

HUSUSI HUKUK

## CEBRİ İCRA FAALİYETİNDEN SORUMLULUK

Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN

1. Alacaklı ile borçlu arasındaki basit bir borç ilişkisinin çözülmesinden ibaret olmaması ve diğer alacaklılarla üçüncü şahısların ve ammenin de menfaatlerini ilgilendirmesi dolayısıyla cebri icra faaliyeti görevlilere geniş bir sorumluluk yüklemektedir. Cebri icra dan ötürü çatışan çeşitli menfaatleri kanunun sınırları içinde ve adalete uygun bir tarzda bağdaştırabilmek gibi gerçekten güç ve ağır bir görevi değişik şartlar altında her zaman yürütemeyen icra memurları bundan doğan ağır bir sorumluluğun başlıca muhatabı olmaktadır.

İcra memuru görevini ifa ederken alacaklının ve borçlunun vekili gibi değil, tam bir tarafsızlıkla hareket edecektir (1); fakat ilgililerin karşılıklı taleplerine uygun olarak muamele yapmak ve aynı zamanda tarafsızlığını muhafaza etmek mecburiyeti, ortaya bazen çeşitli sorunlar çıkarmakta ve bunlara bağlı olarak da icra memuru nu çeşitli sorumluluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. İcra dairelerinin kanunen icra tedkik mercii makamının devamlı mürakabesi altına alınmış olmaları bu konudaki sorumluluğu azaltmamakta ve böylece icra memurlarının, onları mürakabeye yetkili olan icra hâkimlerinden daha geniş bir sorumluluk altına alınmış olmaları, cebri icra görevinin daima kusursuz olarak ifası amacını sağlayamamaktadır. İcra tedkik merciiinin talimatına uygun hareket eden icra memurunun sorumluluğunun kısıtlanması ile bu amaca yaklaşılamadığı da bir vakiadır.

Cebri icra görevi, icra memurunun ancak kanuni mükellefiyetlerini yerine getirmesi ve Kanunun verdiği takdir hakkını hakkaniyet ölçüsü ile kullanması suretile yürütülebilir.

(1) Bkz. A. Favre, Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953. p. 36. § 6, II, No. 3.

İcra memuruna Kanunun yüklediği mükellefiyetler takip muamelelerinin zabıtla tevsiki, para ve değerli şeylerin sağlam bir bankaya veya emanet yahut mal sandığına tevdi, borçlu veya üçüncü şahıslar tarafından yapılan ödemelerin kabulü gibi müsbet veya iş görmekten kanunen memnu olduğu hallerde görevden çekilmesi ve dairesince takip edilen alacaklarla satılan mallar hakkında kendi kendisiyle akit yapmaktan kaçınması gibi menfi hareketlerdir. Takdir hakkı ise, icra memuruna ancak bazı hallerde ve icra tedkik merciinin mürakabesi altında tanınmıştır. Bu mürakabe de ilgililerin şikâyet yolu ile icra tedkik merciine müracaatları halinde söz konusu olur. Meselâ, icra memuru takip talebi üzerine ödeme emrini tanzim ederek borçluya tebliğ ettirmeye mecbur olduğu halde, bir malın haczedilip edilemeyeceği hususunda takdir hakkına sahiptir. Memurun takdir hakkına dayanarak aldığı kararı, ilgililer işin icabına uygun bulmazlarsa, şikâyet yolu ile icra tedkik merciine müracaat edebilirler.

II. Hukukî sorumluluk (Haftpflicht — responsabilité civile), bir şahsın haksız fiili veya bir hukuk kaidesini ihlâl etmesi sonucunda ika ettiği zararların tazmini mükellefiyetidir. Bu sorumluluk, sebep ve menşei bakımından akdî sorumluluktan (Vertragshaftung, vertragliche Haftung — responsabilité contractuelle) farklıdır. Akdî sorumluluğun doğumu için, daha evvel meydana gelmiş bir akit ilişkisinin mevcut olması ve buna riayetsizlikten veya eksik riayet edilmesinden doğan borcun yerine getirilmemesi söz konusu iken, hukukî sorumluluğun doğmasına sebep olan haksız fiilin daha önce mevcut bir hukukî bağlantı ile ilişkisi olması gerekmez. Bu farkın bir sonucu, haksız fiilden doğan hukukî sorumluluğun önceden tahdit kabul etmemesidir. Haksız fiil sebeble zarara uğrayan ve dava yolu ile bu zararın tazminini isteyen kimse ancak sonradan bu hakkından feragat edebilir.

Haksız fiil davasında kusurun ispatı mükellefiyeti davacıya, yani zarar görene ve bu zararın tazminini isteyene aittir. Böylece, burada, kanun koyucu, Medenî Kanunun 6 ncı maddesinde sözü edilen kuralı ve buna ilişkin ispat yükünü genişleterek uygulamıştır (2). Haksız fiiller konusunda ispat yükünün bu tarzda dağılması ise, Borçlar Kanununun 42 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan

(2) Ekz. N. M. Berkin, Medenî Usul Hukuku Esasları, İst. 1969, shf. 169 vd.

genel kurala uygundur. Sayın meslekdaşımız Prof. B. Köprülü'nün yeni medenî hukuk eserinin bu konuya ilişkin yerinde işaret ettiği üzere, «haksız fiil işlenmesi olağan bir durum olmadığından, bunun aksini iddia eden, bunun varlığını isbat etmelidir. Akitler alanında ise normal olan, akdin ifasıdır. İfa edilmediği için dava eden taraf, akdi ilişkiyi ve ifa edilmemeyi isbatla yetinecektir. O ayrıca, ifa edilmemenin kusurlu olup olmadığını isbat etmek yoluna gitmeyecektir. Kusursuzluğu isbat ise, mevcut ilişki sebebiyle, karşı tarafa (borcunu ifa etmeyene) düşmektedir» (3).

Akitlerin ihlâlinden doğan zararın tazmini davasında, diğer âkiddin kusurunu ispat yükü Borçlar Kanununun 96 ncı maddesi gereğince davacıya yüklenmemiştir. Akdi ihlâl ettiği iddia edilen davalının sorumluluktan kurtulabilmesi için bu hususta hiç bir kusuru bulunmadığını isbat etmesi lâzımdır. Demek oluyor ki, akdin ihlâli sebebiyle hukukî sorumluluk dava konusu olduğu takdirde, kusura ilişkin ispat yükü Medenî Kanunun 6 ncı maddesindeki genel kurala tâbi olmıyarak yer değiştirmektedir (bkz. BK. m. 96) (4).

III. İcra memurlarının haksız fiil sorumluluğu, onların görevlerinde bağımsız hareket eden adalet memuru olmalarından ileri gelmektedir. Böyle bir sorumluluk, icra memurlarının görevlerini daha dikkatle ve kusursuz olarak yapmalarını sağlamak amacile kabul edilmiştir. Gerçekten, İcra ve İflâs Kanununun 5 ncı maddesi ile vaz' edilen şahsî kusurdan doğan zararın tazminini kapsayan doğrudan doğruya sorumluluk esası, icra memurlarını tatbikatta daha ziyade dikkat ve basiretle harekete mecbur etmektedir (5).

İcra ve İflâs Kanunu gibi Medenî Kanunda da emir ve talimat ile hareket etmiyerek kanundan aldıkları yetki icabı görevini bağımsız olarak yapan ahvali şahsiye memurlarının doğrudan doğruya sorumluluklarını gerektiren benzer bir hüküm sevk edilmiştir (bkz. MK. m. 37). Hattâ, istisnai hükümlerle sorumlulukları kısıtlanan hâkimlerin bile bağımsız olarak yaptıkları görevlerinde kusurları ile sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlulukları kabul edilmiştir (bkz. HUMK. m. 573 vd.; 657 Sy. 1. Devlet Memurları Kanunu m: 1 «RG. Sy. 12056, 23 Temmuz 1965»).

(3) Bkz. B. Köprülü, Medenî Hukuk, İst. 1970-71, shf. 128.

(4) Bkz. Z. İmre, Medenî Hukuka Giriş, İst. 1971, shf. 299.

(5) Bu konuda İsviçre Hukuku açısından geniş bilgi almak için bkz. W. Krell, Die Haftung Der Betreibungs- und Konkursbeamten, Diss. Zürich 1929.

İcra hâkimlerinin de, aynı şekilde, kazaî vazifelerinden doğrudan doğruya sorumlulukları vardır ve bu sorumluluk diğer hâkimlerinki gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerine tâbidir (bkz. HUMK. m. 573 vd.); idarî vazifelerinden doğan sorumlulukları ise, genel hükümler çerçevesine girmektedir (bkz. BK. m. 41 vd.). Kanunların memleketin her yerinde en doğru bir tarzda ve aynı ölçülerle tefsir ve tatbik edilmesini sağlayan Yargıtay Başkan ve üyelerinin kazaî vazifelerinden doğan sorumlulukları da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerine tâbi olan doğrudan doğruya bir sorumluluktur (6)

Medenî Kanun, bağımsız hareket eden tapu memurlarının da sorumluluklarını bir haksız fiil sorumluluğu sayarak şahsî kusur esasına istinad ettirmiştir; ancak, tapu sicillerinin tutulmasındaki usulsüzlüklere karşı özel haklara bir garanti vermek için bu konudaki sorumluluğu kusuru olan memura rücu hakkını saklı tutmak kaydıyla birinci derecede Devlete yüklemiştir (bkz. MK. m. 917, 819, 836) (7). Bu itibarla, meselâ İcra ve İflâs Kanununun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemece bir gayrimenkulün tahliyesine ve teslimine hüküm verildikten sonra bu gayrimenkul üzerinde bir iktisaba mâni olunabilmesi için, tapu kaydına gereken şerhin verilmesi lâzımdır (bkz. İİK. m. 28, f. 1). İşte bu durumda, hüküm hülâsasının mahkeme başkâtibi tarafından tapu idaresine bildirilmesine rağmen tapu memuru kasden veya ihmal ile gayrimenkulün kaydına gereken şerhi vermemişse, bundan doğan zararlardan şahsen sorumlu tutulabilir (8).

IV. Kanunun doğrudan doğruya sorumlu tuttuğu nüfus ve icra memurları gibi Devlet memurları, genellikle idare memurları lehine tanınmış olan hükümlerden faydalanamayıp, kusurlarından ileri gelen zararlarından umumî hükümlere göre şahsen sorumlu olurlar. Kamu hukukuna tâbi olan idare memurları ise, görevlerini ifa ederken sebebiyet verdikleri zararlardan genel hükümlere göre şahsen sorumlu tutulmamışlardır. Kamu görevlerinin ifasından zarar gördüklerini iddia eden kimseler bu görevleri yerine getiren idare me-

(6) Bkz. N. M. Berkin, s.g.e. shf. 35 vd.

(7) Bkz. F. Jenny, Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schw. ZGB. Friburg 1926.

(8) Bkz. N. M. Berkin, İcra Hukuku Dersleri, İst. 1969, shf. 64.

muru aleyhine değil, ancak onun bağlı olduğu «kurum aleyhine» dava açabilirler. Bittabii, böyle bir davayı kaybeden kurum, sorumlu personele kanun dairesinde rücu edebilir (bkz. sözü geçen 657 Sy. lı Kanun m. 13) (9).

İcra memurlarının statülerini idare memurlarınıninkinden ayıran husus, onların idare memurları gibi âmirlerin emri ile harekete mecbur olmamaları, bilâkis İcra ve İflâs Kanununu doğrudan doğruya tefsir ve tatbik etmeleridir. İcra memurları, idare memurlarından farklı olarak bir hiyerarşiye tâbi tutulmamışlardır; fakat, böyle olmakla beraber onlar da resmî vazifelerini Devlet adına yürütürler ve görevlerinde Devleti temsil ettikleri için, cebri icra muameleleri Devlete muzaf olur.

İcra memurlarının kamu hukukuna tâbi olan idare memurlarından farklı olarak alelade bir kamu hizmeti değil, kamu hizmetleri-

(9) Türk doktrininde sayın meslekdaşımız Prof. **B. Kuru**, 657 Sy. lı Devlet memurları kanunu ile icra memurlarının ve müstahdemlerinin sorumluluğunu düzenleyen İcra ve İflâs Kanununun 5, 6 ve 7 nci maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı fikrinde bulunduğu halde (bkz. İcra Hukuku, Ankara 1965, shf. 32; İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971, shf. 15), bu alandaki diğer hukukçular ve tatbikatçılar aynı fikre katılmamışlar ve 657 sy. lı kanunun 13 üncü maddesinde de ifade edildiği üzere, bu kanunun memurların sorumluluğu hakkında kabul ettiği kuralı sadece «kamu hukukuna tâbi görevlerle ilgili» görmüşlerdir.

Prof. **Postacıoğlu**, 657 Sy. lı kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yayınladığı kitabının yeni basısında (bkz. İcra Hukuku Esasları, İst. 1969) bu konuda bir tereddüd göstermeden İcra ve İflâs Kanununun sözü geçen hükümlerini incelemek suretile bunların yürürlükte bulunduğunu zimnen kabul etmiş, Prof. **S. Üstündağ** ise, 657 Sy. lı kanunun İcra ve İflâs Kanununun icra memurlarının sorumluluğunu tanzim eden hükümlerini ilga etmiş sayılamayacağını açıkça ifade etmiştir (bkz. İcra Hukuku Esasları, İst. 1970, shf. 21). Nitekim, Yargıtay IV. üncü Hukuk Dairesi de İcra ve İflâs Kanununun 5-7 nci maddeleri hükümlerinin yürürlükte bulunduğunu bir kararı ile doğrulamıştır (bkz. Yrg. IV. HDK. 10.4.1967, 1634/3064; ABD. 4 HD/2, s. 223-224, **Kuru**, İflâs s. 14, d.n. 3 den naklen).

İdare hukuku açısından mesele ele alındığında, karşımıza çıkan soru, icra memurlarının 657 Sy. lı kanunun kapsamına girip girmedikleridir. Bu kanun birinci maddesinde hâkimleri açıkça kapsamı dışında bırakırken icra memurlarından bahsetmemiştir. Böyle olmakla beraber, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, icra memurlarının görevlerinin bir kamu hukuku görevi olduğunu kabul edemiyoruz (aynı fikir için, bkz. **B. Umar**, Postacıoğlu'nun İcra Hukuku Esasları Kitabının Tahlili, İUHFM., 1967, Sy. 3-4, shf. 340).

nin en önemlilerinden olan ve kendisine mahsus bir özelliği bulunan adaletin fiilen dağıtımını görevini yürütmeleri keyfiyeti de, onların kendine özgü ayrı bir statüye tâbi tutulmalarını haklı göstermektedir. Bu statü ise, elbetteki, genellikle idare memurları hakkında kabul edilmiş bulunan statüden farklıdır. Bu açıdan, bundan evvel başka bir makalemizde aynı konuya değişik bir ilişki dolayısıyla temas ettiğimiz üzere, idare memurlarının statüsünü tanzim etmiş bulunan 657 sayılı kanunun hükümlerinin icra memurlarını da kapsadığı şeklindeki yorum tarzından kaçınarak bu hükümleri icra memurları hakkında esasen yeterli görmüyoruz (10).

Şahsen sorumlu tutulabilen memurların sorumlulukları, münhasıran onların idarî fiil veya kararlarına dayanmayıp, kusurları sebebiyle kabul edildiğinden, doğan zararı karşılayacak olan tazminat davası Danıştayda değil, adalet mahkemelerinde açılır. Bu kural, hâkimler hakkında da geçerlidir (11). Gerçekten, hususile vesayet uzvu sıfatile vazife gören sulh ve asliye hâkimleri vazifelerinin ifasında müdebbir bir müdür gibi hareket etmemişlerse, husule gelen zararların kusurlarından doğmadığını ispat etmedikçe genel hükümlere göre sorumludurlar (bkz. MK. m. 347, 409). Medenî Kanununun 413 üncü maddesinin son fıkrasının sarahatine göre, «bu mesuliyet davasının rüyeti, idarî makamlarca tahkikatı evveliyeye icrasına mütevakkıf değildir».

Cebrî icra muamelelerinin kusurlu olarak yapılması, Devlete, alacaklıya ve borçluya harç ve masraflar yönünden de zararlı olabilir; zira, icra memurunun kusuru ile yanlış yapılan muamele icra tedkik merciince iptal edildiği takdirde, yeniden yapılan muamele için harç, masraf ve yol tazminatı alınmaz. 492 sayılı Harçlar Kanunu, «icra ve iflâs dairelerinin kusuru yüzünden yanlış yapılmış olan işlemlerin ıslahı ve iptaline dair tedkik merciileri kararlarile, bu iptal veya ıslah dolayısıyla yeniden yapılacak işlemler» i «harçtan müstesna» tutmuştur (bkz. Resmî Gazete Sy. 11756, 17 temmuz 1964, madde 13-d).

Eskiden İslâm Hukukunun câri olduğu devirlerde, kaza ve kader düsturuna iman edilerek «mütesebbib müteammid olmadıkça

(10) Bkz. N. M. Berkin, İcra Memurlarının İş Görmekten Memnuiyeti, İÜHF.M., C. XXXVI, Sy. 1-4, ayrı bası shf. 3.

(11) Bkz. Sözü geçen Medenî Usul Kitabımız shf. 38.

zâmin olmaz» kaidesi icabı, tedbirsizliği veya ihmali, hattâ ağır hatası ile diğerinin zararına sebebiyet veren kimse, memur olsa bile, bu kaideye tabi diğer tabii şahıslar gibi, kasdı tespit olunmadıkça mes'ul edilemezdi. Bu esas kusur ile zarara sebebiyet veren kimse-lerin hukuken sorumlu tutulabilmelerini çok kerre imkânsız bırakarak kaidenin uygulama alanını oldukça daraltmakta idi. Gerçekten, hukukî sorumluluk için aranan kasdın, «umuru bâtinadan olan bir şeyin delili zâhîrisi ol şey makamına kaimdir» kaidesinin muhalif mefhumu icabı, kesin belirtileri bulunmadıkça ispatı müşkül olduğundan, haksız fiil ile sebebiyet verilmiş olan zararların tazmini de zor oluyordu. Bu itibarla, modern hukuk sistemlerinde zararın husulüne sebep olan kimselerin sorumlu tutulabilmeleri için artık ayrıca kast aranmıyarak sâdece kusurun ispatı yeterli görülmüş ve bunun sübutu halinde kasdın ancak tazminatın arttırılmasını etkileyen bir unsur olduğu kabul edilmiştir. Böylece, bugünkü hukuk sistemlerinde eski İslâm Hukukunda olduğu gibi mesuliyet için taammüd şart değilse de, sebebiyet verilen zararlardan dolayı hukukî mesuliyetin derecesi haksız fiilin kasden veya hafif ihmalle yahut tedbirsizlikle meydana gelip gelmemesine bağlı tutulmuştur. Gerçekten, Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre, zararın hakiki mikdarının ispatı mümkün olsa bile, tazminatın şeklini ve şumulünü hâkim, hal ve vaziyetin icaplarına ve hatanın ağırlığına göre tayin eder; başka bir deyimle, borçlar hukuku rejimimizde tazmin borcunu doğuran mes'uliyetin sınırı kusurun derecesine tâbi tutulduğundan, kasdı bir hareketle ika edilen aynı zarara hafif ihmali ile sebebiyet verildiğinde hâkim, tazminatın mikdarını azaltabilir. Ancak, bu hükmü hukukî sorumluluğun gerçek amacını teşkil eden tazminat kavramı ile bağdaştırmak kolay değildir. Hukukî sorumluluğun kabulündeki maksad, haksız bir fiile mâruz kalan şahsın bu fiil sebebiyle mal varlığında husule gelen eksilmenin telâfisi olduğundan, hukukî sorumluluğun sınırını cezai sorumlulukta olduğu gibi failin kasdı veya hafif ihmali, yani kusurunun derecesi ile ayarlamak, bu amaca uymaz. Bununla beraber, tazminatın şeklini ve şumulünü takdir edecek olan hâkimin, kusurun ağırlığını gözönünde bulundurması lâzım gelirse de, bu yetkisini her halde Medenî Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan hakkaniyet ve nısfet kuralına göre kullanması gerektiğinden, bu husus uygulamada büyük bir sakınca yaratmamaktadır.



V. İcra memurlarının sorumluluklarının hukukî dayanağı olan kusur, kanuna veya hâdiseye, yani işlerin icabına uymayan yahut akıl ve mantık ile bağdaşmayan veya örf ve âdetin yahut sosyal ve hukukî geleneklerin dışında kalan, yani mütâd olmayan bir hareket tarzı olabileceği gibi, memurun kanunen yapılması istenilen bir görevi yerine getirmemesi, yetkilerini kötüye kullanması veya görevinin aksamadan yürütülmesi için gerekli tedbirleri almaması tarzında ihmalî bir hareket de olabilir. Meselâ, icra memurunun borçludan tahsil ettiği paraya karşılık resmi makbuz vermemesi bir kusurdur ve ilgililer hakkında zararlı sonuç doğurabilir; zira, bu halde, tahsil edilen para Devlet kasasına girmiş sayılmaz ve icra memurunun bu parayı zimmetine geçirmesi halinde Devlet doğrudan doğruya sorumlu tutulamaz (12). Alacaklının muvafakatini almadan borçlu lehine teklif olunan âdi kefaleti bir icra kefaleti olarak kabul etmesi de kanuna aykırı bir muamele teşkil ederek icra memurunun doğrudan doğruya sorumluluğunu doğuran kusurlu bir muameledir; zira kanun, icra kefaletlerini «müteselsil kefalet hükmünde» saymıştır (bkz. İİK. m. 38). Bu cümleden olmak üzere, üçüncü şahsın mahkûmunbihi bir icra kefaleti tarzında üzerine almasına müsaade etmesi de icra memurunun şahsen sorumluluğunu doğuran usulsüz bir muameledir; zira bu halde, alacaklı, takip olunan borç ödenmeyince ilgili üçüncü şahıs hakkında ilâmlı takibde bulunamamakda ve bu durum onun zarar görmesine yol açabilmektedir (13).

Cebrî icra görevinin ifasından doğan hukukî sorumluluğun birbiri ile ilişkili üç şartı vardır: a) şahsî kusur (kast, ihmal veya tedbirsizlik); b) zarar; c) kusur ile zarar arasında illiyet.

Tazminat davasının açılabilmesi için, hukukî sorumluluğun üç şartının aynı zamanda mevcut olması lâzımdır. Zarar, kusurlu muamelesinden yahut kast, ihmal veya tedbirsizliğinden husule gelmedikçe, icra memuru sorumlu tutulamaz; meselâ, harç ve masraflar yatırılmadığı için iflâs takibine başlamayan icra ve iflâs memuru,

(12) Yargıtay, icra memurunun zimmetine para geçirdiğinin ve bunu ödemekten aceze düştüğünün ancak dosyada mevcut resmî belgelerden anlaşılması halinde bunun hazine tarafından ödeneceğine karar vermiştir (bkz. Yrg. 4. HDK. 28.10.1954 T. 6023, E. 4634 K., Temyiz Kararları Hukuk Kısmı 955, shf. 89; H. Köymen, S. Olgaç, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, İst. 1960, shf. 47/48).

(13) Bkz. N. M. Berkin, s.g. İcra Hukuku Dersleri, shf. 67.

bundan doğan zararlardan sorumlu değildir (bkz. İİK. m. 59, 160) (14).

İcra memurunun kanuna uygun hareketinden doğan zararlardan da sorumluluğu yoktur. Zarara sebebiyet veren icra memurunun kanuna uygun hareket etmemesinin ise, bir kusur teşkil edeceği tabiidir (15).

İcra memurunun veya muavinleri ile müstahdemlerinin görevlerine ilişkin icraî veya ihmali muamelelerinden zarar görenler tarafından açılabilen hukukî sorumluluk davası «Verantwortlichkeit-sklage - action en responsabilité» maddî bir zararın tazminine mâ-tuf bir âdi hukuk davası veya bir tazminat davasıdır «Schadenersatzklage - action en dommage et intérêt». Bu davada yetkili mahkeme, zararın mikdarına göre, icra memurunun, muavininin veya müstahdemnin ikametgâhının bulunduğu, görevini yürüttüğü veya haksız muameleyi yaptığı yerdeki sulh veya asliye mahkemesidir (bkz. İİK. m. 5; HUMK. m. 9, 21).

VI. İcra ve İflâs Kanununun 5 ilâ 7 nci maddelerinde yer alan kaideler Borçlar Kanununun 41 inci ve devam eden maddelerine tamamen uymamaktadır.

İcra ve İflâs Kanununun metni üzerinde durulacak olursa, bu kanunun objektif bir sorumluluk sistemine temâyül ettiği ileri sürülebilir. Bu sisteme göre, icra ve iflâs memuru, muavini veya müstahdemi ancak gereken objektif tedbirleri almamasından yahut umumî hukuk nizamına aykırı hareketinden dolayı mes'uldür; kusurun ağırlığı o nispette fazla zarara sebebiyet vermedikçe sorumluluğun artmasını mucib olmaz. Halbuki, Borçlar Kanununa göre, kendinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamayacağından (bkz. MK. m. 3), gerekli olan objektif tedbirleri almış olsa bile, mesuliyetten kurtulamaz.

İcra ve İflâs Kanununun metni, objektif sorumluluk sisteminin tatbikini gerektiriyor gibi görünüyorsa da, kanunun maksadını ta-

(14) Bkz. N. M. Berkin, İflâs Hukuku Bakımından Harç ve Masraflar (S. Ş. Ansay Armağanı, Ankara 1964., shf. 328/329).

(15) İsviçre Hukukunda mahkeme, sorumluluk şartlarını serbestçe takdir etmektedir; fakat, icra ve iflâs dairesinin bir muamelesini kusurlu addeden veya etmeyen Federal Mahkeme kararı ile bağlıdır (bkz. A. Favre, s.g.e. § 6, III, No. 3).

mamen belirtememektedir. Çünkü, bu sistemde icra ve iflâs memuru ile muavini veya müstahdemi zararın husule gelmesine mâni olmak için tedbir almışsa mes'ul değildir. Halbuki, Borçlar Kanunu tatbik edilecek olursa, icra memurunun, muavininin veya müstahdeminin sorumlu olmaması için zararı önleyecek tedbir alması yeterli olmayıp, kendinden beklenen her türlü ihtimamı göstermiş olması lâzımdır.

Gaye, sorumluluğun azaltılması değil, bilâkis zararın önlenmesi, önlenememişse tazmini ve resmî muamelelerde dikkat ve basiretle hareketin temini olduğuna göre, İcra ve İflâs Kanununun Borçlar Kanununun hükümlerile tamamlanması yerinde olur (16). Maamafih, zarar görenler için bir teminat teşkil eden sübjektif mes'uliyet sisteminin, takdire fazla yer vermesi dolayısıyla daima beklenen faydayı vermiyeceği düşünülebilir.

VII. İcra ve iflâs memurunun kusurlu muamelesinden zarar gören kimse, zarar ve ziyanın tazmini için, zararı öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde zararlı muamelenin vukuundan itibaren on yıl içinde dava açabilir. Zararı doğuran muamele suç teşkil ediyor ve Ceza Kanunu bu suçu daha uzun zamanaşımına tâbi tutuyorsa, bu zamanaşımı hukuk davasında da uygulanır (bkz. İİK. m. 7).

İcra ve İflâs Kanununun 7 nci maddesi ile Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesi arasında zamanaşımı yönünden fark vardır. Borçlar Kanununda bir yıllık zamanaşımı zarar gören tarafın zarara ve failine ittıla tarihinden yürüdüğü halde, İcra ve İflâs Kanununda sâdece zararın öğrenildiği günden başlamaktadır. Burada, faille ittıla aramadan, yalnız zararın öğrenilmesiyle zamanaşımının başlayacağını kabul eden kanun koyucu, haksız fiil failini, memur olması dolayısıyla bir dereceye kadar koruyarak icra ve iflâs işlerinin aksamasını temine çalışmıştır. Gerçekte, zarar gören kimsenin tazminat davası açabilmesi için sâdece zararı öğrenmesi yeterli değildir; husumeti tevcih edebileceği kimseyi teşhis etmesi de gerekir. Kanun, zarara ittıla halinde bir yıllık zamanaşımının uygulanabileceğini

(16) İsviçre Hukukunda Federal İcra ve İflâs Kanununun icra ve iflâs memurlarının sorumluluklarına ilişkin hükümlerindeki boşlukların Kanton Kanunları ile, Kanton Kanunlarında açıklık bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun 41 inci ve takip eden maddeleri hükümlerile doldurulacağı kabul edilmektedir (bkz. A. Favre, s.g.e. shf. 44).

âmir olduğundan, zararı öğrendiği halde faili teşhis edemeyen kimse kendisine zarar veren fiilin vukuundan itibaren yürümeye başlayan on yıllık zamanaşımından da faydalanamayacaktır.

On yıllık zamanaşımının başlangıcı olarak sâdece zarar ve ziyarı meydana getiren fiilin vukuu nazarı itibara alındığından, bu fiilin vukuundan itibaren bir yıl geçtikten sonra aleyhine dava açılan icra ve iflâs memuru, davacının tazminini istediği zarara bir yıldan fazla bir zamandanberi muttali olduğunu ispat etmek suretile davanın zamanaşımı yönünden reddini isteyebilir.

Tazminat davasının zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi ve bunların sonuçları da Borçlar Kanununun hükümlerine tâbidir (bkz. BK. m. 132, 133).

VIII. Kusurlu muamelesi suç teşkil eden icra ve iflâs memuru ile muavini veya müstahdemi aleyhine ceza davası açılabilir. Memurun, muavinin veya müstahdemın kusurlu muamelesinden zarar görenler, ceza davasına müdahale ederek tazminat talebinde bulunabilirler. Ceza mahkemesi, hukukî sorumluluğu tedkik etmekten kaçınırsa, hukuk davası derhal veya ceza davası sonuçlandıktan sonra açılabilir.

Ceza hâkiminin kararı hukuk hâkimini bağlamaz (bkz. BK. m. 53). Hukuk hâkimi haksız fiil failinin kusuru veya temyiz kudreti olup olmadığına karar verirken, cezai sorumluluk hükümleri ve ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Suç teşkil eden fiilden zarar gören kimse, bu fiil için kamu davası açılmışsa, ceza mahkemesinde bu davanın yanında veya kamu davasına rağmen yahut bu davanın açılmamış olması halinde hukuk mahkemesinde, uğradığı zararın tazmini için dava açabilir (17).

IX. Kusurlu muamelesi görülen icra ve iflâs memuru ile muavin ve müstahdemlerinin inzibatî sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bunu, icra ve iflâs dairesini teftişe yetkili olan makamlar takdir eder. Memurun kusurlu muamelesinden zarar görenler zararlarını ancak mahkeme vasıtasile tazmin ettirebilirler. Tazminat davasının reddedilmiş olması veya bu dava neticesinde memurun tazminat ödemeye mahkûm edilmemesi yahut ceza davasında beraat etmesi,

(17) Bkz. Sözü geçen Medenî Usul Hukuku Esasları Kitabımız, shf. 176, No. 434.

mamen belirtememektedir. Çünkü, bu sistemde icra ve iflâs memuru ile muavini veya müstahdemi zararın husule gelmesine mâni olmak için tedbir almışsa mes'ul değildir. Halbuki, Borçlar Kanunu tatbik edilecek olursa, icra memurunun, muavininin veya müstahdeminin sorumlu olmaması için zararı önleyecek tedbir alması yeterli olmayıp, kendinden beklenen her türlü ihtimamı göstermiş olması lâzımdır.

Gaye, sorumluluğun azaltılması değil, bilâkis zararın önlenmesi, önlenememişse tazmini ve resmi muamelelerde dikkat ve basiretle hareketin temini olduğuna göre, İcra ve İflâs Kanununun Borçlar Kanununun hükümleriyle tamamlanması yerinde olur (16). Maamafih, zarar görenler için bir teminat teşkil eden sübjektif mes'uliyet sisteminin, takdire fazla yer vermesi dolayısıyla daima beklenen faydayı vermiyeceği düşünülebilir.

VII. İcra ve iflâs memurunun kusurlu muamelesinden zarar gören kimse, zarar ve ziyanın tazmini için, zararı öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde zararlı muamelenin vukuundan itibaren on yıl içinde dava açabilir. Zararı doğuran muamele suç teşkil ediyor ve Ceza Kanunu bu suç daha uzun zamanaşımına tâbi tutuyorsa, bu zamanaşımı hukuk davasında da uygulanır (bkz. İİK. m. 7).

İcra ve İflâs Kanununun 7 nci maddesi ile Borçlar Kanununun 60 ıncı maddesi arasında zamanaşımı yönünden fark vardır. Borçlar Kanununda bir yıllık zamanaşımı zarar gören tarafın zarara ve failine ittıla tarihinden yürüdüğü halde, İcra ve İflâs Kanununda sâdece zararın öğrenildiği günden başlamaktadır. Burada, faile ittıla aramadan, yalnız zararın öğrenilmesile zamanaşımının başlayacağını kabul eden kanun koyucu, haksız fiil failini, memur olması dolayısıyla bir dereceye kadar koruyarak icra ve iflâs işlerinin aksamasını temine çalışmıştır. Gerçekte, zarar gören kimsenin tazminat davası açabilmesi için sâdece zararı öğrenmesi yeterli değildir; husumeti tevcih edebileceği kimseyi teşhis etmesi de gerekir. Kanun, zarara ittıla halinde bir yıllık zamanaşımının uygulanabileceğini

(16) İsviçre Hukukunda Federal İcra ve İflâs Kanununun icra ve iflâs memurlarının sorumluluklarına ilişkin hükümlerindeki boşlukların Kanton Kanunları ile, Kanton Kanunlarında açıklık bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun 41 inci ve takip eden maddeleri hükümleriyle doldurulacağı kabul edilmektedir (bkz. A. Favre, s.g.e. shf. 44).

âmir olduğundan, zararı öğrendiği halde faili teşhis edemeyen kimse kendisine zarar veren fiilin vukuundan itibaren yürümeye başlayan on yıllık zamanaşımından da faydalanamayacaktır.

On yıllık zamanaşımının başlangıcı olarak sâdece zarar ve ziyarı meydana getiren fiilin vukuu nazarı itibara alındığından, bu fiilin vukuundan itibaren bir yıl geçtikten sonra aleyhine dava açılan icra ve iflâs memuru, davacının tazminini istediği zarara bir yıldan fazla bir zamandanberi muttali olduğunu ispat etmek suretile davanın zamanaşımı yönünden reddini isteyebilir.

Tazminat davasının zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi ve bunların sonuçları da Borçlar Kanununun hükümlerine tâbidir (bkz. BK. m. 132, 133).

VIII. Kusurlu muamelesi suç teşkil eden icra ve iflâs memuru ile muavini veya müstahdemi aleyhine ceza davası açılabilir. Memurun, muavinin veya müstahdemin kusurlu muamelesinden zarar görenler, ceza davasına müdahale ederek tazminat talebinde bulunabilirler. Ceza mahkemesi, hukukî sorumluluğu tedkik etmekten kaçınırsa, hukuk davası derhal veya ceza davası sonuçlandıktan sonra açılabilir.

Ceza hâkiminin kararı hukuk hâkimini bağlamaz (bkz. BK. m. 53). Hukuk hâkimi haksız fiil failinin kusuru veya temyiz kudreti olup olmadığına karar verirken, cezai sorumluluk hükümleri ve ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Suç teşkil eden fiilden zarar gören kimse, bu fiil için kamu davası açılmışsa, ceza mahkemesinde bu davanın yanında veya kamu davasına rağmen yahut bu davanın açılmamış olması halinde hukuk mahkemesinde, uğradığı zararın tazmini için dava açabilir (17).

IX. Kusurlu muamelesi görülen icra ve iflâs memuru ile muavin ve müstahdemlerinin inzibatî sorumluluğu da söz konusu olabilir. Bunu, icra ve iflâs dairesini teftişe yetkili olan makamlar takdir eder. Memurun kusurlu muamelesinden zarar görenler zararlarını ancak mahkeme vasıtasile tazmin ettirebilirler. Tazminat davasının reddedilmiş olması veya bu dava neticesinde memurun tazminat ödemeye mahkûm edilmemesi yahut ceza davasında beraat etmesi,

(17) Bkz. Sözü geçen Medenî Usul Hukuku Esasları Kitabımız, shf. 176, No. 434.

inzibatî ceza tayinine mâni değildir. Aynı şekilde, memur, muavin veya müstahdem aleyhine inzibatî ceza verilmiş olması da, görülmekte olan hukuk ve ceza davalarına tesir etmez (bkz. İİK. m. 13) (18).

X. İcra memurları kanunî yetkilerini kullanırlarken sâdece haksız bir zarara sebebiyet verilmemesi için değil, lüzumsuz masraf yapılmaması için de gerekli olan tedbirleri almakla mükellef tutulmuşlardır. Bu mükellefiyet ise, İsviçre Federal Mahkemesinin müstakar içtihadlarında taraftar olduğu üzere, objektif hüsnüniyet kurallarına uyulmasından başka bir şey değildir. Bu itibarla, Türk-İsviçre Hukukunda icra memurlarının yetkilerini kullanırlarken, her kime karşı olursa olsun, ihlâl ettikleri meşru menfaatleri umumî hukuk kurallarına göre tazminle mükellef oldukları kabul edilmektedir. Her halde, bu hukuk sisteminde icra memurlarının sorumluluğu konusunda İcra ve İflâs Kanununun 5 inci maddesi ile tespit edilen esasların Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması suretile gerçekleştirilmesi sakıncalı değildir. Tatbikatta, icra memurunun sorumluluğu davasına bakan mahkeme, onun tarafından yapılmış olan muamelenin kusurlu olup olmadığını ve kusurlu ise bu muameleden doğan hukukî sorumluluğun şumulünü ve tazminle mükellef tutulacağı zararın mikdarını Borçlar Kanununun genel hükümlerine göre takdir etmektedir.

İcra memuru, gereğinde, Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi delâletile manevî zararlardan da sorumlu tutulabilir. Meselâ, sahibinin borçlu olmadığını bildiği bir ticarethanede kasden haciz yapmaya teşebbüs ederek bu tacirin ticarî itibarının kırılmasına sebebiyet veren icra memurunun bu hareketi ağır kusur teşkil eder ve bundan doğan maddî zararın tazmininden başka manevî tazminatla da mahkûm edilmesi mümkündür. Uygulanan haciz dolayısıyla zarar gören ticarethanenin hükmi bir şahsa ait olması sözü edilen 49 uncu maddenin tatbikine mâni olmaz; fakat, ticarî itibarı zedeleyen her

(18) İsviçrede, Kanton mevzuatı ile, icra ve iflâs memurlarının suç teşkil eden muameleleri hakkında hususî cezalar tayin edilmiştir. Bu cezaların, Federal takip hukukunda kabul edilen inzibatî cezalarla ilişkisi olmadığı gibi, bunların memurların suç mahiyetindeki muamelelerine uygulanması, inzibatî cezaların takdirine müessir değildir (bkz. E. Meyer, Des attributions des autorités de surveillance de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et de quelques conflits de compétence, thèse Lausanne 1912, p. 162).

hareket de, suç teşkil etsin veya etmesin, mutlaka bu maddenin tatbikini gerektirmez. Ancak, bu maddeye göre manevî tazminata hükmolunurken şahsî menfaatlere tecavüz teşkil eden hareketlerin mücerret olarak değil, zarar görenin sübjektif durumuna göre takdir olunması lâzımdır.

XI. Şahsî kusurdan doğan haksız fiil sorumluluğu, şahsa râci olduğundan, sâdece icra memuru için değil, icra dairesinde görevli tekmil yardımcı memurlar hakkında söz konusu olabilir. Muamelesinde kusuru sâbit olan icra memuru, muavini ve müstahdemleri, kısaca icra ve iflâs dairesi adına doğrudan doğruya veya yetkili icra memurunun yahut icra tedkik merciinin geçici olarak görevlendirdiği memurlar, yaptıkları muamelelerden ve tasarruflardan zarar görenlere karşı birinci derecede sorumlu olurlar (19). Ancak, meslekte yeteri kadar tecrübesi olmayan icra kâtiplerinin icra memuru tarafından verilen önemli işleri başaramamaları halinde zarar gören ilgililere karşı sâdece onların sorumluluğunu kabul etmek adalete uygun değildir.

Borçlar Kanununa göre, bir kimse ancak kendinden beklenen dikkati sarfetmemiş olmasından doğan zararlardan sorumludur. Bu itibarla, icra kâtibi de başaramıyacağı bir işden dolayı veya, işin mahiyeti ne olursa olsun, kendisinden beklenen dikkat ve basireti göstermişse, hukuken sorumlu tutulamaz. İcra kâtipleri veya icra dairesinin müstahdemleri ve yardımcı memurları cebri icra işlerinde kanunen doğrudan doğruya görevlendirilmiş olmayıp, dairesinin âmiri olan icra memurunun talimatı dairesinde hareket ettiklerinden ve bu talimat ile bağlı olduklarından, icra dairesinin iç ilişkilerinde icra memuruna karşı bağımsız değildirler; fakat, hukuken icra memurunun müstahdemi durumunda olmamakla beraber kanunsuz veya usulsüz muamele yapmaları halinde ilgililere karşı şahsen kusurlu sayılarak sorumlu tutulabilirler. Bu suretle, icra kâtiplerine de tıpkı icra memuru tarafından görevlendirilen avukat, dava vekili, bilirkişi (ehlivukuf), eksper, emanet memuru (yeddi adil), kıymet takdiri memuru (muhammin), tellâl veya icra tedkik

(19) Mehaz İsviçre Kanununa göre, icra ve iflâs memuru kendisi tarafından tayin edilen müstahdemin kusurundan doğan zararlardan da mes'uldür (bkz. FİİK. m. 5, f. 1). Bu hüküm Türk Kanununa alınmadığından, Türk Hukukunda icra ve iflâs memurunun müstahdemleri tayine yetkisi yoktur.



merciince tayin olunan konkordato komiseri (bkz. İİK. m. 287, f. 1) gibi Borçlar Kanununun 100 üncü maddesi anlamında birer muavin şahıs nazarile bakılması mümkündür. Böyle olunca, tazmini gereken bir zararın husule gelmesinde şahsî kusurları yoksa, icra kâtiplerinin sorumluluğu ancak asıl görevi üzerine almış bulunan icra memuruna ait olarak düşünülebilir. Meselâ, icra memuru tarafından hacze gönderilen icra kâtibinin haczettiği malların kıymetlerini bilgisizliği veya tecrübesizliği dolayısıyla çok eksik takdir etmesi veya bu hususta başvurduğu bilirkişinin bu işlerden anlamaması icra memurunu sorumluluktan kurtarmaz. Böyle bir durumda, yapılan muameleden zarar görenler zararın tazmini için mahcuz malın kıymetini yanlış takdir eden icra kâtibini veya onun görevine yardımcı olması için başvurduğu bilirkişiyi dava edemezler (20). Yapılan bu muameleden zarar görenlere karşı sorumluluk, bilgisiz veya tecrübesiz icra kâtibine başaramıyacağı işi tevdi eden icra memuruna ait olur. Böylece, kural itibarile, cebrî icranın kusurlu şekilde yürütülmesinden doğan zararlardan sorumluluk, aslî görev sahibi olan icra memuruna aittir. İcra memurunun görevi yardımcılardan birine havale etmiş olması, onu sorumluluktan kurtarmaz; ancak, şahsî kusurları varsa, sorumluluk icra memuru ile birlikte işin havale edildiği icra memurunun yardımcılara da sirayet eder, yani şahsî kusuru ile zarara sebebiyet verdikleri hallerde icra memuru ile birlikte onlar da sorumlu tutulabilirler. Meselâ, belirli bir konuda haciz muamelesini yapmak yetkisi kendisine verilen icra kâtibi, gerekli tahkikatı yapmadan hatâya düşerek borçluya ait olduğunu zannettiği üçüncü şahsın mallarını haczetmişse, icra memuruna karşı değil, üçüncü şahsa karşı sorumlu olur; zira, böyle bir hatâya düşmemesi için onun gerekli olan dikkat ve ihtimamı göstermesi mümkündür, bunu yapmamış olması dolayısıyla suuniyet sahibi de farzedilebilir ve bunun derecesine göre üçüncü şahsa karşı sorumluluğu artar.

İcra memurunun cebrî icra faaliyetinden sorumluluğu, vazife gördüğü süreler yönünden söz konusu olur; fakat, vazifeden memnu veya vazifeden çekilmekle kanunen mükellef olduğu yahut mezuniyet almış veya izinli olması dolayısıyla görevinin başında bulunmadığı bir sırada yapılan kusurlu veya usulsüz muamelelerden ve ka-

(20) Bkz. 30.5.1940 tarihli ve 14/27 sayılı Yargıtay Tev. İç. Kararı (RG. 30.5.1940, Sy. 4522).

nunen memnu olduğu işlere nezaret etmemekten sorumluluğu yoktur. Bu hallerde sorumluluk, görevi ona vekâleten yürüten muavinine veya icra tedkik mercii tarafından görevlendirilmiş olan icra kâtibine yahut diğer bir icra memuruna aittir. Burada, asli görev sahibi olan icra memuruna temsilen bir sorumluluk yükletilemez; zira onun, asli görevin sahibi olmasından ötürü bir kusuru söz konusu olamaz.

İcra memurunun muavini ve icra dairesinin tekmil kâtip ve müstahdemleri şahsî kusurlarından değil de başka sebeplerden doğan zararlardan sorumlu tutulamazlar. Zararın meydana gelmesinde memurun şahsî kusurunun yanında başka sebeplerin de bulunması halinde hâkim, şahsî kusurun zarara ne derecede tesir ettiğini takdir eder. Böylece, kusurun derecesi, memurun sorumluluğunun ve tazminat şeklinin tayininde rol oynar.

Tazminatın şeklinin ve derecesinin tayinine mesnet olan şahsî kusur ile bunun sebep olduğu zarara ilişkin ispat külfeti, davacıya aittir. Ancak, bu hususta kesin bir ispat şekli aramak, sorumluluğu ortadan kaldırmak sakıncasını doğurabileceğinden, davacı ispat külfetini tamamen yerine getiremediği takdirde, zararın miktarını ve zararı doğuran muameledeki şahsî kusurun derecesini hâkim Borçlar Kanununun 42 nci ve 43 üncü maddelerine göre takdir edebilir; memurun kusuru ağırsa ve maddî zarara uğrayan ilgililerin şahsî menfaatlerine tecavüz teşkil ediyorsa, yukarıda da işaret olunduğu üzere (bkz. No. VIII), Borçlar Kanununun 49 uncu maddesine dayanarak talep edilen manevî tazminata da karar verebilir.

Aleyhine tazminat davası açılan icra memuru zararın husule gelmesinde hizmet kusuru olduğunu ve bu sebeple şahsî kusurunun söz konusu olamayacağını iddia ve ispat edebilir. Meselâ, pek çok haciz talebi karşısında kalmış olması dolayısıyla bunların hepsini kanunun emrettiği üç günlük müddet içinde yetiştiremeyen icra memuru kanunî müddetin geçmesinden sonra hacze gittiğinde malların kaçırılmış olmasından doğan zararın şahsî kusurundan değil, hizmet kusurundan ileri geldiğini iddia edebilir (bkz. İİK. m. 79, f. 1). Gerçekten, bazen hizmet kusuru icra memurunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracak derecede olabilir. Hiç kimseden takatının üstünde bir çalışma beklenemeyeceğinden, iş hacmi artan yerlerde bir tek icra memurunun zamanında hacizleri yapamamış olması, sorumlu-

luğu doğuracak şahsî bir kusur addedilemez. Buna mukabil, icra dairesinde işlerin iyi tanzim edilmemiş olması, icra memurunun sorumluluğunu doğuran bir kusur teşkil eder. Ancak, bu durum, bir yönetmelik hükmüne riayet etmek mecburiyeti dolayısıyla meydana gelmişse, gene bir hizmet kusuru mevcut sayılır. Sâdece hizmet kusurundan doğan zararlar ise, icra memurunun değil, Devletin sorumluluğunu gerektirir.

İcra servisindeki kuruluş hatâları, teşkilât noksanları, kadrolarda günlük veya umumî ihtiyaçlar düşünülmeden yapılan lüzumsuz tensikat birer hizmet kusurudur ve bunun sonucunda husule gelen malî nitelikteki zararlardan icra memurunun kusuru aranmadan Devletin sorumlu tutulması lâzımdır; aksi takdirde, İcra ve İflâs Kanununun 6 ncı maddesini gayesine uygun olarak uygulamak mümkün değildir. İcra ve İflâs Kanunu daha birinci maddesinde her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra ve iflâs dairesi kurulmasını ve gene her ilçede bir asliye mahkemesinin teşkilini emrettiğinden, ilçelerde umumiyetle iş hacmine göre lüzumu kadar icra memuru bulundurmayan Devletin işbu teşkilât noksanından doğan zararlardan sorumlu olması gerekir. Hattâ, Adalet Bakanı yeter derecede ehil icra memuru bulamadığı için tayin yapamamış olsa bile, teşkilât kusurundan ileri gelen zararlardan gene Devlet sorumlu olur; çünkü, adaletin icrasını inhisarına almıştır ve bunun yürütülmesini vatandaşlara karşı kamu yararına taahhüd etmiştir.

İcra memurunun şahsî kusuru hizmet kusuru ile içtima ettiğinde icra memurunun sorumluluğunun hizmet kusurunun derecesi oranında azaltılması lâzım geldiğinden başka, bu hususta biraz daha ileri gidilerek talimata ve idarenin itiyatlarına göre hareket eden memurların kusurlu ve bu sebeble sorumlu addedilmemeleri gerektiği söylenebilir. Ancak, idare memurlarından farklı olarak, emir ve talimata bağlı olmadan kanundan aldıkları yetki ile bağımsız hareket eden icra memurları hakkında bu fikre katılmak güçtür. Nitekim, yukarıda da işaret edildiği gibi, özel statüleri dolayısıyla onların doğrudan doğruya sorumluluğu cihetine gidilmektedir. Kanun icabı bağımsız olarak hareket edebilen bir memurun mecbur olmadığı halde verilen talimata ve bilhassa idarenin itiyatlarına uyarak ferdin zararına sebebiyet vermesi, bu zararın tazmininden sorumlu tutulabilmesi için yeter derecede bir kusur teşkil eder.

Türk hukukunda, eskiden, cebri icra faaliyetinden bir zararın meydana gelmesinde hem icra memurunun şahsi kusuru hem de Devletin hizmet kusuru varsa, tazminatın bu iki türlü kusurun derecesi gözönünde tutularak Borçlar Kanununun 50 nci maddesine göre memurla Devlet arasında bölüşüleceği, bu durumda, memurla Devletin zarar görene karşı sorumluluğunun müteselsil olduğu, zarar görenin adalet mahkemesinde açtığı dava yolu ile zararının tamamını icra memuruna veya Devlete özel hukuk hükümlerine dayanarak tazmin ettirebileceği kabul ediliyordu (21). 657 Sy.lı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ise, bizim de benimsediğimiz bu görüşe katılmaya imkân kalmamıştır. Yeni hukukumuzda, icra memuruna karşı adalet mahkemesinde açılan tazminat davasında davalı icra memuru tarafından ileri sürülen hizmet kusuru iddiası mahkemece kabul edildiği takdirde, bu husus icra memurunun sorumluluğunun derecesinin tayininde bir rol oynayabilirse de, Devletin sorumluluğuna hükümlenabilmesine mesnet teşkil edemez (22).

(21) Bkz. M. R. Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, İst. 1948, shf. 39/40.

(22) Eskiden Fransada da hizmet kusuru memurun şahsi kusuru ile içtima etmiyordu. İdare sorumlu olduğu zaman memurun sorumluluğu kabul edilmediği gibi, memurun sorumluluğu söz konusu olunca idare sorumlu tutulmuyordu. Fakat sonradan, bazı mahkeme kararları ile (bkz. C.E. 3.2.1911, 26.7.1918, 29.12.1926) bu iki kusurun içtima edebileceği kabul olunmuş ve içtihadlara göre bundan şu sonuçlar doğmuştur: 1) zarar gören kimse, birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız iki dâvayı aynı zamanda açabileceği gibi, biri sonuçlandıktan sonra ikinciyi ikame edebilir; 2) burada «çift tazminat» söz konusu olamaz, zarardan memur ve idare müteselsilen sorumludurlar; 3) Aslolan idarenin sorumluluğudur. İdare tazminata mahkûm olursa, memurun mahkûmiyetini beklemeden tazminatı ödemekle yükümlüdür, fakat memura rücu edebilir (bkz. M. Hauriou, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 12 éd. Paris 1933, p. 532/534).

Böylece, Fransada mahkemeler, bir borçla yükümlü olmak ve bu borca katılmak veya borcu bölüşmek arasında bir ayırım yaparak hizmet kusuru ile şahsi kusurun içtima etmesi halinde idareyi zararın tamamını tazminle yükümlü tutmuşlar ve bu suretle memurun aczine karşı zarar görenleri korumuşlardır. Fransız Danıştayının, tazminata mahkûm edilmesi halinde Devletin bu karara dayanarak idari bir emirle kusurlu memura başvurabileceğini kabul eden kararı ise, yukarıki esaslara bir aykırılık teşkil etmemekte, ancak Danıştayın şahsi kusura dayanan sorumluluğu medeni hukuk kurallarına tâbi olan memurun mahkûmiyetine karar vermeye yetkili olmaması dolayısıyla tenkid edilmektedir (bkz. M. Waline;

İcra memurunun cebri icraya başlaması ve icra muamelelerini yürütmesi umumiyetle alacaklının taleplerine dayanır; ancak, kanunun verdiği yetkileri nasıl kullanacağını kendisi takdir eder, bu hususta ilgililerin talimatı ile bağlı değildir. İlgililer, talep ettikleri cebri icranın şeklini bir sözleşme ile tayin etmişlerse, bu sözleşme kural olarak, icra memurunu bağlamaz, icra memuru buna sâdece kendi görevini güçleştirmiyorsa tarafların menfaatleri yönünden uymaya mecbur olur; meselâ, haczi kolay, satışı masrafsız bir mal varken veya borçlunun kasasında yeteri kadar para mevcutken alacaklı ile borçlunun paraya çevrilmesi müşkül bir malın haczi hususundaki sözleşmelerine göre hareket etmekle mükellef değildir; buna mukabil, satış ilânının yayınlanacağı gazeteyi tayin eden sözleşme ile bağlıdır. Aynı şekilde, borçlu tacirin borcu muacceliyet kespettikten sonra haciz veya iflâs yollarından hangisi ile takip edileceği hususunda alacaklı ile yapmış olduğu sözleşme icra memurunu bağlar. İcra memuru, tarafların, alacaklının rehinden vazgeçtiğini bildiren sözleşmelerine uymaya mecburdur. Bir borcun teminatını teşkil eden rehinin satış şeklini tayin eden sözleşmeler de muteberdir. Kanun, sâdece, amme intizamına muhalif sözleşmelere itibar edilmesini caiz görmemiştir; meselâ, borç vâdesinde ödenmediği takdirde rehin üzerindeki mülkiyet hakkının alacaklıya intikal edeceğine dair sözleşme, genel menfaate aykırı olması dolayısıyla, tarafları olduğu kadar, icra memurunu da bağlar (bkz. MK. m. 863).

İcra memuru, ilgililer tarafından kendisine verilen talimata uymaya kanunen mecbur olmadığından, kusurlu veya yolsuz bir muamele yaptıktan sonra ilgililerin isteklerine uyduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, onun böyle bir isteğe uygun hareketi, ilgililerin aleyhine müterafık kusur teşkil ettiğinden, sorumluluğunun azaltılması veya ilgili ile aralarında Borçlar Kanununun 44 üncü maddesine göre bölüşülmesi gerekebilir.

Müterafık kusurun zararı çoğaltmış olmasından hâkim icra memurunun sorumluluğunu bu çoğaltma oranında azaltabilir. Müterafık kusurdan doğan tazminatın takdirinde davacının süresinde şikâyet yoluna başvurarak zararın artmaması için gerekeni yapıp yapmadığı araştırılır. Davacı, kusurlu olduğunu iddia ettiği bir cebri icra muamelesine karşı süresinde şikâyet etmemişse, bu muamelenin do-

Droit Administratif, 7. éd. Paris 1957, p. 731/732). Nitekim, Türk hukukunda da Prof. Onar, pek haklı olarak, Danıştay kararının kusurlu memura karşı kesin hüküm teşkil edemeyeceğini ifade etmiştir (bkz. İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, C. III, shf. 1708/1709).

ğurduğu zararı kabul etmiş olacağından, bu zararın dava yolu ile tazminini isteyemez. Meselâ, alacaklının sıra cedveline sokulmamasında icra memurunun kusuru olsa bile, sureti kendisine tebliğ edilen bu cetveli tedkik etmemesi ve süresi içinde itirazda bulunmaması icra memurunun sorumluluğunu kaldıran bir müterafık kusur sayılarak onun aleyhine şahsî kusuru sebebiyle açılmış olan tazminat davasının reddini gerektirir (bkz. İİK. m. 141, 142) (23).

Kısaca, cebri icra faaliyetinden doğan zararın dava yolu ile tazmin ettirilebilmesi için, takip safhasında gerekenin yapılarak bunun doğmasının önlenememiş olması lâzımdır. Bununla beraber, tazminat davasına el koyan mahkeme, icra memurunun muamelesini, icra tedkik mercii tarafından uygun görülse bile, kusurlu sayabilir. Başka bir deyimle, zararı doğurmuş olan muamelenin kusurlu olduğu iddiasını şikâyet üzerine veya resen inceleyen icra tedkik mercii'nin bu muameleyi kanuna uygun gören kararı, zarar gören ilgilinin dâva hakkını düşürmez ve bu hakkın kullanılması halinde mahkeme, icra tedkik mercii'nin olumlu kararına rağmen bu kararın konusunu teşkil eden muameleyi kusurlu görerek husule gelen zararın tazminine hükmedebilir; meğer ki, icra tedkik mercii'nin kararı Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi tarafından tasdik edilmiş olsun; zira, Yargıtayın bu dairesinin kararı bir Yüksek Mahkeme kararı olarak sâdece icra tedkik mercii'lerini değil, mahkemeleri de bağlayıcı niteliktedir (bkz. yukarıda Not No. 15). Fakat, Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinde icra tedkik mercii'nin temyiz olunan kararı incelenirken ilgili, icra memuru aleyhine dava yolu ile mahkemeye müracaat eder ve mahkemeden lehine karar alırsa, bu kararı karşı tarafın, yani icra memurunun temyiz etmesi üzerine işe el koyan Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi İcra ve İflâs Dairesinin kararı ile bağlı değildir (bkz. 1221 sayılı Temyiz Teşk. K. m. 3). Ancak, bu durumun bir içtihad ihtilâfına sebebiyet vermemesi için, Yargıtay Dairelerinden hangisi daha evvel karar vermişse, kusurun mevcut olup olmadığı hususunun o karara uyularak takdir edilmesinin doğru olacağı düşünülebilir. Her halde, meselenin içtihadları birleştirme yolu ile halli gerekli değildir; zira, mahkemenin aksi yoldaki kararının Temyizin ilgili dairesince tasdiki halinde, ortada birbiri ile çelişen iki kararın mevcudiyetinden bahsedilemez (24). Gerçekten, sözü edilen iki kararın konuları ve sebepleri ayrıdır. Birincisi

(23) Bkz. İcra Hukuku Dersleri Kitabımız shf. 146/147.

(24) Bkz. Medenî Usul Hukuku Esasları Kitabımız, shf. 55, No. 124.

şekli hukuka, ikincisi ise maddî hukuka ilişkindir. İcra tedkik merci incelemeğini icra memurunun takip hukuku alanındaki bir muamelesine karşı çıkılması üzerine şikâyet prosedürü içinde yapmış, mahkeme ise, bir cebri icra muamelesi sonucunda uğranılan zararın tespit ve tazminini dava prosedürü içinde karara bağlamak üzere tedkikatta bulunmuştur.

Her halde, şekli ve maddî hukukun birbirinden tamamen farklı olan uygulama alanlarının bir içtihat çelişmesine yol açması beklenebilir. Bu cümleden olarak, meselâ, alacaklının ilâma dayanan icra takibine karşı borcun mevcut olmadığı, hattâ doğmamış veya sonradan sukut etmiş olduğu itirazının icra tedkik merciince reddine ilişkin kararın Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi tarafından tasdik edilmesi, borçlunun aynı konuda, yani borcun mevcut olmadığı iddiasıyla menfi tespit davası açmasına ve kesinleşen icra tedkik merci kararı dolayısıyla borçlu olmadığı parayı ödemek zorunda kaldığı iddiasıyla istirdad davası yoluna gitmesine mâni değildir (bkz. İİK. m. 33, 72) (25).

İcra tedkik merciinin talimatına göre hareket etmiş olan İcra memuru kusurlu sayılarak sorumlu tutulabilir mi?

İcra memurları, İcra ve İflâs Kanununu doğrudan doğruya tefsir ve tatbik yetkili bağımsız birer adalet memuru olmakla beraber, bu görevlerinde kanunen icra tedkik merciinin mürakabesi altındadırlar. Bu itibarla, icra tedkik merciinin emir ve talimatına aykırı hareket edemezler, onun resen veya şikâyet üzerine yetki sınırı içinde verdiği emir ve talimatı veya aldığı kararları uygulamakla mükelleftirler; icra tedkik merciinin ancak yetki sınırını aşarak ittihaz ettiği kararlara uymak mecburiyetinde değildirler. Böyle olunca, icra memurunun, bağlı olduğu icra tedkik merci tarafından kanuna uygun görülen muamelesinin mahkemelerce kusurlu sayılması ve bundan doğan zararın tazminine mahkûm edilmesi doğru olmaz. Mahdut yetkili icra tedkik merci de kazaî nitelikte hüküm veremeyeceğinden, resen veya şikâyet üzerine el koyduğu cebri icra muamelelerini kanuna aykırı veya kusurlu bularak icra memuru aleyhine tazminata hükmedemez. Tazminata hükmetme yetkisi mahkemelere ait olduğundan, görevde kusur veya yolsuzluk varsa, icra memurlarının icra tedkik merciine karşı sâdece inzibatî sorumlulukları söz konusu olabilir. Bu sorumluluk ise, kusur veya yolsuz hareketin derecesine göre,

(25) Bkz. İcra Hukuku Dersleri Kitabımız shf. 51.

onların bağlı oldukları icra tedkik merciince, ilk kademedede uyarma (ihtar), kınama (tevbih), dörtte üçü geçmemek üzere aylıktan kesme gibi kanunda yazılı inzibati cezalardan biri ile cezalandırılmalarını gerektirebilir.

İcra tedkik mercii, kendisine kanunen bağlı bulunan icra memurunun muamelesini değiştirmesini emredebileceği gibi, onu gerekli gördüğü tedbiri almaya da mecbur edebilir; meselâ, alacaklı vekili için takdir etmemiş olduğu vekâlet ücretini takip masraflarına dahil etmesini veya mahcuz malın kıymetinin tesbiti için tayin ettiği bilirkişi yahut mahcuz malı muhafaza etmek üzere görevlendirdiği yedi di emin lehine eksik takdir ettiği ücreti arttırması hususunda icra memuruna emir verebilir; bunun gibi, borçlu veya üçüncü şahıs tarafından takip edilen alacağa mahsuben ödenen parayı yanlışlıkla alacaklıdan veya bunu tahsile (ahzû kabza) yetkili vekilinden başka bir kimseye veren icra memurunun bunu alacaklıya veya yetkili vekiline ödemesini emredebilir. Ancak, bu emir asla yeni bir ödemeye mahkûmiyete hükmetme anlamına gelmez; zira, bu konuda, değerli meslekdaşım Prof. S. Üstündağ'ın kitabında işaret ettiği üzere, «İcra tedkik mercii tazminat meselesi ile asla uğraşamaz» (26).

Tatbikatta icra memurları, İcra ve İflâs Kanununun 13 üncü maddesinin icra tedkik merciilerine tanıdığı kınama ve aylıktan kesme gibi inzibati cezalara çarptırılmak korkusu ile bu merciin tekmil kararlarına ve emirlerine uymayı itiyad edinmişlerdir. Halbuki, icra tedkik mercii, kanunun tayin ettiği haller dışında icranın tâlikine karar veremeyeceğinden, kanuna uymayan bir tâlik emrine riayet etmeyen icra memuru hakkında inzibati ceza tayin edemez. Kanun, icra tedkik merciine, icra memuru hakkında inzibati ceza verebilmek yetkisini, icra memurunu kanunsuz emirlere uymaya zorlamak için tanımamıştır.

Bu konuda şu sorular hatıra gelebilir : Kanunen takibi tâlike yetkili olmadığı halde tâliki emreden icra hâkimine inzibati cezaya çarptırılmak endişesile itaat eden icra memurunun meydana gelen zararlardan şahsî sorumluluğu bu sebeple azaltılabilecek midir? Takibin kanunsuz olarak tâlikinden zarar gören ilgilinin tazminat davasını açmakta gecikmiş olması, bu gecikme sebeble birbirini takip eden zararlardan icra memurunun sorumluluğunun azaltılmasını gerektiren müterâfık bir kusur teşkil eder mi?

(26) Bkz. S. Üstündağ, s.g.e. shf. 22.



İcra ve İflâs daireleri icra tedkik merciilerinin mürakabesi altında olmakla beraber, bu mürakabe sâdece idari mahiyettedir. İcra memurları bağımsız olarak vazife gördüklerinden, icra tedkik merciilerinin kanunsuz emirlerine itaat etmeleri onları sorumluluktan kurtarmıyacağı gibi, bu sorumluluğun azaltılmasına da sebep teşkil etmez. Anayasaya göre, âmirin kanuna muhalif emrine itaat ederek bu emri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulmaz (bkz. Anayasa m. 125).

İcra hâkiminin kanunsuz emrine itaat etmeyen icra memuru merciine tecavüz etmiş addolunamaz. Onun bu hareketinin bir görev kusuru teşkil edip etmediğinin takdiri, inzibatî ceza tayinine yetkili olan icra hâkimine ait olmakla beraber, bu takdirin objektif bir mesnedi bulunması, yani indî olmaması lâzımdır. Inzibatî ceza yetkisini, icra hâkimi, ancak icra memurunun muamelelerinde hatâ ve yolsuzluk gördüğü takdirde kullanabilir. Mesnetsiz ve indî olarak ceza takdir edilmişse, buna karşı Adalet Bakanlığı Inzibat Komisyonuna ve bu komisyonun kararları dolayısıyla da Danıştaya başvurulabilir. Ancak bu durum, bağımsız kaza organının kararını dolaylı olarak Danıştayın denetimine bırakması yönünden esas prensipe önemli bir aykırılık teşkil etmektedir.

Her halde, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde, icra memurunun kanunu tefsir tarzı, şikâyet üzerine işe el koyan icra tedkik merciinin görüşüne uymadığı için bir kusur sayılamaz. Merhum Hocamız Prof. *Ansay*'ın da belirtmiş oldukları gibi, «kanunun sarîh surette halletmediği müphem ve tereddütlü bir meselede, şikâyet üzerine işin tedkik merciince başka türlü halledilmiş olması, icra ve iflâs memuruna ve saireye karşı bir kusur ve mesuliyetin varlığına ve kabulüne sebep teşkil etmez» (27). Bu açıdan hareket olunduğu takdirde, icra ve iflâs memurunun açık olmayan kanun hükmünün tefsirinde hatâ etmesi genel olarak onun sorumluluğunu doğuran bir kusur değildir; esasen, icra ve iflâs memurunun resmî görevinin kazaî bir fonksiyonu yoktur (28). Bu itibarla, icra ve iflâs memuru, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, ancak resmî görevini yürütürken gerekli olan dikkat ve ihtimamı göstermemişse sorumlu tutulabilir.

(27) Bkz. S. Ş. *Ansay*, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1960, shf. 26.

(28) Bkz. İcra Hukuku Dersleri Kitabımız, shf. 19, No. 17.

Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi, mevzuatın ve içtihadların henüz açıklığa kavuşturmamış olduğu meselelerde icra memurunun muamelesi ile kanunu yanlış tefsir etmiş olmasını mutlak olarak bir kusur saymamış (bkz. FMK. 36 II 269) ve bu içtihadta mahkemelerce uyulmuştur (29). Federal Mahkemeye göre, kanunun icra memuru tarafından tefsirinin bir kusur sayılabilmesi için, sâdece hatalı olması yeterli olmayıp, kanunun lâfzına ve ruhuna o derecede aykırı olmalıdır ki, memur, biraz dikkatli bir inceleme ile, bu hatasını anlayabilecek durumda bulunmalıdır (30).

İcra tedkik merciinin emri üzerine takibin geciktirilmesinden zarar gören alacaklının mahkemeye geç müracaatı, mahkemenin ihtiyatî tedbir kararı ile zararı önlemesi mümkün olmadığından, olumlu bir sonuç vermez. Bu itibarla, mahkemeye müracaatta gecikme, icra memurunun sorumluluğunun azaltılmasına yarayacak müterâfik bir kusur sayılamaz. Kanun hilâfını emretmedikçe, mahkemelerin icra memurunun hareket tarzına dair ittihaz ettikleri kararlar icra memurunu takyid etmez. Başlamış olan bir takibin taliki veya iptali, kural olarak, ancak icra tedkik merciinden istenebilir (bkz. İİK. m. 71). İcra tedkik merciinin şikâyet üzerine yapmış olduğu incelemeleri ise, davaya bakan mahkeme nazarı itibara alabilir, ancak icra tedkik merciinin kararı hâkimin kararında bekletici bir mesele teşkil etmez.

XII. İcra memuru tarafından kendisine yardımda bulunmak üzere görevlendirilen avukat, bilirkişi, eksper, yeddi emin, muhammin gibi muavin şahısların kusurlarından husule gelen zararlardan, bu şahıslar icra memuruna, icra memuru da zarar görenlere karşı sorumlu olur (bkz. BK. m. 321, 390) (31). Meselâ, vekâlet, kural olarak, vekilin şahsına olan itimada dayandığından, icra memurunun rızasını almadan veya mücbir bir sebep yokken ondan aldığı vekâletle başkasını tevkil eden vekil icra memuruna karşı sorumludur.

Bu konuyu inceleyen İsviçre Federal Mahkemesi, doktrinde de ittifakla kabul edildiğini belirterek, icra memurunun görevlendirdiği kimselerin verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu tutu-

(29) Bkz. Schw. JZ. 1953, S. 261.

(30) Bu içtihat Favre tarafından da zikredilmiştir (bkz. s.g.e. § 6. III, No. 2-C).

(31) Bkz. AD. mayıs 1945, shf. 531.

lamıyacakları esasını benimsemiştir. Federal Mahkemeye göre, böyle durumlarda, muavin şahsı görevlendiren icra memuru aleyhine dava açılabilir. İcra ve İflâs Kanunu, her ne kadar 5 inci maddesinde «müstahdem» (Angestellte, employé) terimini kullanmışsa da, icra memurunun görevlendirdiği kimse bir iş akdine değil, vekâlete dayanmaktadır, bir müstahdem değildir; fakat, kanundaki «müstahdem» sözü geniş anlamda alınabilir. Böyle olunca, icra ve iflâs dairesince kanuna uygun olarak yapılması gereken işlerin ifası için icra memuru bilirkişi tayin eder ve onu bu işlerin yürütülmesiyle yükümlü kılar- sa, bu kişi de müstahdem sayılır ve onun vermiş olduğu zararlardan dolayı onu tayin eden icra memuruna karşı dava açılabilir (32).

Bu esasın bir sonucu olarak, haczedilen âdi veya rehinli malın resmen emanet edildiği yeddi emin, malı istendiği anda aynen, yani kendisine teslim edildiği şekilde ve evvelki vaziyetinde iade mükel- lefiyetini yerine getirmese (bkz. BK. m. 471), bunun telef ve ziya- ının veya elinden çıkmasının kendisine atfolunamayacak bir sebeb- ten, ezcümle fevkalâde hal ve mücbir bir durumdan ileri geldiğini is- pat edemediği takdirde, ceza takibine uğrayabileceğinden başka, icra memuru tarafından malın tesbit edilen kıymeti ayrıca hükme hâcet kalmaksızın kendisinden «resen tazmin ettirilir» (bkz. İİK. m. 358) (33). Yeddi eminin malın sahibi olması, bu konudaki cezai ve hukukî sorumluluğu değiştirmez (34)

Yeddi emin kendisine teslim edilen malı nasıl muhafaza edeceğin- i kendisi tayin eder. Bunun için, malın gerek çalınmasına, gerekse bozulmasına karşı emin bir yer tayin etmemişse, çalınma veya bozul- ma halinde kendisini sorumluluktan kurtaramaz. Meselâ, kendisine

(32) Federal Mah. Kararı, 7 Mayıs 1941 (R.O. 67 II; JdT. 1941 I 327).

Federal Mahkeme, aynı kuralı icra ve iflâs dairesi tarafından tayin olunan eksperin «bei der Verantwortung der vom Betreibungsamt ernannten Sachverstaendigen - responsabilité du préposé ensuite d'une faute d'un expert commis par lui» (BGE. 67 II 7; 67 II 23) ve tasfiye me- murlarının sorumluluğunda «bei der Haftung der Liquidatoren - respon- sabilité des liquidateurs» (BGE. 64 III 119) uygulamıştır (bkz. C. Jaeger, Schuldbetriebung und Konkurs, Zürich 1943, S. 2; La poursuite pour dettes et la faillite, Neuchâtel 1951 par F. Clerc, p. 14).

(33) Bkz. N. M. Berkin, Mücbir Sebeb ve Fevkalâde Haller, İUHFM. C. XXXV, Sy. 1-4.

(34) Bu konuda ceza hukuku açısından geniş bilgi almak için, bkz. F. Erem, Yeddieminlik Vazifesini Suistimal, AD. 1958-331.

emanet edilen mahcuz kürk mantoyu sıcak yaz aylarında en iyi şekilde muhafaza etmediği için güveye yediren yeddi emin bu zarardan sorumludur.

Bu vesile ile işaret edelim ki, kanun bazı malların ihtiyatî tedbir olarak haczi hususunda mahkemelere de yetki vermişse de, bu konudaki haciz, şahsî bir hakkın teminatını teşkil etmeyip, ayını münazaalı olan malların muhafazasına ilişkin olduğundan, İcra ve İflâs Kanununun 358 inci maddesi, ihtiyatî tedbir mahiyetinde haczolunan malların muhafazası için görevlendirilen yeddi eminler hakkında uygulanamaz. Nitekim, Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi 2/3/1956 tarihli ve E. 1082, K. 1181 sayılı içtihadında, bu konudaki yeddi adlin sorumluluğundan çıkan ihtilâfın hallinin icra memurunun ve onun kararına şikâyet yolu ile el koyan icra tedkik merciinin değil, haciz tedbirine karar veren mahkemenin yetkisinde olduğunu kabul etmiştir.

**Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN**