böylece öğretide ve yargı kararlarında kabul edilen, payın devrinin terekenin tamamı üzerindeki payı kapsamasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş yasal dayanak bulmuştur.”

¹⁶⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 82; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 307; Artus, **a.g.m.**, s. 581.

¹⁶⁸ Artus, **a.g.m.**, s. 170.

¹⁶⁹ Kanunun hükümet gerekçesinde “iştirak halinde mülkiyet suretiyle tasarruf edilen münferit bir malın dahi haczine müsaade edilmesinde pratik bakımdan büyük fayda vardır. Maddeye buna imkan verecek tarzda hükümler konulmuştur. Bu surette İsviçre tatbikatından ayrılmak zarureti hasıl olmuştur. Zira, İsviçre’de borçlunun mirasçı olarak terekede taksim neticesi hissesine düşecek kıymet haczedilmekte, fakat bunun terekeye dahil gayrimenkullerle alakası belirtilmemekte hatta terekenin tamamı üzerine vazedilen haczin münferit gayrimenkullerin tapu sicilindeki hanesine şerh verilmesi tecviz olunmamaktadır. Halbuki bu durum borçlu

eleştirilmiş ve İİK 94. maddesinin ancak, mehzaz İsviçre Hukuku'ndaki aslına uygun olarak alacaklıların menfaatlerinin korunabileceğini ve madde hükmünün bu şekilde değiştirilmesinin uygun olacağı savunulmuştur.¹⁷⁰

İİK 94. maddesinde, 2003 yılında 4949 sayılı kanun ile de değişiklik yapılmıştır ancak yapılan bu değişiklik inceleme konumuzda doğrudan ilgili bir değişiklik değildir. Madde hükmünde yapılan değişiklik, anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmühaberlerinin çıkarılmamış olması halinde çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı konusunda uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan düzenlemeyle İİK 94 maddeye çıplak payın haczinin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesi esası getirilmiş ve haczedilen hisselerin haczin tescilinden sonra başkasına devri halinde, bu devrin alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl olduğu kabul edilmiştir.¹⁷¹

İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişikliklerin yanında, 4721 sayılı¹⁷² Türk Medeni Kanunu'nun yeni metni de mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nun metninden ayrılarak terekenin tamamı yanında; bir kısmı üzerindeki miras payının devrine ilişkin sözleşmelerin de yapılabilmesine açıkça olanak tanımıştır.¹⁷³ Bu sözleşmeler mirasçılar arasında yapılırsa geçerliliği adi yazılı şekle bağlı olduğu halde, üçüncü şahıslarla da yapılabilecektir, bu takdirde ise, geçerlilik için noterde

mirasçının diğer mirasçılarla ittifak halinde o gayrimenkulü başkasına satmasına ve bu surette alacaklının el koymasının önlenmesine mani olamamaktadır... İsviçre'deki bu sistemin mahzurları göz önünde tutularak farklı hükümlerin sevkine ihtiyaç hasıl olmuştur.”

¹⁷⁰ Kuru tarafından, İcra ve İflas Kanunu Değişikliği hakkında düşünceler isimli 1962 tarihli kitabının 26. sayfasında (A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları) önerilen değişiklik metni “**Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket veyahut bir iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse, icra dairesi; haczi bütün hissedarlara ve üçüncü şahıslara tebliğ eder. Bu tebliğ ile hissedarlara; bundan sonra muaccel olacak semerelerden borçlunun hissesine düşen kısmının icra dairesine tevdi edilmesi, borçluya hissesi ile ilgili olarak yapılacak ilcümle tebligatın bundan sonra icra dairesine yapılması ve borçlunun muvafakatinin alınması icap eden ilcümle müsterek tasarruflar için bundan sonra borçlu yerine icra dairesinin muvafakatinin alınması lazım geldiği, hilafına hareketin cezaı mucip olduğu bildirilir.**” şeklindedir. Kuru'ya göre, teklif ettiği metin bütün mallar üzerindeki iştirak halinde mal hisselerinin haczinde takip edilecek yolu göstermekte olup geneldir. Oysa, tasarı metni sadece gayrimenkul malları nazara almakta, bunun için Medeni Hukukun umumi prensiplerine aykırı bir hüküm koymaktadır.

¹⁷¹ İİK. 94. maddesinde yapılan bu değişikliğin değerlendirilmesi hakkında, bkz: Kendigelen Anonim şirketlerde Çıplak Payların Haczi (İÜHFİM., C. LXII. S. 1-2, 381-402. 2004).

¹⁷² 22 Kasım 2001; RG 8 Aralık 2001 s. 24607.

¹⁷³ Üstündağ, (icra) a.g.e., s. 161.

düzenlenme şartı getirilmiştir.¹⁷⁴ Türk Medeni Kanunu'ndaki bu düzenleme ile 538 sayılı kanunla getirilmiş olan İİK 94/I hükmünün bir anlamda, Medeni Kanun boyutu da tamamlanmış olmaktadır.¹⁷⁵ Zira daha önce terekedeki belirli bir maldaki hisse devrine yasa ile değil, 24.5.1985 tarih ve 1984/2, 1985/5 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁷⁶ ile imkân verilmiş;¹⁷⁷ haczine ise, İİK m. 94/I hükmü izin vermiştir. Bununla birlikte, herhangi bir kanun metni terekenin bir kısmının¹⁷⁸ devri hususunu açıkça ifade etmemiştir. Nihayet Türk Medeni Kanunu'nun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı kanun¹⁷⁹ değişikliği ile bu farklılık ortadan kaldırılmıştır. Böylece, TMK 677'ye göre, kısmen devri mümkün olan terekenin; bu şekli ile İcra ve İflas Kanunu'nun m. 94/I hükmü açıkça söylememiş olsaydı dahi haczi de artık mümkün hale gelmiştir.¹⁸⁰

Türk Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemeyi destekleyen ve haklı kılan bir başka hüküm ise, TMK'nın 644. maddesidir.¹⁸¹ Bu madde hükmüne göre, bir mirasçı tarafından, terekeye dâhil malların tamamı ya da bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde, sulh hâkimi diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet edecektir. Görüldüğü üzere, Medeni Kanun'un bu hükmü de ortaklar arasındaki elbirliği mülkiyet ortaklığının kısmen giderilmesinin mümkün olduğu şeklinde bir düzenleme getirmektedir.

¹⁷⁴ TMK 677/I, II; İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.635.

¹⁷⁵ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 161.

¹⁷⁶ YKD 1985/8, s.1123-1126 (bu içtihadı Birleştirme Kararına göre, "Medeni Kanunun 612. maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce tereke dahil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin tüm miras haklarını kapsamaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğu ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağına" karar verilmiştir.

¹⁷⁷ İçtihadı Birleştirme Kararına karşı yazılan karşı oy yazılarda eleştiri konusu olan en önemli hususlardan bir tanesi de aslında, İBK'nın günümüzün ekonomik gerçeklerine elbirliği mülkiyetini uyumlaştırmak için çıkarıldığını ancak, İBK'daki hukuki görüşün mevcut yasal düzenleme karşısında elbirliği mülkiyetinin niteliğine uymamasına rağmen ülke gerçekleri karşısında İBK'da benimsenen hukuki yoruma ulaşılmıştır. Nitekim, İBK da varılan hukuki sonuç TMK'da yasa hükmü haline getirilmiştir.

¹⁷⁸ Örneğin terekeye dahil belli bir taşınır yada taşınmaz maldaki mirasçı payının temlikı gibi.

¹⁷⁹ RG 8 Aralık 2001, Sayı 24607.

¹⁸⁰ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 161.

¹⁸¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda Türk Medeni Kanunu'nun 644. madde hükmünü karşılayan bir madde yoktur. TMK 644. maddenin ilk şekli Türk Hukuku'nda eski Medeni Kanunu'nun 584/a maddesidir.

Türk Hukuku'nda, gerek Türk Medeni Kanunu'nda gerekse İcra ve İflas Kanunu'nda elbirliği mülkiyete konu olan birden fazla taşınır ya da taşınmaz malların haczi yönünden bugünkü hukuksal düzenlemelere ve Yargıtay Kararları'na göre, elbirliği mülkiyetine konu mallardan bir tanesi alacaklı tarafından münferiden haczedilip satışa çıkarılabilmektedir. Bununla birlikte, bu aşamaya gelinene kadar bu konuda doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmaların temelinde yukarıda birinci paragraf başlığı altında ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler yatmaktadır. Bu tartışmaların değerlendirilmesi elbirliği mülkiyetinin temel esaslarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

İcra ve İflas Kanunumuz ve Medeni Kanunumuz İsviçre Hukuku'ndan iktibas edildiğinden, İsviçre Hukuku ile Türk Hukuku'nda borçlunun elbirliği mülkiyetinde bulunan hisselerinin borçlunun şahsi alacaklıları tarafından haczinde; kural olarak elbirliği mülkiyetine hissesi üzerinde birden fazla kişilerin devir ve ferağ hisseleri belirlenmeden bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduklarından, elbirliği ortaklarından birinin şahsi borcu sebebiyle o mal üzerindeki hisselerinin, müşterek mülkiyette olduğunun aksine, haczi kural olarak, mümkün değildir.¹⁸² Buna karşın, elbirliği mülkiyeti ortaklarının elbirliği mülkiyetinin sona ermesi halinde, tasfiye sonunda geriye kalacak hakları vardır. İşte bu tasfiye bakiyesi üzerindeki elbirliği mülkiyet ortağının haklarının haczi kural olarak mümkündür. Bunun sebebi, elbirliği mülkiyetinin bölünmezliği ve elbirliğinin ortaklığının giderilmesinden önce ortaklar arasında somut hisselerin bulunmaması kuralıdır. Elbirliği mülkiyetinde maliklerden her birinin hakkı hakkın konusu olan malın tamamı üzerindedir. Elbirliği halinde malikler kural olarak ancak oybirliği ile verecekleri kararlarla müşterek şeyde tasarruf edebilirler.¹⁸³

Elbirliği halinde ortaklardan birisinin ortaklıktaki hissesi tasfiye ve taksimden önce maddi bir değer taşımadığı için bu hisse üzerine konulacak olan haciz ancak ortağın tasfiye bakiyesi üzerindeki hakkına yöneliktir. Elbirliği mülkiyetinin ortağı da bu ortaklığa konu olan hissesini üçüncü bir kişiye devretmesi

¹⁸² Artus, **a.g.m.**, s. 574.

¹⁸³ Kanun yada sözleşme gereğince içlerinden birinin hepsine birden vekil tayin edilmiş olması hali oybirliği prensibinin istisnasını teşkil eder. Artus, **a.g.m.**, s. 575.

halinde üçüncü kişi ancak ortaklık tasfiye edildikten sonra ortağa tasfiye sonucunda düşecek olan hakkı talep etme hakkına sahiptir. Bu aşamada, ülkemizde özellikle elbirliği mülkiyeti ortaklığının ortakları bir takım mali zorlukları sebebiyle elbirliği ortaklığına ait malların bir ya da bir kaçının ortaklık dışına çıkarılma yolu seçilmiştir. Bu amaçla, mehz İsviçre Hukuku'nda olmayan eski MK 584/a maddesi (yeni TMK 644) ihdas olunmuştur.¹⁸⁴ Madde hükmüne göre, terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi mümkün hale getirilmiştir. Böylece, elbirliği mülkiyetine konu olan malların bir bütün halinde ortaklığın giderilmesi kuralının ilk istisnası oluşturulmuştur.

Öte yandan, İİK'nın 94. maddesinde 538 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle mehz İsviçre Hukuku'ndan ayrı olarak, elbirliği mülkiyetine konu olan taşınmazın haczinin tapu siciline işlenmesi mümkün kılınmıştır.¹⁸⁵ Böylece, uygulamada elbirliği mülkiyetine konu olan malların bir kısmının elbirliği mülkiyeti ortakları tarafından elbirliği mülkiyeti ilişkisi bozulmaksızın üçüncü şahıslara devir edilebilip edilemeyeceği problemi çıkmıştır.¹⁸⁶ Elbirliği ortaklığı hissesinin kısmen devir edilebilmesi mümkün olması halinde, elbirliği mülkiyeti hissesinin kısmen haczi de mümkün olabilecektir. Zira haczedilebilirliğin temel kuralı, haciz konusu mal veya hakkın devredilebilir olmasıdır.

Yargıtay'da Hukuk Daireleri arasında içtihat farklılıklarının oluşması üzerine, TMK 612. maddesi uyarınca (mirasın taksiminden önce) terekeye dâhil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunup bulunmadığı konusunda aykırılık olduğu ve bu aykırılığın İBK ile

¹⁸⁴ Mehaz İsviçre Hukuku'nda bulunmayan TMK 644. madde Türk Medeni Kanununa 584a maddesi şeklinde 3678 sayılı kanunla 14.11.1990 tarihinde – (RG 23.11.1990) eklenmiştir. Bu hükmün mehzdan ayrı olarak kanuna konuluş gerekçesi ise, elbirliği mülkiyetinde malikler kural olarak hep birlikte hareket etmek zorunda olduklarından, bir çok konuda maliklerden birinin karşı koyması durumunda sorunlar çözümsüz kalabilir. Bu da ilişkileri işlemez duruma sokar. Bu sebeple, bu gibi durumlara çözüm bulunmak üzere, paylaşım davası açılmaksızın, yani paylaşım gidilmeksizin de maliklerden her birine elde edeceği pay üzerinde tasarrufta bulunabilme olanağı getirilmiştir.

¹⁸⁵ Yukarıda da belirtildiği üzere, bu kanun değişikliği Postacıoğlu ve Üstündağ tarafından yerinde bulunmasına karşılık, Kuru tarafından eleştirilmiştir.

¹⁸⁶ HGK. 30.11.1968 gün ve Esas 5/811, Karar 787 sayılı Kararı; İkinci Hukuk Dairesinin 29.5.1979 gün ve Esas 3128, karar 4447 sayılı kararı; Y.HD 5.7.1979 gün ve Esas 9874, Karar 8000 sayılı Kararı; 14.HD 17.1.1980 gün, Esas 3821 Karar 105 sayılı (1) kararı; kararlarda yer alan görüşlerin özeti için Bkz. YKD C:XI S.8 Ağustos 1985. İBK E.1984/2 K.1985/5 T. 24.5.1985.

çözümlemesi gerektiği sonucuna varılmış;¹⁸⁷ incelemenin 612. maddenin mirasçılar arasındaki temliklerle sınırlı olup olmaması tartışılmış, ancak çoğunluk incelemenin, düzenlemenin bütünlüğü dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesiyle, başlangıçta sınırlandırılmaması görüşünü benimsemiştir. 1984 tarihli İBK'ya göre, Medeni Kanun'un 612. maddesi uyarınca mirasın taksiminden önce terekeye dâhil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğu ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağına karar verilmiştir. Ancak, İçtihadı Birleştirme Kararı oy çokluğu ile alınmış olup bu İçtihadı Birleştirme Kararına karşı, kararda pek çok muhalefet şerhi de mevcuttur. Bu muhalefet şerhlerinde özetle, İBK'dan çıkan sonucun elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliği ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Y.9. HD. Üyesi Özkul tarafından kaleme alınan muhalefet şerhinde¹⁸⁸ "...Mirasçıların haklarının miras ortaklığına dâhil malların tümüne ilişkin olduğuna, taksimden önce belli bir mal üzerinde somut bir haktan söz edilemeyeceğine göre, bir mirasçının öteki bir mirasçıya terekeye dâhil bir maldaki payının temliki de düşünülemez. Çoğun içinde azıda vardır kuralı burada uygulanarak belli bir maldaki payın da temlik edilebileceği kabul edilemez. Çünkü iştirak halinde mülkiyet kavramı, bu kuralın uygulanması olanağı vermez: Her mirasçının hakkı tüm mallara ilişkin olup, bunlardan birinde ya da diğerindeki payın devri caiz değildir. İsviçre uygulamasında bu konuda tereddüt edilememektedir. Federal Mahkeme 28.2.1974 tarihli kararında, iki mirasçı tarafından terekeye dâhil bir taşınmaz mal üzerindeki intifa hakkının öteki bir mirasçıya devri işleminin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸⁹ Federal Mahkeme'ye göre, terekeye dâhil bir mal ya da hak üzerindeki payın temliki olanağı yoktur." şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

Karardaki muhalefet şerhinin devamında ise, "...İsviçre öğretisinde baskın görüşe göre, mirasçılar arasında yapılan temlik sözleşmesi aynı etki doğurur, sözleşme ile temlikte bulunanın mirasçılık sıfatı son bulmakta, temlik edilen

¹⁸⁷ İBK 24.5.1985, 2/5; RG.18817.

¹⁸⁸ İBK 24.5.1985, 2/5; RG.18817; (YKD. C: XI. S: 8 Ağustos 1985, s. 1135vd.)

¹⁸⁹ BGE 1975 I 153 Federal Mahkemeye göre, terekeye dahil bir mal yada hak üzerindeki payın temliki olanağı yoktur.

mirasçının miras payı ise kendiliğinden artmaktadır. Federal Mahkeme, 18.11.1976 tarihli kararında, bu görüşün pratik ihtiyaçlara cevap verdiğini, tarafların iradelerine uygun ve belirgin bir sonuç doğmasını sağladığını ve bu nedenle de üstünlüğünün tartışmasız olduğunu açıklamıştır.¹⁹⁰ İBK ile mirasçılar arasında yapılan temlikin iştirak hali saklı kalmak üzere tapuda işlem yapılabileceği kabul edilmek suretiyle aynı etki tezi benimsenmiştir. Bir yandan terekeye dâhil bir maldaki payın devrinin, öte yandan aynı etki tezinin kabulü ise son derece çelişkili bir durum ortaya çıkarır. Böyle bir varsayımda; ortaklığa dâhil mallar aynı rejim yerine değişik rejimlere bağlı olarak, her bir taşınır ya da taşınmaz mal bakımından ayrı ayrı mirasçılar iştirak halinde malik bulunacaklar, başka bir anlatımla ne kadar mal varsa o kadar iştirak halinde mülkiyet meydana gelecektir. Oysa miras ortaklığı, muristen kalan taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve hakları kapsayan nevi şahsına münhasır bir ortaklık türüdür. Bu ortaklığın üyeleri ise tüm mirasçılardır. Ortak mallardan her birindeki miras payının temlikine cevaz verilmesi halinde, ortaklığın bütünlüğü, Medeni Kanun’un sistemi bozulacak, mirasçılar arasında bulunması gereken sıkı ilişkiler gevşeyecek ve ortak malların idaresi güçleşecektir. Birçok temlik yapılması halinde ise, karma karışık bir durumla karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır.” şeklinde görüş beyan edilmiştir.¹⁹¹

1985 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı henüz yayınlanmadan doktrinde Sungurbey tarafından kaleme alınan makalede ise,¹⁹² miras payının üçüncü bir kişiye geçirilmesi sözleşmeleri ve bu payların haczi mukayeseli hukuka atıfta bulunarak tartışılmıştır. Buna göre, Alman Medeni Kanunu’nda miras payının devri konusunda yer alan düzenlemelere göre;

Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) § 2033/I’e göre, “Mirasçılardan her biri terekedeki payı üzerinde tasarruf işleminde bulunabilir. Mirasçılardan birinin miras payında harcama da bulunduğu sözleşme noter senedine bağlanmak gerekir.”

Alman Medeni Kanunun (BGB) § 2033/I de yer alan kurala göre, miras payının geçirilmesi sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olup, tasarrufun yapıldığı kişiyi tereke mallarında doğrudan doğruya ortak kılacaktır. Bunun anlamı hisseyi

¹⁹⁰ BGE 1978 I 343

¹⁹¹ YKD. C: XI. S: 8 Ağustos 1985, s. 1136.

¹⁹² Sungurbey, **Yasa Hukuk Dergisi**, C.7 S.11. Kasım 1984 s.1517-1533.

devir alan kişi elbirliği halinde ortaklık sıfatını kazanacaktır. Buna karşılık, (BGB) § 2034. maddesi ise, miras hakkının bir mirasçı tarafından satılması halinde diğer mirasçılara ön alım hakkı tanınmıştır. Bu ön alım hakkının süresi ise iki aydır.¹⁹³

Görüldüğü üzere, Alman Hukuku'ndaki düzenlemeye göre, miras ortaklığının ortaklarından birinin hissesini devir alan kişi, hissesini devir eden miras ortağının yerine geçecek ve hissesini devir eden miras ortağının tüm ortaklık haklarına halef olacaktır. Buna karşılık, İsviçre –Türk Medeni Kanunları'nda¹⁹⁴ miras payının böyle harcama işlemi niteliğinde, yani üçüncü kişiyi ortak (elbirliği halinde) kılacak yolda bir işlemle geçirilmesine cevaz vermemiştir. Bu sebeple, mirasçılardan biriyle hissesinin temlikine dair üçüncü bir şahıs arasında yapılmış olan sözleşme, üçüncü şahsa taksime katılma hakkı vermez, üçüncü şahsın hakkı sadece temlik eden mirasçıya ayrılan hissenin talebine münhasırdır. Bu sebeple, miras payını devreden ile payı devralan arasında yapılan sözleşme ile payı devralan tasfiye payını gene kendisine devreden mirasçıdan istemek yolunda yalnızca kişisel bir hak elde etmekte, diğer bir ifade ile devir eden mirasçı bu sözleşme ile devir borcu altına girmektedir.¹⁹⁵ Bu sebeple, İsviçre Türk Hukukları'nda miras payının devri sözleşmesi borçlandırııcı bir nitelik taşımaktadır. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nun 609. maddesine göre ve Türk Medeni Kanunu'nun 648. maddesine göre¹⁹⁶ “Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir.”

Elbirliği mülkiyetindeki ortaklık payının devrine ilişkin olarak yapılan bu açıklamalardan sonra konumuz yönünden son derece önemli olan elbirliği mülkiyetindeki (miras şirketinde) belirli bir taşınırın ya da taşınmaz malın üçüncü bir kişiye geçirilmesine yönelik sözleşmelerin geçerliliği üzerinde durulmalıdır.

¹⁹³ BGB § 2034/II.

¹⁹⁴ ZGB Art. 635 ve Eski MK m.612 yeni TMK m.677.

¹⁹⁵ Alman BGB § 2033' e göre miras payının üçüncü kişiye geçirilmesi sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan Alman öğretisinde bu kural elbirliği mülkiyetinde oybirliğiyle davranma ilkesinin bir istisnası olarak gösterilmekte, bu sebeple adi ortaklık karı koca malları ortaklığı gibi diğer elbirliği mülkiyeti hallerinde uygulanamayacağı belirtilmektedir. Buna karşılık, İsviçre Türk Medeni Kanunları'nda miras payının üçüncü kişiye geçirilmesi sözleşmeleri borçlanma işlemi niteliğinde olduğundan, Hukukumuzda payı devir alan kimse ortaklık sıfatını kazanamayacağından böyle bir istisna tanınmasına gerek yoktur.

¹⁹⁶ Eski MK m. 588.

Tezin birinci paragrafında da ayrıntılı olarak incelendiği üzere,¹⁹⁷ Gierke tarafından savunulmuş olan bölünmemiş ortak haklılık teorisine göre, mirasçıların hepsi birden bir topluluk olarak terekede hak sahibi olup, mirasçılardan birinin terekede belirli konular üzerinde tasarruf (kazandırıcı) işlemine konu olabilecek bir miras payı yoktur. Bu itibarla, bu teoriye göre, mirasçılardan biri, ortak mülkiyetin bu niteliğinden dolayı terekedeki belirli konular üzerinde tasarruf işlemi yapamamaktadır. Buna karşılık, bölünmüş ortak haklılık teorisi olarak adlandırılan diğer teoriye göre, mirasçılardan birinin terekede olduğu gibi, terekedeki belirli konularda da miras payı varsa da, ortaklık ilişkisinden dolayı bu payda tasarruf (harcama) yetkisi yoktur.¹⁹⁸ Bu itibarla, mirasçılardan birinin terekedeki belirli konularda tasarruf (harcama) işlemi yapamaması yolundaki pratik sonuç yönünden bu iki teori arasında bir fark yoktur.

Doktrinde Sungurbey'in savunduğu görüşe göre,¹⁹⁹ İsviçre – Türk Medeni Kanunları sisteminde miras payının geçirilmesi sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşme, aslında tasfiye payının geçirilmesi borcunu doğuran borçlanma işlemi niteliğinde bir sözleşmedir. Bu sebeple, elbirliği mülkiyetinin niteliğine ilişkin teorilerde yapılan tartışma tasarruf (harcama) işlemlerine yönelik olup, borçlanma işlemleri ile bir ilgisi yoktur.

Alman Medeni Kanunu'na § 2033/II'ye göre, mirasçılardan biri, ayrı ayrı (münferit) tereke konularındaki miras payında tasarrufta (harcamada) bulunamaz. Özellikle, terekede bulunan bir taşınmazdaki miras payını üçüncü bir kişiye geçirerek onu yalnızca bu taşınmazda elbirliği halinde malik kılamaz. Bu kural esasen İsviçre – Türk Medeni Kanunları'nda²⁰⁰ açıkça yer alan Alman Medeni Kanunu'nun § 2040/I deki mirasçılar terekedeki bir konu üzerinde ancak ortaklaşa tasarrufta (harcamada) bulunabilirler, şeklindeki ilkenin de bir gereği ve sonucudur. Alman öğretisi ve uygulamasında, Alman Medeni Kanunu'nun § 2033/II deki bu kuralla tereke alacaklıları korunduğundan, mirasçılardan birinin öbür mirasçının onaylamasıyla da terekede belirli bir konudaki miras payını üçüncü

¹⁹⁷ Bkz, § 1.

¹⁹⁸ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 15 vd. Haab, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, **a.g.e.**, IV. Band: Das Sachenrecht, Art. 646/654, N. 8/12; Staudiger, Kommentar zum ZGB, **a.g.e.**, V. Band: Erbrecht, 1. Teil, Aral, **a.g.e.**, s. 32, 33.

¹⁹⁹ Sungurbey, **a.g.m.**, s. 1520.

²⁰⁰ ZGB 602/II, TMK m.640; ZGB 653, TMKm.702.

kişiyi geçiremeyeceği belirtilmektedir.²⁰¹ Buna göre, mirasçılardan birinin üçüncü bir kişiyi terekedeki mallardan birindeki miras payını doğrudan doğruya geçirme borcuna girmek istediği bir anlaşma BGB § 306 gereğince hukuksal imkânsızlık sebebiyle batıldır.²⁰²

Alman Hukuku'ndaki bu düzenlemeye karşılık, İsviçre – Türk Medeni Kanunları'nda yalnızca borçlanma işlemi niteliğinde olmak üzere, miras payının üçüncü kişiyi geçirilmesi sözleşmesi geçerlidir.²⁰³ 1984 tarihli İBK'dan sonra ve 4721 sayılı yeni TMK'nın 677. madde hükmüyle yalnızca borçlanma işlemi niteliğindeki bir sözleşme ile mirasçının terekedeki belirli konulardaki miras payının üçüncü kişiyi geçirilmesi sözleşmesi de geçerlidir.²⁰⁴ Böyle bir sözleşmenin sonucu olarak mirasçı tasfiye sonunda kendi tasfiye payına düşen tasfiye payını üçüncü kişiyi geçirme borcu altına girer.²⁰⁵

Alman Medeni Kanunu'nun BGB § 2033/II gereğince mirasçılardan biri, terekede belirli bir konudaki miras payında tasarruf (harcama) işlemi yapamayacağı kuralına uygun olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun ZPO § 859'a göre, mirasçılardan birinin terekedeki belirli bir konudaki miras payı da haczedilemez.

²⁰¹ Bkz. Sungurbey tarafından kaleme alınan (miras payının yada belirli konulardaki miras payının üçüncü bir kişiyi geçirilmesi sözleşmelerine ve bu payların haczine ilişkin pratik sorunlar isimli) makelesi, Yasa Hukuk Dergisi C.7 S.11, s. 1520 vd.'da yer alan atıflara; *Bartolemeyczik/Schlüter, Kommentar s. 1575; Staundiger, kommentar N.26; Soergel/Siebert, BGB Kommentar 6. cilt; Wolff N.22.s.195.*

²⁰² Sungurbey, **a.g.m.**, s. 1521; bununla birlikte, Alman öğreti ve uygulamasında bu konuda tartışmalar vardır. Bkz. *Soergel/Siebert/BGB Kommentar 6. cilt; Staundiger, kommentar N.26;*

²⁰³ Görüldüğü üzere, İsviçre Türk Medeni Kanunlarında amaç, miras payını üçüncü kişiyi geçirilmesi sözleşmesinin Alman Medeni Kanunundan farklı olarak, bu kişiyi yalnızca tasfiye sonucunda satıcı mirasçıya düşecek tasfiye payını istemek yolunda kişisel bir hak vermektir.

²⁰⁴ Sungurbey tarafından miras payında yer alan belirli bir mala ilişkin borçlandırıcı işlem mahiyetindeki sözleşmenin geçerli olduğunu şeklindeki görüşü 1984 tarihli İBK ve TMK 677 maddesinin yeni hükmünden önce yazdığı 1984 tarihli makalesinde savunmuştur. Yasa Hukuk Dergisi, **a.g.e.**, C.7, S.11, s. 1517.

²⁰⁵ Münferit objeler üzerindeki hakta ortak tasarruf edemez. Çünkü böyle bir tasarruf, malvarlığının yapısını ortaklığın kendi başına bozması neticesini doğuracaktır... malvarlığına dahil şeyler ve malvarlığındaki elbirliği hissesi üzerinde tasarruf edilememesi, bunlara ilişkin borçlandırıcı işlemlerin de yapılamayacağı anlamına gelmez. Tasarruf işlemleri bir hakka veya hukuki ilişkiye bilfiil tesir eden işlemler olduğu için imkânsızdır. Tasarruf imkânsızlığı, ortaklığın ortaklık mallarına bilfiil tesir etmesini önler. Buna karşılık, borçlandırıcı işlemler, ortaklık malları üzerine bilfiil tesir etmezler. Bu gibi muamelelerin tasarruf safhasına, ortaklık dağıtıldıktan sonra gireceği şeklinde yorumlanırlar, zaten kanunda borçlandırıcı işlemlerden değil, tasarruf işlemlerinden bahsetmektedir. Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 113-114

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında elbirliği mülkiyetinin niteliği hususunda Gierke'nin "bölünmemiş ortaklık teorisi" benimsenmiştir.²⁰⁶ Buna göre, Federal Mahkeme mirasçılardan birinin terekede belirli konularda harcama işlemine konu olabilecek bir miras payının bulunmadığını kabul etmiş ve bu sebeple böyle bir payın haczinin de söz konusu olmadığına karar vermiştir.

Sungurbey'e göre, "mirasçılar ortaklığı miras bırakandan kalan tüm malvarlığındaki bir ortaklık ilişkisi niteliğinde olduğundan, mirasçılar ortaklığının malvarlığındaki yalnızca belirli bir konuya ilişkin olarak ortaklığın giderilmesi ve bölüm davası (kısmi taksim davası) açılmaz. Bundan dolayı, terekede belirli bir konudaki, örneğin bir taşınmazdaki miras payının haciz durumunda, Yargıtay'ın 14.4.1943 gün ve 15 sayılı görüşleri birleştirme kararında isabetle belirtildiği üzere, alacaklı, icra tetkik merciinden ancak bütün terekeye ilişkin olarak mirasçılar ortaklığının giderilmesi ve bölüm davası açmasını isteyebilir. 1943 tarihli İBK da "tasfiye maksadıyla terekedeki şüyuun izalesine lüzum gösterilmesinden" söz edilerek bu gerçeğin tam bir açıklıkla belirtilmiş olmasına karşın, Üstündağ'ın, adı geçen kitap s.286/287'de, bu karar uyarınca "münferit tereke malının da diğerlerinden ayrı olarak cebri icra yolunda tasfiye edilebilmesi mümkün olacaktır." demesinin gerçeğe açıkça aykırı olduğu meydandadır. Şu var ki, böyle bir durumda alacaklı, terekedeki miras payını haczettiren bir alacaklıdan farklı olarak, alacağını borçlu mirasçının terekedeki tasfiye payından değil, yalnızca o taşınmazdaki tasfiye payından elde edebilir."

1985 tarihli İBK'ya göre, Medeni Kanun'un 612'nci (TMK 677) maddesi gereğince mirasın taksiminden önce terekeye dâhil belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmesinin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmediğine, bu nitelikteki sözleşmenin geçerli bulunduğu ve böyle bir sözleşmenin iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacağı şeklinde karar verilmiştir. Nihayet 2002 yılında yapılan Medeni Kanun değişikliği ile de mevcut düzenleme korunmuş ve İBK'ya uygun olarak miras payı üzerinde yapılacak olan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlanmıştır. Öte yandan miras payının devrine ilişkin sözleşmenin üçüncü bir kişiyle yapılması halinde bu sözleşmenin

²⁰⁶ Haab, **a.g.e.**, N.10, Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 23; BGE 91 III 69.

geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesi şartı hüküm altına alınmıştır.

Mehaz İsviçre Hukuku'nda, İcra ve İflas Kanunu'nunda yer alan elbirliği mülkiyet ortaklığı hissesinin haczini düzenleyen İİK 94. madde hükmünü karşılayan madde ise Federal Borç için takip Kanunu'nun (SchKG) 104. maddesidir.²⁰⁷ İsviçre Hukuku'nda, SchKG 104. madde de bu konuda genel bir hüküm içermekte olup, madde hükmüne göre, borçlunun elbirliği mülkiyet ortaklığındaki hissesi haczedilirse bu hacizden diğer ortaklar icra müdürü tarafından haberdar edilirler.²⁰⁸ Görüldüğü üzere, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 104. madde hükmü ile getirilen düzenleme oldukça genel mahiyette olduğundan uygulamada icra dairelerinin ve mahkemelerin karşılaşılabilecekleri zorluklara son vermek amacıyla, İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyetinde ortaklık hissesinin²⁰⁹ haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin olarak İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'ndaki boşluk 17.01.1923 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından çıkarılan “Verordnung über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftvermögen”²¹⁰ (VVAG) başlıklı yönetmelik hükümleri ile (Art. 1 – 16) tamamlanma yoluna gidilmiştir.

İsviçre Hukuku'nda Federal Mahkeme tarafından çıkarılan 17.01.1923 tarihli yönetmelik ile topluluk mallarının haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Bu yönetmelik toplam 16 madde olup, yönetmeliğin 1 – 7. maddelerinde borçlunun topluluk mülkiyeti nezdindeki hissesinin haczinin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir.²¹¹ Yönetmeliğin 7 – 15. maddelerinde ise, haczedilen topluluk mülkiyeti hissesinin satışının yapılaş şekline ilişkin hükümler vardır.²¹²

²⁰⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 114.

²⁰⁸ Jaeger, **a.g.e.**, s. 324; Bisang, **a.g.e.**, s. 114; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 346.

²⁰⁹ Yönetmeliğin uygulama alanı topluluk mülkiyeti çeşitlerinin tamamını kapsamaktadır. Bu sebeple, yönetmeliğin uygulama alanına paylı mülkiyette girmektedir. Bisang, **a.g.e.**, s. 69. Ancak, konumuz borçlunun elbirliği mülkiyetine konu mallardaki hissesi, hak ve alacaklarının haczi olduğundan dolayı tezde yönetmelik hükümleri elbirliği mülkiyeti yönünden incelenecektir.

²¹⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 69.

²¹¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 69.

²¹² Bisang, **a.g.e.**, s. 69; Bourquin, **a.g.m.**, s. 68.

Yönetmeliğin 16. maddesi ise, İflas Hukuku'na ilişkin olup bu hüküm inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.²¹³

İsviçre Hukuku'ndaki 17.1.1923 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından cebri icra hukuku'nda borçlu ortağın topluluk mülkiyeti ortaklığına konu olan malların haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin olarak çıkarılan yönetmeliğin (VVAG) uygulama alanı; taksim edilmemiş miras, aile malları ortaklığı, adi şirket, kollektif ve komandit şirket veya benzer ortaklıkları kapsamaktadır.²¹⁴ Yani, bu yönetmeliğin borçlu ortağın sadece elbirliği mülkiyeti ortaklığı hissesinin haczin de ve paraya çevrilmesinde uygulanacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin olarak üst kavram niteliğinde topluluk malvarlığı ifadesine yer verilmiştir.²¹⁵ Bunun anlamı, yönetmelik borçlunun elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde uygulama alanı bulabileceği gibi, borçlunun paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) hissesinin haczinde de uygulama alanı da bulabilecektir.²¹⁶ Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda bu yönetmeliğin uygulama alanı bütün topluluk mülkiyeti ortaklıklarını kapsamaktadır.

İsviçre Hukuku'nda da, İcra ve İflas Kanunumuzun 85. maddesinde yer alan taşınır ve taşınmaz malların haczinde sıraya ilişkin hüküm, SchKG Art. 95. maddesinde yer almaktadır. Bununla birlikte, elbirliği mülkiyetinin niteliği gereği elbirliği mülkiyetine konu olan taşınır ve taşınmaz malların haczinde özel usul ve yöntemler benimsenmiştir. Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu olan malların haczinde İİK 94. maddenin uygulanmasının yanında, İİK 85/son gereğince,²¹⁷ icra müdürü alacaklının ve borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar gözetmekle yükümlüdür. Bunun yanında, haczin konusu elbirliği mülkiyeti olduğunda, karşımıza alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin yanında bir de üçüncü kişilerin menfaatleri çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda, elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczinde buna ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, bu halde, haciz, icra müdürü tarafından takibin taraflarının menfaatleri gözetilmek üzere

²¹³ İsviçre Hukuku'nda, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 17.1.1923 tarihinde çıkarılan yönetmelik bütün yönleriyle Bisang tarafından 1978 tarihli cebri icra hukukunda elbirliği mülkiyeti konulu çalışmasında ele alınmıştır.

²¹⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 69.

²¹⁵ Bisang, **a.g.e.**, s. 69; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 162; Artus, **a.g.m.**, s. 573.

²¹⁶ Lorandi, **a.g.e.**, s. 274; VVAG Art. 1 Abs1 und 2; Bisang **a.g.e.**, s. 69.

²¹⁷ SchKG Art 95/son.

yapılmaktadır.²¹⁸ Zira borçlunun elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde borçlunun hissesine bağlı bir takım mali hakları da olabilecektir. Bu haklar devredilebilir olması halinde elbirliği mülkiyet hissesinden ayrı olarak haczi de mümkündür. İsviçre Hukuku'nda, borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığındaki hissesine bağlı hak ve alacakları periyodik alacaklar ve periyodik olmayan alacaklar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.²¹⁹

İsviçre Hukuku'nda borçlunun elbirliği mülkiyetindeki hissesinin haczinde üçüncü şahısların devreye girmesi ve bu kişilerin haklarının korunması yönünden VVAG'de haczin sırası üç ana grup olarak yer almıştır. Buna göre; İsviçre Hukuku'nda, borçlunun mallarının haczinde birinci gruba borçlunun müstakilen tamamı üzerinde tasarruf ehliyeti olduğu mal ve haklar girmektedir. Bu grup malların haczinde de, öncelikle borçlunun müstakilen sahibi olduğu menkul malların haczi yapılabilmektedir.²²⁰ Borçlunun müstakilen sahip olduğu menkul mallar alacaklının alacağını karşılamaya yetmezse, bu halde alacaklı tarafından borçlunun müstakilen tasarruf ettiği taşınır ve taşınmaz bütün mallar cebri icranın konusu yapılabilecektir.²²¹

Alacaklı, haczettiği borçlunun müstakilen tasarruf ettiği mallardan alacağını karşılayamaması halinde, alacaklı tarafından ikinci grup olarak, borçlunun üçüncü kişilerle müşterek mülkiyet halinde tasarruf ettiği malların haczi yapılabilecektir.²²² Alacaklının alacağını borçlunun bu grup mallarının haczinden de karşılayamaması halinde, haczin konusu olabilecek üçüncü grup mallar ise, borçlunun üçüncü şahıslarla birlikte elbirliği halinde tasarruf ettiği mal ve haklar olacaktır.²²³

²¹⁸ Yıldırım, (ölçülülük ilkesi) **a.g.m.**, s. 107. “Türk İcra ve İflas Kanunu hacizde tertip kuralını daha esnek bir şekilde benimsemiştir. Borçlu haczolunan gayrimenkulü artırmaya çıkarılmadan borcun itfasına yetecek mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse haciz baki kalmak üzere önce gösterilen mal veya alacak da haczolunur. (İİK m. 85/III). İnisiyatif borçlunun elindedir. Kanuna göre, haczi koyan memur borçlu ve alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle de yükümlü bulunduğu (İİK m. 85/VI) paraya çevirme işlemi için değerine satılması ihtimali daha yüksek olan ve borçlu için daha az zarara yol açacak olan menkul mala veya alacağa yönelecektir.”

²¹⁹ Bisang, **a.g.e.**, s.74.; Bourquin, **a.g.e.**, s. 68.

²²⁰ Jaeger, **a.g.e.**, s.288; Blumenstien, **a.g.e.**, s. 376; (SchKG Art. 95).

²²¹ Jaeger, **a.g.e.**, s.289.

²²² Blumenstien, **a.g.e.**, s. 377.

²²³ Artus, **a.g.m.**, s. 578.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'na göre, borçlunun tamamı üzerinde müstakilen tasarruf ettiği malı yoksa ya da borçlunun üçüncü şahıslarla müşterek mülkiyet halinde tasarruf ettiği malının olmaması halinde, ancak üçüncü grupta yer alan borçlunun elbirliği mülkiyetine konu olan mal ve haklarının haczi yapılabilecektir.

Borçlunun elbirliği mülkiyeti hissesinin haczi, üçüncü grup olarak son aşamada yer almasına karşılık, borçlunun elbirliği mülkiyetindeki hissesinin haczi halinde de, alacaklı haczi uygulamada belirli bir sıraya tabi olacaktır.²²⁴ Buna göre, borçlunun elbirliği mülkiyetindeki hissesinin, tasfiye bakiyesinin, haczinden önce, alacaklı, elbirliği mülkiyet ortaklığının türüne göre borçluya elbirliği mülkiyeti ortaklığı tarafından ödenen faiz, masraf, avans, kâr payı, ücret, aidat gibi periyodik gelirleri öncelikle haczedilmesi gerekir. Borçlunun elbirliği mülkiyeti nezdindeki bu hak ve alacaklarının haczi alacaklının alacağını karşılaması için yeterli olmazsa, bu halde, borçlunun ortaklık nezdindeki tasfiye bakiyesinin haczine karar verilmek gerekir. Görüldüğü üzere, borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığı nezdindeki bir hissesinin haczedilmesi ile elbirliği mülkiyeti ortaklığının tasfiye olunması gerekeceğinden, mümkün olduğu kadar elbirliği mülkiyeti ortaklığının korunması için elbirliği ortaklığı hissesinin haczi alacaklı için en son çare olarak öngörülmüştür. Bu amaç gerçekten yerindedir, zira elbirliği mülkiyetindeki ortağın tasfiye hissesinin haczi ile elbirliği mülkiyetinin ortadan kaldırılması ile alacaklı tarafından hiç arzulanmasa dahi, üçüncü şahısların hakları ister istemez zarara uğrayabilecektir.

Türk Hukuku'nda, borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığındaki hissesinin haczi konusunda, İİK 94. maddedeki düzenlemenin dışında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Alacaklı tarafından borçlunun mallarını haczi sırasında uygulanacak sıraya ilişkin olarak da, İİK 85. maddedeki genel hükmün dışında özel bir hüküm de yoktur. Bu sebeple de, Türk Hukuku'nda alacaklı, borçlunun müstakil olarak tek başına sahip olduğu mallar, haklar ve alacaklara başvurmaksızın doğrudan doğruya borçlunun elbirliği mülkiyetinde bulunan hissesinin tasfiye bakiyesini haciz edebilmektedir. Türk Hukuku'nda bu hukuksal düzenlemenin bir sonucu olarak alacaklı, borçlunun adi şirketteki kâr payı yerine, doğrudan

²²⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 73-74.

borçlunun adi şirketteki tasfiye payını dahi haciz edebilmekte ve şirketin tasfiye haline girmesini sağlayabilmektedir.²²⁵ Bu halde, hiç kukusuz, cebri icra takibinde, üçüncü şahıs konumunda olan, elbirliği mülkiyetinin diğer ortakları ortaklığın tasfiyesinden olumsuz yönde etkilenebileceklerdir. Bu sebeple, Türk Hukuku'nda da İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, haczin konusu olan borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığına tabi mallarının alacaklı tarafından belirli ölçülere ve özellikle üçüncü şahısların haklarının cebri icra takibinden en az ölçüde etkilenebilecek şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira Türk Hukuku'nda yer alan İİK 85. madde düzenlemesi bu konuda ortaya çıkabilecek bütün sorunların çözümünde yetersiz kalmaktadır. Bu konuda, takipte üçüncü şahıslarında haklarının korunması bakımından alacaklıya takdir yetkisinin bırakılmayacak düzeyde elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinin en son çare olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Bu konuda, Türk Hukuku'ndaki hukuki düzenlemenin yetersizliğine örnek olarak, adi ortaklık hissesinin kâr payına başvurulmaksızın haczedilebilmesi gösterilebilir.

İsviçre Hukuku'ndaki elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde uygulama alanı bulan 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 1. maddesinde getirilen kurala benzer bir kural, Türk Hukuku'nda, Türk Ticaret Kanunu'nun 191. maddesinde, kollektif ve komandit şirketler yönünden vardır.²²⁶ Bu hükme göre, “Bir ortağın şahsi alacaklısı, borçlunun şahsi mallarından ve kanunun 145 inci maddesi gereğince şirketteki kâr payından alacağını alamazsa, tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek pay'a haciz koydurmaya ve altı ay önce ihbar etmek ve hesap yılı sonu için hüküm ifade etmek şartıyla şirketin feshini istemeye yetkilidir.”

Görüldüğü üzere, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketlerin İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemenin aksine, tüzel kişilikleri olduğu ve bu şirketler elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olmadıkları halde, TTK m. 191 hükmüne göre, amaç kollektif ve komandit ortaklığın olabildiği ölçüde devamını sağlamak olduğundan, üçüncü şahıs konumunda olan ortaklar da hacizden etkileneceklerinden ve onların menfaatlerinin korunması da önemli olduğundan, ortağın şahsi alacaklısı tarafından alacağın tahsili için öncelikle ortağın şahsi

²²⁵ Bu halde, kural olarak, Türk Hukuku'nda borçlunun tasfiye payının haczi mümkün ise de, borçlu tarafından kâr payı alacağına başvurulmaksızın doğrudan tasfiye payının haczi halinde, haczin hadiseye uygun olmaması sebebiyle icra mahkemesine şikayet imkanı vardır.

²²⁶ TTK 267. maddesinin atfıyla TTK 191. madde komandit şirket içinde uygulanır.

mallarına ve şirketteki kâr payına haciz koydurması zorunlu kılınmıştır.²²⁷ Bu hüküm, bize Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketler her ne kadar mehzadan ayrı tutularak tüzel kişilik tanınmak suretiyle elbirliği mülkiyet ortaklığının dışında tutulmuş olsalar dahi, bu tür şirketler şahıs şirketleri olduklarından ve nitelikleri gereği elbirliği mülkiyeti ortaklıklarının önemli özelliklerini bünyelerinde bulundurduklarından, Türk Kanun koyucusu da, elbirliği mülkiyeti hissesinin cebri icrasındaki önemli ölçütlerine bu tür şirketlerin hisselerinin haczinde de kanunda yer vermiştir.

İsviçre Hukuku'ndaki 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 1. maddesine göre, borçlunun elbirliği ortaklığındaki ücret, faiz, kâr payı ve aidat gibi alacaklarının sadece haciz tarihinde tahakkuk etmiş olanlar değil, tahakkuk edecek olanlarda bir senelik devreye ilişkin olmak üzere haczedilebilecektir.²²⁸

İsviçre Hukuku'nda, borçlunun, alacaklılarının cebri icra takibinde işini zorlaştırmak için aslında elbirliği mülkiyet ortaklığı rejimine tabi olmayan bir taşınmazı, elbirliği mülkiyet ortaklığına tabi gibi göstererek kayıt ettirmesi halinde, alacaklılara bu kayda itiraz ve taşınmazın elbirliği mülkiyetine konu bir taşınmaz değilmiş gibi haczedilebilmesi imkânı tanınmıştır. Buna göre, İsviçre Hukuku'nda haczedilen bir taşınmazın elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olduğu yönünde tapu sicilinde bir kayıt varsa, alacaklı tarafından bu kayda itiraz edebilir²²⁹ ve alacaklı borçlunun hissesinin müşterek mülkiyet hükümlerine göre haczini talep edebilir. Bunun için alacaklı tarafından tapu kaydının doğru olmadığını haklı gösterecek delillerin sunulması gerekir. Bu halde, alacaklı tarafından borçlunun hissesi sanki müşterek mülkiyet hissesi gibi haciz edilir.²³⁰ Ancak bu takdirde, icra müdürü tarafından alacaklıya diğer malikler aleyhine dava açmak için süre verilir. Bu süre, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 109. maddesinde yer alan süre olup, on günden ibarettir. Türk Hukuku'nda bu süre, İcra ve İflas Kanunumuzun 99. maddesinde de yer alır ve 7 gündür. Bu halde, alacaklı tarafından açılan bu davada tapu sicilindeki kaydın gerçeği yansıtmadığı ispat edilmek zorundadır.²³¹ Alacaklı

²²⁷ 11. HD 9.5.1990.T, E., 89/3407, K. 90/3716 (karar yayınlanmamıştır)

²²⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 72; Bourquin, **a.g.m.**, s. 68.

²²⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 118.

²³⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 118.

²³¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 118.

bu süre içinde diğer ortaklara karşı dava açmaz ya da dava açar ve bu davayı kaybederse, alacaklı tarafından konuşmuş olan haciz düşer. Bu halde, alacaklı tarafından borçlunun tasfiye bakiyesinin elbirliği mülkiyet ortaklığına konu mal hissesinin haciz prosedürüne göre haczedilmesi talep edilebilecektir.

Borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığındaki tasfiye bakiyesindeki hisselerinin haczi kural olarak İsviçre ve Türk Hukukları'nda yukarıda açıklandığı şekilde yapılmaktadır. Aşağıda, borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığı hissesinin haczi elbirliği mülkiyeti ortaklığının türlerine göre, İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Kollektif ve komandit şirketler, İsviçre Hukuku'nda elbirliği ortaklığı sayılmasına rağmen, Türk Hukuku'nda bu ortaklıkların tüzel kişilikleri olduğundan ve bu sebeple bu şirketler elbirliği mülkiyetinin hükümlerine de tabi olmadıklarından, borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hisselerinin haczi, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, elbirliği ortaklığı hissesinin haczinin dışında, ileride § 5 başlığı altında ayrıca incelenecektir.

2. Borçlunun Miras Ortaklığı Hisselerinin Haczi

Miras bırakanın ölümü üzerine, birden fazla mirasçısı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve alacakları kapsayan bir ortaklık meydana gelir ve mirasçılar tereke taksim olunana kadar bu hak ve alacaklar üzerinde elbirliği halinde malik olarak kalırlar.²³² Bu halde, mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.²³³ Ancak, mirasçılardan birinin talebi üzerine, sulh hukuk mahkemesi tarafından miras ortaklığına paylaşmaya kadar temsilci atanabilir.²³⁴

Kural olarak, mirasçıların şahsi borçlarından dolayı elbirliği mülkiyeti halinde malik oldukları miras hissesinin haczi mümkündür.²³⁵ TMK m. 648 hükmüne göre; “Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş

²³² Serozan/Engin, (miras) **a.g.e.**, s. 62.

²³³ Bisang, **a.g.e.**, s. 115.

²³⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 115.

²³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 267; Bisang, **a.g.e.**, s. 115.

olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir.”

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu’nun 648. maddesi miras hissesinin haczedilebileceğini açık bir hükümle düzenlemiştir.²³⁶ Buna göre, borçlunun şahsı borcundan dolayı, mirasçının miras hissesinin haczedilebilmesi için, mirasın borçluya intikal etmesi ve bu miras hissesinin borçlu tarafından reddedilmemiş olması gerekir.²³⁷ Mirasçı hacizden önce mirası reddedebileceği gibi, haciz işlemi yapıldıktan sonra da mirası reddedebilir.²³⁸ Haciz işleminin yapılmasından sonra mirasın reddedilmesi halinde mirasın reddedilmesinden önce yapılmış olan haciz ya da hacizler düşecektir. Zira mirasın reddedilmesi ile miras konusu malvarlığı mirasçının malvarlığının dışına çıkacaktır. Bu halde, alacaklının haczin devamını arzu etmesi halinde, alacaklı, TMK m.617 gereğince mirasın reddine ilişkin murisin talebinin iptalini ret tarihinden itibaren altı ay içinde dava edebilecektir.²³⁹

Mirasçının mirasçılıktan çıkarılması halinde ise,²⁴⁰ mirasçılıktan çıkarılan borçlunun miras hissesinin haczedilebilmesi için mirasçılıktan çıkarılma işlemine karşı alacaklı tarafından tenkis davası açılması ve alacaklının bu davayı kazanması gerekir.²⁴¹ TMK 562. maddesine göre, bu halde, alacaklı bu davayı alacaklarının elde edilebilmesi amacıyla ve mirasçıya tanınan süre içinde açmalıdır.²⁴²

²³⁶ Serozan/Engin, (miras) **a.g.e.**, s. 62.

²³⁷ TMK m. 645.

²³⁸ Yeter ki yasal süresi içinde reddedilsin; TMK m. 605. madde hükmüne göre mirası red hakkı yasal ya da atanmış mirasçılara aittir. TMK m. 606 hükmüne göre ise, miras yasal mirasçıların mirasçı olduklarını öğrendiklerinden itibaren 3 ay içinde reddolunabilir.

²³⁹ TMK m. 617 mirasçıların alacaklılarının korunması üst başlığını taşımakta olup malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflas idaresi, kendilerine yeterli güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler. Reddin iptaline karar verilirse, miras resmen tasfiye edilir. Bu surette tasfiye edilen mirastan reddedilen mirasçının payına bir şey düşerse bundan, önce itiraz eden alacaklıların, daha sonra diğer alacaklıların alacakları ödenir. Arta kalan değerler ise, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir.” Böylece, TMK mirasçının şahsi alacaklısını koruya üç ayrı hükme yer vermiştir; TMK m. 562 (mirasçı yerine tenkis davası açabilmeleri ve mirasçılıktan çıkarmaya karşı çıkabilmeleri), 617 (kötü niyetli olarak mirasın reddedilmesine karşı çıkabilmeleri ve bu yoldan mirasın resmen tasfiyesini sağlayabilmeleri), 648 (mirasçı yerine taksim davası açabilmeleri)

²⁴⁰ TMK m. 510

²⁴¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 98.

²⁴² Borçlunun mirastan ıskat edilmesi halinde, iptal davası, ıskat tasarrufunu ortadan kaldıracığından ıskat edilen kimseyi tam kanuni miras hakkına kavuşturur. Tenkis davasında ise, mahfuz hissenin üzerinde kalan kısım kaybolur. Mahiyetleri birbirlerinden farklı olan bu iki davadan

Mirasçılarının tenkis davası açabilecekleri hak düşürücü niteliğindeki süre ise,²⁴³ mirasçılarının saklı paylarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde vasiyetnamelerde, açılma tarihinin, diğer tasarruflarda ise, mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer.

İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesi iştirak (elbirliği) halinde tasarruf edilen mallar üst başlığını taşımaktadır, madde hükmünün içeriğinde ise, "...taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse..." denilmiştir. Bu hükme göre, miras hissesi ve bütün elbirliği mülkiyetine konu²⁴⁴ hisselerinin haczi, İcra ve İflas Kanunu'nun 94.maddesi hükmüne göre yapılır.²⁴⁵ Bu itibarla, elbirliği mülkiyeti türlerinin tamamında, elbirliği mülkiyetine konu olan hisselerin haczi İcra ve İflas Kanunu'nun 94.madde hükmüne göre gerçekleştirilmesine rağmen, bu başlık altında, sadece Miras Hukuku'ndan kanunen doğan elbirliği mülkiyeti hallerinden "miras şirketi hissesinin" haczi incelenecek ve elbirliği mülkiyetinin diğer hallerine konu olan hisselerin haczi aşağıda ayrı başlıklar halinde inceleme konusu yapılacaktır.

Elbirliği mülkiyet ortaklığı türlerinden bir tanesi olan miras şirketinde kural olarak, ortaklar birlikte tasarruf yetkisine sahiplerdir.²⁴⁶ Bu sebeple, borçlu ortağın miras şirketindeki hissesinin haczinde haczin konusu, borçlunun doğrudan hissesi değil²⁴⁷ miras şirketindeki elbirliği mülkiyeti ilişkisinin son bulması halinde, borçlunun hissesine düşecek olan paydır.²⁴⁸ Böylece, taksim edilmemiş bir miras hissesinin İİK m. 94 hükmü gereğince haczi mümkündür. Miras hissesinin

iptale ilişkin olanını sadece mirasçı, tenkis davası ise, ıskat edilenin alacaklısı tarafından açılabilir. Ayiter/Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 174, 231; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 75.

²⁴³ TMK m. 571.

²⁴⁴ Miras şirketi, Adi şirket, Genel mal ortaklığı ve Aile malları ortaklığı,

²⁴⁵ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 202; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 268.

²⁴⁶ TMK m. 702/III.

²⁴⁷ TMK m. 677/II son cümle; Miras payının mirasçılar arasında devri kural olarak mümkündür. Ancak, miras payının üçüncü bir kişiye devri halinde yapılan bu sözleşme üçüncü kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez. Üçüncü kişi bu sözleşme ile paylaşma sonunda hissesini devreden mirasçıya özgülenen payı talep etme hakkı kazanır. Böylece, devir ile üçüncü kişi miras şirketine ortaklık sıfatı kazanamamaktadır. Devir alana sadece paylaşma sonunda devir eden mirasçıya düşecek olan payı talep etme hakkı kazanır. Aynı durum, BK m. 534 c.2 hükmünde de vardır. Buna göre, şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, adi şirket ortağının şahsi alacaklısı haklarını ancak o şerikin tasfiyedeki hissesi üzerinde kullanabilir.

²⁴⁸ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 397.

haczedilebilmesi için mirasın mirasçıya intikal etmiş olması gerekir, mirasçıya intikal etmesi muhtemel bir miras hissesinin haczi mümkün değildir.²⁴⁹

Miras şirketinin ortaklarından birinin şahsi borcundan dolayı uygulanacak hacizlerde, icra mahkemesinden izin almaya gerek yoktur, icra mahkemesi sadece haczedilen elbirliği mülkiyeti ortaklığı hissesinin satışının²⁵⁰ nasıl yapılacağına karar verir.²⁵¹

Borçlunun miras şirketindeki hissesi alacaklının talebi üzerine, takibin yürütüldüğü icra dairesi tarafından haciz edilir.²⁵² Bu halde, icra dairesi yerleşim yerleri²⁵³ bilinen ilgili üçüncü şahıslara haczi ihbar eder.²⁵⁴ İİK 94. maddesinde yer alan ifade olan ‘ilgili üçüncü şahıslar’dan maksat adresleri bilinen diğer bütün hissedarlardır.²⁵⁵ Bu bildiri ile miras şirketinin diğer ortakları hacizden haberdar edilir. Böylece, miras şirketinin hissedarlarına bundan böyle vadesi gelecek semerelerden borçlunun hissesine düşecek olan kısmının icra dairesine verilmesi, borçluya hissesi ile ilgili olarak yapılacak her türlü tebligatın bundan böyle icra dairesine yapılması ve borçlunun izninin alınması gereken bütün ortak tasarruf işlemleri için bundan sonra borçlunun yerine icra dairesinin muvafakatının alınması gerektiği bildirilir²⁵⁶ ve böylece borçlunun haczedilen hissesi üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.²⁵⁷ Miras ortaklığının hissedarları, icra dairesi tarafından yapılan bu bildiriye rağmen miras şirketinde ortağın payına düşen semereleri icra dairesine değil de borçluya verirlerse, bu bedeli icra dairesine tekrar ödemek zorunda kalırlar.

Borçlunun miras şirketindeki hissesinin haczinde tartışılması gereken en önemli hukuki problemlerden bir tanesi, haczin borçlunun miras yoluyla intikal eden terekedeki bütün mal ve haklardaki hissesine mi yöneltilmesi gerektiği, yoksa

²⁴⁹ Ansay, (icra) **a.g.e.**, s. 82; Uyar, (haciz) **a.g.e.**, s. 381; Korkut, (iştirak halinde mülkiyette haciz ve satış) **a.g.m.**, s. 207.

²⁵⁰ İİK m. 121 ve 14.4.1943 tarihli İBK

²⁵¹ 12. HD. 10.12.1981, 8269/9593, Bkz, Kuru (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 669.

²⁵² Kuru, (icra el kitabı) **a.g.e.**, s. 397.

²⁵³ TMK m.19/I

²⁵⁴ İİK m. 94/I.

²⁵⁵ Bisang, **a.g.e.**, s.115; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 433.

²⁵⁶ Kuru, (icra elkitabı) **a.g.e.**, s. 397.

²⁵⁷ Bisang, **a.g.e.**, s.115; İİK m. 86.

borçlunun terekedeki belirli mallarındaki hisselerinin de müstakil olarak haczedilebilir olup olmadığı hususudur.

Bu konu yukarıda da incelendiği üzere, İİK'nın 94. maddesinde yapılan değişiklikle ve 1985 tarihli İBK ve özellikle yeni TMK 677. maddesinin hükmü ile Türk Hukuku yönünden artık tartışmalı olmaktan çıkmış olması gerekir.²⁵⁸ Zira TMK 677. maddesinin 1. fıkra hükmü miras payının devri konusunda mirasçıların kendi aralarında yapacakları sözleşmeleri düzenlemektedir. Buna göre; "Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır."²⁵⁹ Aynı maddenin ikinci fıkra hükmü ise mirasçıların miras payı üzerinde üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeleri düzenlemektedir. Buna göre; "Bir mirasçının üçüncü bir kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkı sağlar."

Bununla birlikte, tartışmanın önemi yönünden, bu konu üzerinde doktrinde yaşanmış olan tartışmalara değinmek gerekir. Bir görüşe göre,²⁶⁰ ortaklardan birinin şahsi alacaklısı tarafından borçlu ortağın elbirliği halinde malik olduğu, belirli mallardaki hissenin haczi mümkün değildir.²⁶¹ Çünkü bir malvarlığına giren belirli bir malın ortağı, onun tek başına maliki değildir. Bu mal o malda elbirliği hissesi

²⁵⁸ "Açılmış bir terekedeki mirasa dahil taşınmazlar hakkında mirasçılar arasında yapılacak sözleşmenin geçerli olması için adı yazılı olarak yapılmış olması yeterlidir. Resmi şekilde yapılmasına gerek yoktur. (10.10.1952 gün ve 2/4 sayılı İBK) tüm terekeyi kapsamasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla terekeye dahil bir mal üzerinde de miras taksim sözleşmesi yapılabilir..." Y.2. HD. 02.02.1999 gün E.1998/13579-K.1999/478 sayılı K.; "Medeni Kanunun 612 (yeni TMK 677) maddesi, uyarınca mirasın taksiminden evvel terekeye dahil olan, belli bir menkul veya gayrimenkul maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras hakkını kapsaması gerekmez. **Terekeye dahil olan bir veya birkaç gayrimenkul maldaki miras hakkının temliki 24.05.1998 tarihli 2/5 sayılı içtihadı Birleştirme Kararı uyarınca mümkündür** ve yazılı olması halinde geçerlidir. Her ne kadar, sözü edilen içtihadı birleştirme kararı taşınmaz mallar hakkında ise, terekeye dahil belirli bir yada birkaç menkul mallar içinde böyle bir temlik sözleşmesinin yapılmasına yasal engel yoktur..." Y. 2.HD. 26.03.1998 gün E. 2154 -K.3681 sayılı K. Bkz. Özüğür, (miras Hukuku') C.I a.g.e., s. 269-270.

²⁵⁹ Y. 2. HD. 27.09.2002 gün E.2003/4418., K.2003/5475 sayılı kararında; "mirasçılar arasındaki miras payının devrine ilişkin sözleşmede mirasa dahil tüm malvarlığının dahil edilmesine gerek bulunmamaktadır. Sözleşmenin yazılı yapılması da yeterlidir." Aynı yönde, Y. 2.HD. 04.07.2002 gün E.2003/4867- K.2003/8178.Bkz. Özüğür, (miras Hukuku') a.g.e., C.I, s. 257-258; Y. 7HD. 20.1.1984 Bkz. İnal, Uygulamada Türk Medeni Kanunu, a.g.e., C.2 s. 2154.

²⁶⁰ Temizer, a.g.e., s. 386; Kut, a.g.e., s. 1026; Belgesay, (Şerh) a.g.e., s. 219, 273.

²⁶¹ Temizer, a.g.e., s. 386; Kut, a.g.e., s. 1026; Belgesay, (Şerh) a.g.e., s. 219, 273.

bulunan ortakların tamamına aittir. Bir malvarlığına elbirliği halinde hissedar olanın bütündeki hissesi haczolunabilir, çünkü ona maliktir. Bu hisseyi satın alan kimse iştirakçi yerine geçerek iştirakin tasfiyesini isteyebilir. Bu şekilde mirasçının miras hissesini haczettirip alacaklı mirasın taksimini ve taksim neticesinde borçlu mirasçıya düşebilecek miktardan alacağın ödenmesini isteyebilir.

Bu görüşe karşılık, doktrinde,²⁶² İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinin 538 sayılı kanun ile değişikliğinden sonra, borçlunun belirli bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesinin haczolunması halinde, icra müdürü tarafından haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına müzekkere gönderilmesini kabul etmiş ve haczin bu şekilde tamamlanacağı kanun hükmünde yer almıştır. Bu surette, İİK 94.maddesine, İsviçre Hukuku'nda yer almayan,²⁶³ haczin taşınmazların tapu siciline bildirilmesi hususu eklenmiştir.²⁶⁴

İsviçre Hukuku'nda, bir terekeyi iktisap eden mirasçının miras şirketindeki hissesinin haczi halinde, o miras şirketine dahil taşınmazların tapu kaydına haciz keyfiyetinin şerh edilmesi kabul edilmemektedir.²⁶⁵ Bu sebeple, böyle bir haczin uygulanmasında, bütün mirasçıların ittifak halinde hareketle terekeye dahil malları münferiden ferağ edip bedellerini malvarlıkları içinde eritmelerine bir engel yoktur.²⁶⁶

Türk Hukuku'nda Yargıtay'ın 14.4.1943 gün ve 15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı²⁶⁷ ile alacaklının terekedeki belirli bir konudaki miras payını da haczedilebileceğini, ancak, taksim edilmemiş bir terekedeki mallardan birine taallük eden miras hissesi Medeni Kanun gereğince doğrudan satılamayacağını ve bu hususta, İİK'nın 121.madde hükmü gereğince tedbir alınması gerektiğini sonucuna varılmıştır. Bu tedbirler cümlesinden olarak, icra müdürüne veya alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi tanınacaktır. Böylece, alacaklının terekedeki ortaklığın giderilmesi (izale-i şuyu) ve ortaklığın giderilmesinin sonucunda borçluya düşecek tasfiye payından alacağını tahsil edebileceği sonucuna

²⁶² Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 307; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 249; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 434.

²⁶³ (SchKG Art 104).

²⁶⁴ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 308.

²⁶⁵ Bisang, **a.g.e.**, s. 114.

²⁶⁶ Bisang, **a.g.e.**, s.117-118. Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 307; Uyar, (C.II) **a.g.e.**, s. 2571.

²⁶⁷ RG. 28.1.1944, sayı 5615 s. 6346.

ulaşılmıştır. Ayrıca, 24.5.1985 tarihli İBK²⁶⁸ ile de mirasın taksiminden önce terekeye dâhil olan belli bir taşınmaz maldaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli bulunması için temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekmeyeceği yönünde sonuca varılmıştır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına konu olan, terekedeki belirli bir taşınmazın münferiden devredilebilirliği hususu, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun 677. maddesi ile yasa hükmü haline getirilmiştir.²⁶⁹ Böylece, bundan sonra alacaklı tarafından borçlunun miras şirketinde bulunan malvarlığına dâhil taşınır ve taşınmaz mallar elbirliği mülkiyetinin temel kurallarına aykırı olarak, terekeye dâhil mallar İsviçre Hukuku'nun aksine, devir edilebildiğinden, münferiden haczin konusu da yapılabilecektir. Çünkü borçlunun malvarlığına dâhil bir malın haczin ve buna bağlı olarak da paraya çevirmenin konusu olabilmesi için temel kural o malvarlığının devredilebilir olmasıdır. Türk Hukuku'nda miras şirketine dâhil taşınır ya da taşınmaz malın terekeye dâhil diğer mallardan ayrı olarak devir edilmesi kabul edildiğinden, alacaklı tarafından da haczin konusu da yapılabilecektir. Türk Hukuku'nda terekeye dâhil olan taşınır ya da taşınmaz malların, elbirliği mülkiyetinin temel prensiplerine aykırı olarak, terekenin bütünlüğünün dışında münferiden haczinin mümkün kılınmasının en önemli gerekçelerinden birisi de terekenin ortağı konumundaki borçlunun küçük miktarda bir borcu için yapılan cebri icra takibinden terekenin tamamen etkilenmesine engel olmak fikri yatmaktadır.²⁷⁰

Miras şirketinde terekeye dâhil bir taşınır ya da taşınmaz malın münferiden haczi Türk Hukuku'nda mümkün olduğuna göre, alacaklının haczin uygulanmasında hangi kurallara uyması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır.

Borçlunun ortağı olduğu miras şirketinde (terekede) taşınır ve taşınmaz mallar bulunabilir. Alacaklının haciz talebinde bulunması üzerine, icra dairesi haciz işlemini yaparken İİK 85/VI. fıkra hükmü gereğince icra takibinin taraflarının

²⁶⁸ İBK. E.1984/2, K.1985/5 T. 24.5.1985, YKD. C:XI, S. 8 Ağustos 1985.

²⁶⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 249.

²⁷⁰ "...Bu surette taksimin gerçekleşmesine kadar her bir mirasçı, terekedeki miras payını devredebilecek, dolayısıyla tüm mirasçıların yararları ile çelişen zamansız bir taksimin sakıncaları önlenmiş ve aynı zamanda sıkıntıda bulunan mirasçılarında menfaatleri gözetilmiş olacaktır..." Bkz. İBK 24.5.1985, 2/5; RG.18817. (YKD. C: XI. S: 8 Ağustos 1985, s. 1123 vd.)

menfaatlerini mümkün olduğu kadar korumakla yükümlüdür. Bu sebeple, alacaklının alacağı miras şirketinde bulunan taşınır bir malın satışında borçluya düşecek olan hisse ile karşılanabiliyorsa, borçlunun miras şirketindeki taşınmazına haciz koymamak gerekir.²⁷¹

Borçlunun miras şirketindeki elbirliği mülkiyeti ile maliki olduğu bir taşınmazdaki paylaşma sonundaki hissesi haczedilince, icra dairesinin talebi üzerine tapu sicil müdürü, borçlunun elbirliği mülkiyetine konu miras şirketi hissesinin haczedildiğini tapu siciline şerh verir.²⁷²

Borçlunun miras şirketindeki elbirliği mülkiyeti ile maliki olduğu bir taşınır maldaki paylaşma sonundaki hissesi haczedilince, icra dairesi borçlunun tasfiye hissesi haczedilen taşınır malın mülkiyetinin başkasına devrine engel olmak için gereken tedbirleri alır.²⁷³ Bu tedbirlere örnek olarak icra dairesinin haczettığı taşınır malı diğer hissedarlara yediemin olarak teslim etmesi gösterilebilir.²⁷⁴

İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinin II. fıkra hükmüne göre ise, borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer ayni hakların borçlu adına tescili de alacaklı tarafından istenebilecektir. Borçlu bu türde olan miras haklarını kendi adına tescilini henüz yapmamışsa, alacaklı tarafından terekeye dahil olup da henüz borçlu adına tescili yapılmamış olan malların haczedilebilmesi için öncelikle bu malların borçlu adına tescilinin yapılması gerekir. Borçlu hakkında cebri icra takibinin yapılması halinde, bu malların tescili işlemleri borçlu tarafından yerine getirilmemesi ihtimal dâhilinde olduğundan, bu halde, alacaklı tarafından bu malların haczedilebilmesi için borçlu adına bu malların tescili işlemleri yapılmak üzere, icra dairesi alacaklının bu işlemleri yapabileceğini ilgili makamlara bildirir.

Görüldüğü üzere, İİK 94. maddesinde, borçlunun elbirliği mülkiyetinde (miras şirketinde) bulunan hissesinin haczine ilişkin olarak genel kurallar yer almaktadır. Ancak, bu tür hak ve alacakların haczi sırasında, hacizde yetki, haczin uygulanma usulü, haczin gerçekleşmesi gibi karşılaşılabilecek her türlü

²⁷¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 108.

²⁷² İİK m. 94/I c. 2; TMK m.1010/II

²⁷³ İİK m. 94/I c. 8

²⁷⁴ Karş. Bisang, **a.g.e.**, s. 114–116.

problemlerin çözümünde İcra ve İflas Kanunu'nun hacze ilişkin diğer genel hükümleri uygulanacaktır.

İsviçre Hukuku'nda ise, borçlunun miras şirketinde hissesinin haczine ilişkin genel kural ve İİK'daki 94. maddenin karşılığı SchKG 104. maddedir.²⁷⁵ Ancak, SchKG 104. madde İİK 94. maddenin aksine sadece bir cümleden ibarettir. Madde hükmüne göre; borçlunun, şahsi alacaklısı tarafından, elbirliği mülkiyetine tabi miras şirketi hissesinin haczi halinde, icra müdürü hacizden diğer ilgilileri haberdar edecektir. Yani, miras şirketinin diğer hissedarları hacizden haberdar edilecektir.²⁷⁶

Miras şirketi, İsviçre Hukuku'nda da elbirliği mülkiyeti ortaklığı rejimine tabi olduğundan borçlunun miras şirketindeki hissesinin haczin de İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 104. madde hükmünün yanında, 17.01.1923 tarihinde Federal Mahkeme tarafından çıkarılan yönetmelik de uygulama alanı bulacaktır. Bu yönetmeliğin 1. maddesinde, miras şirketi hissesinin haczinde yönetmeliğin uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmektedir.²⁷⁷

17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 1. maddesinin III. fıkrası gereğince, borçlunun miras şirketi hissesinin haczinde öncelikle hisseye bağlı faiz, kâr payı gibi periyodik hak ve alacaklar varsa, bu hak ve alacakların haczedilmesi söz konusu olacaktır.

Borçlunun miras şirketindeki hissesinin haczinde yetki hususu yukarıda ayrıntılı olarak incelendiğinden burada ana kuralın haricinde tekrar edilmeyecektir. Yönetmeliğin 2. maddesine göre, miras şirketi hissesinin haczinde yetkili icra dairesi, miras şirketine ait olan mallar başka bir yerde olsa dahi, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer icra dairesidir.²⁷⁸

Miras şirketi hissesinin haczinin icrasında haczin yapıldığı hususu miras şirketinin diğer ortaklarına bildirilir.²⁷⁹ Miras şirketine dâhil taşınmazların bulunması halinde ise, bu taşınmazların tapu siciline, Türk Hukuku'nun aksine,

²⁷⁵ Bisang, **a.g.e.**, s. 114.

²⁷⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 114.

²⁷⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 69.

²⁷⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 106.

²⁷⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 114 -115.

İsviçre Hukuku'nda, şerh verilmesi söz konusu değildir. Bu halde, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 98. maddesinin menkuller yönünden öngörülen 1. 3. ve 4. fıkraları burada da uygulanır.²⁸⁰

3. Borçlunun Mal Ortaklığı Hissesinde Haczi

Mal ortaklığı, karı koca arasında ekonomik birliğin tam olarak kurulması ile evlilik birliğinde bir bütün meydana getiren önemli bir mal rejimidir.²⁸¹ Bu ortaklık türü de sözleşmesel mal rejimlerinden bir tanesidir.²⁸² Bu mal rejiminde karı koca malları tek bir mamelek haline getirilmiş olur. Ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyeti rejimi vardır.²⁸³ Bu ortaklık türünde kural olarak, karı ve koca mallarını birlikte yönetirler.

Mal ortaklığı rejiminin türlerinden en önemli ve asli olanı genel mal ortaklığıdır.²⁸⁴ Bu ortaklık türünde ortaklık, eşlerin kişisel malların dışında, eşlerin bütün mal varlıklarını kapsar.²⁸⁵ Aşağıda genel mal ortaklığı hissesinin haczine ilişkin olarak yapılan açıklamalar mal ortaklığının bütün türleri için aynen geçerlidir. Bu sebeple mal ortaklığının her bir türü yönünden aynı açıklamalar tekrar edilmeyecektir.

Ortaklık mülkiyeti elbirliği rejimine tabi olduğundan ortaklık malları üzerindeki tasarruf işlemlerini, eşlerden her ikisi de birlikte ya da onlardan biri tek başına diğer eşin rızası ile yapabilir. Ortaklık karı ve kocanın genel nitelikteki borçlarından sorumlu olur. Bununla birlikte, ortaklık borçlarından karı veya kocanın ortaklık malları dışında kalan kişisel malları ile de sorumlu olabilir.

Genel mal ortaklığına ait masraflar²⁸⁶ ve borçlar bu ortaklığın mallarından ödenir. Bu sebeple, ortaklık malları ile sorumlu olunan borçlar için kâr veya kocanın elbirliği halindeki mülkiyet hisselerinin haczi gerekli değildir. Ortaklık malları ile sorumlu olunan borçlar, ortaklık mallarının haczedilmesi ve paraya

²⁸⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 116.

²⁸¹ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 179, Özüğür, **a.g.e.**, s. 159.

²⁸² Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 425.

²⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 426.

²⁸⁴ Özüğür, **a.g.e.**, s. 159.

²⁸⁵ Kişisel mallar evlilik birliği mallarının tersine, eşlerden her birinin kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallardır. Eşler bu malları serbestçe yönetirler.

²⁸⁶ Eşlerin temsil yetkileri içinde kalarak yaptıkları işlemlerden kaynaklanan masraflar.

çevrilmesi ile ödenebilecektir.²⁸⁷ Kural olarak, elbirliği mülkiyetinde malların münferiden haczi mümkün olmamakla birlikte, burada, elbirliği halinde mülkiyet rejimi buna engel değildir, çünkü bu borçlardan sorumluluk mal ortaklığına giren mallar iledir. Bu halde, icra memuru bu borçlardan dolayı yapılan takibin kesinleşmesi üzerine, ortaklığa giren mallara haciz koyabilir. Bu varsayımdaki borç eşlerden birinin sadece kendisinin sorumlu olduğu borç değildir. Mal ortaklığının tüzel kişiliğinin bulunmamasına rağmen, borçlardan sorumlu olanın ortaklık olduğu söylenebilir. Bu durumda, ortaklık mallarına doğrudan doğruya genel hükümlere göre müracaat edilebilir. Bu halde, elbirliği mülkiyeti ilişkisinin çözülmesine gerek kalmaksızın doğrudan doğruya ortaklık malları haczedilip paraya çevrilebilir. Görüldüğü üzere, ortaklığa ait olan borçlar yönünden ortaklık mallarının doğrudan haczedilmesi mümkündür.

Buna karşılık, karı veya kocanın yukarıda açıklanan ve ortaklığa doğrudan doğruya başvurulamayan, ortaklık borcu olmayan, kişisel borçlarından dolayı elbirliği halinde malik oldukları mal ve haklarının üzerinde, şahsi alacaklıları tarafından doğrudan haciz yapılması mümkün değildir. Zira ortağın kişisel borçlarından dolayı kural olarak kişisel malları doğrudan haczedilebilir. Ortağın şahsi borcundan dolayı elbirliği ortaklığına ait bir malın haczi halinde, diğer ortak tarafından istihkak iddiasına konu olabilir.

Karı veya kocanın ortaklığa ait olmayan kişisel borçları sebebiyle, İcra ve İflas Kanunu'nun 94.madde hükmü gereğince, elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczine ilişkin hükümler uygulanarak haciz işlemi yapılabilecektir.²⁸⁸ Ancak, ileride, paraya çevirme bölümünde de inceleneceği üzere, niteliği gereği karı koca mal ortaklığına üçüncü kişilerin ortak olarak alınması mümkün olmadığından haczedilen bu ortaklık hissesinin ortaklık tasfiye edilmeksizin doğrudan satılması mümkün değildir.

İİK 94. maddesinde, miras veya bir şirket yahut iştirak (elbirliği) halinde tasarruf edilen bir mal hissesinin haczedilmesi halinde hacze ilişkin muhafaza

²⁸⁷ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 157; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 470; Korkut, **a.g.m.**, s. 609.

²⁸⁸ Korkut, **a.g.m.**, s. 680; Korkut, **a.g.m.**, s. 213, “şahsi borçlardan dolayı karı veya kocanın ortaklıktaki hissesinin haczedilemeyeceği ve satılamayacağı görüşündedir.”

tedbirlerinin bu madde hükümlerine göre yapılacağı açıkça zikredilmiştir. Yukarıda miras şirketi hissesinin haczinde İİK 94. madde kapsamında yapılan açıklamalar borçlunun mal ortaklığı hissesinin haczi yönünden de aynen geçerlidir. Bununla birlikte, miras şirketi yönünden TMK 677. madde sebebiyle açıkladığımız, miras şirketine dâhil taşınır ya da taşınmaz mallardan bir ya da birden fazla malın alacaklı tarafından münferiden haczi mümkün olmakla birlikte, elbirliği ortaklığının türlerinden bir tanesi olan karı koca mal ortaklığına dâhil taşınır ya da taşınmaz malların münferiden haczedilebilmesinin elbirliği mülkiyetinin kuralları karşısında mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira miras şirketi yönünden TMK 677. madde de bu kurala açık bir istisna hükmü tanınmış olmasına rağmen karı koca mal ortaklıkları yönünden bu şekilde istisnai bir hüküm yoktur.

Borçlunun genel mal ortaklığındaki hissesinin şahsi alacaklısı tarafından haczinin talep edilmesi üzerine, icra dairesi borçluya ait mal ortaklığındaki elbirliği mülkiyeti hissesini haczedince, bu haczi adresi bilinen diğer eşe bildirecektir. Bu bildiri ile elbirliği halinde mülkiyete konu olan mal ve haklar üzerinde hisselerle ilgili olarak yapılacak işlemlerde borçlu eşin yerine icra dairesinin muvafakatinin alınması, borçlu eşe yapılacak herhangi bir ödemenin icra dairesine yapılması bildirilir. Böylece, borçlunun ortaklık hissesi üzerindeki yetkisi kısıtlanmış olur.

Haczedilen ortaklık malları içinde taşınmaz malların bulunması halinde, ortağın tasfiye sonundaki hissesinin haczedildiği tapu siciline şerh edilmek üzere, tapu sicil müdürlüğüne müzekkere yazılır.²⁸⁹ Böylece, haczedilen taşınmazların muhafazasına yönelik işlemler de tamamlanmış olur.

Haczedilen ortaklık mallarının içinde taşınır malların bulunması halinde, icra dairesi o menkul malın başkasına devrine engel olmak için gereken tedbirleri alır.²⁹⁰ Bu halde, borçlunun tasfiye hissesini haciz ettiği menkul malı diğer eşe yed-i emin olarak teslim edebilir.

²⁸⁹ İİK m.94 ve TMK m. 1010.

²⁹⁰ İİK m. 94/I

4. Borçlunun Aile Malları Ortaklığı Hisselinin Haczi

Aile malları ortaklığı özellikle tarımsal mülkiyetin parçalanmaması için öngörölmüş bir kurumdur.²⁹¹ Aile malları ortaklığı ile tarımsal mülkiyet konusu olan mallar mirasın taksiminde, mirasçının kendisine ve tarımsal mülkiyete zarar verecek, biçim ve ölçüde borçlanması önlenmesi amaçlanmıştır.²⁹²

Hısımlar kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümüyle ya da ortaya başka mallar koymak üzere aile malları ortaklığı kurabilirler.²⁹³ Aile malları ortaklığı bütün ortakların ya da temsilcilerinin imzalarını taşıyan resmi bir senetle kurulması gerekir.²⁹⁴ Bu şekil şartı geçerlilik şartıdır. Aile malları ortaklığının tüzel kişiliği yoktur.²⁹⁵ Böylece, miras ilerde paylaşılan kadar ya da aile malları ortaklığı sona erene kadar, mirasın bir kısmı ya da tamamı elbirliği mülkiyeti ilişkisi²⁹⁶ içinde mirasçılara ait olur.²⁹⁷ Ortaklığın borçlarından ise ortaklar elbirliğiyle değil, müteselsilen sorumlu olurlar.²⁹⁸

Aile malları ortaklığında elbirliği mülkiyeti rejiminin bir sonucu olarak ortaklar mallar üzerinde birlikte tasarruf edebilirler.²⁹⁹ Bu sebeple, aile malları ortaklığı tüm ortakların elbirliği ile yönetilir,³⁰⁰ ancak, ortaklar aile malları ortaklığının yönetimini içlerinden birine de bırakabilirler. Bu ortağa müdür ya da başkan yönetici denir. Başkan yönetici şirketi yönetir ve dış ilişkilerde şirketi temsil eder. Ortaklığın devamı süresince ortaklar paylarını isteyemezler ve payları üzerinde tasarruf edemezler. Ancak, borçlardan sorumlulukta ise, kanun bütün şerikleri şirketin borçlarından dolayı müteselsilen sorumludur.

Aile malları ortaklığının diğer bir türü olan kazanç paylı aile malları ortaklığında ise,³⁰¹ malların tamamı bir mirasçıya özgülenmekte ve diğer mirasçılar

²⁹¹ Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) C.II, **a.g.e.**, s. 795; Şener (TMK) **a.g.e.**, Ankara 1989 s. 571; Dural /Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 558.

²⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 559.

²⁹³ TMK m.373.

²⁹⁴ TMK m.374.

²⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 561.

²⁹⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 129; TMK 379/I.

²⁹⁷ TMK m.376.

²⁹⁸ TMK m.379/II.

²⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş **a.g.e.**, s. 561.

³⁰⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 129; TMK m. 377 (ZGB m. 340).

³⁰¹ TMK m. 384.

şirketin işletilmesine müdahale etmemektedirler. Ancak, diğer mirasçılar şirketin gelirlerinden pay alırlar.

Aile malları ortaklığında da şirketin kendi borçları için yapılacak takiplerde alacaklı genel hükümlere göre, gerek şirket mallarına gerekse ortağın şahsi mallarına doğrudan doğruya başvurabilir. Bununla birlikte, ortağın şahsi borcundan dolayı yapılacak olan takiplerde elbirliği halinde mülkiyet hissesinin haczi hükümleri uygulanır.³⁰²

Aile malları ortaklığında ortaklar elbirliği halinde malik olduklarından aile malları ortağının şahsi borcundan dolayı aile malları ortaklığındaki hissesinin haczi İİK m. 94'e göre yapılır. Bu halde, icra dairesi borçluya ait hisseyi haczedince, bu haczi adresleri bilinen diğer ortaklara ve olması halinde yönetici ortağa da bildirir. Bu bildiri ile ortaklara bundan sonra muaccel olacak gelir ve ödemelerden borçlu ortağın hissesine düşecek kısmın, icra dairesine verilmesi, borçluya hissesi ile ilgili olarak yapılacak her türlü bildirimin icra dairesi tarafından yapılması ve borçlunun izninin alınması gereken bütün müşterek tasarruflar için bundan sonra borçlu yerine icra dairesinin izninin alınması gerektiğini bildirir. Böylece, borçlunun aile malları ortaklığı üzerindeki hissesi üzerindeki tasarruf yetkisi İcra ve İflas Kanunu'nun 86. madde hükmü gereğince kısıtlanmış olur.

Borçlunun aile malları ortaklığındaki tüm hissesi veya herhangi bir mal üzerindeki hissesinin haczinden sonra³⁰³ taşınmazlarda ve taşınmaz üzerindeki müşterek mülkiyet hisselerinin haczinde olduğu gibi, icra müdürünün talebi üzerine, tapu sicil memuru, borçlunun elbirliği halinde mülkiyet hissesinin haczedildiğini tapu siciline şerh verir.³⁰⁴

Aile malları ortaklığında taşınır mallar da varsa icra dairesi borçlunun menkul malların üzerindeki hissesini de haczedecektir. İcra dairesi o menkul malın bir başkasına devrini engellemek için gereken tedbirleri İİK m.94 gereğince alır.

³⁰² İİK m. 94.

³⁰³ Borçlunun elbirliği halinde malik olduğu ve aile malları ortaklığında bulunan mal ve haklardan herhangi birisi üzerindeki hissesine haciz konulabilip konulamayacağı tartışması yukarıda miras şirketi hissesinin haczi bölümünde tartışıldı. TMK m. 677 gereğince terekeye dahil taşınır ve taşınmaz malların ayrı ayrı haczi mümkündür.

³⁰⁴ İİK m. 94 ve TMK m. 1010.

Buna göre, icra müdürü haczedilen menkul malı diğer ortaklara yeddi emin olarak teslim edebilir.

Kazanç paylı aile malları ortaklığında ise, borçlu ortağın hissesi ya da ortaklıkta bulunan belli malların üzerindeki hissesi, genel aile malları ortaklığındaki haciz usulüne tabidir. Ancak, kazanç paylı aile malları ortaklığında, ortaklık malları kural olarak bir mirasçıya özgülenmiştir. Bu özgülenme işlemi, elbette cebri icra alacaklılarını etkilemeyecektir. Bu ortaklıkta, aile malları özgülenen ortak tarafından diğer mirasçılara yıllık belirli bir gelir verilir. Bu gelirin de İİK 89. madde gereğince haczi mümkündür.³⁰⁵

5. Borçlunun Adi Şirket Hisselinin Haczi

a) Genel Olarak

Yukarıda adi şirkete ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, Türk Hukuku'nda, İsviçre ve Alman Hukukları'nda olduğu gibi, kollektif ve komandit şirketlerin aksine, adi şirketin tüzel kişiliğinin olmadığı, adi şirketin taraf ehliyetinin bulunmadığı, kanundan doğan bir elbirliği ortaklığı türlerinden biri olduğu, hususlarında ayrıntılı açıklamalar yapıldı. Ayrıca, Alman Hukuku'nda adi şirkete Alman Federal Mahkemesi'nin Kararı³⁰⁶ ile taraf ehliyetin tanındığı, buna karşılık, benzer hukuk sistemi içinde yer alan İsviçre Hukuku'nda ise Türk Hukuku'nda olduğu gibi adi şirkete taraf ehliyetinin tanınmadığı hususları üzerinde de duruldu.³⁰⁷

Adi şirketin ortaklarından herhangi birisinin şahsi borcundan dolayı borçlu ortağın adi şirket hissesinin haczinde,³⁰⁸ alacaklının durumu, diğer ticaret şirketlerinden, özellikle inceleme konumuz kapsamında yer alan, kollektif ve komandit şirketlerde bir ortağın şahsi borcundan dolayı takip yapmış ve haciz koydurmuş olan alacaklının durumundan, belirli hallerde farklılıklar gösterir. Türk Hukuku yönünden bu noktada en önemli fark adi şirketinin taraf ehliyetinin

³⁰⁵ Yavaş, **a.g.e.**, s. 167.

³⁰⁶ Alman Federal Mahkemesi'nin 29.01.2001 tarihli kararı.

³⁰⁷ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 255.

³⁰⁸ Adi şirket ortağının şahsi alacaklıları, öncelikle genel hükümlere göre ortağın diğer malvarlığı değerlerine müracaat edebilirler. Bunun yanında, ortağın şahsi alacaklısı dilerse doğrudan doğruya ortağın adi şirketteki haklarına ve tasfiye payına da müracaat edebilirler.

bulunmamasına rağmen kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri olduğundan dolayı taraf ehliyetlerinin bulunmasıdır. Bunun yanında, borçlu ortağın bu iki tür şirket nezdinde bulunan hisselerinin hacizleri arasındaki temel fark, adi şirket ortağının şahsi alacaklısı dilerse, ortağın kişisel mallarına, dilerse doğrudan ortağın adi şirket nezdindeki tasfiye hissesinin haczi yoluna gidebilir. Ancak, kollektif ve komandit şirket ortağının şahsi borcundan dolayı şirket hissesinin haczinin yapılabilmesi için öncelikle, şirket ortağının kişisel malları ile kâr payı ve faiz, masraf gibi alacakları haczedilmelidir.³⁰⁹ Bu sebeple, kollektif ve komandit şirketlerde şirket hissesinin haczedilerek şirketin tasfiyesinin istenmesi ikinci derecede yer almaktadır.

Borçlunun şahsi alacaklısı tarafından adi şirket nezdindeki hissesinin haczi uygulamada çok ciddi önem taşımaktadır. Zira belirli hallerde,³¹⁰ çeşitli kanunlar, mal ve kişi topluluklarına, adi şirket hükümlerinin uygulanacağını vurgulamıştır.³¹¹ Buna göre, kanunun adi şirket olarak kabul ettiği bu hallerde bu mal ya da kişi topluluklarının ortaklarının şahsi alacaklıları alacaklarını adi şirket hissesinin haczi hükümleri gereğince takip edebileceklerdir.

Buna göre, kanunlarda adi ortaklık sayılan haller aşağıdaki gibi sıralanabilir;

a) Bir ortaklık Türk Ticaret Kanununda sayılmış ortaklık tiplerinin niteliklerine sahip değilse, bu ortaklık adi ortaklık sayılır.³¹²

b) Anonim ortaklıkların kuruluşunda ve bu işlemin sonuna kadar kurucular arasında teşekkül eden bir ön ortaklık bulunduğu ve bu ortaklığa adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.³¹³

c) Dışarıya karşı hukuken var olmayan ve kanunda³¹⁴ düzenlenmiş iken yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'na alınmayan özel şirket ilişkisine adi şirket hükümleri uygulanır.

³⁰⁹ Y.11.HD. 2001/2874E. 2001/5081K. 4.6.2001T. (Karar yayımlanmamıştır)

³¹⁰ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 253; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 15.

³¹¹ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 253.

³¹² BK m. 520/II, TTK m. 156.

³¹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 16.

d) Joint Venture (ortak girişim) denilen iki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklık da, adi ortaklık hükümlerine tabidir.

e) Yarıcılık,³¹⁵ konsorsiyum ve kartel anlaşmaları da adi ortaklık hükümlerine tabidir.³¹⁶

Aşağıda öncelikle, adi şirket ortağının adi şirket nezdindeki mali haklarının haczi, daha sonra ise, adi şirket hissesinin haczi incelenecektir.

b) Adi Şirket Ortağının Adi Şirketteki Mali Haklarının Haczi

aa) Ortağın Ücret Alacağına Haczi

Adi şirketin işlerinin yürütmekle görevlendirilmiş olan yönetici ortak veya ortaklara şirket sözleşmesi ile ya da ortakların kararı ile ücret verilebilir.³¹⁷ Aksi halde, adi şirket ortağının kural olarak, adi şirketten ücret alacağı yoktur.³¹⁸

Adi şirketin ortağına ortaklık sözleşmesi ile ya da ortakların kararı ile ücret ödenmesi kararlaştırılırsa, ortağın bu ücret alacağı ortağın şahsi alacaklıları tarafından haczedilebilecektir. Çünkü ücretler istihkak işlemleri yapıldıktan sonra ortağın şahsi malvarlığına dâhil olur ve talep edilebilir hale gelir.³¹⁹ Ortakların bu türden alacakları, üçüncü şahısların alacakları gibi şirket malvarlığından, ortakların sermayelerine nazaran tahsil kabiliyetini haizdir.³²⁰ Ortakların ücret alacağı, şirkete konan sermaye ve tasfiye bakiyesinin aksine, doğrudan doğruya şahsi malvarlığına dâhil ve alacaklıların müşterek teminatı altında bulunduğundan, bu alacakların

³¹⁴ Eski TTK m. 518 – 526.

³¹⁵ Tarım alanında ülkemizde sıkça görülen yarıcılık da adi şirket hükümlerine tabidir. Yarıcılık da genel olarak görülen şudur; toprak sahibi tarlasından faydalanma hakkını ve işletme sermayesini, yarıcıda emeğini koyar; elde edilen mahsul veya tutarı taraflar arasında bölüşülür. Bkz. Karayaçın, **a.g.e.**, s. 83.

³¹⁶ Karayaçın, **a.g.e.**, s. 82.

³¹⁷ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 264; Domaniç **a.g.e.**, s. 81.

³¹⁸ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

³¹⁹ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

³²⁰ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

haczi için şirketin tasfiyesine lüzum olmadığı gibi, bu haklar üzerinde şirket alacaklılarının rüçhan hakları da yoktur.³²¹

Borçlunun adi şirketten olan ücret alacağı esasen üçüncü şahıstaki bir alacak hakkı niteliğinde olmasına rağmen, İcra ve İflas Kanunu'nda borçlunun haczedilen maaş veya ücretinin tahsili için İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinde öngörülen prosedürden daha basit bir prosedür öngörülmüştür.³²² Bu sebeple, borçlunun adi şirketten olan ücret alacağının haczi yönünden İİK'nın 89. maddesindeki usulün uygulanmasına gerek ve imkân yoktur.³²³ Adi şirket ortağının ortaklıktan olan ücret alacağı ortağın kişisel alacaklısı tarafından İcra ve İflas Kanunu'nun 83, 355 ve 356. maddelerinin hükümleri uyarınca haciz edilebilecektir.³²⁴

Borçlu ortağın ücretinin ne kadarının haczedilebileceğinin tespiti için, hacizden önce, borçlunun aldığı ücret miktarının bilinmesi gerekir.³²⁵ İcra takiplerinde ücretlerin ne oranında haczedilebileceği İİK'nın 83.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun ücret alacağı İİK 83. madde hükmüne göre, aylık ücretinin ¼'ünden aşağı olmamak üzere haciz edilir. Bu haciz işlemi adi şirkete ya da varsa ortaklığın yetkili temsilcisine³²⁶ veya diğer ortaklara tebligat yapılarak bildirilir.³²⁷ Zira adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından, şirketin ortaklar dışında ayrı bir hukuki ve iktisadi varlığı mevcut olmadığı için ne bir şirket adı vardır ne de şirket malvarlığı vardır. Adi şirket üçüncü şahıslara karşı sadece bir

³²¹ Şirket ortağının şahsi alacaklısı tarafından ortağın şirketteki ücret alacağı haczettirildiği zaman şirketten alacaklı olanlar imtiyaz haklarını burada ileri süremezler. (BK m.534). Çünkü şirket alacaklılarının ortakların şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile tasfiye bakiyesi üzerinde imtiyaz hakları vardır. Domaniç, (şirketler), **a.g.e.**, s. 427; Uygur, **a.g.e.**, s. 675.

³²² Yavaş, **a.g.e.**, s. 183.

³²³ “Borçlunun üçüncü şahsa ait müesseseden almakta olduğu maaşın dörtte biri haczedilerek icraya yatırılması lüzumu ihbar olunduğuna göre, hadiseye İİK'nın 355 ve 356. maddelerinin uygulanması gerekir.” (İİD. 11.12.1964T, 14508K. sayılı karar) Bkz, Uyar, **a.g.e.**, s. 9407; ayrıca, Bkz. Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 165.

³²⁴ Maaş ve ücretlerin haczi İcra İflas Kanunu m. 89'a göre değil, İİK m. 355'e göre yapılması gerekir. 12. HD 6.10.1983, 5307/7092; Uyar, C.I, **a.g.e.**, s. 2538.

³²⁵ İcra dairelerinden yapılacak tebligatın kanuni muhatapları, haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücret miktarını en geç 1 hafta içinde bildirmek ve borç ödeninceye kadar icra dairesinin tebligatı gereğince memur veya ücretlinin maaş ya da ücretinden haciz edilen miktarı kesip hemen icra dairesine göndermek zorundadır. (İİK m. 355/I) Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 447.

³²⁶ Bkz. Bisang, **a.g.e.**, s. 128.

³²⁷ Yukarıda da açıklandığı üzere, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için davada yada takipte taraf olabilme yeteneği de yoktur. Adi ortaklığı ilgilendiren takiplerde elbirliği mülkiyeti kuralları gereğince ya yetkili temsilciler ya da ortaklar hep birlikte hareket ederler.

sözleşme ile birbirine bağlanmış olan şahıslardan başka bir şeyi yoktur.³²⁸ Bu sebeple, adi şirketlere yapılacak tebligat hakkında tüzel kişilere yapılacak tebligata ilişkin hükümleri düzenleyen TK 12 ve 13. maddelerinin uygulanması söz konusu değildir.³²⁹ Adi şirkette bir hukuk sujesi olarak şirketin değil, ortakların birbirlerini temsil etmeleri söz konusudur.³³⁰ Bu sebeple, şirketi temsile yetkili olanlar, tüzel kişiliği olan şirketlerde olduğu gibi, tüzel kişiliği değil doğrudan doğruya ortakları temsil ederler ve onların temsilcisi sıfatıyla hareket ederler.

Bu halde, adi şirkette, adli işlere ilişkin tebligatın ortakların her birine yapılması gerekir. Ancak, şirket sözleşmesi ile yetkili kılınan şirketi temsile yetkili yöneticilere/müdürlere de tebligatın yapılması mümkündür. Bununla birlikte, şirkette kendilerine tebligat yapılacak ortaklarından ya da müdürlerinden hiçbirisi belirtilen adreste bulunmazlarsa, Tebligat Kanunu'nun 17. maddesine göre, tebligat aynı yerdeki daimi görevli veya müstahdemlerden birine de yapılabilir.³³¹ Bu itibarla, adi şirket ortağının şahsi borcundan dolayı ortağın ücret alacağının haczinde, ortaklıkta, iş yerinin yönetimi ile görevli ve ücret ödemesi yapan kimselere bu bildirimin yapılmasının haczin geçerli olabilmesi için yeterli olmalıdır.

Adi ortaklığa, yapılacak olan bu bildirim ile borçlunun ücretinin en az ¼'ünün haczedildiği, borçlunun ücret miktarının en geç bir hafta içinde icra dairesine bildirilmesi ve borç bitinceye kadar icra dairesinin bildirisi gereğince haczedilen ücret miktarının, borçlunun ücretinden kesilip, hemen icra dairesine gönderilmesi ihtar olunur.³³² Bu halde, ilgili ortak veya çalışanlar borçlunun durumundaki değişiklikleri de derhal icra dairesine bildirmek zorundadırlar.³³³

Ücret alacakları aynı zamanda beklenen alacak niteliğinde olduğundan, henüz doğmamış ancak ileride doğması muhtemel olan maaş ve ücret alacağı üzerine de konulabilecektir.³³⁴ İsviçre Hukuku'nda da beklenen alacakların haczi

³²⁸ TTK m.520; Bilgişin, (ticaret hukuku), **a.g.e.**, s. 110.

³²⁹ Muşul, (tebligat) **a.g.e.**, s. 205; Moroğlu, **a.g.m.**, s. 405.

³³⁰ BK m. 533; Moroğlu, **a.g.m.**, s. 404.

³³¹ Muşul, (tebligat) **a.g.e.**, s. 205; Moroğlu, **a.g.m.**, s. 405.

³³² İİK m. 355/I.

³³³ İİK m. 355/II.

³³⁴ Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 196. "Henüz doğmamış olmakla birlikte, tahakkuk etmesi muhtemel olan alacaklarda, yani beklenen alacaklar (zukünftige Forderungen); daha önceden alacağın

mümkündür.³³⁵ Bununla birlikte, İsviçre Hukuku'ndaki 17.01.1923 tarihli, elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin düzenlemeler getiren, yönetmeliğin 1. maddesinin III. fıkrasına göre,³³⁶ ancak bir yıl içinde muaccel olabilecek maaş ve ücretlerin haczi mümkündür.³³⁷ İsviçre Hukuku'nda ücret gibi devri edimlerin haczi yönünden bir süre sınırlamasının getirilmesinin en önemli nedeni, hem takip borçlusunun hem de alacaklılarının korunması gayretidir.³³⁸ İsviçre Hukuku'ndaki bu bir yıllık süre haczin uygulanmasından itibaren işlemeye başlayacaktır.³³⁹ Türk Hukuku'nda ise, İsviçre Hukuku'daki bu düzenlemenin aksine süre sınırlamasına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Borçlunun adi şirketteki ücret alacağının haczinde üzerinde durulması gereken bir takım hususlar vardır. Buna göre,

Borçlunun maaşının hangi halde $\frac{1}{4}$ 'ü, hangi halde ise, bu oranın daha fazla olması problemi ile karşımıza çıkabilir. Bu halde, borçlunun şirketten aldığı ücretin belli olmasından sonra, icra müdürü borçlunun aldığı ücretin oranına göre borçlunun maaşının $\frac{1}{4}$ 'ünden fazlasını haczedebilecektir. İcra müdürü haczi uygularken hadiseye uygun davranmaması ya da kanuna aykırı davranması halinde, İİK'nın m. 16 gereğince bu işlem icra mahkemesi nezdinde şikâyet konusu yapılabilecektir.³⁴⁰

Ayrıca, borçlunun adi şirketten olan ücret alacağı üzerinde birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde nasıl bir işlem uygulanacaktır? Bu halde, bu ücret hacizleri hacizlerin konuluş tarihlerine göre, sıraya konulması

vasfının tayin edilmesini kolaylaştıran bir hukuki temel varsa, haczedilebilir. Bu anlamda, alacağın miktarının belli olmaması önemli değildir. Bu noktada önemli olan bir hukuki ilişkinin veya beklenen alacağın doğumunu ihtimal dahilinde gösteren bir hukuki temelin mevcut olması gerekir. Buna karşılık, sadece ümitler yada ihtimaller dahilinde beklenen hakların haczedilmesi mümkün değildir.”

³³⁵ Jaeger, **a.g.e.**, 99, N 1 – 5, s.305; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 160.

³³⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 72-73.

³³⁷ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 1014.

³³⁸ Amonn/Gasser, **a.g.e.**, s. 175.

³³⁹ İsviçre Hukuku'nda, borçlunun söz konusu süre içindeki gelirinin haczedilmesine rağmen alacaklının alacağı yine de karşılanamıyorsa, alacağın kalan kısmı için tamamlama haczi yoluna gidilemez. İcra müdürünün bu halde, alacağın karşılanamayan kısmı için aciz vesikası düzenlemesi gerekir. (Amonn/Gasser, **a.g.e.**, s. 175).

³⁴⁰ Pekcanitez, (şikâyet) **a.g.e.**, s. 43.

gerekir. Bu varsayımda, sırada önce olan haczin kesintisi tamamlanmadıkça sonraki haciz için ücret alacağında kesintiye gidilemeyecektir.³⁴¹

Ücret alacağının haczinde İcra ve İflas Kanunu'nun 355. madde hükmüne uygun hareket etmemiş olanlar, İİK m. 356 gereğince, kesmedikleri veya kesip de ilk vasıta ile göndermedikleri para, ayrıca mahkemeden hüküm alınmasına gerek kalmaksızın, icra dairesi tarafından bu kimselerin ücretlerinden veya diğer mallarından alınır. Ayrıca, İİK'nın 357. maddesinde icra dairesinin kanuna uygun tebliğ ve emirlerini yerine getirmeyenler hakkında uygulanacak yaptırımında düzenlenmiştir. Buna göre, icra dairesi tarafından, kanuna göre yapılan tebliğ ve emirleri derhal yerine getirmeye ve sonucunu geciktirmeksizin yerine getirmeye icra dairesine bildirmeye ilgililer mecburdur. Geçerli bir sebep olmaksızın tebliğ ve emirleri yapmayanlar hakkında ait olduğu daire tarafından ön soruşturmaya gerek kalmaksızın Cumhuriyet Savcılığı tarafından doğrudan doğruya takibat yapılır.³⁴²

bb) Ortağın Kâr Payının, Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Haczi

Ortakların şirketten olan mali hakları yalnızca şirketten aldıkları ücretten ibaret değildir.³⁴³ Ücretin haricinde ortakların şirketten kâr payı, faiz, masraf ve avans türünden alacakları da olabilir.³⁴⁴

Bütün şirketlerde olduğu gibi adi şirketlerde de ortaklar müşterek gayelerine erişmek üzere giriştikleri faaliyet sonunda ortaklık malvarlıklarında bir artma arzu ederler, işte ortaklık faaliyetleri sonucunda ortaklık malvarlığında oluşan artış kâr olarak adlandırılır.³⁴⁵ Hesap dönemi sonunda, kâr payları ortaklara nakden ödenir. Ancak şirket sözleşmesinde hüküm bulunması halinde ya da yarıcılık olarak

³⁴¹ İİK m. 83/II.

³⁴² Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 447; İİK m.357.

³⁴³ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

³⁴⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 72.

³⁴⁵ Derneklerin aksine, münhasıran iktisadi maksatlarla kurulan şirketlerde kar, ortakların en önemli haklarıdır. Şirketten yada şirkete ortak olmanın temel amacı kar elde etmek ve bu karı ortakların arasında paylaşmaktır. Bu sebeple, her ortağın kardan yararlanması emredici bir hükümler teminat altına alınmıştır. BK'nın 522. madde hükmüne göre, “Şerikler mahiyeti icabınca şirkete ait olan bütün kazançları aralarında taksim ile mükelleftirler” Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 79.

nitelendirilen ortaklık türünde işin gereği hallerde kâr payı ayın olarak da ödenebilir.³⁴⁶

Ortaklık kâr payı hakkında Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinde yer alan karine uygulanmaz.³⁴⁷ Buna göre, bir dönem için alınan kâr payının tahsil edilmesi anında çekince konulmaması geçmiş dönem kâr paylarının alınmış olduğu anlamına gelmez.

Kural olarak, adi şirket ortaklarının sermaye paylarına faiz verilmemesine karşılık, şirket sözleşmesi ile veya ortakların kararı ile ortağın koyduğu sermaye payına faiz verilebilir.³⁴⁸ Bu halde, adi şirket ortaklarına faiz ödemekle yükümlü olacak ve ortağın şirketten olan faiz alacağı da ortağın şahsi alacaklıları tarafından haczedilebilecektir.

Ortaklardan birinin şirket işleri için yaptığı masraf ve borçlardan dolayı diğer ortaklar bu masrafı ya da borcu yapan ortağa karşı sorumludurlar. Bu sorumluluk şirket sözleşmesinde aksine şart olmadıkça, müteselsil değil, münferittir.³⁴⁹ Şirket nam ve hesabına ortaklar tarafından yapılan masraf ve ödenen avanslara faiz işletilmesi kanuni ve mecburidir.³⁵⁰

Görüldüğü üzere, adi şirket ortağının adi şirketten, kâr payı, faiz, masraf ve avans alacakları doğabilmektedir. Şirket ortağının bu tür alacakları, şirket ortağının alacaklılarına karşı, borçlunun üçüncü şahıs nezdinde olan alacakları niteliğindedir. Zira bu alacaklar, borçlunun bir kıymetli evraka bağlı olmayan yani hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlı bulunmayan alacaklarındandır.³⁵¹ Borçlunun üçüncü şahıs nezdinde bulunan hak ve alacaklarının haczi mümkün olup, bu hak ve alacaklar İcra ve İflas Kanunu'nun 89. madde hükümlerine göre, adi şirkete gönderilecek haciz ihbarnamesi ile haciz edilebilecektir.³⁵² İİK 89. maddesinin konulmasının amacı, borçlunun üçüncü kişilerden olan hak ve alacaklarının haczinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesini

³⁴⁶ Uygur, **a.g.e.**, s. 634.

³⁴⁷ Uygur, **a.g.e.**, s. 634.

³⁴⁸ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

³⁴⁹ BK m. 527.

³⁵⁰ BK m. 527/II.

³⁵¹ Yavaş, **a.g.e.**, s. 162.

³⁵² Yavaş, **a.g.e.**, s. 9, 162.

sağlanmasıdır.³⁵³ Aslında, bu madde hükmü bir muhafaza tedbiri olmasına rağmen, İcra İflas Kanunumuz mehzaz İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'ndan (SchKG) önemli ölçüde ayrılmış ve hükmü daha da ileriye götürmüştür. Böylece, borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları, alacaklının alacağına tahsis edilmek üzere, icra dairesi tarafından nasıl el konulacağı bu madde hükmüyle düzenlenmiştir.³⁵⁴ İsviçre Federal Borç için Takip Kanunu'nda, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesini karşılayan hüküm SchKG'nin Art. 99. maddesinde yer almakta ve bu hüküm sadece bir paragraftan oluşmaktadır.³⁵⁵

Borçlunun adi şirketteki masraf, avans, faiz ve kâr payı şeklindeki hak ve alacakları aynı zamanda taşınır mal niteliğinde olduklarından İcra ve İflas Kanunu'nun 88.maddesinin 1. fıkra hükmü gereğince de haczinin mümkün olacağı kanaatindeyiz.³⁵⁶ Zira esasen İİK 89. maddesi borçlunun 3. şahıslardaki hak ve alacaklarının haczinden sonra muhafazasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple, bu hak ve alacaklar, İİK 89. madde gereğince üçüncü şahıs konumundaki şirkete ihbarname göndermeksizin doğrudan İİK 88. madde gereğince de icra müdürü tarafından haczedilebilmelidir. Nitekim borçlunun üçüncü şahıs konumunda olan banka nezdinde olan mevduatının haczi İİK m. 89 hükmü gereğince yapılabileceği gibi İİK 88. madde hükmü gereğince de yapılabilecektir.³⁵⁷

Alacaklı tarafından borçlu adi şirket ortağının, şirketten kâr payı, faiz, avans ve masraf alacaklarının bulunduğu ve borçlunun bu hak ve alacaklarının haczini istediğini bildirmesi üzerine, icra müdürü bu haciz talebi üzerine böyle bir

³⁵³ Yavaş, **a.g.e.**, s. 1; Ögütçü/Çitoğlu, **a.g.e.**, s. 476; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 216.

³⁵⁴ Gürdoğan (icra), **a.g.e.**, s. 82; Yavaş, **a.g.e.**, s. 2.

³⁵⁵ Bkz. Jaeger, **a.g.e.**, s. 304vd.

³⁵⁶ “İİK’nın 88. maddesi haczolunan banknotları, hamiline ait senetleri poliçe ve sair cirosu kabil senetleri icra dairesinin muhafaza edeceğini belirtmiştir. İİK 89. madde hamiline ait olmayan ve cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan alacakların haczine mütedairdir. Olayda haczi talep edilen alacak, cirosu kabil bir senede müstenit bulunduğundan 89. maddenin uygulanması mümkün olmayıp, haczin 87 ve 88. maddeye göre yapılması gerekir. İİD. 29.03.1966T.E.3448, K:3361, Bkz. Karayazgan/Varol, **a.g.e.**, s. 227.

³⁵⁷ “Borçlunun üçüncü kişideki (bankadaki) alacağı (mevduatı) haczinin menkul haczi gibi yapılacağı, ancak, bankadaki mevduat hakkında haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline (bankaya) gidilmesine gerek olmadığı, haciz tutanağının icra dairesinde düzenlenip haczi yapan memur, alacaklı ve borçlu tarafından imza edileceği bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesinin haczin tekemmülü için şart olmayıp, bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbiri olduğu...” HGK., 1.12.1999, E.1999/12-1003, K.1999/1017 Muşul, (İİK) **a.g.e.**, s. 361; “Bankalardaki mevduat haczinin mutlaka İİK’nın 89.maddesine göre haczi gerekmez. Bankadaki mevduatın haczi için doğrudan müzekkere yazılarak hesaptaki paranın haczine engel bir hüküm bulunmadığı...” Y.12 HD. 17.2.2000, E.2000/1178, K.2000/2594 – YKD., Ağustos 2000/8, s. 1227.

alacağı haczedip bunu haciz tutanağına geçirir ve haczi borçluya (adi şirketin yetkilisine) İİK 103.madde gereğince bildirir. Böylece, borçlunun adi şirketteki bu alacakları haczedilmiş olur. İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinde öngörülen işlemler ise, haczedilmiş olan alacak için gerçekleştirilen muhafaza tedbirleridir.³⁵⁸ Zira haczin tamamlanması ile haciz ihbarnamesinin üçüncü şahsa tebliği arasında hiçbir ilişki olmayıp, iki kavram birbirinden tamamen farklıdır.³⁵⁹ İİK m. 88'in üst başlığı "Mahcuz malları muhafaza tedbirleri"dir. Doktrinde de haciz ihbarnamesinin bir muhafaza tedbiri olarak görülmesi gerektiği fikri hâkimdir.³⁶⁰ Bu itibarla, haciz ihbarnamesinin üçüncü şahsa tebliği, alacak haczinin geçerlilik şartı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.³⁶¹

Borçlunun adi şirket nezdinde olan bu alacakları icra dairesi tarafından haczedildikten sonra, üçüncü şahıs konumunda olan adi şirketin yetkili temsilcisine veya varsa bu işlemleri yapan çalışanlarına onlar da yoksa bütün ortaklara birer haciz ihbarnamesi gönderilir.³⁶² Gönderilen bu ihbarname birinci haciz ihbarnamesi olarak adlandırılır. Bu ihbarname ile adi şirkete, takip borçlusu ortağın, şirketten olan kâr payı, faiz, avans ve masraf alacaklarına haciz konulduğu, bundan böyle adi şirket tarafından bu alacaklara karşılık yapılacak olan ödemelerin icra dairesine yapılması gerektiği, aksi halde, takip borçlusuna yapılacak olan ödemelerin geçerli olmayacağı bildirilir. Ayrıca, üçüncü şahıs şirkete, birinci haciz ihbarnamesi ile istenilen alacağa karşı bir itirazlarının olması halinde, bu itirazlarını yedi gün içinde icra dairesine bildirmelerini, bildirmezse borcun zimmetinde sayılacağı bildirilir.

³⁵⁸ Yavas, **a.g.e.**, s. 17; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 272; Kuru, (değişiklikler) **a.g.e.**, s. 61; Kuru (icra elkitabı), **a.g.e.**, s. 406; Jaeger/Walder/Kull/Kottman, s. 513; BGE 109 III 11.

³⁵⁹ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 1014 "İsviçre Hukuku'nda bir görüşe göre, haczin uygulanmasından önce de üçüncü şahsa haciz ihbarnamesinin gönderilebilmesi mümkündür."

³⁶⁰ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 88; Uyar, (üçüncü şahıslarda bulunan alacaklar) **a.g.e.**, s. 1008; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 194 "haczin tamamlanması için üçüncü şahsa İİK'nın 89.maddesi gereğince haciz ihbarnamesinin e ayrıca tebliğ edilmiş olması şart değildir. İİK'nın 88.maddesinin üst başlığında da belirtildiği gibi üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi gönderilmesi, üçüncü şahıstaki alacağın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbiridir." (12.HD 7.4.1999T, 3933E, 4357K. sayılı Karar., Kuru, (icra iflas), C.I, **a.g.e.**, s. 691); Jaeger/Walder/Kull/Kottman, **a.g.e.**, s.512; BGE 109 III 12; Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s.1014.

³⁶¹ BGE 109 III 12; "üçüncü şahsa haciz ihbarnamesinin SchKG Art 99 a göre tebliğ edilmiş olması haczin geçerlilik şartı değildir. BGE 74 III 3.

³⁶² Üçüncü şahıs konumunda bulunan adi şirket, takibin yapıldığı icra dairesinin yargı yetkisi dışında ise, takibin yapıldığı icra dairesi haciz ihbarnamesini istinabe işleminde bulunmaksızın doğrudan üçüncü şahıs konumundaki adi şirkete gönderebilmelidir.

Adi şirketin birinci haciz ihbarnamesini tebellüğ etmesinden itibaren yedi gün içinde haciz ihbarnamesine itiraz etmemesi halinde, borç adi şirketin zimmetinde sayılacaktır. Üçüncü şahıs konumunda olan adi şirketin haciz ihbarnamesine itiraz etmemesi ile borç zimmetinde sayıldığından bu durum üçüncü şahsa ikinci haciz ihbarnamesi³⁶³ ile bildirilecek³⁶⁴ ve uhdesinde sayılan borcun bundan sonra hacizli dosya borcu kapanana kadar icra dairesine ödenmesinin gerektiği hususu bildirilecektir.³⁶⁵

c) Adi Şirket Ortağının Şirketteki Ortaklık Payının Haczi

aa) Tasfiye Payının Haczi ve Adi Şirketin Feshi

Türk Borçlar Kanunu’nun 535. maddesinde adi şirketin sona erme sebepleri sayılmıştır. Borçlar Kanunu’nun 535 maddesinin III. fıkra hükmüne göre, “Şeriklerden birinin tasfiyedeki hissesi hakkında cebri icra vukuu ile yahut bir şerikin müflis olması veya haczedilmesi;” adi şirketin sona erme sebepleri arasında sayılmıştır. Görüldüğü üzere, Türk Hukuku’nda adi şirket ortağının adi şirket nezdindeki hissesinin haczedilmesi adi şirketin fesih sebebi olarak Türk Borçlar Kanunu’nda yer almasına karşılık, İsviçre Hukuku’nda³⁶⁶ İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) 545/III’e göre, adi şirketin sona ermesi adi şirket ortağının tasfiye hissesinin haczedildiği anda değil,³⁶⁷ haczedilen tasfiye hissesinin paraya çevrilmesi ile infisah edecektir.³⁶⁸ Bu sebeple, İsviçre Hukuku’nda haczedilen hissenin paraya çevrilmesine kadar adi şirketin tasfiyesinin önlenmesi mümkündür.³⁶⁹ Öte yandan, Türk Hukuku’nda ise, adi şirketin ortaklarından birinin şahsi alacaklısı tarafından ortağın adi şirketteki tasfiye hissesinin haczedilmesi

³⁶³ Kâr payı ortak adına tahakkuk ettikten sonra icra dairesine yatırılması gerekir. Aksi takdirde şirket yetkililerini İİK 89. madde gereğince sorumlulukları doğar. Gönderilen haciz ihbarnamesi üzerine borçlu ortağın herhangi bir alacağı veya kar payı tahakkuk ettiği takdirde bu parayı icra dairesine göndereceğini bildirirse, şirkete ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmez. Y.12.HD. 21.9.2989, 8994/10921 ; Uyar, C.I, **a.g.e.**, s. 2524.

³⁶⁴ Bu ikinci ihbarnamede ayrıca, üçüncü şahsın ihbarnamenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ikinci fıkra da belirtilen sebeplerle itiraz da bulunması, itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi istenir. İİK m.83 /III.

³⁶⁵ Yavaş, **a.g.e.**, s. 30.

³⁶⁶ OR Art. 545.

³⁶⁷ OR. Art. 545/3 “wenn der Liquidationsanteil einer Gesellschafters zur Zwangverwertung gelangt oder...”

³⁶⁸ Bisang, **a.g.e.**, s.128; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 270; Siegwart, Komm. m.545., s. 183.

³⁶⁹ Siegwart, Komm. **a.g.e.**, m. 547., N. 11.

halinde, bu sebep adi şirketin sona erme sebepleri arasında sayılmıştır. Böylece, Türk Hukuku'nda adi şirket ortağının hissesi haczedilince adi şirket infisah edeceğinden, adi şirketin tasfiye işlemlerine başlanması gerekecektir.³⁷⁰

Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'nun aksine, kural olarak, adi şirket ortağının ortaklık hissesinin haczi ile ortaklık ilişkisi sona ermez. İsviçre Hukuku'ndaki bu düzenlemenin tarafların menfaatlerine daha uygun olduğu savunulabilir, zira alacaklının sadece haciz koydurması ve hisseyi paraya çevirmemesi halinde ortaklığın infisahtan kurtarılabilmesi mümkündür. Ancak, öte yandan, Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin isabetli noktası ise, alacaklı her ne kadar haczettiği borçlunun tasfiye hissesinin satışını talep etmese dahi, alacaklının haczi sonucunda şahıs unsurunun önemli olduğu bir şirket daha ne kadar süre ile infisah etmeden devam edecektir. Bu halde de adi şirketin infisah etmeksizin devam etmesi diğer ortaklar için tehlike teşkil edebilecektir. Bu sebeple, kanaatimizce adi şirket ortağının hissesinin haczedilmesi ile şirketin derhal infisah etmesi isabetli bir düzenleme olmamakla birlikte, bu halde, diğer ortaklara şirketi kendi aralarında devam ettirebilme ya da hacizli ortak ile birlikte belirli bir süre şirketi devam ettirebilme imkanı tanınmalıdır.

Alacaklının alacağını haciz ettiği adi şirket hissesinden alabilmesi için ortaklar arasındaki elbirliği mülkiyeti ilişkisinin çözülmesi gerekir, bunun içinde adi şirketin fesih olunarak tasfiye edilmesi gerekir. Bu sebeple, ortağın adi şirketteki tasfiye payı haczedilerek cebri paraya çevrilmesi ortağın şahsi alacaklısı lehine konulmuş olan adi şirketin sona erme sebebidir.³⁷¹

Borçlar Kanunu'nun 535. maddesinin 3. bendinde öngörülmüş olan sona erme nedenleri ortağın şahsi alacaklısının korunması için konulmuş olduğundan, ortağın şahsi alacaklısının hukuki durumu ortakların birbirleri ile anlaşması ile ağırlaştırılmaz.³⁷² Bununla birlikte, alacaklıya borçlu ortağın tasfiye payının verilmesi yerine, ortaklığın tasfiyesine gidilmeksizin, tasfiye payının yerini tutacak bir tazminatın ortağın şahsi alacaklısına ortaklık payı yerine geçmek suretiyle ödenmesi ve böylece de, diğer ortakların ortaklığı kendi aralarında devam etmeleri

³⁷⁰ Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 148.

³⁷¹ Becker, (İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi), **a.g.e.**, s. 1225.

³⁷² Becker, **a.g.e.**, s. 1225.

tarafların menfaatlerine daha uygun düşebilecektir. Ancak, böyle bir tazminatın ödenerek ortaklığın devamı için ortağın şahsi alacaklısı ve diğer ortakların mutlaka uzlaşmaları gerekir.³⁷³

Tasfiye payı veya tasfiye bakiyesi şirketin tasfiye edilmesi halinde doğan ve tasfiye devresinin kârı niteliğinde bir haktır.³⁷⁴ Tasfiye payı ile şirketin tasfiyesi sonucunda borçlu ortağa iade edilecek olan sermaye payı ile tasfiye kârı ifade edilmektedir.³⁷⁵

Şirketin feshi ile şirketin tasfiyesi ayrı hukuki işlemlerdir. Zira, adi şirketler, BK 535.maddesinde sayılan sebeplerle ya da ortakların iradesinden doğan sebeplerle fesih edilebilir.³⁷⁶ Adi şirketlerin fesih sebeplerinden bir tanesi de yukarıda ifade edildiği üzere ortaklardan bir tanesinin tasfiye hissesi hakkında cebri icranın gerçekleşmiş olmasıdır.³⁷⁷ Bununla birlikte, ortağın şahsi alacaklısı tarafından tasfiye hissesi hakkında cebri icra gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu haczin şirketin feshine sebep olabilmesi için, haczin mutlaka tasfiye bakiyesine yönelik olması, yani şirketin feshini gaye edinmiş olması gereklidir.³⁷⁸ Şirketin tasfiye bakiyesine yönelik bir haciz ile şirketin ortakları arasındaki bağ kopacağından bu haciz şirketin feshini amaç edinecektir.³⁷⁹

Görüldüğü üzere, adi şirket ortağının şahsi borcu nedeniyle, borçlunun ortağı olduğu şirketinin mallarının doğrudan doğruya haciz edilmesi mümkün değildir.³⁸⁰ Ayrıca, ortağın şirketteki kâr payı, ücret, masraf ve avans alacaklarının

³⁷³ Diğer ortaklar hukuki durumu tek taraflı olarak değiştiremeyeceklerinden mutlaka alacaklının da rızası olmalıdır. Ancak, tarafları uzlaşmaya zorlayan bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Becker, **a.g.e.**, 1126.

³⁷⁴ BK: m.539 (OR Art. 549) Uyar, “Adi Şirketlerde Şirket Hisselinin Haczi”, **Çözüm Dergisi**, 1985/10 s. 48.

³⁷⁵ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 82.

³⁷⁶ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 424, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 55; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 99; Uygur, **a.g.e.**, s. 673, Çevik, **a.g.e.**, s. 93.

³⁷⁷ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 107.

³⁷⁸ Şirketin fesih ve tasfiyesine gidilmeksizin, ortağın şirketteki kar payı alacağı, ücret ve sair alacakları, İİK 89’a göre haciz edilecektir. Ortakların şirketten bu türden olan alacakları, şirket malvarlığına dahil olmadığından ve ortakların doğrudan şahsi malvarlıkları içinde yer aldığından, bu tür hak ve alacakların haczi için şirketin tasfiyesine gerek olmadığı gibi bu haklar üzerinde şirket alacaklılarının da rüçhan hakları yoktur. Buna karşılık, ortakların şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile tasfiye bakiyesi üzerinde şirket alacaklılarının imtiyaz hakları vardır. (BK m. 534) Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 108.

³⁷⁹ Domaniç, (şerh) **a.g.e.**, s. 425.

³⁸⁰ Uyar, (adi şirket) s. 49; 13. HD. 24.5.1982, 3318/3685.

haczinde şirketin fesih ve tasfiyesine de gerek yoktur. Buna karşılık, alacaklı tarafından ortağın şirketteki tasfiye payına haciz konulması halinde, kural olarak, şirketin fesih ve tasfiyesi gerekir.³⁸¹

İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesine göre,³⁸² "...taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse,..." şeklinde hüküm koyarak adi şirketin tasfiye payının haczinin İİK 94.maddesinde yer alan prosedüre uygun bir şekilde haczedilebileceğini düzenlemiştir.³⁸³ Buna göre, icra müdürü, borçlunun ortaklık payını haczedince bu durumu adi şirkete bildirecektir.³⁸⁴ Kanuna göre, icra müdürü bu haczi yerleşim yeri bilinen üçüncü şahıslara ihbar eder.³⁸⁵ Bu bildirim muhafaza tedbiri niteliğindedir. Zira bu bildirim sayesinde diğer bütün ortakların anlaşarak hissesi haczedilen ortağın payının üçüncü bir kimseye devri de engellenmiş olur.

Hacizden şirketin diğer ortak ve şirket yetkililerinin haberdar edilerek, hisse üzerinde yapılacak tasarruflar konusunda icra dairesinin görüşünün alınması, borçluya hissesi ile ilgili yapılacak olan her türlü tebligatın bundan böyle icra dairesine yapılması ve borçlunun muvafakatının alınması gereken bütün müşterek tasarruflar için borçlunun yerine icra dairesinin muvafakatının alınmasının gerektiği icra müdürü tarafından bildirilir.³⁸⁶ Bu bildirim ile ortakların aralarında danışıklı olarak diğer ortağın şirket nezdindeki hisselerini devir almaları önlenmiş olur. Ayrıca, diğer ortaklara yapılan tebligat ile artık borçlu ortağa yapılacak tebligatların icra dairesine yapılması ve şirketin işlerinden icra dairesinin haberdar edilmesi ve oybirliği ile yapılacak işlemlerde icra dairesinin alacaklının muvafakatının alınması

³⁸¹ Bu halde, diğer ortaklar, hissesine haciz konulan ortağın şirketten çıkarıp kendi aralarında şirketin devamını sağlayabilirler. Bu halde, amaca uygun yorum yapılmalı ve bu olasılık mümkün olabilmelidir. Esasen BK 535/3 hükmü karşısında adi şirket ortağının ortaklık hissesi haczedilmesi ile şirket sona ermiş olmaktadır. Buna karşılık, İsv. BK 545. maddesine göre, ortaklık hissesinin haczedilmesi ile şirket sona ermiş sayılmaz. Haczedilen ortaklık payının satılması ile şirket sona erer. Bu sebeple, bu hüküm mehaça uygun yorumlanmalıdır. Aksi halde, menfaatler dengesine uygun düşmez.

³⁸² İİK 94.maddesinin üst başlığı iştirak halinde tasarruf edilen mallar demekle beraber, maddenin metninde "şirket" kelimesi de kullanıldığından maksadın adi şirketleri de içine aldığı haklı olarak kabul edilmiştir. Bkz. Ansay, **a.g.e.**, s. 145; Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 81; Domanic, (şirketler) **a.g.e.**, s. 37.

³⁸³ Borçlunun adi şirketteki tasfiye payının haczi, adi şirketin son bulmasına (fesih ve tasfiye edilmesine) sebebiyet verir. BK m.535, Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 436.

³⁸⁴ Şirketin yetkili temsilcilerine ve diğer ortaklara bildirecektir.

³⁸⁵ 4949 sayılı kanunla değişik, İİK m. 94.

³⁸⁶ Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 81.

da istenir. Bu şekilde, borçlu ortağın hissesi üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Bunun sonucu olarak borçlunun hissesi üzerindeki tasarruf yetkisi İİK 86. madde anlamında da kısıtlanmış olur.³⁸⁷ Yapılacak olan bu bildirim ile ortaklara ödemeler yapılacaksa yapılacak olan bu ödemelerin de haciz işleminden sonra icra dairesine yapılmasının gerektiği hususu bildirilir. Ortakların bu bildirimine rağmen borçlu ortağın hissesine düşecek olan ödemeleri icra dairesi yerine, borçlu ortağa ödemeleri halinde, icra dairesine ikinci bir ödeme yapmak zorunda kalabileceklerdir.³⁸⁸

Borçlunun adi şirket nezdinde bulunan hissesinin haciz edilmesi, adi şirket için fesih sebebi olsa da, tasfiye bitene kadar ortaklar arasındaki adi şirket ilişkisi devam eder. Zira şirket sözleşmesinin sona ermesi ortaklar arasındaki gaye birliğinin çözülmesi demektir. Ortaklar arasındaki hukuki bağ ise tasfiye tamamlanmadan sona ermez. Adi şirketin sona ermesi ile şirket tasfiye aşamasına geçmiş olur.³⁸⁹

Borçlunun adi şirketteki tasfiye payına haciz konulduktan sonra, alacaklının alacağını elde edebilmesi için, taraflar arasındaki elbirliği halinde mülkiyet ilişkisinin mutlaka çözülmesi gerekir. Bunun gerçekleştirilebilmesi içinde adi şirketin tasfiye edilmesi lazımdır.

bb) Tasfiye Halinde Olan Adi Şirkette Ortağın Tasfiye Payının Haczi

Adi şirketin sona erme sebepleri Borçlar Kanunu'nun 535 ve 536. maddelerinde sayılmıştır.³⁹⁰ Buna göre, BK 535. maddesinde adi şirketin genel olarak sona erme sebepleri düzenlenmiştir. BK. 536. maddesinde ise, belirsiz süreli olarak kurulan şirketin sone erme sebebi düzenlenmiştir.³⁹¹ Adi şirket ortaklığının sona ermesi ile ortaklar arasındaki ortaklık bağları çözüldüğünden ortaklık sözleşmesi ile ortak amaca tahsis edilmiş olan malvarlığı da tasfiye edilir.

³⁸⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 119.

³⁸⁸ Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 146.

³⁸⁹ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 105; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 55.

³⁹⁰ Bu hükümler, İsviçre Hukuku'nda, OR Art. 545 ve 546. maddelerde düzenlenmiştir.

³⁹¹ Adi şirket sona erme sebepleri iradi olan ve iradi olmayan şeklinde sınıflandırılabilir.

Adi şirketin sona ermesi ile şirketin yöneticilerinin yetkileri belirli istisnalar dışında tamamen kalkar.³⁹² Bu sebeple, şirket yöneticilerinin yetkileri şirketin tasfiye işlemlerini yapıyorlarsa sadece tasfiye işlemleri ile sınırlı olarak devam eder. Şirketin sona ermesiyle ortaklar kural olarak tasfiye işlemlerini birlikte yapmak zorundadırlar.³⁹³ Tasfiyeye katılmak her bir ortak için bir borç olduğu kadar aynı zamanda da bir hak da teşkil eder.³⁹⁴ Bu sebeple, kural olarak bütün ortaklar tasfiye memuru sıfat ve hakkına sahiplerdir. Bununla birlikte, ortaklar oybirliğiyle karar vermek suretiyle³⁹⁵ aralarından birini veya birkaçını tasfiyeye memuru olarak tayin etmelerine ya da dışarıdan bir ya da daha fazla tasfiye memuru tayin etmelerine herhangi hukuki engel yoktur.³⁹⁶ Ortaklar tarafından birden fazla tasfiye memuru tayin edilmesi halinde tasfiye işlemleri tayin olunan tasfiye memurları tarafından birlikte yapılmalıdır. Zira bu halde, tasfiye halen devam ettiğinden elbirliği mülkiyeti henüz çözülmemiştir.

Tasfiye sırasında, ortaklığın tasfiyesi ile görevli kişiler, şirketin alacaklarını tahsil ederler ve borçlarını öderler. Tasfiyenin sonucunda geriye malvarlığı kalırsa, bu malvarlığına tasfiye bakiyesi denir.³⁹⁷ Tasfiye bakiyesi ise ortaklar arasında hakları ölçüsünde paylaştırılacaktır. Bu itibarla, tasfiyesi devam etmekte olan adi şirket nezdindeki bir ortağın tasfiye payı da o ortağın malvarlığı değerini oluşturur.

Adi şirket ortağının şahsi alacaklısı borçlu ortağın tasfiyesi devam etmekte olan adi şirket nezdindeki tasfiye payının da haczini talep edebilir. Tasfiye payı, tasfiyesi yapılmakta olan bir şirketteki alacak olduğundan, bu alacak borçlunun üçüncü kişi nezdindeki mal ve alacakları niteliğindedir. Bu sebeple, tasfiyesi yapılmakta olan bir adi şirketteki borçlu ortağın tasfiye payının haczinde iki farklı durum ile karşımıza çıkabilir;

Tasfiyeye giren adi şirket tasfiye devam ettiği sürece adi ortakların ortaklık konusu mallar, haklar ve alacaklar yönünden elbirliği mülkiyeti ilişkileri devam

³⁹² Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 114.

³⁹³ BK m. 540/I.

³⁹⁴ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 115.

³⁹⁵ BK m. 524 ve 525.

³⁹⁶ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 115.

³⁹⁷ Tasfiye payı, şirket ortağının tasfiyesi devam eden bir şirketteki alacağıdır.

ettiğinden, bu halde adi ortağın adi şirketteki tasfiye payı İcra ve İflas Kanunu'nun 94. madde hükmü gereğince haczedilebilecektir.

Buna karşılık, tasfiyeye giren adi şirketin tasfiyesi tamamlanmış olabilir ve ortaklar arasındaki elbirliği mülkiyeti ilişkisi de çözülmüşse, ancak adi şirket ortağının tasfiye bakiyesi henüz kendisine ödenmemişse, bu halde adi şirket ortağının şirketin tasfiyesini yürütmekle görevli kişilerden tasfiye bakiyesini talep etme hakkı bulunduğundan, ortağın bu hakkı kural olarak ortağın üçüncü kişilerden olan alacağı niteliğinde bulunduğundan ortağın tasfiye bakiyesi alacağı ortağın şahsi alacaklıları tarafından İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesi gereğince haczedilebilecektir.³⁹⁸

Alacaklının haciz talebi üzerine, icra müdürü tarafından borçlunun tasfiye edilmekte olan adi şirketteki tasfiye payının haczedildiğini hususu haciz tutanağına geçirilir.³⁹⁹ Tasfiye payının haciz edildiğine ilişkin olarak haciz tutanağının düzenlenmesinden sonra icra müdürlüğü tarafından düzenlenecek olan birinci haciz ihbarnamesi adi şirketin tasfiyesini yürütmekle görevli olan tasfiye memurlarına tebliğ edilir. Ayrıca, adi şirket tasfiye memurlarına, borçlu ortağın tasfiye payı ile ilgili olarak borçlu ortağa herhangi bir ödeme de bulunmamaları ve hacze ilişkin bir itirazlarının olması halinde, yedi gün içinde bu itirazlarını icra dairesine bildirmeleri istenir. Bu halde, borçlunun faiz, ücret, masraf ve avans alacakları muaccel alacaklar olduğu için birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine itiraz edilmemesi halinde borç tasfiye halindeki şirketin zimmetinde sayılacaktır. Kâr payı ve tasfiye payının haczinde ise, kâr payı yıllık bilânçonun yapılması halinde belli olacağından, bundan dolayı haciz ihbarnamelerine itiraz için şirketin fesih ve tasfiyesini beklemeye gerek yoktur.⁴⁰⁰ Yıllık bilânçonun hazır olması halinde kâr payı hakkına ilişkin olarak haciz ihbarnamesine cevap verilebilir. Öte yandan, haciz ihbarnamesi ile belirlenmek istenen husus borçlunun gerçekten o şirketin ortağı olup olmadığıdır. Bu sebeple, haciz ihbarnamesine cevap verebilmek için kâr payının

³⁹⁸ Yavaş, **a.g.e.**, s. 3.

³⁹⁹ İİK m. 103 gereğince tasfiye payının haczedildiği hususu da borçluya bildirilmelidir.

⁴⁰⁰ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 668.

veya tasfiye payının para olarak belli olmasına da gerek olmadığı da savunulmaktadır.⁴⁰¹

Haciz ihbarnameleri ile tespit edilmek istenen ilk husus borçlunun o adi şirketin ortağı olup olmadığının belirlenmesidir. Bu sebeple, adi şirket haciz ihbarnamelerine itiraz etmez ve menfî tespit davası da açmazsa, o kişinin adi şirketin ortağı olduğunu ve bilânço yapılıncâ kâr payının ödeneceğini kabul etmiş sayılmalıdır.⁴⁰²

Tasfiye halinde bir adi şirketin hissesinin haczi için haciz ihbarnamesi gönderilmesi halinde ve şirketin tasfiyesi henüz sonuçlanmamış olması nedeniyle borçlunun tasfiye payı henüz bilinemediğinden, itirazlar için sürenin ne zaman başlayacağı üzerinde durulmalıdır. Acaba bu halde süre tasfiyenin belirlenmesinden sonra mı, yoksa ihbarnamenin tasfiye halindeki şirket yetkililerine tebliğ edildiği anda mı başlar? Yargıtay Kararı'nda⁴⁰³ henüz miktarı belli olmayan alacaklarda haciz ihbarnamelerine itiraz süresinin başlangıcını alacağın belirlenmesinden sonraya bırakmaktadır, ancak bu halde, alacaklı bu cevabın aksini ispat etmek için icra mahkemesine başvurmak için süreyi kaçırmış olacaktır.⁴⁰⁴

D. Haciz Tutanağı

Haczi yapan icra müdürü haczedeceği malı görüp inceler ve bu malın haczedilip haczedilemeyeceğine karar verir.⁴⁰⁵ Haciz edilmesi talep edilen malın, İİK 82. maddesinde sayılan mallardan olması halinde,⁴⁰⁶ haciz talebi yerine getirilmeyecektir.⁴⁰⁷ Bu halde, icra müdürünün bu işlemine karşı şikayet yolu ile icra mahkemesine gidilebilecektir.⁴⁰⁸

⁴⁰¹ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 668.

⁴⁰² Şirketin haciz ihbarnamelerine cevap verme zorunluluğu haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 7 gündür. Burada şirketin cevap verme zorunluluğu kar payının hesaplanmasından sonra doğmaz. Zira şirketin bilançosu yapıldıktan sonra borçlunun bu şirketin ortağı olmadığının ortaya çıkması halinde alacaklı icra mahkemesine başvurmakta gecikmiş olur ve zarara uğraması muhtemeldir.

⁴⁰³ İİD 24.3.1961, 2189 /2895 Kuru, (icra iflas) C. I, **a.g.e.**, s. 668.

⁴⁰⁴ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 669.

⁴⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s.257; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 419.

⁴⁰⁶ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 168.

⁴⁰⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 173; Bisang, **a.g.e.**, s. 85

⁴⁰⁸ Pekcanitez, (şikayet) **a.g.e.**, s. 43.

Haczedilmesi talep edilen mal haczi mümkün olan mallardan ise ve malın haczine karar verilmesi halinde, icra müdürü haczine karar verdiği malın kıymetini takdir eder.⁴⁰⁹ İcra müdürü haciz sırasında düzenlediği tutanağa,⁴¹⁰ haciz ettiği malları ve bu malların kıymetini yazar.⁴¹¹ İşte icra müdürünün haczin uygulanması sırasında düzenlediği haczi ispata yarayan haciz mahallinde düzenlenen tutanağa haciz tutanağı denir.⁴¹² 11.04.2005 tarihli yeni İcra ve İflas Kanunu yönetmeliği'nin⁴¹³ 42. maddesinin ikinci fıkra hükmü gereğince haciz tutanağının altı haczi yapan memur, hazır bulunan alacaklı, varsa temsilcisi veya vekili; borçlu varsa temsilcisi veya vekili veya haciz sırasında hazır bulunan diğer kişiler tarafından imzalanır. Böylece, yeni yönetmelik hükmü ile haciz tutanağının ispat vasıtası olduğu hususu tarafların imzaları açıkça aranarak vurgulanmıştır. İsviçre Hukuku'nda haciz tutanağı bir protokol şeklinde olup, bu protokolün altı sadece memur tarafından imzalanır.⁴¹⁴

Haciz tutanağına icra takibinin taraflarının adları, alacak miktarı, haczin günü ve saati; haczedilen malın neler olduğu ve tahmini değeri; varsa üçüncü kişilerin istihkak iddiaları,⁴¹⁵ evvelce ihtiyati haciz konulmuşsa ihtiyati haciz sahibinin geçici iştirak hakkı şerhi⁴¹⁶ yer almalıdır.⁴¹⁷

Kural olarak haciz tutanağında haczedilen mallar ve bu malların tahmini değerleri gösterilmelidir. Böylece, sadece tutanakta gösterilen mallar yönünden borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlamış olur ve sadece bu mallar paraya çevrilebilir.⁴¹⁸ Bu sebeple, haciz tutanağında haczedilen malın ne olduğu tam olarak açıklanmalıdır. Tutanakta zikredilmiş olan mallara haciz edilmiş olarak

⁴⁰⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 110; İİK m. 87.

⁴¹⁰ İİK m.102, 104; İİK yeni yönetmelik (RG; 11.04.2005 tarih s. 25783) m. 41, Belgesay (icra), **a.g.e.**, s. 315; Postacioğlu (icra), **a.g.e.**, s. 303; Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 168, Kuru/Aslan/Yılmaz (icra), **a.g.e.**, s. 257.

⁴¹¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 110; İİK m.102.

⁴¹² Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 168 Kuru/Aslan/Yılmaz, (icra), **a.g.e.**, s. 257; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 419.

⁴¹³ (RG; 11.04.2005 tarih S. 25783).

⁴¹⁴ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 163; Bisang, **a.g.e.**, s. 111; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 113.

⁴¹⁵ Haciz tutanağında yazılması gereken en önemli hususlardan bir tanesi mahcuz mal hakkında üçüncü şahısların iddialarına yer verilmesi lüzumudur. Bu şekilde hareket edilen hallerde, mahcuz mala istihkak davasının süresi ve istihkak prosedürü bazı özellikler taşıyacaktır. Üstündağ, **a.g.e.**, s. 168

⁴¹⁶ İİK m. 268/I.

⁴¹⁷ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 113.

⁴¹⁸ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 113.

bakılabilir.⁴¹⁹ Tutanakta haciz edilen malın tam olarak ne olduğunun anlaşılması o malların haczi için geçerlilik şartıdır.⁴²⁰

Haczin alacak tutarı ile orantılı yapılması için haciz edilen malın tahmini kıymetinin haciz tutanağına yazılması zorunlu olmakla birlikte,⁴²¹ bazı hallerde haczedilen malın kıymetinin takdiri veya bu kıymetin hesaplanması zor olabilir. Bu halde, haciz tutanağına malın değeri yazılmadan tutanak hazırlanır.⁴²² Malın değerinin tespiti için bilirkişi tayin edilir ve bilirkişi raporuna göre malın değeri takdir edilir. İcra dairesi bu işlemi yapmazsa, bu halde, icra mahkemesinden şikâyet yolu ile icra müdürlüğü tarafından malın kıymetinin tespitinin yapılması talep edilebilir.⁴²³

İnceleme konumuz yönünden, borçlu ortağın hissesinin hacizleri sırasında kâr payı, ücret, tasfiye payı, masraf ve avans alacaklarının hacizleri sırasında, kâr payı ve tasfiye payının ne kadar olduğu önceden hesaplanarak bilinmesi mümkün olmadığından, bu halde, haczin nasıl yapılacağı problemi ile karşımıza çıkabilecektir. Bu halde, haciz tutanağına, bilânçonun çıkarılıp, dönem ya da tasfiye sonunda çıkacak ve borçlu ortağa düşecek kâr payının haczi yapılmıştır, şeklinde ifadenin yer alması yeterli olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, masraf, avans ve ücret gibi miktarı önceden bilinen alacakların ise miktarları haciz tutanağına yazılır.

Borçlunun hissesinin haczinde haciz tutanağının nasıl tanzim edileceği sorunu karşımıza çıkabilir. Zira haciz tutanağı kural olarak fiilen malın bulunduğu yerde düzenlenir⁴²⁴ ve malın cinsi, özellikleri ve takdiri kıymeti haciz tutanağında yer alır. Bununla birlikte, borçlunun hissesinin haczi haciz mahalline gidilmesine gerek olmaksızın doğrudan takibin yapıldığı icra müdürlüğü tarafından

⁴¹⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 169.

⁴²⁰ Bluemenstein, **a.g.e.**, s. 352

⁴²¹ İsviçre Hukuku'nda da malın kıymet takdirinin yapılmasının yeterli haciz yapılması için zorunludur. Bkz. Bisang, **a.g.e.**, s. 110.

⁴²² Haczi yapan memurun haczedilen malın kıymetini takdir etmemiş olması haczi geçersiz kılmaz. Kuru/Aslan/Yılmaz (icra), **a.g.e.**, s. 256 dn.13.

⁴²³ Haczedilen malın tahmini kıymetinin haciz tutanağına yazılmamış olması üzerine yapılan şikâyet başvurusunda icra mahkemesi bundan dolayı haczin iptaline karar veremez. İcra dairesi, şikâyet üzerine veya kendiliğinden haczedilen malın değerini sonradan takdir eder. Kuru/Aslan/Yılmaz (icra), **a.g.e.**, s. 256 dn.13.; Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 86; Belgesay (icra), **a.g.e.**, s. 319.

⁴²⁴ Haciz zabıt varakasının haciz mahallinde tutulmamış olması haciz geçersiz kılmaz. Ögütçü/Çitoğlu, C.II, **a.g.e.**, s. 571.

yapılabilmektedir.⁴²⁵ Ancak, bu halde dahi, haciz tutanağı hazırlanırken haciz mahallinde bizzat hazır bulunulmasına gerek olmamakla birlikte, haciz tutanağında borçlunun haciz edilen hisselerinin tahmini değerlerinin haciz tutanağında yer alması isabetli olacaktır. Çünkü bu halde, haciz olunan mallar alacağı karşılamaya yetmezse, İİK'nın m. 139 gereğince tamamlama hacizleri uygulanacaktır. Burada haciz edilen hisse senetlerinin tahmini değerlerinin haciz tutanağında yer alması her zaman teknik olarak mümkün olamayabilir. Çünkü hisse senetlerinin değerinin tespit edilmesi uzmanlık bilgisi gerektirdiğinden bu halde, hisselerin haczi işlemi yapılmalı bu esnada ise icra müdürlüğü tarafından bilirkişi marifetiyle hisselerin değer tespiti işlemi yaptırılmalıdır. Buna göre, tamamlayıcı haciz işlemleri yapılabilecektir.

Borçlunun elbirliği mülkiyet hissesinin haczinde haciz, doğrudan doğruya elbirliği halinde mülkiyete konu olan mallar ve haklar üzerinde söz konusu olmamaktadır. Bu halde, borçlu konumunda bulunan elbirliği ortağına tasfiye sonunda düşecek pay üzerine haciz konulmaktadır. Bazı hallerde haciz konulan tasfiye hissesinin değerinin tahmin edilebilmesi haciz sırasında mümkün olmayabilir. Zira borçlunun miras payı veya elbirliği halinde mülkiyet ortaklıklarındaki payı nizalı olabileceği gibi, bazı hallerde bu pay tam olarak belirli de olmayabilir. Alacaklı, haciz talebinde, borçlunun hangi mallar ve haklar üzerinde elbirliği halinde malik olduğunu veya borçlunun elbirliği halinde malik olduğu fakat haczini istediği mallar ve hakları bildirebilir. Bu mallar veya hakları icra müdürü haciz tutanağına yazar ve mümkünse o anda kıymetlerini takdir eder.⁴²⁶ Haciz tutanağında yazılı olan mallar hakkında borçlunun tasarruf yetkisi de kısıtlanacaktır.⁴²⁷

Borçlunun elbirliği halinde malik olduğu hangi mallar varsa veya haciz mahalline gidildiğinde hangi mallar veya haklar üzerinde tasfiye hissesi hacedildiyse bunlar haciz tutanağına yazılır.⁴²⁸ Haciz sırasında hazır bulunan

⁴²⁵ Postacıoğlu (icra), **a.g.e.**, s. 302.

⁴²⁶ Haciz tutanağında hacedilen malların nelerden ibaret olduğu yazılır.

⁴²⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 206.

⁴²⁸ Karşı görüşte, Artus, **a.g.m.**, s. 581; Kut, **a.g.m.**, s. 1527.

alacaklı, varsa vekili, borçlu veya temsilcisi, varsa yed-i emin ve bilirkışı tutanağı imza ederler.⁴²⁹

Türk Hukuku'nda haciz tutanağının bir örneğinin haciz sırasında hazır bulunmayan alacaklıya veya borçluya tebliği hakkında kanuni bir zorunluluk yoktur ve kural olarak bu işlemin eksikliği haczin geçerliliğini etkilemez.⁴³⁰ Fakat icra dairesi tutanağı tebliğ etmek zorunda olmamakla birlikte, haciz sırasında hazır bulunmayan alacaklı ve borçlu icra dairesinden haciz tutanağının bir örneğini isteyebileceklerdir.⁴³¹ Bu halde, icra dairesi alacaklı veya borçluya 3 gün içinde tutanağı incelemeleri ve tutanağa karşı diyecekleri varsa bildirmeleri için İİK m. 103 gereğince davetiye gönderir.⁴³² Uygulamada 103 davetiyesinin gönderilmemesi alacaklının satış talebinin dikkate alınmamasına yol açmaktadır.⁴³³ Haciz tutanağı tutulurken, alacaklı, borçlu veya namılarına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse bulunmazsa,⁴³⁴ bulunmayan alacaklı veya borçlu üç gün içinde tutanağı incelemesi ve diyeceği varsa söylemesi için icra dairesine davet olunur.⁴³⁵ Davetiye, haciz istinabe yolu ile yapılmış olsa dahi,⁴³⁶ takibin başlatıldığı icra dairesi tarafından düzenlenir ve gönderilir. Davet kâğıdının gönderilmesi haciz işleminin geçerliği için bir şart değildir, ancak davet kâğıdı ile haciz yokluğunda yapılmış olan alacaklı veya borçluya verilen üç günlük süre, haciz işlemine karşı şikâyet süresinin işlemeye başlamasını ve böylece haciz işleminin kesinleşmesini sağlamak içindir. Bu sebeple, alacaklı ve borçlu davet kâğıdının kendilerine tebliğinden itibaren üç gün içinde haciz tutanağını incelemeleri halinde, şikâyet süresi haciz işlemini öğrendiği yani haciz tutanağının incelendiği, tarihten itibaren

⁴²⁹ İİK yönetmelik m.38.

⁴³⁰ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 170; İİK m.262/II hükmüne göre, ihtiyati haciz tutanağının birer sureti üç gün içinde haciz sırasında hazır bulunmayan alacaklı ve borçluya ve icabında üçüncü şahsa tebliğ edilir. ; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s.171.

⁴³¹ İİK m.8/II; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 171.

⁴³² İİK m. 103 uygulamada buna 103 davetiyesi de denilmektedir.; 103 davetiyesinin istinabe eden icra dairesince çıkarılması gerektiğine ilişkin bkz. HİGM 18.12.1968 gün 27767 sayılı Mütalaa, bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 171.

⁴³³ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 170 dn.503; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, No: 294 eksikliğin sadece şikâyet süresinin işlemesine engel olacağı görüşünde. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 171. Alacaklı davetiyeyi almadan satış isteyebilse de, borçluya davetiye gönderilmeden satış yapılamaz.

⁴³⁴ Kut, **a.g.e.**, s. 1527 Haciz sırasında borçlunun veya alacaklının Tebligat Kanunun hükümlerine göre, tebellüğe yetkili kimseleri varsa, kendilerine haciz tutanağının birer örneği verilir. Ayrıca, alacaklı veya borçluya 103 ihbarnamesi verilmaz.

⁴³⁵ Bu davet kâğıdına uygulamada 103 davetiyesi de denilmektedir. İİK m.103; İİK Yön. m.41 ve 17, 22).

⁴³⁶ İİK m.79/II.

başlar. Alacaklı veya borçlu üç günlük süre içinde icra dairesine gelip haciz tutanağını incelememeleri halinde ise, hacze şikâyet için süre bu üç günlük sürenin sonunda işlemeye başlar. Yani alacaklı veya borçlu, bu üç günlük sürenin bitiminde haciz tutanağının içeriğini öğrenmiş sayılırlar.

Görüldüğü üzere, davet kâğıdındaki üç günlük sürenin önemi haciz işlemine karşı şikâyet süresinin başlamasını sağlamak içindir. Bu sebeple, üç günlük sürenin haczin geçerliliğine kural olarak etkisi yoktur. Alacaklı bu üç günlük süre geçmeden ve haciz işlemi yoluğunda yapılmış olan borçluya davet kâğıdı tebliğ edilmeden önce de alacaklı tarafından satış istenilebilir. Zira satış isteme süresi hacizden itibaren işlemeye başlar.⁴³⁷ Bununla birlikte, icra müdürü borçluya İİK m. 103 gereğince davet kâğıdının tebliğini yaptırmadıkça satış işlemlerine başlayamaz.⁴³⁸

İsviçre Hukuku'nda alacaklı ve borçluya haciz tutanağının birer nüshası tebliğ olunur.⁴³⁹ Tebligat (SchKG Art 114) 30 günlük hacze iştirak süresinden hemen sonra yapılır. Tebligat haczin geçerliliği ile ilgili değildir. Bununla birlikte, haczedilen mallara ilişkin tasarruf yasağı, hacizde bizzat veya temsilciyle hazır bulunmayan borçlu için tebligatla başlar.⁴⁴⁰ Tebligat yapılmadan başka icra işlemi de yapılamaz.⁴⁴¹

Haciz tutanağı resmi bir belge olup, haciz ve haczedilen mallar için tek ispat vasıtasıdır.⁴⁴² Yalnızca bu tutanakta yazılan şeyler haczedilmiş sayılır ve bu surette borçlunun haczedilen mallar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.⁴⁴³

Borçlunun haczi kabil hiçbir mal varlığı bulunamazsa ve bu husus haciz tutanağına işlenirse haciz tutanağı kesin aciz vesikası hükmündedir.⁴⁴⁴ Öte yandan,

⁴³⁷ İİK m. 106.

⁴³⁸ Kuru/Aslan/Yılmaz (icra) **a.g.e.**, s. 200; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 207; Postacıoğlu ise İİK m.103 teki davetiyenin yapılmamış olmasının satış işlemine bir tesirinin olmayacağını, ancak hacze karşı borçlunun sahip olabileceği şikâyet hakkı için sürenin hala başlamadığını kabul etmek gerekeceği görüşünde Postacıoğlu (icra), **a.g.e.**, s. 304.

⁴³⁹ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 163; Bisang, **a.g.e.**, s. 109,110; (SchKG Art. 114).

⁴⁴⁰ BGE 112 III 16; Kurt/Amonn, **a.g.e.**, N. 78.

⁴⁴¹ Jaeger, **a.g.e.**, s.113; Fritzsche/Walder, **a.g.e.**, s. 190; BGE 115 III 110; Amonn/Gasser, **a.g.e.**, N.77.

⁴⁴² Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 114; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 168; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 259.

⁴⁴³ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 170

icra müdürünün takdir ettiği kıymete göre, haczi kabil malların takip alacağı ile faiz ve masrafları karşılayamayacağı anlaşılıyorsa, haciz tutanağı muvakkat aciz vesikası yerine geçer.⁴⁴⁵ Bu geçici aciz vesikası icra takibi sonuçlanana kadar ve kesin aciz vesikası düzenlenene kadar geçerlidir.⁴⁴⁶

Elbirliği halinde mülkiyet hisselerinin haczinde de, haciz tutanağına bütün hissedarlarla birlikte, ilişkinin niteliği de yazılmalıdır.⁴⁴⁷ Bu ortaklığa giren mallar haciz tutanağına teker teker yazılmalı ve bu mallara kıymet takdir edilmelidir. Böylece alacaklıya, bütün mallardaki ortaklığın giderilmesi yerine, alacağını karşılayabilecek kadar olan mallarda, ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verilebilecektir.⁴⁴⁸

E. Haczin Etkisi ve Sonuçları

Elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczinde haciz işleminin tamamlanması için, kural olarak, icra müdürünün haciz iradesini açıklaması yeterlidir. Ancak, kıymet takdiri⁴⁴⁹, haczin üçüncü şahıslara haber verilmesi,⁴⁵⁰ taşınmazların hacizlerinin tapu dairesine bildirilmesi⁴⁵¹ tebliğler ve muhafaza tedbirleri haczin geçerliliği için gerekli esaslı şartlardan sayılmazlar. Bu sebeple, haczin geçerliliği için sayılan bu işlemlerin yerine getirilmesine gerek yoktur.⁴⁵²

Kâr payının, avans, masraf, faiz ve ücret alacaklarının haczinde, borçlunun borçlusuna haciz ihbarnamesi gönderilerek bundan sonra borçluya yapılacak olan ödemelerin icra dairesine yapılması gerektiği bildirilir. Bu ihbarname üzerine, üçüncü şahsın takip edilen borçluya yapacağı ödemeler haczedene alacaklı yönünden

⁴⁴⁴ İİK m. 102/ IV. fıkra, 105/I, 143.

⁴⁴⁵ İİK m.102/IV.fıkra, 105/II.

⁴⁴⁶ BGE 116 III 30; Spühler/Pfister, **a.g.e.**, s. 141.

⁴⁴⁷ Ansay, **a.g.e.**, s.81 “iştirak halinde mülkiyet ifade eden ...mallarda hisse hakkı haczedildiği takdirde haciz zabıt varakasına bütün birlikte hissedarlar ve hissedarlar arasındaki birlik ... nevi kayıt edilmek lazımdır. Birlik mamelekinin cüzlerini birer birer yazmaya ve bunlara ayrı ayrı kıymet takdir etmeye lüzum yoktur.”

⁴⁴⁸ Karşı görüş için Bkz. Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 315.

⁴⁴⁹ İİK m.87.

⁴⁵⁰ İİK m.89.

⁴⁵¹ TMK m.1010.

⁴⁵² Üstündağ, (icra), **a.g.e.**, s. 175; Olgaç, C.I, **a.g.e.**, s. 895; Öğütçü/Çitoğlu, C.I, **a.g.e.**, s. 570 Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 306; Bununla birlikte, para, banknot, hamiline yazılı senetler, poliçe, emre yazılı ciro su kabil senetler, altın, gümüş ve kıymetli şeylerdeki borçlunun elbirliği mülkiyeti hissesi ancak, bu mallara el konulması ile tamamlanabilir. Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 189.

geçerli değildir.⁴⁵³ Üçüncü şahıs borçlu, bu halde, borçluya yaptığı ödemeleri tekrar icra dairesine ödemek zorunda kalır. Ayrıca, ortaklar ya da yetkili kişiler haczin bu yolla kendilerine bildirilmesinden sonra, takip borçlusundan kazandıkları bir alacak ile takip borçlusuna olan borçlarını takas edemezler.⁴⁵⁴ Ancak, üçüncü şahıs, takip borçlusundan, hacizden evvel tahakkuk etmiş vadesi hacizden sonra gelen alacağını takas edebilir.⁴⁵⁵

Türk Hukuku'nda üçüncü şahsa gönderilen haciz ihbarnamesinin tesirleri İsviçre Hukuku'na göre oldukça genişletilmiştir.⁴⁵⁶ İsviçre Hukuku'nda üçüncü şahsa haber verme geçici bir tedbir olup, borçlu ile üçüncü şahıs arasındaki ilişki üzerinde hiçbir şekilde medeni hukuka ilişkin bir etki doğurmaz. Üçüncü şahıs takip edilen borçluya karşı hiçbir borcu olmadığı halde, zamanında kanuni yolları kullanmaz ve bu parayı takip alacaklısına ödemek zorunda kalırsa, eski alacaklısına karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir.

Bir alacak haciz edildiği takdirde, haciz tutanağında aksi yazılı değilse, satış zamanındaki işlemiş faizleri de haczedilmiş sayılır. Hacizden sonra işleyecek olan faizlerin ayrıca haczedilmesi her zaman mümkündür.⁴⁵⁷

İcra müdürü, elbirliği halinde mülkiyet hisselerinin bulunduğu ortaklıklarda haciz esnasında hangi mal ve haklarda bu ilişkinin bulunduğunu tespit ederek haciz işlemini yapar. Yapılan bu haciz işlemi gerek tedbir sebebiyle gerekli sicillere⁴⁵⁸ bildirilir, gerekse de adresleri bilinen ortaklara tebliğ edilir. Haciz bu şekilde hukuki etkilerini doğurabilecektir.

Haciz işlemi ile borçlunun elbirliği halinde malik olduğu mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur. Borçlu ortak ve diğer ortaklar, alacaklının muvafakati ve icra dairesinin izni olmaksızın borçlunun hissesi bulunan mal ya da mallar üzerinde tasarrufta bulunamazlar. İcra müdürlüğünden gerekli izin alınmaksızın bu mal ya da mallar hakkında tasarruf işlemi yapılırsa, yapılan bu tasarruf işlemi o mal üzerindeki haciz sebebiyle, alacaklının kazanmış olduğu

⁴⁵³ Bisang, **a.g.e.**, s. 119.

⁴⁵⁴ Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 327.

⁴⁵⁵ Belgesay, (şerh) **a.g.e.**, s. 210.

⁴⁵⁶ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 192.

⁴⁵⁷ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 163.

⁴⁵⁸ (Tapu sicili ve gemi sicili)

haklara zarar verdiği oranda geçersiz olur.⁴⁵⁹ Görüldüğü üzere, borçlunun da elbirliği halinde maliki olduğu mal, hacizden sonra borçlu ortağında rızası ile üçüncü şahıslara satılır ve devir olunursa bu halde, bu tasarruf işlemi alacaklının haklarına zarar verdiği oranda geçersizdir. Alacaklının rızası olmaksızın tasarruf işlemi yapılması halinde, alacaklı, elbirliği mülkiyetine konu olan ve haciz edilmiş olan hissenin başkasına devir edilmemiş gibi satılmasını isteyebilir. Bu halde, icra dairesi, o maldan borçluya düşen payı satar veya mal bölünemiyorsa malın tamamı satılır. Borçluya düşen paydan, alacaklının alacağı ve takip masrafları alınır,⁴⁶⁰ geriye bir bedel artarsa artan para icra dairesi tarafından mal veya hakkı devralmış kişiye verilir. Bu halde, alacaklı için tesir doğurmayacak olan husus borçlunun kendi hissesi üzerinde yapmış olduğu tasarruf işlemidir. Takibin geri alınması, borcun ödenmesi, haczin kaldırılması ya da düşmesi hallerinde, borçlu ortağın hissesi üzerindeki haciz kalkacağından dolayı borçlu ortağın ve diğer ortakların yapmış oldukları tasarruf işlemleri tamamen geçerli olur. Burada üzerinde durulması gereken husus borçlu ortağın hissesi konusunda iltizamî (borçlandırııcı) işlemlerin yapılabilmesi mümkün ancak, tasarruf işleminin yapılması halinde bu tasarruf işlemi haciz koyan alacaklıya karşı hükümsüzdür.⁴⁶¹

Ortaklardan birinin borcundan dolayı elbirliği mülkiyetindeki hissesinin haczedilmesi halinde, haciz, kural olarak, bu hissenin ait olduğu mal veya hak üzerinde, diğer ortakların kullanım ve tasarrufuna engel teşkil etmez. Ancak bu mal veya haklar işletilirken diğer ortakların güven vermeyen hal ve hareketlerinin oluşması halinde, diğer ortaklar borçlunun hissesinin değeri kadar teminat göstermezlerse, icra müdürlüğü tarafından tüm ortakların o mal veya haktan kullanımı yasaklanabilir. Bu halde, diğer ortaklar halin özelliklerine göre icra mahkemesine icra müdürünün eylem ve işlemlerine karşı şikâyet hakları saklıdır.

Haciz edilen hisse taşınmaz üzerindeki bir hisse olması halinde icra müdürlüğü tarafından tapu sicil müdürlüğüne müzekkere yazılacaktır. Bu müzekkerenin neticesinde tapu sicil müdürlüğü tarafından taşınmazın tapu

⁴⁵⁹ İİK, m. 86.

⁴⁶⁰ İİK, m. 138.

⁴⁶¹ Kuru/Aslan/Yılmaz (icra), **a.g.e.**, s. 223; Postacıoğlu (icra), **a.g.e.**, s. 317; alacaklının alacağı yeni malik tarafından ödenmesi halinde malın satılması bu şekilde engellenebilir. Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 203.

kütüğüne haciz şerhi konulacaktır. Bu halde, borçlunun hissesi üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.⁴⁶² Borçlunun taşınmaz üzerindeki hissesinin haczi borçlu ve diğer ortakların hacizli taşınmazı icra müdürlüğünün izni olmaksızın tasarruf işlemine engel değildir.⁴⁶³ Bununla birlikte, taşınmazın devir işlemi neticesinde yeni aynı hak sahibinin hakkı haciz alacaklısının hacizli taşınmaz bedeli üzerindeki hakkından sonra gelir. Görüldüğü üzere, haciz işlemi diğer ortakların payları üzerindeki tasarruflarını engellemez. Borçlu ile diğer ortaklar taşınmazı üçüncü bir şahsa devredebilirler, ancak yapılan bu devre rağmen devir edilen hisse borçlununmuş gibi haciz alacaklısı tarafından ortaklığın giderilmesi davası açılır. Bu davanın sonunda, borçlu ortağın payının aynen ayrılması mümkün ise, o pay üzerinde haciz devam eder, aksi halde, malın tamamı satılır ve borçlu ortağın hissesine düşen pay icra dairesine ödenir. Bakiye bedel ise, taşınmazın yeni malikine bırakılır.

Elbirliği halinde mülkiyet hisselerinin haczi ile bu hisseye konu olan mal ve hakların her türlü hâsılatı,⁴⁶⁴ tabii semere ve kiralarnın, borçluya düşen kısmı da haczin kapsamındadır.⁴⁶⁵ Bu halde, mütemmim cüzler ve teferruatlar da asıl şeylerle birlikte haczedilir. Hacze rağmen diğer ortaklar semereleri icra dairesine değil de, borçluya verirlerse, icra dairesine tekrar ödeme yapmak zorunda kalırlar.⁴⁶⁶ Borçlunun hissesinin haczi ile birlikte ortağın kişisel ortaklık hakları da sınırlanacaktır.⁴⁶⁷

Hacizli mal borçlunun zilyedliğinde bırakılmış veya mahcuz taşınmazın tapu siciline haciz kaydı işlenmemiş ve bu şartlar altında hacizli mal üçüncü şahsa satılmış ve tescili üçüncü şahıs adına yapılmış ise bu halde, üçüncü şahıs iyi niyetli olmak şartı ile hacizli malı hacizden arî olarak iktisap eder.⁴⁶⁸ Ayrıca, kâr payı,

⁴⁶² TMK m.1010, İİK m.91/I İİK m.94.

⁴⁶³ İİK 86/I de “alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni” cümlesine rağmen Belgesay, (şerh) **a.g.e.**, s. 203 ve Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 88) tarafından kanunun metninden, borçlunun mahcuz mallarda tasarruf edebilmesi için; hem alacaklının, hem de icra müdürünün müsaadesi lazım manası çıkabilirse de, ruh ve maksat itibarı ile de bu müsaadelerden yalnız birine müsteniden borçlunun tasarrufu muteber olur, şeklinde yorumlanmaktadır.

⁴⁶⁴ İİK m. 92.

⁴⁶⁵ Olgaç, C.I, **a.g.e.**, s.780; Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s.80; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 312; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s.670; Ansay, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 82.

⁴⁶⁶ İİK m.94 ve İİK m.92.

⁴⁶⁷ Bisang, **a.g.e.**, s.120.

⁴⁶⁸ Gürdoğan, (icra) **a.g.e.**, s. 77; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 321; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 203; Ansay, **a.g.e.**, s. 88.

avans, ücret, faiz ve masraf gibi alacakların haczinde takip borçlusunun borçlusuna hacizden haber verilmeden önce, bu alacağın alacaklı tarafından üçüncü bir şahsa devir edilmesinde ya da takip borçlusu konumundaki alacaklıya ödemede bulunmuş olması durumunda sorumlu olmayacaktır, zira hacizden haberi yoktur. Bu halde, henüz muhafaza tedbiri uygulanmamıştır. Mahcuz mal hakkında tasarruf işlemi yapılması halinde tasarruf işleminin muhatabı olan üçüncü şahıs iyi niyetli ise, bu iddiasını ancak İİK m. 96-99'a göre istihkak prosedürü içinde kanıtlaması gerekir.⁴⁶⁹

Mahcuz mal üzerinde borçlunun izinsiz tasarrufta bulunması, ayrıca cezai yaptırımını da gerektirir. Cezai yaptırımın söz konusu olabilmesi için haczi koyan icra müdürünün borçluya alacaklının muvafakati ve icra müdürünün izni olmadan hacizli taşınır malları üzerinde tasarrufta bulunmaması gerektiğini ihtar etmiş olması gerekir.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 203; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 321.

⁴⁷⁰ İİK m.86/I ve TCK m. 289.

§ 5. KOLLEKTİF ve KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN HACZİ

A. Genel Olarak Kollektif Şirketler

Türk Hukuku'nda kollektif şirketler¹ şahıs şirketleri arasında yer alır.² Zira bu ortaklık tipinde ortakların şahsi emek ve gayretleri sermaye olarak konulabildiğinden şahsiyet unsuru önem kazanmaktadır.³ Ayrıca, kollektif şirkette şirket borçlarından dolayı şirketin bütün ortaklarının sorumlulukları sınırsızdır. Kollektif şirket ile diğer bir şahıs şirketi olan komandit şirket arasındaki en önemli fark,⁴ kollektif şirkette şirketin borç ve taahhütlerinden dolayı bütün ortakların⁵ komandit şirkette ise, bir veya birkaç ortağın, müteselsilen ve bütün malları ile sınırsız bir şekilde sorumlu olmalarına karşılık diğer bir kısım ortak veya ortakların sorumluluklarının belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olmasıdır.⁶ Bu sebeple, komandit ortaklıkta birisi sınırlı diğeri de sınırsız sorumluluk altına girmiş, iki tür ortak vardır.

Kollektif şirkette ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlulukları sınırsız olduğundan sadece gerçek kişiler kolektif şirketin ortağı olabilirler.⁷ Komandit şirkette ise, komandite ortağın gerçek kişi olması zorunludur.⁸

¹ Arslanlı'nın 1960 tarihli Kollektif ve Komandit şirketler Hukuku isimli sistematik eserinin 86.sayfasında, kollektif şirketler Hukuku bahsinde, Ülkemizde en çok rağbet gören ortaklıklardan birinin Kollektif şirket olduğunu beyan etmiştir. Bu beyanın gerekçesi ise, 11.11.1959 tarihine kadar yapılan kayıtlara göre İstanbul'da; 4224 adet kollektif şirket, 481 adet adi komandit şirket, 12 adet hisseli komandit şirket 553 adet anonim şirket, 1252 adet limited şirket, 341 adet kooperatif şirket tescil edilmiştir. Görüldüğü üzere, o yıllarda kollektif şirket diğer şirketlerden adet itibarıyla en az 10 kat fazla itibar görmüştür. Ancak günümüzde ise değişen sosyal ve ekonomik yapının etkisiyle kollektif şirket türü fazla rağbet görmemektedir. Ülkemizde yeni eğilim ise, daha çok limited şirket tipine yöneliktir. Türkiye genelinde 1985 – 1988 yıllarında kurulan tüzel kişiliğe sahip şirketlerin dağılımı ise; Kollektif şirket, 2641, Komandit şirket, 271, Limited şirket, 21975, Anonim şirket, 11526, Kooperatif şirket, 15402. Bkz, Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 106.

² Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 86; Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 125; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 133; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 279.

³ Doğanay, (şerh) **a.g.e.**, s. 667.

⁴ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 593.

⁵ TTK m. 153 ve 178.

⁶ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 137; Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 188.

⁷ İsviçre ve Alman hukukları'nda da kollektif şirketler sadece gerçek kişiler arasında kurulabilir. İsviçre Hukuku'nda tüzel kişiler tarafından da kollektif şirket kurulabilmesi mümkündür. Fakat orada varılan tecrübeler sonunda bunların sun'ı birer teşekkül oldukları ve bilhassa ortaklar arasındaki münasebetin bir takım karşılıklar arz ettiği ve kollektif ortaklığın temeli olan şahsi unsurun tam anlamı ile mevcut olmadığı sonucuna varıldığından, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1936 yılındaki değişikliğinde OR 552. maddeye ancak hakiki şahısların kollektif şirket

Kollektif şirket Türk Ticaret Kanunu'nun 153 – 242. maddelerinde düzenlenmiştir. TTK 153. maddesinde kollektif şirketin tanımı: “Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadıyla hakiki şahıslar arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin mesuliyeti şirket alacaklılarına karşı tahdit edilmemiş olan şirket, kolektif şirkettir.” şeklinde yapılmıştır. Buna göre; kolektif şirket iki veya daha çok gerçek kişi tarafından bir ticari işletmeyi müşterek ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortakların tümünün sorumluluğu sınırsız olan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret ortaklığıdır.⁹ şeklinde doktrinde tanımlanmaktadır.¹⁰

Kollektif şirketin varlığı için öncelikle, iki veya daha fazla gerçek kişilerin bir araya gelmesi lazımdır. Şirketin amacı ticari işletme işletmek olmalıdır, şirketin bir unvanı olmalı, o unvanda şirketin kollektif şirket olduğunun belirtilmesi de lazımdır. Şirket ortaklarının tamamının sorumluluğu sınırsız olup, bu sorumluluk zincirleme bir sorumluluktur. Şirket ortaklarının iktisadi müşterek bir gayeleri olmalı, ortakların sermaye koymaları gerekir.¹¹ Mehaz, İsviçre ve Alman Hukukları'nda kollektif şirketin tüzel kişiliği olmamasına rağmen, Türk Hukuku'nda bir şahıs şirketi olan kollektif şirket ticaret şirketleri arasında sayılmış olup, tüzel kişiliğe de sahiptir.¹²

İsviçre Hukuku'nda kollektif şirket, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 552–593. maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹³ İsviçre Hukuku'nda da Hukukumuzda olduğu gibi kollektif şirket iki veya daha fazla gerçek kişinin üçüncü kişi alacaklılara karşı sorumlulukları sınırsız olmak üzere işletilebilecektir.¹⁴ Kollektif şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra ticaret

kurabileceklerini derpiş eden bir hüküm konulmuştur. Bkz: Doğanay, (şerh) **a.g.e.**, s. 668. Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 279.

⁸ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 139.

⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 135; kollektif şirketin unsurları hakkında bkz: Arslanlı, **a.g.e.**, s. 36 vd; İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 3 vd.

¹⁰ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 179.

¹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 135.

¹² Yukarıda 2. bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit ortaklıkta dâhil olmak üzere bütün ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliği vardır. Bu esas bütün hukuk sistemlerinde aynen kabul edilmiş değildir. Fransa ve Latin grubu ülkelerinde kollektif ortaklığa tüzel kişilik tanınmıştır. İsviçre, Almanya ve Avusturya hukuk sistemlerinde kollektif ve komandit ortaklıkların tüzel kişilikleri yoktur. Bununla birlikte, bu hukuk düzenlerinde kollektif ve komandit ortaklıkların dış ilişkide ortakların kişiliklerinden ayrı bir birlik arz ettiği, ticaret unvanı altında hak iktisap edip borç altına gireceği, davalı veya davacı olabileceği açıkça düzenlenmiştir. OR Art. 562.

¹³ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁴ OR 552; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 280.

şirketi olarak kabul edilir, şirket ticaret siciline tescil edilene kadar ise ticaret şirketi olarak kabul edilmez.¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 562. madde hükmü ile kollektif şirketin tüzel kişiliğinin olmamasına karşılık, hak sahibi olabileceği gibi borç altına da girebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, İsviçre ve Alman¹⁶ Hukukları’nda kollektif şirket taraf ehliyetine de sahiptir.¹⁷

Alman Hukuku’nda, kollektif şirket Alman Şirketler Kanunu’nun¹⁸ 105-135. maddelerinde düzenlenmiştir. Alman Hukuku’nda, İsviçre ve Türk Hukukları’nda olduğu gibi, kollektif şirket kurulabilmesi için en az iki gerçek kişi gereklidir.¹⁹ Bu kişilerin üçüncü kişilere karşı sorumlulukları da sınırsızdır.²⁰ Alman Hukuku’nda da HGB 124. maddesinde kollektif şirketin tüzel kişiliği olmamasına karşılık, İsviçre Hukuku ile paralel bir düzenleme içermekte olup, kollektif şirketin hak sahibi olabilip borç altına girebileceği ve taraf ehliyetinin bulunduğu hükme bağlanmıştır.²¹

B. Genel Olarak Komandit Şirketler

Türk Ticaret Kanunu’nun 243 – 268. maddelerinde düzenlenen komandit şirketin tanımı TTK’nın 243. maddesinde; “Ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek maksadıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının mesuliyeti tahdit edilmemiş ve diğer ortak veya ortakların mesuliyeti muayyen bir sermaye ile tahdit edilmiş olan şirket komandit şirkettir.” şeklinde tanımlanmıştır.²² Buna göre komandit şirket; Bir ticaret unvanı altında ticari işletme işletmek amacıyla en az bir sınırsız (komandite) ve bir sınırlı sorumlu (komanditer) ortak tarafından kurulan tüzel kişiliğe sahip bir ticaret ortaklığıdır.²³

¹⁵ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 147.

¹⁶ HGB § 124.

¹⁷ OR 562/ son cümle.

¹⁸ Handelsgesetzbuch.

¹⁹ Kraft/Kreuz, **a.g.e.**, s. 173.

²⁰ HGB 105.

²¹ Kraft/Kreutz, **a.g.e.**, s. 171.

²² Aslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 593; İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 137.

²³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 197.

Komandit şirket de kollektif şirket gibi şahıs şirketlerinin bir türüdür.²⁴ Kollektif şirket ile komandit şirketin arasındaki temel fark kollektif şirkette, şirketin borç taahhütlerinden dolayı bütün ortakların,²⁵ komandit şirkette ise, bir ya da birkaç ortağın müteselsilen ve bütün malları ile sorumlu olması diğer ortak ya da ortakların sorumluluklarının ‘belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış’ olmasıdır.²⁶ Türk Ticaret Kanunu’nun üçüncü faslında sadece komandit şirketler yönünden özellik arz eden hususlar düzenlenmiştir, diğer hususlarda, kollektif şirketler hakkındaki hükümlere atıfta bulunulmuştur.²⁷ Bu yönüyle kollektif ortaklık hükümleri tamamlayıcı olarak komandit şirket için de uygulanabilir.

Komandit ortaklıkta komanditer ortağın sorumluluğu taahhüt etmiş olduğu sermaye ile sınırlı olduğundan tüzel kişiler komanditer ortak olabilmelerine karşılık, komandite ortak olamazlar.²⁸ Sadece gerçek kişiler komandite ortak olabilirler.²⁹ TTK’nın 243. maddesinin 3. fıkrasında komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerektiği ve tüzel kişilerin ancak komanditer ortak olabilecekleri hususu açıkça düzenlenmiştir.

İsviçre Hukuku’nda komandit şirket, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 594 - 619. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Hukuku’nda olduğu gibi komandit şirketin kurulabilmesi için iki ya da daha fazla kişinin olması gerekir. Sorumluluğu sınırsız olan komandit şirket ortağının gerçek kişi olması zorunludur.³⁰ İsviçre Hukuku’nda kollektif şirket gibi komandit şirketin de tüzel kişiliği bulunmamasına karşılık, İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) 602.maddesinde komandit şirketin hak sahibi olup borç altına girebileceği ve taraf ehliyetine de sahip olduğu hükme bağlanmıştır.³¹

Alman Hukuku’nda ise, komandit şirket Alman Ticaret Kanunu’nun (HGB) 161. maddesinde düzenlenmiştir.³² Komandit şirket hususunda Alman Hukuku’ndaki düzenlemede de, İsviçre ve Türk Hukukları’nda olduğu gibi,

²⁴ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 593.

²⁵ TTK m. 153, 178.

²⁶ TTK m. 243; Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 593.

²⁷ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 226.

²⁸ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 228; Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 593; TTK m. 243.

²⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 208 vd.

³⁰ OR Art. 594.

³¹ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 311.

³² Kraft / Kreutz, **a.g.e.**, s. 233.

kollektif şirkete ilişkin hükümlerin komandit şirketin niteliğine aykırı olmadıkça uygulanacağı hükme bağlanmıştır.³³

Aşağıda kollektif ile komandit şirket hisselerinin haczi konusu birlikte incelenecektir. Zira komandite ortağın komandit şirketteki hissesinin haczi, kollektif şirket ortağının kollektif şirketteki hissesinin haczi ile aynı hükümlere ve sonuçlara tabidir. TTK 267. madde hükmü gereğince, kollektif şirketlerin infisahına ve tasfiyesine ve ortakların şirketten çıkma ve çıkarılmasına dair olan 185 – 242. madde hükümleri komandit şirketler için de uygulanır.

Kollektif şirketlerde olduğu gibi komandit şirketlerde de, ortaklar arasında, komandite ve komanditer ayrımı yapılmaksızın kâr payı, ücret, faiz ve avans, masraf gibi alacaklar ortağın şirketteki mali haklarına ilişkin haczin konusunu teşkil eder.³⁴

C. Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczinde Haczin Konusu Olan Mal ve Haklar

I. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu'nun 78. maddesi gereğince ödeme emrindeki süre içinde borçlu itiraz etmiş ise borçlunun itirazı kaldırıldıktan sonra mal beyanını beklemeksizin alacaklı, borçlunun haczi kabil mallarına haciz konulmasını isteyebilir.³⁵ Haciz isteme hakkı ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir sene geçmekle düşecektir.³⁶ Bu halde, inceleme konumuz gereğince borçlunun haczi kabil tüm malları değil, borçlunun kollektif ve komandit şirketlerdeki hisselerinin haczi üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, kollektif ve komandit şirket hisselerinin kapsamına doğal olarak ortağın bu hisselerle bağlı mali hakları da girmektedir.³⁷ Bu mali haklar, ortağın şirket nezdinde bulunan tasfiye payının yanında, kâr payı,

³³ Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 302; Kraft/Kreutz, **a.g.e.**, s. 234.

³⁴ TTK m. 247.

³⁵ Bkz: SchKG Art. 88 alacaklının ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren en erken 20 gün içinde borçlunun mallarının haczini talep edebileceği hükmü yer almaktadır.

³⁶ SchKG Art 88/II fıkra; bir yıllık süre itiraz ve dava halinde bunların gerçekleşmesinden hükmün kesinleşmesine kadar veya alacaklı ile borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen süre hesaba katılmayacaktır.

³⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 72.

kararlaştırılmış ise ücret, sermaye faizi, masraf ve avans türünden alacakları olabilir.³⁸

II. Borçlu Ortağın Haczin Konusu Olabilecek Mali Hakları

1. Kâr Payı Alacağı

Ticari anlamda kâr, ortaklık malvarlığında değer artışını ifade eder. Bu sebeple, kâr, ortaklığın iki ayrı tarihteki malvarlığı karşılaştırılarak çıkan sonuca göre saptanır.³⁹ Buna göre, malvarlığı yeni olan tarihte artmışsa ortada kâr vardır demektir.⁴⁰ Kollektif ve komandit şirkette hesap devreleri yıllıkıdır.⁴¹ Hesap devreleri sonunda, bir bilânço düzenlenerek ortaklık malvarlığı saptanır. Bilânço düzenlemek ortaklık işlerine bakan ortak veya ortaklara aittir.⁴²

Kollektif ve komandit şirketler tacir sıfatını haiz olmasının doğal sonucu olarak, şirketin yönetim işlerini gören kimse, şirketin her ticari hesap yılı sonundaki bilançosunu esas alarak envanter çıkarmak ve bilanço hazırlamak zorundadır.⁴³ Böylece, önceki bilânço ile mevcut bilânço arasındaki artış kârı oluşturur.⁴⁴

Kollektif ortaklıkta ortaklar, ortaklıktaki kârı ve zarar paylarını diledikleri gibi belirleyebilirler. Bu belirleme ortaklık sözleşmesi ile yapılmış olabileceği gibi, sonradan bir karar ile de yapılmış olabilir. Ortaklık sözleşmesinde bu yolda bir hükmün bulunması zorunlu değildir.⁴⁵ Ortaklar, kâr ve zarardan kendilerine düşecek miktarın saptanmasını ortaklık sözleşmesi veya sonradan alacakları bir kararla içlerinden birisine veya üçüncü bir kişiye bırakabilirler.⁴⁶ Kârın

³⁸ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 60; Meier – Hayoz/Forstmoser, **a.g.e.**, s. 287.

³⁹ Karayalçın, **a.g.e.**, s.177; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 145.

⁴⁰ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 60.

⁴¹ TTK m. 170; hesap sürelerinin bir yıldan daha kısa olarak hesaplanmasında bir sakınca yoktur. Ancak, VUK hükümleri saklıdır.

⁴² TTK m. 169; Bilançonun düzenlenmesinde, ortaklık malvarlığına dahil emtia için takdir olunup bilançoya getirilecek değerler hakkında yasada özel hüküm yoktur. Bu nedenle bilanço düzenlenmesinde ve değer takdirinde ortaklık geniş bir serbestiye sahip gibi görünmekte ise de, bu bilanço, gerçek kişilerin bilanço düzenlemelerindeki esaslara göre yapılmalıdır. TTK m. 74.

⁴³ TTK 169/I, Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 211; İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 60; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 146.

⁴⁴ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 60.

⁴⁵ TTK m.155.

⁴⁶ Örneğin baba ve iki oğuldan oluşan bir ortaklıkta, ortakların kâr ve zarar paylarını babanın takdir etmesi gibi.

bölüşülmesinde ortaklık sözleşmesinde herhangi bir hükmün bulunmaması halinde ve sonradan bu yolda ortaklar arasında bir karar alınmadığı takdirde, ortaklar arasındaki eşitlik ilkesi gereğince, ortaklar koydukları sermayenin nitelik ve niceliği ne olursa olsun, tüm ortaklar kâr'a ve zarar'a eşit oranda katılırlar.

Türk Ticaret Kanunu'nun 170. maddesi ortağın şirketten alacağını isteme hakkını düzenlemiştir. Madde hükmüne göre; “her ortak, hesap yılı sonunda tahakkuk eden kârdan kendisine düşen payı, şirkete ödünç olarak verdiği paranın ve eğer kararlaştırılmış ise koyduğu sermayenin faizlerini, şirket mukavelesi gereğince hak ettiği ücreti ve şayet kanun ve mukavele hükümlerince yılsonu bilânçosu yapılmamış ise, bunun yapılmasını ve yapılmış bilânçoya göre, kâr payı tespit edilmiş değilse, bunun tespitini şirketten istemek ve alacaklarını almak hakkına sahiptir.” TTK 170/I madde hükmü gereğince ortağa tanınmış olan yetkileri kaldırma ve daraltma neticesini doğuran bütün sözleşmelerin geçersiz olduğu aynı maddenin ikinci fıkrasında hükme bağlanmıştır.

Komandit şirketlerde, komandite ortağın kâra katılmasına ilişkin hukuki düzenleme kollektif ortağın kâra katılması ile tamamen aynıdır.⁴⁷ Komanditer ortak ise, iş yılı sonunda gerçekleşen kârdan payını ve sözleşmede kararlaştırılmış ise faizlerini nakden alır.⁴⁸ Bununla birlikte, komanditer ortağın koyduğu sermaye herhangi bir nedenle azalmış ise ya da komanditer ortak üstlendiği sermaye payını kısmen ya da tamamen ödememişse, zararla eksilen ya da esasen eksik olan sermaye payı tamamlanıncaya kadar kâr ve faiz isteyemez. Bu ortağa düşen kâr ve faiz öncelikle sermaye payındaki eksikliği gidermeye tahsis olunur.⁴⁹ Ancak, sonraki yıllarda elde edilecek olan kârdan sermaye eksikliği tamamlandıktan sonra ilk önce geçmiş yıllara ait birikmiş faizler ödenir.⁵⁰

Kâr bilânço ile belirlenip kesinleştikten sonra kendiliğinden sermayeye çevrilemez, ortağın ortaklıktan alacağı olarak kalır.⁵¹ Böylece, ortağın şirketten

⁴⁷ “TTK m. 247 komandit şirkette ortakların birbirleri ile olan münasebetleri mukavele ile tayin olunur. Mukavelede bulunmayan hususlarda bu kısımda yazılı hükümler mahfuz kalmak şartıyla kollektif şirketlere dair olan 159–173 üncü madde hükümleri tatbik olunur.”

⁴⁸ TTK m.251; İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 161.

⁴⁹ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 161.

⁵⁰ TTK m. 251.

⁵¹ TTD. 19.4.1968 gün 1763E., 2298 K. sayılı kararı “önceki yıllara ait tahakkuk etmiş kâr payı ortak yönünden bir alacak hakkı teşkil eder. Ortaklığın tasfiyeye girmiş bulunması, ortağın daha

olan kâr payı alacağı kollektif ya da komandit şirket ortağının şahsi alacaklıları tarafından cebri icranın konusu yapılabilecektir.

2. Ücret Alacağı

Kollektif ve komandit şirketler şahıs şirketleridir. Şahıs şirketlerinde kural olarak şirket ortaklarının genel olarak şirketin idaresine katılması ve dış ilişkilerde şirketi temsil etmesi şirket ortakları için bir görev teşkil eder.⁵² Bu sebeple, kollektif şirkette ortakların bu konuda sarf ettikleri mesailerine karşılık kâr payı almaları nedeniyle, çalışmaları ve emeklerine karşılık bir ücret veya tazminat talep edememeleri asıldır.⁵³ Komandit şirket ise, şahıs şirketi olmasına karşılık, bu şirket türünde komandit ve komandite olmak üzere iki tür ortak bulunmaktadır. Komandite ortağın şirketin idaresine katılması ve şirketi temsil etmesi kollektif şirket ile aynıdır. Buna karşılık, komanditer ortak ise, komandite ortaktan farklı olarak, şirket işlerini idare etmeye yetkili ve zorunlu değildir.⁵⁴ Bu sebeple, komanditer ortağın şirketin yönetiminde görevlendirilmesi halinde komanditer ortağa ücret ödenmesi gerekir.

Kollektif ortaklıkta ortaklara ve komandit ortaklıkta ise, komandite ortağa esasen ücret ödenmemesine rağmen, şirket sözleşmesi ile ya da sonradan alınacak bir karar ile ortağın çalışmasına karşılık bir ücret verilebileceği kararlaştırılabilir.⁵⁵ Şirket sözleşmesinde ortağın emeğinin karşılığında ortağa ücret verilmesi kararlaştırılması halinde, hesap devresi sonunda kâr tahakkuk etsin ya da etmesin bu ücret ortağa ödenir.⁵⁶ Bir ortağa ücret ödenmesi şirket mukavelesi ile kararlaştırılmış olması halinde, bu şartın mukavelede açıkça kararlaştırılmış olması lazımdır.⁵⁷ Ortağın ücret alacağı şirkete yönelik bir alacak talebidir. Ortağa

önce tahakkuk etmiş olan kâr talebi üzerinde bir tesir icra etmez. Bu alacağı için tasfiye sonunu beklemek zorunda değildir. İKİD. S.100 s. 7750.

⁵² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 151; Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 223, Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 327.

⁵³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 148, İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 63.

⁵⁴ TTK m. 248.

⁵⁵ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 63; ortak ücret alsın ya da almasın, ortağın ortaklık işlerinde özen gösterme borcunun ölçüsünün “kendi işlerinde göstermekle yükümlü olduğu özen”dir.

⁵⁶ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 223.

⁵⁷ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 223. “Esas itibarıyla şirketlerin şirket idaresi zımında sarf ettikleri mesainin karşılığı kar hisselerinde tecelli eder. Bu sebeple, ortaklar kural olarak yöneticilik hizmetlerinin karşılığında ücret ya da tazminat isteyemezler.”

tanınmış olan bu hakkı kaldırma veya daraltma sonucunu doğurabilecek bütün sözleşmeler geçersizdir.⁵⁸

Ayrıca, ortağın görevlendirildiği işler, şirket akdinin ortaklara yüklediği görevlerin dışında kalıyorsa bu ortağa üçüncü bir şahıs gibi şirket tarafından ücret ödenebilir.⁵⁹ Bunun dışında, ortak şirkete katılma payı olarak şahsi emeğini koymuşsa, bu ortağın şirkette ücret alabilmesi ancak ortaklık sözleşmesinde bu yönde açık hükmün bulunmasına bağlıdır.⁶⁰

Görüldüğü üzere, gerek kollektif şirket, gerekse komandit şirket ortağının şirketten olan ücret hakkı da ortağın kişisel malvarlığına dâhil olduğundan ortağın şahsi alacaklıları tarafından cebri icranın konusu yapılabilir.

3. Faiz, Masraf ve Avans Alacakları

Limited şirketteki düzenlemenin aksine,⁶¹ kollektif ve komandit ortaklıklarda ortaklara koymuş oldukları sermaye için faiz verilebilmesi mümkündür. Ancak, ortaklara koymuş oldukları sermaye için faiz verilebilmesi için bunun esas sözleşme ile kararlaştırılmış olması gerekir.⁶² TTK'nın 144. madde hükmü de, kanunda aksine hüküm olmadıkça ortakların koymuş oldukları sermaye için faiz verilmesinin şirket mukavelesi ile düzenlenebileceğini hükme bağlanmıştır.⁶³ Kural olarak, faiz de sene sonunda muaccel olur. Faiz oranı TTK'nın 8. maddesi çerçevesinde sözleşme ile tespit olunur. Sözleşmede açıklık olmaması halinde genel hükümler geçerli olacaktır.⁶⁴ Arslanlı⁶⁵ sermaye ve ücret faizlerinin Türk Ticaret Kanunu'nun 170. maddesi anlamında emredici bir özellik taşıdığını ve ortak lehine bir nevi müktesep hak teşkil ettiğini savunmuştur.

⁵⁸ TTK 220/2.

⁵⁹ Çevik, **a.g.e.**, s. 368.

⁶⁰ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 223; Domaniç, **a.g.e.**, s. 315.

⁶¹ TTK 533/II fıkra hükmü ile limited şirket ortaklarına ortaklığa koydukları sermaye için faiz verilmesi açıkça yasaklanmıştır.

⁶² İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 63, 160.

⁶³ Faiz ödemesi karın tahakkuk etmesine bağlı değildir. Sermaye faizini kardan ayıran başlıca fark ticaretin seyrine tabi olmaması ve sabit bir nitelik taşımamasıdır. Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 225.

⁶⁴ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 225 BK: m.308/2 ve 72. maddeleri.

⁶⁵ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 225.

Kollektif ya da komandit şirket ortağının şirketten faiz, masraf ve avans alacakları da kişisel malvarlığına dâhil olduğundan ortağın şahsi alacaklısı tarafından cebri icranın konusu yapılabilecektir.

III. Borçlu Ortağın Şirket Hissesi ve Tasfiye Bakiyesine Katılma Hakkı

1. Ortağın Tasfiye Payı Haczolunarak Şirketin Feshinin İstenmesi

Kollektif ya da komandit ortaklığın tasfiyesi sonucu, ortakların tasfiye bakiyesi üzerindeki talep hakkına tasfiye payı denir.⁶⁶ Ortaklığın tasfiyesi sonucunda, tasfiye bakiyesinin nasıl dağıtılacağı, ortaklık sözleşmesinde bir hükümle öngörülmüş olabilir. Ortaklık sözleşmesinde bir hüküm yoksa ortaklar tasfiye sonucu, oybirliği ile alacakları bir karar ile tasfiye bakiyesini diledikleri gibi pay edebilirler.

Türk Ticaret Kanunu’nun 185. maddesi kollektif şirketin hangi hallerde infisah edebileceğini düzenlemiştir. Buna göre “Kollektif şirket TTK’nın 195. madde hükmü mahfuz kalmak üzere, Borçlar Kanunu’nun 535 ve 536. maddelerinde ve aşağıda yazılı sebeplerle infisah eder.” şeklindedir.

Komandit ortaklıkta ise, TTK’nın 267. madde hükmü gereğince, kollektif şirketlerin infisahına, tasfiyesine ve ortakların şirketten çıkma ve çıkarılmasına dair olan TTK’nın 185–242’nci madde hükümleri komandit şirketlerde de tatbik olunur. Şu kadar ki, şirket mukavelesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça komanditerin ölümü veya vesayet altına alınması şirketin infisahını gerektirmez. Görüldüğü üzere, kural olarak kollektif ortaklıkların sona erme sebepleri komandit ortaklıklar içinde geçerli olmakla birlikte, sadece komanditer ortağın ölümü ya da vesayet altına alınması komandit ortaklığı sona erdiren bir hal değildir.

Kollektif ve komandit şirketlerin infisah sebepleri çalışmanın sınırlarını aştığı için bu sebepler üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak, burada sadece infisah sebepleri zikredilecektir. Zira infisah sebeplerine bağlı olarak borçlu ortağın tasfiye payı ortaya çıkmaktadır. Buna göre, TTK’nın 185. madde hükmüne göre,

⁶⁶ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 63.

kollektif şirketin infisah nedenleri; ‘konkordato ile neticelenmiş bile olsa şirketin iflası’ ile, ‘şirket sermayesinin tamamı veya üçte ikisi zayı olup da tamamlanmasına veya geri kalan kısmı ile iktifaya ortaklarca karar verilmemiş olması’, ‘şirketin diğer bir şirket ile birleşmesi, şirketin tescil ve ilanı tescil ve ilan 157’nci madde de gösterilen müddet içinde veya sonra yapılmamışsa, aradan ne kadar müddet geçmiş olursa olsun ortaklardan herhangi birinin talebi üzerine ve noter marifetiyle diğer ortaklara münasip bir mehli havi ihtarname gönderilmiş olmak şartıyla mahkemece feshe karar verilmiş olması’ ve ‘196. madde hükmü mahfuz olmak üzere ortaklardan birinin iflası’dır.

Kollektif ya da komandit şirketin tasfiyeye girmesi ile tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirketi olan kollektif şirket artık hukuki varlığını tasfiye gayesi ile sınırlı olarak devam ettirecektir.⁶⁷

İşte devam ettirilen tasfiye işlemlerinin sonuncunda, borçlu ortağa düşebilecek tasfiye payı ortağın kişisel alacaklıları tarafından haciz konusu yapılabilir. Bunun yanında, şirket tasfiye edilmeksizin de borçlu ortak şirketten ayrılabilir. Bu halde, borçlu ortağı ayrılma payı da yine borçlu ortağın kişisel alacaklıları tarafından haciz konusu yapılabilir.

2. Tasfiyesi Yapılmakta Olan Kollektif ya da Komandit Şirkette Borçlu Ortağın Tasfiye Payı ve Ayrılma Payı

Kollektif ya da komandit şirket herhangi bir sebeple sona ermiş olabilir.⁶⁸ Şirket böylece tasfiye haline girer ve bu aşamadan sonra ortaklık varlığını hukuki ve mali ilişkilerin çözülmesi için devam ettirmektedir. Tasfiye gerek ortaklar arasındaki, gerekse dış ilişkideki hukuki ve mali bağların çözülmesi için yapılması gereken işlerin tümünü kapsar. Yani, ortağın safi mal varlığının tespit ve ortaklara dağıtılması için icrası gerekli işlemlerin tümüdür. Bunun yanında, borçlu ortak şirketten ayrılıyorsa, ayrılma payı da hacze konu teşkil eder.

Borçlu ortağın şirketten çıkma ve çıkarılmalarında ise, şirket sona ermeksizin sadece ayrılan ortağın payı hesaplanır, kendisine veya ilgili kişiye

⁶⁷ Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 517 vd.

⁶⁸ Sona erme sebepleri için Bkz. Arslanlı, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 459vd. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 181vd.

ödenir. Ayrılma payı ile sadece o ilgili kişinin ortaklık ile ilişkisi kesilmiş ve ortaklık hakkı sona ermiş olur.

D. Yetkili İcra Dairesi

Haczi yapmaya görevli organ icra dairesidir.⁶⁹ Haczin geçerliliği için icra takibinin yapıldığı (derdest olduğu) icra dairesi yetkilidir. Bununla birlikte, takibin yapıldığı icra dairesi, ancak kendi bölgesi içinde⁷⁰ bulunan malların haczi için yetkilidir.⁷¹ Haczedilecek mallar icra dairesinin yetki alanı dışındaysa haciz malların bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılması gerekir.⁷² Bu halde, malların bulunduğu yer icra dairesi takibin yapıldığı icra müdürlüğü tarafından istinabe olunmalıdır.⁷³ Bu halde, takibin yapıldığı icra dairesi haczedilecek malın bulunduğu icra dairesine bir istinabe talimatı gönderilir. Bu taleple birlikte, haciz için yapılacak gerekli masraflarda istinabe olunan icra dairesine gönderilir.⁷⁴ İstinabe olunan icra dairesi yetki alanı içindeki malı haczedecek, haczolunan malları muhafaza altına alacak ve haciz tutanağını istinabe eden icra dairesine gönderecektir.⁷⁵ İstinabe olunan icra dairesinin yaptığı haciz işlemi ile ilgili olarak yapılabilecek şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi tarafından çözümlenecektir.⁷⁶

Şirket hissesinin haczinde yetkili icra dairesi haczin konusuna göre takibin yapıldığı icra dairesi ya da şirket merkezinin bulunduğu icra dairesi olabilir. Zira şirket mukavelesinin bir sureti noterlikçe tasdikinin ardından on gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu ticaret siciline tescil edilmek zorundadır. Bu halde, sicile

⁶⁹ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 616.

⁷⁰ İcra dairesinin bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresi

⁷¹ Malların haczi ancak malların bulunduğu yer icra dairesi tarafından yapılabilir. İcra dairesinin kendi bölgesi dışında bulunan malları haciz etmiş olması halinde bu haciz geçersizdir. Bu halde, haczin geçersizliği süresiz şikâyet yolu ile her zaman ileri sürülebilecektir. Bkz: Kuru, **a.g.e.**, s. 625 vd.

⁷² Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 294, Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 144.

⁷³ İİK 79. madde hükmüne göre haczolunacak mallar başka yerde ise haciz yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine hemen yazar bu halde hacizle ilgili şikâyetler, istinabe olunan icra dairesinin tabi bulunduğu icra mahkemesince çözümlenir. Resmi sicile kayıtlı malların haczi takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir. SchKG'nin 89. maddesinde resmi sicile kayıtlı malların haczinin doğrudan yapılabileceğine ilişkin hüküm yer almamaktadır.

⁷⁴ Harçlar K. m.35

⁷⁵ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 625.

⁷⁶ İİK m.79/II c.2.

kayıtlı olan şirketteki borçlunun hissesi İİK'nın 79.maddesi gereğince alacaklı tarafından takibin yapıldığı icra dairesinden doğrudan yazılacak yazı ile ticaret sicilindeki kaydına işlenmek suretiyle yapılabilir.

Öte yandan, şirketin borçlu ortağının kâr payı, sermaye faizi, ücret ve masrafların haczi İİK'nın 88.maddesi gereğince yapılması halinde yetkili icra dairesi şirket merkezinin bulunduğu yer icra dairesidir. Zira bu halde, haciz menkul mal hükümlerine göre yapılacak ve takip şirket merkezinden başka bir yerde yapılması halinde, şirket merkezinin bulunduğu yer icra dairesi haciz yapmak üzere istinabe olunacaktır. Bununla birlikte, şirketin borçlu ortağının kâr payı, sermaye faizi, ücret ve masrafların haczi İİK'nın 89.maddesi gereğince yapılması halinde ise, takibin yapıldığı icra dairesi yetki alanı dışındaki üçüncü kişilere İİK'nın 89. maddesi gereğince de haciz ihbarnamesi gönderebilecektir.⁷⁷

E. Haczin Yapılması

I. Genel Olarak

Kollektif ya da komandit bir şirketin ortağı olan borçlunun şahsi alacaklısı tarafından borçlunun bu şirketlerdeki hisseleri ve bu hisselerle ilgili hakları ve alacakları haciz konusu yapılabilecektir. Alacaklının alacağının tahsili için başlatmış olduğu cebri icra prosedüründe borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hissesinin haczinde, İsviçre ve Alman Hukukları ile Türk Hukuku arasındaki temel fark Alman ve İsviçre Hukukları'nda kollektif ve komandit şirketlerin elbirliği mülkiyet ortaklığı rejimine tabi olmalarıdır. Bu sebeple, İsviçre Hukuku'nda kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczi yukarıda 4.ş altında açıklandığı üzere, elbirliği mülkiyet ortaklığı hisselerinin haczi usulüne ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 17.01.1923 tarihinde çıkarılan ve elbirliği ve topluluk mülkiyetine tabi ortaklık hisselerinin haczini ve paraya çevrilmesini düzenleyen yönetmeliğin hükümlerine tabidir.⁷⁸ Buna karşılık, Türk Hukuku'nda ise bu ortaklık türleri ticaret şirketleri arasında sayılmış ve bu ortaklık türlerine tüzel kişilik tanınmıştır. Böylece, Türk Hukuku'nda bu ortaklıklar hak sahibi

⁷⁷ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 626.

⁷⁸ VVAG Art. 1

olabilecekleri gibi borç altına da girebilecekler ve yetkilerini organları vasıtasıyla kullanabileceklerdir.

İsviçre Hukuku'nda, kollektif ve komandit şirketler elbirliği mülkiyet ortaklığı rejimine tabi olduklarından ortağın bu ortaklıklardan birinde hissesi olması halinde, bu hissenin haczi elbirliği mülkiyeti hissesinin haczine ilişkin kurallara göre yapılacaktır.⁷⁹ Böylece, bu ortaklık türlerindeki borçlunun hisselerinin haczinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 17.01.1923 tarihinde çıkarılan ve elbirliği mülkiyeti ortaklığı hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin düzenlemeler içeren yönetmelik (VVAG) uygulama alanı bulacaktır.

Türk Hukuku'nda ise, kollektif ve komandit şirketlere mehzadan farklı olarak tüzel kişilik tanınmış olmasına rağmen, bu şirketlerin mehz ile paralel bir şekilde, şahıs şirketleri olma özellikleri korunmuştur. Ayrıca, kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczinde, İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczine ilişkin usullerin etkileri açıkça ve önemli ölçüde görülmektedir. Zira İsviçre Hukuku'nda borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığına konu olan hisselerinin haczi her zaman en son aşamada yapılır.⁸⁰ Burada amaç borçlunun üçüncü şahıslarla elbirliği şeklinde ortak olduğu maldaki ortaklığın devamlılığı ve özellikle de üçüncü şahısların cebri icra takibinde haklarının etkilenmesinin azami ölçüde önüne geçilmek istenmesidir.⁸¹ Çünkü elbirliği mülkiyetine konu malın haczi halinde haczedilen ortaklık konusu maldan alacaklının alacağını alabilmesi için ortaklığın giderilmesi gerekecektir. Türk Hukuku'nda da şahıs şirketleri arasında yer alan ve tüzel kişilikleri bulunan kollektif ve komandit şirketlerde borçlunun hissesi olması halinde, borçlunun bu şirket türlerindeki hisselerinin haczi doğrudan doğruya yapılamamaktadır.⁸² Zira bu şirket türlerinde ortakların şirket nezdindeki

⁷⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 124 – 125.

⁸⁰ Bkz. § 4.

⁸¹ Amonn/walther, **a.g.e.**, s. 157.

⁸² TTK m. 191. Y.11.HD., E.2001/2874, K.2001/5081, T. 4.6.2001 “...ancak, anılan maddeye göre, fesih istenebilmesinin ilk şartı, borçlunun şahsi mallarından alacağın alınamamasıdır...” (karar yayımlanmamıştır). Y.11.HD., E.1995/2621, K.1995/3987, T.2.5.1995. “...mahkemece; davacının hisse devri nedeniyle ortaklığı diğer ortaklarca kabul edilmediği, bu nedenle alacağın öncelikle hisse devreden ortakten veya şirketteki kâr payından istenmesi gerektiği oysa davacının bu hususlara riayet ettiğine dair mücerret iddiasından başka bir delil bulunmadığından, icra takibi söz konusu olmadığından, şirketin feshi istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine...” karar verilmiş ve karar Yargıtay’ca onanmıştır. (karar yayımlanmamıştır).

hisselerini devir etme yetkileri kural de olarak yoktur, ortakların hisselerini devir etmeleri şirketin sona erme sebebidir, ancak, devreden ortağın dışındaki ortakların oybirliği ile yeni ortak ile şirketin devam etmesi sağlanabilir. Bununla birlikte, ortağın şirketteki hissesinin yanında, şirketten hissesine bağlı olan bir takım mali hakları da vardır. Ortağın bu sözü edilen mali haklarının devri kural olarak diğer ortakların rızalarına gerek olmaksızın mümkün olduğundan, alacaklı tarafından ortağın bu mali hakları öncelikle haczedilebilecektir.⁸³

Borçlu ortağın kollektif ya da komandit şirketteki hissesinin cebri icranın konusu yapılması halinde, borçlu ortağın dışında üçüncü şahıslarda bu hacizden etkilenebileceklerdir. Zira borçlu ortağın hissesinin haczi kural olarak şirketin tasfiyesi sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeple, üçüncü şahısları bu haczin etkisinden korumak için borçlu ortağın kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hisseleri, TTK'nın 191.maddesi gereğince borçlu ortağın diğer şahsi mallarından ve kâr payından tahsil edilmezse, en son çare olarak alacaklının tatmin edilmesi için haczin konusu yapılabilecektir. TTK'nın 191. maddesinin İsviçre Borçlar Kanunu'nundaki karşılığı olan (OR) 575/2. madde hükmüne göre, kollektif şirket ortağının şirketteki tasfiye hissesinin haczedilmesi halinde, şirketin feshi için en az altı aylık bir sürenin verileceği hükmüne yer vermektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda TTK'nın 191. madde hükmünün aksine, alacaklının öncelikle borçlunun şahsi mallarından ve şirketteki kâr payından alacağını alması yönünde bir hüküm yoktur. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 1 ve 3.maddelerinde, TTK'nın 191. maddesin de, alacaklının, öncelikle borçlunun şahsi mallarından ve şirketteki kâr payından alacağını alması yönünde yer alan hükme paralel düzenlemeler yer almaktadır.

II. Ortağın Şirketteki Mali Haklarının Haczi

1. Ücret Alacağının Haczi

Borçlunun ücret alacağı esasen üçüncü şahıstaki bir alacak hakkı niteliğinde olmasına rağmen, İcra ve İflas Kanunu, borçlunun haczedilen maaş veya ücretinin tahsili için İİK'nın 89. maddesinde öngörülen prosedürden daha

⁸³ Bisang, **a.g.e.**, s. 72 – 73.

basit bir prosedür öngörmüştür.⁸⁴ Bu sebeple, borçlunun ücret alacağının haczi yönünden İİK'nın 89. maddesindeki usulün uygulanmasına gerek ve imkân yoktur.⁸⁵ Borçlu ortağa şirket sözleşmesi gereğince ücret verilmesi kararlaştırılmışsa, kollektif ya da komandit şirket ortağının ortaklıktan olan ücret alacağı ortağın kişisel alacaklısı tarafından İcra ve İflas Kanunu'nun 83, 355 ve 356. madde hükümleri uyarınca haczettirilebilir.⁸⁶

Borçlu ortağın ücretinin ne kadarının haczedilebileceğinin tespiti için, hacizden önce, kural olarak, borçlunun aldığı ücret miktarının bilinmesi gerekir.⁸⁷ Buna göre, borçlunun ücret alacağı İİK 83. madde hükmüne göre, aylık ücretinin ¼'ünden aşağı olmamak üzere haciz edilir. Bu haciz işlemi şirketin yetkili temsilcisine tebligat yapılarak bildirilir. Tebligatı kabule yetkili kimse ise, kollektif şirketin tüzel kişiliği olduğundan, bu şirketi temsile yetkili olanlar kural olarak şirketin kanuni temsilcisi konumunda bulunan ortaklardır.⁸⁸ Bununla beraber, kollektif şirketin ortak olmayan bir şahıs tarafından da temsili mümkündür.⁸⁹ Komandit şirketleri temsile yetkili olanlar ise, kural olarak komandite ortaklardır. TTK'nın 257. maddesinin hükmüne göre, kural olarak, komanditer ortak, ortak sıfatıyla komandit şirketi temsile yetkili değildir.

Bununla birlikte, şirkette kendilerine tebligat yapılacak şirket yetkililerinden ya da müdürlerinden hiçbirisi belirtilen adreste bulunmazlarsa Tebligat Kanunu'nun 17. maddesine göre, tebligat aynı yerdeki daimi görevli veya müstahdemlerden birine yapılabilir.⁹⁰ Bu itibarla, kollektif ya da komandit şirket ortağının şahsi borcundan dolayı ortağı ücret alacağının haczinde iş yerinin

⁸⁴ Yavaş, **a.g.e.**, s. 183.

⁸⁵ “Borçlunun üçüncü şahsa ait müesseseden almakta olduğu maaşın dörtte biri haczedilerek icraya yatırılması lüzumu ihbar olunduğuna göre, hadiseye İİK'nın 355 ve 356. maddelerinin uygulanması gerekir.” İİD. 11.12.1964T, 14508K. sayılı karar Bkz, Uyar, İİK, **a.g.e.**, s. 9407; ayrıca, Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 165.

⁸⁶ Maaş ve ücretlerin haczi İcra İflas Kanunu m. 89'a göre değil, İİK m. 355'e göre yapılması gerekir. 12. HD 6.10.1983, 5307/7092; Uyar, İİK, C.I, **a.g.e.**, s. 2538.

⁸⁷ İcra dairelerinden yapılacak tebligatın kanuni muhatapları, haczin icra edildiğini ve borçlunun maaş ve ücret miktarını en geç 1 hafta içinde bildirmek ve borç ödeninceye kadar icra dairesinin tebligatı gereğince memur veya ücretlinin maaş ya da ücretinden haciz edilen miktarı kesip hemen icra dairesine göndermek zorundadır. (İİK m. 355/I) Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 447.

⁸⁸ Moroğlu, **a.g.e.**, s. 389.

⁸⁹ TTK m. 449.

⁹⁰ Muşul, (tebligat) **a.g.e.**, s. 205; Moroğlu, **a.g.e.**, s. 405.

yönetimi ile görevli ve ücret ödemesi yapan kimselere bu bildirimin yapılmasının haczin geçerli olabilmesi için yeterli olmalıdır.

Kollektif ya da komandit şirkete, yapılacak olan bu bildirim ile borçlunun ücretinin en az ¼'ünün haczedildiği, borçlunun ücret miktarının en geç bir hafta içinde icra dairesine bildirilmesi ve borç bitinceye kadar icra dairesinin bildirisi gereğince haczedilen ücret miktarının, borçlunun ücretinden kesilip, hemen icra dairesine gönderilmesi ihtar olunur.⁹¹ Bu halde, ilgili ortak veya çalışanlar borçlunun durumundaki değişiklikleri de derhal icra dairesine bildirmek zorundadırlar.⁹²

Borçlunun maaşının hangi halde ¼'ü hangi halde ise, bu oranın daha fazla olması problemi ile karşımıza çıkabilir. Bu halde, borçlunun şirketten aldığı ücretin belli olmasından sonra, icra müdürü borçlunun aldığı ücretin oranına göre borçlunun maaşının ¼'ünden fazlasını haczedebilecektir. İcra müdürü haczi uygularken kanuna aykırı davranması halinde, İİK m. 16 gereğince bu işlem icra mahkemesi nezdinde şikâyet konusu yapılabilecektir.⁹³ Ayrıca, ücret üzerinde birden fazla alacaklı tarafından haciz konulması halinde, nasıl bir işlem uygulanacaktır? Bu halde, bu ücret hacizleri hacizlerin konuluş tarihlerine göre, sıraya konur. Sırada önce olan haczin kesintisi tamamlanmadıkça sonraki haciz için ücret alacağında kesintiye gidilemeyecektir.⁹⁴

Borçlunun ücret alacağının haczinde İcra ve İflas Kanunu'nun 355. madde hükmüne riayet etmemiş olanlar, İİK'nın 356.maddesi gereğince, kesmedikleri veya kesip de ilk vasıta ile göndermedikleri para ayrıca mahkemeden hüküm alınmasına gerek kalmaksızın, icra dairesi tarafından bu kimselerin ücretlerinden veya diğer mallarından alınır. Ayrıca, İİK'nın 357. maddesinde icra dairesinin kanuna uygun tebliğ ve emirlerini yerine getirmeyenler hakkında uygulanacak yaptırımında düzenlenmiştir. Buna göre, Cumhuriyet Savcılığı tarafından takip yapılır.⁹⁵

⁹¹ İİK m. 355/I.

⁹² İİK m. 355/II.

⁹³ Pekcanitez, (şikâyet) **a.g.e.**, s. 42vd.

⁹⁴ İİK m. 83/II.

⁹⁵ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 447.

2. Tahakkuk Etmiş Kâr Payı, Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Haczi

Ortağın tahakkuk etmiş olan kâr payı ve faiz masraf ve avans gibi diğer alacaklarının haczinde, ortağın hissesine düşecek miktar belli olduğundan, ortağın şirketten bu tür alacaklarının haciz edilmesi ile muhafaza altına alınması, üçüncü şahıs konumunda bulunan şirkete İİK'nın 89. madde hükmü gereğince gönderilecek haciz ihbarnameleri ile mümkündür.⁹⁶

Yargıtay 1967 tarihli bir kararında;⁹⁷ “kollektif şirketin diğer ticaret şirketlerinde olduğu gibi ortaklarından ayrı müstakil, tüzel kişiliği haiz bir varlık olduğunu, şirketin malları, alacakları ve haklarının ortaklara değil şirket tüzel kişiliğine ait olduğunu, şirketin borçlarından birinci derecede şirketin sorumlu olduğunu, ortaklardan herhangi birisinin mülkiyet iddiasıyla bir hak iddia edemeyeceğini, ortakların şahsi alacaklılarının haklarını bilânço gereğince o ortağa düşen kâr payından, şirket fesih olunmuşsa, tasfiye payından alabileceklerini, henüz bilânçonun tanzim edilmemiş olması halinde alacaklının, şirket bilânçosunun tanzimi neticesinde, borçlu ortağa düşecek kâr payına ihtiyati haciz koydurabileceğini, kâr payının alacağı karşılayamaması halinde tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek paya haciz koydurmaya ve altı ay önceden ihbar etmek ve hesap yılı sonu için geçerli olmak şartıyla şirketin feshini istemeye yetkili olduğu” hususlarına yer verilmiştir.

Sözü edilen Yargıtay Kararı'nda ortağın şirket nezdindeki tahakkuk etmiş olan kâr payının da hacze konu olacağı belirtilmiştir. Bu haciz işlemi yapıldıktan sonra haczolunan kâr payı alacağının muhafaza altına alınma işlemleri ise, İİK'nın 88 ve 89. madde hükümleri gereğince yapılabilecektir.

3. Haciz Anında Henüz Tahakkuk Etmemiş Kâr Payının Haczi

TTK'nın 170. madde hükmü gereğince kollektif şirkette ortağın haklarından bir tanesi de ortaklığın kârına katılmak ve ortaklık kârından pay

⁹⁶ Yavaş, **a.g.e.**, s. 161 vd.

⁹⁷ Y. 12. HD'nin 1967/2204E., 1967/2215K., ve 7.3.1967 T. (Karar Kazancı Yargıtay kararları arşivinden alınmıştır.)

almaktır.⁹⁸ Keza, komandit şirkette ise, komandite ortakların ortaklıktan kâr payı alma usulleri kollektif şirket ortağı ile aynıdır. Komanditer ortak yönünden ise, TTK'nın 251. madde gereğince, komanditerler, iş yılı sonunda tahakkuk eden kâr paylarını ve mukavelede kararlaştırılmış olan faizleri nakden alırlar. Kollektif ya da komandit şirketin ortağının şahsi alacaklısı ortağın hissesine haciz anında henüz doğmamış, ancak tahakkuk edecek ve ortağa ödenecek olan kâr payının da haczini isteyebilmelidir. Bu halde, beklenen bir alacağın haczi söz konusu olur. Kural olarak beklenen bir alacağın da haczedilmesi mümkündür.⁹⁹ Beklenen bir alacağın haczinin söz konusu olabilmesi için, alacak henüz doğmamış olmakla beraber, tahakkuku muhtemel alacaklarda evvelce alacağın vasfının tayin edilmesini kolaylaştıran hukuki bir temel mevcutsa haczedilebilir.¹⁰⁰ Bu halde, alacağın miktarının belli olmaması önemli değildir. Bu halde, beklenen alacağın haczi için en önemli husus, haciz sırasında alacağın doğumuna ilişkin herhalde bir hukuki ilişkinin ya da beklenen alacağın doğumunu ihtimal dâhilinde gösteren bir hukuki temelin mevcut olması gerekir. Kollektif ya da komandit şirketler de ortağın şirketle ortaklık ilişkisinin bulunması beklenen alacağın doğumunu gösteren en önemli hukuki araçtır. Bu noktada, kollektif ya da komandit şirketin zarar etme ihtimalleri de gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen bu halde, şarta bağlı, bir hakkın haczine de benzer bir durum vardır. Bu halde, haciz yapılabilecektir, ancak, kârın doğumu ve borçlu ortak adına tahakkuk etmesi ile ancak icra dairesi tarafından celbedilebilecektir.

Kâr payı alacakları aynı zamanda beklenen alacak niteliğinde olduğundan, bu alacak gibi henüz doğmamış ancak ileride doğması muhtemel olan maaş ve ücret alacağı üzerine de haciz tatbik olunabilecektir. Yukarıda dördüncü paragraf başlığı altında açıklandığı üzere, İsviçre Hukuku'nda da beklenen alacakların haczi mümkündür. Bununla birlikte, İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin yönetmeliğin 1. maddesinin III. fıkrasına göre, ancak bir yıl içinde muaccel olabilecek maaş ve ücretlerin haczi mümkündür.¹⁰¹ İsviçre Hukuku'nda ücret gibi devri edimlerin haczi yönünden bir süre sınırlamasının getirilmesinin en önemli nedeni, hem takip borçlusunun hem de

⁹⁸ Doğanay, (şerh) **a.g.e.**, s. 695.

⁹⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196.

¹⁰⁰ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196; Stöber, Forderungspfändung, **a.g.e.**, Nürnberg 1965, s. 26.

¹⁰¹ Staehelin/Bauer/Staehelin, **a.g.e.**, s. 1014.

alacaklılarının korunması gayretidir.¹⁰² Bir yıllık süre haczin uygulanmasından itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁰³

Kâr niteliği gereği, muayyen bir devrede,¹⁰⁴ şirket malvarlığının değer itibarıyla artan kısmını teşkil eder.¹⁰⁵ Kârın tespiti, şirketin envanterinin ve şirket bilânçosunun çıkarılması ile yapılır. Bu görev de TTK'nın m.169/I.fıkrası gereğince şirket yöneticilerine düşer.¹⁰⁶ Ortağın kâr payı alacağının doğumu için karın yılsonunda gerçekleşmiş olması yeterli olup ayrıca anonim şirketlerde (TTK m.369/II) olduğu gibi, bu konuda kârın dağıtımı için bir karar alınmasına gerek yoktur. Şirketin bilânçosunun düzenlenmemiş olması, gerçekleşen kâr payının şirketten istenmesine engel değildir. Bunun anlamı, dönem içinde henüz şirketin kâr ve zarar ettiğinin belli olmamış olması, şirketin elde edeceği kârın haczine engel olmayacaktır.

4. Kâr Payı, Tasfiye Payı ve Faiz Alacaklarının Doğrudan İcra ve İflas Kanunu'nun 94.maddesine Göre Haczinin Mümkün Olup Olmadığı

Borçlunun kollektif ya da komandit şirketten olan kâr payı, ücret, faiz, masraf ve avans alacaklarının haczedilip bu haczin tatbikinin de İİK'nın 89. madde hükmü gereğince yapılabileceğinde tereddüt yoktur. Bununla birlikte, acaba bu hak ve alacaklar doğrudan İİK'nın 94. maddesi gereğince de haciz edilebilecek midir? Kanaatimizce, borçlunun kollektif ya da komandit şirketteki bu türden hakları tasfiye payı ile birlikte haciz olunacaksa, İİK'nın 94. maddesi gereğince bu hak ve alacakların haczi mümkündür. İİK'nın 94. madde metnine göre,¹⁰⁷ “Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi yerleşim yeri bilinen üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder.” Kâr payı, ücret, faiz ve masraf ve avans alacakları temelde borçlunun ortaklık haklarının bir uzantısını oluşturur. İİK'nın 94. maddesi

¹⁰² Amonn/Gasser, **a.g.e.**, s. 175.

¹⁰³ İsviçre Hukuku'nda, borçlunun söz konusu süre içindeki gelirinin haczedilmesine rağmen alacaklının alacağı yine de karşılanamıyorsa, alacağın kalan kısmı için tamamlama haczi yoluna gidilemez. İcra müdürünün bu halde, alacağın karşılanamayan kısmı için aciz vesikası düzenlemesi gerekir. (Amonn/Gasser, **a.g.e.**, s. 175).

¹⁰⁴ TTK'nın 72. maddesine göre, kâr payının hesaplandığı bu devre, altı aydan az ve oniki aydan çok olamaz.

¹⁰⁵ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 60.

¹⁰⁶ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 693.

¹⁰⁷ İİK 94.maddesi 538 sayılı ve 4949 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir.

gereğince, borçlu ortağın ortaklıktaki tasfiye bakiyesinin haczi halinde, bu ortaklık hissesine bağlı hak ve alacakların haczi de bu şekilde mümkündür. Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczedilebilmesi için öncelikle, borçlu ortağın şahsi mallarından ya da şirketteki kâr payından alacağın tahsil edilememiş olması gerekir. Bu halde, alacaklının alacağı büyük miktarda değilse, bu halde, alacaklı borçlunun ortaklık hissesini doğrudan haczedemeyeceğinden öncelikle borçlu ortağın şahsi malları ya da kâr payı alacağı haczin konusu yapılabilecektir. Bu sebeple, bu varsayımda, borçlunun açıklanan bu hak ve alacaklarının haczi, İİK'nın 94. maddesi gereğince yapılamayacaktır. Öte yandan, alacaklının alacağı büyük miktarda olması halinde ve alacaklı tarafından bu alacağın tahsili için öncelikle borçlu ortağın kâr payına müracaat edilse dahi kâr payı alacağının alacağı karşılamayacağı çok açık ise, alacaklı borçlunun şahsi mallarına ve kar payına müracaat etmeden doğrudan borçlunun ortaklık payını haczedebilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki kâr payı, tasfiye payı, faiz ya da şirket hissesinin haczini yapan icra müdürü, bu haczi haciz tutanağına yazacaktır. Yapılan bu haciz işlemi adresi bilinen üçüncü kişilere, şirkete ve diğer ortaklara bildirir.¹⁰⁸ Bu bildiri ile şirkete ve diğer ortaklara bundan böyle borçlu ortağa ödenmesi gereken kâr payı, ücret, faiz ve tasfiye payının icra dairesine ödenmesi, bu alacaklarla ilgili olarak borçlunun ve icra dairesinin muvafakatinin alınmasının gerektiği ihtar edilir. Böylece, borçlunun bu hakları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Görüldüğü üzere, borçlu ortağın kollektif ya da komandit şirketteki tasfiye payı ile birlikte yukarıda sayılan hak ve alacakları da İİK. m.94 gereğince haczedilebilecektir.¹⁰⁹

III. Kollektif ya da Komandit Şirket Hissesi ve Tasfiye Payının Haczi

Alacaklının, kollektif ya da komandit şirket ortağı borçlusunun, şirket hissesi üzerinde haciz koydurup, şirketi tasfiyeye götürebilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nun 191. maddesine göre; alacaklı, öncelikle kollektif ya da komandit şirket ortağının şirket dışındaki şahsi mal ve hakları ile şirketteki mali haklarına

¹⁰⁸ (İİK m.94, TTK m.145, 191).

¹⁰⁹ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 668.

yani, kâr payı, varsa faiz, masraf, ücret ve avans alacaklarına¹¹⁰ başvurmak zorundadır.¹¹¹ Alacaklı, TTK'nın 191 ve TTK'nın 145. maddelerinde hükme bağlanan bu sınırlamalara uymaksızın borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdinde bulunan hissesinin haczi talebinde bulunması halinde, yapılan bu haciz, İİK. 16. madde hükmü gereğince, icra mahkemesine yapılabilecek şikâyet başvurusu üzerine iptal olunabilecektir.¹¹² Bu halde, kanaatimizce süresiz şikâyet söz konusudur. Zira bu durumda şikâyet kamu düzenindendir. Alacaklı, burada borçlunun şahsi mallarına başvurduğuna ve alacağını alamadığına ilişkin olarak icra dairesinden resmi bir belge almalıdır.¹¹³ İcra dairesinden alınması gereken bu belgenin İcra ve İflas Hukuku'nda uygulama alanı buluna aciz vesikası ile karıştırılmaması gerekir. İİK'nın 143 ve 251. maddelerinde yer alan aciz vesikası; icra hukukunda borçlunun haczi kabil malının bulunmaması halinde, iflas hukukunda ise, masa malvarlığının tasfiyesi sonunda alacakları iflas masasına kayıtlı alacaklıların alacaklarının ödenemeyen kısmı için iflas idaresi tarafından aciz vesikası düzenlenir.¹¹⁴ Bu sebeple, bu halde, icra dairesinin vereceği belge de sadece alacaklının, öncelikle, TTK'nın 145 ve 191. maddeleri gereğince, borçlunun şahsi mallarına ve kâr payı alacağına müracaat ettiğini göstermesi ve alacağını buna rağmen tahsil edememiş olması aranır.¹¹⁵

Y.11.HD'nin 2001 tarihli bir kararında,¹¹⁶ kararında şirketin feshinin istenebilmesinin ilk şartı olarak borçlunun şahsi mallarından alacağın alınamaması gerektiği isabetli olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, kararda icra takip

¹¹⁰ Y.11.HD'nin 2.5.1995 gün, E. 95/2621, K.95/3987 sayılı kararı; "Davacının (payını devralmış olduğu komnaditer ortak yerine) ortaklığa alınmaması nedeniyle davalı (komandit) şirketin feshini istemiştir. Böyle bir dava açılması mümkün değildir. Ancak, TTK'nın 267.md.si yollaması ile aynı Kanun'un 191.md.sinin olayda uygulanabilmesi mümkün ise de, davacı anılan hüküm gereğince komanditerden olan alacağını borçlunun şahsi mallarından veya TTK'nın 145.md.sine göre şirketteki kâr payından alma yoluna gitmediğinden anılan hükme göre fesih talebi koşulları da oluşmamıştır. Bu nedenle, davanın reddi gerekir. Karar metni için, Bkz. Moroğlu TTK (kanun) s. 173.

¹¹¹ TTK 145; Borçlunun limited şirketindeki hissesinin haczinde alacaklı bu yönde bir sınırlamaya tabi değildir. Bkz. TTK m. 522.

¹¹² Pekcanitez, (şikâyet) **a.g.e.**, s. 45

¹¹³ "Bir ortağın şahsi alacaklısı, alacağını ancak borçlu ortağın şahsi mallarından ve şirketin kar payından alamaması halinde ancak, o şirketin feshini istemeye yetkilidir." Y.11.HD. 2.5.1995 gün ve E. 1995/2621, K. 3987; Yarg. TD. 5.4.1960 gün ve E. 3129, K.977. kararlar için bkz. Doğanay (şerh) **a.g.e.**, s. 739.

¹¹⁴ Öztekin, **a.g.e.**, s. 48; 106; Deliduman, İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) 1994, s. 5 vd.

¹¹⁵ Deliduman, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) **a.g.e.**, s. 12, 74.

¹¹⁶ Y.11.HD.2001/2874E., 2001/5081K., 4.6.2001 T. (Karar yayımlanmamıştır)

dosyasında borçlunun mallarının borcunu karşılamaya yetmediğine ilişkin İİK'nın 143.ncü maddesine göre aciz vesikası verilir verilmediği anlaşılmadığı şeklinde ifadeye yer verilmesi ile şirketin tasfiyesinin istenebilmesi için aciz vesikasının gerekliliği aranmıştır. Kanaatimizce, Yargıtay Kararı'nda borçlunun şirketteki ortaklık payının haczi ve şirketin tasfiyesinin istenmesi için aranan aciz vesikası şartı isabetli değildir. Zira aciz vesikası İİK'nın 143 ve 251. maddelerin de düzenlenmiş olup, bu kurumun özellikleri ile TTK'nın 145 ve 191. maddeleri ile korunmak istenen hukuki menfaat aynı değildir. TTK'nın 145 ve 191. madde hükümleri aslında yukarıdaki bölümde elbirliği ile mülkiyet hissesinin haczinde de ayrıntılı olarak incelendiği üzere, İsviçre Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketler de elbirliği mülkiyeti rejimi geçerli olduğundan borçlunun elbirliği mülkiyeti hissesinin haczi de kural olarak 1923 tarihli yönetmeliğin 3. maddesi gereğince en son halde haciz edilebilecek borçlunun mal varlığı olduğundan, Hukukumuzda da bu temel esasın bir uzantısı olarak elbirliği mülkiyet ortağı olan borçlunun elbirliği mülkiyetin de ya da kollektif veya komandit şirket nezdindeki hissesi haczolunduğunda, bu hacizden üçüncü şahıs konumundaki kişilerde mutlaka etkileneceklerdir. Bu sebeple, TTK'nın 145 ve 191. maddelerindeki kurallar ile asıl korunmak istenen hukuki menfaat üçüncü şahısların en az ölçüde borçlu hakkında yapılan cebri icra takibinden etkilenmelerini sağlamaktır.¹¹⁷ Buna karşılık, İcra ve İflas Hukuku'nda uygulama alanı bulan aciz vesikası kurumu ise, takip işlemlerinin sonucunda alacaklının alacağını kısmen ya da tamamen borçludan alamadığını ispata yarayan onaylı resmi bir takip hukuku senedidir.¹¹⁸

TTK'nın 145. maddesine göre, bir şirket devam ettiği müddetçe ortaklardan birinin şahsi alacaklısı ortağın şirketteki kâr payı ve varsa, avans, masraf, faiz ve ücret alacaklarını haciz ettirebilir. Madde hükmüne göre, borçlu ortağın şirket hissesinin haczi için alacaklının, borçlunun şirket dışındaki malvarlığına müracaat hakkını kullanmamış olması gerekir. TTK'nın 191. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, kollektif şirket ortaklarından birinin şahsi alacaklısı borçlunun şahsi mallarından ve Türk Ticaret Kanunu'nun 145.maddesi gereğince, kâr payından alacağını alamazsa, alacaklı tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek paya

¹¹⁷ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 157.

¹¹⁸ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 498; Favre, **a.g.e.**, s. 221.

haciz koydurabilecektir. Bunun içinde alacaklı, alacağını borçlunun kâr payından ve diğer değerlerden alamadığını ispat etmelidir.

Alacaklının haciz talebi üzerine, icra müdürü borçlunun şirketteki hissesini haciz edecektir, haczin konusu borçlunun şirketteki hissesidir. Bunun anlamı, borçlunun şirket nezdinde sahip olduğu hissenin haciz olunduğunun haciz tutanağına yazılmasıdır.¹¹⁹ Borçlunun şirketteki hissesini haczedenden icra müdürü, bu haczi adresi bilinen diğer ortaklara ve şirkete bildirecektir.¹²⁰ Bu bildiri ile borçlunun haciz olunan hissesi ile ilgili olarak yapılacak bütün tebligatların bundan sonra haczi koyan icra dairesine yapılması ve borçlunun muvafakatin alınması gereken tasarruflar için borçlu ortak yerine icra dairesinin (alacaklının) muvafakatinin alınmasının gerektiği ihtar şirkete yapılır. Böylece, borçlunun haciz edilen hissesi ve hissesine bağlı haklar üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olduğu¹²¹ şirkete ve diğer ortaklara bildirilmiş ve yapılan haciz işlemine aykırı davranışlara karşı gerekli muhafaza tedbirleri de İİK'nın 90.maddesi gereğince alınmış olur.¹²²

Alacaklı, borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hissesini haczettikten sonra, alacaklının haczedilen şirket hissesinin paraya çevrilerek alacağının tahsili için şirketin feshini talep etmesi gerekir. Alacaklının şirketin feshini talep edebilmesi için ise, uygulanan haczin kesin haciz olması gerekir. Alacaklı ihtiyati haciz ile borçlunun şahsi malları, kâr payı, avans ve masraf alacaklarını haczedebilecektir. Ancak, borçlunun kollektif ya da komandit şirket nezdindeki hissesini alacaklı ihtiyati haciz suretiyle haciz edebilmesine karşılık, şirketin feshinin talep edilebilmesi için ihtiyati haczin mutlaka kesin hacze dönüşmesi gerekir.

Borçlunun kollektif ya da komandit şirket hisselerinin haczinde üzerinde durulması gereken diğer bir konu da, borçlunun kollektif şirket ortağı olması ve borçlunun ortaklık hissesinin şahsi alacaklısı tarafından haczedilmesi halinde, borçlunun şahsi alacaklısı alacağını tahsil edemezse, TTK'nın 191. maddesi

¹¹⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 109.

¹²⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 124 – 125; İİK m. 94.

¹²¹ İİK m. 86; Bisang, **a.g.e.**, s. 119.

¹²² İİK m. 90 “İcra dairesi haczedilen hakların muhafazasına ve alacaklardan günü gelenlerin tahsiline çalışır ve lazım gelen masrafların peşin ödenmesini isteyebilir.”

gereğince, tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek olan paya haciz koyduran alacaklı altı ay önce ihbar etmek ve hesap yılı sonu için hüküm ifade etmek şartıyla şirketin feshini istemeye yetkilidir. Bu hüküm, TTK'nın 267.maddesi gereğince komandit şirketler için de geçerlidir. TTK'nın 191.maddesi gereğince alacaklının şirketin feshini isteyebilmesi, kollektif ve komandit şirketin şahıs şirketi olmasını ve ortakların diğer bütün ortakların rızaları olmaksızın ortaklık hisselerini serbestçe devir edememeleri ilkesinin doğal bir sonucudur. Bununla birlikte, komandit ortaklıkta bilindiği üzere, komanditer ve komandite olmak üzere iki tür ortak grubu bulunmaktadır. TTK'nın 254. maddesi gereğince komanditer ortak şirketteki payını başkasına devir edebilir. Fakat bu devir işlemine diğer ortaklar izin vermezlerse bu halde, Borçlar Kanunu'nun 532. maddesi hükmü uygulanır.¹²³ Bunun anlamı, ortakların devre izin vermemeleri halinde komanditer ortağın şirket hissesinin devrine ilişkin tasarruf işlemi şirkete karşı hüküm doğurmayacaktır. Yani, hisseyi devralan, kimse aslında hissenin kuru mülkiyetine sahip olmasına rağmen, bu kimse, komandit şirkette ortak sıfatını kazanamaz ve bu kimsenin şirket işleri hakkında da bilgi alma hakkı da yoktur.¹²⁴

Görüldüğü üzere, komandit şirkette komanditer ortağın aslında komanditer ortak olmasının bir sonucu olarak hissesi devir edebilmesi mümkün olmasına rağmen, bu devir işleminin ortaklığa karşı hüküm doğurabilmesi kural olarak diğer ortakların onayına tabi kılınmıştır ya da komanditer ortağın hissesini devrine diğer ortakların izin verdikleri hususu şirketin ana sözleşmesinde yer almalıdır. Buna karşılık, TTK'nın 255. madde hükmüne göre, ölen komanditer ortağın yerine mirasçısı geçer. Bu halde, üzerinde durulması gereken konu komanditer ortağın cebri icra takibine maruz kalması halinde acaba komanditer ortağın komandit şirketteki hissesinin haczedilmesi ile alacaklı komandit şirkete altı ay önceden ihbar bildiriminde bulunarak şirketin feshini isteyebilecek midir? İsviçre ve Alman Hukukları'nda kollektif ve komandit şirketler elbirliği mülkiyet ortaklığı rejiminin hükümlerine tabi olduğundan, ortakların ortaklık hisseleri tasfiye olunmaksızın devredilemediğinden bu yönde bir sorun ile karşılaşılması mümkün değildir. Türk Hukuku'nda ise, Kanaatimizce, TTK'nın 267. maddesinin atfı ile kural olarak, kollektif şirketlerin fesih ve infisahına ilişkin hükümler

¹²³ Domaniç, (adi - kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 469.

¹²⁴ Doğanay, (şerh) **a.g.e.**, s. 827.

komandit şirketler içinde uygulanacağından, kural olarak komandit şirketin komanditer ortağının da, cebri icra takibine maruz kalması ve ortaklık hissesinin haczedilmesi halinde, alacaklı tarafından şirkete altı ay süre verilmek suretiyle komandit şirketin feshi istenebilmelidir. Zira her ne kadar, komandit şirketin komanditer ortağının hissesini kural olarak devir edebilmesi mümkün ise de, bu devir şirkete karşı hüküm ifade edebilmesi için diğer ortakların iznine ihtiyaç vardır. Diğer ortakların devre muvafakat vermemeleri halinde ise şirketin fesih ve tasfiyesi kaçınılmazdır.

IV. Şirketin Üçüncü Kişilerden Alacaklarının Haczinin Mümkün Olup Olmadığı

Şirketin üçüncü kişilerden olan alacaklarına ortağın şahsi alacaklılarının müracaat hakkının olup olmadığı hususu da tartışma konusu yapılabilir. Türk Hukuku'nda, yukarıda da açıklandığı üzere, kollektif ve komandit şirketler tüzel kişiliği haiz birer ticaret şirketleridir. Bunun anlamı, bu şirketlerin organlarının bulunduğu ve kendi unvanları altında haklar kazanabileceği gibi borç altına da girebilecekleridir. Bu halde, şirketin üçüncü kişilerden olan alacakları şirket ortaklarının şahsi borçlarından dolayı haciz konusu yapılamayacaktır. Zira şirketin üçüncü kişilerden alacakları olabileceği gibi üçüncü kişilere borçları da olabilecektir. Şirket ortaklarının şahsi alacaklıları ancak ve şirketin bilânçosu gereğince şirket ortağının payına düşebilecek kâr payının ve ortağın şirketten olan diğer hak ve alacakları ile tasfiye bakiyesini haciz konusu yapabilecektir.

F. Haciz Tutanağı

Borçlunun kollektif veya komandit şirketler nezdindeki avans, masraf, kâr payı ile ortaklık hissesi ve tasfiye payının alacaklı tarafından haczedilmesi halinde, haczedilen her hak ve alacağın kıymeti de haciz tutanağına yazılır.¹²⁵ Bununla birlikte, kâr payının haczi yönünden haciz anında borçlunun kollektif şirketteki kâr payının ya da tasfiye payının değerinin tam olarak bilinmesi mümkün olmayabilir. Bu sebeple, haciz tutanağına kâr payının haczi yapılması halinde, yılsonunda dönem sonu bilânçosunun çıkarılmasından sonra borçlu ortağa düşecek kâr payının

¹²⁵ Bisang, a.g.e., s. 109.

haczedildiğinin, tasfiye halindeki şirkette de tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek payın haczedildiğinin; şirket hissesinin haczinde de şirket hissesinin ve fesihten sonra yapılacak tasfiye ile beraber tasfiye sonundaki bakiyenin haczedildiğinin yazılması ile yetinilir.

Avans ve masraf alacaklarının haczinde önceden bu alacakların miktarları belli olduğundan belirtilen değerde yazılır. Haciz istinabe edilmek suretiyle yapılırsa bu halde, haciz tutanağı istinabe edilen icra dairesi tarafından tutulur.

Kollektif ya da komandit şirket hissesinin ve ortağın diğer haklarının¹²⁶ haczinde, şirket merkezinin bulunduğu yere gitmeye gerek yoktur. Fakat şirket hissesinin haczi sonucunda şirketin feshinin istenmesi ve taraflar arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, icra mahkemesine ya da genel mahkemelere gidilmesi, tasfiye gibi birçok işlem şirketin merkezinin bulunduğu yerde yapılabileceğinden, şirket hissesinin haczinin istendiği hallerde, şirketin merkezi takip talebinin yapıldığı icra dairesinin yetki alanı dışında ise, usul ekonomisi yönünden en uygun olanı, haczin yapılmasının şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesinin istinabe edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak, şirket hissesinin haczi takibin yapıldığı icra dairesi tarafından doğrudan da yapılabilir.¹²⁷ Bu halde, haciz tutanağı haczi yapan icra dairesi tarafından tanzim edilir.

Haciz tutanağına nelerin haczinin yapıldığı, haciz konusu hak ve alacakların tahmini değeri ile birlikte yazılır. Zira tutanakta yer alan mal ve haklar haciz edilmiş olacağından tutanakta yer alan borçlunun bu mal ve haklar üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.¹²⁸

Haciz tutanağının tanzimi, kimlerin haciz tutanağını imza edeceği hakkındaki açıklamalar ve tartışmalar yukarıda elbirliği mülkiyeti hissesinin haczine ilişkin bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.¹²⁹

¹²⁶ Kâr payı, avans, masraf ve tasfiye.

¹²⁷ Postacioğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 242.

¹²⁸ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 206.

¹²⁹ Bkz; § 4.

G. Haczin Etkisi ve Sonuçları

Kollektif şirket hissesi ve buna bağlı haklar¹³⁰ ile avans ve masraf alacaklarının haczinin tamamlanması için icra müdürünün haciz iradesini açıklaması yeterlidir.¹³¹ Haciz edilen mal ve haklara ilişkin kıymet takdiri¹³² haczin üçüncü şahıslara haber verilmesi¹³³ taşınmaz haczinin tapu dairesine bildirilmesi¹³⁴ ve bu yönde alınan muhafaza tedbirleri¹³⁵ haczin geçerliliği için gerekli esaslı şartlardan sayılmazlar.¹³⁶ Bu sebeple, bu işlemlerin yerine getirilmemesi haczi geçersiz kılmaz.¹³⁷

Kâr payının, avans ve masraf gibi alacakların haczinde de borçluya bildirim yapılmamış olması da haczin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu bildirim borçlunun iyi niyetinin ortadan kaldırılması için gereklidir. Borçlunun borçlusuna, yani kollektif ya da komandit şirketlere yapılacak olan tebligat ve ihbarnameler ile de üçüncü şahıs konumunda bulunan şirketin takip borçlusuna olan borcunu bundan böyle icra dairesine ödemesi bildirilir. Bu ihbarnamelere rağmen kollektif ya da komandit şirketin takip borçlusuna yapacağı ödemeler, genel olarak değil, sadece haciz ettiren alacaklı yönünden geçerli sayılmaz. Bu halde, şirket takip borçlusuna yapacağı ödemeleri yeniden takip alacaklısına da ödemek zorundadır. Ayrıca, kollektif ya da komandit şirket, haczin bu yolla kendisine bildirilmesinden sonra takip borçlusundan kazanabileceği karşı bir alacak ile takip borçlusuna olan borçlarını takas edemez.¹³⁸

İsviçre Hukuku'nda, hacizden üçüncü şahsa haber verme, geçici bir tedbir olup, borçlu ile üçüncü şahıs arasındaki ilişki üzerinde hiçbir şekilde medeni

¹³⁰ (Tasfiye ve kâr payları)

¹³¹ Haczin gerçekleşmesi hakkında geniş açıklama için bkz; § 2

¹³² İİK m. 87.

¹³³ İİK m. 89 ve 94.

¹³⁴ İİK m. 91.

¹³⁵ İİK m. 88.

¹³⁶ Bununla birlikte belirtmeliyiz ki; İİK m. 88/I haczolunan paralar, banknotlar, hamiline ait senetler, poliçeler ve sair cirosu kabil senetlerle altın, gümüş ve diğer kıymetli malların haczinde hacizli malların muhafazası haczin geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.

¹³⁷ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 179; Olgaç, **a.g.e.**, C.I, s. 895; Ögütçü/Çitoğlu, **a.g.e.**, C.I, s. 570; Postacioğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 306.

¹³⁸ Belgesay, (icra) **a.g.e.**, s. 337. ancak kollektif şirket hacizden önce tahakkuk etmiş ve vadesi hacizden sonra gelen alacağını takas edebilir. Belgesay, (şerh) **a.g.e.**, s. 210.

hukuka ilişkin bir etki doğurmaz. Türk Hukuku'nda ise üçüncü şahsa gönderilen ihbarnamelerin hukuki tesirleri İsviçre Hukuku'ndan daha geniştir.¹³⁹

Şirket hissesinin haczi ile birlikte haczin kesinleşmesi ile alacaklı, kollektif ya da komandit şirketin feshi ihbarında bulunabilir.¹⁴⁰ Borçlunun kollektif ya da komandit şirketteki hissesinin haczi ile birlikte borçlunun bu hissesi üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur. Borçlu ortak, diğer ortaklar ve şirket, alacaklının izni ve icra dairesinin onayı olmaksızın, borçlunun haczolunan hissesi üzerinde tasarrufta bulunamazlar. Alacaklının izni ve icra dairesinin onayı olmaksızın bu hisse üzerinde bir tasarrufta bulunulması halinde, bu tasarruf işlemi, alacaklının hacizden doğan haklarına zarar verdiği ölçüde geçersiz olur.¹⁴¹ Buna karşılık, borçlu şirket hissesi ve diğer hakları üzerinde haciz konulduktan sonra bile borçlandırııcı işlemler yapılabilir, burada geçersiz olan tasarruf işlemleridir.¹⁴²

¹³⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 192. ancak, kollektif şirket takip borçlusuna karşı hiçbir borcu olmadığı halde, zamanında kanuni haklarını kullanamaması sebebiyle takip alacaklısına ödeme yapmak zorunda kalırsa, kollektif şirket yapmış olduğu bu ödeme sebebiyle takip borçlusuna karşı sebepsiz zenginleşme davası açmak suretiyle takip alacaklısına ödemek zorunda kaldığı bedeli, takip borçlusundan talep etme hakkına sahiptir.

¹⁴⁰ TTK m.191.

¹⁴¹ İİK m. 86.

¹⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, (icra) **a.g.e.**, s. 213; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 317vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLE KOLLEKTİF VE KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

§ 6. GENEL OLARAK PARAYA ÇEVİRİLME AŞAMASI

A. Paraya Çevirme Talebi ve Süresi

I. Genel Olarak

Cebri icra hukuku'nda hakların yerine getirilmesi ya da alacakların elde edilmesi yolunda harekete geçirilecek cebri icra faaliyeti talep üzerine başlatılan ve yürütülen bir muhakemedir.¹ Bu sebeple, cebri icra işlemlerinin kendiliğinden yürümesi mümkün değildir.² Yani, takip hukuku'nda icra prosedürünü başlatmak ve sona erdirmek takibin taraflarının iradesine bırakılmıştır.³ Böylece, icra hukuku'nda haciz aşamasında olduğu gibi paraya çevrilme aşamasında da alacaklının talebi olmaksızın icra müdürü resen paraya çevirme işlemlerine başlayamaz,⁴ paraya çevirme işlemlerinin başlatılması için de alacaklının talebi gerekir.

Günümüzde, cebri icra hukuku'nun konusunu borçlunun malvarlığı oluşturmaktadır.⁵ Ancak, kural olarak hakkın yerine getirilmesi ya da alacaklının alacağının elde edilmesi için borçlunun malvarlığı değerlerine doğrudan doğruya el konulamaz. Dolayısıyla, bu cebri icra prosedürünün yerine getirilmesi, borçlunun mallarının paraya çevrilmesi ve bundan elde edilen para ile de alacaklıların alacaklarını elde etmeleri suretiyle sağlanmaktadır.⁶

¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 39, 42. Cebri icra faaliyet esasına dayanmakla birlikte, Medeni Yargılama muhakeme esasına dayanır. Yıldırım/Deren – Yıldırım (icra) **a.g.e.**, s. 4.

² İcra Hukuku'nda sadece istisnai hallerde resen satış yapılabilir. Bunlar vaktinden evvel satış İİK 113/II; SchKG Art. 124/II ve tamamlama haczini takiben yapılan satıştır. İİK m. 139; SchKG Art. 145, Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 134; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 39.

³ Yıldırım, (ölçülük ilkesi) **a.g.m.**, s. 100.

⁴ Muşul, **a.g.e.**, s. 564.

⁵ Berkin (icra) **a.g.e.**, s. 11; Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 2; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 31; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 38. Alman Hukuku'nda da, borçlunun şahsına karşı cebri icra uygulamasına 19.yüzyılda son verilmiştir. Deren-Yıldırım, (21.Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları), **a.g.e.**, s. 45.

⁶ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 2; Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 27; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 31.

Cebri icra hukuku'nda paraya çevirme işlemi, icra iflas organları tarafından yerine getirilen ve alacaklıyı hakkına kavuşması yolundaki amaca doğru yakınlaşmasını sağlayan bir cebri icra işlemidir.⁷ İcra ve İflas Hukuku'nda alacaklının alacağının karşılanması anlamında, borçlunun cebri icraya konu olan mallarının doğrudan doğruya alacaklıya aynen verilmesi veya taksim edilmesi şeklinde bir paylaşım öngörülmüş değildir.⁸ Bu sebeple, cebri icra hukuku'nda, alacaklının alacağını para olarak elde etmesi kabul edilmektedir.⁹

Böylece, cüzi icra'da paraya çevirme kavramı, borçlunun haczedilen veya (rehnedilen) mallarının satılarak nakde çevrilmesidir.¹⁰ Borçlunun bizzat parası haczedilmesi halinde alacaklının paraya çevirme talebine gerek kalmadığından¹¹ doğrudan doğruya paraların paylaşılması ve ödenmesi safhasına geçilecektir.¹²

İcra ve İflas Hukuku'nun sistemi bakımından “paraya çevirme” üst başlığı altında, İcra ve İflas Kanunu'nun 4. Babının III. bölümünde paraya çevirme başlığı altında düzenlenmiş bulunan hükümlerde,¹³ genel olarak satış ifadesine yer verilmiştir. Burada yer alan satış ifadesinin anlamı Borçlar Hukuku anlamı ile satış olmayıp, borçlunun haczedilen ya da rehne konu olan mal varlığı değerlerinin cebri icra organları aracılığı ile cebri tasarruf ile paraya çevrilmesidir.¹⁴ Gerek doktrin ve gerekse uygulamada benimsendiği ve İcra ve İflas Kanunu'nda yer aldığı üzere, kanunda zikredilen satış ifadesinin prensip olarak icra hukuku çerçevesi içinde ‘cebri paraya çevirme tasarrufu’ anlamında kullanılması gerektirir.¹⁵

⁷ Postacıoğlu (icra) **a.g.e.**, s. 443.

⁸ Ansay, (hukuk, icra ve iflas usulleri), **a.g.e.**, s. 128; Arslan, **a.g.e.**, s. 33; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 111.

⁹ Ansay, (icra) **a.g.e.**, s.128; Arslan, **a.g.e.**, s. 33; Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1171; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 334, 648; Yıldırım/Deren – Yıldırım (icra), **a.g.e.**, s. 111.

¹⁰ Ansay, (icra) **a.g.e.**, s. 128; Arslan, **a.g.e.**, s. 33; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 188.

¹¹ Blumenstein, **a.g.e.**, s. 418 dn.1; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 238; Kuru, (icra iflas) C. II, s. 1171; Berkin, (icra) C.II, s. 302 – 303; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 334; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 698.

¹² Kuru C.II, **a.g.e.**, s. 1171; Berkin (tatbikatçılara icra II) **a.g.e.**, s. 303; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 334; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 39.

¹³ İİK m. 106. vd.

¹⁴ Arslan, **a.g.e.**, s. 33 dn.1.

¹⁵ Arslan, **a.g.e.**, s. 33 dn. 1

II. Paraya Çevirme Talebi

Cebri icra hukukunda borçlunun haczedilmiş olan mallarının paraya çevrilmesi kural olarak alacaklının bu konuda yapacağı talep üzerine gerçekleştirilmektedir.¹⁶ İcra İflas Hukuku'nda paraya çevirmeyi talep etme hakkı, ferdi bir hak olduğundan her alacaklı birbirinden bağımsız (münferit) olarak paraya çevirme talebinde bulunabilecektir.¹⁷ Bu bakımdan hacizli malın alacaklının bizzat kendisi ya da diğer alacaklılarla birlikte ortak haczedilmiş olmasının bir önemi yoktur.¹⁸ Bu sebeple, alacaklılardan bir tanesinin paraya çevirme talebinde bulunmuş olması diğer bütün alacaklılara da sirayet edecektir.¹⁹ Birden fazla alacaklı tarafından haciz konusu mal haczedilmişse, bu halde her alacaklı bağlı bulunduğu derece adına satış talebinde bulunabilecektir.

Paraya çevirme işlemi için ayrıca, borçlunun rızasının alınmasına gerek yoktur.²⁰ Ayrıca, borçlu da hacizli malın paraya çevrilmesi için kural olarak talepte bulunabilir.²¹ Ancak, paraya çevirme talebinin borçlu tarafından yapıldığı hallerde, satışı yapan resmi makam borçlunun bu talebi karşısında, mutlak olarak satışı yerine getirmek zorunda değildir.²² Zira daha sonra bir tarihte paraya çevrildiğinde, o gün elde edilebilecek bedelden daha yüksek bir bedel karşılığında satılabileceği ihtimali olan mahcuz mal, o günkü şartlarda satışa çıkarılması halinde alacaklının menfaati bakımından bir zarara sebep olabilecek ise, icra dairesi borçlunun bu talebini yerine getirmekten o an için kaçınabilecektir.²³

İcra ve İflas Kanunu'na göre, kanunda öngörülen bazı hallerde²⁴ icra müdürünün de talep olmaksızın satışa karar verebileceği düzenlenmiştir.²⁵ Buna

¹⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 141; (SchKG Art. 116) (yönetmelik Art. 8/I) İİK m. 106/I.

¹⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 141; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 238; Muşul, **a.g.e.**, s. 698.

¹⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 141; İİK m. 107.

¹⁹ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 61.

²⁰ Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 443; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 698.

²¹ İİK m. 113/I.

²² Postacıoğlu, (icra), **a.g.e.**, s. 443; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 238; Muşul (icra), **a.g.e.**, s. 698; Erturgut, (menkullerin Paraya Çevrilmesi), **a.g.e.**, s. 58. ; Belgesay, (Şerh) **a.g.e.**, s. 265.

²³ Jaeger, **a.g.e.**, Art. 124 N.2, s. 402; Fritzsche, **a.g.e.**, s. 272; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 443; Fritzsche/Walder-Bohner, **a.g.e.**, § 29 N.7, s. 410; Jaeger/Walder/Kull/Kottman, Art (1-158), Art 124. N.3, s.653; Belgesay (şerh), **a.g.e.**, s. 265; Uyar, (ihalenin Bozulması) **a.g.e.**, s. 5; Uyar, Haczedilen Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı, Yasa HD., 1988/1, (s. 13-22), s. 15; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 238.

²⁴ İİK m. 113/II ve İİK m. 139.

²⁵ İİK m. 113/II.

göre, icra müdürü kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı malların satılmasına her zaman karar verebilecektir.²⁶ İcra İflas Kanunu'nun 113. maddesinin II. fıkrasında yer alan bu hüküm taşınırın satışına ilişkin düzenlemeleri içeren bölümde yer almaktadır. Kanun'da yer alan bu düzenlemenin borçlunun kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı olan taşınmazlar yönünden de uygulanabilip uygulanamayacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır.²⁷ Bu tartışmanın sebebi, İİK 113. maddesi hükmünün taşınırın satışına ilişkin başlığı altında düzenlenmiş olması sebebiyle, borçlunun mahcuz taşınmazları yönünden açıkça uygulanamayacağı şeklinde ifade edilmektedir.²⁸ İsviçre Hukuku'nda günümüzde hâkim olan doktrin ve içtihatlar göre, taşınmazlar için bu hükmün uygulama alanı bulunmamaktadır.²⁹ Ayrıca, İİK 139. maddesine göre icra dairesi tamamlama haczi yapması halinde haczedilen mallar satış talebine gerek olmaksızın mümkün olduğu kadar çabuk satılır.

Hacizli malların satışının istenebilmesi için haczin kesin haciz olması gerekir. Bu sebeple, ihtiyati haciz sahibi³⁰ alacaklıların ve geçici haciz³¹ sahibi olan alacaklıların kural olarak hacizli malların paraya çevrilmesi hususunda satış talebi etme yetkileri yoktur.³² Bununla birlikte, ihtiyaten haciz edilen mallar ancak İİK 113. maddenin II. fıkrasındaki ihtimalin gerçekleşmesi halinde satılabilir.³³

İcra Hukuku'nda hacizli malların paraya çevrilmesi hususundaki talebin ileri sürülmesi yönünden herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu sebeple,

²⁶ Postacıoğlu, (icra) s. 443.

²⁷ Jaeger (I), Art 124 N.3, **a.g.e.**, s. 403; Fritzsche (I), **a.g.e.**, s. 272; Ansay (icra), **a.g.e.**, s. 131; Arslan, **a.g.e.**, s. 34 dn.6; Fritzsche/Walder-Bohner (I), § 29 N.7, **a.g.e.**, s. 410-411; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 238; Uyar, (ihale) **a.g.e.**, s. 6; Uyar, (haczedilen malların paraya çevrilmesini isteme hakkı), **a.g.m.**, s. 16.

²⁸ Jaeger Art. 124 N.3, **a.g.e.**, s. 403; Jaeger/Walder/Kull/Kottman (I), Art. 124 M.6 **a.g.e.**, s. 653-654.

²⁹ Bu sebeple, taşınmazların vaktinden önce satış durumu söz konusu olduğu hallerde, taşınmazlar pazarlık suretiyle paraya çevrilemeyecektir. İsviçre, İcra ve İflas Kanunu'nda (SchKG) 1994 yılında yapılan değişiklik ile kabul edilen ve cüzi icrada taşınmazların da pazarlık suretiyle satışını öngören SchKG Art. 143b hükmü vasıtasıyla da bu hukuki durum yönünden bir değişikliğin olmadığı görülmektedir. Fritzsche/Walder-Bohner, **a.g.e.**, s. 425; Lorandi, **a.g.e.**, s. 266; BGE 107 III 127-128.

³⁰ İİK m. 257.

³¹ İİK m. 69/I; 101/II; 108/I; 268/I.

³² İİK m. 264; 108/I.

³³ İİK m.108/II.

paraya çevirme talebi sözlü ya da yazılı olarak yerine getirilebilir.³⁴ Ancak, bu konuda satış talebi açık ve kesin olarak yapılmalıdır.³⁵ Ayrıca, satış talebi hiçbir şekilde şarta bağlı tutulamaz.³⁶

Satış talebi icra takibini yürüten icra dairesine yapılır. Bazı hallerde icra takibine başlanılan yer ile malların haciz edildiği yer icra dairesi farklı olabilir. İİK 79/II madde hükmüne göre, icra dairesi haczolunacak mallar başka yerde ise, haciz yapılmasını malların bulunduğu yer icra dairesine yazacaktır. Bu halde, hacizle ilgili şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesince çözümlenecektir.³⁷ Bu halde, haciz olunan hisselerin satışı da istinabe olunan icra müdürlüğü tarafından gerçekleştirilecektir. Buna bağlı olarak da, haciz ve satış aşamasında ortaya çıkabilecek şikâyet sebepleri hakkında da şikâyet başvurusu haczi uygulayan icra müdürlüğünün bağlı olduğu icra mahkemesine yapılacaktır. Buna karşılık, istinabe eden (takibin yürütüldüğü) asıl icra dairesinin yaptığı işlemlere karşı başvurulacak şikâyetler yönünden İİK 79/II hükmü doğal olarak uygulanmaz, bu halde, şikâyet başvuruları istinabe eden, takibin yürütüldüğü icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine yapılmak gerekir.³⁸ İsviçre

³⁴ Jaeger, (I) Art 116 N.9, **a.g.e.**, s.390; Overbeck, **a.g.e.**, s. 95; Favre, **a.g.e.**, s. 195; Ansay, (icra) **a.g.e.**, s. 128; Olgaç/Köymen, s. 879; Postacioğlu (icra), **a.g.e.**, s. 444; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 239; Erman, **a.g.m.**, AD., 1976/3-4, C.67 (s. 214-220), s. 218-219; Berkin (icra II), **a.g.e.**, s. 306; Arslan, **a.g.e.**, s.34; Kuru, (C.II), **a.g.e.**, s. 1174; Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 7; Uyar (haczedilen malların paraya çevrilmesini isteme hakkı), **a.g.m.**, s. 16; Amonn/Walther, **a.g.e.**, § 26 N.6, s. 219; ve § 26 N.7, s. 209; Jaeger/Walder/Kull/Kottman (I), Art 116 N.15, **a.g.e.**, s. 625; Staehelin/Bauer/Staehelin, Band II, Art 88-220, Art 116 N.15, **a.g.e.**, s. 1150; Muşul (icra iflas), **a.g.e.**, s. 702; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 335; Erturgut, **a.g.e.**, s. 64; Yıldırım/Deren - Yıldırım (icra), **a.g.e.**, s. 109.

³⁵ Akyazan, **a.g.e.**, s. 8; Erturgut, **a.g.e.**, s. 64.

³⁶ Postacioğlu (icra), **a.g.e.**, s. 444; Erman, (müddetinde satış istememe), **a.g.m.**, s. 219; Berkin (icra), **a.g.e.**, s. 124; Berkin (tatbikatçılara icra II), **a.g.e.**, s. 306; Kuru (icra iflas) C.II., **a.g.e.**, s. 1174; Arslan, **a.g.e.**, s. 34; Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 7; Uyar, (haczedilen malların paraya çevrilmesini isteme hakkı), **a.g.m.**, s. 16; Jaeger/Walder/Kull/Kottman (I), Art 116 N.15, **a.g.e.**, s. 625; Staehelin/Bauer/Staehelin (I), Art 116 N.20, **a.g.e.**, s. 1150-1151; Erturgut, **a.g.e.**, s. 64; BGE 85 III 70-71; 94 III 79.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169; "...kural olarak İİK 79/II. maddesi gereğince haczolunacak malların takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu yerden başka bir yerde yapılması halinde haciz istinabe suretiyle yapılabilir ve hacizle ilgili şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin tabi olduğu İcra Tetkik Merciiince çözümlenir. Bu durum kamu düzeni ile ilgili olup kesin yetki kuralıdır. İcra Tetkik Mercii özel yetkili bir mahkemedir. Bu nedenledir ki, HUMK 193. maddesi kuralları İcra Tetkik Mercinin görevsizlik, yetkisizlik vb. kararlarında da uygulanması ve uyulması zorunludur. (HGK. 19.11.2003 tarih 2003/3 - 373 -700) Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin - Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 169 dn.138 de yer alan karar.

³⁸ "... talimat icra dairesinin görevi, sadece haciz işlemini uygulamaktan ibarettir. Yapılan haczin alacak miktarını aştığı yönündeki şikâyet İİK'nın yukarıda açıklanan 79/II maddesi kapsamında

Hukuku'nda hacizde istinabe faraziyesinde yetki kuralının ihlali uygulanan haczi geçersiz kılar.³⁹ Satış talebinde bulunan alacaklı satış giderlerini de peşin olarak ödemek zorundadır. Aksi halde satış talebinde bulunmamış sayılır.⁴⁰

III. Genel Olarak Paraya Çevirmeyi Talep Etme Süresi

Cebri icra hukuku'nda hacizli malların paraya çevrilmesi İcra İflas Kanunu'nun öngördüğü süreler içinde istenebilir.⁴¹ Buna göre, haciz olunan malların paraya çevrilme süresi, taşınır mallar kesin olarak haciz olunmalarından itibaren bir sene içinde,⁴² taşınmazlar ise hacizden itibaren iki sene içinde satılması istenebilecektir.⁴³ İcra İflas Kanunu'nun 106. maddesinin II. fıkra hükmüne göre, 'borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağının taşınır hükmünde' olduğu ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak, borçlunun üçüncü şahıslardaki hacizli alacaklarının paraya çevrilmesi hacizden itibaren bir yıl içinde talep edilebilecektir.⁴⁴ Buna göre, takip borçlusunun üçüncü şahıs konumunda bulunan şirket nezdindeki hisseleri ve diğer alacakları taşınır hükmündedir.⁴⁵ Bu süreler içinde haciz olunan malların satışının istenilmemesi ya da satış talebi geri alınıp ta bu müddet içinde yenilenmemesi halinde, haciz olunan mal üzerindeki haciz kalkar.⁴⁶

İİK 121.madde hükmü gereğince, haczedilmiş intifa hakkı ve hisselerin paraya çevrilmesini talep etme süresi hakkında kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu hakların da hacizden itibaren bir yıl içinde paraya çevrilmeleri istenebilmelidir.⁴⁷ Ancak, bir taşınmazdaki hacizli paylı mülkiyet

bulunmadığından işin esasını incelemeye yetkili asıl icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine ait olup..." 12 HD 19.4.2004, 5257/9658 (Bkz. Kuru, icra elkitabı **a.g.e.**, s. 363)

³⁹ BGE 91 III 45; BGE 109 III 92; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 153; Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 102.

⁴⁰ İİK m. 59.

⁴¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 141; Arslan, **a.g.e.**, s. 35.

⁴² Bisang, **a.g.e.**, s. 141; İİK m. 119 gereğince taşınır malların pazarlık suretiyle satışının istenmesi de yine hacizden itibaren bir yıl içinde gerçekleştirilmelidir. Arslan, **a.g.e.**, s. 35 dn.11; Erturgut, **a.g.e.**, s. 71; Fritzsche, (I) **a.g.e.**, s. 285; Fritzsche/Walder – Bohner (I), § 30 N. 18 **a.g.e.**, s. 425.

⁴³ İİK m. 106; (ihtiyati hacizde bu süreler işlemez).

⁴⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 141 "İsviçre Hukuku'nda da menkuller hacizden itibaren en erken bir ay içinde en geç bir yıl içinde satışı talep edilebilir."

⁴⁵ İsviçre Hukuku'nda 1923 tarihli yönetmeliğin 8.maddesinin II. fıkrasına göre, paraya çevirmenin talep edilmemesi halinde sadece borçlunun devri alacakları tahsil olunur.

⁴⁶ İİK m.110.

⁴⁷ Arslan, **a.g.e.**, s. 35 dn.11. Bir terekedeki miras hissesinin haczedilmesi halinde ise, terekede hem taşınır hem de taşınmaz mallar mevcut ise, bunlara taşınır malların haczinde olduğu şekilde işlem yapılarak, paraya çevirme talebine ilişkin süre buna göre belirlenmelidir. Üstündağ (icra),

hissesi⁴⁸ hacizli elbirliği mülkiyet hissesinin paraya çevrilmesini talep etme süresi ise, hacizden itibaren iki yıl içinde yapılmalıdır.⁴⁹

İcra İflas Kanunu'nun mahcuz malların paraya çevrilmesini talep yönünden kabul ettiği satışı isteme süreleri⁵⁰ bazı hallerde işlemez. Bunlardan bir tanesi de İİK m. 97 hükmünde yer alan mahcuz mala istihkak davasıdır.⁵¹ Satış talep etme süresinin işlemeyeceği diğer bir hal ise, İİK m.111 gereğince, kanuna uygun bir şekilde borçlu ile alacaklının icra dairesinde yaptıkları borcun taksitle ödenmesi sözleşmesi üzerine, bu taahhüdün devamı süresince satışı istemenin mümkün olmamasıdır.⁵² Bununla birlikte, taksitle ödeme sözleşmesi üzerine işlemesi duran satışı talep etme süresi⁵³ borçlunun bu taahhüdüne aykırı davranarak taksitlerden birini zamanında ödememesi halinde, satışı isteme süresi kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.⁵⁴

Geçici ya da ihtiyati haciz hallerinde de alacaklının bu hacizleri kesin hacze dönüştürmedikçe hacizli mallar hakkında satışı talep edemeyeceklerinden bu hacizler yönünden İİK 106/I hükmünde yer alan satışı isteme süreleri de bu hacizler kesin hacze dönüşmedikçe işlemeyecektir.⁵⁵

İsviçre Hukuku'nda borçlunun elbirliği ortaklığından olan devri edimlerinin alacaklı tarafından tahsil edilebilmesi için paraya çevirme talebine gerek yoktur.⁵⁶ Bu hallerde haciz edilen bu devri edimler doğrudan icra dairesine ödenir.

a.g.e., s.239 dn.757. Bu konuda aynı fikirde Bkz. Uyar, (Hacizli Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Süresi) Bursa BD., 1988/2, Y.12, S.32, (s.13-22), s.15. Buna karşılık **Uyar**'a göre, eğer terekede sadece taşınmaz mallar mevcut ise, bu takdirde satışı isteme süresinin iki yıl olması gerektiği ifade edilmektedir. (Uyar (hacizli malların paraya çevrilmesini isteme süresi), **a.g.m.**, s.15).

⁴⁸ Uyar, (hacizli malların paraya çevrilmesini isteme süresi) **a.g.m.**, s. 14.

⁴⁹ Kuru (C.II), **a.g.e.**, s. 1177. Ancak doktrinde İcra ve İflas Kanunu'nun 121.maddesinin yasanın taşınır malların satışını düzenleyen bölümünde yer alması nedeniyle, iştirak halindeki mülkiyet hisselerinin paraya çevrilmesinin taşınır malların satış talebine ilişkin süreye tabi olacağı ifade edilmiştir. Artus, **a.g.m.**, s. 583; Ansay (icra), **a.g.e.**, s. 145).

⁵⁰ İİK m. 106/I.

⁵¹ İİK m. 97/VIII.

⁵² İİK m.111/III.

⁵³ İİK m. 106/I.

⁵⁴ İİK m. 111/IV.

⁵⁵ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1178; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 336.

⁵⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

IV. Elbirliği Mülkiyeti Hisselerinin ve Buna Bağlı Mali Hakların Paraya Çevrilmesinde Paraya Çevirme Talebi ve Süreler

İcra ve İflas Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti ortaklığının hisselerin haczinde olduğu gibi paraya çevrilmesinde de genel prosedürden farklı olarak özel hükümler konulmuştur. Cebri icra alacaklısı tarafından borçlunun bir adi şirket ya da kollektif veya komandit şirket nezdindeki hissesine haciz konulmasının mümkün olduğu daha 4. ve 5. paragraflarda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Söz konusu haczin sonrasında, haciz olunan bu mal ve haklardan alacaklının alacağının tahsili için alacaklı tarafından şahıs şirketlerinde ve elbirliği halinde mülkiyet ortaklığında ortaklar arasındaki bağın çözülmesi gerekir.

1. Şirket Hisselerinin Paraya Çevrilmesinde Paraya Çevirme Talebi ve Süreler

Ortaklık sözleşmesinin kurulması ile beraber kollektif ve komandit şirketlerde ortaklar şirkete koydukları sermaye payları karşılığında şirket malvarlığında katılma payı olarak adlandırılan bir paya sahip olurlar.⁵⁷ Bu paya ilişkin hak elbirliği halinde mülkiyet rejimi ile paylı mülkiyet rejiminden farklıdır. Bu halde, şirket ortaklarının şirketten bir alacak hakları olmaktadır.

Alacaklı şirket ortağının şahsi borcundan dolayı şirket hissesini haciz ettikten sonra bir yıl içinde şirketin feshini ve tasfiyesini talep ederse bu halde, alacaklının İİK 106. madde hükmüne göre süresi içinde paraya çevirme talebinde bulunmuş olduğunun kabulü gerekir. Bu durum kollektif ve komandit şirketler için de geçerlidir.

Adi şirketlerde ise, ortaklar sermaye olarak koydukları mal ve haklar üzerinde ayrıca paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanacağını kabul etmeleri halinde paylı mülkiyet rejimine ilişkin hükümler, böyle bir sözleşme yapmamış olmaları halinde ise, elbirliği halinde mülkiyet rejiminin hükümleri uygulanacaktır.⁵⁸

⁵⁷ İnceleme konumuz dışında kaldığı için, anonim şirket, limited şirket ve kooperatif türleri incelenmemiştir.

⁵⁸ BK m. 534.

Adi şirkette ortaklardan birinin şahsi borcundan dolayı ortaklık payı haczedilirse, İsviçre Hukuku'nda yer alan düzenlemenin aksine, adi şirket sona erer ve tasfiyeye girer. İsviçre Hukuku'nda ise, adi ortaklığın sona ermesi için alacaklının paraya çevirme talebinde bulunması gerekir.⁵⁹ Alacaklı hacizden sonra bir yıl içinde icra dairesine müracaat edip tasfiyenin yapılarak borçlu ortağa düşecek paydan alacağının karşılanmasını istemesi halinde, bu talebin de paraya çevirme talebi olarak kabulü gerekir.

2. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Davadan Sonra Haczin Durumu

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilirse, paraya çevirme işlemini yapan icra müdürlüğünce, borçlu ortağa düşen pay alacaklıya veya borçluya değil, takibin yapıldığı icra dairesine yatırılır. Alacaklının alacağı ise icra dairesi tarafından bu yatırılan bedelden ödenir.

Ortaklığın taksim suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde, artık borçlu adına belirli bir mal veya hak tahakkuk etmiş olduğundan İİK m.106 hükmü gereğince taksim edilen taşınır mallar için bir yıl, taşınmaz mallar içinde iki yıllık süreler içinde alacaklı tarafından paraya çevrilmeleri talep edilmelidir. Buna karşılık, bu noktada karşılaşılabilecek muhtemel hukuki problem, bir takipte alacaklıya iki defa paraya çevirme için sürenin tanınıp tanınamayacağı problemidir. Acaba, İİK m.106 hükmü karşısında bu hukuki problemin nasıl çözümlenmesi gerekir?

Kural olarak, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararını her bir ortak on yıl içinde; aynen taksim suretiyle verilen kararında her zaman yerine getirilmesini isteyebilir.⁶⁰ Alacaklı ise, borçlu ortağın payı üzerinde haciz devam ettiği sürece bu haklara sahip olabilir. Takip talebi ile zamanaşımı kesilmesine rağmen takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde alacağın zamanaşımına uğraması da mümkündür. Zira haciz ve satış isteme sürelerinin geçmesi hallerinde takip düşmemekte, takip dosyası derdest kalmaya devam etmektedir. Bu halde, yenileme

⁵⁹ Bkz; § 4.

⁶⁰ Ortaklığın tasfiyesine karar verilirse, bu tasfiye sonunda borçlunun hissesine nakit olarak değil de ayın olarak tediye bulunulursa (özellikle miras şirketinin tasfiye ve taksiminde tesadüf olunur) icra müdürü ayrıca alacaklılarının talebine hacet kalmaksızın borçluya isabet eden bu malları icra iflas kanunu'nun hükümleri gereğince paraya çevirir. Artus, **a.g.m.**, s. 587; Temizer, **a.g.m.**, s. 389.

dilekçesiyle her zaman takibe devam edebilmek mümkündür. Alacaklı, takibe ilişkin son işlem tarihinden itibaren borcun tabi olduğu zamanaşımı süresini geçirdikten sonra, ortaklığın giderilmesi davasının sonucuna göre, satış talebinde bulunması halinde, borçlu alacağın zamanaşımına uğradığını bildirerek icra mahkemesinden takibin iptalini isteyebilmelidir.

3. Mali Hakların Paraya Çevrilmesi Talebi ve Süreler

Hisselere bağlı mali haklar; borçlunun üçüncü şahıs konumunda olan şirket nezdindeki kâr payı alacağı, faiz, masraf ve ücret alacağı olabileceği gibi tasfiyeye katılma payı da olabilir. Bu hakların şahsi haklar olduğu hususu tartışmasızdır. Bu sebeple, haciz olunan bu hakların paraya çevrilmesinde menkullerin haczine ilişkin süreler uygulanacaktır.⁶¹ Haciz olunan menkullerin paraya çevrilmesini talep etme süresi menkullerin haciz edildiği tarihten itibaren bir yıldır.⁶² Buna göre, takip borçlusunun hissesine bağlı olarak haciz edilen işbu alacak haklarının satışı haciz olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde alacaklı tarafından talep olunmalıdır. İcra İflas Kanunu'nun 106. maddesindeki bu süreye uyulmamasının sonucu yukarıda da açıklandığı üzere haczin kalkmasıdır.⁶³ Buna karşılık, Yargıtay 16.12.1968 tarihli bir kararında⁶⁴ para alacağının satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağı gerekçesiyle mali hakların (alacak haklarının) paraya çevrilmesinde 106 ve 110. maddelerin uygulanamayacağını belirtmiştir.⁶⁵ İsviçre Hukuku'nda da 17 Ocak 1923 tarihli yönetmeliğin 8. maddesinin II. fıkrasında alacak haklarının tahsili yönünden paraya çevirmeye gerek olmadığına ilişkin açık bir hüküm yer almaktadır.⁶⁶

Haciz ile borçlunun tasarruf hakkı İcra ve İflas Kanununca belirli bir süre ile kısıtlanmış olduğundan, bu süre içinde alacaklı alacağının tahsili için paraya çevirme işlemlerine başlamazsa, alacaklara haciz konulduktan sonra bir yıl içinde alacaklı tarafından talepte bulunulmaması halinde, haciz, İİK 106. madde uyarınca kalkacaktır. Öte yandan, İsviçre Hukuku'nda alacak hacizleri yönünden 1923 tarihli

⁶¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 141.

⁶² İsviçre Hukuku'nda hacizden itibaren en az 1 ay içinde en fazla ise 1 yıl içinde satışın talep edilmesi gerekir. Bkz. Bisang, **a.g.e.**, s. 141.

⁶³ İİK m.110

⁶⁴ İİD. 16.12.1968T. E.11907 K. 11978 (İBD 1969/7 – 8, s. 340; RKD 1969 2/2, s. 20)

⁶⁵ Aynı görüşte; Bkz: Berkin, (İcra Hukuku Rehberi), **a.g.e.**, s. 305.

⁶⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

yönetmelikte yer alan hüküm kendi içinde tutarlıdır. Zira İsviçre Hukuku'ndaki 1923 tarihli yönetmeliğin 1. maddesinin III. fıkrasına göre, elbirliği ortağının ortaklıktan olan alacak hacizlerinde bir yıllık süre içinde vadesi gelecek olan alacakların haczi mümkün kılınmıştır. Bu sebeple, bir yıllık süre içinde doğacak olan hak ve alacakların haczi söz konusu olduğundan para türünden olan bu hak ve alacakların paraya çevrilmesi de mantıklı değildir. Böylece de, alacaklı tarafından paraya çevirme talebine gerek olmaksızın bu hak ve alacakların ödemesi icra dairesine yapılabilecektir.⁶⁷

Borçlunun şirket nezdindeki kâr payı alacağı haciz sırasında henüz belli olmamış olabilir ya da tasfiye payına ne kadar düşeceği belli olmamış olabilir. Bu halde borçlunun üçüncü şahıs nezdindeki beklenen bir alacağının haczi söz konusudur. İcra Hukuku'nda beklenen alacakların haczi de kural olarak mümkündür.⁶⁸

B. Süresinde Paraya Çevirme Talebinin Yapılmaması ve Bunun Sonuçları

Alacaklı tarafından İİK m. 106/I hükmünde belirlenen yasal süre içinde satış talebinde bulunmaması halinde, haciz olunan mal ve haklar üzerindeki haciz kalkar.⁶⁹ Burada dikkat edilmesi gereken husus alacaklı tarafından bu yasal süre içinde satış talebinde bulunulmasıdır. Bu yasal süre içinde mutlaka satışında yapılmış olması gerekmez. Satış hazırlıkları çok daha uzun zaman da alabilir. İİK m.106/I hükmü de zaten bu konuda herhangi bir tartışmaya yer bırakmayacak kadar açıktır.

İcra İflas Kanunu'nda öngörülen süreler içinde paraya çevirme talebinde bulunulmaması veya talebin geri alınıp da bu süre içinde yenilenmemesi sadece haczin kalmasına sebep olur.⁷⁰ Fakat bu durum mevcut icra takibini sona erdirmez, icra takibi derdest kalmaya devam eder.⁷¹ Buna göre, alacaklı kesinleşerek cebri

⁶⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

⁶⁸ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196. bkz. dn.613 ve 613a.

⁶⁹ İİK m. 110.

⁷⁰ 12.HD. 22.03.2005, 2873/5972, Yargı Dünyası, 2005/118, s. 132.

⁷¹ Kuru (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1181; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 337; Bu konuda ayrıca Bkz. Ansay, (icra), **a.g.e.**, s. 131; Erman, (müddetinde satış istememe), **a.g.e.**, s.217; Ansay, (icra), **a.g.e.**, s. 129; Postacıoğlu, (icra), **a.g.e.**, s. 444 dn.4; Olgaç/Köymen, **a.g.e.**, s. 886 dn.3; Berkin,

icra belgesi haline gelen icra takibi ile yeniden borçlunun mallarının haczi talebinde bulunabilecektir. Bununla birlikte, alacaklı süresi içinde satış istememesi halinde haciz kalkınca, İİK m.78/II deki, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 1 yıl içindeki haciz isteme süresi de geçmiş olacaktır. Alacaklının borçlunun mallarının yeniden haczi talebinde bulunabilmesi için öncelikle icra takibini yenilemesi gerekir.⁷² Buna karşılık, İsviçre Federal Borç için Takip Kanunu’nun,⁷³ 121. madde hükmü kanuni süresi içinde paraya çevrilme talebinde bulunulmadığı takdirde, icra takibinin sona ereceğini hükme bağlamıştır.⁷⁴

Alacaklının kanuni süresi içinde satışı talep etmemesi üzerine, İcra İflas Kanunu’nun 110. maddesi gereğince haciz kalktığına göre, sürenin sona ermesinden sonra yapılan satış talebi üzerine, bu aşamadan itibaren izlenecek takip prosedürünün ne olacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda İsviçre Hukuku’nda kanuni sürenin sona ermesinden sonra yapılan satış talebinin geçerli olmadığı ve satışın buna rağmen gerçekleştirilmiş olsa bile bu hususun re’sen dikkate alınacağı kabul edilmektedir.⁷⁵ Türk Hukuku’nda ise, bir görüşe göre,⁷⁶ alacaklı tarafından kanuni süresi içinde satış istenmediği takdirde mahcuz mal üzerindeki haciz kalkmış olacağından ve bu sebeple satışa konu olabilecek bir mal bulunmadığından, bu sürenin sona ermesinden sonra yapılacak satış talebi üzerine, bu talebin icra dairesi tarafından kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bir diğer görüşe⁷⁷ göre ise, kanuni sürenin geçmesine rağmen borçlu rıza göstermişse, bu takdirde satışın geçerli olarak yapılabileceği savunulmuştur.

İcra ve İflas Kanunu’nun öngördüğü yasal süre içinde paraya çevirme talep edilmez veya bu talep geri alınıp da yine bu süre içinde yenilenemezse, icra takibi düşmeyip sadece haciz kalkmakta olduğu için, doktrinde hâkim olan görüşe⁷⁸ göre, alacaklının yeniden haciz talep edebilmesi İİK m.78/V hükmü gereğince,

(icra II), **a.g.e.**, s. 304 dn.I; Kuru (icra iflas) (C.II), **a.g.e.**, s. 1179 dn.34; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 289; Yıldırım/Deren -Yıldırım, (icra), **a.g.e.**, s. 110.

⁷² İİK m.78/V.

⁷³ SchKG Art. 121.

⁷⁴ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 136.

⁷⁵ Fritzsche, (I), **a.g.e.**, s. 271; Jaeger, (I), Art 116 N.6 **a.g.e.**, s. 389; Fritzsche/Walder/Bohner, (I), § 29 N.4, **a.g.e.**, s. 409; Favre, **a.g.e.**, s. 195.

⁷⁶ Arslan, **a.g.e.**, s. 36

⁷⁷ Postacıoğlu, (icra), **a.g.e.**, s. 444.

⁷⁸ Postacıoğlu, (icra), **a.g.e.**, s. 444; Arslan, **a.g.e.**, s. 35; Kuru, (icra iflas) C.II., **a.g.e.**, s. 1181; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 331.

alacaklının yenileme talebinde bulunmasına bağlanmaktadır. Bununla birlikte, bu konu ile ilgili Yargıtay Kararları'nda, alacaklının yenileme talebine ve bu yenileme talebinin borçluya tebliğine gerek olmaksızın alacaklının doğrudan doğruya haciz isteyebileceği yönünde içtihatlar vardır.⁷⁹ Yargıtay kararlarında yapılan ayrıma göre,⁸⁰ haciz yapıldıktan sonra süresinde satış istenememesi sebebiyle haczin düşmesi halinde, İİK m. 78 değil m.106 ve m.110 hükümlerinin uygulanacağını, İİK 78. maddenin ise, haciz talebinin süresinde yapılmaması ile yada haciz talebi geri alındıktan sonra bu süre içinde yenilenmezde dosyanın İİK 78/IV. gereğince işleminden kaldırılacağı ancak, bu halde İİK 78. maddesinin V. fıkra hükmünün uygulanacağı şeklindedir. Buna göre, Yargıtay'ın görüşüne göre, alacaklı haciz uyguladıktan sonra süresinde satış talep etmemesi sebebiyle haczin düşmesi halinde, alacaklının yeniden haciz isteyebilmesi için alacaklının yenileme talebine ve bunun borçluya tebliğine gerek yoktur, alacaklı doğrudan doğruya borçlunun mallarının haczini isteyebilir. Böylece, alacaklının yenileme talebinde bulunması alacaklının yenileme talebinde bulunması ve dosyaya yeni numara verilip dosya yenilendikten sonra bu yenileme isteğinin ayrıca borçluya tebliğine gerek kalmadan alacaklının tekrar haciz istemesi yeterlidir. Buna karşılık, daha önce haciz yapılmadan dosya işleminden, İİK m. 78 hükmü gereğince kaldırılmışsa, dosyanın yenilenmesi halinde yenileme talebinin borçluya tebliği gerekir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay dosyanın yenilenmesi için cebri icra belgesi haline gelen takipte haciz yapılmış olup olmadığına bakıyor. Eğer aynı takipte haciz yapılmış ve haciz süresinde satış istenmediğinden kalkmış ise bu halde Yargıtay İİK 78/V hükmüne riayet edilmesine gerek duymadan borçlunun mallarının alacaklı tarafından haciz edilebileceği şeklinde karar vermektedir. Öte yandan, alacaklı, takipte borçlunun mallarının haciz etmeden takibin düşmüş olması halinde ise, Yargıtay yenileme talebinin olması gerektiği kanaatindedir.⁸¹ Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında savunulan görüşe katılmak mümkün değildir. Zira her iki

⁷⁹ İİD. 1.11.1962, 10487/11530 (AD.1963/3-4, s. 491-492); İİD. 28.4.1968, 4632/4524 (RKD. 1966/9, s. 127); İİD. 8.3.1971, 2647/2661 (RKD. 1971/3-4, s. 109-110); 12 HD. 12.12.1977, 10430/10462, 12.HD. 28.11.1978, 8929/9658, kararlar için Bkz; Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 42; 12.HD. 2.7.1980T., 3647/5789 (YKD.1981/3, s. 326-327).

⁸⁰ Bkz. Muşul (İİK), **a.g.e.**, s. 326.

⁸¹ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1180. dn. 45.

halde de kesinleşmiş bir takibin düşmesi söz konusu burada önemli olan haczin yapılmış olması değil, kesinleşmiş bir icra takibine dayalı olarak haczin düşmesidir.

Ayrıca, belirtmeliyiz ki, İcra ve İflas kanunun 106. maddesinde belirtilen süreler sadece satışı talep etme yönünden konulmuş süreler olup, satışın bu süreler içinde gerçekleşmesi zorunlu değildir.⁸²

C. Paraya Çevirme Talebinin Geri Alınması

Kanuni süresi içinde yapılan hacizli malın paraya çevrilmesi talebinin geri alınması da mümkündür,⁸³ ancak, bu talebin geri alınması hususundaki iradenin açık olması aranmaktadır.⁸⁴ Bu sebeple, satış talebi alacaklı tarafından geri alınmışsa, satış talebi kanuni süre sona ermeden tekrar yenilenebilecektir, aksi halde, haciz kalkar. Bu halde, süre konusu üzerinde durulmalıdır. Bu konuda doktrinde bir görüşe⁸⁵ göre, satış talebini geri alan alacaklı, ancak haciz tarihinden itibaren geriye kalan satış isteme süresi içinde tekrar satış talebinde bulunabilir. Bu görüşe göre, İİK'nın 110.madde hükmünde yer alan “talep geri alınıp da bu müddet⁸⁶ içinde yenilenmezse” ifadesinin bu şekilde değerlendirilmesi gerekir. Böylece, bu görüşe göre, kanunun düzenlemesi ile kastedilen süre talebin geri alınmasından itibaren geriye kalan süre kastedilmektedir. Bunun anlamı, bir menkul mal haciz edildikten altı ay sonra satış isteminde bulunulmuş olabilir, daha sonra satış talebinin aynı gün geri alınması halinde satış isteme süresi altı ay daha vardır. Yani satış isteyip de talebin geri alınması satış isteme süresini kesmez.

Buna karşılık, Yargıtay uygulamasında, satış talebinin geri alınması halinde satış isteme süresinin yeniden başlayacağı görüşündedir.⁸⁷ Yani, Yargıtay satış talebi ile sürenin kesileceği görüşündedir. Ancak, doktrinde kanunun bu düzenlemesinin Yargıtay'ın anladığı şekilde yorumlanmasının, İİK m.106 hükmünde yer alan paraya çevirme süresinin uzatmak anlamı taşıyacağı ve bununda

⁸² Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1180.

⁸³ İİK m. 110.

⁸⁴ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1183; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 337.

⁸⁵ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1184; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 337.

⁸⁶ İİK m.106 hükmünde öngörülen süreler; taşınırılar için hacizden itibaren bir yıl taşınmazlar için hacizden itibaren iki yıl.

⁸⁷ 12. HD. 10.4.1986, 9897/4192 Bkz, Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 52; 12.HD. 27.10.1977, 7972/8787 Bkz, Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 55-56; Bu konuda Yargıtay ile aynı görüşte Bkz. Uyar (ihale), **a.g.e.**, s. 49 ve 56.

İİK'nın 20. maddesinde yer alan düzenlemeye aykırı düşeceği ileri sürülmüştür.⁸⁸ Zira İcra ve İflas Kanunu'nun 106 ve 110. maddelerinde öngörülen bu hükümlerin kamu düzeni düşüncesine dayandığı ifade edilmiştir.⁸⁹

D. Paraya Çevirme İşlemini Gerçekleştirecek Olan Cebri İcra Organı

Cüzi icrada takip işlemlerini yapmakla görevli olan organ icra dairesidir. Kanunun öngördüğü yasal süre içinde icra dairesine başvurularak paraya çevirme talebinde bulunulması üzerine, icra müdürü haczedilmiş olan malın paraya çevrilmesi için gerekli olan satış işlemlerini harekete geçirecektir.⁹⁰ Ancak cebri icraya konu olan malın, başka bir yer icra dairesinin yetki çevresi içinde bulunması halinde ise, paraya çevirme işlemi, o yer icra dairesi tarafından istinabe yolu ile yerine getirilmektedir.⁹¹

E. Cebri İcra Hukuku'nda Paraya Çevirme Çeşitleri

İcra ve İflas Kanunu'nda taşınır ve taşınmaz mallar ile alacaklar ve diğer hakların paraya çevrilmesi ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bunun dışında, İcra ve İflas Kanunu'nda çeşitli paraya çevirme usulleri de öngörülmüştür. Bu paraya çevirme çeşitleri genel olarak; açık artırma suretiyle satış, pazarlık suretiyle satış, ödeme yerine alacakların devri ve münazaalı hakların talep eden alacaklılara temlik şeklinde başlıklar halinde toplamak mümkündür. Bunların dışında, İİK m. 121 hükmünde paraya çevirmenin diğer tarzı şeklinde ayrı bir paraya çevirme şekli öngörülmüştür. İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti ortaklığı hisselerinin haczinde olduğu gibi paraya çevrilmesinde de 1923 tarihinde Federal Mahkeme tarafından çıkarın yönetmelikte, genel olarak paraya çevirme usullerinden ayrı özel cebri icra takibinin taraflarının uzlaştırılmasını hedefleyen uzlaştırma usulü benimsenmiştir.⁹²

⁸⁸ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1184; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 337.

⁸⁹ Erman (müddetinde satış istememe), **a.g.m.**, s. 214 ve 219.

⁹⁰ Arslan, **a.g.e.**, s. 37.

⁹¹ İİK m. 360

⁹² Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

I. Açık Artırma Suretiyle Satış

Cebri icra hukuku'nda açık artırma suretiyle satış usulü kural olarak bütün cebri paraya çevirme prosedürlerinde geçerli olan paraya çevirme usulüdür.⁹³ Açık artırma suretiyle satış, icra organları aracılığıyla, kanunda öngörülen belirli süreler içinde, resmi ilan yoluyla ve özellikle ilgililere tebliğ edilerek, kamuya duyurulmak suretiyle, artırma şartlarının ve içeriğinin büyük bölümü kanun tarafından belirlenmiş olan usullere göre yapılan bir paraya çevirme yöntemidir.⁹⁴ Bu paraya çevirme işleminin esası, cebri artırmaya konu olan malın üç kere bağrıldıktan sonra en çok artırana ihale edilmesi ile meydana gelmektedir. Bu şekilde, yapılan satış ile paraya çevirmenin konusunu oluşturan mal paraya çevrilmektedir.

II. Pazarlık Suretiyle Satış

Cebri icra hukuku'nda pazarlık suretiyle satış istisnai bir paraya çevirme usulüdür.⁹⁵ Bu paraya çevirme usulü, farklı şartlar altındaki nesnelere ve takip usulüne göre, sadece belirli şartlar altında yerine getirilebilecektir.⁹⁶ Kanun pazarlık suretiyle satışın tesisi için, gerekli olan koşulları çok az belirtmiştir. Açık artırma suretiyle satışın aksine bu satış usulünde özellikle ne düzenlenen noktalar ne de onu takip eden prosedür kanunda tanzim edilmiştir.⁹⁷ Bu kurumun temel fikri paraya çevirmenin mümkün olduğu kadar çabuk gerçekleştirilmesi için, yetkili makama hem zaman yönünden hem de prosedürün yerine getirilmesi yönünden geniş serbesti sağlanması yatmaktadır.⁹⁸ Bu sebeple, borçlunun haczedilen mallarına ilişkin satışın yerine getirilebilmesi için, bu paraya çevirme usulü de kullanılabilecektir.⁹⁹

⁹³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 143.

⁹⁴ Lorandi, **a.g.e.**, s. 7.

⁹⁵ Lorandi, **a.g.e.**, s. 8. BGE 120 III 132.

⁹⁶ Lorandi **a.g.e.**, s8

⁹⁷ Lorandi, **a.g.e.**, s.8

⁹⁸ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 20; Lorandi, **a.g.e.**, s. 8.

⁹⁹ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 20. cebri icra hukukunda pazarlık suretiyle paraya çevirme hakkında geniş açıklamalar için bkz. Özmumcu, **a.g.e.**, s. 20 vd.

III. Ödeme Yerine Alacakların Devri

İcra ve İflas Kanunu'nun 120. maddesinde öngörülen ödeme yerine alacakların devri de, cebri icra hukuku'nda, açık artırma ve pazarlık suretiyle satış usulünün yanında yer alan paraya çevirmenin diğer bir yöntemidir.

İcra ve İflas Kanunu'nun m. 89 hükmü gereğince, alacaklılar kural olarak borçlunun üçüncü şahıs nezdinde bulunan hak ve alacaklarına haciz koyarak alacaklarına kavuşabilmeleri mümkündür.¹⁰⁰ Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda alacaklı bu imkânı, İcra ve İflas Kanunu'nun 120. madde hükmünü mehzaz kanunda karşılayan SchKG Art. 131. hükmü ile sağlamaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan İİK m. 89 hükmü alacaklıya geniş bir imkân sağlamasına rağmen, Türk kanun koyucusu, İİK 120. madde hükmünü de mevcut mevzuata koymuştur.¹⁰¹ Doktrinde Türk Hukuku yönünden İcra ve İflas Kanunu'nun 120. maddesinde öngörülen bu düzenlemenin, İİK m.89 hükmü yanında haciz koyduran alacaklıya tanınmış olan ek bir imkân olduğu ifade edilmiştir.¹⁰²

İİK m. 120 hükmünde takip hukuku'nda yer alan paraya çevirme usulleri yönünden iki ayrı yöntem düzenlenmiştir.

1. Para Alacaklarının İfa Yerine Devri

Paraya çevirmenin bu usulünde, hacze iştirak eden bütün alacaklılar muvafakat ederlerse borçlunun borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacakları, ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devredilir. Bu halde, alacaklılar alacakları oranında borçlunun haklarına halef olurlar. Buna göre, alacaklılar borçlunun para alacaklarını

¹⁰⁰ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 244.

¹⁰¹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 244.

¹⁰² Kuru (C.II), **a.g.e.**, s. 1221; Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 224; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 350; Postacıoğlu, (Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi ile İlgili Bazı Problemler), Batider, 1972/2, C.X, (s. 353-368), s. 357. Doktrinde Üstündağ'a göre, uygulama da Temyiz Mahkemesi de bu iki hüküm (İİK. m.89, İİK. m.120) arasındaki bağlantıyı bu şekilde kurmaktadır. Üstündağ (icra), **a.g.e.**, s. 244 dn.783; 4. HD. 21.5.1971, 4668/4911, RKD.173/1, s. 25-26.

devir olarak aldığı miktarda borçlu alacaklılarına karşı borcundan kurtulmuş olacaktır.¹⁰³

Bu hükümde yer alan ve borsada ve piyasa fiyatı olmayan alacakların, kıymetli evraka bağlı olup olmamasının bir önemi yoktur.¹⁰⁴ Fakat hükmün uygulanabilmesi için, bu alacakların borsada ve piyasada fiyatı bulunmaması gerekmektedir.¹⁰⁵ Öte yandan, borsa ve piyasa değeri belli olan alacaklar İİK m. 120/I gereğince devredilemez. Bu alacaklar, açık artırma ya da şartları varsa pazarlık suretiyle satış yoluyla paraya çevrilebilir.¹⁰⁶

Görüldüğü üzere, İİK m. 120/I gereğince alacağın ödeme yerine geçmek üzere, bir veya birden fazla alacaklılara devri ile alacak, BK m. 164 hükmüne göre, kanun gereğince alacağı temlik alana geçmektedir.¹⁰⁷ Alacağı bu şekilde devir almış olan alacaklı, alacağı oranında takip borçlusunun haklarına halef olur. Böylece, alacağı devir alan takip alacaklısının alacağı kendisine yapılan temlik oranında sona erer.¹⁰⁸

2. İhtilafı Taleplerin Takibi Hakkının Alacaklıya Devri

İcra ve İflas Kanunu'nun 120/II. madde hükmünün düzenlemesine göre,¹⁰⁹ hacze iştirak eden alacaklıların hepsi ya da bu alacaklılardan birisi, borçlunun üçüncü şahıstaki alacağın tahsilini veya dava hakkının kullanılmasını masrafları kendisine ait olmak üzere ve haklarına halel gelmemek kaydıyla üzerlerine alabilirler.¹¹⁰

¹⁰³ Favre, **a.g.e.**, s. 202.

¹⁰⁴ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 245.

¹⁰⁵ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 245.

¹⁰⁶ Jaeger, **a.g.e.**, s. 424; Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 295; Olgaç/Köymen, **a.g.e.**, s. 914; Jaeger/Walder/Kull/Kottman, **a.g.e.**, s. 685.

¹⁰⁷ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1222; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

¹⁰⁸ Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 449; Olgaç/Köymen, **a.g.e.**, s. 914; Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1222; Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 295; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351; Erturgut, **a.g.e.**, s. 227; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin – Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁰⁹ İİK dava takip yetkisinin alacaklıya (alacaklılara) devrine ilişkin İİK m. 120/II ve 245 olmak üzere iki enteresan hüküm içermektedir. Söz konusu maddelerin Medeni Usul Hukuku'na ilişkin prensipler doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir. Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 103.

¹¹⁰ İİK 120. maddesinin II. fıkrasında yer alan bu düzenleme iflas yoluyla takiplerde, İİK m. 245 hükmünü karşılamaktadır. Karş.: SchKG Art. 131/II. Bkz.: Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s. 246; Favre, **a.g.e.**, s. 203; Amonn, **a.g.e.**, s. 233.

İİK m. 120/I hükmü, daha çok ihtilafsız alacaklar yönünden uygulama alanı bulurken, İİK m. 120/II hükmü ise, daha çok ihtilaflı alacaklar yönünden söz konusu olmaktadır.¹¹¹ İİK m. 120/II hükmünün düzenlemesinde, hacizli alacağın tahsilini devir alan alacaklı, borçlunun haklarına halef değildir, sadece söz konusu alacağı tahsil edebilmek amacıyla borçlu adına icra takibi yapma ve dava açma yoluna başvurabilecektir.¹¹² Doktrinde bu paraya çevirme usulüne ‘tahsil için devir’ de denilmektedir.¹¹³ İİK 120/II de sıfat sahibi olmayan kimseye dava takip yetkisinin kanunen devrini, yani kanundan doğan dava yetkinliğini düzenlemiştir.¹¹⁴

İİK m.120/II ve İİK m. 245 hükümlerinde düzenlenen tahsil için devir müessesesi Borçlar Hukuku anlamındaki temlikler değildir. Buna karşılık, bu müessese ile ihtilaflı taleplerin tahsili için davayı takip hakkının devredilmesinden ileri gelen medeni usul ve takip hukuku’na özgü bir kurumdur.¹¹⁵ Bu itibarla, kanuni dava yetkini konumundaki alacaklı, üçüncü kişiye karşı açtığı davada taraftır, davayı kendi adına yürütür. Mahcuz alacağa ilişkin dava takip yetkisi kendisine devredilen alacaklıyı, borçlunun kanuni temsilcisi saymak mümkün değildir. Dava masraflarını da bu yüzden borçlu değil bizzat alacaklı üstlenmektedir. Bu sebeple, İİK m.120/II deki hüküm, Hukukumuzda ‘kendisine yabancı bir hakkı, kendi adına ileri sürmeyi’ alacaklı açısından mümkün kılmaktadır. Bu husus İsviçre Hukuku açısından da, Türk Hukuku ile aynı esaslara tabidir.¹¹⁶

¹¹¹ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1223; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

¹¹² Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1224; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351; Overbeck, **a.g.e.**, s. 106; Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 225.

¹¹³ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1223; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

¹¹⁴ Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 103. Nitekim Yargıtay da bir kararında maddeyi benzer şekilde yorumlamıştır. “... bu yetkiyi merciinden üzerine alan alacaklı...kendisine borçlu olan kişinin...haklarına halef değildir. Bu yetki ona yalnız temsili, onun adına dava açma yetkisini sağlar. Bu temsil durumu gereği olarak dava yetkisini devralan alacaklı, bu hakkı bir başka kişiye temlik edemez...” (4.HD.21.5.1971, 4668/4911; RKD 1973, S.1, s. 25vd.)

¹¹⁵ Lorandi, **a.g.e.**, s. 8. İcra ve İflas Kanunu’nun bu hükümleri, maddi hukuk ilişkisinin sujesi olmayan kişiye, sadece dava hakkının devrini kapsamına alan “**dava takip yetkisi**” tanınmaktadır. Buna göre, alacaklı dava konusu hakkın tarafı olmamakla birlikte, davanın tarafı sayılmaktadır. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 128; Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 103-105.

¹¹⁶ İsviçre Hukuku’nda İİK 120/II hükmüne göre, kanundan doğan dava yetkinliğini savunan yazar için Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, 104, dn.151.

Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı tahsil için devralan alacaklının, takip borçlusuna karşı olan haklarına hâlel gelmez.¹¹⁷ Bunun anlamı, bu devir Borçlar Hukuku anlamında ifa makamına temlik teşkil etmez. Bu itibarla, devredilen alacak tahsil edilip de elde edilen meblağdan devralan alacaklının alacağının tamamen karşılanmasına kadar alacak varlığını sürdürür.¹¹⁸ Nitekim devralan alacaklının alacağı tahsil ettiği miktar oranında sona erer.¹¹⁹ Gerek, İsviçre gerekse, Türk Hukuk doktrinde, anılan maddede Borçlar Hukuku anlamında alacağın temlikinin söz konusu olup olmadığı tartışılmış ve çoğunluk buna olumsuz cevap vermiştir.¹²⁰ Hâkim fikre göre, alacaklıya, borçluya ait hak değil, sadece bu hakka ilişkin uyumsuzluklarda dava takip yetkisi devir olunmaktadır.¹²¹ Alacağın temliki hükümlerinin uygulanmaması sebebiyle, kendisine davayı takip yetkisi devir olunan alacaklı, açtığı davayı kazansa dahi hükmolunan meblağın tümünü elinde tutamamakta, kendi talebini aşan kısmı borçluya iade etmekle yükümlüdür.¹²²

Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağını devralan alacaklının takip sonucunda tahsil ettiği meblağdan öncelikle onun alacağı ile takip veya dava masrafları karşılanır.¹²³ Alacak tahsil edildikten sonra devir alınana alacaktan bakiye bir mablağın kalması halinde, bu bedel icra dairesine bırakılır.¹²⁴

Mahcuz alacağa yönelik dava takip yetkisi, alacaklılardan birine devir olunabileceği gibi, birden fazla alacaklıya da devir olunabilir. İkinci halde, alacaklılar arasında dava ortaklığı mevcuttur.¹²⁵

¹¹⁷ İİK m. 120/II.

¹¹⁸ Kuru (icra iflas) C. II, **a.g.e.**, s. 1225; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

¹¹⁹ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 246

¹²⁰ Beinert, **a.g.e.**, s. 47; Berkin, (iflas) **a.g.e.**, s. 367; Blumenstein, **a.g.e.**, s. 807; Habscheid, **a.g.e.**, Rdnr. 277; Jaeger, **a.g.e.**, Art. 260, Rdnr. 3; Postacıoğlu, (iflas) **a.g.e.**, s. 186; Üstündağ, (iflas) **a.g.e.**, s. 172; aynı yönde, BGE 61 III 1.

¹²¹ Türk doktrinde; Alangoya, MHAD 1969, s. 139, dn.42; Berkin, (iflas) **a.g.e.**, s. 367; Postacıoğlu, (iflas) **a.g.e.**, s. 186; (yazar dava hakkının devrinden bahsetmektedir.) Umar, **a.g.e.**, (ehliyet) s. 618; Üstündağ (iflas) **a.g.e.**, s. 172-173. İsviçre doktrinde, Beinert, **a.g.e.**, s. 48; Flachsman, **a.g.e.**, s. 8; Habscheid, **a.g.m.**, Rdnr.277; Walder, BISchKG 22, s. 65; Walder, (ZPR) s. 143 dn.19; aynı yönde, BGE 49 II 249.

¹²² Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 105.

¹²³ İİK m. 120/III

¹²⁴ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 246.

¹²⁵ Bkz. Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 104; ayrıca, Bkz. Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 246; Beinert, **a.g.e.**, s. 45; Fritzsche/Walder- Böhner, § 30, Rdnr.25.

İsviçre doktrininde, İcra ve İflas Kanunu'ndaki bu hükmün düzenleme tarzı bazı yönlerden de eleştiri konusu yapılmaktadır. Bazı yazarlar,¹²⁶ mahcuz alacağa yönelik uyuşmazlıklarda dava takip yetkisinin alacaklılardan birine veya bir kaçına değil, icra dairesine devrolunmasının daha elverişli sonuçlar doğurabileceğini, kanun koyucunun aksini öngörmekle hatalı davrandığını ileri sürmüşlerdir.¹²⁷

IV. Paraya Çevirmenin Diğer Usulü

İİK m. 121 paraya çevirmenin diğer tarzı kenar başlığı altında bir başka paraya çevirme usulü daha kabul etmiştir. Bu hükme göre, taşınır veya taşınmaz mallar ile alacakların dışında kalan ve sadece madde metninde ifade edilen “bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi” haklarla sınırlı olmayan başkaca hakların paraya çevrilme usulünü¹²⁸ ve bu hakların nasıl paraya çevrilebileceğini¹²⁹ öngören bir düzenleme içermektedir.

¹²⁶ Beinert, **a.g.e.**, s. 44 – 45; Aynı husus SchKG Art. 131/II hükmünün paraleli olarak ele alınan SchKG Art. 260 içinde ileri sürülmüştür. (Walder, BISchKG 22, s. 72).

¹²⁷ Deren – Yıldırım, (kesin hükmün subjektif sınırları) **a.g.e.**, s. 104.

¹²⁸ İİK m. 121/II.

¹²⁹ İİK m. 121/I.

§ 7. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ HİSSESİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Taksim Edilmemiş Miras Hisselerinin Paraya Çevrilmesi

I. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda miras hissesinin ya da elbirliği halinde malik olunan bir maldaki hissenin paraya çevrilmesinde ve elde edilen para ile alacaklının tatmin edilmesinde en önemli yol elbirliği mülkiyeti hissesine haciz koyduran alacaklıya, ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verilerek¹, borçlu ortağa düşen hissenin paraya çevrilmesidir.²

İİK m.121/son fıkrasında, genel bir ifade ile haczedilen ve elbirliği mülkiyetine konu olan malın satışında, icra hâkiminin gerekli gördüğü tedbirleri de alabileceği hükmüne yer verilmiştir.³ Ayrıca, haciz edilen bu hissenin satışı ile ilgili olarak 14.4.1943 tarih ve 15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁴ da İİK m.121 hükmüne ek olarak haczedilen elbirliği mülkiyetine konu olan malın satımının da icra mahkemesi hâkimi'nin ne yapması gerektiği belirtilmiştir.⁵

Borçlunun miras şirketindeki (elbirliği mülkiyeti) hissesinin ortaklığın tasfiyesi yolu ile paraya çevrilmesi borçlu ve alacaklının menfaatleri için en uygun yoldur.⁶ Zira haczedilen bu hissenin tasfiye yapılmaksızın doğrudan açık artırma suretiyle satılması da kural olarak mümkündür.⁷ Ancak, bu halde, yapılan satış işlemi esasen elbirliği mülkiyetine tesir etmeyeceğinden⁸ ve hisseyi alacak olan

¹ “Elbirliği Mülkiyeti Ortaklığı Hakkındaki Takibin Sonuçsuz kalması halinde alacaklı yetki belgesi olarak ortaklığın giderilmesi davası açabilir.” Y. 6.HD 21.02.2005T. 2004/11142E. 2005/1226K. Yargı Dünyası S. 118 s. 93; “Borçlunun iştirak halinde mülkiyetini haczettiren alacaklı İcra mahkemesinden yetki belgesi olarak ortaklığın giderilmesi davasını açabilir. Y.6.HD. 20.06.2005,T. 2003/4935E. 2004/6348 K Yargı Dünyası, S. 119 s. 107.

² Kuru, C.II, **a.g.e.**, s. 1230; “iştirak halinde tasarruf edilen gayrimenkul hissesinin “taksim” veya izale-i şuyu” davası açılmadan, icraen satılamayacağı yönünde” 12.HD. 12.4.1989T. E.2216, K.5326; 12.HD. 20.1.1989T. E:1998/10473, K:598 Bkz. Uyar, C.III, **a.g.e.**, s. 3344.

³ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 615.

⁴ RG 28.1.1944 Sayı: 5615, s. 6346.

⁵ 1943 tarihli İBK'ya göre; “icra memuruna yahut alacaklıya mahkemeye müracaatla taksim veya izale-i şuyu davası açması için yetki verilmesi gerekip, vazifeli mahkemece böyle bir karar verilmedikçe malın tamamının yahut borçlu mirasçıya ait hissenin icraca satılamayacağı” şeklindedir.

⁶ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231.

⁷ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231 Karş; TMK m. 677.

⁸ TMK m. 677.

kimse elbirliğı ortaklığına karşı ortaklık tasfiye edilene karşı herhangi bir hak ileri süremeyeceğinden, bu durum icra takibinin taraflarının menfaatlerine uygun olmayacağından, normal koşullarda ihale alıcıları tarafından tercih edilmez.⁹ Bu sebeple, borçlunun elbirliğı mülkiyeti ortaklığındaki hissesinin bu yolla satılması oldukça zordur. Nitekim bu yolla satış yapılması halinde ihaleye olması muhtemel katılım olması gerekenin çok altında olabilecek ve sonuçta ihale ile malın en yüksek değerden satılmasına yönelik amaç da gerçekleşmeyecektir. Böylece, takibin tarafları olan alacaklı ve borçlunun zarara uğraması kaçınılmaz olacaktır.

14.4.1943 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda,¹⁰ miras hissesi veya taksim edilmemiş terekedeki belirli bir maldaki elbirliğı halinde mülkiyet hissesinin, Türk Medeni Kanunu'nun 702. maddesi gereğince satılamayıp, bu hususta, İİK 121. maddesinin son fıkra hükmünde belirtildiği üzere, icra mahkemesi tarafından tedbir alınması lüzum gösterilip, tedbirler cümlesinden olarak icra müdürüne veya alacaklıya Türk Medeni Kanunu'nun 648.maddesi gereğince görevli mahkemeye müracaatla taksim veya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin verilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹ İBK'da ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin icra müdürüne de verilebileceği belirtilmiş ise de,¹² uygulamada genellikle bu yetki haciz koyduran alacaklıya verilmektedir.¹³ Tezde, borçlunun elbirliğı mülkiyetine konu olan hissesinin paraya çevrilmesi konusunda, öncelikle, Türk Hukuku yönünden inceleme yapılacak daha sonra ise, İsviçre Hukuku'ndaki düzenleme özellikle, 17.01.1923 tarihli yönetmelik hükmü ile borçlunun elbirliğı mülkiyetine konu olan hissesinin paraya çevrilmesi hususunda getirilen paraya çevirme prosedürü incelenecektir.

⁹ Elbirliğı halinde mülkiyetin konusu para ise, bu paranın satışına gerek yoktur. İcra mahkemesi hakimi İİK m. 121'e göre, borçlu mirasçının hissesine düşen paranın icra dairesine ödenmesine karar verebilir. Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231.dn.14a.

¹⁰ RG: 28.01.1944 S. 5615.

¹¹ Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 615.

¹² 1943 tarihli İBK ya göre "...yani tasfiye maksadıyla terekedeki şüyuun izalesine lüzum gösterilip tedbirler cümlesinden olarak icra memuruna yahut alacaklıya Kanunu Medeni'nin 588. maddesi mucibince vazifeli mahkemeye müracaatla taksim veya şüyuun izalesine tevessül etmek üzere mezuniyetin verilmesi lazım geleceğine..."

¹³ "Elbirliğı Mülkiyeti Ortaklığı Hakkındaki Takibin Sonuçsuz kalması halinde alacaklı yetki belgesi alarak ortaklığın giderilmesi davası açabilir." Y. 6.HD 21.02.2005T. 2004/1142E. 2005/1226K. Yargı Dünyası S.118 s. 93; "Borçlunun iştirak halinde mülkiyetini haczettiren alacaklı İcra mahkemesinden yetki belgesi alarak ortaklığın giderilmesi davasını açabilir. Y.6.HD. 20.06.2005, T. 2003/4935E. 2004/6348K. Yargı Dünyası, S. 119 s. 107.

Alacaklı haczettği, borçlunun henüz taksim edilmemiş miras şirketindeki hissesinden alacağını tahsil edebilmesi için, tereke üzerinde mirasçılar arasındaki elbirliği halinde mülkiyet ilişkisini sona erdirmek zorundadır, bu amaçla alacaklıya, icra mahkemesi tarafından miras şirketindeki ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi tanınacaktır.

II. İcra Mahkemesinin Kararı ve Alacaklıya Yetki Belgesinin Verilmesi

Alacağını tahsil etmek için borçlunun miras şirketindeki (elbirliği mülkiyeti ortaklığındaki) hissesine haciz koydurmuş olan alacaklı¹⁴ alacağını elde etmek amacıyla paraya çevirme talebini alan icra müdürü satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden soracaktır.¹⁵ Bu başvuru üzerine, icra mahkemesi miras hissesinin paraya çevrilmesi için İİK 121/II. maddeye göre, borçlu mirasçının payının açık artırma yoluyla satılmasına karar verebileceği gibi terekedeki malların gelirinden borçlu mirasçının hissesine düşecek olan para ile borcun ödenmesine de karar verebilir. Ancak bu ihtimaller oldukça sınırlı durumlarda uygulanabilir. İcra müdürünün bu başvurusu üzerine, icra mahkemesi hâkiminin alacağı en etkili tedbir, miras şirketine dâhil olan belirli mallar üzerindeki elbirliği mülkiyet ilişkisine son verilmesini sağlamak için haciz koyduran alacaklıya veya icra müdürüne yetki verilmesidir.¹⁶ Buna göre, icra mahkemesi TMK 648. madde hükmüne göre, İİK m.121/II hükmü gereğince, alacaklıya terekedeki bir ya da birden fazla taşınır ya da taşınmaz mal hakkında elbirliği mülkiyeti ortaklığının giderilmesi davası açmak için yetki verir. İsviçre Hukuku'nda, alacaklı tarafından haczedilen borçlunun miras şirketindeki hissesinin satışı talep edildiği takdirde, icra icra memuru, öncelikle icra takibinin taraflarını ve miras şirketinin diğer ortaklarını bir araya getirerek uzlaştırma teşebbüsünde bulunur.¹⁷ Bu uzlaştırma başvurusunun amacı, cebri icra suretiyle tasfiyenin önlenmesi ve elbirliği mülkiyeti ortaklığının

¹⁴ “Tapu kaydına haciz konulmuş olan hisseli taşınmazların kıymetinin takdir edilmemiş olması ve fiilen haczedilmemiş olmasının, İİK m.121/1 gereğince tetkik merciine başvurmayı engellemeyeceği yönünde” 12.HD. 18.4.1995T. E: 1984/13885, K:2733. Uyar, **a.g.e.**, s. 3346.

¹⁵ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 152; Muşul, (icra iflas) **a.g.e.**, s. 615; Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231.

¹⁶ Kuru, (icra iflas) C.II., **a.g.e.**, s. 1232.

¹⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 142. VVAG Art. 9.

devam ettirilmesidir.¹⁸ Bu uzlaştırma teşebbüsüne rağmen icra takibinin tarafları aralarında uzlaşamazlarsa, taraflara icra tetkik merciiine teklifte bulunmaları için 10 gün süre verilir.¹⁹ Bu süre bittikten ve ilgililerin teklifleri incelendikten sonra, icra tetkik mercii ya hacizli malın olduğu gibi satılmasına ya da elbirliği halinde mülkiyet ilişkisinin feshi ve türüne göre Medeni Kanun’da veya Borçlar Kanunu’nda mevcut hükümlere göre ortaklığın tasfiyesine karar verecektir.²⁰ İsviçre Hukuku’nda icra tetkik mercii sadece paraya çevirme tarzını belirler, maddi hukuka ait bir karar veremez.²¹ Böylece, İsviçre Hukuku’nda icra tetkik mercii borçlunun tasfiye payına yönelik talebin artırmaya çıkarılmasına veya ortaklığın tasfiyesi ve elbirliği halindeki mülkiyetin maddi hukuk kurallarına uygun bir biçimde tasfiyesine karar verebilir.²²

Türk Hukuku’nda, icra mahkemesi hâkimi alacaklıya ortaklığın giderilmesi yönünde dava açmadan önce, duruşma günü belirleyerek, takibin taraflarını ve elbirliği mülkiyetinin bütün ortaklarını çağırmalı ve gelen ortakları dinlemelidir.²³ Bu duruşmada, üçüncü kişi konumunda bulunan ortaklar ile alacaklı ve borçluya anlaşıp ortaklık tasfiye olunmaksızın bir sonuca varma imkânı verilmesi uygun olur. İİK m.121/II anlamında tarafların bu şekilde görüşmeleri de bir tedbir olarak nitelendirilebilir.²⁴ Yukarıda belirtildiği üzere, İsviçre Hukuku’nda, 17.01.1923 tarihli Federal Mahkeme tarafından çıkarılan yönetmelik gereğince, tarafları öncelikle uzlaştırmaya davet etmek zorunludur.²⁵ Bu halde, herhangi bir nedenle malın satılmasını istemeyen diğer hissedarlar, borçlunun borcunu ödemek suretiyle malın satılmasını önleyebilecekleri gibi, kendi aralarında elbirliği mülkiyet ilişkisine son vererek, borçluya düşen hisseyi satın alıp, bedelini icra dairesine

¹⁸ Bisang, **a.g.e.**, s.142.

¹⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 156.

²⁰ VVAG Art. 9-10; Amonn/Gasser, **a.g.e.**, §27, No: 66,67.

²¹ BGE 105 III 59; BGE 113 III 39, 42; BGE 114 III 98; Amonn/Gasser, **a.g.e.**, § 27, No: 68.

²² Amonn/Gasser, **a.g.e.**, §27, No:67 (İsviçre Hukuku’nda fikri haklar yönünden başka bir tedbire de karar verebilir. Amonn/Gasser, **a.g.e.**, §27, No: 70.

²³ İİK m. 121/II hükmüne göre, icra mahkemesi ikametgahları bilinen ilgilileri mutlaka dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yada gereken tedbirleri alabilir. İcra iflas kanununun 121.maddesi gereğince icra mahkemesinin mutlaka duruşmalı inceleme yapması gereklidir. Buna karşılık uygulamada çoğu kez buna gerek görülmeden evrak üzerinde gerekli karar verilmektedir. Bu sebeple, Uyar, tarafından bu maddeye “lüzum görürse” sözcüklerinin eklenmesi ve böylece duruşma yapıp yapmamak hususunun icra mahkemesinin takdirine bırakılması önerilmektedir. Uyar, C.III, **a.g.e.**, s. 3342.

²⁴ Kuru, C.II, **a.g.e.**, s. 1231; Kuru/Aslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 275 dn.8.

²⁵ 17.01.1923 tarihli “Topluluk Mülkiyeti Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesine İlişkin Yönetmelik” m. 9.

ödemek suretiyle de malı yine ortaklığın giderilmesi yoluyla satıştan kurtarabilirler.²⁶ Böyle bir durumda alacaklı, İİK m.121/II. hükmünde yer alan diğer tedbirlerden olmak üzere, kendisinin veya bu konuda güvenilir kişinin tarafların rızaen yapacakları bir taksime veya müştereken dönüştürme işlemine katılmasını isteyebilir. Böyle bir karar alınması halinde, karar metni tutanağa geçirilir ve taraflara imzalatılır. Elbirliği mülkiyetine konu olan malın satılmasının zorlukları ve cebri icra takibinin tarafları, özellikle de üçüncü kişi konumunda olan borçlunun dışındaki ortaklar yönünden bakıldığında, İsviçre Hukuku'ndaki gibi takibin taraflarının ve diğer ilgililerin uzlaşmaya davet edilmesi şeklinde bir hükmün İcra ve İflas Kanunumuza ya da İİK yönetmeliğine eklenmesinin cebri icra takibinin amacı ve tarafların menfaatlerinin korunması yönlerinden isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira İsviçre Hukuku'da uzlaşma görüşmelerinin başarı oranını geçmiş yıllarda %30'larda olduğu yönünde bir istatistikî bilgi de bulunmaktadır.²⁷

İcra mahkemesinin huzurunda tarafların hiçbir durumda anlaşamamaları halinde, icra mahkemesi hâkimi düzenleyeceği yetki belgesi ile alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verecektir.²⁸ Alacaklıya verilen bu dava açma yetkisi, sadece icra mahkemesi tarafından verilebilir.²⁹ İcra müdürünün alacaklıya böyle bir yetki vermesi mümkün değildir.³⁰ Ancak, alacaklı icra müdürünün vermiş olduğu bir yetki ile ortaklığın giderilmesine ilişkin dava açarsa, bu dava hemen reddedilmemek gerekir. Bu halde, icra mahkemesinden kendisine böyle bir yetki verildiğine dair bir karar ve belge ibraz etmesi için, davacıya süre verilmelidir.³¹ Davacı, verilen süre içinde bu belgeyi ibraz etmesi halinde davaya devam edilecektir. Davacı, verilen süre içinde bu yetki belgesini ibraz etmezse, bu

²⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 157.

²⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 159.

²⁸ Kuru, C.II, **a.g.e.**, s. 1232; “terekeye dahil taşınır bir mal olan otobüs hakkında da İİK m.121 hükmünün uygulanması gerektiği yönünde” Uyar, **a.g.e.**, s. 3351.

²⁹ 12.HD. 11.5.1987t. E:1986/9515, K: 6309; Uyar, **a.g.e.**, s. 3346; İİK m. 121; “Verasetten iştirak halinde bulunan miras payının haczettirilmesi sonucunda ortaklığın giderilmesi için icra tetkik merciince yetki verilmelidir. Bu konuda icra müdürünün yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda borçlunun bütün taşınmazlarında ortaklığın giderilmesi değil, borç kadar taşınmazın satışına karar verilmelidir. Y. 6.HD 1989/16387E-17352K. 14.11.1989T. Balci, **a.g.e.**, s. 212-213.

³⁰ Y. 6.HD'nin 13.5.1968 1176/2482: İBD 1969/3-4 s.189 – 190 İcra müdürünün böyle davranması kanuna aykırılık olur. İcra müdürünün bu yetkiyi vermesinin kanuna aykırı olacağı yönündeki kararlar için Bkz. Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231 dn.16. aynı yönde, 6.HD. 14.5.1965, 5683/2183 (ABD 1965/4, s. 513).

³¹ 6. HD. 13.5.1968, 1176/282 (İBD 1969/3-4, s. 189-190); 6 HD 20.1.1989, 16291/478 (yasa HD. 1989/4 s. 511 – 512).

dava usulden³² reddedilecektir.³³ Zira icra müdürünün vermiş olduğu yetki belgesine dayanılarak davaya devam olunamaz.

Alacaklıya icra mahkemesi tarafından verilecek olan bu yetki belgesinin içeriğinde sadece taksim veya satış suretiyle ortaklığın giderilmesi değil, hem taksim hem de satış suretiyle ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verilmelidir,³⁴ aynen taksim edilmesi mümkün olan bir mal için alacaklıya sadece ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin yetki verilmiş ise bu dava reddedilebilir. İcra ve İflas Kanunu'na göre amaç alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin korunması olup aynı zamanda da hacizden etkilenen üçüncü şahısların korunmasıdır.³⁵ Bu halde, icra mahkemesi tarafından verilen böyle bir yetki açıkça kanuna aykırılık teşkil eder.

İİK'nın 121.maddesi gereğince, 14.4.1943 tarih ve 48/15 sayılı İBK'na göre, alacaklıya ortaklığın giderilmesi davası açması şeklinde yetki verilen icra mahkemesi kararlarının temyizi mümkün değildir.³⁶

Alacaklıya verilecek yetki belgesi ile terekenin tamamı hakkında dava açma yetkisi verilebileceği gibi terekeye dâhil münferit bazı mallar üzerinde de ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi verilebilir.³⁷ Zira, TMK 644. madde gereğince, bir mirasçı terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder, elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir. Örneğin, terekede pek çok taşınır ve taşınmaz mallar bulunabilir. Ancak, bu yetki sadece terekede bulunan belirli taşınır

³² (dava şartları eksikliği nedeniyle).

³³ Alacaklı bu süre içerisinde icra mahkemesinden yetki belgesi alıp ta bu belgeyi sulh hukuk mahkemesine ibraz ederse, davaya devam olunur. (6 HD 18.1.1989, 16032/313; yasa 1989/4 s. 509).

³⁴ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1232 dn.18.

³⁵ İcra iflas Hukuku'nda mahcuz şeyin, ilgililerin meşru menfaatlerine uyacak ve imkan olduğu kadar yüksek bir bedele ulaşılabilecek şekilde paraya çevrilmesi gerekir. Bkz. Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 152.

³⁶ 12.HD. 11.2.1982T. E:737, K.931, Bkz. Uyar, İİK - C.III., **a.g.e.**, s. 3346.

³⁷ HUMK m.569 – 570. TMK m. 644

ya da taşınmazlardaki ortaklığın giderilmesine yönelik olabilir.³⁸ İcra mahkemesi hâkimi bu halde, alacaklının alacağının miktarını dikkate alarak, alacaklının tatmin edilmesi yönünde ve yapılan hacizlerle orantılı olarak yeterince mal hakkında ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisi vermelidir.³⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) TMK 644.madde hükmüne benzer bir hüküm yoktur. Bu sebeple, İsviçre Hukuku'na göre, Türk Hukuku'nda olduğu gibi elbirliği ortaklığına dâhil belirli bir taşınır ya da taşınmaz maldaki ortaklığın giderilmesini istemek kural olarak mümkün değildir. Aslında, Türk Hukuku'nda benimsenmiş olan sistem elbirliği mülkiyeti ortaklığının temel prensiplerine tam olarak uygun düşmemektedir. Bununla birlikte, yukarıda haciz bölümünde de tartışıldığı üzere,⁴⁰ Türkiye'nin bir takım gerçekleri dikkate alınmak suretiyle elbirliği mülkiyeti ilkesinin katı kuralları miras şirketi yönünden yumuşatılmıştır. Bu husus, 1984 tarihli İBK'da da açıkça zikredilmiştir.⁴¹ Mehaz İsviçre Hukuku'nda olmayan ve Türk Hukuku'nda yer alan bu yeni düzenleme elbirliği mülkiyetinin temel kurallarına aykırı olmasına rağmen, taraf menfaatleri korunmaya daha çok hizmet etmektedir. Ayrıca, özellikle cebri icra takibinde üçüncü şahıs konumunda olan borçlunun dışındaki elbirliği ortaklarının hakları, alacağın miktarının düşük olması halinde hakları elbirliği mülkiyetine konu küçük bir malın satılması ile daha iyi korunmaktadır. İsviçre Hukuku'nda karşılığı olmayan hukukumuzdaki, TMK 644. madde, eski MK 584/a maddesinin hükmünü karşılamaktadır.⁴²

³⁸ Bu konuda tartışmalar için Bkz; § 4.

³⁹ Aslında icra mahkemesinin vereceği böyle bir yetki Gierke tarafından savunulan elbirliği mülkiyet ortaklığının temel ilkelerine aykırı olmakla birlikte, Ülkemizde, alacaklı ve borçlunun elbirliği mülkiyeti ilkesinin katı kuralları sebebiyle ekonomik yönden zor durumda kalmaları sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nda ve İİK'da yapılan değişikliklerle icra mahkemesi hakiminin bu kapsamda yetki verebilmesi mümkün kılınmıştır.

⁴⁰ Bkz; § 4.

⁴¹ Bkz. Y.İBK E. 1984/2, K.1985/5, T.24.5.1985, YKD C:Xİ. S.8. Ağustos 1985 s.1123vd.

⁴² Eski MK 584/a maddesi eski Medeni Kanuna 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile 23.11.1990 tarihinde eklenmiştir. Mehaz İsviçre Hukuku'nda olmayan bu hükmün Türk Medeni kanununa konuş gerekçesi ise, elbirliği mülkiyetinde malikler kural olarak hep birlikte hareket etmek zorunda olduklarından, birçok konuda maliklerden birinin karşı koyması durumunda sorunlar çözümsüz kalabilir. Buda ilişkileri işlemez duruma sokar. Bu sakıncaları dikkate alan kanun koyucu 3678 sayılı kanunla 584a maddesini kabul ederek, bu gibi durumlara çözüm bulmak üzere, paylaşım davası açılmaksızın, yani paylaşıma gidilmeksizin de elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi yoluyla maliklerden her birine elde edeceği pay üzerinde tasarrufta bulunabilme olanağı getirilmiştir.

Alacaklının, kural olarak, alacağı üzerinde tasarruf işleminde bulunabilmesi mümkündür.⁴³ Alacaklı, icra mahkemesinden yetki belgesini aldıktan sonra borçludan olan alacağını üçüncü bir şahsa temlik etmesi halinde,⁴⁴ bu temlik işlemi henüz ortaklığın giderilmesi hakkında dava açılmadan önce yapıldı ise, alacağı temlik alan yeni alacaklı icra mahkemesine başvurarak yeniden yetki belgesi alması gerekir. Zira bu halde, icra mahkemesi hâkimi iki şekilde hareket edebilirdi ya icra müdürüne bu yönde yetki verebilecektir, ya da alacaklıya bu yönde bir yetki verebilecektir. İcra mahkemesi hâkiminin alacaklıya vermiş olduğu bu yetkiyi, alacaklının alacağını temlik etmek suretiyle üçüncü bir kişiye devir etmesi mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık, alacaklı icra mahkemesinden aldığı yetkiye dayanarak ortaklığın giderilmesi davası açtıktan sonra, takip konusu alacağını üçüncü bir şahsa temlik ederse, yeni alacaklı ortaklığın giderilmesi hakkında davayı HUMK m.186 hükümleri çerçevesinde davaya kaldığı yerden devam edebilmelidir.⁴⁵ Zira bu halde, tamamen Medeni Yargılama Hukuku kuralları içinde davalı şeyin üçüncü şahsa temlikine ilişkin kurallar uygulanmak gerekir.⁴⁶

III. Ortaklığın Giderilmesi Davası

1. Görevli Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davası, davaya konu olan taşınır ya da taşınmaz malın kıymeti ne olursa olsun, genel kural olarak, HUMK m.8 ve 562 gereğince sulh hukuk mahkemeleri'nde görülür.⁴⁷ Bu davaların sulh hukuk mahkemeleri'nde⁴⁸ görülmesinin ile hızlı ve acele olması arzu edilen bu gibi

⁴³ BK. m.162vd.

⁴⁴ Alacağın temlikinin geçerli olabilmesi için BK 163 gereğince kural olarak yazılı yapılması gerekir. Dava konusu şeyin temlik hakkında Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 304 vd.

⁴⁵ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6256; HUMK m. 8/II, m.561, 562, 569.

⁴⁶ Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 306 vd.

⁴⁷ Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 359; Kuru, **a.g.e.**, s. 4249; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 1 vd; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) **a.g.e.**, s. IV; Karahasan, **a.g.e.**, C.I, s. 163; Şener, **a.g.e.**, s. 1111.

⁴⁸ HUMK m. 8/II, b.2; HUMK m.561, 562 ve 569; Yargıtay iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir; ancak, bu davalarda da görevin HUMK m. 8/II, b.2'ye göre tayin edilmesi gerekir. Aynı görüşte, Bkz: Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s.74; Kuru, (usul) C.IV,**a.g.e.**, s. 4150 – 4151; Ayrıca, Bkz. Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 359.

davaların asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan ağır işleyen yazılı usulden kurtarılıp, basit usule tabi tutularak sulh hukuk mahkemelerinde biran önce bitirilmesi amaçlanmıştır.⁴⁹

Sulh hukuk mahkemesi hâkimi bu davalara bakarken paydaşlar arasında kıymet takdiri mümkün olan ve değeri itibariyle sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren mülkiyet anlaşmazlıklarını da HUMK 566/I uyarınca basit usulde çözümlemekle yükümlüdür.⁵⁰ Ancak, mahkeme mirasçılık gibi kıymet tayini mümkün olmayan bir mülkiyet çekişmesi ile karşılaşması halinde ya da kıymet tayini mümkün olup ta değer itibariyle sulh hukuk mahkemesinin görev alanını aşan bir anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde,⁵¹ sulh hukuk mahkemesi bu gibi anlaşmazlıkları çözümleyemez.⁵² Bu halde, alacaklıya asliye hukuk mahkemesinde bu çekişmenin halli hususunda dava açmak üzere on günlük süre verilmelidir.⁵³ HUMK m. 163 gereğince verilen bu süre kesindir, ilgili bu 10 günlük süre içinde davasını açmazsa, süre uzatılmayacaktır, bu durumda hâkim, mülkiyet konusu çekişmeli değilmiş kabul edilerek duruşmaya devam eder.⁵⁴

Dava konusu uyuşmazlık taksim ve izale-i şüyu davasını doğrudan etkileyecek nitelikte ise, sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesinde açılan bu davanın sonucunu bekletici mesele yapması gerekir.⁵⁵ Buna karşılık, sulh hukuk mahkemesi hâkimi, hisselerin tayini, ortaklığa konu malvarlığının satılması, taksimi

⁴⁹ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 93. Ancak, uygulamada bu davalar özellikle ilgililere tebligat yapılamadığından oldukça uzun sürmektedir.

⁵⁰ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6257.

⁵¹ Sulh hukuk mahkemesinin görevi HUMK 8/II. madde yeniden değerlendirme oranı ile %9.8 5490.YTL (2006 yılı itibariyle); 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun "EK MADDE 4.- Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez."

⁵² HUMK m. 567 /II.

⁵³ Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 360; Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6257.

⁵⁴ (6. HD 15.4.1971, 1483/1781; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 95) "Dava, bir traktörün ortaklığının giderilmesinden ibarettir. Davalı traktörün tamamının kendisine ait olduğunu ileri sürdüğüne göre, malın mülkiyeti konusunda çekişme vardır. O halde davacıya istihkak davası açmak üzere süre verilmeli ve dava sonucu beklenmelidir."

⁵⁵ HUMK m.567 – 568.

veya satılması mümkün olmayan eşyanın hissedarlardan birine tahsisi⁵⁶ veya miktar ya da değeri 5.490YTL'yi geçmeyen⁵⁷ diğer uyuşmazlıklar hakkında⁵⁸ basit yargılama usulüne göre karar verebilir.⁵⁹

İstanbul, Ankara ve İzmir gibi büyük şehirlerde sulh hukuk mahkemeleri'nin görevine giren işlerin çokluğu göz önünde tutularak sulh hukuk mahkemeleri arasında, Adalet Bakanlığı tarafından şahsın hukuku'na ve genel hukuk işlerine bakan mahkemeler olarak, görev bölümü yapılmaktadır. Elbirliği mülkiyeti ortaklığında elbirliği halinin çözümü için davaya görev ayrımı yapılan illerde şahsın hukukuna bakmakla görevli sulh hukuk mahkemesi'nin bakması gerekir. Bu dava tamamen paylı (müşterek) mülkiyet ilişkisinin çözülmesi amacıyla açılmış olsaydı, bu halde, davaya genel hukuk işlere bakan sulh hukuk mahkemesi tarafından bakılması gerekirdi. Bununla birlikte, hisseli paydaşlardan bir tanesinin gaip olması halinde, bu halde gaip olan kimseye vasi tayini gerekli olduğundan, vasi tayin işlemi şahsın hukuku işlerine bakan sulh hukuk mahkemesi tarafından yapılır.⁶⁰

Paydaşlar tarafından ortaklığın giderilmesi tahkim sözleşmesi ile hakem huzurunda yapılması da kanaatimizce mümkündür. Zira ortaklığın giderilmesi davası tarafların arzularına tabidir,⁶¹ bu halde, bu davaya hakemler bakabileceklerdir. Tahkime gidilmesi hususunda borçlu ortak hangi hakka sahipse, borçlu ortağın hissesini haciz eden alacaklı da icra mahkemesinden yetki belgesini

⁵⁶ HUMK m.565.

⁵⁷ 26.9.2004 tarih ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkında değişiklik yapılması hakkında Kanun'un EK 4. maddesine göre; “Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı aşmayan kısımları dikkate alınmaz.” şeklindedir.

⁵⁸ HUMK m.566/I.

⁵⁹ Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 360.

⁶⁰ Erdoğan, **a.g.e.**, s.95; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, **a.g.e.**, Cilt IV s. 239; Ahkamı Umumiye işlerine bakan Sulh Hukuk Mahkemesine aynı zamanda diğer işlere bakan Sulh Hukuk Mahkemesi de denilmektedir.

⁶¹ HUMK m. 518

olarak borçlu ortak ile tahkime gitmek hususunda aynı haklara sahip olması gerekir.⁶²

2. Yetkili Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davaları, HUMK m. 561 gereğince yetkili sulh hukuk hâkiminin huzurunda görülür.⁶³ Buna göre, bu gibi davalarda yetkili mahkeme, özel olarak belirtilmemiş olup, HUMK'un yetki hususundaki genel kurallarına tabi tutulmuştur.

Alacaklı tarafından borçlu ortağın elbirliği ortaklığındaki bütün miras payının haczedilmiş olması halinde, mirasın taksimi yapıp, borçlu ortağın hissesinin belirlenmesi söz konusu olacağından ve bu dava terekeyi ilgilendirdiğinden bu davanın HUMK m. 11 gereğince, murisin son yerleşim yeri mahkemesinde ya da malların bulunduğu yer mahkemesinde açılması isabetli olacaktır.⁶⁴ Zira bu halde, paraya çevirme işlemleri daha hızlı yürütülebilecektir. Bazı hallerde terekedeki mallar dağınık halde çeşitli yerlerde de olabilir. Bu halde ise, kanaatimizce davacının görevli mahkemenin yetkisi hususunda, malların bulunduğu yerlerden bir tanesi hakkında, seçim hakkı olmalıdır.

Alacaklı tarafından borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığındaki hissesinin tamamı değil de mirasa konu olan münferit bir ya da birden fazla taşınmazlar üzerindeki hissesinin tamamı haczettirilmiş olması halinde, bu halde sulh hukuk mahkemesi'nin yetkisi HUMK m.13 gereğince tayin olunmalıdır.⁶⁵ Böylece, taşınmaz malın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesi'nde dava açılmalıdır.⁶⁶

Alacaklı tarafından elbirliği ortaklığına konu olan mallardan hem taşınır hem de taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesi söz konusu olması

⁶² Tahkim sözleşmesi hakkında ayrıntılı açıklama için; bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 646 – 648.

⁶³ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6264.

⁶⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 114.

⁶⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 111; Üstündağ, (usul) **a.g.e.**, s. 203.

⁶⁶ “Medeni Kanuna, 3678 sayılı kanunla eklenen 584/a maddesinden kaynaklanan iştirak halinde mülkiyetin, müşterek mülkiyete çevrilmesi davalarında, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.” Y.2HD. 1994/117-9888E.-K.20.10.1994T. Bkz, Balcı, **a.g.e.**, s. 261.

halinde, bu davanın taşınmazların bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi'nde görülmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.⁶⁷

Taşınmaz malın kayıtlı bulunduğu tapu dairesi ile fiilen malın bulunduğu yer iki farklı adli yargı bölgeleri dâhilinde ise, davanın tapu kaydının bulunduğu yerde değil, fiilen o taşınmaz malın bulunduğu yargı bölgesi dâhilindeki sulh hukuk mahkemesi'nde açılmalıdır. Dava çeşitli yargı bölgelerinde bulunan birden fazla taşınmaz mal ile ilgili ise, HUMK m. 13 gereği bunlardan birinin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi'nde görülmesi gerekir.⁶⁸

Ortaklığın giderilmesine yönelik olarak açılacak olan davanın konusunu sadece menkul mallar oluşturuyorsa, ortaklığın giderilmesi davasında yetkili sulh hukuk mahkemesi HUMK m.11'e göre tayin olunmalıdır. Bu yetkili mahkemenin yanında kanaatimizce elbirliği ortaklığına konu olan taşınır mallara ortak olan davalılardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilmelidir.

3. Yargılama Usulü ve Harçlar

Sulh hukuk mahkemesince, hisselerin tayini, ortaklığa konu malvarlığının satılması, taksim veya satılması mümkün olmayan eşyanın hissedarlardan birisine tahsisi hakkında, HUMK m.565 gereğince, basit yargılama usulü uygulanır.⁶⁹ Basit yargılama usulü HUMK m.507–511. maddeler arasında düzenlenmiştir.⁷⁰ Basit yargılama usulünde taraflara çıkarılacak olan davetiye'ye duruşma gününe kadar bütün delilleri ibraz etmeleri yazılır.⁷¹ Deliller ibraz edilmediği takdirde hakim her zaman bu delillerin tamamlanmasını isteyebilir. Bu tebligata, ayrıca, davalı olan taraf çağrıldığı duruşmaya gelmese dahi, duruşmanın o tarafın yokluğunda devam edeceği şerhi de yazılır.⁷²

Ortaklığın giderilmesi davalarında peşin olarak alınacak olan harçlar alacaklı tarafından ödenir. Alacaklı daha sonra alacağını borçlunun hissesinin satış

⁶⁷ Taşınmaz mallara ait ortaklığın giderilmesi davaları, taşınmazın aynı ile ilgili olduğundan böyle bir davada taşınmazın bulunduğu yerin dışına çıkılamaz. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkindir ve hakim tarafından resen göz önünde tutulmalıdır. (Şener, **a.g.e.**, s. 1225).

⁶⁸ Kuru, (Usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6264.

⁶⁹ Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 360.

⁷⁰ Sunar, **Basit Yargılama Usulü** (yayımlanmamış doktora tezi) s. 158 vd.

⁷¹ Kuru, (Usul) C.V, **a.g.e.**, s. 5585.

⁷² HUMK m.509.

bedelinden tahsil ederken, ödediği harç ve diğer masrafları da başkaca bir hükme gerek kalmaksızın o bedelden alabilecektir.

4. Davacı

Ortaklığın giderilmesi davasında davacılar genellikle paydaşlardır.⁷³ Ortaklığın giderilmesi davası, dava konusu mal veya hakkın paydaşlarından bir veya bir kaç⁷⁴ tarafından açılır.⁷⁵ Davacı ortağa kayyım tayin edilmesi halinde bu dava kayyım tarafından da açılabilir.⁷⁶ Bu kişilerin yanında, 14.4.1943 gün ve 15/48 sayılı İBK⁷⁷ gereğince elbirliği halinde ortaklardan bir tanesinin hissesini haczettirmiş olan ortağın şahsi alacaklısı da, İİK. 121.maddeye göre, icra mahkemesinden alacağı yetki belgesi ile ortaklığın giderilmesine yönelik davayı açabilir.⁷⁸ Bu halde, elbirliği mülkiyet ortaklarının şahsi alacaklısı da bu davanın davacısı olabilecektir.⁷⁹

5. Davalı

Alacaklı davayı açarken diğer tüm ortakları davalı olarak göstermek zorundadır.⁸⁰ Diğer bir ifade ile, ortaklığın giderilmesi davasının davacı ortak (ya da ortaklar) dışındaki diğer bütün ortaklara karşı birlikte açılması gerekir. Davalı ortaklar arasındaki ilişki maddi yönden mecburi dava arkadaşılığıdır.⁸¹ Davacı ortaklığın giderilmesi davasını diğer bütün ortakları taraf gösterilerek açmamış ise,

⁷³ HUMK m.574 (actio duplicato).

⁷⁴ Birden fazla ortağın birlikte ortaklığın giderilmesi davası açmaları halinde, davacı ortaklar arasındaki ilişki (mecburi değil) ihtiyari dava arkadaşılığıdır. HUMK m. 43/1. Zira, bu dava tek bir ortak tarafından da açılabilir. Ortaklar bu davayı birlikte açmak zorunda değildirler.Bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 6265 dn. 73; ayrıca, Aybay, **a.g.e.**, s. 34.

⁷⁵ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6265.

⁷⁶ 6.HD. 23.11.1973, 5109/4599 RKD 1974/1-2 s.18-20

⁷⁷ RG. 28.1.1944, S. 5615

⁷⁸ Hazine alacağını tahsil için borçlu iştirakli şahsın paydaşı olduğu taşınmazın ortaklığının giderilmesini izin belgesi almaksızın isteyebilir. (6. HD. 5.6.1965T, 877/2655; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 131). Ayrıca davalılar henüz tapuda intikal işlemi yaptırmamış olsalar ve taşınmaz muris adına kayıtlı olsa dahi elbirliği mülkiyet ortaklarını davalı olarak gösterilmelidirler.

⁷⁹ Kuru'ya göre, müşterek mülkiyette bir paydaşın hissesini haczettirmiş olan alacaklıya da aynı şekilde şüyuun giderilmesi davası açma yetkisinin tanınması gerekir. Bkz. Kuru, (Usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6267. ancak, Yargıtay, müşterek mülkiyet yönünden alacaklıya bu imkanı tanımamaktadır. 6. HD. 6.12.1989, 17072/18781; HGK 22.5.1991, 6/145-303 (İKİD 1991/370 s. 8288-8290).

⁸⁰ 6. HD. 18.1.1989, 313/1989 (Yasa HD 1989 / 4 s. 509-510).

⁸¹ Kuru, (Usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6269.

davanın esasına girilmeden diğer bütün ortakların davaya dâhil edilmeleri gerekir.⁸² Bu sebeple, bu davanın diğer bütün ortaklara karşı açılmamış olması halinde, mahkeme davayı diğer ortaklara da teşmil etmesi için davacıya bir süre verir. Davacı kendisine verilen bu süreye rağmen davayı diğer paydaşlara da teşmil etmezse, ortaklığın giderilmesi davasının, dava şartı yokluğundan reddedilmesi gerekir.⁸³

Davalılardan bir ya da bir kaç küçük ya da vesayet altında ise, küçük olanları velisi, vesayet altında olanlar varsa onları da vasileri davada temsil eder.⁸⁴ Bu kimseler davayı takip yetkisine sahiplerdir.⁸⁵ Zira bazı hallerde, kanun madde hukuk ilişkisinin sujesi olmayan kişiye davada taraf olma, yani dava takip yetkisi tanımış olabilir. Ayrıca, ortaklardan birinin gaip olması halinde bu davada o ortağın temsil edilebilmesi ve haklarının korunabilmesi için TMK m.427 gereğince o ortağa kayyım tayin edilmelidir. Alacaklı tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasında borçlu da davalı olarak gösterilmesi gerekir.⁸⁶ Mahkemenin kararına kadar elbirliği mülkiyeti ortaklığı devam ettiğinden, borçlu ortaklığın giderilmesi hakkında karar verilene kadar ortak sıfatını sürdürmektedir.

Dava açıldıktan sonra, davacı alacağını üçüncü bir kişiye devrederse, başlangıçta üçüncü kişi konumundaki yeni alacaklı, davacı sıfatıyla, davaya davanın kaldığı yerden devam edebilecektir.⁸⁷ Bunun yanında, davanın devamı sırasında davacı hissesini diğer ortaklardan birine devir ederse, bu halde, hisseyi devir alan ortağın talebi talinde davaya devam edilmesi gerekir. Zira ortaklığın

⁸² Ortaklığın giderilmesi davalarında, mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğu için dava, davacının dışında kalan öbür paydaşlara yöneltilmelidir. Bir diğer ifade ile, bu tür davalarda dava konusu mal ister taşınmaz isterse taşınır mal olsun, müşterek mülkiyette bütün paydaşların iştirak halinde mülkiyette ise bütün ortakların hak sahiplerinin davaya dahil edilmeleri gerekir. o halde sulh hakiminin bu davalarda resen incelediği ilk konu tarafları noksansız olarak teşkil etmektir. Bu yön dava şartlarındandır. Bu nedenle eğer davacı davasını bütün hak sahiplerine yöneltmemiş ise, bu eksikliğin tamamlanması lazımdır. HGK, 17.02.1982 T., 2/632-123 Yasa HD. 1982/10 s. 1363-1365; ABD 1982/6 s.130-134; İKİD 1982/262 s. 1372-1375.

⁸³ Ortaklardan birinin kim olduğu tespit edilemezse o ortağa TMK 377 gereğince kayyım tayin edilir ve davaya bu kayyıma karşı devam edilecektir. 6.HD 27.1.1970, 5440/257, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 100.

⁸⁴ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6271.

⁸⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 130.

⁸⁶ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6269.

⁸⁷ Dava açıldıktan sonra davacının payını satın alan şahıs dilekçe vererek davaya girmek ve davayı yürütmek istediğinde davaya devam olunmak gerekir. Davanın açıldığı günde paydaş bulunmadığından bahisle dava reddedilemez. Yani evvelki malik tarafından açılan davaya yeni malikin devam etme yetkisi vardır. HGK, 17.02.1982 T., 2/632-123 Yasa HD. 1982/10 s. 1363-1365; Bkz. Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6276.

giderilmesi davası çift taraflı bir dava olduğundan, davaya devam edilmesini talep eden ortak davacının yerine geçer.⁸⁸

Buna karşılık, davanın devamı sırasında, davalıların da paylarını üçüncü şahıslara devir etmeleri kural olarak mümkündür. Ancak, bu halde, ortağın hissesini devir alan kimse elbirliği mülkiyetinin ortağı sıfatını kazanamaz. Zira bu devir işlemi borçlandırıcı işlemdir. Bu hisseyi devir alan kimse, sadece tasfiye bakiyesinden pay talep etme hakkına sahiptir. Bu sebeple, davalı ortağın hissesini devir alan üçüncü şahıs ortaklığın giderilmesi davasına kanaatimce taraf olamayacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davalarında zaruri dava arkadaşlığı söz konusu olduğu için dava, davacının dışında kalan diğer paydaşlara yöneltilmelidir.⁸⁹ Yargılama sırasında hâkim, davada tüm paydaşların yer almadığını, tespit etmesi halinde dava derhal reddedilmeyecektir; bu halde, davacı alacaklıya diğer paydaşları da davaya dâhil etmesi için süre verilecektir. Zira ortaklar arasında zaruri dava arkadaşlığı vardır.⁹⁰ Hâkim tarafından verilen süre içinde bu eksikliğin giderilmemesi halinde, bu dava davada taraf teşkili oluşmadığından dava reddedilir.

Ortaklardan ölü olanlar varsa, davaya bunların mirasçıları dâhil edilir.⁹¹ Bu iki halde olabilir, dava açılmadan önce ortaklardan biri ölmüşse, bu halde davanın başında, bu ortağın mirasçılarının tamamı taraf olarak gösterilmek gerekir. Davanın açılmasından sonra paydaşlardan birinin ölmesi halinde ise, bu kişinin mirasçıları davaya hep birlikte devam edeceklerdir.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin davanın açıldığı tarihte ortaklardan birinin ölmüş olması ve bu kişi hakkında henüz veraset ilamı çıkarılmamış ve tam olarak mirasçıların kim olduklarının belli olmaması halinde, davacı alacaklıya veraset ilamının çıkarılması için izin verilir ve dava veraset ilamının çıkarılmasına ve mirasçıların tam olarak belirlenmesine kadar belletici sorun yapılarak durdurulur.⁹²

⁸⁸ 6.HD. 21.31974, 1290/1291 (Erdoğan, **a.g.e.**, s. 87).

⁸⁹ Kuru, (usul) C.VI, **a.g.e.**, s. 6269.

⁹⁰ Alangoya/ Yıldırım / Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 157.

⁹¹ HGK 2.11.1988, 6-585/870 (Erdoğan, **a.g.e.**, s. 164).

⁹² Miras bırakana ait taşınmazın ortaklığının giderilmesi için, taşınmazın mirasçılar adına tapuya tescilli olması şart değildir. 6.HD. 4.2.1957, 888/891; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 167.

6. Sulh Hukuk Mahkemesi Tarafından Alacağının Tespiti

İcra mahkemesinin alacaklıya ortaklığın giderilmesi konusunda dava açma yetkisi vermesi üzerine, alacaklı tarafından ortaklığın giderilmesine ilişkin davanın yetkili sulh hukuk mahkemesinde açılması ile sulh hukuk mahkemesi tarafında icra dairesinden takip dosyasının celbini istenecektir.

Yetkili sulh hukuk mahkemesi, öncelikle davacının alacağının tespiti işlemini gerçekleştirmelidir. Bu amaçla; davacının anapara alacağı, davacının ortaklığın giderilmesine ilişkin dava nedeniyle yapmış olduğu masraflar ve faiz de eklenerek davacının toplam alacağı mahkeme tarafından belirlenecektir.

7. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Tarafların Hak ve Menfaatlerinin Korunması ve Çıkabilecek Hukuksal Sorunların Değerlendirilmesi

Borçlunun şahsi alacaklısı tarafından haczedilen miras şirketi hissesinde birden fazla taşınır ya da taşınmaz mallar bulunuyorsa ve bu taşınır ya da taşınmaz malların tamamı da alacaklı tarafından haczedilmişse, alacaklının paraya çevirme talebine bağlı olarak ortaklığın giderilmesi için açılan davada, öncelikle taşınır ve taşınmaz malların değerlerinin tespiti mahkeme tarafından yaptırılacak olan keşifte bilirkişi marifeti ile belirlenecektir. Bu değer tespit işleminde öncelikle, değer tespiti yapılan taşınır malların değerinin alacağı karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır. Sadece taşınır malların satışı ile alacak karşılanabiliyorsa, taşınmaz mallar yönünden ortaklığın giderilmesi talebi reddedilmelidir.⁹³ Bu hususa dikkat edilmesi kanatımızca, İİK 85. maddesinde yer alan kuralın devamı mahiyetinde olup, tarafların menfaatlerinin korunmasına hizmet edecektir. Öte yandan, alacak miktarı terekedeki taşınırın satışı ile karşılanamaz ise ve taşınmazlarında satışına karar verilebilecektir, bu halde terekede birden fazla taşınmazın olması halinde, hangi taşınmaz ya da taşınmazlar üzerinde ortaklığın giderileceğini alacaklı ya da ortaklar değil, hâkimin resen kendisi belirleyecektir.⁹⁴

⁹³ 6. HD 31.5.1984,6237/6700 (İKİD 1984 /384 s. 2799-2800); 6.HD 14.1.1988, 10044/291 (Erdoğan a.g.e., s. 154).

⁹⁴ 6. HD. 9.3.1989, 2052/4148; (yasa HD. 1989/5 s. 683).

İsviçre Hukuku'nda, daha önce de açıklandığı üzere, elbirliği mülkiyeti ortaklığına tabi olan malvarlığının cebri icrası en son aşamaya bırakılmıştır. İsviçre Hukuku'nda hacizli olan bir elbirliği mülkiyeti ortaklığı hissesinin devri edimleri konusunda 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasında özel bir hüküm bulunmaktadır.⁹⁵ Bu hükme göre, hacizli elbirliği mülkiyet hissesinin borçlu ortağa düşecek olan gelirleri hakkında satış talebinde bulunmaya gerek kalmadan bunlar icra dairesi tarafından toplanır ve alacaklıya ödenir.⁹⁶ Alacaklıların sayısı birden fazla olması halinde ise, aralarında iştirak dereceleri dikkate alınmak suretiyle alacaklarına mahsuben ödeme yapılır. Haciz tutanağında bu gelirlerin haciz edildiği hususu açıkça yer almasa dahi, asıl hissenin haczi ile hisseye bağlı gelirler de haczedilmiş olur ve alacaklının paraya çevirme talebi olmadan alacaklıya ödeme yapılır.⁹⁷

Borçlunun paydaşı olduğu mal hakkında daha önce bir başka alacaklı ya da ortak tarafından ortaklığın giderilmesi davası açılmış ve o davada verilen ortaklığın satış suretiyle giderilmesi hakkında karar kesinleşmişse, icra mahkemesinden yetki belgesi alan alacaklının, ortaklığın giderilmesi için yeni bir dava açmasına gerek yoktur. Alacaklı, ortaklığın giderilmesi hakkında daha önce alınmış ve kesinleşmiş olan karara dayanarak, o malın satışını isteyebilmelidir.⁹⁸

Daha önce, açılmış olan ortaklığın giderilmesine ilişkin bir davada aynen taksime karar verilmiş, fakat ortaklar bu kararın gereğini yerine getirip tapuda işlem yaptırmamışlarsa, alacaklıya bu konuda gerekli işlemleri yaptırmak üzere icra mahkemesi tarafından yetki belgesi verilir. Böylece, alacaklının borçlu adına düşen bağımsız bölümün paraya çevrilmesini genel hükümlere göre isteyebilmesi de mümkün olur.

Buna karşılık daha önce açılmış olan ortaklığın giderilmesi davası devam etmekte veya karara bağlanmış olup ta kararın kesinleşmemiş olması ihtimalinde ise, icra mahkemesinden yetki belgesi almış olan alacaklının, aynı şekilde ortaklığın giderilmesi için yeni bir dava açmasına gerek yoktur. Alacaklı, icra mahkemesinden

⁹⁵ VVAG Art. 8/2

⁹⁶ Bisang, **a.g.e.**, s.142.

⁹⁷ Artus, **a.g.m.**, s. 583.

⁹⁸ Kuru (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1236; 12HD 22.9.1981, 4883/6957 (yasa HD. 1982/3 s. 444).

alacağı yetki belgesi ile borçlu paydaşın davadaki yerini alarak, derdest olan ortaklığın giderilmesi davasını takip ederek, sonuçlandırabilmelidir.⁹⁹

İcra mahkemesi hâkimi elbirliği mülkiyeti ortaklığı hükümlerine göre tasarruf edilen bir mal hissesinin haczi halinde, icra müdürünün satışın nasıl yapılacağı hakkında kendisine sorduğunda, alacaklıya ortağın giderilmesi hakkında dava açma yetkisi verecekse, öncelikle taksim davası açma yetkisi vermelidir. Ancak, taksimin mümkün olmadığı halde, satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hakkında dava açma yetkisi vermesi gerekir.¹⁰⁰

Elbirliği halinde mülkiyetin paylı (hisseli) mülkiyete çevrilmesi için diğer mirasçıların elbirliği mülkiyetinin devam etmesini haklı kılacak bir itiraz ileri sürmemesi ya da mirasçılardan birinin belirlenen süre içinde paylaşma davası açmaması gerekir. İcra mahkemesi tarafından alacaklıya bu yolda dava açmak üzere izin verilmesi, elbirliği halinin çözülmesi için yeterli değildir.¹⁰¹ Zira izin verilen kimse, hakkında icra takibatı yapılan kimsenin sadece temsilcisi konumundadır. Temsilciye, asilin sahip olduğu haktan fazla bir hak verilmesi de hukuken mümkün değildir. Mirasçının tek başına müracaatı üzerine ve diğer mirasçılarının görüşleri alınmadan hâkimin elbirliği halinde mülkiyet rejimini sona erdirmesi mümkün olmadığından, mahkemenin izin kararına göre hareket eden ve nihayet mirasçının temsilcisi sıfatını taşıyan kişinin müracaatı üzerine bütün mirasçılarının görüşleri sağlanmadan, elbirliği halinde mülkiyet rejimi hisseli mülkiyete dönüştürülemez.¹⁰² Böyle bir yetki ile dava açan alacaklının davası kural olarak reddedilmelidir.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin davada aynen taksim talep edilmesi halinde, hâkim malın ya da mal ve hakların aynen taksiminin mümkün olup olmadığını uzman bilirkişi marifetiyle araştırmalıdır. Aynen taksim mümkün ise, hâkim aynen taksime karar vermelidir. Bununla birlikte, davada taksim istenmişse satışa, satış istenmişse taksime karar verilemez.¹⁰³

⁹⁹ Kuru (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1237.

¹⁰⁰ Balci, **a.g.e.**, s. 36-37.

¹⁰¹ 2. HD. 26.5.1986,520/5495 (Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, (eşya) **a.g.e.**, C.IV s. 364.)

¹⁰² Balci, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁰³ Buna karşılık, ortaklığın giderilmesi davaları (actio duplicato) çift yönlü bir dava olduğundan davalılardan (ortaklardan) biri, davacının talebinden başka bir talepte bulunabilir. (davacının talebinin değiştirebilir yada genişletebilir.) Kuru (usul) C.IV, s. 4156.

Aynen taksimi mümkün olan bir mal ya da haklar için açılan ortaklığın giderilmesine ilişkin davada satış istenmesi halinde hâkim, resen malların ya da hakların taksimine karar verebilecek midir? Yargıtay, hâkimin taleple bağlı olduğunu ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istenmişse mal ve hakların taksimi kabil olsa bile, hiçbir surette taksime karar verilemez şeklinde karar vermiştir.¹⁰⁴ Yargıtay'ın bu kararı eleştiri konusu yapılabilir. Zira hâkimin, her ne kadar HUMK m. 74 gereğince taleple bağlı olsa dahi, ortaklığın giderilmesi davalarında çift yönlü dava olduğundan sadece davacının talebi ile değil, alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıs konumunda bulunan ortaklar olmak üzere bütün tarafların taleplerini ve menfaatlerini dikkate alarak karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Alacaklı dava açarken aynen taksimi mümkün olan yerde ortaklığın satış suretiyle giderilmesini istemişse veya aynen taksimi mümkün olmayan yerde aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesini talep etmişse, alacaklı davasını, HUMK m.83 vd. hükümlerine göre ıslah ederek, talebini değiştirmek suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilebilmesini talep edebilecektir.¹⁰⁵

Elbirliği mülkiyeti ortaklarının alacaklılarının açtığı ortaklığın giderilmesine ilişkin davada talep halinde kat mülkiyeti kurulması mümkün ise, kat mülkiyeti kurulması suretiyle de ortaklığın giderilmesi mümkündür.¹⁰⁶ Taşınmaz veya taşınır mallarda hem paylı mülkiyet hem de elbirliği ile mülkiyet halinde ya da elbirliği ile mülkiyet payının bir tanesi yine bazı kimseler tarafından elbirliği mülkiyet hükümlerine göre malik olunabilir. Örneğin, A ve B'nin elbirliği halinde malik oldukları bir mal hakkında henüz ortaklık giderilmeden A ölürse A'nın payı A'nın varisleri olan C ve D ye geçecektir. Bu halde, C'nin şahsi borcundan dolayı bu miras hissesi cebri icranın konusu olursa bu durumda, açılan ortaklığın giderilmesi davasında mal ve hakkın tamamı üzerinde ortaklığın giderilmesi talep

¹⁰⁴ 6. HD 27.2.1986, 13810/2547 (Erdoğan , **a.g.e.**, s. 116); Kuru, (usul) C.IV, **a.g.e.**, s. 4156.

¹⁰⁵ HGK 30.5.1973, 1-235/481; 6.HD 15.8.1969, 2683/3298 Karahasan, (eşya) C.II, **a.g.e.**, s. 164; Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 294. Balcı, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁰⁶ Bazı durumlarda kanunlar ortaklığın giderilmesini belirli bir süre yasaklamıştır. Örneğin, 4753 sayılı çiftçiyi topraklandırma kanunu, m.59; 2510 sayılı Kanun m.30; 6188 sayılı kanun m.19 da olduğu gibi, tapu kaydı celbedildiği takdirde, ortaklığın giderilmesini sınırlandırıcı ve alacaklıyı etkileyen bir tahdidin olup olmadığına bakmak gerekir. Ortakların elbirliği halinin devamı için yapmış oldukları sözleşmeler veya diğer üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmeler alacaklının bu davayı açmasını engellememelidir.

edilecektir.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere, böyle bir davada B de taraf olarak yer almak zorundadır.

Hisseli mülkiyet payı üzerinde elbirliği mülkiyeti paylarının olması halinde, bunun anlamı hisseli maliklerden birinin ölmesi halinde, ölen kimsenin mirasçıları o hissenin üzerinde elbirliği mülkiyeti rejimine göre malik olacaklardır. Bu kimselerin (elbirliği ortaklarının) hisseleri cebri icranın konusu olması halinde, sadece bu hisseli mülkiyet payı üzerinde ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir. Bu halde, hisseli (paylı) mülkiyet, ortaklığın giderilmesi davasından etkilenmeyecektir.

Davada tarafların sulh sözleşmesi yapabilmeleri de mümkündür. Sulh sözleşmesi davayı sona erdiren ve ana etkilerini hem maddi hukukta hemde usul hukuku alanında gösteren çift karakterli bir işlemdir.¹⁰⁸ Tarafların sulh olabilmeleri için hem alacaklının hem de borçlu ortak dâhil bütün hissedarların sulh işlemine katılmaları gerekir.

Alacaklı borçlu ortağın hem taşınır hem de taşınmaz mallar üzerindeki hissesini haczettirmiş ve icra mahkemesinden yetki belgesi aldıktan sonra ise, haczettiği taşınır ve taşınmazlar için ayrı ayrı ortaklığın giderilmesi davası açmışsa, bu halde, bu davaların birleştirilerek aynı mahkemede aynı anda görülmesi gerekir. Zira bu davada korunmak istenen hukuki menfaat ortaklığın giderilerek alacaklının alacağına kavuşmasının sağlanmasıdır.

Mirasçıların daha önce kendi aralarında taksim sözleşmesi yapmaları¹⁰⁹ ve mirasçılardan herhangi biri açılan davada bunu ileri sürmesi halinde, hâkim, tarafların yaptıkları taksim sözleşmesine göre mi karar vermeli yoksa başkaca tedbirler almalı mı şeklinde hukuki sorun ile de karşılaşılabilir. Bu halde, mirasçılar kendi aralarında daha önce miras taksim sözleşmesi yapmışlarsa ve henüz sözleşme hükümlerini yerine getirmemiş olsalar bile, aralarında yazılı şekilde yapılmış olan bir miras taksim sözleşmesini varlığını ileri süren kişiye görevli

¹⁰⁷ 6.HD 18.9.1986, 7391/7122 (Erdoğan, **a.g.e.**, s. 228).

¹⁰⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 464.

¹⁰⁹ Böyle bir sözleşmenin varlığının alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi için HUMK m.288 vd hükümleri gereğince sözleşmenin resmîyet kazandırılmış olması gerekir. Aksi halde, alacaklı bu sözleşmenin hacizden sonra yapıldığı iddiasında bulunabilecektir.

mahkemede¹¹⁰ dava açmak üzere süre verilmelidir.¹¹¹ Bununla beraber, mirası ret veya miras taksim sözleşmesi hacizden sonra yapılmış ise, hacizli hisseye konu olan mallar ve haklar üzerinde borçlu mirasçının yapacağı tasarruf işlemleri geçersiz olduğundan, bu sözleşmelerde hüküm doğurmayacaktır.¹¹² Bununla birlikte, alacaklı yapılan taksim sözleşmesine göre, borçlu mirasçıya düşen mallar ve haklar varsa ve bu mal ve haklardan alacağını karşılayabilecek durumda ise, taksim sözleşmesinin hükümlerinin yerine getirilmesi isteğiyle dava açabilmelidir. Bu dava ortaklığın giderilmesi davası değildir. Zira bu halde, ortaklık sözleşme ile zaten giderilmiş durumdadır. Bu davanın amacı, sözleşme hükümlerine uyulmasını zorlamaktır.¹¹³ Bu dava, taksim sözleşmesine konu olan mallar ve hakların değerine göre tespit edilecek olan görevli mahkemede açılır.¹¹⁴

Ortaklığın giderilmesi davasında, mirasçılar arasında cenin olması halinde¹¹⁵ ya da ortaklığın derhal giderilmesi terekenin tümünün veya bir kısmının değerini önemli ölçüde etkiliyorsa¹¹⁶ hâkim, ortaklığın giderilmesini bir süre erteleyebilir. Ancak mirasçılar, ortaklığın kendi aralarında belirli bir süre devam ettirilmesi amacıyla yapacakları bir anlaşma alacaklıyı etkilememeli ve bu anlaşmaya rağmen ortaklığın giderilmesine karar verilebilmelidir. Zira bu sözleşme sadece tarafları bağlayacak, üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir sonuç doğurmayacaktır.

¹¹⁰ Görevli Mahkeme, sözleşmeye konu olan mal ve hakların toplam değerine göre belirlenir.

¹¹¹ HUMK m. 567

¹¹² İİK m. 86, 91; borçlu mirasçı, mirası daha önce reddetmiş ise, bu dava alacaklı tarafından üç ay içinde açılmalıdır. Sürenin başlangıcı mirasın reddedildiği gündür. Görevli Mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Mirasçının mirastan doğan tüm haklarından daha önceden vazgeçtiğini, feragat ettiğini beyan etmesi red hükmündedir ve reddin usulüne göre yapılması gerekir. (MK m. 609) mirasın kısmen yada belli mallar hakkında reddedilmesi geçersizdir. (MK m. 606 ve 609) Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 75-79).

¹¹³ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 303.

¹¹⁴ Taksim sözleşmesi ile borçlu mirasçı, mirasta “mirasçıların eşitliği prensibine aykırı olarak davranmış ve özellikle alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla yapmışsa, alacaklı bu sözleşmenin muvazaalı olduğu iddiasıyla geçersiz olduğunu talep edebileceği gibi, bu işlem geçerli bir tasarruf işlemi ise İİK m. 277vd hükümleri gereğince tasarrufun iptali davasına da konu olabilecektir.

¹¹⁵ TMK m.643.

¹¹⁶ TMK m.642/III.

V. Davanın Sonuçları ve Borçlunun Hissenin Paraya Çevrilmesi

1. Ortaklığın Satış Suretiyle Giderilmesi Kararı ve Borçlunun Hissenin İcra Dairesine Ödenmesi

Ortaklığın giderilmesi davası sonucu, hâkim şartları varsa aynen taksime, taksim şartları yoksa ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verecektir.¹¹⁷ Yargıtay'a göre, hâkim bu kararını verirken HUMK'nun 74.maddesi gereğince tarafların talepleri ile bağlıdır.¹¹⁸ İcra mahkemesinden alınan yetki üzerine açılan izale-i şuyu davası neticesinde, yalnız borçlunun hissesinin değil, malın tamamının satılmasına karar verilmesi gerekir.¹¹⁹

Borçlunun elbirliği mülkiyeti şeklinde ortağı olduğu mal veya mallar hakkında ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, bu mallar veya haklar satılabilir.¹²⁰ Bu davada, sulh hukuk mahkemesi hakimi alacaklının alacağını karşılayacak miktarda elbirliği mülkiyet ortaklığına dahil mal veya hakkın satışına karar vermelidir.

Alacaklı, kesinleşmiş olan mahkeme kararına istinaden satış talebinde bulunabilecektir.¹²¹ Alacaklı, sadece borçlu ortağın hissesinin değil, üzerinde borçlunun hissesi bulunan ve satılmasına karar verilen malların tamamının satılmasını talep edebilir. Alacaklının bu halde, satış talep edebilmesi için icra dairesinden yeniden yetki belgesi almasına gerek yoktur.¹²²

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar veren sulh hukuk mahkemesi, aynı kararda, satış yapmak üzere bir memur da tayin eder.¹²³ Sulh hukuk mahkemesi, yazı işleri müdürünü, zabıt kâtibini veya icra müdürünü satış memuru

¹¹⁷ Kuru, C.VI, a.g.e., s. 6288.

¹¹⁸ 6.HD. 30.12.1971T, 5869/5477 (İzmir BD 1972/37 s. 24) dava dilekçesinde, dava konusu taşınmaz malın yalnız taksimi istenmiş, davalılarda taksim talebinde bulunmuşlardır. Satışa ilişkin bir istem bulunmadığı ve taşınmaz malın taksiminin mümkün olmadığı tespit edildiğine göre davanın reddi gerekir.

¹¹⁹ 6.HD. 21.6.1960T. E:3823, K:4570 (Karar Yayınlanmamıştır).

¹²⁰ (HUMK m. 570 – 571).

¹²¹ Alacaklı Sulh hukuk Mahkemesinde gerekli davayı açabileceği gibi, dava sonunda verilen karara konu olan malların satılmasını da isteyebilir. 12. HD 10.4.1980, 1606/3360; Uyar İcra s.899-900.

¹²² Kuru, (usul) a.g.e., s. 6291.

¹²³ HUMK m. 570.

olarak tayin edebilir. Satış işlemleri için görevlendirilen memur, satış işlemlerini İcra ve İflas Kanunu'nun hükümlerine göre yapar.¹²⁴

a) Satış Şeklinin Belirlenmesi

Sulh hukuk mahkemesi hâkimi, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar vermesi halinde satışın ortaklar arasında mı, yoksa kamuya açık olarak mı yapılacağına karar verir.¹²⁵ Elbirliği ortakların satışın kendi aralarında yapılması yönünde karar vermeleri halinde, alacaklı da bu karara katılırsa hâkim acaba ne yönde karar vermelidir?¹²⁶ TMK m. 699/III. fıkra hükmüne göre, satışın ortaklar arasında artırma ile yapılmasına karar verilmesi, bütün ortakların rızasına bağlıdır.¹²⁷ Sulh hukuk mahkemesi hâkimi satışın pazarlık suretiyle yapılmasına karar veremez.¹²⁸

Satış, yukarıdaki istisna haricinde, kural olarak kamuya açık olarak yapılması gerekir. Satış kamuya açık yapıldığı takdirde İcra ve İflas Kanunu'nun Hükümlerine göre yapılması gerekir.¹²⁹ Ayrıca satış şekli ne olursa olsun, ortaklığın giderilmesine ilişkin ihaleler cebri satım niteliğindedirler.¹³⁰

b) Satışı Yapacak Olan Organ

Sulh hukuk mahkemesi'nden verilecek olan satış kararından sonra, borçlusunun hissesinin bulunduğu mal ve hakların satışı, sulh hukuk mahkemesi hâkimi tarafından görevlendirilecek olan bir memur tarafından yapılır.¹³¹ Sulh

¹²⁴ HUMK m. 571.

¹²⁵ Balcı, **a.g.e.**, s. 40-41.

¹²⁶ Özel bir sebep bulunmadıkça, satışın umum arasında yapılması paydaşların yararına. Zira, paydaşlar arasında satışa karar verilmesi, mali durumu elverişli olmayan (özellikle borçlu ortak) ortaklar, artırmaya katılamayacaklarından, taşınmaz malın düşük bir bedel ile mali durumu iyi olan ortaklar tarafından satın alınması imkan dahiline girer. 6. HD 1.12.1961, 5208/6707 Erdoğan, **a.g.e.**, s.471.

¹²⁷ Kanuna bu hüküm 2002 tarihli yeni Medeni kanun ile eklenmiştir. Eski MK 628. madde bu konuda takdir yetkisini Hakime bırakıyordu. Kanaatimizce, Yeni MK 699 madde hükmü isabetlidir. Zira, tarafların tümünün kabul etmesi halinde hakiminde buna karşı karar vermeyeceği doğaldır. Ancak, bu halde, satışı alacaklının talep etmesi halinde, TMK 699. maddesinde alacaklının rızasının aranacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce, bu halde, satışın sadece ortaklar arasında yapılabilmesi için alacaklının da rızası aranmalıdır. Aksi halde satışın genel açık artırma yolu ile yapılması gerekir.

¹²⁸ Karahasan, C.I, **a.g.e.**, s. 189.

¹²⁹ HUMK m. 571.

¹³⁰ 1. HD 5.3.1987T, 18/1762 Karar için Bkz: Erdoğan, **a.g.e.**, s. 119.

¹³¹ HUMK m.570.

hukuk mahkemesi, yazı işleri müdürünü, zabıt kâtibini veya icra müdürünü satış memuru olarak tayin edebilir.¹³² Ortaklığın giderilmesi ilamına dayalı takiplerde, satış memurunun işlemlerine karşı icra mahkemesine değil sulh hukuk mahkemesine başvurulması gerekir.¹³³

2. Ortaklığın Taksim Suretiyle Giderilmesi Kararı ve Borçlu Ortağa Düşen Mal ve Hakların Paraya Çevrilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasına bakan sulh hukuk mahkemesi, dava konusu mal ve hakların aynen taksimine karar verirse,¹³⁴ aynen taksim sonucunda, alacaklı, borçlunun hissesine düşen mal ve hakların paraya çevrilmesini icra dairesinden isteyebilir.¹³⁵ Ayrıca, taksim kararı ile tapu sicil müdürlüklerinde veya herhangi bir kurumda borçluya düşen mal ve haklarla ilgili olarak bazı işlemlerin yapılması gerekiyorsa, alacaklı yeniden bir yetki belgesi almadan bu işlemleri yaptırabilmelidir. Bu işlemlerin yerine getirilmesinde alacaklı zorlukla karşılaşması halinde, alacaklı icra dairesine müracaat ederek gerek, sulh hukuk mahkemesinin ilamının infazını isteyebilecek gerekse de, o mal ve hakların paraya çevrilmesini talep edebilecektir.

3. Ortaklığın Giderilmesinden Sonra Borçlu Ortağın Hissesine Düşen Mal ve Hakların Paraya Çevrilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasına bakan sulh hukuk mahkemesi ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verirse, karara konu teşkil eden mal ve hakların tamamı satılır. Satış hâkimin görevlendirdiği memur kanalı ile İcra ve İflas Kanunu'nun hükümlerine göre yapılacaktır.¹³⁶

Sulh hukuk mahkemesi ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesine karar verirse, borçlu ortağa düşen mal ve hakları aynı mahkeme, kararında hüküm altına alır. Bu halde, mal ve haklar zaten hacizli olduğundan, bu mal ve haklar

¹³² Kuru, **a.g.e.**, s. 6290.

¹³³ “Ortaklığın giderilmesi ilamına dayalı takipte, satış memurunun muamelelerine karşı sulh hukuk mahkemelerine itiraz ve şikayette bulunulabileceği...” 12.HD. 24.2.1998T., E: 1862, K:1988 Uyar, **a.g.e.**, s. 3345.

¹³⁴ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 328; Karahasan, (eşya) **a.g.e.**, C.I, s. 220.

¹³⁵ Balcı, **a.g.e.**, s. 40.

¹³⁶ Bu halde menkul mallar İİK m.112 -119 hükümlerine göre, taşınmaz mallar ise, 123-131. madde hükümlerine göre paraya çevrilir.

hakkında yeniden haciz kararının alınmasına gerek yoktur. Bu mal ve hakların paraya çevrilme işlemi icra dairesi tarafından, İcra ve İflas Kanunu m.112 – 131 hükümlerine göre yapılır. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararından sonra, satılan mal ve haklardan borçlu ortağa düşen bedel, satışı yapan memur tarafından takibin yapıldığı yer icra dairesine yatırılır. Aynen taksim yapılmak suretiyle ortaklık giderilmiş ise, borçlu ortağa düşen mal ve hakların satışı, icra dairesi tarafından yapılır ve alacaklı alacağını icra dairesinden alır.

4. Dava ve İcra Takibinden Doğan Masraf ve Harçlardan Sorumluluk

Ortaklığın giderilmesi davaları diğer davalardan ayrı özellik taşır. Bu davalarda, paydaşlar usulen hasım olarak gösterilirler.¹³⁷ Davanın sonunda, ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak verilen karardan gerek davacı, gerekse davalılar, ortaklık payları oranında müteselsil olarak sorumludurlar.¹³⁸ Bu itibarla, bu dava da kaybeden taraf olmadığı için mahkeme masraflarının bir tarafa yüklenilmesi de söz konusu değildir.¹³⁹ Ortaklar payları oranında mahkeme masraflarına katlanmak zorundadırlar.¹⁴⁰ Bu dava da alacaklı bir anlamda borçlu ortağın özel temsilcisi¹⁴¹ statüsünde olduğundan¹⁴² (davayı takip yetkisine sahip) alacaklının borçlu ortağın sorumlu olduğu ve onun adına yatırmak zorunda olduğu harç ve masraflar, başkaca herhangi bir hükme gerek kalmaksızın doğrudan doğruya icra dairesi tarafından borçlu ortağın payından alınır ve alacaklıya ödenir.¹⁴³

¹³⁷ Balcı, **a.g.e.**, s. 34

¹³⁸ Bu davalar actio duplicato olarak da adlandırılırlar, paylaşma davalarında; tüm ortaklar, giderler yönünden aynı haklara sahiptir. Bu davaların kazanan yada kaybedenleri olmayacağından; masrafların tamamen, paylar oranında bölüşülmesi esastır.

¹³⁹ Balcı, **a.g.e.**, s. 43

¹⁴⁰ Mahkeme masrafları olarak mahkemeye yatırılan harçlar, keşif vb giderler ve avukatlık ücreti sayılabilir. Paylaştırma davalarında vekalet ücreti Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre, maktu'an hükmolunacaktır.

¹⁴¹ Olgaç, C.II, **a.g.e.**, s. 789; Karahasan, (Eşya) C. III, **a.g.e.**, 1991, s. 807.

¹⁴² Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s.129 vd.

¹⁴³ İİK m. 94 /V; alacaklı işlemlerini vekil vasıtası ile yaptırmışsa, tarifeye göre belirlenecek vekalet ücretini de kendi borçlusundan isteyebilir. Buna karşılık, davayı açmış olan alacaklı, mahkemenin borçlusu lehine hükmetmiş olduğu yargılama giderlerini diğer davalılardan isteyemez. 4. HD 29.11.1971, 8638/9927; RKD 1973/1 s. 43 – 48.

VI. Miras Hissenin Açık Artırma ile Satışı

Miras bırakanın ölümü ile birlikte mirisin bütün hak ve borçları kül halinde mirasçılara geçer ve mirasçılar da elbirliği halinde terekenin maliki olurlar. Doktrinde bir görüşe¹⁴⁴ göre, mirasa konu olan mal ve haklar üzerinde mirasçılarının doğrudan doğruya hakları olmayıp, mülkiyetin sahibi hükmü şahsiyeti bulunmayan ortaklık, yani ortakların tamamıdır. Zira elbirliği mülkiyetinde ortakların sahip oldukları hisseleri belirlenmiş değildir, ortaklardan her birinin hakkı ortaklığa giren malların tümüne dâhildir. Görüldüğü üzere, bu görüş dikkate alındığında, belirli bir mal üzerindeki miras hissesinin doğrudan satılması mümkün değildir. Çünkü mirasçılarının hepsi birden terekenin tamamı üzerinde hak sahibi olup, mirasçılardan birinin belirli konular üzerinde tasarruf işlemine konu olabilecek bir miras hissesi yoktur. Bu görüşe göre, ortaklardan birinin şahsi borcundan dolayı, elbirliği halinde malik bulunan miras hissesinin veya belirli bir maldaki hisselerin müşterek mülkiyette olduğu gibi satışına karar vermek ve satış bedelini veraset ilamındaki oranda taksim etmek mümkün değildir. Bu halde, haczedilen hisselerin satışı mirasın tasfiyesi ya da taksiminden sonra mümkündür.

Bununla birlikte, TMK'nın 677. maddesi miras payı üzerinde yapılacak sözleşme hakkındadır. Yukarıda, haciz bölümünde de bu konuda ayrıntılı olarak açıklamalar yapıldığı üzere,¹⁴⁵ Türk Medeni Kanunu'nun 677.madde hükmüne göre, kural olarak, terekenin tamamı üzerinde veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır.¹⁴⁶ Bir mirasçının üçüncü bir kişi ile yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği ise, sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını kazanır. Görüldüğü üzere, TMK'ya göre, miras payının üçüncü kişiye kısmen ya da tamamen devri sözleşmesi geçerli olarak yapılabilir. Böylece, miras payı üçüncü kimselere devredilecekse bu sözleşmenin noterlikçe yapılması gerekir.¹⁴⁷ Hissenin devrinden sonra, hisseyi devir

¹⁴⁴ Korkut, **a.g.m.**, C.I s. 216.

¹⁴⁵ Bkz. § 4.

¹⁴⁶ Özügür, C.I, **a.g.e.**, s. 237.

¹⁴⁷ Sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesi şartı yeni TMK ile eski MK 612. maddenin karşılığı olan 677. maddeye eklenmiştir.

alan kimse, hisseyi devir eden kimsenin yerine geçemez, ancak devir eden mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini istem hakkı kazanır.

Terekede bulunan mallardan bir ya da birden fazlasında bulunan ortaklık hissesi, miras ortaklarından bir tanesinin şahsi borcundan dolayı haczedilebildiği gibi, miras ortağı konumunda olan kimse, bu hakkını üçüncü bir kimseye de TMK 677/II gereğince devir de edebilir. Bu sebeple, haczedilen bu hissenin paraya çevrilememesi de düşünülemez. Bu halde, borçlu ortağı terekeye dâhil mal ya da malların üzerindeki ortaklık hissesi haczedilmesi ile icra müdürü icra mahkemesinden haczedilen hissenin satışının nasıl yapılacağını soracak ve icra mahkemesi de haczedilen hissenin satışının açık artırma ile yapılmasına karar verebilmelidir.¹⁴⁸

Belirtmeliyiz ki, terekedeki ya da terekeye dâhil belirli bir mal üzerindeki miras hissesinin üçüncü kişiye geçirilmesi sözleşmesiyle miras hissesi üçüncü kişiye geçmemektedir, yani bu sözleşme ile üçüncü kişi elbirliği halinde malik sıfatının kazanmamaktadır. Bu sözleşme ile üçüncü kişi tasfiye sonunda hissesini devir alan mirasçıya düşecek olan tasfiye payını devir eden mirasçıdan istemek hakkında kişisel bir hak vermektedir. Böylece, üçüncü kişi tereke mallarına ya da hissenin maliki olamaz, bu mallardan yararlanamaz. Bunların yönetimine katılamaz, izalei şüyu davası açamaz ve taksime katılamaz.

İsviçre – Türk Medeni Kanun sisteminde, Alman sisteminden farklı olarak,¹⁴⁹ terekede belirli bir konudaki miras hissesinin geçirilmesi gerçekte böyle bir hissede harcama işlemi niteliğinde olmayıp alıcıya yalnızca tasfiye sonunda mirasçıya düşecek olan tasfiye payını istemek yolunda kişisel bir hak vermektedir. Yine, böyle bir hissenin haczi de, gerçekte alacaklıya üçüncü kişileri bu konuda ortak malik kılacak yolda payın satışını istemek hakkını vermez. Sadece, terekede bulunan belirli bir mal üzerindeki tasfiye sonucunda mirasçıya düşecek olan tasfiye payından alacağı elde etmek hakkı verir.

¹⁴⁸ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 158; Kuru (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1230; Uyar, (ihale) **a.g.e.**, s. 890; Uyar, (paraya çevirme) **a.g.e.**, s. 433; Postacioğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 467; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 299.

¹⁴⁹ BGB § 2033; Sungurbey, **a.g.m.**, s. 1517.

Yargıtay 14.4.1943 gün, 15 sayılı İBK'sında¹⁵⁰ terekede bulunan malvarlığından belirli bir tanesi üzerindeki borçlunun hissesinin haczedilebileceğini, bu halde de, alacaklının terekede ki ortaklığın giderilmesi ve tasfiye sonunda borçluya düşecek tasfiye payından alacağını elde edebileceği kabul edilmiştir.

Nihayet, icra mahkemesi mirasın taksimi sonucunda borçlu ortağa düşecek olan hissenin açık artırma yolu ile satılmasına da karar verebilir.¹⁵¹ Ancak, bu karar gereğince yapılacak olan işlem gerek borçlu, gerekse alacaklı yönünden pek sağlıklı sonuçlar doğurmayabilir. Zira bu halde, açık artırmaya yeterli ilginin olması pek mümkün değildir. Bununla birlikte, Bu satış yöntemi teorik de olsa mümkündür. Tereke üzerindeki ortaklık giderilmeden yapılan bu satış işlemi ile borçlu ortağı terekedeki malvarlığı üzerinde bulunan ortaklık hissesinin tamamının satışı mümkün olduğu gibi, ortağı terekedeki belirli maldaki hissesinin satışı da mümkündür.

VII. İsviçre Hukuku'nda Elbirliği Mülkiyeti Hisselinin Paraya Çevrilmesi

İsviçre Hukuku'nda, elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesi olağan dışı bir paraya çevirme prosedürü olarak nitelendirilmektedir.¹⁵² İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu olan bir ortaklık hissesindeki mal ve hakların haczinde olduğu gibi paraya çevrilmesinde de, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'ndaki genel hükümlerin yanında, 17 Ocak 1923 tarihli Federal Mahkeme tarafından çıkarılan yönetmelik hükümleri uygulanır. İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin satışında, elbirliği mülkiyetine konu olan mallar arasında taşınmazlar dahi bulunsa, bu malların satışında, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 116. maddesi uygulanır.¹⁵³ Bu maddeye göre, alacaklı en erken bir ay, en geç ise, bir sene içinde satış talebinde bulunabilir.¹⁵⁴ Bu

¹⁵⁰ RG. 28.1.1944, S. 5615.

¹⁵¹ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1231; Postacıoğlu, (icra) **a.g.e.**, s. 467; Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 297; Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 158.

¹⁵² Bisang, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁵³ Bisang, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁵⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 141.

süre içinde satışın talep edilmemesi halinde haciz kalkacaktır.¹⁵⁵ Bu kuralın Türk Hukuku'nda uygulanması halinde, alacaklının hacizden itibaren en geç bir sene içinde satış talebinde bulunması gerekir. Türk Hukuku'nda da satış talep edilen elbirliği mülkiyeti ortaklığında taşınmazlar dahi bulursa, hacizden itibaren bir sene içinde bu malların satışının istenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü elbirliği mülkiyeti ortaklığına konu hisselerin satışını düzenleyen İİK 121. maddesi, İcra ve İflas Kanunu'nun sistematığında taşınırların satışına ilişkin bölümde yer almaktadır.

İsviçre Hukuku'nda haczedilen elbirliği mülkiyeti hissesine bağlı bir takım mali hakların bulunması halinde, bu mali hakların paraya çevrilmesi için alacaklının talebine ihtiyaç yoktur.¹⁵⁶ Yönetmeliğin (VVAG) 1.maddesinin 3.fıkrasına göre, hacizden itibaren bir yıl içinde doğabilecek olan mali haklar, elbirliği mülkiyetine konu mal ve hakların haciz edilmesi ile birlikte, icra memurluğu tarafından resen tahsil edilerek alacaklıya ödenir.¹⁵⁷ Bu alacakların tahsili için alacaklının talebine ihtiyaç yoktur. Hacizden itibaren bir yıl içinde, alacaklı tarafından satış talebinde bulunulmazsa haciz kalkacaktır.

İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu mal ve hakların paraya çevrilmesinde, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 132. madde hükmü uygulanır. Bu madde hükmünün ikinci fıkrasına, fikri ve sınaî hakların da, paraya çevrilme usulünün SchKG 132. maddesindeki usule tabi olacağı hükmü 1994 yılında yapılan Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun değişikliği ile eklenmiştir.¹⁵⁸

İcra ve İflas Kanunu'nun 121.maddesine göre, elbirliği mülkiyetine konu olan mal ve hakların paraya çevrilmesine ilişkin talep üzerine, icra müdürü icra mahkemesinden ne yönde işlem yapacağını soracaktır. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda ise, borçlunun haczedilen elbirliği mülkiyetine konu mal ve haklarının paraya çevrilme talebi üzerine, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki icra memuru¹⁵⁹ tarafları uzlaştırma teşebbüsünde bulunur. Bu teşebbüsün amacı, cebri

¹⁵⁵ SchKG Art. 111; Bisang, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁵⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁵⁷ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁵⁸ Yıldırım/Deren – Yıldırım (icra) **a.g.e.**, s. 152.

¹⁵⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 156.

icra suretiyle elbirliği mülkiyeti ortaklığının tasfiyesinin önlenmesidir.¹⁶⁰ Bu surette bulunabilecek çözüm tüm ortakların menfaatlerine hizmet edebilecektir.¹⁶¹ Bu uzlaşma görüşmesine, 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin (VVAG) 9/1.maddesinde de belirtildiği üzere, alacaklı, borçlu ve diğer ortaklar katılabileceklerdir.¹⁶² Bu uzlaştırma görüşmesinde, alacaklının veya alacaklıların haklarının peşin olarak ödenmesi ya da ödemenin diğer ortaklar tarafından taahhüt edilmesi suretiyle anlaşma yapılabilir ya da elbirliği mülkiyeti ortaklığının fesih edilerek borçluya düşecek olan hissenin belirlenmesi şeklinde de taraflar arasında anlaşma yapılabilecektir.¹⁶³ İsviçre Hukuku'ndaki bu uzlaşma prosedürü tasfiyesi oldukça zor ve uzun bir süreç alan bu elbirliği mülkiyeti türünün tasfiye edilmesi yönünden çok önemlidir. Taraflar bu süreçte kendi aralarında uzlaşmak suretiyle alacaklının alacağı ödenerek ortaklığın dağılmasını engelleyebilirler. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına göre,¹⁶⁴ tarafların uzlaşarak Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 130.madde hükmüne göre, hacizli hissenin pazarlık suretiyle dahi satışına karar verebilmeleri mümkündür.¹⁶⁵ Uzlaşma prosedürü sırasında, icra memurunun kanuna aykırı işlemlerine karşı şikâyet imkânı da sözkonusudur.¹⁶⁶ Uzlaşma görüşmelerinin sonunda, tarafların arasında anlaşma olması halinde, anlaşma protokolü hazırlanır ve bu protokolün gereğinin ifası için protokol icra tetkik merciine sunulur.

Buna karşılık, uzlaşma görüşmelerinde taraflar arasında uzlaşmanın olmaması halinde, taraflara, icra tetkik merciine teklifte bulunmaları için 10 günlük bir süre verilir.¹⁶⁷ Bu 10 günlük sürenin bitiminde, icra tetkik merci hâkimi tarafından tarafların teklifleri de dikkate alınarak uzlaştırılmaları için yeniden bir uzlaşma girişiminde bulunulur ve icra tetkik merci tarafları uzlaşmaya davet eder. İcra tetkik mercii, bu sırada, ayrıca, hacizli hissenin değerinin de tespitini de yaptırmalıdır.¹⁶⁸ Uzlaşma görüşmelerinden sonuç alınamaması halinde, icra tetkik mercii ilgililerin tekliflerini de dikkate almak ve katılımcıların menfaatlerini

¹⁶⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 142.

¹⁶¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁶² Bisang, **a.g.e.**, s. 160.

¹⁶³ VVAG Art. 9.

¹⁶⁴ BGE III 83.

¹⁶⁵ Bisang, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁶⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁶⁷ VVAG Art. 10.

¹⁶⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 177.

düşünerek hacizli hissenin paraya çevrilmesi yönünden en uygun kararı vermek durumundadır.¹⁶⁹ Buna göre, icra tetkik mercii 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin (VVAG) 11. maddesine göre, ya hacizli hissenin tasfiye olunmaksızın doğrudan açık artırma yoluyla satılmasına karar verebilir ya da aynı yönetmeliğin (VVAG) 12. maddesine göre, elbirliği mülkiyetinin feshi ile tasfiyesine ve ortaklığın türüne göre ortaklığın taksimine karar verebilir.¹⁷⁰ Bu kararlara karşı şikâyet kanun yolu açıktır.¹⁷¹ Zira kural olarak hacizli malın ilgililerin menfaatlerine uyacak ve imkân olduğu ölçüde yüksek bir bedele ulaşacak şekilde paraya çevrilmesi gerekir. İcra tetkik mercii sadece paraya çevirme tarzını belirler, maddi hukuka ilişkin bir karar veremez.¹⁷²

1. Elbirliği Mülkiyeti Hissenin Açık Artırma Yoluyla Satışı

İcra tetkik mercii tarafından elbirliği mülkiyetine konu olan borçlu hissesinin açık artırma suretiyle satışına karar verilmesi halinde, satışın ne şekilde yapılacağı yönetmeliğin (VVAG) 11.maddesinde hüküm altına alınmıştır.¹⁷³ Satış ilanında, satılığa çıkarılan malın elbirliği mülkiyeti ortaklığının tasfiyesinden sonra borçluya düşecek olan hisse olduğu ve ortaklığa dâhil olan bütün diğer ortakların isim ve adresleri yer alır. İsviçre Hukuku'nda ortaklığa dâhil ve yerleşim yerleri bilinen diğer ortaklara satışın yer ve zamanı bildirilir.¹⁷⁴ Yönetmeliğin 11. maddesinde bu konuda özel olarak SchKG'nin 125.maddesine atıf da bulunmaktadır.¹⁷⁵ İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 125. maddesi, Türk İcra ve İflas Kanunu'nun 114. maddesine karşılık gelmektedir. Buna karşılık, ilgili üçüncü şahıslara satışın bildirileceğine ilişkin hüküm İİK'nın 114.maddesine alınmamıştır. Bu halde, taşınmazların satışına ilişkin olan İİK'nın 127. maddesinin de uygulanabilmesi mümkün değildir. Çünkü elbirliği mülkiyeti ortaklığına dâhil olan mal ve hakların satışı İİK'nın menkullerin satışına ilişkin bölümünde yer almıştır. Görüldüğü üzere, Türk Hukuku'nda da İİK 114. maddesinde ilgili üçüncü şahıslara ayrıca tebligatın yapılmasını sağlayacak hükmün

¹⁶⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 187.

¹⁷⁰ VVAG Art. 10/2.

¹⁷¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁷² Amonn/Gasser, **a.g.e.**, § 27 N.68 Ayrıca Bkz, BGE 105 III 59; BGE 113 III 39; BGE 114 III 98.

¹⁷³ Bisang, **a.g.e.**, s. 202.

¹⁷⁴ Bisang, **a.g.e.**, s. 202.

¹⁷⁵ “Menkul malların satışına ilişkin olan bu maddenin son fıkrasına göre, İsviçre’de yerleşim yeri veya temsilcisi bulunan alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıslara satışın yer ve zamanı bildirilir.”

bulunması cebri icra takibinin taraflarının ve ilgili üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması yönünden önemli ve gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Elbirliği mülkiyetine konu olan malların satışı İsviçre Hukukun'da, Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 126. maddesine göre yapılır. Satışın yapılmasıyla, ihale alıcısına icra müdürlüğü tarafından borçlunun haklarına halef olduğuna ilişkin bir belge verilir. Buna göre, ihalenin yapılması ile alıcı, elbirliği mülkiyetine konu olan malların gelirlerinden pay alma hakkı, elbirliği mülkiyetinin tasfiyesini talep etme hakkı ya da tasfiyeden sonra borçlunun hissesine düşecek olan payı isteme hakkı kazanır.

2. Elbirliği Mülkiyetinin Fesih ve Tasfiyesi

İcra tetkik mercii hâkimi açık artırma ile satış yerine, elbirliği mülkiyetinin feshine ve tasfiyesine karar verirse, tasfiye işleri ile ilgilenmek üzere bir görevli tayin edebilir ya da bu görev icra memurluğu tarafından da yerine getirilebilir.¹⁷⁶ Bu işlerle görevlendirilen memur elbirliği mülkiyetinin tasfiyesi için gerekli hukuki tedbirleri alır ve tasfiyenin gerektirdiği görevleri yerine getirir. Tasfiye edilen ortaklık hissesi miras şirketine konu bir ortaklık hissesi olması halinde, icra memuru İsviçre Medeni Kanunu'nun 609. maddesi¹⁷⁷ gereğince yetkili hâkimin taksime müdahalesini isteyebilir.¹⁷⁸ Tasfiye edilen hisse adi şirket hissesi olması halinde, yine tasfiye işlemlerinin yürütülmesi için temsilci tayin edilmesi gerekir. Ancak, icra memuru tasfiye işlemlerinde borçludan daha az yetkindir.¹⁷⁹

Elbirliği mülkiyetinin tasfiyesine karar verilir ve bu tasfiye sonunda borçlunun hissesi nakit olarak değilde, aynen taksim edilirse, icra memuru ayrıca alacaklıların talebine gerek kalmaksızın borçlu ortaya isabet eden bu malları genel hükümler çerçevesinde paraya çevirir.¹⁸⁰

İsviçre Hukuku'nda haczedilen elbirliği halinde mülkiyet hissesinin bir uzlaşma neticesinde veya açık artırma ile veya ortaklığın feshi ve ortaklık

¹⁷⁶ Bisang, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁷⁷ TMK m. 648.

¹⁷⁸ Bisang, **a.g.e.**, s. 190; Mirasçılardan birinin taksim edilmemiş mirastaki hissesi haczedildiği zaman İsviçre Medeni Kanunu 593. maddesine göre, resmi tasfiye yaptırması ve miras şirketinin taksimine kadar bir temsilcinin tayin edilmesi gerekir. Jaeger, **a.g.e.**, Art.132 N.4

¹⁷⁹ Bisang, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁸⁰ Bisang, **a.g.e.**, s. 204.

malvarlığının tasfiyesi yolu ile paraya çevrilme işlemi tamamlanınca, icra memurluğu, icra tetkik merciine paraya çevirmenin sonucuna ilişkin bir rapor hazırlar ve bu rapor dosyaya eklenir.¹⁸¹

B. Mal Ortaklığında Borçlu Eşin Hissenin Paraya Çevrilmesi

Mal ortaklığı rejiminde ortaklık borçlarından dolayı eşlerin sorumluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 268. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “eşlerden her biri; evlilik birliğini temsil veya ortaklık mallarını yönetme yetkisine dayanarak yapılan borçlardan; ortaklık mallarını veya ortaklık mallarına giren gelirleri kullanarak bir meslek veya sanatın icra edilmesi nedeniyle yapılan borçlardan; diğer eş için de kişisel sorumluluk doğuran borçlardan; kişisel mal yanında ortaklık mallarının da sorumlu olacağı hususunda eşlerin üçüncü kişilerle anlaşarak yaptığı borçlardan, kişisel malları ve ortaklık malları ile sorumludur.” Bu nitelikteki borçlardan dolayı ortaklık malları kayıtsız şartsız haczedilebilip paraya çevrilebilir. Yani, ortaklık malları ile sorumlu olunan borçlar için karı ve kocanın elbirliği halindeki mülkiyetteki hisselerinin haczi gerekli değildir. Ortaklık malları ile sorumlu olunan borçlar, ortaklık mallarının haczedilmesi ve paraya çevrilmesi ile ödenebilecektir.¹⁸² Fakat böyle bir durumda, karı veya koca takip edilen malın kişisel malı olduğunu ve bu malın ortaklığa dâhil olmadığını iddia ve ispat edebilir.

Mal ortaklığı rejiminde ortaklık borçlarının yanında eşlerin kişisel borçları da olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 269.maddesine göre; her eş, diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulur. Karının veya kocanın ortaklığı ilgilendirmeyen şahsi mallarından alacağını alamayan alacaklılar zarara uğrayacaklarından borçlu ortağın (karı ya da kocanın) mal ortaklığındaki ortaklık hissesini kural olarak haciz edebilecektir.¹⁸³ Ancak, ortağın haczedilen bu ortaklık hissesi elbirliği mülkiyet ortaklığı rejimine tabi olduğundan kural olarak bu hissesinin satılabilmesi mümkün değildir.¹⁸⁴ Zira

¹⁸¹ Bisang, **a.g.e.**, s. 207.

¹⁸² Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 157; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 470; Korkut, C.I, **a.g.m.**, s. 609.

¹⁸³ Erturgut, **a.g.e.**, s. 218.

¹⁸⁴ Korkut şahsi borçlardan dolayı karı veya kocanın ortaklıktaki hissesinin haczedilemeyeceği ve satılamayacağı görüşündedir. Korkut, C.II, **a.g.m.**, s. 680; Korkut, C.III, **a.g.m.**, s. 213, bu görüşe katılabilme olanağı yoktur, zira tüm elbirliği mülkiyeti hisselerinin haczinde olduğu gibi karı koca mal ortaklığı hissesinin haczi ve paraya çevrilmesi kural olarak mümkündür.

karı koca mal ortaklığı hissesi niteliği gereği karı ve kocadan başka birine ait olamaz. Bu sebeple, bu hissenin satışı da mümkün değildir. Ayrıca, karı koca mal ortaklığı rejimi elbirliği mülkiyeti rejimlerinden bir tanesi olduğundan ortaklardan bir tanesinin kural olarak hissesini de üçüncü bir şahsa temlik etmesi mümkün değildir.

Karı koca mal ortaklığı rejimi elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olduğundan haczedilen ortaklık hissesinin paraya çevrilmesi, ortaklık hissesinin haczedilmesi üzerine, alacaklının paraya çevirme talebiyle beraber, alacaklı icra mahkemesinden yetki belgesi aldıktan sonra görevli mahkemeye müracaat ederek ortaklığın giderilmesi davası açması gerekir. Alacaklı 14.4.1943 tarihli İBK¹⁸⁵ ve İİK 121.madde gereğince yetkili sulh hukuk mahkemesinden ortaklığın giderilmesi davası açacaktır. Ortaklığın giderilmesi davasında ortaklığın giderilmesi işlemleri, davanın görülmesi ve sonuçları miras ortaklığı hissesinin paraya çevrilmesi ile aynı hükümlere tabidir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesine göre, elbirliği mülkiyeti ortaklığına konu olan bir malın haczedilmesi halinde, bu malın satış talebi üzerine icra müdürü satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. Bununla birlikte, karı koca mal ortaklığı rejiminde karı veya kocadan birisinin hissesinin satılması, bu kurumun mahiyetiyle bağdaşmaz.¹⁸⁶ Zira bu mal ortaklığı sadece karı ve kocanın arasında olabilir. Bu halde, icra mahkemesi İİK 121/II. fıkra hükmü gereğince alabileceği gerekli tedbirler kapsamında, karı koca mal ortaklığının mal ayrılığına dönüşmesini mahkemeden talep edebilmek için icra memuruna ya da alacaklıya yetki verebilir. Böylece, alacaklının paraya çevirme talebi ile birlikte satışın nasıl yapılacağını da icra mahkemesinde sorması üzerine, icra mahkemesi hâkimi her iki eşi de çağırıp dinledikten sonra karı koca mal ortaklığının mal ayrılığına dönüştürülmesi hususunda alacaklıya ya da icra memuruna dava açma yetkisi vermelidir. Bu halde, eşler aralarında anlaşıp borçlu ortağın borcunu ödeyebilecekleri gibi ya da alacaklı eşler arasındaki ortaklığın mal rejimi yönünden giderilmesini sulh hukuk mahkemesinde dava yoluyla talep edebilecektir. Ayrıca, TMK m. 210 hükmü mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde

¹⁸⁵ RG., 28.01.1944, s.5615, s. 6346.

¹⁸⁶ Erturgut, **a.g.e.**, s. 219.

bulunan alacaklı haczin uygulanmasında zarara uğrarsa hâkimden mal ayrılığına karar verilmesi isteyebilir. Bu halde, alacaklı talebini her iki eşe yöneltmesi gerekir. Görüldüğü üzere, alacaklı icra mahkemesine yetki belgesi almak için başvurmak zorunda kalmadan da doğrudan mahkemeden mal ortaklığının mal ayrılığına dönüştürülmesini talep etme hakkına sahiptir. Alacaklı mahkemeden böyle bir talepte bulunabilmesi için eşlerden biri hakkında yapmış olduğu takip sonucunda alacağını tam olarak alamamış olması gerekir.¹⁸⁷

Alacaklı tarafından TMK 210. hükmünde yer alan bu hukuki imkân kullanılarak ortaklığın mal ayrılığına dönüştürülmesi için doğrudan dava açılması halinde, alacaklı tarafından ayrıca, icra mahkemesine başvurularak ortaklık mallarının koruyucu başka tedbirlerin talep edilmesi de mümkündür.¹⁸⁸ Mahkemenin kararı sonucunda mal ayrılığı gerçekleşmişse, alacaklı, borçlu karı veya kocaya düşen malların satılması sonucu alacağını alabilecektir.

Karı ya da kocanın şahsi borcu sebebiyle karı koca mal ortaklığında, ortaklıkta bulunan münferit bir taşınmazın ya da taşınır bir malın mal ortaklığı bozulmaksızın haczedilebilip paraya çevrilmesinin mümkün olup olamayacağı üzerinde durulabilir. Kanaatimizce, İİK m. 94. teki düzenlemeye rağmen,¹⁸⁹ böyle bir düzenleme elbirliği mülkiyet ortaklığının temel ilkelerine uygun değildir. Miras şirketi yönünden TMK 644 ve 677. maddelerde yer alan açık hükümler sebebiyle bu mümkündür. Ancak, karı koca mal ortaklığı rejimi yönünden böyle bir istisnai düzenleme olmadığından, karı koca mal ortaklığına dâhil münferit bir malın haczi ve paraya çevrilebilmesi yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

¹⁸⁷ Ayiter, (elbirliği ortaklıkları) **a.g.e.**, s. 167.

¹⁸⁸ Erturgut, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁸⁹ İİK m. 94 “...Bu surette muayyen bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra müdürü haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar.”

C. Aile Malları Ortaklığında Ortağın Hissenin Paraya Çevrilmesi

Akrabalar ya da mirasçılar, terekede bulunan malvarlıklarının bir bölümünü ya da tümünü aile malları ortaklığı kurmak üzere ortaya koyarak veya bu malvarlığına başkaca mallar ekleyerek aile malları ortaklığı kurabilirler.¹⁹⁰ Böylece, miras ileride paylaşılan kadar ya da aile malları ortaklığı sona erene kadar, aile malları ortaklığına dâhil olan mallar üzerinde ortaklar elbirliği mülkiyeti halinde malik olurlar.¹⁹¹

Aile malları ortaklığında, elbirliği halinde mülkiyet ilişkisi nedeniyle ortaklardan birinin hissesi ortağın şahsi borcu sebebiyle haczedildikten sonra paraya çevirme işlemleri başlar. Kural olarak, borçlunun haczedilen aile malları ortaklığı hissesinin paraya çevrilmesi için de elbirliği mülkiyetinin diğer türlerinde olduğu gibi İİK m. 121 hükmü uygulanır. Ancak, İİK m. 122 hükmüne göre, Borçlunun aile malları ortaklığı hissesinin paraya çevirme işlemleri yapılırken, TMK'nın 381. maddesi göz önünde tutulmalıdır.¹⁹² Bu madde hükmü, hissesi haczedilen ortağın alacaklılarının haklarının diğer ortaklar tarafından ödenerek aile malları ortaklığının diğer ortakların kendi aralarında devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Zira aile malları ortaklığında bu ortaklığın devam ettirilmesi amaçlanmıştır. Aksi halde, Aile malları ortaklığı borçlu ortağın aile malları ortaklığındaki hissesinin satışı ile son bulacaktır.

I. Ortakların Aile Malları Ortaklığının Devamına Karar Vermeleri ve Borçlunun Hissenin Bedelinin İcra Dairesine Ödenmesi

Alacaklı borçlunun aile malları ortaklığındaki hissesini haczettikten sonra, alacaklının paraya çevirme talebi ile birlikte icra dairesi dosyayı icra mahkemesine gönderir ve satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. Bunun üzerine, icra mahkemesi ilgilileri duruşmaya çağırarak dinlemelidir.¹⁹³ Böylece, diğer

¹⁹⁰ TMK, m. 373.

¹⁹¹ Erturgut, **a.g.e.**, s. 220.

¹⁹² İİK 122. madde hükmü ile TMK 381. (eski MK 331) maddesinin saklı tutulmamış olsaydı dahi, genel hükümler gereğince, diğer ortaklar alacaklının hakkını ödemek suretiyle kendi aralarında aile malları ortaklığının devamını zaten sağlayabileceklerdir. Kanaatimizce, İİK 122.madde hükmünde yer alan ve TMK 381.madde hükmünü saklı tutan düzenleme kanundan çıkarılmalıdır. Bkz. Erturgut, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁹³ Bu ilgililerden maksat alacaklı borçlu ve özellikle aile malları ortaklığının tüm ortaklarını dinlemelidir. Ortaklara bildirme zorunluluğu İİK m.121 ve TMK m.381

ortaklara TMK m.381 gereğince, borcun ödenerek veya borçlu ortağın tasfiye payını tasfiye ederek aile malları ortaklığını kendi aralarında devam ettirme imkanı tanınmış olur.¹⁹⁴

Borçlunun aile malları ortaklığındaki hissesinin satış talebi üzerine, icra mahkemesi duruşmaya çağırdığı aile malları ortaklarını dinler ve kararını verir. Bu arada, borçlu ortağın haricindeki diğer ortakların, aile malları ortaklığını kendi aralarında devam ettirmek istediklerini icra mahkemesine bildirmeleri halinde, ya alacaklının bütün alacağını nakit olarak icra veznesine ödemeleri gerekir ya da görevli mahkemeye başvurmak suretiyle, borçlu ortağa düşecek olan hisse bedelini tespit ettirip borçlu ortağın hissesini aile malları ortaklığından ayırmaları gerekmektedir. İcra mahkemesi, bu amaçla aile malları ortaklarına bu konuda dava açmaları için kesin bir süre vermelidir. Bu halde, görevli mahkeme dava konusu şeyin değerine göre, sulh veya asliye hukuk mahkemesidir.¹⁹⁵ Açılan bu dava ortaklığın giderilmesi davası değildir. Bu davanın amacı aile malları ortaklığını devam ettirmek isteyen ortakların, aile malları ortaklının alacak ve borçlarının tespiti ve hissesi haczedilen ortağa düşecek miktarın belirlenmesi davasıdır.¹⁹⁶ Bu davada ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi hâkim, alacak miktarını göz önünde tutarak belli malların satılarak veya taksim edilerek alacaklının alacağının oradan karşılanmasına karar veremez. Bu husus ancak, ortaklığın giderilmesi davasında söz konusu olabilir.

Yetkili ve görevli mahkemenin hâkimi açılan bu davada diğer ortaklara tebligat çıkartır. Bu dava da diğer ortaklarda davalı olarak gösterilmelidir. Hissesi haczedilmeyen tüm ortaklar ortaklığın devamına karar verirlerse, hâkim uzman bilirkişilerden yararlanarak, ortaklığın aktif ve pasiflerini tespit ettikten sonra, hissesi haczedilen ortağa isabet eden miktar tespit edilir. Tespit edilen bu miktarı diğer ortaklar ödeyerek şirketi kendi aralarında devam ettirebilirler.

Bunun yanında, diğer ortaklar ve alacaklı, icra mahkemesi önünde ortağın tüm hissesinin değil de, sadece alacağı karşılayacak bir kısmın ortaklık

¹⁹⁴ Haczedilen kollektif ve komandit şirket hisselerinin paraya çevrilmesinde de aynı esas geçerlidir. Bkz. Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 741

¹⁹⁵ HUMK, m. 8.

¹⁹⁶ Olgaç, C.I, **a.g.e.**, s. 938.

malvarlığından çıkarılmasını talep edebilirler. Böyle bir durumda, o mal veya hak satılıp alacaklı tatmin edilir ve şirket ortaklar arasında devam edebilir. Ancak böyle bir çözümün kabulü için alacaklının, diğer tüm ortakların ve icra mahkemesinin uygun bulması gerekir.¹⁹⁷

II. Ortaklar Ortaklığın Devamına Karar Vermez veya Anlaşamazlarsa Borçlu Ortağın Hissenin Paraya Çevrilmesi

1. Hissenin Açık Artırma ile Suretiyle Satılması

Bu halde, miras hissesinin açık artırma suretiyle satılmasına ilişkin usul aile malları ortaklığı hissesinin açık artırma suretiyle satılmasında da aynen geçerlidir.

2. Alacaklıya Yetki Belgesi Verilmesi ve Borçlunun Hissenin Paraya Çevrilmesi

Alacaklıya doğrudan doğruya ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak dava açma yetkisi verilmeden önce, TMK m. 381 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, icra mahkemesi tarafından diğer ortaklar duruşmaya davet edilir ve ortakların bu yönde diyeceklerinin sorulması gerekir. Bu halde, ortaklar TMK m.381 hükmündeki şartları¹⁹⁸ yerine getirmezler veya anlaşamazlarsa, alacaklı ya da icra müdürü ortaklığın giderilmesi davası açmak üzere icra mahkemesi tarafından yetkilendirilir. Bu dava miras hissesinin paraya çevrilmesinde olduğu gibi görülür ve borçlu ortağın payı alacaklı tarafından paraya çevrilir.

¹⁹⁷ İİK, m. 121.

¹⁹⁸ TMK 381/I madde hükmüne göre, “Ortaklardan biri feshi bildirir veya iflas ederse ya da bir ortağın haczedilmiş payının satışı istenirse, öteki ortaklar, ayrılan ortağın veya alacaklıların haklarını ödeyerek ortaklığı kendi aralarında sürdürebilirler.”

D. Adi Şirket Hisselinin Paraya Çevrilmesi

I. Borçlu Ortağın Adi Şirketteki Mali Haklarının Paraya Çevrilmesi

1. Ortağın Kâr Payının Paraya Çevrilmesi

Adi şirket ortağının şirketteki kâr payının haczinden sonra alacaklı, borçlu ortağın kâr payının paraya çevrilmesini talep edebilecektir.¹⁹⁹ Şirketin yöneticileri yılda en az bir defa şirketin bilânçosunu çıkarmak ve şirketin kâr etmesi halinde şirketin kârını ortaklara dağıtmak ile yükümlüdürler.²⁰⁰ Yönetici ortak ya da ortakların şirketin kârının belirlenmesi için şirketin bilânçolarını çıkarmamaları ve kâr dağıtımını yapmamaları halinde, şirket ortağının kâr payını haciz ettiren alacaklı icra mahkemesine başvuruda bulunarak alacağı yetki belgesiyle görevlerini ihmal eden şirket ortakları ve yöneticilerine karşı sorumluluk davası açabilmelidir.

Adi şirket ortağının şahsi alacaklısının, ortağın şirketteki kâr payına şirket hissesinin haczinden önce başvurma zorunluluğu yoktur. Alacaklı dilerse doğrudan ortağın adi şirketteki tasfiye payını haczederek bu payın paraya çevrilmesini de isteyebilir.²⁰¹ Ancak, kollektif ve komandit şirketlerde öncelikle ortağın kâr payının ve diğer şahsi malvarlığının haczi zorunlu olup kâr payı ve diğer şahsi mal varlığı alacağı karşılamazsa ortaklık hissesine başvurulmalıdır.²⁰²

Ortağın şirketteki kâr payı dönem sonu beklenilmeden ve henüz kâr payı tahakkuk etmeden haczedilmişse, bu halde, beklenen bir alacağın haczi söz konusudur.²⁰³ Fakat bu aşamada dönem sonu gelmeden ortağın kâr payı miktarı tam olarak bilinemeyeceğinden ve kâr payının miktarı belli olmadığı için haciz edilen kâr payının açık artırma ya da pazarlık usulü ile satılması mümkün değildir. Bunun

¹⁹⁹ Borçlu ortağın şahsi alacaklısı tarafından adi şirket hissesinin haczinde, kollektif ve komandit ortaklıktaki düzenlemenin aksine, alacaklının, borçlu ortağın öncelikle kâr payını haczetme zorunluluğu yoktur. Alacaklı borçlu ortağın kâr payını haczetmeden ortağın şirketteki tasfiye payını da haczedebilir. Kuru, **a.g.e.**, (icra iflas) s. 671.

²⁰⁰ Uçar, **a.g.e.**, s. 20.

²⁰¹ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 108.

²⁰² Bkz, § 5.

²⁰³ Üstündağ, (icra) **a.g.e.**, s. 196; beklenen bir alacağın haczi bu alacağın doğumu ile geçerlilik kazanır.

yanında, adi şirketin günlük gelirleri de kâr payı olarak nitelendirilemeyeceğinden ortağın şahsi alacaklısı tarafından haciz ve paraya çevrilmenin konusu yapılamaz.²⁰⁴

Haciz edilen kâr payı ortak adına tahakkuk etmesinden sonra, alacaklıya İcra ve İflas Kanunu m.120/I gereğince devri, icra dairesi tarafından tahsili ya da bu bedelin ödenmesi için belirli bir vade veya dağıtma programı varsa, kâr payının açık artırma ya da pazarlık suretiyle satışı da mümkündür. Adi şirkette kâr payının paraya çevrilme işlemi kollektif ve komandit şirketlerde ortağın şahsi borcu nedeniyle haczedilen kâr payının paraya çevrilmesi ile aynı hükümlere tabidir.²⁰⁵

2. Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi

Kollektif ve komandit şirketlerde ortağın şahsi borcu nedeniyle haczedilen faiz masraf ve avans alacaklarının paraya çevrilmesindeki usul adi ortağın haczedilen faiz, masraf ve avans alacaklarının paraya çevrilmesinde de aynen uygulanır.²⁰⁶

3. Ücret Alacağının Paraya Çevrilmesi

Kural olarak, adi şirket ortaklarına şirket işlerini yürütmeleri karşılığında ücret verilmez.²⁰⁷ Bununla birlikte, şirketin yönetici sıfatını taşıyan ortaklarına ya da bu sıfatı taşımayan ortaklarına şirket işlerini görmeleri karşılığında bir ücret ödenmesi şirket sözleşmesinde kararlaştırılabileceği gibi ortaklığın alacağı bir kararla da mümkündür.²⁰⁸ Ortağın adi şirketten bu ücret alacağı ortağın kişisel mal varlığına dâhil olduğundan İİK'nın 355. maddesi gereğince haczi mümkündür. Bu alacağın paraya çevrilmesi ise, şirket tarafından haczedilen bu ücret alacağının icra dairesine ödenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Ayrıca, ortağın ücret alacağının

²⁰⁴ “Adi ortaklığın işyerinin günlük hasılatından borçlu ortağın payına düşecek meblağın haczine karar verilmiş ve uygulanmıştır. Halbuki adi ortaklığın günlük hasılatından ortağın payına düşecek miktar olup olmadığı ve ortaklığın zarar edip etmediği ancak yıl sonu hesabının çıkarılması yahut ortaklık payı haczi istenmiş ise tasfiye hitama erdiğinde belli olacaktır. Bu durumda, günlük hasılatından borçlu ortağa düşecek payın haczedilmesi biçimindeki uygulama yasaya uygun değildir.” 12.HD. 1982/3014E. 1982/3216K. 15.04.1982T. (karar yayımlanmamıştır.); (13. HD.12.09.1985., 4548/50 54; Çevik, (şirketler) **a.g.e.**, s. 80).

²⁰⁵ Bkz, § 8.

²⁰⁶ Bkz, § 8.

²⁰⁷ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

²⁰⁸ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

paraya çevrilmesinde, ortağın şirketten olan faiz, masraf ve avans alacaklarının paraya çevrilmesindeki usul aynen burada da uygulanır.

4. Tasfiye Yapılmakta Olan Adi Şirkette Borçlu Ortağın Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi

Adi şirket herhangi bir nedenle, borçlu ortağın ortaklıktaki tasfiye bakiyesi haczedilmeden önce de tasfiyeye girmiş olabilir.²⁰⁹ Ortaklardan bir tanesinin şahsi alacaklısı şirket tasfiye halindeyken şirketin tasfiyesi sonunda borçlu ortağa düşebilecek sermaye ve tasfiye kârından oluşacak tasfiye payını haczettirmesi de kural olarak mümkündür.²¹⁰ Bu tasfiye payının haczinden sonra tasfiye bakiyesinin paraya çevrilmesi işlemleri söz konusu olacaktır.

Adi şirketin tasfiye işlemi ya şirket ortakları tarafından ya da tasfiye memuru tarafından yapılır.²¹¹ İsviçre Hukuku'nda adi şirket ortağının tasfiye payına haciz konulduktan sonra icra memuru şirketin temsilcisi olur ve paraya çevirme işlemlerine girer.²¹² Ortağın tasfiye payının haciz edilmesi ile tasfiye memurları tasfiye sonunda ortağın hissesine düşebilecek payı icra dairesine ödemek zorundadırlar. Aksi halde, tasfiye memurlarının sorumlulukları söz konusu olabilecektir.²¹³

Adi ortaklığın tasfiyesi sonucunda borçlu ortağa bir mal ya da bir hak iadesi söz konusu olursa, borçluya yapılması gereken bu gibi iadeler de icra dairesine yapılmalıdır.²¹⁴ Alacaklı dilerse gerekli masrafları yaparak bu mal ve hakların paraya çevrilmesini de ayrıca talep edebilmesi mümkündür.

Borçlunun tasfiye edilmekte olan adi şirketteki tasfiye payının paraya çevrilmesi usulü, kollektif ve komandit şirketlerde tasfiye payının paraya çevrilmesi

²⁰⁹ Adi şirketin sona erme sebepleri, Kanuni sebepler; BK 535; Sözleşmeden kaynaklanan sona erme sebepleri ve iradi sebepler olarak üç grupta toplanabilir. Bkz: Domaniç, **a.g.e.**, s. 105-113.

²¹⁰ Alacaklı yönünden tasfiye payı tasfiye neticesinde borçlu ortağa ödenecek olan varsa avans, masraflar ve faizi, iade edilecek sermaye payı ve olursa tasfiye karından meydana gelir. Karayalçın, **a.g.e.**, s. 101.

²¹¹ Uçar, (tüm şirketlerde fesih ve tasfiye) **a.g.e.**, s. 39-40.

²¹² Siegwart, Komm. **a.g.e.**, m.544 N.23; Ayrıca, İsv. BK. 535/3. maddesinde cebri icra yerine cebri para- ya çevirme ifadesi kullanılmıştır.

²¹³ Uçar, **a.g.e.**, s. 43.

²¹⁴ Borçlusunun hissesine konan haciz bu mal ve hakları da kapsamaktadır.

ile aynı hükümlere tabidir.²¹⁵ Belirtmeliyiz ki, şirketin tasfiyesinin sonucunda şirketin malvarlığı şirketin borçlarını karşılamayabilecektir. Yani, tasfiye sonunda şirketin faaliyetlerinden zarar etmiş olduğu ortaya çıkabilir.²¹⁶ Şirketin safi mevcudu bulunduktan sonra, yapılacak ödemeler, üçüncü şahısların ve şirket ortaklarının şahsi alacaklarını karşılamıyorsa, zarar var demektir. Bu halde, diğer ortaklardan bazıları da şirketten alacaklı konumunda da olabilirler. Bu itibarla, tasfiyenin devamı sırasında alacaklı tarafından borçlunun tasfiye payının belli bir bölümü müstakil bir alacak gibi açık artırmaya ya da pazarlık suretiyle satışı yapılamaz. Bu durumda, tasfiyenin sonucunun beklenilmesi gerekir. Tasfiye sonunda, şirketin zararda olması halinde, alacaklı tarafından herhangi bir tahsilât yapılması mümkün değildir.

II. Borçlu Ortağın Hissenin Şirketin Tasfiyesi Suretiyle Paraya Çevrilmesi

Adi şirkette elbirliği halinde mülkiyet rejimi geçerlidir.²¹⁷ Bununla birlikte, ortaklar sözleşme ile ortaklık ilişkisine paylı (hisseli) mülkiyet rejiminin uygulanacağını kararlaştırabilirler.²¹⁸

Kural olarak, adi şirketlerde elbirliği halinde mülkiyet rejimi geçerli olduğundan, elbirliği halinde mülkiyet rejiminde her ne kadar ortaklık konusu mal ve haklar üzerinde haciz konulsa bile, paylı mülkiyetin aksine, haciz konusu mal ve hakların satışının doğrudan yapılması mümkün değildir.²¹⁹ Adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından, tüzel kişilik malvarlığı olarak haciz konamamakla birlikte, hisse hacizlerinin icrası doğrudan şirketin mal ve haklarının haczinin yapılması ile gerçekleşmektedir. Bununla birlikte, şirket ortaklarından birinin şahsi borcu nedeniyle haciz konulan bu mal ve hakların doğrudan doğruya satılması mümkün

²¹⁵ Bkz, § 8.

²¹⁶ Uçar, **a.g.e.**, s. 52.

²¹⁷ TMK m.701 ve 702; buna karşılık, adi şirket sözleşmesinde bunun aksi kararlaştırılabilir. BK m. 534.

²¹⁸ Ortaklar tarafından paylı mülkiyet şekli kabul edilmişse, (BK m. 534) ortaklardan birinin şahsi borcundan dolayı yapılacak haciz ve satışlarda, paylı mülkiyet hissesinin haczi ve satışı hakkındaki hükümler uygulanır.

²¹⁹ “Adi ortaklıkta, ortağın alacaklıları ancak ortağın tasfiye payını haczettirebilir. Alacaklı, ortaklığın malı üzerine haciz koyduramaz. Dosya kapsamından ortaklığa ait işyerinde haciz yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda adi ortaklığın istihkak davasının kabulü gerekirken reddi isabetsizdir.” Y.21.HD 2004/6297E. 2004/7333K. 20.9.2004 (karar yayınlanmamıştır.)

değildir. Zira borçlu ortak ile adi şirketin diğer ortaklarının ortaklık konusu mal ve haklar üzerinde, diğer şirket ortakları ile birlikte elbirliği halinde mülkiyet ortaklığı vardır. Bu halde, alacaklının haciz koydurduğu mal ve haklardaki borçlunun hissesinin paraya çevirerek bu hisseden yararlanabilmesi için öncelikle, şirketin müşterek gayesi uğruna oluşan bu elbirliği halinde mülkiyet rejimini sona erdirmesi gerekir. Şirkete katılma payı olarak verilen mallar şirketin malları olacaktır ve bu mallar üzerinde elbirliği halinde mülkiyet rejimi vardır. Zira her ne kadar şirketin tüzel kişiliği olmasa dahi, şirkete katılma payı olarak verilenler ortaklığın malı olur ve bu ilişki çözülmediği sürece bu mal ve haklar ortaklıktan geri alınamaz. Bu itibarla, alacaklı alacağına cebri icra yolu ile kavuşması için ortaklar arasındaki elbirliği halinde mülkiyet kurallarının egemen olduğu adi şirket ilişkisinin çözülmesi gerekir.²²⁰

1. Adi Şirket İlişkisinin Çözülmesi

Adi ortaklardan bir tanesinin şahsi borcundan dolayı ortaklık hissesinin haciz edilmesi halinde, ortaklık ilişkisi kanun gereğince²²¹ sona erecek ve ortaklık tasfiye edilecektir.²²² İcra mahkemesi ortağın adi şirket hissesinin haczi ile birlikte adi şirketin tasfiyesinin en çabuk ve ortakların menfaatlerine en uygun bir şekilde yapılması için gereken tedbirlerin alınmasına İcra ve İflas Kanunu m.121/II gereğince karar verebilecektir.²²³ Bu aşamada, adi şirketin malları üzerinde elbirliği halinde mülkiyet ilişkisinin kaldırılmasını ve bu malların satışını sağlamak için haciz koydurmuş olan alacaklıya ya da icra müdürüne ortaklığın giderilmesi ve tasfiyesi için ortaklığın giderilmesi ve tasfiyesine yönelik dava açma yetkisi verilmemelidir.²²⁴ Zira adi şirket tamamen tasfiye edilip borçları ödenmeden önce, şirket hissesi haciz olunan ortağa bir mal ya da hakkın düşeceği düşecekse bunun miktarının ne kadar olacağı belli değildir.²²⁵ Bu noktada adi şirket ilişkisi, miras şirketinden farklıdır, miras şirketinde, kural olarak, kâr payı ve süregelen bir ticari

²²⁰ Ansay, (adi şirket) **a.g.e.**, s. 145.

²²¹ BK m.535/3; İİK m.94.

²²² Adi şirket ortağının kişisel alacaklıları, bu ortağın tasfiye sonundaki kar ve sermaye payını haczettirebilirler. Ortağın tasfiyedeki payı hakkında yapılan icra ya da iflas takibi, şirketin infisahı sonucu doğurur. Y.12.HD, 1967/5295E. 1967/5463K. 1.6.1967T. (karar yayımlanmamıştır.)
İİD. 27.03.1969, 3369/3378 (ABD 1969/5 s.920; İİD 22.12.1967, 11685/12029 ABD, 1968/2 s.340.

²²³ Uçar, **a.g.e.**, s. 40, Özenli, **a.g.e.**, s. 119.

²²⁴ Karşı Görüş için Bkz: Uyar, (kooperatif - adi şirket) **a.g.e.**, s. 1090.

²²⁵ BK m.539; Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s.1230.

faaliyet bulunmadığından miras şirketine konu olan malların doğrudan satışı mümkündür.

Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun 538 ve 539. maddelerine göre, ortaklığa getirilen mallar ve haklar (kullanma ve/veya yararlanma hakları sermaye olarak getirilenler hariç olmak üzere) bunları sermaye olarak getiren ortak tarafından tasfiye neticesinde getirdiği malları aynen geri alamaz. Bu sebeple, ortaklığın giderilmesine yönelik aynen taksim davası açılması kural olarak mümkün değildir. Bunun yanında, şirkete sermaye olarak konulan mal ve haklar üzerinde şirket alacaklılarının rüçhan hakları vardır.²²⁶ Şirketin tasfiyeye girmesi ile önce şirketin borçları ödenmelidir. Şirketin borçları ödendikten sonra şirket malvarlığında artı bir değer kalırsa, bu değer ortaklara dağıtılmalıdır. Bu şekilde, doğrudan doğruya tasfiyeye geçilir. Bakiye miktar şirket ortaklarına ve ortağın hissesini haciz eden alacaklıya dağıtılması ile de elbirliği halinde mülkiyet rejimine dayalı ortaklık ilişkisi son bulacaktır.

2. Tasfiyeye Geçiş, Tasfiye ve Tasfiyeye Alacaklının Müdahalesi

Adi şirket ortağının şahsi alacaklısı tarafından yapılan haczin adi şirketin tasfiyesine sebep olabilmesi için haczin mutlaka ortağın tasfiye payına ve şirketin feshine yönelik olması gerekir.²²⁷ Adi şirketin fesih ve tasfiyesine gidilmeksizin adi şirket ortağının şirketteki kâr payı, faiz, masraf, avans ve ücret alacakları icra ve İflas Kanunu'nun 88, 89. ve 355.maddeler gereğince haciz edilebilir.²²⁸ Ortakların bu alacakları doğrudan doğruya ortağın şahsi malvarlığına dâhil olduğundan ve bu hak ve alacaklar şirket malvarlığına dâhil olmadığından şirket alacaklılarının da bu alacaklar üzerinde herhangi bir rüçhan alacakları da yoktur. Dolayısıyla, bu hak ve alacaklar elbirliği halinde mülkiyet rejimine tabi olmayıp, şirket alacaklılarının da bu hak ve alacaklar üzerinde rüçhan hakları yoktur. Buna karşılık, BK. m.534'e

²²⁶ BK m. 534.

²²⁷ Özenli, **a.g.e.**, s. 119.

²²⁸ Yavaş, **a.g.e.**, s. 167. Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz. § 4.

göre, ortakların şirketteki tasfiye payları üzerinde ortaklık alacaklılarının rüçhan hakları vardır.²²⁹

Bunun yanında, ortaklar, hacizden sonra belli bazı mal veya haklar üzerinde adi şirket ortaklığının giderilmesini de isteyemezler, ortağın şirketteki hissesinin alacaklı tarafından haczi ile birlikte ortağın şirketteki tüm mal ve hakları zaten haciz edilmiş olacağından adi şirkette kanun gereğince tasfiyeye girecektir. Bununla birlikte, hissenin paraya çevrilmesi sırasında icra mahkemesinin görüşü de alınarak, alacaklının alacağını karşılayacak yeterli mal ayrılır ve alacaklı da dâhil diğer bütün ortakların kabul etmeleri halinde, adi şirketin diğer ortaklar arasında devam ettirilebilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.²³⁰

Adi şirket ortağının adi şirketteki tasfiye hissesinin haczi ile Borçlar Kanunu'na göre, adi şirket kural olarak sona ereceğinden şirketin tasfiyesine geçilir.²³¹ Adi şirketin tasfiyesi, şirket ortakları tarafından yapılacağı gibi tasfiye memuru tarafından da yapılabilir. Kural olarak, adi şirketin tasfiyesi ortaklıkta idareci olan ve olmayan bütün ortaklar tarafından yapılmalıdır.²³² Adi şirketin tasfiyesinin tasfiye memuru tarafından yapılabilmesi için bu hususta şirket sözleşmesinde özel bir hüküm bulunması ya da ortakların bu yönde oybirliği ile karar almaları gerekir. Bunun yanında, Borçlar Kanunu veya sözleşme gereği ortağın hissesinin haczinden sonra şirketin tasfiyesini yapması gereken organ ya da kişiler tasfiye işlemlerini yapmazlarsa alacaklı, ya da ortaklardan bir tanesi, icra mahkemesinden alacağı yetki belgesi ile yetkili ve görevli mahkemeye müracaat ederek tasfiyenin yapılmasını sağlayabilir. Bu halde, mahkeme atayacağı tasfiye memuru ya da bilirkişiler kanalı ile tasfiye işlemlerini yaptırması gerekir.²³³

²²⁹ Bu ortaklık alacaklılarından maksat adi şirket ile hukuki ilişki içine girmiş olan kişi ve kurumlardır. Bu kişi ve kurumların ortaklık mallarından alacaklarını tahsil etme hususunda, ortağın şahsi alacaklısına göre, öncelik hakları bulunmaktadır.

²³⁰ Alınacak bu tedbir, İİK m.121 gereği diğer tedbirlerden biri olarak kabul edilebilir.

²³¹ İsviçre Hukuku'nun aksine, Türk Borçlar kanununda, BK m. 535/3 adi şirket ortağı borçlunun adi şirketteki hissesinin haczedilmesi ile adi şirket sona erecektir. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda ise, İsv. BK. m. 545/3'e göre, haciz konması anında değil, şirket, hacizli mal açık artırma suretiyle satıldığı zaman infisah edecektir. Ansay (adi şirket) **a.g.e.**, s. 148.

²³² BK m. 540; Özenli, **a.g.e.**, s. 129.

²³³ Uçar, **a.g.e.**, s. 40.

Tasfiyenin bizzat hâkim ya da mahkeme tarafından yapılması söz konusu değildir.²³⁴

Alacaklı, borçlunun adi şirketteki tasfiye hissesin haczi ile adi şirketin feshinden sonra, adi şirketteki elbirliği ile mülkiyetin tasfiyesi için açabileceği davalarda, adi şirketin bütün ortaklarını taraf olarak gösterilmelidir.²³⁵ Zira Türk Hukuku'nda adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından davada taraf ehliyeti de yoktur. Bu ortaklık türünde ortaklar arasındaki ilişki elbirliği halinde mülkiyet ilişkisi olduğundan, görülecek olan dava da tek ve aynı yönde bir karar verilme zorunluluğu olduğundan, yani bölünemeyen bir talep olduğu için alacaklı tarafından açılacak olan dava da diğer ortaklar arasında zaruri dava arkadaşlığı vardır.²³⁶

Adi şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin olarak, icra mahkemesinden alacaklıya verilen yetkiye dayanılarak alacaklı tarafından ya da adi şirketin diğer ortakları tarafından, açılacak davalarda izalei şüyu davalarının aksine görevin tespitinde davanın değerine bakılması gerekir. Buna göre, tasfiye olunacak ortaklığın değeri²³⁷ 5,490.YTL den fazla ise, asliye hukuk mahkemesinde az ise sulh hukuk mahkemesinde görülecektir.²³⁸ Mahkemelerin yetkisi ise, şirketin fesih ve tasfiye işlemleri şirket merkezinde yapılması gerekeceğinden, yetkili mahkeme HUMK m.17 gereğince adi şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir.²³⁹

Borçlu ortağın şahsi alacaklısı tasfiye işlemleri sırasında her zaman kendi menfaatlerinin korunması amacıyla icra mahkemesine müracaat ederek İİK'nın 121. maddesi gereğince diğer tedbirlerin alınması hükmü gereğince gerekli

²³⁴ İktisadi ve Ticari konulara mahsus olarak kurulan adi şirketin tasfiyesi, uzmanlık gerektireceğinden hakimlerin bizzat tasfiye işlemlerini yürütmesi söz konusu değildir. Domaniç (şerh) **a.g.e.**, s.434. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu **a.g.e.**, s. 59. Yargıtay bu konuda kararlarında "tasfiyenin bizzat mahkeme tarafından yapılması gerekir. Mallar taksim mi edilecek yoksa satılacak mı? Bunlar da karar da yer almalıdır. Hatta dava sırasında menkul malların mülkiyetince çıkabilecek uyuşmazlıklarda mahkeme tarafından çözülmelidir. Soyut, mücerret tasfiye memuru atamak suretiyle tasfiyeye karar verilemez. Tasfiye memuru atanmadan önce tasfiyenin şekli de karar da yer almalıdır. 13. HD 2.4.1992, 2219/3219; 1.4.1991, 443/3824; 27.5.1991, 2709/6016; 3.3.1986, 516/1218; Uygur, **a.g.e.**, s. 795 vd).

²³⁵ 11. HD. 20.12.1973, 5104/5097 (Uygur, **a.g.e.**, s. 726).

²³⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 157.

²³⁷ HUMK, m. 8.

²³⁸ 13.HD. 2.2.1991. 7652/1908 (Uygur, **a.g.e.**, s. 771).

²³⁹ 13.HD. 22.3.1990, 7033/2192 (Uygur, **a.g.e.**, s. 775).

tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Örneğin, uzman bilirkişi tayin ettirmek suretiyle tasfiye işlemlerinin denetiminin yapılmasını sağlayabilir.²⁴⁰

3. Tasfiye Payının İcra dairesine Ödenmesi

Adi şirketin tasfiyesinde, öncelikle şirketin aktif ve pasifini gösteren başlangıç bilançosu ve şirkete ait malları gösteren envanter hazırlanır.²⁴¹ Şirketin aktifinde bulunan mallar ve haklar paraya çevrilir ve paraya çevirme sonucunda elde edilen tutardan öncelikle, şirkete ait borçlar ve ortaklara olan avans ve masraf borçları ödenir. Şirkete sermaye olarak bir malın kullanma hakkının verilmesi halinde tasfiye sırasında bu mallar da sahiplerine iade edilir. Bunun yanında, borçlu ortağa yapılacak ara ödemeler olabileceği gibi borçlu ortağa iade edilecek mal ya da haklar da olabilir, işte bu mal ya da haklar da borçlu ortağa verilmeyip icra dairesine verilmesi gerekir.²⁴²

Ortaklığın borçlarının ödenmesinden sonra ortaklara kalan aktif değerler ortaklara sermaye paylarına göre orantılı olarak ve varsa tasfiye bakiyesi kârları dağıtılır.²⁴³ Borçlu ortağa düşecek tasfiye payı da icra dairesine ödenir.

III. Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi

1. Tasfiye Payının Alacaklıya Devir Edilmesi

İİK 120. madde gereğince ortağın tasfiye hissesi kollektif ve komandit şirketlerde olduğu gibi alacaklıya ya tahsil için ya da alacağın yerine geçmek üzere devir edilmesi de mümkündür.²⁴⁴

²⁴⁰ Uçar, **a.g.e.**, s. 42.

²⁴¹ Uçar, **a.g.e.**, s. 46.

²⁴² Aksi halde, tasfiye işlemlerini yapanların sorumlulukları doğabilir.

²⁴³ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 105vd; Domaniç, (şerh) **a.g.e.**, s. 435; Çevik, (şirketler) **a.g.e.**, s. 83; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 55; Uygur, **a.g.e.**, s. 716.

²⁴⁴ Yavaş, **a.g.e.**, s. 196; İİK m. 120/I gereğince alacağın yerine geçmek üzere devir halinde, ifa makamına temlik söz konusu olur, ve kural olarak alacaklının alacağı bu temlik ile sona erer. Ancak, bu hisse II 120/II gereğince alacaklıya tahsil için devri halinde, ifa uğruna edim söz konusu olur ve alacak devir edilen hisse bedeli oranında sona erer.

2. Tasfiye Payının Belirlenmesinden Önce Açık Arttırma ya da Pazarlık Usulü ile Satılması

İcra mahkemesi paraya çevirme konusunda icra dairesinin İİK m.121 gereğince kendisinden görüş istemesinden sonra, borçlunun tasfiye payının açık artırma ile ya da İİK m. 119 hükmünün şartları oluştuktan sonra da pazarlık usulü ile de satılmasına da karar verebilir. Ancak, borçlu ortağın tasfiye payının açık artırma ya da pazarlık suretiyle satışa çıkarılması tarafların çıkarlarına çoğu zaman uygun olmayabilir. Çünkü tasfiye başında yapılacak envanter işlemleri ve çıkarılacak bilanço değerlerine rağmen, tasfiyeden önce borçlu ortağa düşecek para tam olarak belli olmadığından, hatta borçlu ortağın tasfiye sonunda şirkete borçlu çıkması veya tasfiye neticesinde şirketin zarar etmiş olduğu sonucu da ortaya çıkabileceğinden, borçlunun tasfiye payının miktarı belli bir alacak gibi menkullerin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler uyarınca artırmaya çıkarılması takibin taraflarının menfaatleri yönünden isabetli olmayabilecektir.²⁴⁵ Ayrıca, tasfiye işlemlerinin başlangıcında yapılacak envanter ve değerlendirme işlemleri sonucunda çıkarılan bilanço değerlerine, tasfiye başladıktan sonra, tasfiye memurlarınca şirkete ait mal ve hakların, paraya çevrilmesinden sonra yapılacak tasfiye sonu bilançosu ile ulaşılmayabileceği gibi, bunun tam tersi de olabilir. Yani tasfiye sonunda daha fazla bir değere de ulaşılabilir. Açıklanan bu hususların tarafların menfaatlerine uygun olmadığı ileri sürülebilir. Bu sebeple, tasfiye hissesinin paraya çevrilmesi halinde başlangıçta değer tam olarak bilinmemesi nedeniyle satış aşamasında yapılacak olan açık arttırmaya katılımın azalması mümkündür. Bu itibarla, tasfiye payının bu hali ile satılması tarafların menfaatlerine çoğu zaman uygun olmayabilecektir. Bu sebeple, kural olarak, borçlu ortağın tasfiye payının henüz tasfiyeden önce açık artırma ya da pazarlık suretiyle satılması hukuken mümkün ise de, bu şekilde satış işlemi tarafların menfaatlerine olmayacağından icra mahkemesi tarafından tercih edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira paraya çevirme işleminin amacı, adi şirketin tasfiyesinin daha hızlı bir şekilde ve tarafların menfaatlerini koruyacak şekilde yapılmasıdır.

Tasfiyenin tamamlanması, ortaklar ve borçlu ortak adına belirli olumlu bir bakiyenin kalması halinde, yani borçlu ortak adına düşecek olan tasfiye payı

²⁴⁵ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1239; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 101.

belirlenirse, borçlu ortak adına tahakkuk edecek olan bu değer tasfiye memurları tarafından icra dairesine yatırılacaktır. Burada alacak şirket nezdinde muaccel olmuş olabilir ama borçlu ortak tarafından henüz tahsil edilmemiş olabilir. Bu halde, vadesi gelmiş bir alacağın satılması anlamsız olacağından bu alacak İİK m.120/II. fıkra hükmü uyarınca alacaklıya ifa uğruna geçmek üzere, devir edilebilir.

3. Borcun Ortaklarca ya da Ortaklık Tarafından Ödenmesi

Kural olarak, adi şirket ortağının hissesinin haczedilmesi ile ortaklık BK 535. madde gereğince, tasfiye haline geçse dahi, adi şirket sözleşmesinde aksine hüküm yoksa ortaklık tarafından borçlu ortağın borcu bütün masraf ve giderleri ile birlikte ödenirse, adi ortaklık tasfiyeye gitmeksizin devam ettirilebilir.²⁴⁶ Bu durum da sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir uzantısıdır. Bununla birlikte, bu halde, bütün ortakların muvafakati gerekir. Ortaklık hakkında tasfiye işlemlerine başlandıktan sonra dahi, diğer ortaklar tarafından ya da ortaklardan biri tarafından borcun tamamı ödenerek adi şirketin tasfiye edilmeksizin adi şirketin diğer ortakların arasında devam ettirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

4. Şirketten Çıkarılma ve Sermaye Payının İcra Dairesine Ödenmesi

Ortağın şirketten çıkarılabilmesi için borçlu ortak da dâhil olmak üzere bütün ortakların bu yönde muvafakatine ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, ortaklar arasındaki hukuki bağ tek taraflı olarak çözülemez.²⁴⁷ Borçlar Kanunu'nda adi şirket ortağının şirketten rızası ile çıkması ya da diğer ortaklar tarafından çıkarılması konusu açıkça düzenlenmemiştir. Kural olarak, ortaklık sözleşmesine bu yönde bir hüküm de konulabilir. Zira bu husus kanun tarafından yasaklanmamış olup, emredici kurallara da aykırı düşmez. Sözleşmede açıkça hüküm olmaması halinde, acaba şirketin diğer ortakları tarafından, BK 535. madde gereğince şirketin feshine sebep olan ortağın şirketten çıkarılmasını diğer ortaklar mahkemeye başvurarak talep edebilecekler midir?

²⁴⁶ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 102.

²⁴⁷ Bir ortağın şirketten çıkarılmak istenmesi halinde çıkarılmak istenen ortağın bu hususa her zaman rızası olmayabilecektir.

Doktrinde, Karayalçın'a göre,²⁴⁸ şahsa ait sebeplerden dolayı şirketin sona ermesini gerektiren hallerde mahkemenin şirketin feshine ilişkin karar yerine, şirketten çıkarma kararını verebileceğini savunmaktadır. Buna karşılık Çevik ise,²⁴⁹ bir ortağın şirketten çıkarılmasının söz konusu olduğu hallerde, diğer ortaklar şirketin feshini istemek durumunda oldukları görüşünü savunmaktadır.

Kanaatimizce, bu konuda TTK'nın 197. maddenin 1. fıkrası hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Borçlar Kanunu'nun 535. maddesinde mahkemeye tanınan fesih hakkı yerine, bu müeyyideden daha hafif diğer ortakların ve de alacaklıların da menfaatlerine uygun olan çıkarma yaptırımının uygulanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Şirketten çıkarılmanın ya da çıkmanın hukuki neticeleri konusunda Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu halde, korunması gereken hukuki menfaat aynı olduğu için ayrılan ortağın payı TTK'nın 202 – 205. maddeleri arasındaki düzenlemelerine uygun olarak hesap edilmelidir.²⁵⁰ Borçlu, şirket ortağının şirketten çıkması ya da çıkarılmasının mümkün olduğunun kabulü halinde, borçlu ortağa ödenecek payın da icra dairesine ödenmesi gerekir. Bu halde, icra dairesi gerekli dosya hesabının yapacak ve alacaklının alacağını ödedikten sonra geriye bir değer kalması halinde, bu değer de borçluya iade edilecektir.

5. Payın Doğrudan Satılması

Kural olarak borçlu ortağın payının doğrudan satılması halinde, adi ortaklığa yeni bir ortak geleceğinden adi ortaklıkta ortakların şahısları önem kazandığından ortaklık payının doğrudan ihale yoluyla satılması mümkün değildir. Burada doğrudan satış açık artırma ile olacağından açık artırmada herkese açık yapılacağından, borçlu ortağın payının doğrudan satışı mümkün değildir. Bununla birlikte, acaba bütün ortakların muvafakati ile borçlu ortağın hissesinin doğrudan satışı mümkün olabilir mi? kural olarak, adi ortaklığa yeni bir ortağın girebilmesi ortakların oybirliği ile karar almalarına bağlıdır.²⁵¹ Bu halde, borçlu ortak dâhil

²⁴⁸ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 98.

²⁴⁹ Çevik, (şirketler) **a.g.e.**, s. 81.

²⁵⁰ Korkut, **a.g.e.**, s. 216 böyle bir halin vukuunda ortaklar borçlu ortağın hissesine ait olmak üzere bir tasfiye yaparak şirketi kendi aralarında idame ettirebilirler.

²⁵¹ BK m.532/1; İsv. BK.542

diğer bütün ortakların muvafakat etmeleri halinde, bu işlemin kural olarak, mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Böylece, adi şirket ortağının şirketteki hissesi haciz edildikten sonra bu hissenin nasıl paraya çevrileceğini icra müdürlüğü icra mahkemesine soracaktır. İİK m.121, başvuru üzerine icra mahkemesi ilgilileri duruşmaya davet edecektir. İlgililer duruşma da borçlu ortağın hissesinin doğrudan satışı konusunda, borçlu da dâhil olmak üzere, bütün ortaklar arasında tam bir mutabakatın olduğunu belgelemeleri halinde, icra mahkemesi payın doğrudan açık artırma ya da pazarlık usulü ile satılmasına karar verebilecektir. Taraflar arasında, borçlu ortağın hissesinin doğrudan satışı konusunda tam bir mutabakatın olmaması halinde ise, şirketin tasfiye süreci yukarıda açıklandığı şekilde devam edecektir.

§ 8. KOLLEKTİF ve KOMANDİT ŞİRKET HİSSELERİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Ortağın Mali Haklarının Paraya Çevrilmesi

I. Kâr Payı Alacağının Paraya Çevrilmesi

Türk Ticaret Kanunu’nun 191.maddesine göre, bir ortağın şahsi alacaklısı borçlunun şahsi mallarından ve Türk Ticaret Kanunu’nun 145 nci maddesi gereğince şirketteki kâr payından alacağını alamazsa, tasfiye sonunda ortağa düşecek olan paya haciz koydurmaya ve altı ay önce ihbar etmek ve hesap yılı sonu için ifade etmek şartıyla, şirketin feshini isteme hakkına sahiptir.¹ Bu hüküm gerek, kollektif ve gerekse, komandit şirket hisselerinin hacizlerinde uygulanır. Buna göre, alacaklı öncelikle ortağın şirket dışındaki malvarlığı değerlerine ve şirketteki kâr payına müracaat etmelidir.² Alacaklı alacağını ortağın sayılan bu şahsi malvarlıklarından karşılayamaması halinde, borçlunun kollektif ya da komandit şirket hissesini haciz edebilecektir.

Haciz sırasında ortağın şirketten olan kâr payı alacağı hesaplanmış olabileceği gibi, kâr payı alacağı henüz hesaplanmamışta olabilir. Kâr payının hesaplanmış olması halinde, bu mali değer ortağın kişisel bir alacağı olduğundan, borçlu ortağın şahsi alacaklı alacaklısı tarafından haczedilebilip paraya çevrilmesi talep edilebilecektir.³ Ortağın kâr payının henüz hesaplanmamış olması halinde dahi, alacaklı kâr payının da haczi talebinde bulunabilecektir.⁴

1. Kâr Payının Henüz Hesaplanmamış Olması Halinde

TTK’nın 170. madde hükmüne göre, “her ortak, hesap yılı sonunda tahakkuk eden kârdan kendisine düşen payı, şirkete ödünç olarak verdiği paranın ve eğer kararlaştırılmış ise koyduğu sermayenin faizlerini şirket mukavelesi

¹ Kuru, (icra iflas) C.I, **a.g.e.**, s. 1229; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 204.

² Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1229.

³ İmregün, **a.g.e.**, s. 60-61.

⁴ Yavaş, **a.g.e.**, s. 168.

gereğince hak ettiği ücreti ve şayet kanun ve mukavele hükümlerince yılsonu bilânçosu yapılmamış ise, bunun yapılmasını ve yapılmış bilânçoya göre kâr payı tespit edilmiş değilse bunun tespitini şirketten istemek ve alacaklarını almak hakkını haizdir.” Buna göre, borçlu ortağın şirketteki kâr payına haciz koyduran alacaklı ancak hesap yılı sonunda gerçekleşen kârdan kendisine düşen payı istemek hakkına sahiptir.⁵ Kâr payının haczinde, kâr payı aslında takipte üçüncü şahıs konumunda olan ve borçlunun borçlusu konumunda bulunan kollektif ya da komandit şirket tarafından icra dairesine ödenecektir.⁶ Yönetim işlerini gören kimse tarafından şirketin hesap yılı sonundaki bilânçosunu esas alarak, kâr ve zarar hesabını düzenleyip borçlu ortağa ve diğer ortaklara düşecek kâr ve zararın miktarını hesaplamak kârın oluşması halinde ise, borçlu ortağın hissesine düşen kârı icra dairesine yatırmak zorundadır.

Sözleşme veya karar ile kârı ve zararı tespit etmesi gereken organ veya kişinin bu görevi yerine getirmemesi halinde, alacaklı icra mahkemesine müracaat ederek dava açabilmesi için yetki belgesi isteyebilir.⁷ Alacaklı icra mahkemesinden alacağı yetki belgesi ile mahkemeye müracaat ederek şirketin kâr ve zarar miktarının hesaplanmasını isteyebilir.⁸

Alacaklı hesap yılı sonu gelmeden kâr payının hesaplanmasını isteyemeyeceği gibi, kollektif ve adi komandit şirketin feshini de talep edemez.⁹ Hesap yılı sonunda gerçekleşen kâr, o andan itibaren ortak lehine muaccel hale gelir.¹⁰ Bilânçonun düzenlenmemiş olması ortak lehine tahakkuk eden kâr payının icra dairesine celbedilmesine engel değildir.¹¹ Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 170. maddesinin hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, kâr isteği ile şirket

⁵ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 321.

⁶ Ortağa isabet edecek kâr payından şirket öncelikle kendi malvarlığı ile sorumludur.

⁷ Çevik, **a.g.e.**, s. 364 ; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 11.

⁸ Alacaklı kâr payının hesaplanmasının kanun ya da sözleşmeye aykırı olduğunu görürse mahkemeden hesaplanan kâr payının iptalini de talep edebilir, alacaklı işbu talebi içinde yine icra mahkemesinden yetki belgesi almalıdır.

⁹ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 323; Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 693

¹⁰ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 695.

¹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 229.

bilânçosunun düzenlenmesini istemek hakkı ayrı ayrı şeylerdir, bilânço düzenlenmemiş bile olsa, ortak kâr payını talep edebilir.¹²

Kâr payının henüz miktarı belli olmadan önce açık arttırma yolu ile ya da pazarlık ile satışının mümkün olup olmadığı konusunda¹³ Karayalçın'a göre; tasfiye payı belirlenmeden, ortaklık kâr mı yoksa zarar mı etti? bu husus tespit edilmeden önce, tasfiye payının miktarı belli bir alacak gibi arttırmaya çıkarılmasını isabetli değildir.¹⁴ Kanaatimizce de kâr payının henüz miktarı belli olmadan açık arttırmaya çıkarılması takibin taraflarının haklarını korumaya hizmet etmez. Zira miktarı belli olmayan bir bedelin açık arttırmasına yeterli ilgi ve katılım olmayacağından, açık arttırmanın amacı olan yüksek bir bedelin tahsil edilmesi çoğu zaman mümkün olamayabilir.

2. Kâr Payının Hesaplanmış ve Borçlu Ortak Adına Tahakkuk Etmiş Olması Halinde

Hesap yılı sonunda gerçekleşen kârın muaccel hale gelmesiyle borçlu ortağa düşecek olan pay, şirket tarafından icra dairesine yatırılması gerekir. Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinde kârın dağıtılması vade gibi bir takım esaslara bağlanmış olabilir.¹⁵ Bu halde, bu sözleşme hükümlerine uygun dağıtım yapılmak zorunludur. Zira kârın dağıtımı kanuna ve şirketin esas sözleşmesine uygun olması gerekir. Bu halde, icra mahkemesinin de görüşü alınarak, alacaklının ortağın kâr payından tatmin edilebilmesi için, kâr payının ödenme esaslarına uygun olarak ayrıca, hacze iştirak hali varsa bütün alacaklıların rızaları ile borçlu ortağın şirketten olan kâr payı alacağı, ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymeti ile alacaklıya ya da alacaklılardan bir kaçına devir edilebilir.¹⁶

¹² “TTK’nın 170. maddesi hükmüne göre, her ortak hesap yılı sonunda tahakkuk eden kâr hissesini şirketten talep etmek hakkına sahiptir.” Y. 11. HD 20/11/1980T. E.1980/5528., K. 5376, Bkz. Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 695.

¹³ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁴ Aksi görüşte, Kuru, (icra iflas) C.II, s. 1225; Öğütçü/Çitoğlu, C.II, **a.g.e.**, s. 597; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 274.

¹⁵ İmregün, **a.g.e.**, s. 61; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 178 – 179.

¹⁶ İİK m.120.

Alacaklı kâr payını ödeme yerine geçmek üzere devir alması halinde,¹⁷ borçlunun bu tasarrufu ifa makamına temlik (ifa yerine edim) olarak kabul edilir¹⁸ ve alacaklının alacağı sona ermiş olur.¹⁹ Böylece, alacaklı alacağı oranında şirket ortağının haklarına halef olur.²⁰

Alacaklı kâr payını devir almak istemezse; kâr payı alacaklıya tahsil için de devir edilebilir.²¹ Bu halde, ifa yerine yapılan edimden farklı olarak, kâr payını devir alan alacaklı, borçlunun haklarına, kural olarak, halef olmaz.²² Bu halde, alacaklı sadece o alacağı tahsil edebilmek için borçluyu temsil edebilme yetkisini kazanır.²³ Bunun anlamı, alacaklı, borçlu adına kâr payını tahsil etmek için şirkete karşı icra takibi yapabileceği gibi dava da açabilir.²⁴

Alacağını kâr payını tahsil için devralan alacaklının takip borçlusuna karşı olan haklarına hâlel gelmez.²⁵ Bunun anlamı, alacak gerçekten tam olarak tahsil olunana kadar varlığını korumaya devam eder. Alacağın tahsil için devri daha çok çekişmeli ve tahsili şüpheli alacaklar yönünden söz konusudur. Alacağın tahsilinin kesin olması halinde, başvurulması gereken yöntem alacağın ödeme yerine geçmek üzere devir olmalıdır.²⁶

İcra dairesi alacağı tahsil için devir alan alacaklıya alacağının tahsili için gerekli işlemleri yapmaya yetkili olduğuna dair bir belge verir.²⁷ Alacaklı bu belge ile şirkete karşı icra takibi yapabileceği gibi dava da açabilir.

¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

¹⁸ BK m.164.

¹⁹ İİK m.120/I.

²⁰ Kuru/Arslan /Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

²¹ İİK m.120/II.

²² Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 105; Yavaş, **a.g.e.**, s. 199.

²³ Deren – Yıldırım, **a.g.e.**, s. 105; Özümücü, **a.g.e.**, s. 23; 12.HD. 21.5.1971T, 4668E. 4911K. sayılı karar (RKD, 1973/I, s. 25-29). Anılan karar, alacağı tahsil için devralan alacaklıyı borçlunun temsilcisi olarak görmesi yönünden isabetli değildir.

²⁴ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 246.

²⁵ İİK. m. 120/II; Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1225; Yavaş, **a.g.e.**, s. 200.

²⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 351.

²⁷ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1225.

İİK 120/III'e göre tahsil edilen paranın ilk önce alacağı tahsil için devralan alacaklının alacak ve masraflarının ödenmesine karşılık olarak tutulması gerekir.

Kâr payı alacağının menkullerin paraya çevrilmesi hükümlerine göre paraya çevrilmesi halinde ise, borçlunun üçüncü şahıs konumundaki şirketten haciz edilen alacakları menkul hükmünde olduğundan bu alacakların paraya çevrilmesinde İİK'nın m.106/II. Fıkrası hükmü gereğince menkullerin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler uygulanır.²⁸

Kural olarak, cebri icra ile satış şekli, açık arttırma usulü ile olur.²⁹ Buna karşılık, bazı hallerde, alacakların pazarlıkla satılabilmesi mümkün olabilir;³⁰ vadesi gelmiş alacakların ve kâr payının cebri icra kanalı ile satılması söz konusu olamaz. Zira bu halde, alacak zaten vadesi gelmiş bir para olduğundan, icra dairesine yapılacak ödeme ile ödeme gerçekleşmiş olacağından, bu işlem paraya çevirmenin mahiyetine uygun değildir.³¹ Bu sebeple, bu paralar doğrudan doğruya icra dairesi tarafından tahsil edilir ve alacaklıya, alacağına karşılık olarak icra dairesi tarafından ödenir.

3. Kâr Payının Açık Artırma Yolu ile Satışı

a) Açık Artırmaya Hazırlık Safhası

İİK 114. maddesine göre; cebri artırma olağan paraya çevirme şeklidir.³² Cebri artırma kural olarak iki safhadan oluşur; bunlar artırma hazırlıkları ve artırma safhasıdır. Artırma hazırlıkları kapsamında, birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı

²⁸ Erturgut, **a.g.e.**, s. 207.

²⁹ İİK m. 114; Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 143.

³⁰ İlgili herkes tarafından istenilmesi halinde tahakkuk etmiş kâr payının İİK m.113 gereğince pazarlıkla da satılması mümkündür. Kâr payının pazarlık suretiyle satışı konusunda, bkz. Özmumcu, **a.g.e.**, s. 24.

³¹ Borçlunun X'deki istihkakı ihtiyaten haczedilmiştir. Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil alacağa taalluk etmektedir. Her ne kadar alacak ve para menkul hükümlerine göre haciz edilirse de (satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olmayacağından İİK'nın 106 ve 110. maddelerinin tatbiki düşünülemez. (İİD. 16.12.1968, Karayazgan/Varol, **a.g.e.**, No: 130) karar için; Bkz. Üstündağ (icra) **a.g.e.**, s.239.

³² Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 143; BGE 120 III 132.

yeri günü ve saati ilan edilir.³³ Buna göre, açık artırmaya hazırlık işlemleri satış ilanı ile başlayacaktır.³⁴ Satış ilanı ilgililere ayrıca, posta yoluyla da bildirilir.³⁵ İsviçre Hukuku'nda satış ilanına ilişkin belgenin adi posta yoluyla ilgililere satış tarihinden en az üç gün önce tebliğ edilmesi gerekir.³⁶ İsviçre Hukuku'nda, ikinci artırma yapılmaz ve teklif edilen bedelin muhammen kıymetin belli bir yüzdesine ulaşılması şartı da aranmaz.³⁷ İsviçre Hukuku'nda, (SchKG Art. 127) alacaklıya, artırmadan önce ileri sürülecek peyin karşılama prensibinin gerçekleşmesine imkân vermeyeceği görülüyorsa, satıştan vazgeçme ve aciz vesikası tanzim edilmesini isteme hakkı tanınmaktadır.³⁸ Açık artırmaya hazırlık işlemlerine uyulmaması halinde, ilgililer tarafından icra mahkemesine şikâyet yoluna gidilebilir. İsviçre Hukuku'nda da bu husus bir şikâyet sebebidir.³⁹

İcra ve İflas Kanunu'nun da menkullerin paraya çevrilmesinde satış ilanının satıştan ne kadar süre önce yapılacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Buna karşılık, taşınmazların paraya çevrilmesinde, İİK 126. maddeye göre açık artırma ilanı satıştan en az 1 ay önce ilan edilecektir. Bu halde, menkullerin paraya çevrilmesi yönünden yapılacak olan satış ilanı da satış gününden önce uygun bir süre içinde yapılmalıdır.⁴⁰ Bu süre, ilgililerin satışı öğrenebileceği ve satış için hazırlanabilecekleri kadar olmalıdır. Aksi halde, ilgililere ilandan itibaren artırmaya katılmak hususunda yeterli sürenin tanınmamış olması, ya da artırma ilanının, artırmanın yapılacağı gün tebliğ edilmesi kanuna aykırı olup ihalenin feshi sebebidir.⁴¹ Türk Hukuku'nda, İsviçre Hukuku'nun aksine, artırma ilanının borçlu alacaklı ve üçüncü kişilere tebliğ edileceği hususunda bir zorunluluk yoktur.

³³ Kanun koyucu, artırma hazırlıkları ile ilgili belirli bir usul öngörmüştür. Bunun sebebi, prosedüre katılan tüm ilgililerin menfaatlerini korumak suretiyle başarılı bir şekilde artırmanın gerçekleşmesini sağlamaktır. Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 143.

³⁴ İlan gazete ile yapılacaksa, 5092 sayılı kanun gereğince ilan yurt genelinde yayımlanan gazete ile yapılacaksa gazetenin tirajının ellibinin üzerinde olması ve yurt genelinde dağıtılan nitelikte olması şarttır.

³⁵ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 144.

³⁶ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 218; SchKG Art. 125.

³⁷ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 219; SchKG Art. 126.

³⁸ Amonn/Walther, **a.g.e.**, s. 219; SchKG Art. 127.

³⁹ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 144; Amonn/Gasser, **a.g.e.**, § 27 no:27

⁴⁰ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1199.

⁴¹ “Satış ilanının ne şekilde yapılacağı, artırmanın tarzı, yeri ve gününü ve ilanın gazete ile yapılıp yapılmayacağını, icra müdürü takdir ve tespit eder. İcra müdürü bunu yaparken, ilgililerin menfaatlerine en uygun düşen şekli bulup uygulamalıdır. (İİK m.114/II) Aksi halde, ihalenin feshi (İİK m. 134) istenebilir.” 12. HD. 18.10.1982, 6899/7348 (YKD 1985/5 s. 636); İİD. 21.11.1950, 5157/5228 (Akyazan, **a.g.e.**, s. 191).

Ancak, artırma ilanının bu kişilere artırma gününden uygun bir zaman öncesinden bildirilmesi, bu kişilerin menfaatlerini korumak ve bu kişilere yeteri kadar alıcının temin edilmesi yönünden yararlıdır. Bu sebeple, Yargıtay uygulamasında da haklı olarak bu sistem benimsenmiştir.⁴²

İİK 114/II madde hükmüne göre, açık artırma ilanının ne şekilde yapılacağını, arttırmanın tarzını, yerini ve gününü ve ilanın gazete ile yapılıp yapılmayacağını, icra müdürü tayin ve tespit eder. İcra müdürü bu işlemi yaparken tarafların menfaatine uygun olarak hareket edecektir. Alacaklı ya da borçlu taraf artırmaya katılımı arttırmak için kendileri de ayrıca ilan verebilirler. Tarafların verecekleri özel ilanların satışın geçerliliğini kural olarak etkilemeyeceği kanaatindeyiz.

Gazete ile yapılacak ilanlara satış şartnamesi kanunun deyimiyle “teferruatıyla” geçirilmez. Sadece, İİK 114/III. maddesinde gösterilen asgari bilgilerin bu ilana yazılması yeterlidir. Menkullerin satış ilanı sırasında artırma şartnamesi hazırlanmalıdır. Artırma şartnamesine ilanda gösterilmeyen ve artırmanın yapılmasına ilişkin bütün şartlar yazılır.⁴³

b) Artırma ve İhale Safhası

İİK’nın 115. maddesine göre, artırma işlemi, artırma ilanında bildirilen yer, gün ve saatte icra müdürü ya da icra müdür yardımcısı tarafından yapılır.⁴⁴ Bu kişilerin bulunmaması halinde, artırma işlemleri, icra mahkemesi tarafından görevlendirilecek kâtip tarafından da yapılabilir.

⁴² İİK’nın taşınmaz ihalesini düzenleyen 123 ve müteakip maddeleri hükümleri, aksine hüküm bulunmadıkça ya da mahiyetlerine aykırı düşmedikçe, menkullerin satış hakkında da uygulanmalıdır. Satış memuru, olayın özelliği ve satılan şeyin cins vasfı ve değerini göz önünde tutmak suretiyle satış gününün ilan olunup olunmayacağını ve İİK’nın 127. maddesi gereğince ilanın birer suretinin ilgililere tebliğine karar verebilir. Bu konudaki memurluk takdiri kararı elbetteki yerinde kullanılmalıdır. Aksi halde, şikayet konusu yapılabilir. 12 HD. 23.10.1986, 679/11067 (YKD 1987/2 s. 261).

⁴³ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s.163.

⁴⁴ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1204.

En yüksek peyi ileri sürene satışın yapılabilmesi için teklif edilen peyin kâr payının itibari kıymetinin %60'ını geçmesi gerekir.⁴⁵ Ayrıca, teklif edilen pey satışı isteyen alacaklının alacağına göre öncelikli alacaklı varsa, bu alacağı ve paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da karşılamalıdır.⁴⁶ Buna karşılık, doktrinde, Kuru tarafından savunulan görüşe göre, İİK 115. maddesinde yer alan paraya çevirme ve paylaşırma masraflarının ancak, rüçhanlı alacak varsa bu alacaklar yönünden öngörülmüş olduğunu, rüçhanlı alacağın bulunmaması halinde paraya çevirme ve paylaşırma masraflarının karşılanmasına gerek olmadığı görüşündedir.⁴⁷ Yargıtay'ın bu görüş doğrultusunda da kararları varken,⁴⁸ Yargıtay nispeten daha yakın tarihli bir kararında⁴⁹ paraya çevirme ve paylaşırma masraflarının karşılanması için rüçhanlı alacağın bulunması şartını, kanaatimizce de isabetli olarak, aramamaktadır.

Arttırmada teklif edilen pey satış için yeterli olmazsa, satış geri bırakılır ve arttırmaya katılanlar taahhütleri ile bağlı olmazlar.⁵⁰ İİK 116 maddesine göre, ikinci artırma, ilk arttırmayı izleyen beşinci gün yapılır.⁵¹ İİK 116. madde hükmünün eski düzenlemesinde ikinci arttırmanın beş gün içinde yapılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak 2003 tarihinde 4949 sayılı kanun ile yapılan İİK değişikliği ile ikinci arttırmanın 5. günü yapılacağı açıkça hükme bağlanmıştır.⁵²

İkinci arttırmanın yapılacağı yer gün ve saatin 1. arttırmanın ilanında gösterilmiş olması gerekir.⁵³ İkinci arttırmanın en çok pey ileri sürene yapılabilmesi için teklif edilen en yüksek peyin kâr payının itibari değerinin en az %40'ını bulması ve ihale bedelinin rüçhanlı alacaklı varsa bu alacağın ve paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını karşılaması gerekir.

⁴⁵ İİK m. 115.

⁴⁶ 12.HD 23.4.1981, 2136/4080 (Arslan, **a.g.e.**, s. 131).

⁴⁷ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1206.

⁴⁸ 12.HD 2.12.1980, 7348/8645 (Uyar, **a.g.e.**, s. 347).

⁴⁹ 12.HD 23.4.1981, 2136/4080 (Arslan, **a.g.e.**, s. 131).

⁵⁰ Kuru, (icra iflas) C.II, **a.g.e.**, s. 1207

⁵¹ İİK m.116.

⁵² 4949 sayılı kanunla getirilen İİK 116. maddesinin bu yeni hükmünün hükümet gerekçesinde, "...ikinci arttırmanın ilk arttırmayı izleyen beşinci gün yapılacağı, bunun resmi tatile rastlaması halinde ikinci arttırmanın resmi tatili izleyen ilk iş günü yapılacağı hükme bağlanmıştır. Böylece ilgililerin ikinci arttırmanın hangi gün yapılacağını önceden kesin bir şekilde bilmelerine imkan verilmiştir."

⁵³ İİK m.114/III, İİK m.116/I İİK Yön. m.44).

İhale sonucunda ihale bedeli peşin olarak ödenir. Ancak icra müdürü alıcıya 7 güne kadar ödeme süresi de tanıyabilir.⁵⁴ İhale bedelinin bu süre içinde ödenmemesi halinde, ihale iptal edilir ve kâr payı resen yeniden ihaleye çıkarılır. Kâr payının mülkiyeti, ihalenin yapılması ile ihale bedeli alıcı tarafından henüz ödenmeden ihale anında alıcıya geçer.⁵⁵

4. Kâr Payının Pazarlıkla Satışı

Kâr payının pazarlık suretiyle de satışı kural olarak mümkündür. Ancak, kâr payının pazarlıkla satışı konumuzun sınırlarını aştığından inceleme konusu yapılmamıştır.⁵⁶

II. Faiz, Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi

1. Sermaye İçin Öngörülen Faiz Alacağının Paraya Çevrilmesi

Kollektif ve komandit şirketlerde ortaklara şirkete koydukları sermaye karşılığında kural olarak faiz verilmez. Ancak, şirket sözleşmesinde sermayeye faiz verilmesi de öngörülmüş olabilir.⁵⁷ Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm varsa, ortağın kişisel alacaklısı tarafından borçlu ortağın şirketten olan faiz alacağı haczedilmesi halinde kâr olsun ya da olmasın bu faiz alacağının paraya çevrilmesi istenebilir. Bu halde, faiz alacağı da yine ortağın şirketten olan kâr payı alacağı gibi paraya çevrilebilir.

2. Masraf ve Avans Alacaklarının Paraya Çevrilmesi

Borçlu ortak şirkete ait işler için şirkete ödünç para vermiş ya da şirket için masraf yapmışsa, bu halde, bu alacakların haczedilebileceği yukarıda

⁵⁴ İİK m. 118.

⁵⁵ BK m.231.

⁵⁶ Pazarlık suretiyle satış hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz; Özümücu, **a.g.e.**, s. 78 – 137.

⁵⁷ TTK m.44

açıklandı.⁵⁸ Haczedilen bu tür alacakların da paraya çevrilme usulü kâr payı alacağının paraya çevrilmesi usulü ile tamamen aynı hükümlere tabidir.

III. Ücret Alacağının Paraya Çevrilmesi

Kural olarak, kollektif ve komandit şirketlerde ortaklara çalışma ve emeklerine karşılık ücret verilmez. Ancak, şirket sözleşmesinde bunun aksi kararlaştırılabilir.⁵⁹ Borçlu ortağın haczedilen ücret alacağının nasıl paraya çevrilip icra dairesine yatırılacağı İİK'nın 335. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, icra dairelerinden yapılacak olan haciz tebligatı ile birlikte, şirket yetkilileri, haczin icra edildiğini ve ücret miktarını bir hafta içinde icra dairesine bildirmek zorundadırlar. Bundan sonra da borç bitene kadar icra dairesinin tebligatı uyarınca haczettikleri ve kesinti yaptıkları bedelleri hemen icra dairesine göndermeye mecburlardır.⁶⁰

IV. Tasfiyesi Yapılmakta Olan Şirkette Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi

Şirketler, gerek iflas hükümlerine göre⁶¹ gerekse, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre tasfiyeye girmiş olabilir.⁶² Kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri tasfiyeye girmekle kendiliğinden sona ermez.⁶³ Kollektif ya da komandit şirketler bu halde, tasfiye amacı ile sınırlı olarak tüzel kişiliklerini muhafaza ederler.

Şirketin tasfiyesinin amacı, TTK'nın 230. maddesine göre, şirketin devamı sırasında başlamış olup ta henüz sonuçlandırılmamış olan ticari ilişkilerin tamamlanması, şirketin borç ve taahhütlerinin ifası, alacaklarının tahsili ve mevcut mallarının paraya çevrilmesi suretiyle şirketin safi mevcudunu elde etmeye yarayan bütün iş ve muameleleri yapmak ve elde edilen şirketin mevcudunu ortaklara dağıtmaktır. Şirketin tasfiyesi aşamasında da borçlu ortağın şirket nezdinde

⁵⁸ Borçlu ortağın bu harcamaları nedeniyle faiz isteme hakkı da vardır. (TTK. m. 170/I).

⁵⁹ TTK m.144.

⁶⁰ İİK m.355/I.

⁶¹ İİK m.154vd.

⁶² Domaniç, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 630.

⁶³ Domaniç, (adi – kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 428.

bulunan tasfiye payı, borçlu ortağın şahsi alacaklısı tarafından kural olarak haczedilebilir. Bu bağlamda, alacaklı borçlu ortağın tasfiye halindeki şirketteki haciz ettiği tasfiye payının paraya çevrilmesini de isteyebilir.

Belirtmeliyiz ki, borçlu ortağın tasfiye payının paraya çevrilebilmesi için öncelikle, tasfiye sonucunda borçlu ortak adına olumlu bir bakiyenin ortaya çıkması gerekir. Aksi halde, borçlu ortak adına olumlu bir aktifin olmaması halinde, ortada maddi değeri olan bir malvarlığı olmadığı sürece tasfiye bakiyesinden dolayısı ile bunun da paraya çevrilmesinden de söz edilemez.⁶⁴

1. Alacaklıya Devri

Tasfiye payının borçlu ortağa düşecek olan miktarının belirlenmesinden sonra, belirlenen bu pay borçlu ortağın alacaklısına devir edilebilir. Bu devir iki şekilde yapılabilir; tasfiye payı alacağa ödeme yerine geçmek üzere alacaklıya devredilebilir ya da tasfiye payı alacağı tahsil amacıyla devredilebilmesi mümkündür. Tasfiye payının alacaklıya devri 5. ve 6. paragraflarda ilgili bölümlerde açıklandığından burada ayrıca tekrarlanmayacaktır.

2. Doğrudan İcra Dairesine Ödenmesi

Alacaklının talebi üzerine hacizden sonra, tasfiyesi yapılmakta olan şirkette, borçlu ortağa düşen olumlu tasfiye bakiyesi varsa, icra müdürü bu bakiyenin icra dairesine ödenmesi hususunu tasfiye memurlarına ve şirkete bildirir. Tasfiye memurları tarafından icra dosyasına bu bakiyenin ödenmesiyle borçlunun icra dairesine yapılan ödeme oranında alacaklıya karşı olan borcu sona erecektir.

3. Açık Artırma ya da Pazarlık Suretiyle Satışı

Tasfiye, bir ticari kuruluşun iktisadi varlığının sona ermesi halinde şirketin mali ilişkilerinin çözülmesi, haklarının tahsil edilerek borçlarının da

⁶⁴ “sadece maddi bir değeri olan ve paraya çevrilebilir mal varlıkları ve haczin konusu yapılabilir.”

ödenmesi suretiyle elde edilecek olan safi malvarlığının ortaklara dağıtılmasıdır.⁶⁵ Bu nedenle, tasfiye sonunda şirketin malvarlığı değerlerini oluşturan mal ve hakların dağıtılması söz konusu olmayıp, tasfiye memurlarınca tüm mal ve hakların satılıp, paraya çevrilmesi işlemi yapılır. Bu sebeple, borçlu ortağa düşecek olan pay bir para alacağıdır. Dolayısıyla, alacaklar da menkul hükümlerine tabi olur.⁶⁶ Bu itibarla, tasfiye payının satılmasında da menkullerin satışına ilişkin satış kuralları uygulanır.⁶⁷

Tasfiye payının, tasfiyenin yapılp borçlunun tasfiye payının bedeli henüz belli olmadan önce açık artırma veya pazarlık usulü ile satılması mümkün kural olarak mümkün değildir. Zira açık artırma ya da pazarlık usulü ile bir mal veya hakkın satılabilmesi için artırmaya konu olacak olan malın veya hakkın cinsinin, miktarının ve önemli özelliklerinin belli olması gerekir.⁶⁸ Henüz tasfiyesine başlanılmış ya da tasfiyesi devam etmekte olan bir şirkette borçlu ortağa olumlu bir bakiyenin kalıp kalmayacağı veya kalsa dahi ne kadar kalacağı belli olmadan bir alacak hakkı olan tasfiye payının satılması mümkün olmamalıdır. Ancak, öte yandan, tasfiye işlemlerinin başlangıcında tasfiye memurları tasfiyeye giriş bilânçosu tanzim edeceklerdir. Buna göre, tasfiyeye başlangıç envanter ve bilanço yapılacaktır.⁶⁹ Bu bilânçoda şirketin aktif ve pasifleri yeniden belirlenecektir. Şirketin aktifinde yer alan değerler üzerinden şirketin pasifleri düşürüldükten sonra kalan değerler üzerinden ortakların sermaye payı ve varsa tasfiye payı hesaplanıp, bu pay da değer olarak ele alınıp ihaleye çıkarılabilip çıkarılamayacağı tartışma konusu yapılabilir.

Tasfiye payının bu aşamada ihaleye çıkarılmasındaki en büyük zorluk, tasfiye döneminin başında yapılan bu envanter çalışmaları ve tasfiyenin sonunda düzenlenen bilançodaki değerlere, ileride tasfiye memurlarının bu hak ve malları paraya çevirmeleri neticesinde ulaşmaları mümkün olmayabilir.⁷⁰ Bu sebeple, bu şartlarda ihale yapılması takibin taraflarının menfaatlerine uygun değildir. Bunun

⁶⁵ Uçar, **a.g.e.**, s. 37.

⁶⁶ İİK m.106/II.

⁶⁷ İİK m.112, 116, 119.

⁶⁸ Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 143.

⁶⁹ TTK m.226.

⁷⁰ TTK m. 206 - 207, 233/I, 234.

yanında, şirketin bazı alacaklarının tahsil edilememesi de söz konusu olabilir. Ayrıca, şirketin bazı mal ve haklarının da paraya çevrilmesi zor ya da imkânsız olabilir. Görüldüğü üzere, ortağa tasfiyenin sonucunda düşebilecek olumlu bakiye tasfiyeye giriş bilânçosunda öngörülen miktardan çok fazla ya da eksik de olabilir. Bu halde, cebri icra hukukunda cebri artırmanın en temel ilkeleri olan gerek borçlu gerek alacaklı ve gerekse de alıcının yararlarının korunması ilkesine aykırı hareket edilmiş olur. Üstelik cebri artırmanın amacı artırmaya mümkün olduğu kadar çok katılımı sağlayarak rekabeti artırmak ve böylece de takibin taraflarının menfaatlerinin korunmasının sağlanmasıdır. Ancak, bu şartlarda, ihaleye çıkarılması halinde, ihaleye olan ilginin azalacağına tereddüt yoktur. Bu itibarla, tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek olan tasfiye payının borçlu ortak adına tahakkukundan önce ya da sonra⁷¹ açık artırma ile satılması söz konusu olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Şirketin Feshinin Dava Edilmesi ve Tasfiye Payının Paraya Çevrilmesi

Şirkette her ortağın belirli bir sermaye payı vardır. Şirketin kurulması aşamasında ortaklar ortaklık sözleşmesinde ortaklığa koyacakları sermayenin mahiyetini, nevini ve miktarını yazmaları gerekir. Bu sermaye para, ayın, bir alacak hakkı veya sair bir hak ya da emek olabilir.⁷² Ortaklar şirkete koydukları sermaye payı karşılığında şirkette ortaklık payına sahip olurlar. Ortakların şirkete koydukları sermaye payları karşılığında ortaklık malvarlığı üzerinde sahip oldukları mali taleplerin tümüne tasfiye ayrılma payı denir.⁷³ Tasfiye payı şirket devam ettiği sürece şirketin amacına ulaşmak için kullanılacağından şirketin devamı süresince ortaklar tarafından tasfiye payının talep edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, tasfiye payının talep edilebilmesi için şirketin sona ermesi

⁷¹ Tasfiye payının tahakkuk etmesi ile bu pay bu ortağa ödenecek durumda olduğundan, alacaklıya devredilmesi yada icra dairesince celbedilmek suretiyle paraya çevrilmesi gerekir. Ancak, tahakkuk eden tasfiye payının belirli bir vade de ödenmesi söz konusu olursa kâr payının pazarlık veya artırma suretiyle satışına ilişkin kurallar burada da aynen uygulanır.

⁷² TTK m.139,155/5.

⁷³ Tasfiye payının tahakkuku ile bu pay ortağa ödenecek durumda olduğundan, alacaklıya devredilmesi veya icra dairesince celbedilmek suretiyle paraya çevrilmesi gerekir. Ancak tasfiye payının belirli bir vade de ödenmesi söz konusu olursa kâr payının pazarlık veya artırma suretiyle satışına ilişkin kurallar burada da aynen uygulanır.

gerekir. Bunun anlamı, şirketin ticari faaliyetlerine son vermesidir. Bu itibarla, şirketin ortaklarına ve şirketin ortaklarının şahsi alacaklarına doğrudan doğruya şirketin mal varlığına el atarak borçlu ortağın tasfiye payını alma imkânı tanınmamıştır.⁷⁴

Ortakların şahsi alacaklıları alacaklarını alabilmek için şirketin tasfiyesini talep etmesi ve böylece şirketin amacında bir değişiklik yaparak iç ve dış ilişkide ortaklığın mali ilişkilerinin çözülmesi imkânı ortakların şahsi alacaklılarına tanınmıştır.⁷⁵ Böylece, ortakların şahsi alacaklıları amacı değişen şirketin tasfiyesi sonucunda şirket ortağı borçlunun lehine tahakkuk edecek olumlu bakiyeden alacaklarını alabileceklerdir.⁷⁶ Bu amaçla, Türk Ticaret Kanunu'na, İcra İflas Kanunu hükümleri ile birlikte uygulanmak üzere hükümler konulmuştur. Böylece, bir kollektif veya komandit şirket ortağının şahsi alacaklısına şirketi tasfiyeye götürerek, borçlu ortağa düşecek tasfiye payından alacağını elde etme imkânı tanınmıştır.⁷⁷

Borçlu ortağın şahsi alacaklısı, borçlunun şirketteki tasfiye payına haciz koydurabilmesi⁷⁸ için alacağını borçlunun kişisel malvarlığından ve borçlunun şirketteki kâr payı, faiz, masraf, avans ve varsa ücret alacağından tam olarak alamamış olması gerekir.⁷⁹ Ayrıca, ortağın şirket hissesini haczedenden şahsi alacaklısı altı ay önceden ihbar etmek ve aynı zamanda hesap yılı sonunda hüküm ifade etmek şartıyla, şirketin feshini yetkili ve görevli mahkemeden talep etmelidir.⁸⁰

Borçlu ortağın şahsi alacaklısı, öncelikle şirkete fesih ihbarında bulunarak, borçlunun şirketteki payının haczedildiğini, alacağının borçlu ortağın

⁷⁴ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 740 vd.

⁷⁵ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 741.

⁷⁶ Görüldüğü üzere, tasfiye payı şarta bağlı bir mali talep hakkıdır. Zira şirket devam ettiği sürece malvarlığı şirketin amacının gerçekleştirilebilmesi için kullanılan bir araçtır. Bu itibarla, şirket devam ettiği sürece tasfiye payının talep edilebilme imkanı yoktur.

⁷⁷ Alacaklılara doğrudan şirketin mal varlığına başvurarak tasfiye payını alma hakkı tanınmamıştır. Bu zaten ortaklık ilişkisinin amacına da aykırı olurdu.

⁷⁸ Alacaklı öncelikle borçlu ortak hakkındaki takibini kesinleştirmiş olmalıdır. Bu sebeple, ihtiyati haciz yolu ile borçlu ortağın sermaye payı haczedilip, ayrıca şirketin feshi istenemez. Uyar, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 80; Ayrıca, TD. 22.10.1965, 5221/2981 Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 739.

⁷⁹ TTK m.145 ve 191

⁸⁰ TTK m.191

diğer mal varlığı değerlerinden elde tahsil edemediğini bildirecektir. Alacaklının bu fesih ve tasfiye ihbarı hesap dönemi sonunda hüküm ifade eder.⁸¹ Fesih ihbarı hem şirkete hem de ortaklara yöneltilmelidir.⁸² Alacaklının feshi ihbarı ile hesap devresi arasında altı aydan daha az bir süre varsa, alacaklının yaptığı ihbar ancak gelecek ilk hesap devresi sonucu için hüküm ifade eder.⁸³ Feshi ihbar sürelerine uyulmamış olması haczin geçerliliğini etkilemeyecektir.⁸⁴ Alacaklının şirketi feshi ihbarı için aslında bir şekil öngörülmemiş olmakla birlikte, feshi ihbarın ispatı için yazılı şekil şartı aranacaktır.⁸⁵

Alacaklının şirketin feshi için açacağı davada görevli mahkeme Ticaret Mahkemesidir.⁸⁶ Açılacak olan bu dava mutlak bir ticari⁸⁷ davadır. Zira kollektif ve komandit şirketlerin feshine ilişkin bu husus, Ticaret Kanunumuzda düzenlenmiştir. Yetkili mahkeme ise, şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir.⁸⁸ Buradaki yetki ise, HUMK m 17 uyarınca mutlak yetkidir.⁸⁹

TTK 191. maddesine göre, alacaklının şirketin feshini isteyebilmesi için icra mahkemesinden bir yetki belgesi almasına veya icra mahkemesinin İİK'nın 121. maddesi gereğince bir karar vermesine gerek yoktur.⁹⁰ Alacaklının TTK 191. maddesindeki şartlar yerine getirildikten sonra, yani şirkete gerekli ihbarları yaptıktan sonra şirketin merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde fesih davası açmasının bir süreye tabi olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Bu

⁸¹ Y.11.HD. 9.5.1990 gün ve E. 1989/3405, K. 1990/3716 (YKD, C. 16 S.10 Ekim 1990, s. 1493); Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 740.

⁸² Çevik, **a.g.e.**, s. 419; ancak, Y. TD. 30.4.1970 tarihli bir kararında TTK 191. maddesinde şirket ortaklarına tebligat yapılacağına dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle ortaklara ayrıca tebligat yapılmasına gerek yoktur. şeklinde karar vermiştir. Uyar, (icra) **a.g.e.**, s. 422.

⁸³ OR. Art. 575/II ve HGB § 135.

⁸⁴ Feshi ihbar ile ilgili hususlar tasfiye payının haczi ile ilgisi yoktur. süreye uyulmaması, ihbardaki yanlışlıklar haczi etkilemez. Feshi ihbar hacizden sonraki bir işlemdir.

⁸⁵ HUMK. m.288; TTK m. 4.

⁸⁶ TTK m. 3 bu fesih davası hem ticari bir iş hem de TTK da düzenlenmiş bir husustur. Görüldüğü üzere, şirket hisselerinin haczinde TTK ve İİK hükümleri birlikte uygulanmak gerekir.

⁸⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 87.

⁸⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren – Yıldırım, (icra) **a.g.e.**, s. 87.

⁸⁹ Aksine hüküm bulunmadıkça şirketin ikametgahı şirket merkezi olarak kabul edilir ve sözleşme- de gösterilir. TMK m.51 Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerin yöneltildiği yerdir. Bkz, (HUMK m.9 ve 17).

⁹⁰ Alacaklı tarafından TTK'nın 191 inci maddesi hükmüne göre şirketin tasfiyesinin istenebilmesi için bu alacağın borçlu ortağın şahsi mallarından karşılanmasının imkansız olması şartının gerçekleşmesi yeterlidir. Y. TD. 22.10.1965 gün, E. 1965/5221, K. 2981. Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 739.

konuda TTK'da ve İİK'da açık bir hüküm yoktur. Ancak, bu konuda doğrudan bir hükmün olmaması, davanın her zaman açılabilceğı ve şirket hissesi üzerinde de sürekli bir haczin var olacağı anlamına gelmez.

Yargıtay 12.HD. 1987 tarihli bir kararında,⁹¹ üzerinde elbirliğı halinde mülkiyet hissesi haczedilen taşınmazda, alacaklı ortaklığın giderilmesi davasını hacizden itibaren iki yıl içinde açarsa, aynı zamanda süresi içinde satış talebinde de bulunmuş sayılacağı sonucuna ulaşmıştır. Aynı kuralı, kollektif ya da komandit şirket hissesinin (tasfiye payının) haczi ve paraya çevrilmesinde de uygularsak; yani TTK'nın 191.maddesi gereğince borçlu ortağın tasfiye payına haciz koydurduktan sonra, feshi ihbarda bulunabilir. Alacaklı, şirketin feshi ihbarını talep etmediğı sürece TTK'nın 131. maddesindeki süreler işlemeden ticaret mahkemesinde fesih davası açılmaz. Bu halde, ne zamana kadar feshi ihbarda bulunulabileceğı hususu önem kazanır. Fesih ihbarda bulunabilmenin temel şartı hisse üzerine konan haczin varlığıdır. Bunun anlamı, borçlu ortağın tasfiye payı üzerinde haciz devam ettiğı sürece alacaklı fesih ihbarında bulunabilir. Tasfiye payı ortağın şirketten olan alacak hakkı olduğuna göre,⁹² alacak hakları da kural olarak bir yıl içinde paraya çevrilmesi⁹³ talep edilmesi gerektiğinden, alacaklı haciz den itibaren 1 yıl içinde şirketin feshi ihbarında bulunmalı ve şirketin feshini Ticaret mahkemesinden talep etmelidir.⁹⁴ Buna göre, alacaklı tarafından hissenin haczinden itibaren bir yıl içinde şirketin feshi ihbarında bulunulabilir. Şirket hissesinin haczinden sonra şirketin feshi ihbarının payın paraya çevrilmesi istemini de kapsadığını kabul etmek gerekir.⁹⁵

Kural olarak, alacaklı için satış isteme süreleri mutlaka borçlu adına bir payın, hissenin veya malın tahakkuk etmesinden sonra başlamalıdır.⁹⁶ Buna

⁹¹ 12.HD. 11.5.1987, 9513/6309 Uyar, (ihale) **a.g.e.**, s. 26; 19.HD 2012.1994, 10157/12870 Uyar, C.II, **a.g.e.**, s. 3250.

⁹² Şimşek, **a.g.e.**, s. 386.

⁹³ İİK m.106/II.

⁹⁴ İİK m.106; TTK m.191.

⁹⁵ Arslanlı/Domaniç, **a.g.e.**, s. 299.

⁹⁶ İİD. 27.2.1967T.,1756/1961. Bkz, Üstündağ, **a.g.e.**, s. 240 "...borçlunun...Kooperatif zimmetinde sene sonu bilançosuna göre tahakkuk edecek kâr payı ile kooperatifin ileride kendisine tahsis edeceği gayrimenkul hazine taalluk etmekte bulunduğuna göre..."atiye muzaf bu haciz" konusu alacak ve bu hakların tahakkuk edip etmediğı...araştırılmalı...üçüncü şahıs bu miktarlar üzerinden sorumlu tutulmalıdır.

karşılık, İİK m.106 ve TTK m.191 birlikte yorumlandığında, alacaklı hacizden itibaren 1 yıl içinde şirketin fesih ihbarın da mutlaka bulunmalı ve şirketin fesih ve tasfiyesini istemelidir.⁹⁷

Alacaklının açmış olduğu fesih davasının dava şartı olarak, alacaklının borçlunun şahsi mallarına müracaat ettiğini ve alacağının bu mallardan karşılayamadığını belgelemesi gerekmektedir.⁹⁸ Bu şart davanın başında aranacaktır, aksi halde, şirketin feshi için açılan dava reddedilir.⁹⁹ Alacaklı dava şartını yerine getirmiş olursa, yani borçlunun şahsi mallarına ve kâr payına başvurmuş olduğunu ancak alacağını bu alacak kalemlerinden alamadığını belgelemiş olursa, bu halde, şirketin feshi için açılmış olan davanın görülmesine başlanabilir. Davanın görülmeye başlaması ile beraber, gerek fesih ihbarın ve gerekse, davanın kollektif ve komandit şirket ortaklarına bildirilmesine yani ihbarına gerek yoktur. Açılan bu fesih davasına şirketin alacaklıları, şirketin ortakları ve asıl borçlu ortak fer'i müdahil sıfatıyla katılabilmelidirler.

Ortağın şahsi alacaklısı tarafından yapılan fesih ihbarı üzerine, diğer ortaklar tarafından bu alacağın ödenmesi suretiyle borçlu ortak ortaklıktan çıkarılabilir ve böylece de şirkete karşı açılmış olan fesih davası konusuz kalacaktır.¹⁰⁰

Alacaklının alacağı, şirket ortakları tarafından dava hakkında karar verilene kadar ödenmemesi halinde¹⁰¹ ya da ortağın payı icra dairesine

⁹⁷ Fesih davası açmak için geçmesi gereken fesih ihbar süreleri bu bir yıllık dava açma süresinden sayılmamalıdır. Bununla beraber, Arslanlı, limited şirketlerde ortağın şahsi alacaklısının feshi ihbarda bulunması ile ilgili olarak şöyle demektedir: "...payın haczi üzerine fesih ihbarının hemen yapılması şart değildir. Alacaklı,...hacizden bir müddet sonra fesih ihbarında bulunabilir. Diğer bir deyimle altıncı ayın sonuna muzaf olmak üzere şirketin feshi her zaman istenebilir, yeter ki...haciz bu müddetin sonuna kadar devam etsin." Hacizle alacaklı malın satılmasını bir senelik müddet içinde istemezse, mal üzerindeki haciz kalkar (İİK m.106, 108 ve 110). Bu hüküm kıyasen tatbik edildiği takdirde, alacaklı altıncı ayın sonuna kadar fesih talebinde bulunması lazımdır; aksi takdirde, fesih süresi dolmadan haciz düşmüş olur. Bkz, Arslanlı/Domaniç, **a.g.e.**, s. 305.

⁹⁸ Bu şartın aciz vesikası ile karıştırılmaması gerektiği, bu konuda hatalı bir yargıtay kararı olduğu şeklinde açıklamalar için Bkz § 5.

⁹⁹ İİK m. 7.3.1967, 2204/2215; Uyar, (icra) **a.g.e.**, s. 422.

¹⁰⁰ TTK m.198/II.

¹⁰¹ Mahkeme feshe karar verse ve bu karar kesinleşmeden alacaklının alacağı ortaklık veya diğer ortaklar tarafından ödenirse, davanın konusu kalmayacağı için, fesih kararı, ortaklığın başvurusu üzerine ek bir kararla kaldırılabilir. İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 99.

yatırılmaması halinde, mahkeme tarafından şirketin feshine karar verilecektir.¹⁰² Böylece şirket tasfiyeye girmiş olur, şirkete tasfiye memuru atanır ve şirket tüzel kişiliğini tasfiye sonuna kadar tasfiye maksadı ile sınırlı olarak devam ettirir. Şirketin tasfiyesi de şirket sözleşmesinde aksine hükümler yoksa TTK'nın 207 – 242. madde hükümlerine göre yapılacaktır.¹⁰³

I. Tasfiye Memurlarının Seçimi ve Alacaklının Müdahalesi

İflasın dışında, kollektif veya komandit şirketlerin tasfiyesi tasfiye memurlarına aittir. Tasfiye memurları, şirket sözleşmesinin düzenlenmesi sırasında veya daha sonra sözleşme ile ya da sözleşme de öngörülmüş ise şirketin devamı sırasında veyahutta bir karar ile seçilebilirler.¹⁰⁴ Bu konudaki kararlar kural olarak oybirliği ile alınmalıdır.¹⁰⁵

Sözleşme hükümlerine göre, tasfiye memurlarının seçilmesi mümkün değilse ya da tasfiye yapılamayacak durumda ise veya bu konuda ortaklar anlaşamamış ve bir karar alamamışlarsa, alacaklı mahkemeden tasfiye memurlarının atanmasını isteyebilir.¹⁰⁶ Alacaklının talebi üzerine açılan bu davada hâkim sadece şirketin feshine ilişkin karar vermekle yetinmez; hâkim aynı zamanda tasfiyenin nasıl yapılacağına da karar vermek zorundadır. Bu amaçla şirkete bir tasfiye memuru atanır.¹⁰⁷

Ortağın tasfiye payının hesaplanması konusunda, önce sözleşmeye bakılır. Zira ortaklar sözleşmede tasfiye payı konusunda diledikleri hükümleri koyabilirler. Ortaklık sözleşmesinde, tasfiye payının hesaplanmasına ilişkin olarak

¹⁰² Fesih talebiyle dava açan alacaklı tarafından açıkça tasfiyenin yapılması ve tasfiye memurunun atanması talebini istememiş olsa bile fesih davasının açılmış olması aynı zamanda tasfiyeyi ve tasfiye memurunun atanmasını da kapsar. 11HD 6.6.1974, 1939/1871 (Batider, 1974/4 s. 990).

¹⁰³ TD. 6.7.1945, 2393/188 Çevik, (kollektif şirketler) **a.g.e.**, s. 646.

¹⁰⁴ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 779.

¹⁰⁵ TTK m.212/1.

¹⁰⁶ İİK m. 7.3.1967, 2204/2215 Uyar, (icra) **a.g.e.**, s. 422.

¹⁰⁷ Yargıtay'ın kararlarına göre, kollektif yada komandit şirketin feshi talebi aynı zamanda o şirketin tasfiyesini ve hatta o şirkete tasfiye memuru tayini talebini de içerir. Mahkeme fesih talebi üzerine tasfiyeye ve tasfiye memuru tayinine de karar verir. Ancak, mahkeme bu konuda karar verirken şirket ana sözleşmesinde yer alan tasfiye ile ilgili hükümleri de dikkate almak ve burada bu konuda hüküm bulunması halinde bu hükümlere uygulama önceliği tanımak zorundadır. (Y. 11.HD. 1.6.1982 gün ve E. 1982 /2004, K. 2657; Y. 11HD. 6/6 1974 gün ve E. 1974/1939, K. 1871) Bkz. Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 741.

bir hüküm yoksa tasfiye payının hesaplanması için öncelikle ortaklık malvarlığının gerçek değeri bulunur. Bunun için ilk olarak ortaklık borçları ödenmelidir. Kalan malvarlığı değerlerinden, ortakların koymuş oldukları sermaye payı ortakların kendilerine geri verilir. Alacaklı da tasfiye sırasında dilerse haklarının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik olarak icra mahkemesine başvurabilir.¹⁰⁸

II. Tasfiye Payının Belirlenmesi ve İcra Dairesine Ödenmesi

Tasfiye memurları şirketin tasfiyesine başlarken öncelikle şirketin envanteri çıkarılır ve tasfiyeye giriş bilânçosu hazırlanır. Ayrıca, şirketin mallarının muhafazası için gerekli tedbirler de alınır. TTK'nın m.210 hükmü gereğince, ortaklara ve ortaklığın şahsi alacaklılarına ödeme yapılmadan önce ortaklık borçlarının tamamen ödenmesi gerekir.¹⁰⁹ Zira şirketin fesih edilmesinden sonra kollektif ve komandit şirket alacaklılarının alacaklarının tahsiline yönelik öncelik hakları vardır.

Şirketin tasfiyeye girmesi ile birlikte şirket varlığını ve tüzel kişiliğini tasfiye ile sınırlı olarak devam ettirir. Buna göre, şirketi temsil ile vazifeli olan kimseler tasfiye memurlarıdır.¹¹⁰ Tasfiye memurları şirketin alacaklarını tahsil edip borçlarını ödemek ile yükümlüdürler.¹¹¹ Şirketin alacakları tahsil edilip borçları ödendikten sonra geriye bir malvarlığı kalırsa, ortakların ve borçlu ortağın şirkete koydukları sermaye payları kendilerine iade edilir. Sözleşmede aksine hüküm yoksa kural olarak dağıtım para olarak yapılır.¹¹² Ancak, bu yönde bir hüküm ya da karar varsa, borçlu ortağa herhangi bir mal veya hak sermaye karşılığı verildi ise ya da borçlu ortak bir malın ya da intifa veya kullanma hakkını sermaye olarak koymuş ise, ortağa koyduğu mal veya hak geri verilir. Kullanma karşılığı veya

¹⁰⁸ İİK m.121. bu tedbirler cümlesinden olmak üzere alacaklı, şirketin tasfiyesinin icra mahkemesinin görevlendireceği bir memur tarafından kontrol edilmesini talep edebilir. Kuru, **a.g.e.**, (icra iflas) C.II, s. 1229; dn.11.

¹⁰⁹ TTK m.210; ayrıca, bkz. TTK m. 181 ve 182.

¹¹⁰ Şirketin tasfiyeye girmesi ile beraber yönetim ve temsil tasfiye memurlarına geçer. Şirketin tüzel kişiliği devam eder, ancak bu devamlılık tasfiyenin gayesi ile ilgilidir. Bundan sonra şirkete yapılacak olan tebligatlar, bildirimler hep tasfiye memurlarına yapılmalıdır. TTK m.220.

¹¹¹ Çevik, (kollektif şirketler) **a.g.e.**, s. 644; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 153; Başbuğoglu, **a.g.e.**, s. 326.

¹¹² TTK m.325.

intifa bedeli olarak ortağa bir ödeme yapılmaz. Fakat bunun aksi kararlaştırılmış ise belli bir bedel verilebilir.

Borçlu ortağın hissesi için yapılacak olan tüm bu ödemeler, borçlu ortağa değil icra dairesine yapılır.¹¹³ Böylece yapılan bu ödeme ile alacaklı tatmin edilir. Borçlu ortağa yapılacak olan iadeler de bir kısım mal veya hak söz konusu ise, bu mal veya haklar da hacizli olduğu için bunlar da icra dairesine verilir. Bu mal ve haklar icra dairesi tarafından paraya çevrilerek alacaklının alacağı karşılanır, geriye, bakiye bedel kalması halinde bu bedel borçluya iade edilir.

Tasfiye payının açık artırma ya da pazarlık usulü ile satılması kural olarak mümkün değildir. Zira bu halde borçlu ortağa düşecek olan payın değerinin belirlenmesi çok zordur. Çünkü bu halde, şirketin bilânço değerlendirilmesi yapılmış olsa da tasfiyenin sonunda belirlenen bilânço ile gerçekleşen bilânço aynı olmayabilir. Tasfiye memurları şirkete ait mal ve hakların paraya çevrilmesinde, TTK'nın m.233 hükmü gereğince hareket ederler. Buna göre menkul mallar¹¹⁴ halin icabına göre ya açık artırma ile ya da pazarlık usulü ile satılırken, ortaklar oybirliği ile başka yönde karar almazlarsa taşınmazlar kural olarak İİK hükümleri gereğince açık artırma ile satılır.¹¹⁵ Bu halde, satışlar sonunda elde edilebilecek olan değer ile tasfiyeye giriş bilânçosu arasında farklılıklar olabilir. Bu sebeple, bu hissenin satılması takibin taraflarının menfaatlerine uygun değildir.

Ayrıca, Türk Ticaret Kanununa göre,¹¹⁶ şirket tasfiyeye girmiş olmasına rağmen ortaklar, kollektif veya komandit şirketin devamına karar vermiş olmaları halinde,¹¹⁷ şirket yine eski haline dönecek ve tasfiye memurlarının görevleri sona erecektir. Bu halde, tasfiye payı pazarlık veya artırma ile satılırsa, alıcı ortak olarak kalmaya devam edecek, böyle bir durumda hisse devrinin kurallarına uyulmamış

¹¹³ Tasfiye memurları icra dairesine yerine borçluya ödeme yapmaları halinde TTK m.224 hükmüne göre sorumlu olurlar.

¹¹⁴ Halin icabından maksat İİK m.112 – 119 hükümlerinin mutlaka göz önünde bulundurulmasının gerekliliğidir.

¹¹⁵ İİK m.112; TTK m.233, 168.

¹¹⁶ TTK m. 186, 189, 197, 198.

¹¹⁷ Bu karar ancak borçlu ortağın şahsi alacaklısının alacağının tam olarak ödenmesi suretiyle olabilir. TTK m.191. Y. TD. 30.4.1970 gün ve E. 1969/2517, K. 1970/1788, Doğanay, (şerh) C.I, a.g.e., s. 741.

demektir.¹¹⁸ Alıcı bu payı ancak tasfiye yapılacağı inancı ile almış ise şirketin tasfiye edilmesi durumu ortadan kalkınca alacaklı beklemediği bir sonuç ile karşılaşabilecektir.¹¹⁹ Tasfiye ile ilgili olarak borçlu ortağa düşen paya ilişkin ödemeler icra dairesine yapılmak zorundadır. Alacaklıların alacakları da icra dairesi tarafından ödenir.

1. Ortaklarca ya da Ortaklık Tarafından Borcun Ödenmesi

Kural olarak kollektif ve komandit şirketler şahıs şirketleri olduğundan sermaye şirketlerinin aksine¹²⁰ şirketin devamlılığından ziyade şirketin ortakları arasındaki ilişkiler daha yoğundur. Bu itibarla, şirket ortaklarından bir tanesinin hissesi haciz edilmesi halinde,¹²¹ şirkete yabancı ortağın girmemesi için şirket fesih olacaktır. Bununla birlikte, şirketin fesih ve tasfiyesi ile ticari işletmenin faaliyeti dolayısıyla yaratılan iktisadi kıymetlerin kaybına neden olduğundan fesih ve tasfiyenin sınırlandırılmasını öngören düzenlemeye TTK'nın 186.madde hükmün de yer verilmiştir.

Ayrıca, TTK m.189, 197 ve 198. maddelerinde şirketin ortaklarının hissesine haciz konulan alacaklıyı şirketten çıkararak şirketin devamını sağlayabilmeleri mümkün kılınmıştır. Bu itibarla, şirketin tüzel kişiliği devam ettiği süreçte, şirket tasfiyeye girmiş olsun ya da olmasın şirketin diğer ortakları borçlu ortağın borcunu tamamen ödeyerek şirketin feshini önleyebilirler.¹²² Bu noktada alınacak karar ortaklarca oybirliği esasına uygun olarak alınmalıdır.¹²³ Aksi halde, bu karar geçerli olmayacaktır. Kollektif veya komandit şirket tamamen fesih edilmiş olmadıkça, ortaklar şirketin devamına oybirliği ile karar vererek şirketin

¹¹⁸ BK m. 532 hissenin devri, sözleşme hükümleri varsa, o hükümlere göre, bir sözleşme hükmü yoksa bütün ortakların oybirliği ile vereceği kararla gerçekleştirilebilir.

¹¹⁹ Kuru, (icra iflas) **a.g.e.**, C.II, s. 1229.

¹²⁰ Sermaye şirketlerinde ortakların kişilikleri önemli değildir, asıl olan şirketin devamlılığıdır.

¹²¹ Şirketteki güven ilişkisine bağlı olarak ortaklardan birinin herhangi bir şekilde ortaklık yükümlülüklerini ihlal etmesi veya herhangi bir davranışının ortaklık ilişkilerini etkilemesi nedeniyle ortaklara bu ortağı ortaklıktan çıkarma hakkı ve haklı nedenle fesih imkanı tanınmaktadır.

¹²² TTK m. 191/II. Bu halde fesih davası açılmış olsa bile alacaklının alacağı diğer ortaklar tarafından ödenmesi ile dava konusuz kalacağından düşecektir.

¹²³ Şirket fesih olunmuş ve tasfiyeye girmiş olsa dahi diğer ortaklar oybirliği ile alacakları karar gereğince şirketin devamına karar vermeleri halinde ortaklar eski hak ve borçlarını yeniden kazanırlar ve aynı ünvanı kullanabilirler.

devam etmesini sağlayabilirler. Bu noktada en önemli husus ya alacaklının alacağının tam olarak diğer ortaklar tarafından ödenmesi ya da alacaklının rızasının alınmasıdır.¹²⁴

2. Şirketten Çıkarılma ve Sermaye Payının İcra Dairesine Ödenmesi

Şirket sözleşmesinde ortakların mahkeme kararı olmaksızın borçlu ortağı resen ihraç edilebileceğine dair bir hüküm varsa, ortağın ihracı bu hüküm gereğince gerçekleşebilir.¹²⁵ Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde ortakların resen ihraç kararı verebileceklerine ilişkin bir hüküm yoksa bu halde, mahkeme kararı olmaksızın bir ortak şirketten ihraç olunamaz.¹²⁶ Ortakların verecekleri bu ihraç kararı oybirliği ile olmalıdır.¹²⁷ İmregün'e göre sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla oy çokluğu ile de ihraç kararı alınabilir.¹²⁸ Borçlu ortağı şirketten çıkarılmasına ilişkin karar alacaklıya gerekli süre içinde tebliğ edilirse, borçlu ortak hesap senesinin sonunda şirketten çıkmış olur.¹²⁹

Ortağın ihracına ilişkin karar, şirketin infisahı tarihinden önce alacaklıya tebliğ edilmek şartıyla ilgili hesap senesinin sonuna kadar alınabilir. Bu tarihe kadar alınan karar alacaklıya ulaştırılmamışsa şirket infisah eder. Ortağın şirketten çıkarılmasına ilişkin karar, alacaklıya infisah tarihinden önce tebliğ edilirse, şirketin infisahı önlenmiş olur ve ortak hesap senesi sonu itibarıyla şirketten çıkarılmış olur. Şirketten çıkarılan ortağın tasfiye payı şirket sözleşmesi hükümlerine göre tespit edilerek icra dairesine ödenir. Çıkarılan ortağın ortaklıktaki tasfiye payı, ortağın şirketten çıkarılma tarihine göre değil, ortağın kişisel alacaklısının ortaklığı feshi ihbarının hüküm ifade edeceği yılsonu

¹²⁴ Çevik, (kollektif şirketler) s. 638; mahkeme feshe karar verirse ve bu karar kesinleşmeden alacaklının alacağı ortaklık yada diğer ortaklara tarafından ödenirse, davanın konusu kalmayacağından fesih kararı ortaklığın yada ortaklardan herhangi birinin başvurusu üzerine kaldırılabilir. İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 99. borcun ödenmesinden sonra borcu ödeyenin borçlu orta rücu hakkının olduğu tartışmadan uzaktır.

¹²⁵ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 764, 769.

¹²⁶ TTK m. 197 ve 198 Çevik, (kollektif şirketler) **a.g.e.**, s. 419.

¹²⁷ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 99.

¹²⁸ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 99.

¹²⁹ Doğanay, (şerh) C.I, **a.g.e.**, s. 768.

malvarlığına göre hesaplanır. Bu sebeple, burada TTK m.202'nin uygulanması söz konusu değildir.¹³⁰

Çıkarılan ortağın çıkma payı hesaplanırken, işletmenin uzun süre dürüst faaliyeti nedeniyle kazandığı ticari itibar, edindiği müşteri çevresi ve piyasada meydana getirdiği teşkilat, maddi değerlerden ayrı bir kıymet ifade eder, şirket bu sayede daha çok kazanç elde edeceğinden gayri maddi bu değerlerin de dikkate alınması gerekir.¹³¹ Bu pay belirlendikten sonra çıkarılan ortağın payı, ancak nakden ödenir.¹³²

Tasfiye payının hesaplamasında, TTK m. 202'nin uygulanması söz konusu değildir. Zira burada, ortaklık alacaklısının hakları çıkarılan ortağın ve diğer alacaklıların çıkarlarına karşı önceliklidir. Bu şekilde çıkarılan ortağın alacağı ödendikten sonra, geriye bir şey kalıyorsa, bu kalan meblağdan TTK m.202 gereğince, çıkarılan ortağın sermaye payı ortaklıkta alıkonulur ve kanundaki TTK m.204 şartlar gerçekleşikten sonra çıkarılan ortağa verilir.¹³³ Buna göre, hesaplanan tasfiye payı sözleşmede gösterilen tarihte veya burada hüküm yoksa ayrılmadan sonraki ilk bilânço zamanında ödenir. Yoksa çıkarılan veya çıkan ortağın ayrılma tarihinden önce girilen işlerin tasfiyesi beklenmez. Ayrıca, bilânçonun yılsonu bilânçosu olması da şart değildir. Çıkma veya çıkarılmadan hemen sonra bir ihraç bilânçosu düzenlenmiş ise, ayrılmadan sonra ilk bilânço yapılmış olması nedeniyle gereği yerine getirilmiş olacağından ödeme yapılabilir.¹³⁴

¹³⁰ İmregün, (kara ticareti) s. 100; Başbuğoglu, **a.g.e.**, s. 324. TTK'nın 202.madde hükmüne göre, "Şirketten çıkarılan veya çıkan ortağın payı, mukavelede aksine hüküm yoksa, çıkmanın talep olduğu veya ortağın çıkarıldığı tarihteki şirket mevcudu esas tutularak tayin edilir."

¹³¹ Başbuğoglu, **a.g.e.**, s. 329.

¹³² TTK m.208, şirkete aynı sermaye getirilmiş olsa bile ayrılma payının nakden ödenmesi gerekir. Çünkü ortağı şirketten çıkması veya çıkarılması tüzel kişiliğin malları üzerindeki mülkiyet hakkı ve onun kullanma şeklini etkilemeyeceği için aynı bir ödeme söz konusu olmaz. Çıkarılan ortak, bir malın intifa yada kullanma hakkını şirkete sermaye olarak koymuşsa, bu ortağa iade edilecek sermaye payının içinde olduğundan bu mal veya hak borçluya verilmeyip, icra dairesi haberdar edilip ortaklık tarafından muhafaza edilmelidir. Ayrıca, sözleşmede kullanma ve yararlanma karşılığı olarak belirli bir paranın ödeneceği kararlaştırılmışsa bu da haczedilen hakka aittir.

¹³³ İmregün, (kollektif ve komandit şirketler) **a.g.e.**, s. 100. TTK'nın m.204/I.fikra hükmüne göre "Çıkarılan veya çıkan ortağın 202 nci madde de yazılı esaslara göre tayin edilecek payı, mukavelede gösterilen tarihte ve mukavelede hüküm yoksa ayrılmadan sonra ilk yapılacak bilanço zamanında ödenir."

¹³⁴ Çevik, (kollektif şirketler) **a.g.e.**, s. 436.

Borçlu ortağın payının ödenmesi için belirli bir vade varsa, icra mahkemesinin görüşü alınarak alacağın paraya çevrilmesi hükümleri uygulanabilir. Bu halde, sadece alacaklının menfaati değil takibin tüm taraflarının menfaati gözetilmelidir.

III. Payın Doğrudan Satılması

Kollektif ve komandit şirketler şahıs şirketleri olduklarından bu şirket türlerinin en önemli özelliklerinden bir tanesi de ortaklık ilişkisinde ortakların kişilikleridir. Bu sebeple, bu ortaklık türleri genellikle birbirleriyle çok yakın ve samimi ilişkide olan kişiler arasında kurulur. Ortakların kişilikleri önem kazandığından ortaklardan birinin iflası¹³⁵ ortaklardan birinin kişisel alacaklısına tanınan bazı haklar,¹³⁶ ortaklardan herhangi birinin yarattığı ve ortaklığın devamını çekilmez hale getiren bir sebebin varlığı durumunda, şirketin bundan etkilenmesi¹³⁷ örneklerinde olduğu gibi, şirketin devamı ve varlığını sürdürebilmesi şirket ile ortaklar ve ortakların birbirleri ile olan ilişkilerine sıkı sıkıya bağlı bulunduğunu göstermektedir. Bu sebeple, ortaklardan birinin payını devretmesi devreden ortak yönünden ortaklıktan çıkmayı, devralan ortak yönünden ise ortaklığa girmeyi sonucunu doğuran bir işlemdir. O halde, bir ortağın payının hacizden sonra açık artırma veya pazarlık usulü ile satılması demek, bu payı cebri icrai bir işlemle alan yönünden şirkete girmeyi borçlu ortak yönünden ise, şirketten çıkmayı ifade eder. Bu itibarla, ortaklık sözleşmesinde payın devrinin şartları düzenlenmiş ise, böyle bir durumda ortaklık sözleşmesine bakılır ve ortaklık sözleşmesinde öngörülen kurallar geçerli olur. Ortaklık sözleşmesinde ortaklık payının devrinin şartlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişse, bu halde, ortaklık payı ancak bütün ortakların muvafakati halinde devir olunabilir. Ortakların bu kararı bir yandan payı cebri icrai yolla satın alan ortağa verilen çıkma iznini, öte yandan alıcının ortaklığa alınmasına muvafakatini içerir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesi haczolunan kolektif ve komandit şirket hisselerinin paraya çevrilmesinde tek başına bir hüküm olmayıp, bu hüküm,

¹³⁵ TTK m.185; BK m. 535.

¹³⁶ TTK m.191.

¹³⁷ TTK m.187.

TTK 145 ve 191. maddelerle birlikte uygulanmalıdır. Bu sebeple, kollektif ya da komandit şirketteki hissesinin haczinden sonra, paraya çevirme talebi üzerine, icra mahkemesi doğrudan doğruya hissenin satışına karar veremez. Zira payın doğrudan doğruya satılabilmesi payın devir edilebilir olmasına bağlıdır.¹³⁸ Bu itibarla, payın devir edilebilmesi için şirket ortakları arasındaki sözleşmede buna ilişkin bir hüküm olmalıdır.¹³⁹ Sözleşmede payın devrine ilişkin bir hüküm yoksa payın doğrudan satılması bütün ortakların tamamının rızasına bağlıdır. Bunun yanında, ortakların muvafakati halinde, sadece ortağın alacaklısının alacağını karşılayacak kadar payın satılması da mümkündür.¹⁴⁰ Ayrıca, Limited şirketler yönünden uygulama alanı bulan TTK 523. maddesinin 2. bendinde yer alan hüküm, kanaatimizce, TTK 191. yönünden kıyasen uygulanamayacaktır. Zira Bu halde, TTK m.191'e TTK 523.maddenin 2. bendinin uygulanacağına ilişkin açık bir atıf yoktur.¹⁴¹ Ayrıca, kollektif ya da komandit şirket ortağı borçlunun ortaklık payının doğrudan satılabilmesi için limited şirketten farklılık olarak, hem borçlu ortağın, hem icra mahkemesinin, hem de diğer bütün ortakların muvafakatleri aranır.

¹³⁸ TTK borçlunun şahsi alacaklısının alacağını nasıl ve hangi yoldan alabileceğini düzenlemiştir. TTK m. 145, 191, 522.

¹³⁹ Bu konuda sözleşmeye konulacak hükümlerle, borçlu ortağın kişisel alacaklısının hakları sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Ortağın şahsi alacaklısına tanınan haklar, kanundan doğan haklardır.

¹⁴⁰ İİK m. 121/II.

¹⁴¹ TTK'nın 523. maddesinin 2. bendinin hükmüne göre; "payın iflas idaresi veya icra dairesi marifetiyle ve açık artırma yoluyla satılmasına ve pay kendisine ihale olunan kimsenin yeni bir ortak olarak şirkete girmesine diğer bütün ortaklar muvafakat ederse," limited şirket fesih ve tasfiye olunmaz.

SONUÇ

İcra hukuku alacaklının alacağını tahsil edebilmek için başlatmış olduğu hukuksal işlemlerin en son halkasını oluşturur. Böylece, cebri icra hukuku, bir anlamda, alacaklı tarafından başlatmış olan hukuksal işlemlerin meyvelerinin toplanması olarak da nitelendirilebilir. İcra hukuku'nda sistem alacaklının borçlunun paraya çevrilebilir malvarlığı ile tatmin olunması esasına dayanır. Bu sebeple, borçlunun haczedililip paraya çevrilebilir bütün malvarlıkları ve hakları alacaklının cebri icra alanını belirler.

Tezin konusunu borçlunun, haczedilebilir malvarlığı değerlerinden elbirliği mülkiyeti ile kollektif ve komandit şirket hisselerinin haczi ve haczedilen bu hisselerin paraya çevrilmesi oluşturmaktadır. Haczedilebilir malın ya da malların üzerindeki mülkiyet hakkı sadece borçluya ait olduğu hallerde, bu malın ya da malların haciz ve paraya çevirme işlemleri, malın borçlu ile üçüncü şahısların birlikte mülkiyetlerinde bulunması halinde uygulanacak haciz ve paraya çevirme işlemlerinden çok daha kolay ve basittir. Bununla birlikte, haciz konusu malın mülkiyetinin sadece borçluya ait olmaması ve haciz konusu mal ya da hak üzerinde borçlunun üçüncü kişi ya da kişilerle birlikte malik olması halinde, cebri icra hukuku yönünden çözülmesi gereken en önemli problemlerden bir tanesi, alacaklı ve borçlunun cebri icra takibindeki hak ve menfaatlerinin korunması ile borçlu olmayan, ancak haciz konusu malda ya da hakta malik sıfatına sahip üçüncü kişi ortakların hakları ve menfaatlerinin birlikte korunmasıdır. Bu halde, bir yanda alacaklının alacağının borçlunun üçüncü kişi ya da kişilerle malik olduğu bu hak ve alacaklardan tahsili sorunu, öte yandan da, borçlu olmayan üçüncü şahısların bu cebri icra işlemleri sırasında hak ve menfaatlerinin en üst düzeyde korunması söz konusudur. Tezin konusunu borçlunun üçüncü şahıslarla birlikte hak sahibi olduğu mal ya da haklarının haczi ve paraya çevrilmesi oluşturmaktadır. Bu sebeple, alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıs olmak üzere, cebri icranın taraflarının haklarının en yüksek düzeyde korunması ve bu cebri icra işlemlerinden üçüncü şahıs konumunda bulunan borçlunun hak ve menfaatlerinin en az ölçüde etkilenmesi gerekmektedir. Yani, cebri icra takibinde tarafların hukuki menfaatlerinin eşit ölçüde korunması

gerekmektedir. Bu amaçla, tezde varılan sonuç ve kanaatler aşadaki şekilde özetlenebilir;

Elbirliği mülkiyeti Cermen Hukuku kökenli olup, hukukumuzda Cermen Hukuku'ndan iktibas olunmuştur. Roma Hukuku'nda ise, müşterek mülkiyet kavramı olmasına rağmen, elbirliği mülkiyeti kavramı yoktur. Elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliği olmadığından, dolayısıyla bu mülkiyet ortaklığının organları da bulunmadığından, bu tür ortaklık hisselerinin cebri icrası halinde, öncelikle taraf ehliyeti sorunu karşımıza çıkabilmektedir. Türk Hukuku'nda da, İsviçre ve Alman Hukukları'nda olduğu gibi, kural olarak, elbirliği mülkiyetine tüzel kişiliği özelliği tanınmamıştır. Bu sebeple, elbirliği mülkiyetine konu olan miras şirketi, karı koca mal ortaklığı ve aile malları ortaklığında, ortaklıkların tüzel kişiliği olmadığından, bu mülkiyet ortaklığının ortaklarının bir tanesinin şahsi alacaklısı tarafından ortağın elbirliği mülkiyeti hissesi hakkında cebri icranın gerçekleştirilmesi halinde, kural olarak, bütün ortakların taraf olarak gösterilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, ortakların bu ortaklıktaki hisselerini temsilen birlikte temsilci tayin etmeleri de mümkündür. Bu halde, bu temsilci ortakları hukuki işlemlerde temsil edebilir.

Elbirliği mülkiyeti türlerinden adi şirkete de, İsviçre ve Türk Hukukları'nda Alman Hukuku'nun aksine, taraf ehliyeti tanınmamaktadır. Elbirliği mülkiyeti ortaklığı türlerinden adi şirketlerin de ortaklarından birinin şahsi borcu için ortaklık hissesi hakkında, cebri icranın gerçekleşmesi halinde, bu ortağın adi şirketteki ortaklık hissesinin cebri icrasında, ortakların tamamı birlikte taraf olarak gösterilmek gerekecektir. Ancak, adi şirkette de, ortaklar aralarından birini ya da üçüncü bir kişiyi ortaklığın temsili ile görevlendirmeleri halinde, bu kişi diğer ortaklar adına cebri icra işlemlerinde temsil görevini yerine getirebilecektir. Öte yandan, Alman Hukuku'nda ise, adi şirketlere tüzel kişilik özelliği tanınmamasına ve esasen adi şirket elbirliği mülkiyeti rejimine tabi olmasına rağmen, adi şirkete, uzun tartışmalardan sonra, Alman Federal Mahkemesi'nin 29.01.2001 tarihli kararı ile taraf ehliyeti özellikleri tanınmıştır. Alman Hukuku'ndaki bu karardan Türk Hukuku'nun etkilenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü Alman Hukuku'nda adi şirkete taraf ehliyeti tanınmasının, bu hukuk düzeni yönünden tezde etraflıca değerlendirildiği üzere, maddi ve hukuki haklı gerekçeleri bulunmaktadır. Buna

karşılık, Türk Hukuku'nda ise, Alman Hukuku'ndaki bu haklı sayılabilecek gerekçeler mevcut değildir.

Kollektif ve komandit şirketler yönünden ise, Türk Hukuku'nda bu şirket türlerinin tüzel kişilikleri olduğundan, bu şirketler, kural olarak, elbirliği mülkiyeti rejimine tabi değildirler. Buna karşılık, İsviçre ve Alman Hukukları'nda kollektif ve komandit şirketlerin tüzel kişilikleri yoktur. Bu şirketler, kural olarak, elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabilerdir. Ancak, İsviçre ve Alman Hukukları'nda, elbirliği mülkiyet ortaklığı rejimine tabi olan bu ortaklıklara, İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Ticaret Kanunu'ndaki açık hükümlerle, taraf ehliyeti tanınmıştır. Türk Hukuku'nda ise, bu şirketlere tüzel kişilik özellikleri, TTK 136 ve 137. madde hükümleri gereğince tanındığından, bu şirketler hukuki işlemlerde ve cebri icra takibinde organları vasıtasıyla temsil edilebilecektir.

Türk Hukuku'nda, Alman ve İsviçre Hukukları'ndan farklı olarak, kollektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanınmış olmasına rağmen, bu tür şirketlerde ortaklığı bulunan borçlunun, şahsi alacaklısı tarafından ortaklık hissesi cebri icranın konusu yapılması halinde, haciz ve paraya çevirme prosedürü İsviçre ve Alman Hukukları'ndaki düzenlemelerle büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Bu sebeple, hukukumuzda tüzel kişilik tanınan bu şirketlerin hisselerinin, ortakların şahsi borçlarından dolayı cebri icrasında, elbirliği mülkiyeti hisselerinin cebri icrasına ilişkin hükümlerle önemli ölçüde benzerlik taşımaktadır. TTK 191. maddesinde, bu şirketlerin hisselerinin ortağın şahsi borcu sebebiyle cebri icrası halinde, borçlu ortağın şahsi alacakları tarafından öncelikle, kâr payı ve şirketten olan devri alacaklarının tahsil edilmesi ve en son çare olarak da ortaklığın feshi mümkün kılınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 17.01.1923 tarihinde çıkarılan yönetmelik ile topluluk mülkiyetine konu olan borçlu hissesinin cebri icrasına ilişkin izlenecek prosedür hükümleri düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte de, alacaklı tarafından elbirliği mülkiyeti hissesi haczedilmeden önce, borçlu ortağın topluluk mülkiyetindeki bir yıllık kâr payı, faiz gibi periyodik alacaklarının öncelikle haczedilmesinin gerektiği hükmü açıkça yer almaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından çıkarılan bu yönetmelik, elbirliği mülkiyeti ve müsterek

mülkiyet de dâhil olmak üzere, topluluk halinde malik olunan bütün hisselerin haczinde ve paraya çevrilmesinde uygulanır.

Borçlunun elbirliği mülkiyetine konu olan hak ve alacaklarının alacaklı tarafından haczinde, Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'nun aksine, İcra ve İflas Kanunu'ndaki genel hükümlerin haricinde, özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk Hukuku'na göre, borçlunun elbirliği mülkiyetine konu malvarlığının bulunması halinde, bu malvarlığı İcra ve İflas Kanunu'nun genel hükümlerine göre haczedilebilecek ve paraya çevrilebilecektir. Bu halde, elbirliği mülkiyeti hissesinin haczinde ve paraya çevrilmesinde cebri icra takibinden etkilenen alacaklı ve borçlunun yanında, üçüncü şahıs konumunda bulunan ortak da yer aldığından haciz prosedürünün uygulanmasında tarafların menfaatlerinin korunması ve bu menfaatlerin dengelenmesi konusu son derece önemlidir. Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu olan hisselerin haczinde uygulanacak olan yegâne hüküm, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinde, 538 ve 4949 sayılı kanunlar ile değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, bu madde hükmü elbirliği mülkiyet ortaklığı hisselerinin haczinde ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için tek başına yeterli değildir. Ayrıca, borçlunun elbirliği mülkiyetine konu olan malının haczi üçüncü şahısların haklarını doğrudan etkilediğinden, alacaklı tarafından en son çare olarak borçlunun elbirliği mülkiyeti ortaklığı hissesinin haczi yoluna başvurulmalıdır. Bununla beraber, Türk Hukuku'nda İcra İflas Kanunu'nun 85. maddesinde yer alan hacizde sıraya ilişkin genel hüküm, takipte üçüncü şahıs konumunda bulunan elbirliği mülkiyeti ortağına bu güvenceyi tam olarak verememekte olup, bir anlamda borçlu olmayan elbirliği mülkiyet ortağının kaderi alacaklının elinde kalmaktadır. İsviçre Hukuku'nda borçlunun hacze konu mal ve haklarının haczinde, sırasıyla üç temel kategori yer almaktadır. Buna göre, alacaklı tarafından borçlunun kişisel olarak tasarruf ettiği malların haczi ilk sırada yer almaktadır. İkinci sırada, borçlunun müşterek mülkiyet halinde tasarruf ettiği mallar ve haklar yer almaktadır. Üçüncü sırada ise, borçlunun elbirliği halinde tasarruf ettiği mallar ve haklar yer almaktadır.

İsviçre Hukuku'nda topluluk mülkiyetine konu olan malların haczi ve paraya çevrilmesinde takibin taraflarının menfaatlerinin eşit ölçüde korunması ve

üçüncü şahıs konumunda bulunan diğer ortaklarında menfaatlerinin dikkate alınarak, mümkün olduğu kadar elbirliği mülkiyetinin cebri icra suretiyle ortadan kaldırılmasının önlenmesi amacıyla, Federal Mahkeme tarafından 17.01.1923 tarihinde yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelik gereğince, borçlunun kişisel olarak tasarruf ettiği bir malının bulunmaması ve borçlunun elbirliği mülkiyetine konu hissesinin bulunması halinde, alacaklı tarafından bu hissenin haczinden önce, alacaklı, alacağını tahsil edebilmek için öncelikle borçlunun ortaklıktan olan kâr payı, faiz, aidat ve ücret gibi bir senelik döneme ilişkin periyodik alacaklarının haczini gerçekleştirebilecektir. Borçlunun elbirliği mülkiyetindeki bu hak ve alacakları alacaklının tatmin olması için yeterli olmazsa, bu halde, alacaklının elbirliği mülkiyetindeki tasfiye bakiyesinin haczine karar verilebilecektir. İsviçre Hukuku'ndaki bu kuralın amacı, elbirliği mülkiyetine konu hissesi haczini en son aşamaya bırakarak, üçüncü şahıslarında menfaatlerinin korunması yönünden elbirliği mülkiyetinin olabildiği ölçüde devamını sağlamaktır.

İsviçre Hukuku'ndaki 17.01.1923 tarihli yönetmeliğin 3.maddesinde yer alan bu kural, Türk Ticaret Kanunu'nda kollektif ve komandit şirketlerin hisselerinin cebri icrası ve tasfiyesi için konulmuş olan kurallar ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Türk Hukuku'nda kollektif ve komandit şirketlere her ne kadar tüzel kişilik tanınmış olmasına rağmen, isabetli olarak bu şirketlerin şahıs şirketleri olmaları ve ortaklar arasındaki ilişkilerin yoğunluğu göz önünde bulundurularak, bu şirketlerdeki borçlunun hisselerinin haczinde, İsviçre Hukuku'ndaki sistem benimsenmiştir.

Türk Hukuku'nda aslında, elbirliği kökenli olan kollektif ve komandit şirketleri hisselerinin cebri icrasında, İsviçre Hukuku'ndaki sistem isabetli olarak benimsenmiştir. Buna karşılık, borçlunun elbirliği mülkiyetinin diğer türlerindeki hisselerinin haczi ve paraya çevrilmesi genel hükümlere tabi olduğundan, bu tür hisselerin cebri icrası hallerinde, İsviçre Hukuku'ndaki 17.01.1923 tarihli yönetmelik hükümlerinin hukukumuzda bulunması söz konusu değildir. Türk Hukuku'nda bu konuda sadece, İcra ve İflas Kanunu'nun 85 ve 94. madde hükümleri ile yetinilmesi, bu ortaklık hisselerinin cebri icrasında önemli sorunları da zaman zaman beraberinde getirebilmektedir. Özellikle, alacaklının hacizde

uyması gereken sıra yönünden elbirliği mülkiyeti dikkate alınmak suretiyle somut bir düzenleme yapılarak, diğer elbirliği mülkiyeti ortaklarının kaderi hakkındaki takdir hakkının sadece alacaklıya bırakılmamasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Borçlunun elbirliği mülkiyetindeki hissesinin cebri icrası maddi hukuk yönünden de önem taşımaktadır. Zira elbirliği mülkiyeti esasen Eşya Hukuku'nun konusu olduğundan, elbirliği mülkiyetine konu olan borçlunun hissesinin cebri icrasında, maddi hukuk düzenlemesi de icra hukuku düzenlemesi kadar önem taşımaktadır. Türk Hukuku'nda özellikle miras hukukunda elbirliği mülkiyetinin katı kuralları kısmen yumuşatılmak suretiyle mehzazdan ayrılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 644. maddesinin ilk şekli Medeni Kanuna 584/a maddesi ile 1990 yılında eklenmiştir. Böylece, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda olmayan bir hüküm Türk Medeni Kanunu'na eklenmiştir. Bu hüküm gereğince, bir mirasçı terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilecektir. TMK 644. maddesinin hükmü ile İcra İflas Kanunu'nun 94. maddesinde 1965 yılında yapılan düzenlemenin maddi hukuk yönü tamamlanmıştır. Bu hükümlerle, elbirliği mülkiyetinin katı birliktelik kuralı, elbirliği mülkiyetinin temel esaslarına aykırı olarak uygulamadaki zorluklar dikkate alınarak yumuşatılmıştır. Ayrıca, TMK'nın 677.madde hükmü ile getirilen terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devrinin mümkün olduğuna ilişkin kuralda maddi hukukta elbirliği mülkiyetinin katı kurallarını yumuşatan hükümlerin bir parçasıdır. Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin özel düzenlemelerin olmadığı ve elbirliği mülkiyetine türüne konu olan hissenin paraya çevrilmesindeki ilgililer yönünden ortaya çıkan zorluklar da dikkate alındığında, elbirliği mülkiyetinin katı kurallarının bu şekilde yumuşatılması şeklindeki düzenlemelerin Türk Hukuk tatbikatı yönünden isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesinde de Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemelerin aksine, özel bir hukuki düzenleme yoktur. Bu hususta, Türk Hukuku'nda elbirliği mülkiyetine konu olan hisselerin paraya çevrilmesinde, özel hüküm olarak, İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda ise, haczedilen

elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesi yönünden, İsviçre Federal Borç için Takip ve İflas Kanunu'nun 132.maddesine ek olarak, 17.01.1923 tarihli yönetmelik ile özel hükümler getirilmiştir. Kanaatimizce, İsviçre Hukuku'ndaki bu yönetmelik ile İsviçre Hukuku'nda elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesinde getirilen en önemli düzenleme uzlaşma kurumudur. Bu düzenleme sayesinde, oldukça uzun süren, bazen de takibin taraflarının ve diğer ilgililerin hak ve menfaatlerinin bu sebeple olumsuz yönde etkilenmesine sebep olan, paraya çevirme sürecinden tarafların en az düzeyde etkilenmeleri için, tarafların bir araya gelebilmeleri ve onlara bir uzlaşma imkânı verilmektedir. Bu halde, İsviçre Hukuku'nda alacaklı tarafından elbirliği halinde, tasarruf olunan bir mal hissesinin satışı talep olunduğunda, icra tetkik mercii hâkimi paraya çevirme usulleri hakkında karar vermeden önce, tarafların davet edilmesi suretiyle uzlaşabilme imkânı sağlanmaktadır. Elbirliği mülkiyetine konu olan malların paraya çevrilme prosedürünün zorluğu da dikkate alındığında, uzlaştırma prosedürünün önemi daha da artar. Bu halde, taraflar, genel hükümlere göre paraya çevirme işleminin şekli pek çok formalitelerini bir yana bırakmak suretiyle, menfaatlerine en uygun çözümü bulabilmeleri mümkündür. Tarafların, herhalde uzlaşamamaları ve uzlaşma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde, paraya çevirmenin diğer usulleri her zaman uygulanabilecektir. Ancak, uzlaşma usulünün uygulama alanı bulması tarafların menfaatlerine hizmet edebileceği gibi mahkemelerin de iş yükünün azaltılmasına katkıda bulunabilecektir.

Türk Hukuku'nda, mevcut düzenleme çerçevesinde, alacaklının paraya çevirme talebi üzerine, icra müdürünün icra mahkemesine ne yapacağını sorması halinde, icra mahkemesi hâkiminin aslında tarafları uzlaştırmaya davet etmesini engelleyen bir hüküm yoktur. İİKm. 121/II. son cümlesi gereğince, icra mahkemesi hâkimi tarafları uzlaşmaya davet edebilmelidir. Buna karşılık, Türk Hukuku'nda icra mahkemelerinin bu yönde bir uygulaması yoktur. Bu sebeple, İİK yönetmeliğine bu yönde açık hükümler eklenmek suretiyle, icra mahkemesi hâkimine açıkça böyle bir görev verildiği ve bu görevin kullanım şeklinin tanımlanması halinde uzlaştırma prosedürünün uygulanması söz konusu olabilecektir. Türk Hukuku'ndaki mevcut düzenleme gereğince, alacaklı icra mahkemesinden alacağı yetki belgesi ile ortaklığın giderilmesi davasını sulh hukuk

mahkemesinde açması gerekmektedir. Bu süreç ise, özellikle tebligatların yapılmasındaki zorluklar sebebiyle oldukça uzun sürebilmektedir. Bu sebeple, Türk Hukuku'nda da özellikle elbirliği mülkiyeti hissesinin paraya çevrilmesinde uzlaşma prosedürünün işletilme zorunluluğu hakkında İİK yönetmeliğinde yapılacak düzenleme takibin taraflarının ve diğer tüm ilgililerin menfaatleri yönünde sonuçlar doğurabileceği kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

- Acemoğlu, Kevork :**Eşya Hukuku Meseleleri**, İstanbul 1970.
- Akcan, Recep :**Hacze İştirak**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- Akın, Levent :**Maaş ve Ücret Haczi**, AÜHFD, 1995, C.45, S1-4, s.355-363.
- Akıntürk, Turgut :**Aile Hukuku**, 9.Bası, C.II., Beta Yayınları, İstanbul 2004.
- Akipek, Jale :**Türk Eşya Hukuku, II. Kitap: Mülkiyet**, Ankara 1971.
- Akyazan, Sıtkı :**Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi**, İstanbul 1959. (İhalenin Feshi)
- Akyazan, Sıtkı :**İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak Dereceleri**, İstanbul 1958. (İhtiyati Hacizler)
- Alangoya, Yavuz :**Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) iradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler**, MHAD., 1969, C. 3, S. 5, (s. 125-194). (Düşünceler)
- Alangoya, Yavuz :**Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, (Tarafların Taaddüdü)** Nemaş., İstanbul 1999. (Tarafların Taaddüdü)
- Alangoya, H. Yavuz
- Yıldırım, M.Kâmil

- Deren – Yıldırım, Nevhis :**Medeni Usul Hukuka Esasları**, 5. Bası, Alkım Yayınevi., İstanbul 2005.
- Allmen, Thomas :**Gesellschaftrecht**, Schulthess., Zürich 2003.
- Alver, Cemil :**Adi Ortaklık**, Ankara 1988
- Amonn, Kurt :**Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1979 Schuldbetreibungs - und Konkursrecht**, ZBJV.,1981, (s. 405 - 436).
- Amonn, Kurt :**Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980: Schuldbetreibungs - und Konkurs recht**, ZBJV., 1982, (s. 385 - 425).
- Amonn, Kurt
Walther, Fridolin :**Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrechts**, 7. Auflage, Staempfli Verlag., Bern 2003. (Amonn/Walther)
- Amonn, Kurt
Gasser, Dominik :**Grundriss des Schuldbetreibung - und Konkursrecht**, 6. Auflage, Bern 1997. (Amonn/Gasser)
- Anders Dietmar :**Die Zwangsvollstreckung in Gesellschaftsanteile im Detschen und US – Amerikanischen Recht**, Gieseking Verlag., Bielefeld 2001.
- Ansay, S. Şakir :**Hukuk İcra ve İflas Usulleri**, 5. Bası, İstiklal Matbaası, Ankara 1960. (İcra İflas)

- Ansary, S. Şakir :**Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960. (Usul)
- Ansary, Tuğrul :**Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri**, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 1967. (Adi Şirket)
- Ansary, Tuğrul :**Adi Şirket Ortakları Tacir Midir? Ortakların Ticaret Unvanı; Defter Tutma**, AÜHFD, 1968, s. 263. (Ortaklar)
- Ansary, Tuğrul :**Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?** Erdoğan Moroğluna 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001. s.1-10. (a.g.m.)
- Aeppli, Heinz :**Schweizerisches Obligationenrecht**, Orell Füssli, Zürich 2004.
- Aral, Fahrettin :**Türk Medeni Hukuku'nda Mirasın Taksimi Davası**, Ankara 1979.
- Arar, Kemal :**İcra ve İflas Hükümleri**, C. I, İdeal Basımevi., Ankara 1944.
- Arpacı, Abdülkadir :**Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim**, İstanbul 1990.
- Arslan, Ramazan :**İcra – İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1984.
- Arslanlı, Halil :**Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960. (Kollektif ve Komandit Şirketler)

- Arslanlı, Halil :**Anonim Şirketler**, C.I, Umumi Hükümler , 3. Bası, İstanbul 1960. (Anonim Şirketler)
- Arslanlı, Halil :**Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler**, İÜHFM, c.XI, 1945, s.3-4, s.128vd. (Şirket Mukaveleleri)
- Arslanlı, Halil :**Hususi Şirketlerin Mahiyeti**, İÜHFM, C.XII, 1946, s.1, s.238 vd. (Hususi Şirketlerin Mahiyeti)
- Arslanlı, Halil :**Hususi Şirketler**, 2. Bası, İstanbul 1955 (Hususi Şirketler)
- Arslanlı, Halil
Domaniç, Hayri :**Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.III, Sermayesi Paylara bölünmüş Komandit Şirketler – Limited Şirketler, İstanbul 1989.
- Artus, Amil :**İştirak Halinde Tasarruf Olunan Bir Mal Hissesi nin Hacı ve Paraya Çevrilmesi**, Adliye Ceridesi, 1941/8, (s. 572 - 587).
- Artus, Amil :**İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili**, AD., 1943/5, (s. 300 - 305). (İhalenin Feshi).
- Aslan, Kudret :**Hacizde İstihkak Davası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Aslan, Elif Kısmet :**İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir 2004.

- Aşık, İbrahim :**İcra Sözleşmeleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006
- Ayan, Mehmet :**Eşya Hukuku, II, Mülkiyet**, 2. Bası, Mimoza Yayınları., Konya 2000.
- Aybay, Aydın :**Müşterek Mülkiyette Taksim**, İstanbul 1966.
- Aybay, Aydın
Hatemi, Hüseyin :**Eşya Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1996.
- Ayiter, Kudret :**Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, İstiklal Matbaacılık ve Gezetecilik, Ankara 1953.
- Ayiter, Nuşin :**Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları**, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1961. (Elbirliği Ortaklıkları)
- Ayiter, Nuşin :**Eşya Hukuku, Kısa Ders Kitabı**, 3.Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1987. (Eşya)
- Ayiter, Nuşin :**Mamelek kavramı Üzerine İnceleme**, Ankara 1968. (Mamelek)
- Ayiter, Nuşin
Kılıçoğlu Ahmet :**Miras Hukuku**, Ankara 1991.
- Balcı, Şakir :**Yeni Medeni Kanuna Göre Birlikte (Ortak) Mülkiyet Hukuku ve Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.

- Barlas, Nami :**Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul 1998.
- Başbuğoglu, Tarık :**Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu**, (Açıklamalar – İçtihatlar) C. I, Ankara 1988.
- Baştuğ, İrfan :**Şirket ve Şirket Akdinin Hukuki Mahiyeti**, İz.BD, 1964/4, s. 5vd.
- Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter :**Zivilprozessordnung**, 62. Auflage, Verlag C.H. Beck Verlag., München 2005.
- Becker, Herman :**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bd. V: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934.
- Becker, Herman :**İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çev. Dr. A. Suat Dura, (İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri, m.185-551) Feryal Matbaası Ankara 1993.
- Behr, Johannes :**Die Vollstreckung in Personengesellschaften**, NJW 2000/16, (s. 1137 – 1144).
- Beinert, Jörg :**Die Prozessstandschaft im Schweizerischen Recht**, Basel 1963.
- Belgesay, M.Reşit :**İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, 4. Bası, İstanbul 1954. (Şerh)

Belgesay, M.Reşit	: İcra ve İflas Hukuku , İstanbul 1945 (İcra)
Berkin, Necmettin	: İcra Hukuku Dersleri , 2. Bası, Hamle Matbaası, İstanbul 1969. (İcra)
Berkin, Necmettin	: İflas Hukuku , 4. Bası İstanbul 1972 (İflas)
Berkin, Necmettin	: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi , C.I, Filiz Kitapevi, İstanbul 1979-1980. (İcra Hukuku Rehberi C.I)
Berkin, Necmettin	: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi , C.II, Filiz Kitapevi, İstanbul 1979-1980. (İcra Hukuku Rehberi C.II)
Berkin, Necmettin	: İcra Dairelerinin Faaliyetlerini Tanzim Eden Hükümler , İÜHFM., 1977/1-4, C.42, s.201-232. (Hükümler)
Berndt, Joachim	
Boin, Kai T.	: Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts , NJW, 1998/39, s. 2854 – 2861.
Beseler, Georg	: System des gemeinen deutschen Privatrechts I, II Berlin 1873.
Beinert, Jörg	: Die Prozessstandschaft im Schweizerischen Recht , Basel 1963.
Bilge, Necip	: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri , 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.

- Bilgili, Fatih :**İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu**, Seçkin Yayınları., Ankara 2004.
- Bilgili, Fatih :**Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum**, Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı, Cilt: I. İstanbul 2002. s.197 – 213.
- Bilgişin, Şevket M.A. :**Ticaret Hukuku Prensipleri**, 3. Bası, C.1-2 İstanbul 1950. (Ticaret Hukuku)
- Bisang, Raymond L. :**Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften**, Zürich 1978.
- Blumenstein, Ernst :**Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes**, Bern 1911.
- Bourquin, Robert :**Die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners am Gesellschaftsvermögen einer Kollektiv oder Komandit – Gesellschaft**, Blätter für Schuldbetriebung und Konkurs, 20.Jahrgang s. 65 – 81. Heft 3 1956.; Blätter für Schuldbetriebung und Konkurs, 20. Jahrgang s.97 -114. Heft 4 1956.
- Brand, Ernst :**Verwertung der Beweglichen Sachen und Forderungen**, SJK., N. 988.

- Brand, Ernst : **Verwertung auf Pfandverwertung**, SJK., N. 991.
- Brand, Ernst : **Verwertung Gepfandeter Grundstücke**, SJK., N. 989.
- Brox, H
Walker, W.D. : **Zwangsvollstreckung**, München 2003.
- Brügger, Erwin : **SchKG Schweizerische Gerichtspraxis 1946-1984**, Schuko Verlag, Zürich 1984.
- Büchi, J.Alfred : **Grundzüge des schweizerischen Schuldbetriebsrechts**, Schulthes, Zürich 1975.
- Büchi, J.Alfred
Meier, İsaak
Bosshard, Urs : **Grundzüge des Schweizerischen Schuldbetriebsrechts**, Bd. I, 2. Auflage, Schultess, Zürich 1982.
- von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht**, Besonderer Teil, Zürich 1972.
- Commert, Albert : **Versteigerungskauf**, SJK. N.234
- Cordes, Albrecht : **Die Gesellschaft bürgerlichen Recht auf dem Weg zur juristischen Person?** JZ 11/1998 s. 545 – 552.
- Çamoğlu, Ersin : **Limited Ortağın Sermaye Alacaklarının Haczi**, Batider, 1971/1, s.57-67.
- Çanak, Erkan : **Maaş ve Ücret Haczi**, AD, 1984, S.3, s. 569 – 591.

- Çevik, Orhan Nuri :**Uygulamada Şirketler Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1994. (Şirketler)
- Çevik, Orhan Nuri :**Kollektif Şirketler Hukuku**, Ankara, 1978. (Kollektif Şirketler)
- Dalamanlı, Lütfü
Kazancı, Faruk
Kazancı, Muharrem :**İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Borçlar Kanunu**, Cilt. II, III, IV, İstanbul 1990. (Borçlar)
- Dalamanlı, Lütfü
Kazancı, Faruk
Kazancı, Muharrem :**İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu**, C.IV, V.İstanbul 1992. (Eşya).
- Dayınlarlı, Kemal :**Joint Venture Sözleşmesi**, Ankara 1989.
- Deliduman, Seyithan :**İflas Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Deliduman, Seyithan :**İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Belgesi**, İstanbul 1994. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Deren – Yıldırım, Nevhis. :**Türk – İsviçre ve Alman Hukukunda Hacze (Adi) İştirak**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989. (Hacze İştirak)
- Deren – Yıldırım, Nevhis :**İflasın Hukuki Mahiyeti**, İHFM s. 331 – 346. (1994). (İflasın Hukuki Mahiyeti)

- Deren – Yıldırım, Nevhis :**Kesin Hükümün Subjektif Sınırları**, Alfa, İstanbul 1996. (Kesin Hükümün Subjektif Sınırları)
- Deren – Yıldırım, Nevhis :**21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları**, Alkım Yayınları, İstanbul 2003 (Usul Hukuku Sorunları).
- Dernburg, Heinrich :**Das bürgerliche Rechts des Deutschen Reichs und Preussens**, 2. Bası 1901.
- Deynekli, Adnan
- Kısa, Sedat :**Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli**, 3. Basım, Turhan Kitapevi., Ankara 2005.
- Dieth, Markus :**Beschwerde gemass Art 17 ff. SchKG**, AJR, 2002/4, (s. 363 - 381).
- Doğanay, İsmail :**Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004. (m.1- 419). (Şerh)
- Doğanay, Ümit Yaşar :**Adi Şirket Akdi**, İstanbul 1968. (Adi Şirket Akdi)
- Doğanay, Ümit Yaşar :**Hükmi Şahıslar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967. (Hükmi Şahıslar)
- Domaniç, Hayri :**Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, Umumi Hükümler – Ticari İşletme – Kollektif Şirketler – Adi Şirket – Komandit Şirketler, İstanbul 1988. (Domaniç Şerh)
- Domaniç, Hayri :**Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler**, 4. Bası, İstanbul 1988. (Adi - Kollektif ve Komandit Şirketler)
- Dörtgöz, Gürsel Öcal :**Tapu İşlemleri**, Ankara 2006.

Düzceer, Ali Rıza	:Kazandırıcı Zamanaşımı ile Taşınmaz İktisabı , Ankara 1994.
Dural, Mustafa	
Öğüz, Tufan	
Gümüş, Alper	:Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
Egger, August	:Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch , Band. II, 1936.
Egger, August	:Die rechtliche Natur der Stillen Beteiligung an einem Unternehmen, Ausgewählte Schriften und Abhandlungen , Band. II, Zürich 1957, s. 197 vd.
Endemann, Wolfgang	:Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I , Berlin 1897.
Engländer, Konrad	:Die Regelmässige Rechtsgemeinschaft , Teil I, Grundleitung, Berlin 1914.
Erçin, Ferhat	:Türk Hukuku'nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayrıcı Özellikleri , Der Yayınları, İstanbul 2004.
Erdemir, İlter	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh - Kararlar ve İlgili Mevzuat , C.I, II., 2.Basım, Ankara 1998.
Erdoğan, Celal	:Ortaklığın giderilmesi İzalei Şuyu ve Şufa davaları , 2. Bası, Ankara 1991.
Erdoğan, Belgin	:Roma Eşya Hukuku , 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

- Erem, Turgut S. :**Ticaret Hukuku Prensipleri, C.II, Ticaret Şirketleri**, 5. Bası, İstanbul 1974.
- Eren, Fikret :**Boçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, II, III, 4.** Bası, Ankara, 1991.
- Erimez, Rüştü :**Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler, 2.** Bası, İstanbul 1976.
- Erman, Eyüp Sabri :**Müddetinde Satış İstememenin Hukuki Sonuçları**, AD. 1976/3-4, C. 67 (s. 214 - 220). (müddetinde satış istememe)
- Erman, Walter :**HandKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band**, 9.Auflage, Münster 1993 (§§ 705 – 740).
- Ertaş, Şeref :**Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Erturgut, Mine :**İcra İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Esener, Turhan :**Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- Favre, Antonie :**Schuldbetriebs und Konkursrecht**, Universitätsverlag, Freiburg 1956.

- Fehlmann, Ulrich K. :**Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung**, Verlag Rüegger Diessenhofen, Zürich 1976.
- Feyzioğlu, Fevzi
Doğanay, Ümit
Aybay, Aydın :**Eşya Hukuku Dersleri**, İstanbul 1968.
- Fiori, Silvio :**Die Gläubigerversammlung in Schweizerischen Konkursrecht**, Schulthess, Zürich 1905.
- Fischer, Michail :**Der Anteil an einer Personengesellschaft als Gegenstand der Zwangsvollstreckung auf der Grundlage der Rechtssubjektivität aller Aussen gesellschaften**, Peter Lang, 2001.
- Fischer, Robert :**Die Personal Handelsgesellschaft im Zivilprozess**, Festschrift für Wilhelm Hedemann, 1958, s. 75.
- Flacksmann, Jean :**Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des Schweizer SchKG**, Zürich 1927.
- Flume, Werner :**Gesellschaft und Gesamthand**, ZHR 136 (1972) s. 177 – 207.
- Flume, Werner :**Schuld und Haftung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts**, Festschrift für Harry Westermann, 1974, s. 119.
- Fritzsche, Hans :**Schuldbetreibung und Konkurs, Bd.I**, 2. Auflage, Schulthess & Co, Zürich 1968. (I)

- Fritzsche, Hans :**Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem recht, Bd. II**, 2. Auflage, Schulthess & Co, Zürich 1968. (II)
- Fritzsche, Hans
- Walder-Bohner, Hans Ulrich :**Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd.I**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1984. (I)
- Fritzsche, Hans
- Walder-Bohner, Hans Ulrich :**Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993. (II)
- Gaul, H. Friedhelm
- Deren-Yıldırım, Nevhis :**İcra Hukuku Analizleri**, Alkım, İstanbul 2001.
- von Gierke, Otto :**Deutsche Privatrecht, Bd. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht**, München/Leipzig 1895 (DPR I).
- von Gierke, Otto :**Deutsche Privatrecht, Bd. II**, Sachenrecht, Leipzig 1905. (DPR II).
- von Gierke, Otto :**Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung**, Berlin 1887. (Genossenschaftstheorie)
- von Gierke, Otto :**Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht**, Leipzig 1899.

- Gökay, S. Kerim :**İcra Dairelerinde Gayrimenkullerin Yapılan Satışı ve Fesih Sebepleri**, İstanbul Tan Matbaası, İstanbul 1945.
- Göksoy, Y. Can :**Anonim Ortaklıkta Payın Rehni**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- Göktürk, Hüseyin Avni :**Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, Ankara 1947.
- Guldener, Max :**Zwangsvollstreckung und Zivilprozessrecht**, ZSR 74 (1955) s. 19-59.
- Guldener, Max :**Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, Zurich 1958.
- Gürdoğan, Burhan :**İcra Hukuku Dersleri**, Ajans – Türk Matbaası, Ankara 1970. (İcra)
- Gürdoğan, Burhan :**İflas Hukuku Dersleri**, Ajans – Türk Matbaası, Ankara 1966. (İflas)
- Gürdoğan, Burhan :**Türk – İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi**, Ajans – Türk Matbaası, Ankara 1967.
- Gürsoy, Kemal
- Eren, Fikret
- Cansel, Erol :**Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası. Ankara 1984.
- Haab, Robert
- Simonius, August
- Scherrer, Werner

- Zobl, Dieter : **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, I. Teil, Das Sachenrecht**, (Art 704 - 714 ZGB), Schulthess & Co, Zürich 1970.
- Haab, Robert
Simonius, August
Scherrer, Werner
Zobl, Dieter : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum**, (ZGB. Art 641-729), Schulthess & Co, Zürich 1977.
- Haab, Robert
Simonius, August
Scherrer, Werner
Zobl, Dieter : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen, Sachenrecht, Band. IV, I. Teil**, (Art 680 - 693) Schulthess & Co, Zürich 1970.
- Haab, Robert : **Die Historische Entwicklung der Zwangsversteigerung von Grundstücken**, ZBJV., 1922, Band LVIII, 10. Heft (s. 457 - 471), 11. Heft (s. 520 - 532), 12. Heft (s. 569 - 589).
- Haberthür, B : **Zur Revision des Schuldbetreibung und Konkursgesetzes**, BLSchK-1950, (s. 33-43), (s. 66-82).
- Habscheid, Walther J. : **Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht**, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1990.

- Hartmann, Wilhelm :**Obligationenrecht Die Kollektiv und Komanditgesellschaft** (Art. 552 – 619) Verlag von Staempfli & Cie. 1943.
- Hatemi, Hüseyin :**Eşya Hukuku Meseleleri**, İstanbul 1995.
- Hatemi, Hüseyin
Serozan, Rona
Arpacı, Abdülkadir :**Eşya Hukuku**, İstanbul 1991.
- Hayran, Burhan :**Mal Rejimleri Şerhi**, Adil Yayinevi, Ankara 2004.
- Hess, Burkhard
Wagner, Gerhard :**Grundfragen der Parteifähigkeit**, Carl Heymans Verlag, ZZP Heft 3 (Sept) Band 117 Seiten 265 – 396.
- Hoffmann, Hans – Joachim :**Gesamthandverpflichtungen bei der BGB – Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter**, NJW, 1969, s.724.vd.
- Huber, Emil :**Die rechtliche Natur der Zwangversteigerung nach schweizerischem Betreibungsrechte**, ZSR, 1904/24 (s.81-116) (s.275-358).
- Huber, Ulrich :**Die Parteifähigkeit der Personalgesellschaft des Handelsrecht und ihr Wegfall Während des Prozess**, ZZP 82, s. 224 – 257 (ZZP 82).
- Hueck, Götz :**Drei Fragen zur Gesamthandgesellschaft**, Festschrift für Zöllner/Wolfgang, Band I, 1998 Zum 70. Geburtstag.

- Hüffer, Uwe :**Die Gesamthandgesellschaft in Prozess, Zwangsvollstreckung und Konkurs**, Festschrift für Walter Stimpel 1985, s.165.
- İmregün, Oğuz :**Kollektif Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar**, İstanbul 1989. (Kollektif ve Komandit Şirketler)
- İmregün, Oğuz :**Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul 1991 (Kara Ticareti)
- İnal, Nihat :**Uygulamada Türk Medeni Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 1997
- İpekçi, Nizam :**Ticaret Şirketleri Tatbikatı**, C:1, 3. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 2002.
- İzmirli, Yadigar :**Türk Ticaret Kanununa Göre Tasfiye Memurlarının görev Yetki ve Sorumlulukları**, Gazi Kitabevi Ankara 2001.
- Jaeger, Carl :**Das Bundesgesetz betreffend Schuld betreibung und Konkurs**, Band I, Band II, Orell Füssli, Zürich 1911.
- Jaeger, Carl :**Schuldbetreibung und Konkurs – Praxis der Jahre 1911 – 1915**, Band 1, Zürich 1915: Band 2, Zürich 1928.
- Jaeger, Carl
Daeniker, Marta :**Schuldbetreibung und Konkurs – Praxis Der Jahre**, (1911-1945) Orell Füssli, Zürich 1947.

- Jaeger, Carl
Walder, Hans Ulrich
Kull, Thomas M.
Kottman, Martin :**Bundesgesetz über Sculdbetriebung und Konkurs**,
4. Auflage, Band I, Art. 1-158 Schultess Verlag,
Zürich 1997.
- Jauernig, Othmar :**Zwangsvollstreckungs und konkursrecht**,
München 1996.
- Kalpsüz, Turgut :**Adi Şirket**, Ankara 1962.
- Kaplan, İbrahim :**Müşterek İş Ortaklığı, – Joint Venture –** Dayınlarlı
Yayınları, Ankara 1994.
- Karaca, Ali :**İcra Satışlarında İlan**, AD. 1946/10, (s.1091-1095).
- Karahacıoğlu, A. Haydar :**Ortaklığın Giderilmesi, İzale-i Şüyu**, Ankara 1994.
- Karahasan, Mustafa Reşit :**Türk Eşya Hukuku**, C.I, II, III, İstanbul 1991.
(Eşya)
- Karahasan, Mustafa Reşit :**Türk Borçlar Hukuku**, Öğreti Yargıtay Kararları
İlgili Mevzuat C.VI. Beta Yayınları, İstanbul 2003.
(Borçlar)
- Karahasan, Mustafa Reşit
Özmen, İhsan :**Türk Medeni Kanunu – Eşya Hukuku**, C.I, İstanbul
1988.
- Karayalçın, Yaşar :**Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku - Giriş**
Şahıs Şirketleri, Ankara 1965.

- Karayalçın, Yaşar :**Anonim Şirketlerde Çıplak Payın Haczedilmesi ve Paraya Çevrilmesi**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C.XVI, 14 Mayıs 1999, s. 149 – 195. (Çıplak Payın Haczi)
- Karayazgan, Güngör
Varol, Behlül :**Tatbiki İcra ve İflas Hukuku ve En Son İçtihatlar**, İstanbul 1971.
- Kendigelen, Abuzer :**Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi**, İÜHFM, C. LXII, S.1-2, s. 381 – 402.
- Kılıçoğlu, Evren :**İcra Sözleşmeleri**, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005
- Korkusuz M.Refik :**İcra Hukuku ve Uygulaması**, Roma Yayınları, Ankara 2004.
- Korkut, Ekrem :**İştirak Halinde Mülkiyette Haciz ve Satış**, İBD 1940/4 s. 207-217. (C.I); s. 600-610. (C.II); s.678-685. (C.III)
- Kraft, Alfons
Kreutz, Peter :**Gesellschaftsrecht**, Elfte neuebearbeitete Auflage, Luhterhand 2000.
- Kunz, Romano :**Über die rechnatur der Gemeinschaft zur Gasamthand**, Bern 1963.
- Kuru, Baki
Arslan, Ramazan
Yılmaz, Ejder :**İcra ve İflas Hukuku**, 19. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

- Kuru, Baki :**Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C:1, C:2, C:3; C:4; C:5; C:6, 6. Bası, Demir Demir, İstanbul 2001.(Usul)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukuku El kitabı**, İstanbul 2006. (İcra El Kitabı)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukuku**, C: I, 3. Bası, İstanbul 1988. (İcra İflas)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukuku**, C: II, 3. Bası, İstanbul 1990. (İcra İflas)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukuku**, C: III, 3. Bası, Ankara 1993. (İcra İflas)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukuku**, C: IV, 3. Bası, İstanbul 1997. (İcra İflas)
- Kuru, Baki :**Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul 2002. (Alacakların Haczi)
- Kuru, Baki :**İcra ve İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler**, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1962. (Değişiklikler)
- Kuru, Baki :**İcra İflas Hukukunda Müddetler (Süreler) (H.C Oğuzoğluna Armağan)** Ankara 1972 (Kuru Süreler)
- Kuru, Baki :**Dava Şartları**, S. Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964 (s.109 147)(Dava Şartları).
- Kut, K.Hakkı :**İcra Hukukunda İştirak Halinde Mülkiyet**, İleri Hukuk Dergisi, No: 63.

Leemann, Hans	:Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band. Sachenrecht, 2. Auflage 1920.
Liver, Peter	:Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. band. Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Zürich 1918.
Lorandi, Franco	:Der Freihandverkauf im Schweizerischen Schuldbetreibungs und Konkurs Recht, Bern 1994
Lüke, Gerhard	:Der Inhalt des Pfandungspfandrechts, JZ 1955, Nr. 15/16, s. 484 – 485.
Lüke, Gerhard	:Die Rechtsnatur des Pfandungspfandrechts, JZ 1957, Nr. 8/9, s. 239 – 243.
Meier – Hayoz, Arthur	:Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Bern 1966.
Meier – Hayoz, Arthur Forstmoser, Peter	:Grundriss des Schweizerisches Gesellschaftrecht, 8. Auflage, Staempfli Verlag, Bern 1998.
Meier, Isaak	:Grundzüge des Schweizerischen Schuldbetriebsrechts, 2. Band, Schulthess Zürich 1977.
Moroğlu, Erdoğan	:Notlu – İctihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Bası, Beta, İstanbul 2001. (Kanun)
Moroğlu, Erdoğan	:Şirketlerde Adli Tebligat Kimlere Yapılır? İÜHFM 1962/2, s. 382-406. (Tebligat)

- Moroğlu, Nazan :**Medeni Kanunda Mal Rejimleri**, 14 Soru 14 Cevap Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- Musielak, Hans – Joachim :**Kommentar zur Zivilprozessordnung**, München 2002.
- Muşul, Timuçin :**İcra İflas Hukuku**, Legal Yayınları, İstanbul 2005. (İİK)
- Muşul, Timuçin :**Tebliğat Hukuku**, Legal Yayınları, İstanbul 2005. (Tebliğat)
- Muşul, Timuçin :**Gerekçeli Notlu İçtihatlı İcra İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Legal Yayınları, İstanbul 2004. (İcra İflas)
- Narbay, Şafak :**Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- Oftinger, Karl :**Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, IV. Band, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, 2. Auflage, Zürich 1952.
- Oğuzman, Kemal
Seliçi, Özer :**Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.
- Olgaç, Senai :**İcra İflas Hukuku**, C.I, II. İstanbul 1974. (İcra İflas)
- Olgaç, Senai :**Türk Medeni Kanunu Şerhi**, İstanbul 1967. (TMK Şerhi)
- Olgaç, Senai

- Köymen, Haydar :**Kazai ve İlmi İctihatlar ile Türk İcra ve İflas Kanunu**, İstanbul 1965.
- Onar, Sıddık Sami :**İctihadı Birleştirme Kararı Eleştirisi (İİK 121.m. ile ilgili)** İÜHFM, 194/3-4 s.826 – 829.
- Onsun, Kemal Şükrü :**Ticaret Şirketleri, Mahiyetleri, Kuruluş, İşleyiş, İnfisah, Tasfiyeleri ve Organları**, Ankara 1949.
- Oser/Schönenberger :**Kommentar zum Schweizerischen, ZGB, Bd. V.** Zürich 1936.
- von Overbeck, Alfred :**Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht**, Zürich 1926
- Öğuz, Tufan :**Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, İstanbul 1995.
- Öğütçü, A Tahir :**Uygulamalı İcra İflas Kanunu**, C.I, II, Ankara 1977.
- Çitoğlu, Ali
- Öktem, İmran :**Kollektif Mülkiyette İştirak Halinde Mülkiyet**, İstanbul 1946.
- Özekes, Muhammet :**İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.
- Özenli, Soysal :**Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Yayınları, Ankara 1988.
- Özsunay, Ergun :**Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul 1982.

- Özta, Bilge :**Aile Hukuku**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Özte, Selçuk :**İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası**, Alfa Yayınları, İstanbul 1994.
- Özüğur, Ali İhsan :**Mal Rejimleri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Pekcanıtez, Hakan :**İcra – İflas Hukukunda Şikayet**, Ankara 1986. (Şikayet)
- Pekcanıtez, Hakan
Atalay, Oğuz
Sungurtekin – Özkan, Meral
Özekes, Muhammet :**İcra ve İflas Hukuku**, 3. Bası, Yetkin yayınları
Ankara 2005.
- Piepenstock, Karola :**Bürgerliches Recht, Anmerkung**, JZ 2001/8, s. 419.
- Poroy, Reha
Tekinalp, Ünal
Çamoğlu, Ersin :**Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9. Bası Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- Postacıoğlu, İlhan :**İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, İstanbul 1982. (İcra)
- Postacıoğlu, İlhan :**İflas Hukuku İlkeleri**, İstanbul 1978. (İflas)
- Postacıoğlu, İlhan :**Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Hacı ile ilgili Bazı Problemler**, Batider, 1979/2 s. 353 - 368.

- Postacıoğlu, İlhan :**538 Sayılı Kanunun İcra ve İflas Kanununa Getirdiği Yenilikler**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 1965.
- Prütting, Hans :**Ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Insolventfähig?** ZIP 1997, s. 1725.
- Pulaşlı, Hasan :**Şirketler Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 2001.
- Raiser, Thomas :**Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person Eine Geschichte ohne Ende?** Festschrift für Wolfgang Zöllner Band I, 1998 Zum 70. Geburtstag. s. 469.
- Raiser, Thomas :**Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts**, AcP 194. Band 1994 (s. 495 – 512).
- Raiser, Thomas :**Der Begriff der Juristischen Person, Eine Neubestimmung**, AcP 199 (1999), 104.
- Rey, Heinz. :**Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Bd.1**, Bern 1991.
- Rosenberg, Leo
Gaul, Hans Friedhelm
Schilken, Eberhard :**Zwangsvollstreckungsrecht**, 12. Auflage 1997.
- Rosenberg, Leo
Schwab, Karl Heinz
Gottwald, Peter :**Zivilprozessrecht**, 15 Auflage 1993.
- Rutz, Magdalena :**Die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen nach der Praxis des**

- Bundesgericht und der kantonalen Betriebsbehörden**, BISchK, 1975/5 (s. 129-141).
- Saymen, Ferit Hakkı
Elbir, Halid Kemal :**Türk Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963.
- Schlosser, Peter :**Çev. Nevhis, Deren – Yıldırım, İcra Hukukunda Öncelik Prensibi ve Anayasadaki Eşitlik İlkesi**, (Hukuk Araştırmaları, MÜHF Yayınları, 1989, s. 135. vd. (**Vollstreckungsrechtliches Prioritätsprinzip und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz**), ZZP 97.Band, Heft 2, 1984, s.120 – 138.
- Schmidt, Karsten :**Gesellschaftsrecht**, 3. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München 1997.
- Schmidt, Karsten :**Die BGB – Aussengesellschaft: recht – und parteifähig**, NJW, 2001/14. (s. 993 – 1003).
- Schmidt, Richard :**Prioritätsprinzip oder Ausgleichsprinzip im künftigen deutschen Vollstreckungsrecht**, Festschrift für Heinrich Lehmann 1937, s.319.
- Schoch, Hans :**Die Juristische Natur der Pfändung und der Vermögensbeschlagnahme im Konkurs**, (Dissertation) Zürich 1940.
- Schünemann, Wolfgang B. :**Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts**, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil, Handels und Prozessrecht, Verlag Ernst Werner Gieseking, Bielefeld 1975. (s. 207 – 275).

- Seibert, Ulrich :**Die Rechtsfähige Personengesellschaft**, JR, 15/16, 1996. s. 785.
- Serozan, Rona :**Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- Serozan, Rona
Engin, B. İlkay :**Miras Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004. (Miras)
- Sevi, A. Murat :**Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Seviğ, Vedat Raşit :**Türk İcra ve İflas Kanunu**, İcra C.II Ankara 1967.
- Siehwart, Alfred :**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V. Das Obligationenrecht, 4. Teil Die Personengesellschaften**, (Kommentar) (Art. 530 – 619) Schultess, Zürich 1938.
- Sohm, Rudolph :**Der Gegenstand**, Festschrift für Heinrich Degenkolb, ayrı Bası, Leipzig 1905.
- Sprecher, Thomas
Jetzet, Rolf :**Einführung in das neue Schuldbetreibungs und Konkursrecht der Schweiz**, Schultess, Zürich 1997.
- Spühler, Karl

- Pfister, Susanne B. :**Schuldbetreibungs - und Konkursrecht**, Band I, 2. Auflage, Shultess Verlag, Zürich 1999.
- Staehelin, Adrian
- Bauer, Thomas
- Staehelin, Daniel :**Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse**, SchKG (I), Art 1-87, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München 1998; Band II, Art 88-220, 1998. (I) (II).
- Staudinger/Kober :**Staudinger's Kommentar zum BGB**, die Einführungsgesetze Bd.III; Sachenrecht, 17. Auflage, München 1956.
- Stein, F.
- Jonas,Münzberg :**Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 7 § 704 – 827, 22. Auflage, 2002.
- Stöber, Kurt :**Forderungspfändung**, 7. Auflage, 1984.
- Sunar, Gülcan :**Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü**, İstanbul 2002. (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Sungurbey, İsmet :**Medeni Hukuk Sorunları**, Altıncı Cild, İstanbul 1994. (Medeni Hukuk Sorunları)
- Sungurbey, İsmet :**Miras Payının Ya da Belirli Konulardaki Miras payının Üçüncü bir Kişiye geçirilmesi Sözleşmelerine ve bu payların haczine ilişkin**

pratik Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi 1984/2 s. 1517-1533. (Payların Hacine İlişkin Sorunlar)

- Sungurbey, İsmet :**Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin ne olduğu ve elbirliği ilkesinin yaşamsal gücü**, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, Ocak – Ekim 1989 s. 255.
- Şener, Esat :**Türk Medeni Kanunu, (Açıklamalı İctihatlı)** Ankara 1989. (TMK)
- Şimşek, Edip :**İcra İflas Kanunu (Açıklamalar İctihatlar)** Ankara 1989.
- Şirin, Şerafettin :**Şirketler ve Özel Statülü Kurumlar**, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1992.
- Tandoğan, Haluk :**Özel Borç İlişkileri**, C.I, II. İstanbul 1989.
- Tanrıver, Süha :**İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1996.
- Taray, Haydar
Sengir, Turgut :**Adi Şirket Hükümleri ve Tatbikatı**, İBD, 1970/1-2, s. 3. vd.
- Taşdelen, Nihat :**Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının Kazanılması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Tekil, Fahiman :**Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 1996.
- Tekinay, Selahattin Sulhi :**Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları**, Oğur Matbaası, İstanbul 1953.

Tekinay, S. Sulhi
Akman, Sermet
Burcuoğlu, Halûk
Altop, Atillâ

:**Tekinay Eşya Hukuku**, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi,
İstanbul 1989. (Eşya)

Tekinay, S. Sulhi
Akman, Sermet
Burcuoğlu, Halûk
Altop, Atillâ

:**Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.
Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993. (Borçlar)

Temizer, Şemsettin

:**İştirak Halinde Mülkiyet ve İİK 94 ve 121
Maddeleri Hakkında Bazı İzahatlar**, A.D. 1944/5,
C.35, S.5, s. 381-390.

Timm, Wolfram

: **Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen
Recht und ihre Haftungsverfassung**, NJW, 1995/49,
(s. 3209 – 3272).

von Tuhr

:**Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts**, Bd, II/1, Berlin 1957 (1914'deki ilk basımdan
tıpkı basım).

von Tuhr

:**İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, Çev. Cevat Edege,
İstanbul 1953.

Tunaboylu, Müslim

:**Ortaklığın Giderilmesi ve Paydaşlıktan Çıkarılma
Davaları**, Ankara 1997.

Tunçomağ, Kenan	: Türk Borçlar Hukuku , 6.Bası, İstanbul 1976.
Tunçomağ, Kenan	: Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK 89'un) Doğurduğu Sorunlar , İBD 1993/7-9, s. 450-460.
Uçar, Salter	: Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye , İstanbul 1996.
Ulmer, Peter	: Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch , Band, 3. Schuldrecht – Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 652 – 853), 2. Auflage, München 1984 (§§ 705 – 740).
Ulmer, Peter	: Vertretung und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts , Festschrift für Robert Fischer, Berlin – New York 1979, s. 785.
Umur, Ziya	: Roma Eşya Hukuku , Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
Steffek, Felix	: Grundbuchfähigkeit einer recht – und parteifähigen GbR , NJW/5, s. 330 – 338).
Umar, Bilge	: Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme şartı Olarak Ehliyet , İÜHFM 1963/3, s. 591 – 619. (ehliyet)
Umar, Bilge	: İcra ve İflas Kanunu m. 121 Gereğince Yapılan Alacak Temlikinin var Olmayan Alacağa Düşmesi ve Bunun Sonuçları , İzmir BD. 1985/1, s. 21- 26.
Uyar, Talih	: Kooperatiflerde ve Adi Şirketlerde Alacaklı Üçüncü Kişilerin Kooperatif, Adi Şirket ve Ortağı

- Takip Hakkının Kapsamı**, Yasa, HD.1980/8, s.1085
(Uyar – Adi Şirket Kooperatif)
- Uyar, Talih :**Hacizli Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Süresi**, Bursa BD., 1988/2, s. 13-22. (Uyar – Süreler)
- Uyar, Talih :**Adi Şirketlerde Şirket Hisselinin Haczi**, Çözüm Dergisi 1985/10 s. 48. (Uyar – Adi Şirket)
- Uyar, Talih :**Komandit Şirket Hisselinin Haczi**, Çözüm Dergisi 1985/ Nisan s. 81-85. (Uyar – Komandit Şirket)
- Uyar, Talih :**Ticaret Şirketleri ile Kooperatiflerde ve Adi Şirketlerde Şirketten ve Ortaktan Alacaklı Olan Üçüncü Şahısların Şirket ve Ortağı Takip Hakkının Kapsamı** ABD 1978/5 s.774 -779. (Uyar – Ticaret Şirketleri).
- Uyar, Talih :**Kollektif ve Komandit Şirketlerde Şirketten ve Ortaktan Alacaklı olan Üçüncü Şahısların Şirket ve Ortağı Takip Hakkının Kapsamı**, İBD 1979/1, s. 74-93. (Uyar – Kolektif, Komandit Şirket)
- Uyar, Talih :**Haczedilen Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı**, Yasa HD. 1988/1, s. 13-22. (Uyar – Süreler)
- Uyar, Talih :**İcra Hukukunda İhalenin Neticesi ve Feshi**, ABD 1975/6, s. 797 – 807. (Uyar – İhalenin Feshi)
- Uyar, Talih :**İcra Tutanakları**, TNBHD., 1980 S.27, s. 30-33. (Uyar – Tutanaklar)

Uyar, Talih	: Paraya Çevrilmesi Özel Bir Usulü Gerektiren Mal ve Haklar , ABD 1978/3 s. 431 – 435. (Uyar – Paraya Çevirme)
Uyar, Talih	: İcra Hukukunda Haciz , Manisa 1990 (Uyar - Haciz)
Uyar, Talih	: Uygulamalı İcra – İflas Hukuku , Manisa 1986 (Uyar – İcra)
Uyar, Talih	: Gerekçeli Notlu İctihatlı İcra ve İflas Kanunu , C.I, II, İzmir 1996 (Uyar - İİK C.I, C.II)
Uyar, Talih	: İhale ve İhalenin Feshi , Manisa 1990 (Uyar – İhale).
Uygur, Turgut	: Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu – Özel Borç İlişkileri , C.VIII, (m. 395 – 544). Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
Üstündağ, Saim	: Medeni Yargılama Hukuku , 7. Bası, İstanbul 2000. (Usul)
Üstündağ, Saim	: İcra Hukukunun Esasları , 8. Bası, İstanbul 2004. (İcra)
Üstündağ, Saim	: İflas Hukuku , 6. Bası, İstanbul 2002. (İflas)
Üstündağ, Saim	: İcra ve İflas Kanunu’nun Dünü ve Bugünü , Evrim Kitabevi, İstanbul 1990. (Dünü Bugünü)
Walder, Hans Ulrich	: SchKG Schuldbetreibung und Konkurs , Orell Füssli, Zürich 2002. (SchKG)

Walder, Hans Ulrich	: Zivilprozessrecht , 3. Auflage, Zürich 1983. (ZPR)
Walder, Hans Ulrich	: Probleme um Art. 260 SchKG und Versuch ihrer Behebung , BISchK 22, s. 65-74. (BISchKG)
Weber, Leo Brüstlein, Alfred Reichel, Alexander	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs , 2. Auflage, Zürich 1901.
Werner, Olaf	: Die Bedeutung der Pfändungspfandrechts-theorien , JR 1971, s. 278 – 286.
Wertenbruch, Johannes	: Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung , Otto Schmidt Verlag, Köln 2000.
Wertenbruch, Johannes	: Die Parteifähigkeit der GbR – die Aenderungen für die Gerichts – und Vollstreckungspraxis , NJW, 2002/5, s.324 – 330).
Wieczorek, Bernhard Schütze, Rolf A.	: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Gross-kommentar 3. Auflage , Berlin, New York 1999.
Wössner, Jörg	: Die Pfändung des Gesellschaftsanteils bei den Personengesellschaften , Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2000.
Yalman, Macit Taylan, Erbay	: Adi Ortaklık , Ankara 1976.

- Yavaş, Murat :**Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, İstanbul 2005.
- Yeğengil, Rasih :**Alacağın Temlik ve Haczi**, AD 1938/I, s. 66-75.
- Yıldırım, M. Kamil,
Deren – Yıldırım, Nevhis :**İcra Hukuku**, 3. Bası, Alkım Yayınevi., İstanbul 2005. (İcra)
- Yıldırım, M. Kamil, :**İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi**, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1989/1-3, C.4, (s. 98-115). (Ölçülülük İlkesi)
- Yıldırım, M. Kamil, :**Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990. (Delillerin Değerlendirilmesi)
- Yılmaz, Ejder, :**İflas İdaresi**, Sevinç Matbaası, Ankara 1976. (İflas İdaresi)
- Yılmaz, Ejder, :**Hacze Takipli Katılma, (Hacze Adi İştirak)** AÜHFD. 1973/ 1-4 s. 271-316. (Takipli Katılma)
- Yılmaz, Ejder :**Hacze Takipsiz Katılma, (Hacze İmtiyazlı İştirak)** AÜHFD. C.XXXI, 1974/1-4 s. 361-394. (Takipsiz Katılma)
- Yunusoğlu, Tarık :**Taksim Edilmemiş Miras Hissesinin Haczinde Yeni Yasal İmkan**, İBD 1991/498 s. 615vd.
- Zevkliler, Aydın :**Medeni Hukuk**, Ankara 1989.

- Zobl, Dieter :**Berner Kommentar zum schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Abteilung,** Die Beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband, Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband, Systematischer Teil und Art. 884 – 887 ZGB., Staempfli & Cie, Bern 1982.
- Zöller, Richard :**Zivilprozessordnung**, 24. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004.
- Zwick, Bruno :**Schuldbetreibung und Konkurs**, Bern AS Verlag, 2002.

ÖZGEÇMİŞ

02.05.1976 tarihinde Kayseri’de doğdum. İlk ve orta öğrenimimi Kayseri’de tamamladım.

1993 yılında kayıt olduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 1997 yılında mezun oldum.

1998 yılında avukatlık stajımı tamamladım.

1999 tarihinde Nottingham Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Uluslararası Ticaret Hukuku alanında (LLM) Yüksek Lisans programını tamamladım.

1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı’nda Araştırma Görevlisi olarak göreve başladım.

2000 yılında bahar döneminde İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Özel Hukuk Ana Bilim Dalında doktora programına başladım.