

**İCRA ve İFLAS KANUNU m.68/B, m.150/A, m.150/I
HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI, KREDİ
KURULUŞLARINA TANIDIĞI AYRICALIKLAR ve ANAYASA
İLE İLİŞKİLENDİRİLMELERİ**

Av. Begüm GÜREL (LL.M.)

Stj. Av. Baturay AKSOY

GİRİŞ

Bilindiği üzere, hukukumuzda İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip; ilamsız icra yoluyla olabileceği gibi ilamlı icra yolu ile de olabilmektedir. İlgili icra yollarından, kural olarak kabul edilen ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız icra takibidir. Bu takip yolu açısından itirazın kaldırılması için alacaklıya ek olanaklar sağlayan İcra ve İflas Kanunu m.150/a ve m.68/b hükümleri ve istisnai olarak borçluya ilamlı takip yoluna başvurma imkânı veren ve itiraz imkanını tamamen ortadan kaldıran m.150/ı hükmü konumuzun kapsamını oluşturacaktır.

Çalışmamızda öncelikle hukukumuzda “*krediyi kullandıran taraf*” olarak tanımlanan tarafın korunmasına yönelik düzenlemeler barındıran İİK m.68/b, m.150/a ve m.150/ı hükümlerinin temelleri incelenecek, objektif ve subjektif uygulama kapsamı belirlenecek, hükümlerin uygulama şartları üzerinde durulacaktır. Daha sonra ilgili hükümlerin birbirleriyle olan etkileşimi ve bağlantısı ele alınacaktır.

Netice olarak ise, Anayasa Hukukunun Özel Hukukla etkileşimi ve bu bağlamda İcra ve İflas Kanunuyla etkileşimi göz önünde tutularak, banka ve diğer kredi kuruluşlarının, hukukumuzda çeşitli nedenlerle korunması ihtiyacına yönelik hazırlanmış düzenlemeler olan bu hükümlerin, Türk Hukuku ve Evrensel Hukukun gözüyle değerlendirmesinin yapılmasına çalışılacaktır. Hukuka uygunluk, aykırılık veya ölçülü olup olmama sonucuna odaklı tartışmalar ile çalışma sonuçlandırılacaktır.

1. KREDİ KURULUŞLARININ ALACAKLARININ KORUNMASI KAVRAMI

Ülkemizde ekonomik, iktisadi, tarihsel hatta sosyolojik gelişim ve farklılaşma, genel olarak bankaların korunması, özelinde de nüfuz ettiği alacaklarının korunması gereksinimlerini beraberinde getirmiştir. Örneğin konumuzu oluşturan İİK m.68/b, m.150/a ve m.150/ı hükümlerinin doğuşu esnasında belirtilen gerekçelerinde “*takibin sürüncemede bırakılmaması*” olarak nitelendirilen amacı göze çarpmaktadır.¹ Zira kredi kuruluşları tarafından verilen kredilerin geri dönüşlerine ayrı bir önem verildiği buradan rahatlıkla anlaşılmaktadır. Bu koruma gerekliliğini bizim de varsaydığımızı, tarihsel süreçte gelişen, değişen ve çoğalan düzenlemeleri göz önüne alarak söyleyebiliriz. Ancak bu koruma gerekliliğinin, özellikle Anayasal ilkelerin hiçe sayılarak düzenlemelere konu edilebilmesinin kabul edilebilir bir hal olup olmadığı tartışmalara açıktır.

Kredi kuruluşlarının korunması kavramını, sözleşmeler ile koruma, kanunla koruma olarak ikiye ayırmamız mümkündür. Yargı kararlarını da bir koruma türü olarak belirtmek halihazırda mümkün gözükmektedir.² Benzer amaca yönelerek, anayasal ilkelere aykırılıkları mevcut

1 70 sayılı KHK'da 91. Maddenin, 3182 sayılı Kanun'a dahil edilmesi amacıyla Meclis Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından verilen önergede gerekçe şu şekildedir: “*Bankalar tahsis ettikleri kredilere güvence olarak gayrimenkul ipotegi almaktadırlar. Bu maksatla kredi müşterisine kredi limiti tahsis edilmekte ve kredi hesabı cari hesap olarak çalıştırılmaktadır. Bu nedenle alınan ipotek de hiçbir zaman anapara ipotegi şeklinde olmamaktadır. Azami had ipotegi şeklinde alınan ipotekler kayıtsız şartsız bir borç ikrarını ihtiva etmediğinden icra emri yerine ödeme emri gönderilmektedir. İlamsız takip hükümlerine tabi olan böyle bir takip kötü niyetli borçlulara mesnetsiz itirazlarla durdurulabilmektedir. İtirazın kaldırılması uygulamada takibin uzun süre almasına neden olmaktadır. İlamlı takip yolunda icranın geri bırakılması mahdut itiraz sebeplerine tabi tutulduğundan daha süratli bir şekilde sonuçlandırılabilir. İlamlı takiplerde icranın geri bırakılması ancak zamanaşımı, borcun itfa veya mehil verilmiş olduğunun belgelenmesiyle mümkündür. Rehnin paraya çevrilmesiyle takip halinde resmi senet akit tablosuyla birlikte alacağın miktarını kanıtlayan ve alacağın muaccel hale geldiğini gösteren belgeler hesap özetleri ve makbuzlar icra memurluğuna ibraz edilmektedir.*

89. Maddenin söz konusu belgelerin, İcra ve İflas Kanun'un 68. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen belgeler arasında yer alacaklarını kabul etmiş olduğu göz önüne alınacak olursa, icra memurunun bu belgeleri değerlendirmek suretiyle ipotek bedeli içinde kalmak koşuluyla ilgili şahıslara icra emri göndermesinin uygun ve yerinde olacağı kendiliğinden anlaşılır, icra memurunun icra emri düzenlemeyi kabul etmediği hallerde şikayet yoluna başvurulacağından, bu işlem tetkik mercii tarafından yerine getirilecektir. Böylece itiraz prosedürü içerisinde takibin sürüncemede bırakılması başından itibaren önlenmiş olacaktır.”

2 **KARAKAŞ**, İcra ve İflas Hukukunda Banka Alacaklarının Korunması, s.53.

olduğu düşünölen ve İcra İflas Hukukuna tesir eden birçok düzenlemenin varlığının mevcut olduğunu söylemek de mümkündür.³ Ancak konumuz kapsamını İİK m.68/b, m.150/a ve m.150/ı hükümleri çerçevesinde şekillendirecektir.

2. İCRA VE İFLAS KANUNU 68/B HÜKMÜ

2.1. İİK m.68/b Açısından İtirazın Kesin Kaldırılması

İcra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılmasını isteyebilmek, yani itirazın kaldırılması talebinin icra mahkemesinde incelenebilmesini sağlamak için, alacaklının elinde m.68/I'deki⁴ belgelerden biri mevcut olmalıdır. İpotek bir cari hesap veya işleyecek kredi vesaire gibi bir mukavele- nin teminatı olarak verilmişse, icra mahkemesi bu mukavele ve bununla ilgili sair belge ve makbuzları İİK m.68'deki esaslara göre incelemek yetkisini haizdir. Yani kredi kuruluşlarının yaptığı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, itirazın kesin kaldırılması için İİK m.68/b hükmüne dayanılması da mümkündür.

İİK m.68/b hükmü itirazın kaldırılmasına ilişkin genel hükümler arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte itirazın incelenmesini düzenleyen İİK m.150/a'nın, İİK 62 ila 72. maddelere yaptığı yollama nedeniyle, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte de uygulama alanı bulmaktadır. Yine İİK m.150/1'ya göre yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takiplerde de icra emrine karşı, borçlunun şikâyet yoluna başvurarak itirazını kanıtlaması halinde İİK m.68/b çerçevesinde alacağın varlığı alacaklı tarafından kanıtlanabilirse, borçlunun şikâyetinin reddine karar verilmektedir.

3 **KARAKAŞ**, İcra ve İflas Hukukunda Banka Alacaklarının Korunması, s.59-67; Hisselerin Fona Devri ve Alacağın Fon Tarafından Belirlenmesi, Banka Yöneticilerinin Yakınlarının Mal Varlığı Beyanı, Banka Yetkililerinin İflası, Fon Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Yetkiler ve İstisnalar, İspat Yükünün Yer Değiştirmesi, Zamanaşımı, Varlık Yönetim Şirketleri Bakımından Getirilen Kolaylıklar, Kamu Bankaları Lehine Getirilen Düzenlemeler, İcra ve İflas Kanunu Düzenlemeleri.

4 İİK M.68/I: "Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Bu süre içerisinde itirazın kaldırılması istenilmediği takdirde yeniden ilamsız takip yapılamaz."

Netice olarak İİK m.68/b hükmü m.150/a hükmünün kendisine yaptığı göndermesiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte uygulama alanına kavuşmakta ve İİK m.150/1'da da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takipte prosedür içinde kendisine yer bulmaktadır. Bu durumları ikiye ayıracak şekilde inceleyebiliriz:

- Ödeme emrine itiraz ile duran takibi devam ettirebilmek için alacaklının kural olarak İİK m.67'ye göre genel mahkemeye başvurarak itirazın iptalini dava etmesi gerekirken, elinde 68. maddede sınırlı sayıda bulunan ve alacağı kesin şekilde ispata yarayan belgeler varsa, alacaklı icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını da isteyebilir. İİK 68/b ise kredi kuruluşlarının, kendi düzenledikleri ve kural olarak içinde borçlunun açık bir borç ikrarını da içermeyen, ancak belirli bir prosedürden geçtikten sonra kesinleştiği kabul edilen belgeleri düzenlemektedir.⁵ Alacaklı bu belgelerle de itirazın kaldırılmasını sağlayabilmektedir.

- Bir diğer imkân ise; alacaklının İİK m.150/1'ya göre yaptığı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takibinde, icra emrine karşı borçlunun şikâyet yoluna başvurarak, hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarına itiraz ettiğini kanıtlaması halinde de alacaklı İİK m.68/b gereğince alacağın varlığını kanıtlatabilmekte ve borçlunun şikâyetinin reddine karar verilmesini sağlayabilmektedir.

İİK m.68/b hükmü m.150/a hükmünün göndermesiyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takipte uygulama alanına kavuşmakta ve İİK m.150/1'da da yukarıda bahsettiğimiz prosedürde kendisine yer bulmaktadır.

2.2. İİK m.68/b'nin Uygulama Alanı

İİK m.68/b hükmü I,II ve III. Fıkraları şu şekildedir;

“Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden on beş gün içinde bir hesap özeti noter aracılığı ile göndermek zorundadır.”

5 ÖZEKEŞ, Eleştiri, s.109.

“Süresi içinde gönderilen hesap özeti muhtevasına, alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf, hesap özeti gerçeğe aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dava edebilir.”

“Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar bu Kanunun 68inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılırlar. Krediyi kullanan taraf, itiraz etmediği hesap özeti dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen imzayı kabul etmiş sayılır. Bu hüküm bu Kanunun 150/a maddesinin söz konusu olduğu hallerde de aynen uygulanır.

Cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri ve kısa, orta, uzun vadeli kredilerde faiz tahakkuk dönemini izleyen 15 gün içinde hesap özeti noter aracılığıyla gönderilmesi bir zorunluluk olarak getirilmiştir. Bu zorunluluk itiraz edilmiş hesap özetine dayanarak itirazın kaldırılmasını sağlamak için getirilmiş bir zorunluluktur. Bu imkanı kullanmak istemeyen alacaklı hesap özeti noter aracılığıyla göndermek yerine TTK m.92'ye göre iadeli taahhütlü mektup veya telgrafla da gönderebilir ve hesap özeti alan borçlu da bu hesap özeti bir ay içinde itiraz etmemişse bakiyeyi kabul etmiş sayılır. Fakat İİK m.68/b'ye dayanmak isteyen alacaklı yalnızca noter aracılığıyla hesap özeti göndermiş olmalıdır.

Hesap özeti 15 günlük süre içinde borçlunun eline geçmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu 15 günlük süre “süresinde gönderilen” şeklinde düzenlendiği için, gönderinin alacaklının noter aracılığıyla gönderilme zamanını belirtmektedir.

İİK m.68/b hükmü sadece nakdi krediler bakımından bir düzenlemeyi içerir. Aynı zamanda borçluya gönderilen hesap özeti, kredi sözleşmesini sona erdirmemekte; devam etmekte olan sözleşme süresi içerisinde belirli bir borçlu cari hesap veya faiz tahakkuk dönemine ilişkin borcun belirlenmesi amacını taşımaktadır.⁶ Yani bu maddede bahsedilen hesap özeti, borçlu cari hesaplarda sözleşmede öngörülen dönemler sonunda gönderilen cetveli; kısa, orta ve uzun vadeli kredilerde ise faiz tahakkuk dönemlerinden itibaren 15 gün içinde tahakkuk eden faizin borçluya bildirildiği belgeyi ifade etmektedir. Bu nedenle de anapara taksitlerinin ödenmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede bu taksitler için İİK

6 BUDAK, İpotek, s.191

m.68/b'nin uygulanma imkânı yoktur. Bu düzenlemenin borçlunun lehine olduğu söylenebilir. Çünkü ilk taksitlerin faizler olarak belirlenerek, ara dönemde borçlu tarafından kapatılmak istenen kredinin, faiz indirimi uygulanamayacak şekilde düzenlenmesinin önüne geçilmiştir. Bu şekilde hazırlanan bir sözleşmede, sadece anapara borcunu içeren dönemler için İİK m.68/b hükmünden alacaklı faydalanamaz.

Krediyi kullanan taraf, süresi içerisinde kendisine gönderilen hesap özetine itiraz etmekle İİK m.68/b'nin uygulanmasını bertaraf etmiş olur. Kanunda, krediyi kullandıran tarafın hükümden faydalanabilmesi için hesap özetini noter aracılığıyla göndermesi gerektiği düzenlenmişken, krediyi kullanan tarafın yapacağı itiraz şekil şartına bağlanmamıştır. Ağırlıklı görüş her türlü belge ile ispat edilebileceği yönündedir. Bir görüş de ispat açısından yazılı olması gerektiğini savunmaktadır.⁷ Aynı zamanda, noter aracılığıyla, taahhütlü mektup veya telgrafla itiraz edilmesini savunan bir görüş de mevcuttur.⁸

Krediyi kullanan tarafın, usulüne uygun olarak gönderilmiş hesap özetine itirazını bir ay içinde yapması gerekmektedir. Yine bu sürenin itirazın yapılma süresi olduğunu, krediyi kullandıranın eline geçme süresi olmadığını belirtmemiz yerinde olacaktır.

Her hesap özeti ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. İtiraz edilen hesap özeti kesinleşmeyecek, itiraz edilmemiş olan hesap özetlerine, başka hesap özetlerine itiraz edilmiş olsa dahi itirazın tesiri olmayacaktır. Krediyi kullanan tarafın hiç itiraz etmemesi durumunda ise hesap özetleri takip bakımından kesinleşmiş olacaktır. Hesap özeti gerçeğe aykırı olduğunun ileri sürülmesi artık takipte mümkün olmayacaktır.⁹

3. İİK m.150/a HÜKMÜ

İİK m.510/a, ipoteğin cari hesap, kredi gibi bir mukavelenin teminatı olarak verilmesi halinde, alacaklının bu mukavele ve bununla ilgili sair belge ve makbuzlarla icra mahkemesine başvurarak itirazın kesin kaldırılması talebinde bulunmasını sağlayan bir hükümdür. Yani özel olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip bakımından bir düzenle-

7 YÜCEL, s.248

8 BOZKURT, s.136

9 BUDAK, İpotek, s.189

meyi içermektedir. Şu şekilde İİK m.68/b ile farkını açıklamak gerekirse;

- İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yapacak alacaklının, cari hesap veya kredi sözleşmesi ve buna ilişkin sair belge ve makbuzlara dayanarak itirazın kesin kaldırılmasını isteyebilmesi İİK m.150/a hükmü gereğince mümkündür.
- İİK m.68/b ise genel haciz yoluyla takip hükümleri arasında düzenlenmiştir ve itirazın kesin kaldırılması için, borçluya cari hesap dönemlerinin sonunda bir hesap özeti veya faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin bir ihtarın gönderilmiş olması ve buna itiraz edilmemiş olması gerektiğini düzenlemektedir.

İİK m.150/a hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, bir ipoteğin cari hesap, kredi gibi bir mukavelenin teminatı olması halinde direkt icra mahkemesine başvurarak itirazın kesin kaldırılmasının istenmesiyle mümkün kılınmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, bu hükme başvurmak, İİK m.68/b'nin uygulama alanı bulmasını da engelleyecektir. Ancak İİK m.68/b'nin uygulanması İİK m.150/a'nın uygulanmasına tesir etmeyecektir ve takibi yeniden harekete geçirmek için 150/a uyarınca icra mahkemesine başvurulabilecektir.¹⁰

Uygulamada İİK m.68/b ve m.150/ı'nın öncelikli uygulanmasının tercih edilmesi nedeniyle sık uygulama alanı bulan bir hüküm değildir.

4. İİK m.150/İ HÜKMÜ

İİK m.150/İ hükmü şu şekildedir;

“Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayri nakdi bir krediyi kullandıran tarafın ibraz ettiği ipotek akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti veya gayri nakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren

¹⁰ YÜCEL, s.257.

noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz ederse icra müdürü 149 uncu madde uyarınca işlem yapar. Şu kadar ki, krediyi kullanan tarafın hesap özetine ve borcun ödenmesine ilişkin ihtara ya da gayri nakdî kredi nedeniyle tazmin talebine, kendisine tebliğ edildiği veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz etmiş olduğunu ispat etmek suretiyle icra mahkemesine şikâyetle bulunmak hakkı saklıdır. Bu takdirde krediyi kullandıran taraf alacağını 68/b maddesi çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabiliyorsa, krediyi kullanan tarafın şikâyeti reddedilir. İcra mahkemesinde yapılan inceleme sırasında, borçlu, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunmadıkça takibin durdurulmasına karar verilemez. Hesap özeti, tazmin talebinin veya ihtarın ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye tebliğ edilmesi veya tebliğ edilmiş sayılması Türk Medenî Kanununun 887nci maddesinde öngörülen ödeme istemi yerine geçer.”

Krediyi kullandıran taraf, ipoteğin bir üst sınır ipoteği olması, yani ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermemesi halinde bile, maddede sayılan belgeleri icra müdürüne ibraz ederse, icra müdürü İİK m.149’a göre işlem yapacaktır. Bu düzenleme bu açıdan kredi kurumlarına bir istisna sunmaktadır.¹¹ Alacağın henüz mevcut olmadığı ve bu nedenle alacağı temin etmek üzere limit ipoteğinin tesis edilmiş olduğu hallerde kural olarak, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yapmak gerekirken, alacaklının bir kredi kurumu ve alacağın da borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayri nakdî bir krediden kaynaklanıyor olması halinde, alacağın teminatı olan ipotek bir limit ipoteği olsa dahi, kredi kurumu, hesap özeti, tazmin talebi veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarı, krediyi kullandıran tarafa noter aracılığıyla gönderdiğini ispatlayarak, İİK m.149 uyarınca işlem yapılmasını, yani bir icra emri gönderilmesini sağlayabilir.¹²

4.1. İİK m.150/1’nin Uygulama Alanı

İİK m.150/1’da, borçlu cari hesapla birlikte, kısa, orta, uzun vadeli kredilerden kaynaklanan, ipotekle teminat altına alınmış borçlar madde kapsamında. Ayrıca, teminat mektubu kredisi gibi gayri nakdî krediler

11 TERCAN, s. 88.

12 YÜCEL, s.283.

de bu kapsamın içindedir. Objektif alanı bu şekilde oluşuyor iken, sübjektif kapsamı bankalar başta olmak üzere “*krediyi kullandıran taraf*” olarak geniş ve tartışmalı¹³ bir alanı betimlemektedir.

4.2. İİK m. 150/İ Hükümü Uyarınca İlamlı Takip Yapılabilmesinin Şartları

Muaccel alacak: Kredi kurumunun, İİK m. 150/İ gereğince krediyi kullanan tarafa karşı takip yapabilmesi için, krediden kaynaklanan bir alacağının muaccel olması gerekmektedir. Bir üst limit ipoteğiyle kurulmuş cari hesap sözleşmesinde kredi kurumlarının hesabı kat etmesiyle birlikte alacak derhal muaccel hale gelebileceğinden (Kredi kurumları genellikle hesap kat ihbarının borçluya tebliği ile birlikte tüm alacağın muaccel olduğuna dair hükümler koyarlar) hesap döneminin sonunun beklenmesi şeklinde bir zorunluluk yoktur. Ancak, hesabın kat edilmiş olması borçluyu temerrüde düşürse de İİK m.150/İ gereğince takip için hesap kat ihtarıyla birlikte hesap özeti de gönderilmesi gerekir.¹⁴ Gayri nakdi kredilerde ise bankanın ödemeyi yapmasıyla birlikte, tazmin talebini krediyi kullanan tarafa göndermesiyle birlikte muaccellik vuku bulmuş olur. İİK m.150/İ hükmünde geçen “hesap özeti” kavramını İİK m.68/b hükmündeki “hesap özeti” kavramından ayırmak gerekir. İİK m.150/İ’deki hesap özeti, ödeme emri niteliğindedir ve hesabın kat edilmiş olduğunu nitelemektedir. İİK m.68/b’de ise “*borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini*” kapsayan bir hesap özeti nitelemektedir.

Hesap Özeti, Tazmin Talebi ya da İhtarın Krediyi Kullanan Tarafa Gönderilmesi: İhtarın, krediyi kullanan tarafa noter aracılığıyla, kredi sözleşmesinde yazılı veya ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilerek tebliğ edildiğini ya da İİK m.68/b gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz etmek gerekmektedir. İhbar yapılmadan takip yapılması mümkün olmayacaktır. Noter marifetiyle gönderilen hesap özeti, tazmin talebi ya da ödeme ihtarını tebellüğ eden krediyi kullanan taraf, tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içinde buna itiraz edebilir. Yalnız burada İİK m.68/b’den farklı olan sürenin yanında, krediyi kullanan tarafın da itirazını noter kanalıyla

13 YÜCEL, s.285

14 YÜCEL, s.302.

yapması gerektiğidir. Bu itirazın 8 gün içinde notere tevdi edilmesi mi gerekli yoksa krediyi kullandıran tarafa ulaşması mı gerekli olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 8 gün içinde ulaşmasının beklenmesi olağan değildir.¹⁵ Aksi görüşler de mevcuttur. Krediyi kullanan tarafın itirazı, borcun varlığına, vadesinin gelmediğine ya da miktarının hesap özetinde gösterildiği kadar olmadığına ilişkin olabilir. ¹⁶Fakat krediyi kullanan tarafın 8 gün içinde itiraz etmesi, kendisine karşı başlatılan takipte, şikâyet yoluna başvurulabilmesi için yeterli geçerlilik şartıdır. Aynı zamanda itiraz takip yapılmasını engelleyen değil şikâyet hakkı tanıyan bir muamele halindedir. İtiraz eden itiraz ettiğine dair noterlik belgesini ispat için icra mahkemesine sunması gerekecektir. Borçlu süresi içinde itiraz etmediği takdirde takibe karşı şikâyet hakkı ortadan kalkmış olacaktır. Neticesinde de borçlu olmadığının iddiasını ancak icranın geri bırakılması ya da menfi tespit davası açmak suretiyle gündeme getirebilecektir.

5. İİK m.68/b, m.150/a, m.150/1 HÜKÜMLERİNİN BAĞLANTISI

İİK m.68/b, borçlu cari hesap ve kısa, orta, uzun vadeli kredilerde, faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin bir hesap özeti gönderilmesinin zorunlu olduğu ve bu hesap özeti ile birlikte kredi mukavelesi ve bununla ilgili sair belgelerin 68. madde anlamında itirazın kaldırılmasını sağladığı; İİK m.150/a, ipoteğin cari hesap, kredi gibi bir mukavelenin teminatı olarak verilmesi halinde, alacaklının bu mukavele ve bununla ilgili sair belge ve makbuzlarla icra mahkemesine başvurarak itirazın kesin kaldırılması imkanını sağladığını söyleyebiliriz. İİK m.150/1'da ise krediyi kullandıran taraf, ipoteğin bir üst sınır ipoteği olması, yani ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içermemesi halinde bile, maddede sayılan belgeleri icra müdürüne ibraz ederse, icra müdürünün İİK m.149'a göre işlem yapabileceğini söyleyebiliriz.

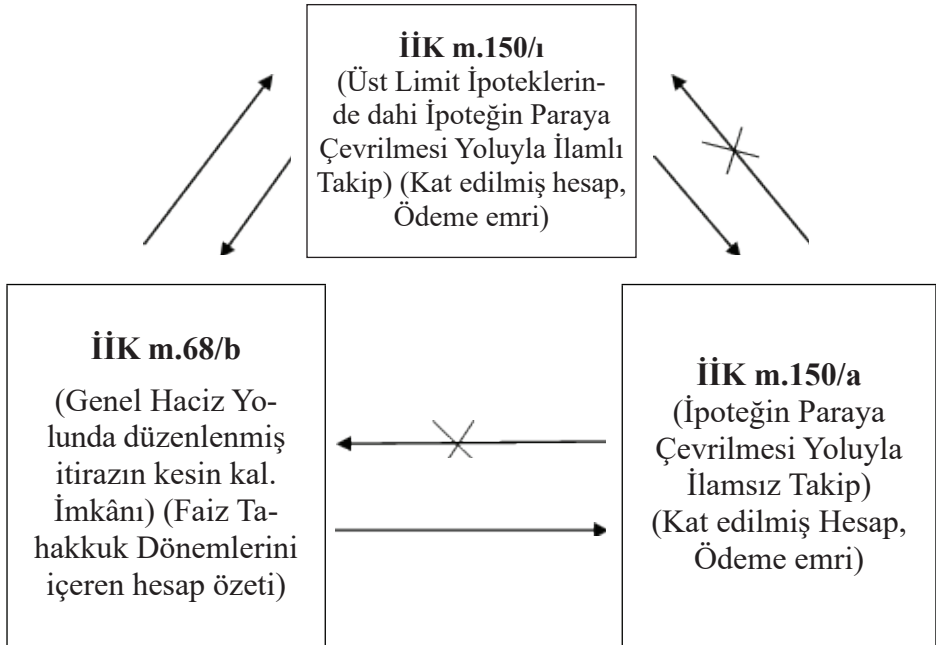
Alacaklı kredi kuruluşu, hesabı kat edilmiş bir alacağını maddelerde sağlanan koşulları sağlaması halinde İİK m.150/a ile ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe ya da İİK m.150/1 gereği ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takibe konu edebilir. Yine üst limit ipoteğiyle

15 YÜCEL, s.316.

16 TERCAN s.100

kurulmuş bir cari hesap sözleşmesinde de şartların sağlanması halinde İİK m.150/ı'da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takibe konu etmesi mümkündür. Kredi kuruluşu yine daha önce saydığımız koşullar çerçevesinde hesap dönemlerine ilişkin alacakları için İİK m.68/b'den faydalanabilecek hatta İİK m.150/ı'ya başvurup, İİK m.150/ı'dan sonuç alamadığında İİK m.68/b koşullarını tekrar deneyebilecektir. İİK m.150/a ise buna yapısı gereği izin vermemektedir.

İİK m.68/b, borçlu cari hesap ve kısa, orta, uzun vadeli kredilerde, faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özetinden bahsettiği için İİK m.150/ı'dan faydalanamayan alacaklı İİK m.68/b'ye gidebilir. Gittiğinde alacağının her hesap özeti dönemi için şartları sağlayıp sağlamadığına göre itirazın kesin kaldırılmasını talep edebileceğinden, farklı tutarları tazminle karşılaşabilir. Fakat bir garantör gibi de düşünülmektedir. Kat edilmiş hesabıyla sonuç alamamış alacaklı, faiz tahakkuk dönemlerini içeren hesap özetiyle İİK m.68/b hükmünü deneyebilecektir. Konumuz olan üç hükmün oluşturduğu üçgeni şekille tasnif etmek gerekirse (Tercih edilen hükümden sonra diğer hükmün tercih edilip edilemeyeceği olumsuz ise çarpılı ok, olumlu ise sadece ok ile çizilmiştir.);



Şekil 1

6. TÜRK ANAYASASI'NIN İCRA VE İFLAS HUKUKU İLE İLETİŞİMİ

Anayasanın Özel Hukuka uygulanması, ülkemizin tarihsel gelişimde özel hukuku oluşturma biçimiyle yakından ilgilidir¹⁷. Ülkemiz açısından bu süreci ayrıntılı olarak ele almayacak olsak da değerlendirme açısından kısaca anlamlandırmaya çalışmak yerinde olacaktır.

1924 Türk Anayasası Fransız Anayasacılığından etkilenmiş, 1926 Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun, İsviçre Federal Kurumu'ndan 1926 tarihli Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun Neuchatel Kantonu Kanununu'ndan; 1929 tarihli İcra İflas Kanunu'nun İsviçre Federal Kanunu'ndan iktibas edildiği; 1929 tarihli Deniz Ticaret Kanunu'nun ise 1929 Almanya Kanunu'ndan mülhem olduğu ifade edilmelidir¹⁸. Bu tarihlerin önemini, Türkiye'de Anayasacılık kavramının özel hukuk kanunlarından önce doğmuş olduğunu belirterek açıklayabiliriz. Ardından gelecek olan 1961 ve 1982 Anayasalarında; nitekim Özel Hukuka uygulanabilirliği açısından, defaten de yapılan düzenlemelerle sorun denilebilecek hususlar giderilmeye çalışılmış ancak, Anayasa ve Özel Hukuk arasındaki kopukluğu tam anlamıyla giderememiştir.

Anayasa ve Özel Hukuk arasındaki etkileşim yatay etki olarak tanımlanmaktadır. Anayasal hakların özel hukuka uygulanmasına, özellikle Alman Hukuku sisteminden kaynaklanan bir şekilde Anayasanın üçüncü kişilere etkisi yatay etki olarak tanımlanmaktadır. Yatay etki kavramı ülkelerin anayasa kültürlerine göre farklı biçimde şekillenmektedir¹⁹.

Yukarıdaki tanım neticesinde, yatay etkiyi reddeden ve kabul eden Anayasal düzenlemelerin var olduğunu kabul etmek mümkündür. Aynı zamanda yatay etkiyi de, dolaylı yatay etki ve doğrudan yatay etki kapsamında iki alt başlığa ayırabiliriz. Çok kısa; bu iki değeri tanımlamak gerekirse, doğrudan yatay etki, özel hukukun özerkliğine doğrudan anayasal olarak müdahale edilebilmesi, dolaylı yatay etkiyi ise özel hukukun genel kavramlarının içini Anayasal değerlerle doldurmak suretiyle etki ettirilebilmesi olarak açıklayabiliriz.²⁰

17 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.79

18 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.68.

19 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.16.

20 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.16-58

Ülkemizde yatay etkinin kabulü neticesinde iktibas edilen kanunların yatay etki prensibi açısından değerlendirmelerinin farklılığı nedeniyle sistematik sorunlar oluşmuş gözükmemektedir. Bu sistematik sorunların varlığı ise, uygulamada 1924 Anayasası kabulünden günümüze kadar gelmiştir. İcra ve İflas Hukuku açısından bir değerlendirmeye gidilmesi gerekirse, İsviçre'den iktibas edilen kanunumuz açısından, İsviçre Hukukunun genel yatay etkiye bakış açısını da değerlendirmemiz yerinde olacaktır.

*İsviçre'de anayasa ve özel hukuk ilişkilerinin karşılıklı olduğu söylenebilir. Ancak anayasa ve özel hukukun karşılıklı etkisi, İsviçre hukukunda çok açık bir biçimde görülmektedir. Bazı özel hukuk kavramları özel hukuk alanına taşınmıştır. Ayrıca Anayasa'ya yatay etki meselesinin ne olduğu ve nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme konulmuştur. Başka bir deyişle İsviçre'de kurucu iktidar yatay etki meselesini başka hiçbir ülkenin almadığı kadar ciddiye almıştır.²¹ İsviçre yatay etkiye ayrı bir önem atfetmiştir ve fakat İsviçre'de Anayasa ve doktrin **dolaylı yatay etkiyi** kabul etmiştir²². Fakat dememizin nedeni, mehzaz kanunumuz dolaylı etki sisteminde oluşmuş iken bizim hukukumuz doğrudan etki sistemini benimsemiştir.*

Türk Hukuku'nda ise, 1924 Anayasası dönemi için yatay etki tartışması anlamlı olmayacak, 1961 ve 1982 Anayasaları ise ülkenin özel hukuk mevzuatının oluşturulmasından sonra kabul edilen metinler olmalarına rağmen direkt (doğrudan) **yatay etkiyi** kabul ettikleri söylenebilecektir. Ülkemizdeki yatay etkinin tanımını doğrudan yatay etki (Doğrudan etki) olarak kabul edebiliriz. Doğrudan etki, Anayasa'nın kanunlara direkt etkisini ifade eder. Dolaylı yatay etki (Dolaylı etki) ise özel hukukun genel kavramlarının içinde anayasal ilkelerle doldurulması halidir.

Bu verilerle bir değerlendirme yapılırsa; Türk Hukuku'nda Özel Hukukun kavramlarının içinde anayasal değerlerle doldurulması yolu izlenmezken, İsviçre Hukukunda dolaylı etkiyle Özel Hukukun genel kavramlarının içi anayasal değerlerle doldurulmak suretiyle özel hukukun özerkliğine daha fazla müdahale edilmektedir. Ancak bu özerkliğe müdahaleyi kısıtlama olarak değerlendirmek yerine anayasal ilkelerin

21 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.52

22 BOYAR, Anayasa ve Özel Hukuk, s.57

uygulanmasının korunması açısından daha etkili olduğu şeklinde değerlendirilmek gerekir.

Bu açıklamalardan İcra ve İflas Kanunu'nda veya Hukuk Muhakemeleri kanununda var olan ilkelerin temelini Anayasadan almadığı çıkarılmamalıdır. Burada anlatılmak istenen, yukarıda benimsenen sistem çatışması nedeniyle, Türk Hukukunda bu ilkelerin temelini öz olarak Anayasa oluşturduğu halde onlara anayasal değer atfedilemiyor olmasıdır. İlkeler özel kanunlarda yer almakta ancak anayasal güce erişememektedir. (Yer alan ilkeler mehzaz kanunun kuruluş ülkesinin anayasal ilkeleridir.) Anayasa metnindeki anayasal güce sahip ilkelerse, zaten özü özel kanunlarda oluşturulmuş olduğundan sanki pratikte o olaya ya da husumete uygulanabilirliğini azaltmış ya da kaybetmiş gibi görünmektedir. Değerlendirmeler genel itibariyle mehzaz kanuna gidilerek yapılmakta, yaşanan sorun bu şekilde çözülmeye çalışılmaktadır. Ancak mehzaz kanunun içeriğini dolduran anayasal ilkelerin de bizim anayasamızın hükmettiği değil kendi Anayasa'sının hükmettiği ilkeler olduğu da unutulmamalıdır. Kaldı ki; Türk icra hukukunda mevcut ilamlı ve ilamsız takip ayrımı İsviçre hukukunda yoktur²³. Bu da Anayasal açıdan yorumlama ve değerlendirmede mehzaz kanunun pratik hükümleriyle karşılaştırma olanağını ortadan kaldırmaktadır.

7. HÜKÜMLERİN SORUN İNCELEMESİ

7.1. İİK m.68/b Hükümünün İncelemesi

Kural olarak ödeme emrine itirazla duran takibin devamını sağlamak, m.67'ye göre genel mahkemeye başvuru, itirazın iptalinin istenmesiyle mümkündür. m.68 ise sınırlı olarak saydığı belgelerle İcra Mahkemesinden itirazın kaldırılmasının istenebilmesini de mümkün kılmıştır. Borçlu da aynı belgelerle iddiasını ispat edebilecektir. Bu belgeler niteliği gereği, borçlunun da taraf olarak tıpkı alacaklı gibi, hukuki ilişki içerisinde ulaşabileceği, bağımsız nitelikte belgelerdir²⁴. İİK m.68/b hükmü ise kredi kuruluşlarına kendi düzenledikleri, her zaman içinde borçlunun açık bir borç ikrarını içermeyen belgelere dayanarak itirazın kaldırılması-

23 YÜCEL, s.201.

24 YÜCEL, s.238.

nı sağlama şansı tanımıştır²⁵. Yani özel hukuk kişinin kendi düzenlediği belgeye özel bir önem atfedilerek, değeri ilam kuvvetine yaklaştırılmıştır.

Bu açıdan bakıldığında İİK m.68/b ile ispat yükünün ters çevrildiği söylenebilir²⁶. Borçlunun da hem silahların eşitliği hem savunma hakkı çerçevesinde hukuki statüsü alacaklıdan bir adım geriye düşürüldüğü için adil yargılanma hakkına müdahale edildiği düşünülebilir.

İİK 68/b hükmü, 150/ı hükmü ile beraber İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 25 Kasım 1988 tarih ve 3494 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'na eklenmiştir ve 3182 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 90 ve 91. maddelerinin İcra İflas Kanunu'na aktarılması olarak kabul edilmektedir²⁷. Aktarma birebir olmamış, bazı değişiklikler içermiştir. Bu değişikliklerden biri, gerekçede de “*Uygulamada Eşitlik Sağlanması*” olarak bahsi geçecek olan, “*banka*” ve “*müşteri*” yerine, “*krediyi kullanan taraf*” ve “*krediyi kullandıran taraf*” terimlerinin tercih edilmesidir²⁸.

3494 sayılı Kanun'un 61. Maddesine ilişkin Hükümet gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “*Halen yürürlükte bulunan 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 90 maddesinde yer alan düzenleme esasen sadece bankaları ilgilendirmede İcra ve İflas Kanunu içinde yer alması öngörülmüş, uygulamada önem taşıyan kısa, orta, uzun vadeli krediler de maddenin kapsamına alınmıştır.*” Adalet Komisyonu Raporunda da değişikliğin amacı; “*3182 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda yer alan 90. Madde hükmünün genişletilmesi suretiyle bankalar ile bankalar dışındaki kurum ve işletmelerce yapılacak cari hesap sözleşmeleri ile kısa, orta ve uzun vadeli kredi işlemlerinde bu maddenin uygulanabilmesinin sağlanması*” olarak ifade edilmiştir²⁹.

3182 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılmış, 90 ve 91. Maddelerinin, 2 Mayıs 1985'den önce verilmiş kredilere uygulanamayacağına dair Yargıtay kararının bertaraf edilmesi o dönem için önem arz etmiştir³⁰. Kaldı ki o dönem için, asıl müdahale edilmesi amaçlanan belli ki güncel

25 YÜCEL, s.238.

26 BUDAK, s.187.

27 YÜCEL, s.239

28 YÜCEL, s.241.

29 YÜCEL, s.242

30 YÜCEL, s.242

ve kanun öncesi kaynaklı kredilerdi. “*Uygulamada eşitlik*” amacı vurgusu bu nedenle ikinci planda kalmıştır. Kanun koyucunun krediyi kullanan ve kullandıran taraf terimini seçmesi, 2012 yılına kadar uygulamada bir değişiklik yaratmamış olsa da 13 Aralık 2012 tarihinde yürürlüğe giren “*Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu*”³¹ ile kanun metni sadece banka olarak dar yorumlanabilme imkanını kaybetmiştir.

Bu kanun ilk kez banka dışı finans kuruluşları kavramını getirmiştir. Aslında ilk olarak, 06 Ekim 1983 tarih ve 18183 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 90 sayılı “Ödünç Para verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” faktoring ve finansman şirketlerinin kurulmasına izin vermiştir³². Bu KHK’nın tarihi de dikkate alındığında, kanun koyucunun amacının aslında daha o yıllardan, gelecek yıllarda banka dışı finans kuruluşlarının düzenlenmesi ihtimaline ilişkin “*kredi alan*” ve “*kredi kullandıran*” gibi genel terimleri uygun görmüş olması düşünülebilir. ‘Ödünç Para verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ düzenlemesinin bazı maddeleri 27.06.1994 tarihli ve 21973 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan “545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname” ile değiştirilmiştir. BDDK’ya devredilmeden önce bu sektörü uzun süre düzenleyen mevzuat 1994 yılında yayınlanmıştır. Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan “Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” 21.12.1994 tarih ve 22148 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, Yönetmelikte, daha sonra sırasıyla 1997, 1998, 1999 ve 2001 yıllarında bazı değişiklikler yapılmasına karşın 2006 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 01.11.2005 tarihli 5411 sayılı Bankalar Kanunu’na istinaden 10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik” ile ilk düzenleme yapılmıştır. Buna ilaveten “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerince Alacakları İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” 20 Temmuz 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³³ “Zaten ilgili kanun, daha önce bir kanun

31 6361 Sayılı, 13 Aralık 2012 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu.

32 Faktoring Sektör Raporu, Mayıs 2013, s.57-65.

33 Faktoring Sektör Raporu, Mayıs 2013, s.61.

tasarısı olarak 28 Mayıs 2008 tarihli BDDK Kurul Kararı ile Devlet Bakanlığı ve Başbakan Yardımcılığı Makamına gönderilmiş olan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun Tasarısı” olarak 28 Nisan 2009 tarihinde TBMM’ne sunulmuştur³⁴. Bu tarihsel süreçten de anlaşıldığı üzere kanun koyucunun o dönemdeki amacı yorumlanabilecektir. Ekonomik devamlılığın diğer finansman şirketlerinin alacaklarını da korumaya almakla sağlanabileceğine ilişkin, kanun koyucunun amacı ortaya çıkmaktadır.

Ekonomik ve İktisadi hayatın gelişmeleri neticesinde kanun yorumunun da zamanla değişiyor olduğu düşünüldüğünde ilerleyen düzenlemelerle kapsamın tam olarak nasıl olacağına bugünden anlam verebilmek zorlaşmaktadır. İki tarafın da özel hukuk kişisi olduğu bir hukuki işlem olan bu kredi sözleşmesinin taraflarını statü olarak farklı değerlendiren İİK m.150/a, m.150/ı ve m.68/b hükümlerinin objektif ve subjektif sınırlarını belirlemek gerekmektedir. İİK 68/b maddesi, Borçlu cari hesap ve kısa, orta, uzun vadeli kredilerde, faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin bir hesap özeti, gönderilmesinin zorunlu olduğunu, bu hesap özetiyle birlikte kredi mukavelesi ve bununla ilgili sair belgelerin 68. madde kapsamında itirazın kaldırılmasını sağlayacağını hüküm altına almıştır.³⁵

m.68/b hükmü sadece borçlu cari hesap veya karz şeklindeki nakdi krediler hakkındadır. Ayrıca maddeye bakıldığında, sadece faiz tahakkuk dönemleri dikkate alındığından, belirli dönemlerde anapara taksitlerinin ödenmesinin veya faizlerin son taksit olarak ödenmesinin kararlaştırılması halinde m.68/b uygulanmayacaktır³⁶. Bunun dışında borçlu cari hesap sözleşmeleri bakımından cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri takiben gönderilen ve itiraz edilmediği için kesinleşen hesap özeti, takibi başlatmak için yeterli olmayacaktır. Çünkü ipotekli borç muaccel olmamıştır³⁷.

İİK m.68/b hükmü yukarıdaki haller dikkate alınarak objektif uygulama alanı bulacaktır. Ancak “krediyi kullandıran” ve “krediyi kullanan” terimlerinin yorumlanmasındaki kanaatimiz, pratik olaya göre yorum-

34 Faktoring Sektör Raporu, Mayıs 2013, s.61.

35 YÜCEL, s.256.

36 BUDAK, s.189.

37 BUDAK, s.189.

lanması gerektiği yönündedir. Kanun koyucu tarafından, metnin hazırlanması aşamasında, ekonomik düzene ilişkin gelecek düzenlemeleri de kapsamasını istediğine dair bir kanaat sunmuş gibi gözükmektedir. Uygulamayı oluşturan İcra ve İflas Kanunu'nun, bu belirsizlikle yürürlükte kalması, hükmün gerekçesinin dahi örtülü amaç belirtiyor olması yaşanan ve yaşanabilecek uyuşmazlıkların sorumlusu durumundadır. Karşılaşılacak bundan sonraki, bu kapsamdaki hukuki ilişkilerin İcra ve İflas Hukuku'na ve Anayasal ilkelere göre tekrar değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki; Yargıtay'ın Bankalar haricinde finans kuruluşlarının olmadığı dönemde dahi içtihat olarak kökleşmemiş de olsa, bu maddenin sadece finans kuruluşlarına uygulanabileceğine dair yorumun yanlış olduğunu belirten kararları vardır³⁸.

7.2. İİK m.150/1 Hükmünün İncelemesi

İİK 150/1 hükmü kanundaki yerini 68/b hükmüyle beraber almıştır. Bu düzenleme daha önce de değindiğimiz üzere kredi kurumları için bir istisna getirmektedir. Daha henüz doğmamış veya miktarı kesin olmayan, ancak hukuki sebebi belli olan bir borcun varlığı ve alacağı temin etmek üzere limit ipoteğinin tesis edilmiş olduğu hallerde, kredi kurumlarına kurala istisna olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip hakkı da tanınmaktadır.

Kredi kurumlarının daha önce defaten değindiğimiz bu alacakları için istisna bir düzenlemeye neden ihtiyaç duyulabileceğine baktığımızda ve tarihsel inceleme yapıldığında “*mevduatın korunması*” kavramı önümüze çıkmaktadır. İlk hukukumuza girdiği dönem için ise önerge gerekçesinde “*takibin sürüncemede bırakılması başından itibaren önlenmiş olacaktır*” tabiri göze çarpmaktadır. Ulusal ekonomik düzenlemeler, bu hükümlerin düzenlenmesini de beraberinde getirmiştir.

Maddenin objektif uygulama alanı, borçlu cari hesapla birlikte, kısa orta, uzun vadeli kredilerden kaynaklanan, ipotekle teminat altına alınmış borçları da içermektedir³⁹. Subjektif uygulama alanı ise İİK 68/b hükmünde bahsettiğimiz gibi 2012 yılındaki düzenlemeler ile tartışma boyutunu değiştirmiştir. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri

38 BUDAK, s.164.

39 YÜCEL, s.290-294

Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle uygulama alanına bu şirketler de dahil olmuştur. Peki buradan çıkarmamız gereken sonuç, alacaklının bu kapsamda bir finansman kuruluşu olması mıdır?

Bankalar Kanunu m.143'e⁴⁰ göre kurulan varlık yönetimi şirketlerinin de, doğrudan borçlu ile sözleşme yapmadıkları halde (Bu durum şirketin yapısına da aykırıdır) 68/b ve 150/ı maddelerine göre kesinleştirilmiş hesap özeti varsa, aynı sonuçlardan yararlanacağı düşünülmektedir⁴¹.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacakları yönünden ise Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik m.5'te "*Fon alacakları tahsil edilinceye kadar, her türlü alacakları ve devraldığı alacaklarla ilgili olarak borçlu aleyhine 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre başlatılmış bulunan takipler ile alacağın tahsiline yönelik davalara kaldığı yerden devam edebileceği gibi, ...*" hükmüne yer vermiştir.

Varlık yönetimi şirketleri alacakları ve Tasarruf Mevduatı Fonu alacakları açısından da hükmün uygulanabilir olması "*kredi kuruluşlarının mevduatının korunması*" ilkesinden illiyet olarak uzaklaşmış olduğu yorumuna neden olabilir. Neticede kanunların yürürlüğünden önce de ilgili kuruluşlar bazı değişiklikler dışında aynı faaliyeti gerçekleştirmekteydi. Kanun koyucu, bazı özel teşebbüslere kamu yararı gözetttiği iddiasıyla kamu gücü atfetmektedir. Bu atfın varlığını da kanunla yaptığı düzenlemelerle desteklemektedir, diğer bir değiş ile öne çıkarmaktadır.

Böylesine bir ayrıcalık tanınmasını tabiidir ki eleştirmek gerekecektir. Kanun metnini yorumlamaya öncelik olarak lafzından başlamak gerekir⁴². Bu yorumlamanın ötesinde diğer yorumlara geçip geçmemek de metnin açıklığıyla alakalıdır. Kanunların uzunluğu, ayrıntılı oluşu onlara en çok lafzi yorum ile değerlendirilebilme olanağı sağlamalıdır.

40 Bankalar Kanunu, Varlık Yönetimi Şirketi başlıklı, m.143: *Bankalar ve Fon dâhil diğer malî kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketleri de kurulabilir. Varlık yönetim şirketleri alacaklarının tahsili ve alacakların ve/veya diğer varlıkların yeniden yapılandırılması kapsamında alacak tahsili amacıyla edindiği gayrimenkul veya sair mal, hak ve varlıkların işletilmesi, kiralınması ve bunlara yatırım yapılması ve yine alacaklarını tahsil etmek amacıyla borçlularına ilâve finansman sağlamak veya sermayelerine iştirak etmek dâhil olmak üzere her türlü faaliyeti gerçekleştirmeye yetkilidir.*

41 KARAKAŞ, s.203.

42 GÖZLER, s.87.

Çünkü kanun koyucunun tam anlamıyla metinde kendini ifade etme hali bu durumlarda ortaya çıkar. Bahsettiğimiz kanun metni uzun olmasının yanında ayrıntılıdır da. Buradan kanun koyucunun asli olarak metnin dışına çıkmamamızı istediği anlaşılabilir. Ancak metnin uygulamada anlaşılması zordur. Hatta bu zorluk akademik olarak dahi kendisini göstermektedir. Uygulamanın hem objektif hem sübjektif kapsamı yürürlük süresince tartışılmıştır. Bu da metnin dışına çıkma zaruretinin doğurmuş, daha çok tarihsel sürecinden anlam bulma çabasına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi de genelde yorum metodu olarak amaçsal ve tarihsel metodu birlikte kullanmayı seçmekte, lafzi yorumu çoğunlukla ilk plana almamaktadır⁴³. Fakat ilgili hükümlerin metinleri, tarihsel süreçleri genişledikçe ve gerekçeleri tekrar incelendikçe de lafzı yönünden, tekrar yorumlanması gerekir bir hal almıştır.

Bu değerlendirmelerin yine pratikteki hukuki ilişkiyi baz alması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü bankaların ya da finansal kuruluşların İİK 150/1 hükmünden her koşulda yararlanmasının yine Anayasal ilkelere sınırlarını açıkça zorlayacağı ortadadır. Örneğin kanun koyucu, son dönemde 150/1 maddesinin sertliğine bir müdahale niteliğinde, İcra ve İflas Kanunu'na göre daha özel bir kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. ve devamı maddelerinde özel koşullara yer vermiş ve tüketici açısından bu hükmün uygulanma olanağını ortadan kaldırmıştır. Yargıtay da bu görüşe paralel hükümlere yer vermiştir ve kredi kartı, konut finansmanı kredisi, tüketici kredisi borçlarını 150/1 maddesi kapsamında saymamıştır⁴⁴.

43 BOYAR, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Doktora Tezi, s. 297.

44 Yarg. 12.H.D. E. 2018/13941 K. 2019/18208 T. 19.12.2019 sayılı kararında “Yasa koyucu, bankalardan kredi kullanan bir kısım kredi (tüketici kredisi) lehtarını, bu ağırlaştırıcı hükümlerden ayrık tutmak amacını güttüğünden, takip tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22. maddesinde; “Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin, tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder” şeklinde tanımlandıktan sonra, devam eden maddelerde bu tür sözleşmelerin yapılma koşulları ile borcun muaccel kılınabilmesi ve temerrüt koşulları gibi farklı ve özel şartlara yer verilmiştir. Buna göre, anılan Kanun, tüketici kredisi kullanan borçluları, diğer kredi borçlularından ayrık tutmak, tüketicinin koşullarını iyileştirmek ve kolaylaştırmak amacıyla düzenlenmiş özel bir kanun olup, bu kanun kapsamında verilen krediler nedeniyle borçluların temerrüde düşüp düşmedikleri i, borcun muaccel olup olmadığı, muaccel olan borç miktarının ve faizinin ve yapılan özel sözleşmelerin,

Özel kanun/Genel kanun kapsamında düşündüğümüzde sorun yoktur. Fakat düzenlemeye konu olmamış ve İİK 150/İ maddesinin uygulamasında ölçülülük ilkesini aşan durumlar vardır ve ilerleyen süreçte bu ölçüsüzlüğün çoğalması kaçınılmazdır. Örnek vermek gerekirse; Faktoring Şirketleri KOBİ'lere kredi olanağı sağlamaktadır ve ülkemizde KOBİ kavramı “250 kişiden az işçi istihdam eden ve yıllık mali bilançosu 250.000.000 TL'yi aşmayan küçük ve orta büyüklükte işletme” olarak tanımlanıyor olmasına karşın, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun istatistiklerine göre Türkiye'de bu kapsamda 1,5 milyon işyeri bulunmaktadır ve Aralık 2012 verileriyle bu işyerlerinin %63'ü 3 kişiden az, %86'sı 10 kişiden az kişi çalıştırmaktadır. Türkiye'deki işletmelerin yüzde 99'unu, toplam istihdamın yüzde 78'ini, ihracatın yüzde 56'sını KOBİ'ler karşılamaktadır⁴⁵.

Yani KOBİ'lerin Ülke ekonomisine ekonomik ve iktisadi olarak katkısı da tartışmasızdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, onlara ek olarak sağlamak amacıyla kurulmuş bir işletmenin, istisnai ayrıcalıklarla donatılması kabul edilebilir değildir. Kanun koyucunun, ekonomik etkiyi birinci derecede illiyetli bularak madde düzenlemesi yaptığını düşünürsek, maddenin uygulanabilirliğinde borçlunun konumunun da bu açıdan değerli olup olmadığını da tartışmak gerekecektir.

İİK m.68/b, m.150/a ve m.150/İ maddelerinin yukarıda bahsi geçen nedenlerle hangi anayasal haklar yönünden çatışma oluşturduğunu sırasıyla belirtmemiz gerekirse;

tüketiciyi n Korunması Hakkında Kanun koşullarında değerlendirilmesi gerekir. Tüketici Yasasına göre daha genel bir yasa olan İİK'nun ilgili maddeleri (İİK'nun 68/b, İİK'nun 150/İ), bu özel yasanın kapsamında kalmayan krediler için uygulanabilir olup, yasa koyucunun açıkça isim belirterek anılan kredilere Tüketici Yasası içerisinde yer vermiş olması da, maksadının, genel kredilerden ayırık tutulması şeklinde olduğunun kabulünü gerektirir. Aksi düşünüldüğünde tüketici kredilerinde de İİK'nun 68/b koşullarında çekilen ihtarla başlatılan ilamlı takip kesinleştirilmiş olacak, özel yasada düzenlenen muacceliyet ve temerrüt koşulları tartışılmadan gayrimenkulün satışı ve dolayısıyla alacağın tahsili gerçekleşecek, tüketici, kendisi lehine getirilen yasa maddelerine rağmen diğer kredi borçluları ile aynı koşullarda icra takibine muhatap kılınarak mağdur edilecektir. Bu durumda, alacağın tüketici kredisinden kaynaklanması halinde, borçlunun temerrüde düşüp düşmediği, alacağın muaccel olup olmadığı, ne kadar miktarının tahsil edilebilir olduğu, faiz miktar ve oranlarının tespiti, Tüketici Yasası koşullarında yargılama yapılmasını gerektirir.” demektedir.

45 “KOBİ'ler Sınırları Faktoring ile Aşıyor 2 Bursa” toplatisi, fkb.org.tr/kurumsal-iletisim/duyurular/kobiler- sinirleri-factoring-ile-asiyor, Erişim: 02.05.2020

- “**Kanun önünde eşitlik**” ilkesi göz ardı edilerek *menfaat dengesi* zedelenmektedir.
- Borç ödenmeden istirdat davası açılmıyor olması, “**Hukuk Devleti**” ilkesini, aynı zamanda kredi kuruluşlarının kendi hazırladıkları belgelerle itirazın kaldırılmasını sağlaması, borçlunun da ispatını bu belgelerle yapmasının beklenmesi *ispat yükünü tersine çevirmekte, silahların eşitsizliği* söz konusu olmakta ve “**Hak Arama Hürriyeti**” ilkesini zedelemektedir.
- Mal varlığına ilişkin güvenceler zedelenmekte, “**Mülkiyet Hakkına**” direkt müdahale söz konusu olmaktadır.

8. HÜKÜMLERİN ANAYASAL HAK İNCELEMESİ

Anayasal inceleme ve yorumlamayı, temel hakkın içinin boşaltılmasını önlemek adına, temel hak ve temel hakkı ihlal ettiği düşünülen kanun arasındaki etkileşimi inceleyerek, temel hakka saygı çerçevesinde yapmak gerekir⁴⁶. Dikkat edilmesi gereken husus hakların yanında değerlerin de yer alacağıdır ve çoğu zaman bunlar hiyerarşik yapı da oluştururlar. Örneğin “*mülkiyet hakkı*” bir hak iken “*kamu yararı*” bir değer olarak karşımıza çıkacaktır. Değer, devlete yükümlülük yükler ve devlet bu değerlerin gerçekleşmesi için gerekli ortamı hazırlamalıdır. Hak ise daha çok bireysel bir talebi yansıtmaktadır; “*Buradaki en önemli yorum sorunu, hakka mı, yoksa değere mi öncelik verileceği hususudur. Bazı durumlarda bir değer, hakka göre daha ön plana çıkabilir.*”⁴⁷

Bu sorun “ölçülülük ilkesi” ile çözülebilir. Ölçülülük ilkesi de üç alt prensibi barındırmaktadır⁴⁸;

- Elverişlilik (Müdahale ya da verilen zarar düzeyine ilişkindir)
- Gereklilik (Yarışan prensibin yerine getirilmesinin önem derecesine ilişkindir)

46 BOYAR, Anayasal Uyuşmazlıkta Yorum, Doktora Tezi, s.180

47 BOYAR, Anayasal Uyuşmazlıkta Yorum, Doktora Tezi, s.182.

48 BOYAR, Anayasal Uyuşmazlıkta Yorum, Doktora Tezi, s.196, “Ünlü Alman Anayasa Hukukçusu Robert Alexy, dengeleme kavramını sistemleştirmiş ve formülleştirmeye çalışmıştır.” vd.

- Oranlılık (Yarışan prensibin yerine getirilmesinin öneminin, öncekine müdahaleyi ya da verilen zararı haklı kılıp kılmadığına bakılır)

*Öyle bir çözüm bulunmalıdır ki, gerek temel hak ve gerekse anayasanın koruduğu hukuki değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde koruyabilsin*⁴⁹ Ölçülülüğün değerlendirmesini yapmadan önce şuna değinmek gerekecektir. Konumuz olan İİK maddelerinin hukukumuzla giriş tarihlerindeki Anayasamız ile Anayasamızın bugünkü hali arasında büyük bir fark bulunmaktadır. Anayasamızın “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*” başlıklı 13. Maddesi şu şekildedir;

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

3 Ekim 2001 tarihi önceki şekli ise şu şekildedir;

“Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğın, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

Bu değişiklik, genel sınırlandırma sebeplerini kaldırmış ve ölçülülük de bu dönemde bir güvence olarak yerini almıştır⁵⁰. Hemen bu dönemde

49 SAĞLAM, s.40.

50 GÖZLER, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme” Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2001/4, s.53-67.

Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yerini de almıştır⁵¹. Değerlendirmelerini de, bazı kararlarında yukarıda saydığımız sistematik çerçevesinde yapmaya başlamıştır⁵².

Genel olarak Ekonomik haklar kullanılırken diğer kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale etme ihtimali en çok olan haklardandır. Bu kapsamda da “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı Anayasa’nın 48. maddesi ikinci fıkrası “*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*” hükmünü içermektedir. Danışma Meclisinin ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu’nun Gerekçe metninde ise şöyle söylenmektedir: “... *Devlete kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayabilecek ekonomik engelleri kaldırma ve onun hem maddî hem de manevî varlığını geliştirme ödevini yüklemiştir.*”

3 Ekim 2001 tarihinden önceki dönem için değerlendirme yapıyor olsaydık sadece Anayasa m.13’e giderek temel hakların kısıtlanabilmesini kabul edebilir ve “*kamu yararı*” kavramını ele alabilirdik. Ancak görüldüğü üzere Anayasa’nın güncel hali tek başına “*kamu yararı*” veya başka bir sebebe atfı yapmayarak sadece ilgili maddeye (Sınırlandırma içeren başka bir Anayasa maddesinin olmasının gerekliliğini vurgulamaktadır) gönderme yapmaktadır. Bu nedenle, 48. maddenin dayanak teşkil etmesi suretiyle 13. Madde kapsamında ölçülülük araştırması uygun olacaktır.

En önemli husus ise yorumun yapılmasında ilgili madde ekseninde değil, Anayasa’nın 13. Maddesi ekseninde inceleme yapılması gerektiğidir. Bu tüm temel hak sorunları için geçerlidir⁵³. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında 13. Maddeyi konuyla ilgili bulmadığını

51 AYM, E. 2001/303, K. 2001/333, K.T.: 19.7.2001: “Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel Hak ve Özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılmaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayrık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama bununla güdülen amacın gerektiğinden fazla olmamalıdır.

52 BOYAR, Anayasal UYUŞMAZLIKLARDA Yorum, Doktora Tezi, s.286. AYM, K. 2007/4

53 BOYAR, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Doktora Tezi, s.293

belirtmektedir⁵⁴. Bu kanaatimizce de yanlış bir değerlendirmedir. İhlalini konuştuğumuz haklar evrensel nitelikte özellikleri olan haklar oldukları için bu alanda karşılaştırmalı hukukun verileri de daha fazla kullanılmalıdır⁵⁵. İcra ve İflas Kanunu’nuzun İsviçre kökenli olması, daha önce belirttiğimiz yatay etki kavramları da dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Kısıtlanan Anayasal hakları, Anayasa m.2 Hukuk devleti ilkesi, “m.10 Kanun Önünde Eşitlik”, “m.35 Mülkiyet Hakkı” “m.36 Hak Arama Hürriyeti” şeklinde saymıştık. Bu haklardan “Hak Arama Hürriyeti” maddesini ayrı tutarak diğerlerinin tamamını, bahsettiğimiz ilişkinin tarafları arasında, bir tarafa istisna hak tanınması çerçevesinde tek düşünebiliriz. “Hak Arama Hürriyeti” maddesi ise bir tarafa istisna hak tanınması dışında, borçlu tarafından borcun ödenmeden istirdat davası açılmaması ve 68/b kapsamında kredi kuruluşunun kendi hazırladığı belgelerle ispat yapabilmesi uygulamalarında değerlendirilmelidir. Hukuk devleti kavramı, bütün bir anayasacılık anlayışının temelinde olacağından yorumlamada Anayasa’nın 2. Maddesinin kullanılması uygun olmayabilir. Bu nedenle bu kavramı ele almadan devam etmek yerinde olacaktır.

Elverişlilik değerlendirmesi:

Alacaklıya istisna hak sunulması bakımından, borçlunun mülkiyetine müdahale oranının büyüklüğü tespit edilmeli ve zararın büyüklüğü borçlu bakımından değerlendirilmelidir.

Borçlunun kanun yollarını kullanmada kısıtlanması bakımından, kanımızca subjektif değerler taşıyan bir hak olduğu için uygulamaya ya da mülkiyet hakkına etki oranıyla değerlendirilmemeli, sadece ihlalin varlığı ve yokluğu nitelendirilmelidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere hak arama hürriyetine doğrudan bir müdahale olduğunu söyleyebiliriz.

Gerekliklik değerlendirmesi:

Banka mevduatlarının korunması her dönem iktidarlar tarafından önemli görülmüştür. Ekonomik düzenlemeler, genellikle olağanüstü dönemlerde gerçekleştirilmiş, o dönemin şartları dikkate alınarak dönemlik

54 AYM K. E. 2004/74, K. 2004/9, K.T. 10.02.2004

55 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Ek 1 sayılı protokolün 1’inci maddesinde “Mülkiyet Hakları” düzenlenmiştir. Bunun yanında bu hak iç hukukta düzenlenen haktan daha kapsamlı düzenlenmiştir. 6’ncı maddesinde ise Adil Yargılanma Hakkını düzenleyen “Silahların Eşitliği” maddesi yer almaktadır.

iyileşme hedeflenerek düzenlemeler yapılmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz tarihsel süreç de dikkate alındığında daha net görülecektir. Tabii ki bu değerlendirilmenin yapılabilmesi ekonomi bilimi çerçevesinde mümkündür. İlgili kuruluşların düzenlemelere bakışı doğaldır ki olumlu olmuştur⁵⁶. Ancak buradaki hukuki ilişki, sözleşme serbestisiyle yapılan, hatta bankaların matbu ve kendi metinleriyle hazırladıkları kredi sözleşmeleriyle kurulan sözleşmeler olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce bankaları ve onların mevduatlarının korunması sorununun hukuki bir eşitsizlik yaratılarak giderilmeye çalışılması anlamlı değildir.

Eşitlik ilkesi kapsamında değerlendirme aynı statüdeki kişiler arasında hüküm doğurur. İlgili maddelerdeki tarafların ise özel hukuk kişisi olarak farklı statüde değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Şu da var ki; kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi sadece idare hukukuna özgü olarak değil, anayasal bir ilke olarak da düşünülebilir. Anayasa'nın 10. Maddesi bir yana, Anayasa'nın 176. maddesinde "*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve milli hayatın her türlü tecellisinde ortak olduğu*" ifadesi yer almaktadır⁵⁷. Aynı statüdeki kişilerin kamu külfetlerini de beraber üstlenmesi beklenir.

Oranlilik değerlendirmesi:

Oranlilik değerlendirmesi, daha önceki iki değerlendirmenin kıyaslaması şeklinde yapılması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin de değerlendirilmesi kanımızca somut olaya göre yapılması gerektiğinden, değerlendirmenin önceden yapılması mümkün olmayacaktır.

Maddelerin sübjektif kapsamı dönemsel olarak değişmekle birlikte, güncel uygulama esas alınsa bile, ortada Anayasal haklar söz konusu olduğundan her borçlu için değerlendirmenin farklı yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkacaktır. Borçlu sıfatıyla kredi sözleşmesine katılan kişinin mevduatının da korunması kamu menfaati için gereklilik taşıyabilir. Tüm bu sayılan nedenler neticesinde, gerek İİK m.68/b, gerek İİK m.150/a

56 Faktoring Sektör Raporu, Mayıs 2013, s.71 "...yeni yasal düzenlemeler, faktöring şirketlerinin geçmişte yaşadıkları pek çok sorunu ortadan kaldırarak önlerini açmıştır ve onlara ülkemizin finans dünyasında daha büyük bir rol alabilecekleri bir zemin hazırlamıştır." demektedir.

57 GÖZLER, s.1243

gerekse İİK m.150/1 hükümlerinin Anayasa'ya aykırı düzenlemeler olduğunu söyleyebiliriz.

Ancak Anayasa Mahkemesinin bizim görüşümüzün aksine vermiş olduğu kararları mevcuttur⁵⁸. 2010 tarihli iki kararında, İİK m.68/b hükmünün Anayasa'nın 2, 10, 11, 48. maddelerine aykırılığı iddiasına yaptığı değerlendirme ve yine aynı hükmün, Anayasa'nın 10, 36, 72. Maddelerine aykırılığı iddiasına yaptığı değerlendirmeler;

“Devlet, tasarrufları korumak ve biriken tasarrufların milli ekonominin gereklerine göre kullanılmalarını sağlamakla görevli olup, bu görevini yerine getirebilmek için para ve kredi piyasalarını düzenleme ve denetleme gereksinimi duyabilir ya da bu sistemi yönlendirebilir. Devletin ekonomik görevlerini ve amaçlarını gerçekleştirmek için, ulusal ekonominin gereklerine uygun olarak kimi düzenlemeler getirmek, bunları değiştirmek ve kaldırmak anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun yetkisindedir.”

“Kuralın, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ve etkin, sağlıklı ve büyüyen bir mali sistemin oluşturulması amacına yönelik olduğu anlaşıldığından, Anayasa'nın hukuk devleti ve tüketicinin korunması ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır” şeklinde olmuştur. Mahkeme'nin bu değerlendirmeleri, ölçülülük ilkesini gözetmeden Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde yapmadığı görülmektedir. Bu nedenle kararlara katılmak mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda öncelikli olarak İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan m.68/b, m.150/a, m.150/1 hükümlerinin kapsamı, uygulama alanları ve birbirleriyle olan etkileşimine değindik. Kaleme alınış biçimleri nedeniyle yorucu ve zor anlaşılır olan bu hükümlerin ne şekilde ve hangi durumlarda uygulama alanı bulması gerektiğine, uygulamaya da

58 AYM K. E. 2008/62, K. 2010/7, K.T. 14.01.2010, AYM K. E. 2007/36, K. 2010/6, K.T. 14.01.2010

yardımcı olması amacıyla bir yol oluşturmaya çalıştık. Sonrasında özellikle “Subjektif ve objektif açıdan hangi hukuki ilişkilere uygulanabilir? Pasif ve aktif taraf kimlerden oluşabilir?” sorularına cevap bulabilmek adına söz konusu hükümlerin Anayasal İlkelere aykırılıklarının değerlendirilmesinin yapılması gerektiğine değindik.

Türk Hukuku’nda Anayasa ile Özel Hukuk ilişkileri açısından “Doğrudan Etki” kavramı uygulanmaktadır ve her kademede, her yargı aşamasında hatta uygulamada Anayasal denetimin yapılması gerekmektedir. Bu denetim de, her hukuki ilişkinin kendi somut yapısı değerlendirilerek yapılmalıdır. Hem konumuz olan kanun maddelerinin tarihsel sürecine bakıldığında, hem de lafzına bakıldığında bundan sonra karşılaşılabileceğimiz yeni hukuki ilişkiler açısından konumuz olan hükümler açısından sınırları yüzde yüz doğru kestirebilmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle de şu an için net belirlenebilir bir subjektif kapsamın olmadığı kanaatimizce; bu kanaatimizin gelişen ve değişen ekonomik düzenden kaynaklandığı gerçeğiyle, sınır belirlemelerinin somut ve yeni oluşan örnekler için anayasal yorumlamaya gidilerek sonuca varılması kanaatindeyiz.

Anayasal hakların yorumlanması konusunda ise; dengeleme merkezi önem taşımaktadır. Anayasamızda da 2001 yılında yapılan değişiklik ile “ölçülülük ilkesi” bu kapsamda yerini almıştır. İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlenen m.68/b, m.150/a ve m.150/ı hükümlerinin hukukumuzda giriş tarihleri göz önüne alındığında 2001 yılından çok daha eskiye dayanmasından da anlaşılacağı üzere, ölçülülük değerlendirmesi süzgecinden geçirilmeden yürürlüğe sokuldukları görülmektedir. Kaldı ki hukukumuzda; uygulamada, doğrudan etki yalnızca Anayasa Mahkemesi denetimi ile gerçekleşmektedir. Bu duruma da ayrıca eleştirel bakmaktayız.

Her derece yargılama aşamasında yapılabilmesi olası Anayasa denetimi, maalesef gereken düzeyde yapılmamaktadır ve kanun koyucu da dönemlik taleplere yönelik en sert metni hazırlamakta, dönemine göre düzenlemeler yaparak “Gerekirse Anayasa Mahkemesi veya Yargıtay denetimle kısıtlar” mantığı güdebilmektedir. İcra ve İflas Kanunumuz da ekonomik düzenin merkezinde olması nedeniyle bu sert hükümlere yüksek miktarda yataklık etmiş bulunmaktadır. Konumuz olan hükümler de kanaatimizce bu hükümlerden bazılarıdır.

Siyasi iktidarların, ekonomik yapıyı korumaya yönelik attığı adımlar her ne kadar, her dönem gündeme gelecek olsa da yürürlüğe giren mevzuatların hem düzenlenmesi aşamasında hem uygulama aşamasında hem de yargılama aşamasında Anayasa'ya uygunluklarının denetimi yapılmalı, söz konusu maddelerin kapsamı, uygulama alanları ve uygulama şekilleri de kanaatimizce böyle belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- BOYAR, Oya, Anayasa ve Özel Hukuk, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019
- BOYAR, Oya, Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum, Doktora Tezi 2008 (Ulusal Tez Arşivi)
- BUDAK, Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, Onikilevha Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ders Kitabı, 2017
- KARAKAŞ, Cemal Fazıl, İcra ve İflas Hukukunda Banka Alacaklarının Korunması, Doktora Tezi, 2017 (Ulusal Tez Arşivi)
- KOYUNCUOĞLU, Hikmet, Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun Taşınır Eşyaya İlişkin Teminat Hukuku ve İcra İflas Hukuku Düzenlemeleri Karşısında İrdelenmesi, Doktora Tezi, 2013(Ulusal Tez Arşivi)
- POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Bs.4, İstanbul 1982.
- TETİK, Ahmet Talha, Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, 2019
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, Bs. 8, İstanbul 2004.
- YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016, Yetkin.