

İCRA MEMURLARININ İŞ GÖRMEKTEN MEMNUIYETİ

Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN

İcra ve iflâs işlerine bakan memurlarla müstahdemler cebri takip sırasında tarafsız hareket edecekler ve kendi menfaatlerini gözetmeyeceklerdir. Hattâ kanun bu hususta daha ileriye giderek tarafsızlıklarını sağlamak amacile bağımsız bir statüye tabi tuttuğu bu memurların görevlerini yaparlarken alacaklı ile borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar «telif etmekle mükellef» olduklarını kaydetmek suretile cebri icra muamelelerinin yürütülmesinde uzlaştırıcı bir fonksiyonları bulunduğunu da belirtmiştir (İİK. m. 85, f. 6). Bu fonksiyonun önemi, bilhassa ilâmsız icrada kendisini göstermektedir. Filhakika, icra memurunun bu uzlaştırıcı rolünü yararlı bir şekilde yerine getirebilmesi için muayyen durumlarda oldukça geniş bir takdir hakkını haiz olması lâzımdır. Ancak, yetkisine giren icra takip muameleleri ve bu sebeble gösterdiği faaliyet kazaî nitelikte olmadığından (1), kendisine tanınan bu takdir hakkını sınırlı bir şekilde ve belirli şartlar altında, ölçülü bir tarzda kullanabilir. Takdir hakkının mevcut olmadığı işlerde icra memuru sâdece muamelenin tekemmül ettirilebilmesinin kanunî şartlarını araştırmakla yetinir; meselâ ödeme emri tanzim edebilmesi için, sâdece takip talebinin şartlarının yerine gelip gelmediğine bakar, yoksa ödeme emrinin tebliğ edileceği kimsenin gerçekten borçlu olup olmadığını araştıramaz; buna mukabil, alacaklının talebinin belirli

(1) Borçluyu dinlemeden yalnız alacaklının talebille hareket etmesi ve kanunen belirli bir usule uymaya mecbur olmadau faaliyet göstermesi dolayısıyla icra memurlarının muameleleri idari mahiyette sayılır. Bunların, kazaî nitelikte olabilmesi için, alacaklı ile borçludan her ikisinin iddia ve müdafaasına imkân verilmek suretile yapılmaları gerekirdi (bkz. N. M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, İst. 1969, shf. 19).

bir şeyin haczine mâtuf olmasına rağmen, haczedeceği malın yalnız kabili haciz olup olmadığını değil, bu malın haczinin aynı zamanda borçlunun da menfaatlerine ne dereceye kadar uygun olduğunu araştıracaktır; ezcümle, alacaklının haczedilmesini istediği mal borçlunun muhtaç olduğu ve fazla para etmeyen bir eşya ise, veya bunun paraya çevrilmesi güç yahut fazla masraflı ise, icra memurunun alacaklının belirli olan haciz isteğini değil, bu talebi umumiyetle nazara alarak takdir hakkını menfaatler durumuna göre kullanması gerekecektir.

İşte, kanunun verdiği geniş yetkiler yanında yer alan bu uzlaştırıcı fonksiyonları dolayısıyla, icra ve iflâs memurlarının adalet mekanizması içinde hususî bir durumları vardır. Bu husus gözönünde tutulursa, icra ve iflâs memurlarına kanunen belirli hallerde tanınan takdir hakkının icra tedkik mercilerince kısıtlanması doğru olmaz. Yargıtay İcra ve İflâs dairesinin de icra memurlarının takdir haklarını kullanmalarına mâni olmadan, kararlarının hâdiseye, yani işin icaplarına uymasını, ve suiistimalleri önlemek için şikâyet yolu ile merciin mürakabesine tâbi tutulmasını sağlamakla yetinmesi lâzımdır. İcra tedkik merciinin mürakabesi, icra memur ve müstahdemlerinin alacaklıyı, borçluyu veya üçüncü şahısları kayırarak yahut özel bir menfaati temsil ederek hareket etmelerine meydan vermeyecek şekilde cereyan etmelidir.

İsviçrede, icra tedkik merciileri, cebri icra işlerini yürüten memurların görevlerinde tarafsız hareket etmelerini sağlamak amacıyla gereken tedbirlere tevessül etmektedirler. Bu cümleden olmak üzere, Bern İstinaf Mahkemesi, Yüksek Tedkik Mercii sıfatile (2), Bern

(2) İsviçrede icra tedkik merciileri ve bunların yetkileri Kanton Kanunları ile tayin edilmektedir. Bir çok Kantonlarda iki dereceli icra tedkik mercii ihdas edilmiştir. Meselâ, Berne, Vaud ve Neuchâtel'de biri yüksek, diğeri ikinci derecede olmak üzere iki dereceli icra tedkik mercii mevcuttur.

İkinci derecedeki icra tedkik mercii görevi, ekseriyetle, mahallî mahkeme reislerine verilmiş, yüksek dereceli icra tedkik mercii görevi ise, Kanton mevzuatına göre, muhtelif makamlara veya hâkimliklere tevdi edilmiştir. Meselâ, Berne'de İstinaf Mahkemesi, Vaud'da Kanton Mahkemesinin İcra ve İflâs Dairesi, Neuchâtel'de ise Kanton Mahkemesinin üç üyesinden teşekkül eden kurul bu görevi ifa etmektedir.

İkinci derecedeki icra tedkik merciilerinin bazı kararlarına karşı yüksek dereceli icra tedkik merciine müracaat olunabildiği için, bu yolda bir nevi istinaf usulü ihdas edilmiştir.

Kantonu dahilindeki icra ve iflâs dairelerine 21 mart 1956 tarihli bir tamim göndererek cebri icra işlerini yürüten icra memurlarile müstahdemlerinin görevli oldukları dairede takipte bulunan alacaklıları temsilen herhangi bir muamele yapmalarını açıkça yasaklamıştır. Bu tamimde, icra ve iflâs memurlarile müstahdemlerinin velev ivazsız olarak, hattâ bölgeleri dışında mukim bulunan borçlulara karşı dahi alacaklıları temsilen muamele yapmalarının caiz olmadığı kesinlikle belirtilmiştir (3).

*
**

İcra memurları idare memurlarından farklı olarak alelâde bir amme hizmeti değil, amme hizmetlerinin en önemlilerinden olan adaletin fiilen dağıtımını görevini yapmakta ve sadece bu keyfiyet icra memurluğu mesleğini diğer memuriyetlerden farklı kılarak bunun değişik bir statüye kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu itibarla, icra memurlarının ifa ettikleri amme hizmetinin diğer memurlarla birlikte 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun çerçevesi içinde mütalea edilmesi, bunların ifa ettikleri hizmetin yukarıda belirtmeye çalıştığımız hususiyetleri yönünden yeterli değildir (bkz. 12056 sayılı ve 23 temmuz 1965 tarihli Resmî Gazete).

Meslekten ayrılan hâkim ve savcılarının yerlerinin doldurulması veya adalet mesleğinde mevcut olan ihtiyaçların karşılanabilmesi, hâkim sınıfından icra memuru atama usulünün uygulanmasını bir süredenberi durdurmuştur. Halbuki, bu usulde atanan icra memurlarının cebri icra muamelelerini daha isabetle yürüttükleri ve rüşvet alma veya zimmete para geçirme şeklindeki suiistimallerinin daha

Kantonların hususî mevzuatına göre, icra tedkik mercilerinin teşkilâtları ve yetkileri ne olursa olsun, Federal İcra ve İflâs Kanununun teknil İsviçrede tefsir ve uygulanmasında en yüksek mürakabe mercii (Oberaufsichtsbehörde - Autorité de haute surveillance) Federal Mahkemenin üç üyesinden teşekkül eden İcra ve İflâs Dairesinin yaptığı nizamnamelerin yürütülmesi birinci ve ikinci derecedeki tedkik mercilerinin bunlara tamamen uyan çalışmaları ile mümkün olmaktadır; zira, Federal Kanun, gayrikabili müdafaa (unhaltbar - insoutenable) olsa bile, teknil icra makamlarını Federal Mahkemenin talimatına uymakla mükellef tutmuştur (bkz. FlIK. m. 15, f. 3; Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege v. 22.III.1893; 6.X.1911; 11.VI.1928, Art. 17/2 und 23/4) (ayrıca bkz. W. Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, shf. 267 vd).

(3) Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, C. 92, shf. 155.

az olduğu görülmektedir (4). Yüksek tahsil yaparak belirli bir kültür seviyesine ulaşmış olan genç hukuk mezunlarının birer aydın ve idealist kişi olarak görevde sorumluluk hissine daha fazla sahip oldukları bir gerçektir. Hal böyle iken, icra memuru veya başkâtiplerin büyük bir çoğunluğunun tahsil durumlarının ilk okul seviyesinde kalmış olması ve icra memurluğu mesleğine odacılık veya mübaşirlikten girilebilmesi çok sakıncalıdır (5).

*
**

İcra memurlarının hangi hallerde iş görmekten memnu oldukları (Ausstand-récusation) kanunla tayin ve tanzim edilmiştir. Kanun, alacaklı veya borçlu ile bir ilişkisi olan yahut takip konusu şeyler üzerinde menfaati bulunan icra memurunun bu şahıs veya şeylere taallük eden işin ifasını maiyetindekilerden birine bırakmasını emretmiştir. Türk hukukunda, icra tedkik mercii vasıtasile yapılan bu görev devri, İsviçre hukukunda doğrudan doğruya icra memurunun yetkisine bırakılmıştır (bkz. İİK. m. 10; FİİK. m. 10).

İcra memurluğu görevinin tarafsızlıkla ifasını sağlamak amacıyla vazedilen İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu maddesi hükmünün tatbikatta önemle uygulanması gereklidir. Ancak, bu hüküm, cebri icradan ilgisi olanların hak ve menfaatlerinin bir teminatını teşkil ettiğinden, buna aykırı olarak yapılan muamelenin icra tedkik merciince şikâyet yolu ile iptali kabul edilmiştir.

İcra ve İflâs Kanununda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak, yapılan muamelenin taraflarına icra memurunu reddedebilme hakkı tanınmamıştır. 10 uncu maddenin ihlâli halinde, icra memurunun değil, muamelenin reddi söz konusu olabilir; bu da ancak icra tedkik merciine şikâyet yolu ile mümkündür. Bu durumda, icra tedkik merciinin yapılan şikâyeti menfaat şartına göre değerlendirmesine, yani muamelenin iptalinde şikâyette bulunan ilgilinin kanunen himaye olunan bir menfaati bulunup bulunmadı-

(4) Tatbikatta bu mesele ile doğrudan doğruya meşgul olmuş bulunan kıymetli bir meslekdaşımız yaptığı incelemede suiistimalleri canlı örneklerle anlatırken, «hâkim sınıfından atanan icra memurlarından hiç birinin zimmet, rüşvet gibi bir suç işlediğini tespit edemedi»ğini belirtmiştir (bkz. H. Basri Akgiray, İcra Memurları ve Başkâtipleri Statüsünün Yeniden Düzenlenmesi Zorunludur, İst. Barosu Dergisi, temmuz-ağustos 1970, shf. 553).

(5) Bkz. Sözü geçen makale shf. 548/549.

ğini araştırmasına mahal yoktur; zira, 10 uncu maddenin ihlâli ile tarafsızlık kuralına aykırı hareket edilmiştir, şikâyet konusu muamelelerin menfaatler durumuna aykırı olup olmadığının tedkik mercii tarafından ayrıca nazara alınarak incelenmesi gerekmez; meselâ, borçlunun, icra memurunun nişanlısının veya eşinin talep ettiği haczin iptali için şikâyet yoluna gitmesi üzerine, icra tedkik mercii sadece bu iddiayı, yani icra memuru ile alacaklı arasındaki nişanlılık veya evlilik durumunun mevcudiyetini tespit eder ve bu şahsi ilişkinin tespiti ile de kanunun koyduğu bağımsızlık kuralına aykırı hareket edilmiş olduğu sâbit olur. Bu halde, yapılan haciz muamelesi başka bir sebep aranmaksızın ve borçlunun menfaatlerine uygunluğuna bakılmaksızın iptal edilir.

İcra memurunun kendisinin menfaatine olan bir işde karar vermesi, kendi kendisile akit yapmak memnuiyetine (Verbot der Selbstkontrahierung), yani İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesi hükmünün kapsamına yaklaşan bir durum teşkil ettiği için, ilgilinin şikâyeti söz konusu olmadan bu kararın icra tedkik merciiince resen de iptali mümkündür; zira, bu halde icra memurunun tarafsızlık kuralını doğrudan doğruya kendi yararına ihlâl ettiği söylenebilir ve icra tedkik mercii icra faaliyetini mürakabe yetkisini kanuna aykırılık teşkil eden tekmil hallerde resen kullanabilir. Nitekim, İsviçre hukukunda, iş görmekten memnuiyet kaidesinin icra memurları tarafından ihlâli halinde, icra tedkik merciiilerinin yapılan muameleyi resen müdahale suretile de iptal edebilecekleri kabul edilmektedir (6). Ayrıca, İsviçrede, İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu maddesi hükmü icra tedkik mercii üyelerine de tatbik edilmektedir. *Jaeger*, bu hususu icra tedkik mercii üyelerinin icabında icra memurları yerine kaim olmaları ile izah etmektedir (7). Federal Mahkemenin de bu yolda kararı vardır (8).

**

İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu ve 11 inci maddelerinde, cebri icra vazifesi gören memur ve müstahdemlerin tarafsızlığını sağla-

(6) Bkz. Hans Fritzsche, Schuldbetreibung Konkurs und Sanierung, Zürich 1954, C. I, S. 31.

(7) Bkz. C. Jaeger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1911, m. 10, No. 1.

(8) FMK. 54 III 277 (H. Fritzsche, s.g.e. C. I, shf. 32).

mak için, vazifeden çekinme sebepleriyle yapmaktan memnu oldukları işler tasrih edilmiştir.

Vaznı kanun, amme menfaati mülâhazasile sevkettiği 11 inci madde ile icra ve iflâs memurlarının görevlerini ifa ederlerken şahsi menfaatleri ile resmî vazifeleri arasında kalmalarını ve bu suretle bîtarafıklarından şüphe edilmesini önlemek istemiştir. Bu itibarla, 11 inci madde hükmü amme intizamından sayılmaktadır (9).

İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesi hükmü icra hâkimlerini de kapsamına alır. Ayrıca, icra hâkimlerine hâkimlerin reddi ve vazife görmekten memnuiyeti hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 28 inçisi ve 29 uncu maddeleri de tatbik edilebilir. Bu suretle, icra hâkimleri İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesine göre bazı akidleri yapmaktan memnu oldukları gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun sözü geçen hükümleri dolayısıyla bazı hallerde vazife görmekten de memnudurlar ve alacaklı ile borçlu tarafından usulü dairesinde reddedilebilirler (10).

İcra ve iflâs memuru, muavini veya müstahdemi, kendisinin, karısının, nişanlısının, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhrî hısımlarının, kanunî mümessili, vekili veya müstahdemi bulunduğu şahsın menfaatine taallûk eden işleri yapamayıp, keyfiyeti derhal bağlı bulunduğu tedkik merciine bildirmeye mecburdur. Tedkik mercii, çekinme sebebini vârid görürse, işi başka bir memura veya aynı dairenin müstahdem veya kâtiplerinden başka birine havale eder (İİK. m. 10; Niz. m. 4, f. 2); vârid görmediği takdirde, memura vazifesine devam etmesini emreder.

Çekinme sebebi, muavin veya müstahdem hakkında mevcut olduğu ahvalde, bunların çekinme sebebini doğrudan doğruya tedkik merciine değil, dairenin âmiri olan icra ve iflâs memuruna bildirmeleri, icra dairesinin memurları arasındaki hiyerarşik ilişki dolayısıyla, daha uygundur. Çekinme sebebini vârid gören icra ve iflâs memuru, işi başka bir muavine veya müstahdeme yahut kâtiplerden birine havale edebilir. Ancak, icra ve iflâs memuru ile muavini

(9) Bkz. E. Meyer, Des attributions des autorités de surveillance de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et de quelques conflits de compétence, Lausanne 1912, p. 124; M. İmboden, Nichtigte Betreibungshandlungen, Zürich 1941, S. 41.

(10) Bkz. 4/6/1936 tarihli Yarg. tev. iç. kararı (RG. 3/2/1937) ve bu içtihadın çözüm tarzını kanunlaştıran İİK. m. 10a (N. M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, shf. 29, No. 41).

veya dairenin müstahdem yahut kâtiplerinden biri arasında çekinme sebebinin vârit olup olmadığı hususunda ihtilâf çıktığı takdirde, muavin, müstahdem veya kâtibin keyfiyetten doğrudan doğruya tedkik merciini haberdar etmesi muvafık olur. Şu kadar ki, icra ve iflâs memuru bulunmadığı zaman veya kanunen memurun yerine vazife görebildiği hallerde muavinin yahut tedkik merci tarafından tensip edilen icra dairesi kâtibinin (bkz. İİK. m. 221; Niz. m. 14) bir çekinme sebebi karşısında doğrudan doğruya tedkik merciini haberdar edebileceği muhakkaktır. İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu maddesinde böyle bir ayırımı yer verilmesi doğru olurdu.

İsviçrede, icra memuru vazifeden memnu bulunduğu işi bağlı olduğu tedkik merciine bildirmeye lüzum olmaksızın muavinine verebilmekte ve keyfiyeti alacaklıya ihbar etmektedir (bkz. FİİK. m. 10, f. 2). Bu usul, işlerin çabuk görülmesini temin etmekle beraber, icra memurunun pürüzlü işlerin mesuliyetini muavinine yüklemesini mümkün kılması dolayısıyla sakıncalıdır. İsviçre hukuku yönünden böyle bir sakınca mevcut değildir; çünkü, İsviçrede, icra ve iflâs memuru muavinini bizzat kendisi seçebilmekte ve muavininin kusurundan doğan zararlardan sorumlu tutulabilmektedir (bkz. FİİK. m. 5).

İcra ve İflâs memurunun bakmaktan memnu olduğu işlere nezaret etmemesi kusur teşkil etmez ve bu sebeble sorumluluğu yoluna gidilemez. Kusur, umumiyetle, akla, örf ve âdetlere olduğu kadar, bilhassa kanuna uymayan bir hareket tarzı olarak mütalea olunabildiğinden, yapılması kanunen memnu olan bir muamelede kusurun söz konusu olamayacağı muhakkaktır. Bu itibarla, ilgilinin, kanunen iş görmekten memnu olan memurda nezaret kusuru araması yersiz olur (bkz. İcra Hukuku Dersleri Kitabımız shf. 24).

Belirli bir takip muamelesinde icra ve iflâs memurunun doğru-
dan doğruya değil, dolayısıyla menfaati bulursa bile, görevden çekinmesi lâzımdır; zira, İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu maddesindeki memnuiyet hükmü, yukarıda da işaret edildiği gibi, memurun tarafsızlığını temin için sevk edilmiştir. İcra ve iflâs memurlarının dolayısıyla faydalandıkları işlerde de tarafsız kalamıyacakları pek muhtemeldir.

Çekinme sebeplerini nazarı itibara almayan icra ve iflâs memurunun muamelesi mutlak batıl değildir. 10 uncu maddede derpiş edilen memnuiyete riayetsizlik sâdece hususi menfaatleri ihlâl edebileceğinden, yapılan muamele ancak ilgililerin şikâyeti

üzerine iptal edilebilir. İlgililer, muameleyi öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içinde icra tedkik merciine şikâyet yolu ile müracaatta bulunarak yapılan muamelenin iptalini ve işin ifasının başka bir memura veya dairenin kâtiplerinden birine havale edilmesini isteyebilirler (bkz. İİK. m. 10, f. 4; m. 16).

İcra hâkimleriyle (11) icra ve iflâs memurları, muavin, kâtip ve müstahdemleri dairelerince takip edilen alacak veya satılan mal hakkında, kiminle olursa olsun, kendileri veya başkaları hesabına akit yapamazlar (bkz. İİK. m. 11); meselâ, takip edilen alacağı temellük edemeyecekleri gibi, müzayedeye çıkarılan malı satın almaktan da memnudurlar. Ancak, *Prof. Martin* tarafından tasvip olunan Federal Mahkemenin eski bir kararında da belirtildiği gibi, icra ve iflâs memuru, müstahdemi veya kâtibi, paraya çevrilecek mal üzerinde takipten evvel ve bu takiple ilgili olmadan bir aynî hak iktisap etmişse, bu memnuiyet tatbik edilmez ve memur o malın açık arttırma ile satışına katılabilir (12).

İcra ve iflâs işlerinde vazifeli olanlar, 11 inci maddede hükmünün amme intizamından olması dolayısıyla, bu maddeye göre yapmaktan memnu oldukları akidleri bilvekâle veya kendi hesaplarına mutavassıt bir şahsa da yaptırılmazlar. Kanuna muhalif olarak bilvekâle veya mutavassıt şahıslara yaptırılan akidler de, aynen doğrudan doğruya vazifeliler tarafından yapılmış gibi hükümsüzdür (13).

İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesi hükmüne muhalif olarak yapılan akidler mutlak butlanla bătıldır; tarafların muvafakatale muteber tutulamaz; zira, mutlak butlan mukavele konusu olmaz, müddetle de kayıtlı olmadığından, her zaman dermeyan edilebilir. Yargıtay, bu konudaki butlanın müddetsiz olarak şikâyet yolu ile iptalini caiz görmüş ve icra memurunun arttırmaya iştirâk ederek kendi namına yaptırdığı ihalenin müddetsiz şikâyete konu

(11) İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesinde sâdece icra tedkik mercii vazifesini gören icra hâkimleri istihdaf edilmiştir. Bundan maksat, takibin yapıldığı icra ve iflâs dairesinin bağlı olduğu icra tedkik merciini teşkil eden ve bu sıfatla mezkûr daire üzerinde mürakabe yetkisini halz olan icra hâkimleridir.

(12) FMK. XXXI. S. 1. No. 37 (Alfred Martin, Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne 1903, p. 9, dip notu 1).

(13) A. Reichel, Kommentar z. schw. Schuldbetreibungs - und Konkursrechts, 2. Aufl. Art. 11, No. 1, S. 10.

olabileceğini kabul etmiştir (14). Fakat, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, 11 inci maddenin icra memurunun takipten evvelki akidlerini kapsamıyacağı muhakkaktır (15).

Tekmil alâkahılar 11 inci maddeye muhalif olarak yapılan akdin butlanını dermeyeran edebilecekleri gibi, icra hâkimi ile icra ve iflâs memurunun da kendileri tarafından yapılmış olan bu akdi hükümsüz addetmeleri mümkündür.

Her ne kadar bir akdi kanuna muhalif olarak icra eden kimse- nin, aynı zamanda bu akdi hükümsüz addedebilmesi, ilk nazarda kanuna aykırı gibi görünüyorsa da, 11 inci madde ile gözetilen gaye, alâkahıların menfaatlerini korumak ve resmî dairelere karşı halkın itimadını sarsmamak mülâhazasile vazifelilerin tarafsızlığını temin etmek olduğundan, bu hükme muhalif olarak icra edilen akidlerin butlanının teknil ilgililer tarafından daima dermeyeran edilebilmesi ve icra hâkimi ile icra ve iflâs memurlarının bu akidleri her zaman hükümsüz addedebilmeleri kanunun maksadına uygundur. Gerçekten, 11 inci maddeye muhalif hareket eden icra hâkimine veya icra ve iflâs memurlarına bu hakkı tanımamak, bunların vazifelerinde tarafsız kalmalarına mâni olabilir.

Kanuna muhalif hareket eden vazifelilerin, bu hareketlerini kendilerinin hükümsüz addetmek hususundaki yetkilerinin suiistimaline karşı kanunda yeteri kadar müeyyide mevcuttur. Gerçekten, vazifelilerin kanuna muhalif hareketlerinden zarar gören kimselerin tazminat istemek hakları saklı olduğu gibi (HUMK. m. 573; İİK. m. 5), kusuru olan vazifelilerin, mürakabeye yetkili makamlar tarafından inzibatî yolda cezalandırılmaları da mümkündür (bkz. 2556 Sy.lı Hâk. K. m. 83 ve müt.; İİK. m. 13, 13a) (16).

Kanuna muhalif olarak yapılan akit, şeklen tarafların menfaatlerine uygun görünse bile, netice itibarile, memurların vazifelerinde tarafsız kalamamalarına sebebiyet vereceğinden, amme menfaatinin yanında ilgililerin menfaatlerini de ihlâl edebilir. Meselâ, görevli icra ve iflâs memurunun borçlu lehine kefalet akdi icra etmiş olması, şeklen tarafların menfaatlerine aykırı değilse de, kefalet se-

(14) Yarg. İfD. 27/4/1959, E. 1594, K. 2449 (Son İçtihatlar 1960, No. 153, shf. 4593).

(15) N. M. Berkin, s.g.e, shf. 30.

(16) Bkz. N. M. Berkin, Medenî Usul Hukuku Esasları, İst. 1960, shf. 31, No. 53 ve dv.

bebile mesuliyetini tahakkuk ettirmek istemeyen memuru, takibin semeresiz kalmaması veya uzaması için borçluyu alacaklılara karşı himaye etmek suretile görevini suiistimale sevk edebilir. Bu itibarla, yapılan akdin tarafların menfaatine aykırı olmadığı ileri sürülerek memura veya diğer ilgililere akdi hükümsüz addetmek veya akdin hükümsüzlüğünü dermeyan edebilmek hakkını tanımamak 11 inci maddenin maksadına ve ruhuna aykırıdır.

11 inci madde hükmüne muhalif olarak icra edilen bir akdin mu-teber tutulması, amme intizamı mülâhazasile vazedilmiş olan bir hükme aykırı olacağından, bu akdin iptalinde esasen tarafların menfaatinin bir rol oynamaması gerekir. İcra ve iflâs memuru kanuna muhalif olarak icra ettiği akdi hükümsüz addetmekten faydalansa bile, amme menfaati bu akdin hükümsüz addedilmesini gerektirdiğinden, memurun bu husustaki yetkisinin kabul edilmesi zarurî-dir (17).

İsviçrede, icra ve iflâs memurunun kusurlu muamelesini ilgili-lerin şikâyet yolu ile müracaatını beklemeksizin resen düzeltebile-ceği kabul edilmektedir (18). Bu yoldaki tatbikat, icra ve iflâs me-muru tarafından yapılan muamelelerin kazaî bir niteliği haiz olma-dığı söylenerek haklı gösterilmektedir (19). Federal Mahkemeye göre, icra ve iflâs memuru, kanuna muhalif veya işin icabına uygun olmayan muamelesini şikâyeti müddeti içinde yahut, şikâyet üzeri-ne, icra tedkik mercii tarafından iptal kararı verilinceye kadar, ken-diliğinden düzeltebilir (20). Fakat, memurun kanuna muhalif ola-rak yaptığı muamele mutlak butlanla bâtil ise, yetkili makamlar tarafından usulü dairesinde butlana karar verilinceye kadar, bu

(17) Prof. M. R. Belgesay, «icra memuru kanuna mugayir hareketin-den faydalanmak için butlan davası açamaz» demekte ise de (bkz. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1950, m. 11, No. 2, shf. 15). yukarıda açıklandığı üzere, amme intizamının söz konusu olduğu bu halde, memurun, yaptığı akdin butlanından faydalanıp faydalanmamasının akdin butlanı üzerin-de bir tesiri olmayacağı gibi, memurun kendisi tarafından icra edilen ve kanunen hükümsüz olan bir akde karşı butlan davası ikame etmesi de ka-bili tasavvur değildir. Memur, İsviçrede kabul edildiği gibi, mutlak but-lanla bâtil olan akdi bizzat hükümsüz addedebilir.

(18) Archiv für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, C. VIII, No. 26.

(19) Bkz. H. Fritzsche, s.g.e. C. I, § 8, IV.

(20) FMK. 67 III 161; 76 III 87.

muamele memur tarafından daima hükümsüz addedilebilir ve bununla ihticac edilmeyebilir (21).

Butlan iddiasından doğan ihtilâflar mahkemede halledilecektir. Mahkeme, İcra ve İflâs Kanununun 11 inci maddesine muhalif olarak yapılan akidleri resen iptal edemez. Kanunda, bu akidlerin iptali için ilgililer lehine bir dava hakkı da kabul edilmemiştir. Esasen, bu akidlerin mücerret iptali için dava ikamesi tasavvur edilemez (22). Gerçekten, 11 inci maddeye muhalif olarak bir akit yapmış olan icra hâkimi veya icra ve iflâs memuru iptal davası açacak yerde, kanuna dayanarak bu akdi bizzat hükümsüz addedebilir Kanuna muhalif akdin diğer tarafını teşkil edenler ise, akdin iptalini değil, bilâkis akde uyulmasını veya akde uyulmaması sebeble tazminat isteyebilirler. Binaenaleyh, mahkeme, butlan iddiasını ancak davada husumetin tevcih edildiği icra hâkimi veya icra ve iflâs memuru tarafından dermeyan edilmesi halinde nazarı itibara alabilir. Görüldüğü gibi, mahkemenin ne resen butlana karar vermesi, ne de mücerret bir butlan davasını rüyet etmesi mümkündür. Şu halde, 11 inci maddeye muhalif olarak yapılmış olan bir akdin mahkemece iptali, ancak bu akdin medenî hukuk yönünden doğurduğu sonuçların tespiti ve ortadan kaldırılması dolayısıyla söz konusu olabilir (23).

Mahkemece, 11 inci maddeye dayanılarak akdin butlanına karar verildiği takdirde, ilgili icra hâkimi veya icra ve iflâs memuru bundan doğan tekmil zararlardan sorumlu tutulabilir.

İcra hâkiminin veya icra ve iflâs memuru ile muavin veya müstahdeminin, henüz takibine başlanmayan alacaklara ve alacaklı sıfatile bizzat takip ettikleri borçlara ilişkin olarak yaptıkları akidler hakkında 11 inci madde uygulanamayacağından, bu akidlerin bu maddeye dayanılarak hükümsüzlüğü dermeyan edilemez. Şüphe yok ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 29 uncu ve İcra ve İflâs Kanununun 10 uncu maddeleri karşısında, icra hâkiminin, icra tedkik mercii olarak mürakabesine tâbi olan icra ve iflâs dairelerinde, ve icra ve iflâs memurunun, âmiri bulunduğu dairede, alacaklı sıfatile takipte bulunmaları caiz değildir.

(21) FMK. 51 III 66; 52 III 11; 68 III 34 (H. Fritzsche, s.g.e. C. I, shf 46).

(22) Prof. M. R. Belgesay, aksi fikirdedir, bkz. Not No. 17.

(23) A. Reichel, s.g.e. m. 11, No. 1, shf. 10.

İcra ve iflâs dairesinin muavin ve müstahdemlerine gelince, bunların mensup oldukları dairenin başındaki icra ve iflâs memuru, dairesindeki muavin ve müstahdemlere ait takiplerle bizzat meşgul olabileceği gibi, bu takipleri aynı dairede vazifeli diğer bir muavin veya müstahdeme de havale edebilir. Bununla beraber, muavin ve müstahdemlerin de mensup oldukları dairede alacaklı sıfatile takipte bulunmamaları 10 uncu maddenin ruhuna daha uygundur.

Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN