



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Doçent Dr. Halûk Konuralp'in
Anısına

Medenî Usûl ve
İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı - VII

İLÂMSIZ İCRA

İzmir / Çeşme 24-25 Ekim 2008



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**Doçent Dr. Halûk Konuralp'in
Anısına**

**MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI - VII**

İLÂMSIZ İCRA

İzmir/Çeşme
24 - 25 Ekim 2008

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 163

*Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı VII*

Yayına Hazırlayan
Doç. Dr. Murat Atalı

ISBN: 978-605-5614-02-7
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Eylül 2009, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Ođuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)
www.dusatelyesi.com

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokađı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**Doçent Dr. Halûk Konuralp'in
Anısına**

**MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI - VII**

İLÂMSİZ İCRA

İzmir/Çeşme

24 - 25 Ekim 2008

ORGANİZASYON KOMİTESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Murat ATALI

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	IX
-------------	----

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES	3
Dr. Emel HANAĞASI (Doçent Dr. Halûk Konuralp'in Özgeçmişi)	7
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	12
Mehmet Ali ŞAHİN	15

I. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Baki KURU	25
Prof. Dr. Isaak MEIER Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus der Sicht des schweizerischen Rechts (SchKG)	25
Prof. Dr. Isaak MEIER İsviçre Hukuku Açısından İcra Hukukunun Güncel Sorunlar	79

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER Verletzung und Schutz der Grundrechte in der Zwangsvollstreckung nach deutschem Recht	127
Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER Alman Hukukunda Cebrî İcrada Temel Hakların İhlâli ve Korunması	156
Tartışmalar	181

II. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	197
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	197
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	200
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK Türk İcra Hukukunun Eleştirisi	201
Tartışmalar	211

III. OTURUM

Oturum Başkanı Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN	242
Prof. Dr. Bilge UMAR Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış	244
Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme	265
Tartışmalar	292

ÖNSÖZ

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın yedincisi 24-25 Ekim 2008 tarihlerinde İzmir-Çeşme'de gerçekleştirilmiştir.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın yedincisinde genel olarak icra hukuku sistemi değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Bugün icra hukuku konusunda hem doktrinde hem de uygulamada önemli tartışmalar yapılmaktadır ve özellikle uygulamada çok ciddi sorunlar bulunmaktadır. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun tamamen ya da önemli ölçüde değiştirilmesi de gündemde bulunmakta, hatta bu konuda çalışmalar yapılmaktadır. Toplantının amacı, bir yanda icra hukuku genel olarak değerlendirilirken diğer yandan da yapılacak çalışmalara bir zemin oluşturarak yardımcı olmak, yol göstermek ve katkı sağlamaktır. Bu katkının bir devamı olarak da 2009 Toplantısı da küllî icraya ayrılmış bulunmaktadır. Böylece, alanın uzmanları, uygulayıcılar, Bakanlık temsilcileri ve karşılaştırmalı hukuku aktaran yabancı konuklarla, hem cüz'i hem de küllî icra konusunda yol gösterici mahiyette toplu bir değerlendirme imkânı ortaya çıkacaktır. Bunun, hem genel anlamda hem de yapılacak düzenlemeler bakımından sağlayacağı katkının önemi açıktır.

Gittikçe gelişen, genişleyen ve etkisi artan toplantılarımızda, her sene yeni bir ilki gerçekleştirmenin heyecanını da yaşıyoruz. 2008 yılındaki Toplantımıza da bir ilk olarak, o dönemde görevde olan TC Adalet Bakanı Sn. Mehmet Ali Şahin Toplantıya katılmış, onurlandırmış ve sadece Toplantı konusu

ile ilgili değil, diğer çalışmalarla ilgili ileriye dönük bilgi vermiş, katkı sağlamış, destek olmuşlardır. Kendilerine, bu vesileyle şükranlarımızı arz ediyoruz. Sayın Bakan dışında, ayrıca başta Kanunlar Genel Müdürlüğü sayın Kenan Özdemir olmak üzere, Adalet Bakanlığı temsilcilerinin katılımı Toplantının daha verimli geçmesi ve Toplantıdaki tartışmaların hayata geçirilmesi imkânını artırmaktadır. Bakanlığın bu katılımının hem medenî usûl ve icra iflâs hukuku ailesine hem de Türk hukukuna önemli katkı ve destek sağladığına inanıyoruz.

Toplantıya Almanya ve İsviçre'den katılan Prof. Dr. W. Walker ve Prof. Dr. I. Meier Alman ve İsviçre hukukundaki konuyla ilgili gelişmeleri aktarmışlardır. Böylece, içinde bulunduğumuz hukuk sistemi ve mehzaz kanun ülkesindeki gelişmeleri de birlikte değerlendirme imkânı ortaya çıkmıştır. Yabancı tebliğleri Türkçe çevirileri ile birlikte yayınlıyoruz. Çevirileri yapan Arş. Gör. Evrim Erişir'e ve Arş. Gör. Nilüfer Boran Güneysu'ya bu vesileyle teşekkür ediyoruz. Ancak, maalesef teknik sebeplerle, yabancı konukların katıldığı tartışma bölümlerinin bant çözümleri sağlıklı yapılamadığından, bu kısımları tam olarak yayınlama imkânımız olamamıştır.

2008 toplantısı, bu toplantıların hazırlığının başlangıcında da yer alan ve toplantıdan önce kaybettiğimiz sevgili Doç. Dr. Halûk Konuralp adına ve anısına düzenlenmiştir. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın fikir babalarından olan ve bugüne kadar Organizasyon Komitesi'nde yer alarak Toplantının bugünlere gelmesini sağlayan, bu konuda vazgeçilmez katkıları bulunan sevgili Halûk Konuralp olmadan bir toplantı yapmanın hüznü, tüm toplantıya yansımış ve hep yaptığı gibi salonun arka tarafından bizi izliyormuş hissi uyandırmıştır. İnanıyoruz ki, O, bundan sonra da toplantıları salonun arkasından izlemeye ve bizimle birlikte olmaya devam edecektir. Organizasyon Komitesi olarak çok önemli bir desteğimizi yitirmemize rağmen, çok önem verdiği ve heyecanla beklediği toplantıları sürdürerek hatırasını yaşatacağız. Bu vesileyle toplantıya katılan ve yanımızda olan sevgili Konuralp Ailesi fertlerine de şükranlarımızı sunuyoruz.

Yedinci Toplantı'nın yapılması yine birçok katkı ve destekle mümkün olabilmıştır. Toplantının Çeşme Altın Yunus Oteli'nde gerçekleşmesi için sponsor olan Vodafon'a ve sponsor temininde sağladığı destek için sevgili Doç. Dr. Murat Atalı'ya teşekkür ediyorum. Toplantının bant çözümleri konusunda, yine Türkiye Noterler Birliği'nin desteği alınmıştır. Bu konuda ve her zamanki desteklerinden dolayı Türkiye Noterler Birliği Başkanı sayın Hasan Yeni'ye teşekkür ediyorum. Keza hem toplantının değişik aşamalarında hem de toplantının kitap halinde basımında, Türkiye Barolar Birliği katkı sağlamıştır. Türkiye Barolar Birliği Başkanı sayın Av. Özdemir Özok'a, ayrıca Av. Cengiz Tuğral'a ve Yayın Kurulu Başkanı sayın Av. Teoman Ergül'e sürekli yanımızda hissettiğimiz destekleri için şükranlarımızı sunuyorum. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği yayın işleri personeline de teşekkür ederiz.

Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi, basıya hazırlanması ve tashihleri sevgili Doç. Dr. Murat Atalı tarafından yapılmıştır. Özellikle yabancı katılımcıların olduğu bir toplantıda konuşmaların düzenlenmesi gibi zor ve yorucu bir işi gerçekleştirdiği için teşekkürü yerine getirilmesi gereken bir borç biliyorum. Kitabın tashih ve düzenlemelerinde ayrıca Dr. Emel Hanağası da yardımcı olmuştur. Bu toplantılarda her zaman katkısını eksik etmeyen sevgili Emel Hanağası'na da teşekkür ederim.

Ekim 2009 içinde sekizincisini gerçekleştireceğimiz Me-denî Usûl ve İcrâ İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın da hazırlıkları sürmektedir. Sekizinci Toplantıda görüşmek dileğiyle sevgi ve saygılar sunuyorum

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Organizasyon Komitesi Başkanı

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı Organizasyon Komitesi ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Üyesi):

Sayın Bakanım, saygıdeğer hocalarım, bu toplantıyı adına düzenlemiş olduğumuz sevgili Halûk Konuralp hocamızın ailesinin değerli üyeleri, sevgili konuklar...

Türk medeni usul ve icra iflas hukuku ailesini ve bu aileyle birlikte bulunarak Türk hukukuna katkı sağlamak isteyenleri bir araya getiren medeni usûl ve icra iflâs hukukçuları toplantısının yedincisine hoş geldiniz.

Her yıl güçlenerek devam eden toplantılarımıza, bu sene bir ilk olarak sayın Adalet Bakanımız da katılmış bulunmaktadır. Bu sebeple kendilerine şükranlarımızı arz ediyoruz.

Son yedi yıldır bu toplantılar sayesinde, bir yandan geniş bir aile olmayı ve dayanışma göstermeyi başarırken, diğer yandan da Türk hukukuna katkı sağlamayı başardık. Bu toplantıların bizleri bir araya getirmesi, buluşturması dışında, hukukumuza en somut ve kalıcı katkısı, her konusu bir ilk niteliğinde olan toplantılardan sonra yayınlanan toplantı kitapçığı ile yılda üç sayı olarak yayınlanan *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku*

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
KONUŞMASI

*Dergisi'*dir. Ayrıca bu toplantılar, özellikle genç akademisyenler ve hepimiz için eğitim sürecinin bir parçası haline gelmiştir.

Tüm bu yönleriyle medenî usûl ve icra iflâs hukukçuları, diğer hukuk alanlarına da örnek olmayı ve gıpta ile bakılmasını sağlamayı başarmışlardır.

Maalesef bu sene, türk medenî usûl ve icra iflâs hukukçuları ailesinin çok değerli ve özellikle bu toplantılarda hepimizde ayrı bir hatırası olan bir üyesini kaybetmenin hüznüyle toplantımızı yapıyoruz. Hepimiz için farklı bir yeri olan meslektaşımız, dostumuz, arkadaşımız, kardeşimiz, değerli hocamız Doç. Dr. Halûk Konuralp'ın bundan sonra kendisi aramızda olmasa bile derin iz bırakan hatırası ile toplantıları sürdüreceğiz.

Sevgili büyüğüm, hocam, öyle kabul ettiği için ağabeyim Doç. Dr. Halûk Konuralp, hem bu toplantının yapılmasının fikir babalarından hem de başından beri Organizasyon Komitesi'nde yer alarak bugüne kadar gelmesinde emek ve çaba harcayan, bazı hocalarımızın ifadesiyle, üç silahşörlerinden biriydi. Bu yedinci toplantının da ilk hazırlıklarını ve planını birlikte yaptık. Herhalde Halûk hoca olmasaydı bu toplantıların yapılması da bugüne gelmesi de çok zor olurdu. Hakan hocam ve Halûk hocam bu toplantıların sekreteryaya görevini bana bıraktıkları için, bir sorun olduğunda ilk aradığımda hep Hakan hocamın "*Halûk'a bir sor... Halûk'a sordun mu?*" deyişi, Halûk hocanın da "*Hakan'ın haberi var mı?*" deyişiyle bugüne geldik.

Bugüne gelirken, hoş görünüze sığınarak yaptığımız ilk toplantıdaki basit ama samimi acemiliklerimizden, artık her ayrıntısını planlamayı başardığımız profesyonel halimizin her anında Halûk hocanın katkısı, ince zekâsı, bazen aşırı olan titizliği, başka noktalardan meselelere bakışı yatmaktadır.

Bazen bu aşırı titizlikten kaçmak, biraz zaman kazanmak için Hakan hocamla birlikte Halûk hocadan gizli küçük planlar yaptığımız oldu. Ama her seferinde kendine has tebessümüyle "*Yine benden habersiz işler çevirmişsiniz*" sitemine mutlulukla

katlandık. Çünkü bugüne kadar her zorlandığımda, "Halûk hoca nasıl olsa bir formül bulur" rahatlığı vardı. Ancak bu sene ne kadar tedirgin olduğumu, inanır tahmin edemezsiniz. Hoca, en son anda dahi o meşhur sigarasını içtikten sonra kendince bir çözüm bulurdu; sorun olsa bile sorun olmamış hale getirebilirdi. Hoca ile toplantıları çoğunlukla salonların arkasında izledik, geçen sene de yine bu salonun arkasında birlikte izlemiştik toplantıyı.

Toplantı başladıktan sonra dışarı çıkıp, bir sigara yakarak "*Vukuatsız başladık ya biter artık*" deyişi hep aklımızda kaldı. Hocam, rahat ol, bu sene de Sayın Bakanımızın da teşrifleriyle vukuatsız başladık, inşallah öyle bitirmeyi de başaracağız.

Hoca ile son sekiz yıldır farklı ortamlarda, zamanlarda ve mekânlarda çalışma şansım oldu. Özellikle de sorumluluğunu birlikte üstlendiğimiz Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamıyla yepyeni bir Medenî Usûl Hukuku Kürsüsü'nün oluşmasında, gelişmesinde Hoca'nın katkısını bir ölçüyle ifade etmek zordur.

Hepimiz hoca ile birlikte bazı şeyleri kaybetsek de, ben hayatta her şeyi, her yönüyle tartışabildiğim, sadece hukukla ilgili değil, demir yollarından tarihe, dinden felsefeye, atomdan uzaya, karıncadan kedilere kadar bilmediğim birçok şeyi öğrendiğim çok az insandan birini, bir büyüğümü, ağabeyimi ve hocamı kaybettim.

Halûk hocanın her konuda söyleyecek bir sözü mutlaka vardı. Bugün onun aramızda olmayışının hüznü yanında, Halûk hocanın emek verdiği birçok şeyin, meyve verdiğini görmenin de huzurunu yaşıyoruz. Bu toplantılara Hoca çok emek vermişti. Artık büyüyerek geleneksel bir hal aldı ve son iki yıldır Türkiye dışından konuklarımız da var. Eskişehir'deki Kürsüye çok emek vermişti. Kendilerinden gurur duyduğumuz asistanlarımız var ve ilk asistanımızı doktor yapmayı başardık. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, Türk yayın hayatında yerini aldı ve devam etmektedir. En son Bilkent Üniversitesi'nde, ardında sevgili kardeşim Murat Atal'ı bı-

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
KONUŞMASI

rakacağı bir kürsü oluşturdu. Umuyorum ki hıbraktıkları her zaman baki kalacaktır.

Söylenecek çok söz var, ama zor ifade edemediğim, tam ifade edemediğim sözlerden, sizlerin daha çoğunu bulabildiğini umuyor ve bundan dolayı da affınıza sığınuyorum. Bu vesileyle bugün aramızda bulunan Konuralp ailesinin değerli üyelerine de, buraya teşrif ederek bize sağladıkları destekten dolayı şükran ve minnetlerimizi ifade etmek istiyorum.

İzninizle, şimdi Halûk hocanın kendi eliyle, kendi ağzından yazmış olduğu, ancak eksik olanları bizim tamamlamış olduğumuz özgeçmişini sevgili Dr. Emel Hanağası arz edecektir.

Daha sonra Organizasyon Komitesi Başkanı değerli hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanutez'in açılış konuşmaları ve takdir etmeleri halinde sayın Adalet Bakanımızın açılış konuşmaları yer alacaktır. Ardından toplantıya başlayacağız.

Hepinize saygılar sunuyorum, tekrar hoş geldiniz.

Dr. Emel HANAĞASI (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi):

Doç. Dr. Halûk KONURALP'İN ÖZGEÇMİŞİ

HALÛK
KONURALP'İN
ÖZGEÇMİŞİ

Halûk Konuralp hocamız kendi cümleleri ile özgeçmişini şöyle anlatmaktadır:

Hukukçu anne ve babanın çocuğu olarak 7 Kasım 1954'te İstanbul'da doğdum. İlk ve orta öğrenimimi anne ve babamın görevleri nedeniyle İstanbul, İzmir, Adana ve Ankara'da sürdürerek 1972 yılında Samsun Ondokuzmayıs Lisesi'nden mezun oldum. 1974 yılında kaydolduğum AÜ Hukuk Fakültesi'ni 1977-1978 Haziran döneminde iyi derece ile bitirdim. Aynı yıl Ankara Barosu'nda avukatlık stajına başladım ve AÜ Hukuk Fakültesi'ne doktora öğrencisi olarak kaydoldum. Stajın bitiminden sonra serbest avukatlığa başladım. Bu faaliyetimi 1980 yılı sonuna kadar sürdürdüm.

1978-1981 döneminde Ankara Barosu Yayın Kurulu'nda görev yaptım.

HALÛK
KONURALP'İN
ÖZGEÇMİŞİ

1980 yılında açılan sınavı kazanarak 26.12.1980 tarihinde AÜ Hukuk Fakültesi Hukuk Muhakemeleri Usulü ve İcra-İflâs Hukuku Kürsüstü asistan kadrosuna atandım. Aralık 1980'de doktora yeterlilik sınavını verdim. Bu tarihten sonra doktora tezim üzerindeki çalışmalarına başladım. Temmuz 1984 döneminde 4 aylık yükümlü olarak askerlik görevimi yaptım. "Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı" konulu doktora tezimle 1986 yılında pekiyi derece ile "hukuk doktoru" unvanını aldım. Aynı yıl, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı tarafından açılan "Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları" konulu inceleme yarışmasında ödül aldım ve bu çalışmam ödül alan diğer incelemelerle birlikte vakıf tarafından kitap olarak basıldı.

Doktoramı verdikten sonra, 1986-1987 ve 1987-1988 ders yıllarında Fakülte Kurulu kararı ile AÜ Hukuk Fakültesi'nde "Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi" derslerini verdim.

1989 yılında, AÜ Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim dalında yardımcı doçent kadrosuna atandım.

2000 yılında doçent unvanını aldım. Halen AÜ Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku anabilim dalında doçent kadrosunda görev yapıyorum (*Kendisi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden ayrıldıktan sonra, en son Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi ve aynı zamanda anabilimdalı Başkanlığı görevini sürdürmekteydi*).

Öğretim üyeliğine atandığımdan bu yana, AÜ Hukuk Fakültesi'nde mensubu bulunduğum anabilim dalı öğretim üyeleri ile dönüşümlü olarak "medenî usul hukuku ve icra ve iflas hukuku" derslerini veriyorum. 1994 yılından bu yana "adli yazı ve yazışmalar" dersini de veriyorum. 2004-2005 ders yılında Hukuk Başlangıcı dersi verdim. Aynı dönemde, yine dönüşümlü olarak AÜHF Adalet Yüksek Okulu'nda Medenî Usul Hukuku, İcra ve İflâs Hukuku, Hukuk Dili ve Adli Yazışma ve Tebligat Mevzuatı derslerini verdim.

1989-1997 yıllarında 2547 sayılı Kanun'un 40/a maddesine göre, Hacettepe Üniversitesi İİBF İktisat ve İşletme bölümlerinde Hukuka Giriş ve İşletme Hukuku derslerini verdim.

Eylül 1999'dan bu yana Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Medenî Usul Hukuku dersi veriyorum (*Kendisi Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalının oluşmasında ve gelişmesinde vazgeçilmez bir yere sahiptir. Kendisi bu Üniversitede lisans dersleri yanında birçok yüksek lisans ve doktora dersi vermiş olup, lisansüstü danışmanlık üstlenmiştir*).

2002-2005 yıllarında, KKTC Magosa'da Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Medeni Usul Hukuku dersi verdim (*Hocamız, bu tarihten sonra da, yılda birkaç defa konferanslar şeklinde bu derslerin bir kısmını sürdürmüştür*).

1995-1996 ders yılından bu yana AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora ve yüksek lisans programlarında Medenî Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku alanlarında çeşitli dersler verdim.

2004-2005 ders yılında Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünde, hakimlerin katıldığı yüksek lisans programında Türk Yargı Sisteminin Örgütsel Sorunları dersini verdim.

1989 yılından itibaren, çeşitli dönemlerde fakülte kurulu üyeliği, fakülte yönetim kurulu üyeliği, yüksekokul kurulu üyeliği, yüksekokul yönetim kurulu üyeliği görevlerini yaptım. 1993-1998 yılları arasında AÜHF Adalet Yüksek Okulu müdür yardımcılığı; 2000-2004 yılları arasında AÜHF Adalet Yüksek Okulu müdürlüğü görevlerinde bulundum (*Kendisi en son Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde de akademik kurullarda yer almaktaydı*).

1988-1989 yıllarında, 88/13196 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile resmîyet kazanan ve bir UNDP (United Nations Development Programme) projesi olan, "Avrupa Topluluğu'nda ve Türkiye'de Çevre Mevzuatı" projesinde aktif görev aldım. Pro-

HALÛK
KONURALP'İN
ÖZGEÇMİŞİ

je çalışmaları 1989 yılında Türkçe ve İngilizce iki kitap halinde yayımlandı.

1991-1993 yıllarında Ankara Üniversitesi Çevre Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi merkez kurulu üyeliği yaptım ve bu dönemde merkezin çalışmalarına aktif olarak katıldım.

Eylül 1993'den itibaren bir yıl süre ile 2547 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca, Amerika Birleşik Devletleri'nde, University of Maryland at College Park'ta araştırma yapmak üzere görevlendirildim. Bu dönemde, üç sömestr süre ile College of Art and Humanities bünyesinde akademik amaçlı İngilizce programına katıldım ve sınavlarını vererek sertifika aldım. Yine bu dönemde Birleşik Devletler adalet örgütü ve yargılama sistemi ile özellikle sınıf davası ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konularını inceledim. 1994 yılı bahar sömestrinde College of Governments and Politics'de "*Yasama ve Yasakoyucu*" adlı derleri aldım.

Kasım 2001'de TC Adalet Bakanlığı ile ABD Dışişleri Bakanlığı'nın ortak projesi çerçevesinde ABD'de Washington DC ve San Francisco'da "*Criminal Justice Processes of Turkey and USA*" adlı programa katılıp sertifikasını aldım.

1981 yılından 1992 sonuna kadar 11 yıl süre ile Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nün yayın sekreterliği görevini sürdürdüm. Bu süre içinde, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*'nin yargı kararları ve mevzuat bölümlerini de hazırladım.

1988 yılından bu yana Adalet Bakanlığı tarafından kurulan İstinaf Mahkemeleri, Şirketlerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İcra ve İflâs Kanunu komisyonlarında görev yaptım. Halen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu komisyonu üyesiyim.

(*Hocamızın büyük emeği olan bu Kanun Komisyonu'nda hazırlanan Tasarı şu anda TBBM'dedir; ayrıca bu komisyonla bağlantılı birçok komisyonda da görev almıştır*).

2002-2003 yıllarında Adalet Bakanlığı tarafından kurulan ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı hazırlamakla görevlendirilen komisyonun başkanlığını yürüttüm.

2004 yılında Telekomünikasyon Kurulu tarafından oluşturulan E-İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu, Hukuk ve Düzenlemeler Çalışma Grubu Başkanlığı'na getirildim. Halen 2547 sayılı Kanun'un 38. maddesi çerçevesinde Telekomünikasyon Kurulunda danışman olarak görev yapıyorum.

(Kendisinin bu görevi sona ermiştir. Hocamız; en son Türkiye Eskrim Federasyonu Hukuk Kurulu Başkanlığı'nı yürütmekteydi).

(Yukarıda belirtilenler dışında, Doç. Dr. Haluk KONURALP'in Türk Hukukuna yaptığı en önemli ve sürekli hatırlanacak katkılarının başında bu sene yedincisi düzenlenecek olan Türk Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın Organizasyon Komitesi'nde başından beri yer alması ve bu Toplantının düzenlenmesinde öncülerden biri olmasıdır.)

(Kendisinin başta medenî usûl ve icra iflâs hukuku olmak üzere, çok yönlü kişiliğinin bir sonucu olarak hukukun farklı alanlarında birçok kitap, makale, tebliğ, bibliyografya şeklinde eseri bulunmaktadır.)

1979 yılından bu yana Ankara Barosu'nun üyesiyim.

Fransızca ve İngilizce biliyorum. 1984 yılından beri evliyim ve iki çocuk babasıyım.

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı Organizasyon Komitesi Başkanı ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi):

Sayın Bakanım, değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım; Türk Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları yedinci toplantısına bir kez de ben "*hoş geldiniz*" demek istiyorum. Özellikle Sayın Bakan'a teşekkür ediyorum; toplantımızı onurlandırdılar, bize güç kattılar.

Bu yıl, icra ve iflas hukukçuları olarak, hukukumuzdaki ilamsız icra takibini değerlendireceğiz. Bu konuyu geçen yıl kararlaştırmıştık. Çünkü zaman zaman ilâmsız icra takipleriyle ilgili gerek doktrinde gerekse uygulamada birçok eleştirinin yapıldığını biliyoruz. Hatta Avrupa Birliği'nden dahi, ilamsız icra takipleriyle ilgili bazı eleştiriler aldığımızı biliyorum. Bu nedenle, biz bug toplantı ile ilamsız icra takibini değerlendirmek ve önemli bazı sonuçlar elde etmeye çalışacağız.

Geçen yıllarda da pek çok kanun hazırlığından, tasarıdan önce bu tür toplantıları gerçekleştirdik ve bu tür toplantılardan sonra çok önemli katkılar elde ettik. Bu yıl da amacımız bu konuyu değerlendirerek gelecek için sonuçlar çıkarmaya çalışmaktır.

Bu yıl toplantımıza iki yabancı konuğumuz da katıldılar ve bize bu toplantıda önemli destek verecekler.

İlk konuğumuz: Almanya Gießen Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Prof. Eolf-Dietrich Walker, aynı zamanda benim ve pek çok arkadaşımın Almanya'daki çalışmalarımıza destek aldığımız değerli bir öğretim üyesi sayın Walker bu davet için de bizi kırmadı ve onurlandırdı. Kendisine huzurunuzda bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Prof. Isaak Meier, Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde medenî usûl ve icra iflas hukuku kürsüsünde öğretim üyesi. Özellikle şunu ifade etmek istiyorum: Biz Türk usul hukukçuları olarak ilk defa bir İsviçre'li bir usul hukukçusunu Türkiye'de dinleme fırsatını bulacağız. Bu, zannediyorum seksen küsur yıldır bir ilk olacak. Biraz geç kaldık, ama bu buluşmaların bundan sonra daha sık gerçekleşeceğini umuyorum. Çünkü bizim kanunumuzun kaynağı olan İsviçre'de olanlar bizim için son derece önemli, bizi son derece ilgilendiriyor. Zannediyorum İsviçre için de Türkiye'de yapılanlar önemli örnekler teşkil edecektir.

Her yıl olduğu gibi bu yıl da bir önceki yıla ait tebliğleri, tartışmaları bir yeni sayı halinde yayınladık. Böylelikle medenî usûl hukukçuları olarak yayınladığımız altı sayıya ulaştı. Bu yayını, her yıl olduğu gibi, bu yıl da Türkiye Barolar Birliği'nin çok değerli katkısıyla gerçekleştirdik. Bu yüzden, Türkiye Barolar Birliği'ne ve özellikle onun saygıdeğer Başkanı ile kendisinin şahsında çok değerli Yönetim Kurulu üyelerine bir kez daha teşekkür ediyorum. Bize bu yıl da çok önemli katkı sağladılar.

Yine yayınlanmasında Türkiye Noterler Birliği'nin desteğini aldık, çünkü burada konuşmaların banda kaydedildikten sonra bu bant çözümlerinin yapılabilmesi, Türkiye Noterler Birliği'nin desteğiyle gerçekleşti. Bu vesileyle, bu değerli katkısından dolayı Türkiye Noterler Birliği'nin saygıdeğer Başkanı ile onun şahsında değerli Yönetim Kurulu üyelerine teşekkür ediyorum

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

Toplantının hazırlığı hemen hemen bir yıl kadar bir zaman alıyor. Bu bir yıllık süre içinde bize her zaman olduğu gibi destek veren gerek Dokuz Eylül Üniversitesi'ndeki gerek Anadolu Üniversitesi'ndeki araştırma görevlisi arkadaşlarıma, ayrıca Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden sevgili Dr. Emel Hanağası'na huzurunuzda ayrı ayrı ve bir kez daha teşekkür etmek istiyorum. Ama en önemli teşekkürü yine sevgili Muhammet Özekes'e yapmak zorundayım, çünkü biraz önce o konuşmayı benim adıma, hepimiz adına yaptı, bu zor görevi yerine getirdiği için kendisine bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Bu yılki toplantının da daha önceki toplantılar gibi başarılı olacağına inanıyorum. Bunda, buraya katılan, tebliğ sunan, oturum başkanlığı yapan herkesin özellikle hocalarımızın çok önemli desteği var; onlara da huzurunuzda ayrı ayrı teşekkür etmek istiyorum. Sizlere, geldiğiniz için katkılarınız için şimdiden teşekkür etmek istiyorum ve bu toplantının başarılı geçmesini umuyor, diliyor ve saygılar sunuyorum.

Mehmet Ali ŞAHİN (Adalet Bakanı):

Saygıdeğer Vali Yardımcımız, sevgili hocalarımız, değerli katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler, değerli basın mensupları; ben de hepinizi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum.

Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı'nda aranızda bulunmaktan büyük mutluluk duyuyorum. Bu toplantıya yurt dışından katılan misafirlerimiz var; onlara da ülkemize hoş geldiniz demeyi, konuşmamın başında bir vazife sayıyorum.

Böyle bir toplantının organizasyonunu sağlayan değerli hocalarımıza, akademisyenlerimize de izin verirlerse teşekkürlerimi ve takdirlerimi sunmak istiyorum.

Bu toplantı birkaç bakımdan önem arz ediyor. Aslında, benim de bu toplantıya katılmamı teşvik edici oldu bu nedenler. Bir tanesi, hukuk alanında, hukuk usulü ve icra iflas hukuku alanında derinlemesine çalışmalar yapmayı öngören ve bu konuda yaşanan sorunları ortaya koyarak bunlara çözüm ürettiğine inandığım önemli bir toplantı olduğu için önemsediyimi ifade etmek istiyorum. Çünkü buna gerçekten ihtiyaç var. Çünkü hukuk alanı durağan bir alan değildir. Sürekli hareket

MEHMET ALİ
ŞAHİN'İN
KONUŞMASI

halinde olan, olması gereken bir alandır. O nedenle, yedincisi yapılan bu toplantının ben Türkiye'de hukukun gelişmesine ciddi katkılar sağladığını düşünüyorum ve inanıyorum. Böyle bir istikrar sağlayan toplantılar dizisi olduğu için Organizasyon Komitesini ve burada görev alan tüm arkadaşlarımı gerçekten yürekten tebrik ediyorum.

Bu toplantının, belki bu toplantıya özgü diğer bir özelliği de, bu yılki toplantının bir süre önce genç yaşta aramızdan ayrılan çok değerli akademisyen Doçent Dr. Halûk Konuralp anısına yapıyor olmasıdır. Gerçekten 1954 doğumlu yanılmıyorsam, aramızdan çok genç yaşta ayrıldı. Son derece hareketli, geniş bir bilgi birikimine sahip, hukuk alanında birçok çalışmalar yapmış -yurt içinde, yurt dışında- ve en önemlisi de Adalet Bakanlığı'nın değişik yasa taslak çalışmalarında fiilen görev almış bir akademisyen. Biraz önce kendisinin özgeçmişiyle ilgili bilgi verilirken bunlara da değinildi ve örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın hazırlanmasında kendisinin aktif rolü olmuştur ki şu anda bu kanun tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonundadır.

Yine Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, -ki bu da Adalet Komisyonu'ndadır- ve işte Elektronik İmza Kanunu, -ki bu yürürlüğe girdi-. İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair, Kanun ise aşağı yukarı 40 maddelik bir tasarinin da hazırlanmasında fiilen, birinci derecede sorumluluk üstlenmiş çok değerli bir hocamızdı. Dolayısıyla biz kendisini Adalet Bakanlığı'nun fahri bir mensubu olarak görüyorduk. Tabii çok erken yaşta aramızdan ayrılmış olması bizi son derece üzmüştür. Kendisine Allah'tan rahmetler diliyorum. Ailesinin de burada olduğunu öğrendim, onlara bir kez daha başsağlığı dilemeyi de bir görev biliyorum.

Ancak, izin verirseniz, biraz önce kendisiyle ilgili bazı aru fotoğrafları yayınlandı, bir tespitimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Merhum hocamızın fotoğraflarının aşağı yukarı yüzde 40'ında elinde bir sigara var. Ben, merhumun belki hiç farkın-

da olmadan bize bir mesaj verdiğini düşünüyorum. Erken yaşta aramızdan ayrılmasının nedenini bilemem, bana ulaşan bilgi bir kalp krizi sonucu hayatını kaybettiği şeklindedir. Aca- ba, o sigara ile istemeden de olsa dostluğunun bunda bir etkin rolü olmuş mudur diye düşünüyorum ve oradan ben bir mesaj çıkarıyorum: Benim elimdeki bu sigaraya aldanmayın, bununla dost olmayın mesajını veriyor.

Şimdi, sevgili hocalarımız, değerli akademisyenler, sevgili misafirlerimiz; bu toplantıyı bana göre önemli kılan üçüncü neden de şudur: Burada İcra İflas Kanunu ve bu kanunun önemli bölümlerinden biri ilamsız icra yoluyla takip tartışılacak. Bilindiği gibi, özellikle son yıllarda ve sekiz on yıl içerisinde Türkiye'de mevzuat alanında ciddi bir yenileşme çalışmaları başladı. İşte, 2001 yılında 1 Ocakta Türk Medeni Kanunu yeniden yazılarak; 2005 yılının 1 Haziranında Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu ve buna dayalı güvenlik tedbirleriyle ilgili yasal düzenleme yürürlüğe konuldu.

Türk Ticaret Kanunu -ki, geçici maddeleriyle birlikte 1540 maddedir- şu anda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemindedir, Komisyon'dan geçmiştir. Şu günlerde, belki hemen önümüzdeki hafta veya hemen Kasım ayının başında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmeye başlanacak.

Temel kanunlarımızdan bir tanesi de İcra İflas Kanunu. Biraz önce 40 maddelik İcra İflas Kanunu'na bir değişiklik tasarı taslağının bir komisyonca hazırlandığından bahsettiler. Bu çalışmalarda rahmetli hocamızın da görev aldığını biraz önce belirtmiş oldum. Arkadaşlarımızla bu taslak üzerinde bir değerlendirme yaptık. Adalet Bakanlığı yeni Kanunlar Genel Müdürümüz -ki bu çalışmalarda Genel Müdür Yardımcısı olarak da daha önce bulunmuştu- sayın Özdemir, İcra İflas Kanunu'nun böyle, 40'a yakın maddesinde değişiklik yapmaktansa bunu baştan sona yeniden ele alarak yeni bir İcra İflas Kanunu ortaya koymanın daha isabetli olacağı görüşünü ortaya atınca doğrusu ben de buna sıcak bakmaya başladım. Şimdi Kanunlar Genel Müdürlüğü bu konuda ciddi bir çalışma yapıyor.

MEHMET ALI
ŞAHİN'İN
KONUŞMASI

Sarıyorum yetmiş altı yıl önce İcra İflas Kanunu yürürlüğe girmişti, 1932'li yıllar olması lazım. Tabii, bu süre içerisinde çok da değişiklikler yapıldı. Ama yeniden günün şartlarına göre gözden geçirilmesinde ben de yarar olduğunu düşünüyorum. Bu konuda henüz bir komisyon kurmadık herhalde, ama çok kısa zamanda İcra İflas Kanunu yeniden tamamının gözden geçirilmesinin, yeni bir İcra İflas Kanunu Taslağı ve Tasarısı ortaya koymak için çalışmalarımızı hızlandırmak durumundayız.

Tabii, iki gün sürecek olan bugünkü toplantının da gündemi, İlamsız İcra Takip Yolu. Ben, bundan on dört yıl önceye kadar aktif çalışan serbest bir avukattım İstanbul'da. Dolayısıyla serbest avukatlık yaparken İcra İflas Kanunu, icra işleri konusunda pratikle ilgili bilgilere sahibim. O nedenle çok önemli bir konu başlığının tespit edilmiş olduğunu görüyorum.

İlamsız icra takip yolu, tabii bugünkü icra dairelerimizin, icra müdürlüklerimizin iş yükünün artmasının en önemli nedenlerinden bir tanesi. Özellikle işte birtakım sözleşmelere dayalı, abonelik sözleşmelerine dayalı, elektrik, su, telefon gibi borçlar nedeniyle ben biliyorum ki icra dairelerimiz özellikle bazı yerlerde çok külliyetli miktarda borçla icra dairelerine gelir, bunlar da büyük bir yekûn tutardı. Hatta demin bahsettiğim bu kanunda değişiklik öngören kanun tasarısında bununla ilgili şöyle bir düzenleme var: 400 YTL'nin altındaki ilamsız icra takiplerinde borçluya önce bir ihtar göndereceksiniz, bu ihtara rağmen ödemezse icra takibi başlatılacak diye bir düzenleme de var. Bunun da amacı, belki unutmuştur borçlu, icraya başvurmadan bunu ödeyebilecek durumdadır. Çünkü kıymetli bir meblağ da değildir düşüncesiyle böyle bir öneri de vardı orada. Ama demin ifade ettiğim gibi, ilamsız icra takibinin burada tartışılacak olması ve çıkacak sonucu büyük bir özlemle genel müdürüm burada takip edecek iki gün, ondan bekleyeceğim.

Ben bu yolun tabii pratik bir yol olduğunu düşünüyorum, ancak istismara da müsait bir yol olduğunu düşünüyorum. Özellikle tebligat açısından birtakım istismarlara yol açabilecek bir yol olduğunu düşünüyorum. Çünkü herhangi bir belge yok,

herhangi bir senettir, yani ilamsız takip yaparken karşı tarafa ödeme emri gönderirken herhangi bir belgeye dayanmadan da göndermek mümkün.

Tebliğat açısından -15-16 yıl avukatlık yaptım- birtakım istismarların da yapıldığını duydum, hatta ona da tanık oldum. Çünkü birtakım kötü niyetli kişiler bu yolu kullanmak suretiyle farklı yerlere tebliğat yaptırarak, borçlunun haberi olmaksızın o takibi kesinleştirerek ve ödeme süresini de geçirerek icra işlemlerine başladıklarına dair birtakım bilgilerim var.

Şimdi, biz Tebliğat Kanunu'nda şu anda bir değişiklikle ilgili taslak hazırladık, henüz TBMM'ye gönderilmesi için Başbakanlığa sevk etmedik. Ancak ben şu anda son incelemelerimi yapıyorum, zannediyorum önümüzdeki hafta büyük bir ihtimalle Meclise gönderilmesi isteğiyle bunu Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edeceğiz.

Tebliğat Kanunu'nda birtakım değişiklikler öngörüyor bu tasarı taslağı. Bilindiği gibi, Nüfus Hizmetleri Kanunu çıktı 2006 yılının Nisanın 25'inde, 5490 sayılı. Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Tebliğat Kanunu arasında bir paralellik sağlanması. Adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine de tebliğat yapılması imkânı getiriyor. Diyelim ki tebliğ yapılacak şahsın en son adresini biliyoruz, buraya tebliğat yaptık, ama tebliğat ulaşmadı. Ne yapacağız? İşte, 2006 yılında Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun yeni getirmiş olduğu bir düzenleme ile adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine de tebliğat yapılabilir. Yeni getirdiği hükümlerden biri bu ve en önemlilerinden bir tanesi de elektronik tebliğat yöntemi getirilmektedir. Çünkü bilim ve teknoloji gelişmiştir. Kişilerin bu yolla hizmet almaları ve hizmet üretmeleri mümkündür. Elektronik tebliğat yöntemi de yeni Tebliğat Kanunu'nda getirilmektedir.

Türk vatandaşlarına yurt dışında yapılacak tebliğat usulü basitleştirilmektedir.

İlanen tebliğatın ayrıca elektronik ortamda yapılması da sağlanmaktadır, ona ilaveten, bu diğer tebliğatlara ilaveten.

MEHMET ALİ
ŞAHİN'İN
KONUŞMASI

Ayrıca, tebliğ mazbatasına adreste bulunamama nedeninin de yazılması öngörülmektedir.

Bu bilgileri niye verdim? Demin endişemi belirtmiştim, ilamsız icra takiplerinde tebligatın son derece önemli olduğunu söyledim. Yeni Tebligat Kanunu ile getirmekte olduğumuz bu yenilikler, ilamsız icra takipleri açısından ne anlam ifade eder? Acaba, demin bir endişeyle belirttiğim istismarları çoğaltır mı azaltır mı? Yani bir hukuk güvencesini sağlamak için ileri bir adım mıdır, geri bir adım mıdır? Ben, iki gün sürecek olan bu toplantıda hocalarımızın bu konuda da eğer fikirlerini ortaya koyarlarsa, değerlendirmeye tabi tutarlarsa çok sevineceğimi ifade etmek istiyorum. Çünkü biliyorum ki böylesine ciddi ve yedincisi yapılan toplantıda ortaya konulan görüşler kitap haline getirilmektedir. Adalet Bakanlığı olarak bunu biz fevkalade önemsiyoruz. Çünkü -demin ifade ettim- birçok temel kanunlarda değişiklik yapıyoruz, değişiklik yapma çalışmalarımız var. Dolayısıyla biz burada ortaya konulan bu değerli görüşlerden yararlanacağız, onlar bize ışık tutacak, yol gösterecek. O nedenle, Kanunlar Genel Müdürlüğümüz burada, Daire Başkanımız burada, Tetkik Hakimi arkadaşımız burada, bu toplantıyı takip edecekler ve burada tespit ettikleri bilgileri bize getirecekler ve kanun yapma çalışmaları esnasında, Bakanlığın yaptığı çalışmalarda bunları değerlendireceğiz.

Ben, o nedenle böylesine bir toplantıyı son derece önemsedğim için aranızdayım. Baştan sona birlikte olmayı arzu ederdim, ancak üstlenmiş olduğumuz sorumluluk, sizlerle iki gün burada bulunmama maalesef imkân vermiyor. Biraz sonra başlayacak olan oturumu izleyeceğim, ondan sonra arada sizlerden izin isteyeceğim. Ben, yeniden organizasyon komitesini yürekten tebrik ediyorum. Bu toplantı dizisinin uzun soluklu olmasını, istikrar kazanarak -ki kazanmış zaten- daha da istikrarlı bir şekilde devam etmesini diliyorum.

Konuralp hocamıza tekrar rahmetler diliyorum ve siz katılımcılara da yeniden sevgilerimi, saygılarımı sunuyorum ve başarılar temenni ediyorum.

Dr. Emel HANAĞASI: Katkılarınızdan dolayı teşekkür ederiz Sayın Bakanım.

EMEL
HANAĞASI'NIN
KONUŞMASI

Sayın Bakanım, hocalarım ve değerli konuklar; bugünkü ilk oturumda Prof. Dr. Walker'den, "*Alman İcra Hukuku Sisteminin Değerlendirilmesi*" ve Prof. Dr. Meier'den "*İlamsız İcra Hukuku Çerçevesinde İsviçre İcra Hukuku Sisteminin Değerlendirilmesi*" başlıklı tebliğleri dinleyeceğiz.

Bu çerçevede tebliğlerini sunmaları için Prof. Dr. Walker'i ve Prof. Dr. Meier ile oturumu yönetmek üzere değerli hocam Sayın Prof. Dr. Baki Kuru'yu kürsüye davet ediyorum.

BİRİNCİ OTURUM
24 Ekim 2009 (Sabah)

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Baki KURU
(Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Isak MEIER
(İsviçre - Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus der Sicht
des schweizerischen Rechts (SchKG)

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER
(Almanya - Gießen Justus-Liebig Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Verletzung und Schutz der Grundrechte in der
Zwangsvollstreckung nach deutschem Recht

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Baki KURU

Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Isaak MEIER

(İsviçre - Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Sayın Bakan, değerli meslektaşlarım; Yedinci Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı'nın birinci oturumunu açıyorum.

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

Bu toplantıda sayın Pekcanıtez'in de belirttiği gibi bir ilk yaşıyoruz; o da Almanya'dan ve İsviçre'den gelmiş bulunan iki meslektaşımız bize tebliğ sunacaklar. Her ikisi de tabii bizim için çok önemli. Yalnız burada bir ilk de söz konusu, sayın Pekcanıtez değindi, bir İsviçre'li usul hocası -bildiğim kadarıyla- ilk defa Türkiye'de bir konferans veriyor ve bize icra iflas hukukumuzun en önemli bir müessesesi olan ilamsız icra hakkında konuşma yapacaklar ve Türk hukukuyla karşılaştıracaklar. Şimdiye kadar, -bildiğim kadarıyla- İsviçre'li icra iflas hukukçularından Türk icra iflas hukukunu da birlikte değerlendiren bir meslektaşına rastlamadım. İlk defa bu işi

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

sayın Prof. Isaak Meier yapacaklardır. Bu bakımdan toplantı çok önemli.

Toplantımızın ayrı bir önemi de var, sayın Bakan konuşurken belirttiler, demek ki yedi yıllık -bu yedinci yıl- çalışmalarımız çok önemsenmiştir ki sayın Adalet Bakanı ve yardımcılarıyla beraber toplantımızı teşrif etmişlerdir ve buradaki sonuçlardan kanun çalışmaları bakımından yararlanacaklarını ifade etmişlerdir.

Toplantının bugünkü gündemi -yarınki gündemi de tabii- ayrı bir önem kazanıyor. Sözü daha fazla uzatmadan ben hemen tebliğlerin sunulmasına geçmek istiyorum.

Elinizde toplantı programı varsa, onda bir değişiklik yaptık. Programa göre, önce Prof. Walker'in konuşması gerekiyordu, fakat o sırayı değiştirdik, çünkü önce İsviçreli meslektaşımız Prof. Meier konuşsun, İsviçre icra iflas hukukunda mukayeseli olarak -tekrar vurguluyorum, mukayeseli olarak yapacak- Türk icra iflas hukukundaki ilamsız icrayı da değerlendirsin. Onu dinledikten sonra Prof. Walker'in Alman hukukuyla ilgili açıklamaları, özellikle Mahnverfahren (onu Türkçeye tercümanlar bakayım nasıl tercüme edecekler, Türkçeye nasıl tercüme ederiz bilemiyorum, bizim icra bekleyen ihtar prosedürü diyebiliriz) sistemiyle bizim ilamsız icra prosedürü hakkındaki değerlendirmelerini alabileceğiz. Onun için, öncelikle Prof. Meier'i kürsüye davet ediyorum.

Herr Professör Meier, seien Sie herzlich willkommen; und ich bitte Sie, mit Ihrem Vortrag anzufangen. Danke schön.

Prof. Dr. Isaak MEIER

(İsviçre, Zürich Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi)

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Vielen Dank. Herr Minister, meine Kolleginnen und Kollegen; es ist mir eine grosse Freude, hier sprechen zu dürfen, aus der Schweiz. Herr Kuru hat mir gerade gesagt, dass die Schweiz, was das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht betrifft, das Mutterland der Türkei ist. Es ist natürlich eine Ehre, für ein solches kleines Land, für ein solches grosses wichtiges Land, das Mutterland sein zu dürfen.

AKTUELLE PROBLEME DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUS DER SICHT DES SCHWEIZERISCHEN RECHTS (SchKG)¹

Unter Mitarbeit von lic. iur. Claudia Wyss

1. Allgemeines

Das Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs stammt von 1889 und ist damit eines der ältesten schweizerischen Bundesgesetze im Bereich des Zivilrechts.² Das Privatrecht ist erst 1912 mit dem Zivilgesetzbuch und dem Obligationenrecht vereinheitlicht worden.³ Das SchKG ist mehrmals in kleinerem und grösserem Umfange revidiert worden. Die umfangreichste und wichtigste Revision erfolgte 1994.⁴ Das Gesetz blieb zwar in der Grundstruktur dasselbe. Fast bei allen Instituten wurden jedoch punktuelle Ergänzungen und Änderungen angebracht. Verschiedene solche Änderungen werden in diesem Aufsatz zur Sprache kommen.

¹ Erweiterte Fassung des vom Verfasser am 24. Oktober 2008 an der 7. türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtstagung in Çesme/Izmir vom 24./25. Oktober 2008 vor der Vereinigung der türkischen Zivilprozess- und Konkursrechtslehrer gehaltenen Vortrages über aktuelle Probleme des SchKG. Der Verfasser dankt Herrn Kollegen Prof. Dr. Hakan Pekcanitez und seinen Mitarbeitern für die Übersetzung des türkischen Rechts und die Durchsicht des Manuskripts.

² Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1), in Kraft getreten am 1.1.1892.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), in Kraft getreten am 1.1.1912 und Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220), in Kraft getreten am 1.1.1912.

⁴ Die Revision wurde am 16.12.1994 von der Bundesversammlung verabschiedet und ist am 1.1.1997 in Kraft getreten (vgl. dazu Botschaft über die Änderungen des SchKG mit Entwurf, veröffentlicht im BBl 1991 III S. 1 ff.; Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. vollständig überarbeitete Aufl., Bern 2008, § 3 Rz. 4).

Die Türkei hat das SchKG im Jahre 1929 also dreissig Jahre nach seiner Entstehung –soweit mir bekannt– zunächst mehr oder weniger unverändert in der Form einer Übersetzung des SchKG übernommen.⁵ Später ist jedoch das türkische Recht wiederholt wesentlich geändert worden. Die wichtigsten Änderungen erfolgten im Jahre 1965 und 1980.⁶

Zum Vergleich des schweizerischen SchKG und dem heutigen türkischen Recht lässt sich allgemein sagen, dass das SchKG an sich ein sehr schuldnerfreundliches Gesetz war und ist. Der türkische Gesetzgeber hat zunächst die Gläubigerstellung wesentlich verstärkt und damit den Charakter des Gesetzes geändert, insbesondere indem er die Ergreifung von Rechtsbehelfen des Schuldners wesentlich verschärft hat. Mit der Revision im Jahre 1965 wurde diese einseitige Bevorzugung aber wieder relativiert, wobei in einzelnen Belangen der Vorrang der Gläubiger immer noch zum Ausdruck kommt (vgl. hierzu 2.5.).

Nach meinen Informationen befindet sich das türkische Zwangsvollstreckungsrecht zurzeit in Revision.⁷ Ich habe in Absprache mit Herrn Pekcanitez einige Themen ausgewählt, die sie im Hinblick auf die Revision vielleicht interessieren könnten: Es sind dies insbesondere das Einleitungsverfahren für Forderungen, die noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind; der Vorgang der Pfändung; die Pfändungsschranken und die Verwertung. Ich werde meine Ausführungen mit einem Hinweis auf die Frage abschliessen, welche Möglichkeiten dem

⁵ Kuru, Baki, das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz in der Türkei, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 83/1964, S. 331; Yıldırım Kamil, die Grundzüge des türkischen Zwangsvollstreckungsrechts – insbesondere das Einleitungsverfahren, in: Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik (Vol. 2) 2003, S. 2.

⁶ Die frühere Revision ist am 6. Juni 1965 in Kraft getreten (Kuru, Baki, die neue Revision des türkischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 1967/68, S. 33); Yıldırım (Fn. 5), S. 2.

⁷ In der Türkei wird zurzeit eine Kommission errichtet, welche über die zu revidierenden Punkte beraten wird.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Schuldner zum Ausstieg aus der Einzelzwangsvollstreckung zur Verfügung stehen.

2. Einleitungsverfahren: Zahlungsbefehl und damit verbundene Verfahren

2.1. Charakteristik des Einleitungsverfahrens für Forderungen ohne Rechtstitel

2.1.1. Einführung

Das schweizerische SchKG und ebenso das türkische Recht regeln im selben Gesetz nicht nur die Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne. Vielmehr enthält das Gesetz auch eine detaillierte Regelung des Einleitungsverfahrens. Das Einleitungsverfahren betrifft nicht nur die Vollstreckung von Urteilen, sondern auch die Durchsetzung von Forderungen, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind.

Nachfolgend werde ich mich auf das Einleitungsverfahren für Forderungen ohne Rechtstitel beschränken. Im Mittelpunkt dieses Verfahrens stehen dabei der Zahlungsbefehl und das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung.

2.1.2. Zahlungsbefehl

Der Zahlungsbefehl nach schweizerischem und türkischem Recht ist für Forderungen ohne Rechtstitel ein komplexes Institut mit verschiedenen Funktionen:

•Das Verfahren betreffend Erlass eines Zahlungsbefehls ist zunächst ein Mahnverfahren, wie es in ähnlicher Form viele europäische Staaten kennen.⁸ Es handelt sich dabei um ein

⁸ Vgl. Meier IsaaK, die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des CH-Rechts - 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung, in: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2008 H. 3, S. 319 f.; Rechberger Walter/Kodek Georg, Das Mahnverfah-

Surrogat eines Erkenntnisverfahrens und dient wie dieses der Schaffung eines vollstreckbaren Rechtstitels.

•Mit dem Betreibungsbegehren, d.h. dem Begehren um Ausstellung eines Zahlungsbefehls wird sodann die Zwangsvollstreckung eingeleitet, sodass diese ohne Rechtsvorschlag bzw. nach Beseitigung des Rechtsvorschlags unverzüglich fortgesetzt werden kann.

Zur erstgenannten Funktion ist hervorzuheben: Der Zahlungsbefehl des SchKG ist eine extrem effiziente Form eines Mahnverfahrens. Der Gläubiger muss die Forderung nicht näher begründen, sondern sie nur so detailliert behaupten, dass der Schuldner die Forderung identifizieren kann.⁹ Der Betreibungsbeamte nimmt sodann beim Erlass des Zahlungsbefehls keinerlei Rechtsprüfung vor.¹⁰ Der Schuldner hat lediglich einmal und zudem während einer sehr kurzen Frist von zehn Tagen bzw. im türkischen Recht während sieben Tagen die

ren in den Mitgliedstaaten der EU - Generalbericht, in: dies. (Hrsg.), *Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union/L'Injonction de Payer dans L'Union Européenne*, Den Haag/London/New York 2001, S. 1; Zum Mahnverfahren in Deutschland vgl. Voit Wolfgang, in: Musielak Hans-Joachim (Hrsg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Aufl., München 2008, § 688-703d; Hess Burkhard, *Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsangleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens*, in: Schütze Rolf A. (Hrsg.), *Festschrift für Geimer Reinhold zum 65. Geburtstag*, München 2002, S. 341 ff. Kein solches Mahnverfahren kennen die Niederlande, Dänemark, Irland und Grossbritannien. In diesen Ländern werden jeweils Säumnisentscheidungen gefällt, welche eine ähnliche Funktion wie das Mahnverfahren übernehmen (vgl. dazu für England Jolowicz J.A., *Order for Payment: English Law*, in: Rechberger Walter/Kodek Georg [Hrsg.], *Orders for Payment in the European Union*, Den Haag/London/New York 2001, S. 115; für die Niederlande Freudenthal Mirjam, *Orders for payment in the Netherlands*, in: Rechberger/Kodek a.a.O., S. 203 ff.).

⁹ BGE 121 III 6 E. 3; Kofmel Ehrenzeller Sabine in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basel/Genf/München 1998, Art. 67 Rz. 43.

¹⁰ Statt aller Fritzsche Hans/Walder Hans-Ulrich, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht* (Band I) 3. Aufl., Zürich 1984, §17 Rz. 17.

Möglichkeit, Rechtsvorschlag zu erheben (Art. 69 SchKG, Art. 60 TR-Recht). Unterlässt er dies, ist der Zahlungsbefehl bereits vollstreckbar. Das Zahlungsbefehlsverfahren ist damit der denkbar kürzeste „Zivilprozess“, den man sich vorstellen kann!

Der SchK-Gesetzgeber war sich immer bewusst, dass infolge dieses Schnellverfahrens die Zwangsvollstreckung unter Umständen für Beträge durchgeführt wird, welche eigentlich gar nicht oder zumindest nicht in der angegebenen Höhe geschuldet sind.¹¹ Er hat deshalb die Bedeutung des Zahlungsbefehls in verschiedener Hinsicht zugunsten des Schuldners abgeschwächt:

- Zunächst erwächst der Zahlungsbefehl des SchKG ohne rechtzeitige Einsprache –im Gegensatz zu den Mahnverfahren der meisten Länder–¹² nicht in materielle Rechtskraft. Der Schuldner kann vielmehr nach Abschluss der Vollstreckung die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG bzw. Art. 72 Abs. 7 und 8 TR-Recht erheben. Zusätzlich hat die Türkei im Jahre 1965 eine voraussetzungslos zulässige Klage auf Nichtbestand der Forderung eingeführt (Art. 72 TR-Recht). Der schweizerische Gesetzgeber hat in der Revision von 1994 diese negative Feststellungsklage ebenfalls übernommen.

- Eine weitere wesentliche Wirkungsbeschränkung des Zahlungsbefehls betrifft den zeitlichen Geltungsbereich. Der Gläubiger kann gestützt auf den definitiv gewordenen Zahlungsbefehl nur während eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner die Vollstreckung beantragen (Art. 88 SchKG). Nach Ablauf dieser Zeit muss der Gläubiger zur Einleitung der Vollstreckung erneut ein Betreibungsbegehren stellen.

¹¹ Fritzsche/Walder (Fn. 10), § 22 Rz. 1; Amonn/Walther (Fn. 4), § 17 Rz. 1; SchKG-Wüthrich/Schoch (Fn. 9), Art. 69 Rz. 12.

¹² Im deutschen Mahnverfahren bspw. wird der Vollstreckungsbescheid formell und materiell rechtskräftig, sofern kein Einspruch erhoben wird, vgl. Voit in Musielak (Fn. 8), § 700 Rz. 3; Schüler Stefan, in: Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.) Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., München 2007, § 700 Rz. 9.

2.1.3. Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung und andere Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags

Für das schweizerische und türkische Recht ist es typisch, dass für die Beseitigung des Rechtsvorschlags nicht nur der ordentliche Zivilprozess, sondern auch besondere Summaryverfahren zur Verfügung stehen, die statt oder an Stelle des ordentlichen Zivilprozesses ergriffen werden können. Die Verfahren sind jedoch in beiden Ländern heute sehr unterschiedlich ausgestaltet.

Im schweizerischen Recht kann der Gläubiger zur Beseitigung des Rechtsvorschlags neben oder statt der ordentlichen Klage (sog. Anerkennungsklage nach Art. 79 Abs. 2 SchKG) das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 SchKG) einleiten, falls er über einen sog. provisorischen Rechtsöffnungstitel (insb. unterschriebener Vertrag, hierzu 2.4.1.) verfügt. Liegt ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor und kann der Schuldner nicht sofort glaubhaft machen, dass die Forderung nicht besteht, wird dem Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung erteilt. Die Rechtsöffnung wird definitiv, wenn der Schuldner nicht innert Frist die Aberkennungsklage erhebt (Art. 83 SchKG). Die provisorische Rechtsöffnung ohne Aberkennungsklage erwächst jedoch analog wie der Zahlungsbefehl ohne Rechtsvorschlag nicht in materielle Rechtskraft.¹³

Das türkische Recht kennt für Forderungen ohne Rechtstitel (neben dem ordentlichen Prozess) das Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung und dasjenige betr. definitive Rechtsöffnung. Das türkische Rechtsöffnungsverfahren, und zwar sowohl dasjenige auf provisorische als auch dasjenige auf definitive Rechtsöffnung hat jedoch eine ganz andere Bedeutung als im schweizerischen Recht. Wenn der Schuldner im türkischen Recht Rechtsvorschlag erhoben hat, so kann der Gläubiger auf verschiedene Weise vorgehen. Falls der Gläubiger keinen Rechtstitel und auch keine Urkunde besitzt,

¹³ SchKG-Staehelin (Fn. 9), Art. 83 Rz. 63.

welche das Bestehen der Forderung beweist, so muss er, wie bereits erwähnt, einen ordentlichen Prozess einleiten (Art. 67 TR-Recht), der im Erkenntnisverfahren durchgeführt und mit einem Gerichtsurteil abgeschlossen wird.¹⁴

Sofern er eine öffentliche oder private Urkunde (Aufzählung in Art. 68 TR-Recht) besitzt, kann er auch das Verfahren anstreben, welches im türkischen Recht als definitive Rechtsöffnung gekennzeichnet wird.¹⁵ In der Schweiz dient hingegen das Verfahren betr. Definitive Rechtsöffnung nach Art. 80 SchKG der Vollstreckung von Rechtstiteln (Urteilen, Urteilssurrogate der Verwaltungsentscheide).¹⁶ Die Entscheidung im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung nach türkischem Recht führt nicht zu einer rechtskräftigen Streiterledigung. Vielmehr kann der Schuldner die Rückforderungsklage nach Art. 72 Abs. 7 und 8 TR-Recht oder schon während dem Betreibungsverfahren die negative Feststellungsklage nach Art. 72 TR-Recht erheben.

Im türkischen Recht ist aber weiter zu differenzieren. Wenn der Gläubiger nämlich nur eine private Urkunde besitzt, so darf in dem Fall, in welchem der Schuldner die Echtheit der Unterschrift auf dieser Urkunde bestreitet, nicht die definitive, sondern nur die provisorische Rechtsöffnung verlangt werden (Art. 68a TR-Recht).¹⁷ Dieses Verfahren steht lediglich für die Fälle der Verleumdung der Unterschrift zur Verfügung. Hat der Gläubiger in diesem Verfahren Erfolg, kann der Schuldner wie im schweizerischen Recht die Aberkennungsklage einleiten (Art. 69 Abs. 2 TR-Recht). In der Praxis kommt das Verfahren betr. Provisorische Rechtsöffnung offenbar trotz seinem engen Anwendungsbereich häufig vor, weil der Schuldner damit die

¹⁴ Kuru, Baki, Zivilgerichtsbarkeit, Zwangsvollstreckung und Konkurs in der Türkei, in: Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über das Spar- und Girowesen e.V. (Hrsg.), Forschungsberichte, Stuttgart 1983 (Band 18), S. 408.

¹⁵ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 409 f; Kuru, BJSchK 1967/68 (Fn. 6), S. 34.

¹⁶ Vgl. hierzu statt aller Meier, ZZP 2008 (Fn. 8), S. 300.

¹⁷ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 411.

definitive Rechtsöffnung trotz Vorhandensein einer Urkunde vorläufig verhindern und damit Zeit gewinnen kann.

2.1.4. Hohe Effizienz des Einleitungsverfahrens

Der Zahlungsbefehl und das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung haben in der Schweiz eine enorme Bedeutung und sind äusserst effizient:

Bei einer Bevölkerung von 7,59 Mio. Menschen werden jährlich in der Schweiz über 1,8 Mio. Zahlungsbefehle für zivilrechtliche Forderungen erlassen.¹⁸ Die Anzahl Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung können auf etwa 13'500 geschätzt werden.¹⁹

Wie die amtliche Statistik für den Kanton Zürich zeigt, wird gegen den Zahlungsbefehl nur in etwa 12% aller Betreibungsverfahren Rechtsvorschlag erhoben.²⁰ Untersuchungen

¹⁸ Zahlen gemäss Bundesamt für Statistik ausgehend von der Annahme, dass 25% (Forderungen von Krankenkassen nicht eingerechnet) der 2,45 Mio. jährlich in der Schweiz ausgestellten Zahlungsbefehle (Durchschnitt der Jahre 2002 bis 2006) auf öffentlich-rechtliche Forderungen zurückzuführen sind.

¹⁹ Vgl. hierzu die Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich für die Jahre 2002 bis 2006, insbesondere die statistischen Daten zum Einzelrichter im summarischen Verfahren. Die Berechnung wird wie folgt vorgenommen: Durchschnitt der Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung über die letzten fünf Jahre im Kanton Zürich hochgerechnet anhand der Bevölkerungszahlen. Die Anzahl Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung errechnet sich wie folgt: Anzahl der erteilten provisorischen Rechtsöffnungen addiert mit der Hälfte der Anzahl verweigerter provisorischer und definitiver Rechtsöffnungen addiert mit der Hälfte der anderweitig erledigten Rechtsöffnungen.

²⁰ Durchschnittswert der Jahre 2002 bis 2006, vgl. die entsprechenden Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zürich, insbesondere die statistischen Daten der Betreibungsämter. Im Jahre 2007 betrug der Wert sogar nur 10,8% (vgl. Rechenschaftsbericht des Obergerichts 2007, S. 86). In Deutschland liegt der Durchschnittswert der Einspruchquoten bei maximal 10% (vgl. Rechberger/Kodek, Überlegungen zu einem europäischen Mahnverfahren, in: dies. [Hrsg.], Orders for Pay-

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

von mir und anderen haben gezeigt, dass der Schuldner in 35% der Fälle die Forderung nach Erhalt des Zahlungsbefehls ans Betreibungsamt bezahlt.²¹ Dazu kommt noch die direkte Begleichung beim Gläubiger, die zahlenmässig allerdings nicht belegt werden kann.

Sehr effizient ist auch das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung. Eine rechtstatsächliche Untersuchung in den Kantonen Zürich und Luzern hat ergeben, dass durchschnittlich etwa 50% der Rechtsöffnungsbegehren gutgeheissen werden. Nur in ca. 10% der Fälle wurde eine Aberkennungsklage eingeleitet. In den übrigen Fällen akzeptierte der

Schuldner somit den Rechtsöffnungsentscheid²².

Nachfolgend möchte ich folgende Fragen und Probleme näher betrachten:

- Feststellungsklage nach Art. 72 TR-Recht und Art. 85a SchKG (hierzu 2.2.);
- Einführung eines Mahnverfahrens, wie es etwa im deutschen Recht besteht, anstelle des Zahlungsbefehls nach SchKG (hierzu 2.3.);
- Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung nach schweizerischem Recht (hierzu 2.4.);
- Problem des Missbrauchs der Rechtsbehelfe durch die Parteien (hierzu 2.5.);

ment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union/L'Injonction de Payer dans L'Union Européenne, Den Haag/London/New York 2001, S. 39).

²¹ Meier Isaak/Zweifel Peter/Zaborowski Christoph/Jent-Sørensen Ingrid, Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang?, Zürich 1999, S. 157.

²² Meier Isaak, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln 1997, S. 226.

- Offene und verdeckte Formen des einstweiligen Rechtsschutzes im Einleitungsverfahren (hierzu 2.6.).

2.2. Feststellungsklage nach Art. 72 TR-Recht und Art. 85a SchKG

Wie erwähnt wurde die negative Feststellungsklage (Art. 72 TR-Recht) im türkischen Recht bereits mit der Revision von 1965 eingeführt. Im SchKG ist eine analoge negative Feststellungsklage erst mit der Revision von 1994 ins Gesetz eingefügt worden (Art. 85a SchKG). Es darf vermutet werden, dass dabei das türkische Recht dem schweizerischen Recht als Vorbild gedient hat.²³ Analog dem türkischen Recht kann der Schuldner, der gegenüber dem Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag oder – nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung – innert Frist keine Aberkennungsklage erhoben hat, mit der Klage nach Art. 85a SchKG schon während der Betreibung den Nichtbestand der Forderung feststellen lassen. Im Übrigen weist jedoch das schweizerische Recht verschiedene Unterschiede auf:

Im türkischen Recht kann die Klage vom Schuldner auch schon vor Anhebung der Betreibung erhoben werden (Art. 72 TR-Recht).²⁴ Im schweizerischen Recht steht demgegenüber die Klage nur nach Anhebung der Betreibung zur Verfügung und zwar lediglich für den Fall, dass der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben hat. In Lehre und Praxis war bei der Einführung von neu Art. 85a SchKG zunächst strittig, ob diese Klage auch dann eingeleitet werden kann, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat.²⁵ Hierfür besteht aus folgenden

²³ Der Aufsatz von Kuru, BLSchK 1967/68 (Fn. 6) war der Kommission ohne Zweifel bekannt. Der Verfasser weiss auch, dass Prof. Kuru mit einzelnen Mitgliedern der Kommission Kontakt hatte.

²⁴ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 413.

²⁵ Die Zulässigkeit der Einleitung von SchKG 85a trotz Rechtsvorschlag wird bejaht von Brönnimann Jürgen, zur Klage nach Art. 85a SchKG „negative Feststellungsklage“, in: AJP 1996 S. 1397 Fn. 29, es soll jede Person aktivlegitimiert sein, solange sie die Eigenschaft eines Betriebe-

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Gründen ein grosses Bedürfnis: In der Schweiz kann jede Person, die ein Interesse (SchKG 8a Abs. 1 und 2) glaubhaft machen kann, Einsicht in das Betreibungsregister nehmen. Diese Informationen gelangen dann auch über Gläubiger und andere Personen, die Einsicht in die Betreibungsregister nehmen, an private Kreditauskunftsstellen.²⁶ In den Dateien dieser Unternehmen sind nach meinen Informationen die mehr oder weniger vollständigen Betreibungsdaten von bis gegen 90 % der Schuldner eingetragen. Während dem in der Türkei offenbar lediglich die Ausstellung eines Verlustscheins allgemein bekannt wird, kann damit in der Schweiz faktisch jedermann in Erfahrung bringen, ob und wann ein Schuldner betrieben worden ist und zwar unabhängig davon, ob er Rechtsvorschlag erhoben hat oder nicht. Hat ein Schuldner mehrere Betreibungen, führt dies zu einer massgeblichen Beeinträchtigung seiner Kreditwürdigkeit.²⁷ Nach Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG darf eine Betreibung vom Betreibungsbeamten dann nicht mehr an Dritte mitgeteilt werden, wenn die Betreibung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines Urteils aufgehoben worden ist. Für den Schuldner besteht daher das Bedürfnis, nach einer ungerechtfertigten Betreibung eine Klage auf Nichtbestand der Forderung zu erheben. Das Bundesgericht hat jedoch die Möglichkeit, eine Klage nach Art. 85a SchKG auch bei Rechtsvorschlag gegen die Betreibung einzuleiten, klar abgelehnt (BGE 125 III 149 E. 2c). Denkbar ist höchstens, dass (ausnahmsweise) die allgemeinen Voraussetzungen für eine negative Feststellungsklage gegeben sind.²⁸

nen aufweist; Gegen die Zulässigkeit Spricht Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 4. Aufl., Zürich 1997, Art. 85a SchKG Rz. 7, denn ihrer Meinung nach soll Art. 85a SchKG nur dem überrumpelten Schuldner Schutz bieten und somit fehlt es dem Schuldner, der rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat, an dieser Voraussetzung; vgl. auch Siegen Peter F./Buschor Andrea, vom alten zum neuen SchKG, Zürich 1997, S. 55.

²⁶ Meier, ZJP 2008 (Fn. 8), S. 345f.

²⁷ Meier, ZJP 2008 (Fn. 8), S. 343; SchKG-BODMER (Fn. 9), Art. 85a Rz. 5.

²⁸ Vgl. hierzu BGE 132 III 277 E. 4.2, BGE 128 III 334 und BGE 120 II 20

Die Feststellungsklagen im schweizerischen und türkischen Recht unterscheiden sich auch betreffend ihren Wirkungen auf die hängige oder nachfolgende Betreibung: Im schweizerischen Recht kann eine Betreibung im Stadium der Pfändung bzw. falls die Verwertung bereits erfolgt ist, vor der Verteilung gestoppt werden, wenn der Schuldner glaubhaft machen kann, dass die Klage sehr wahrscheinlich begründet ist (Art. 85a Abs. 2 SchKG). Im türkischen Recht kann der Schuldner lediglich die Einstellung der Betreibung verlangen, wenn diese nach Anhängigmachung der Feststellungsklage eingeleitet wurde. Die Einstellung der Betreibung hängt sodann im Weiteren davon ab, ob der Schuldner eine Sicherheitsleistung von 15% der Forderung erbringt (Art. 72 Abs. 2 TR-Recht). Ist die Betreibung im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erfolgt, so kann grundsätzlich keine Einstellung mehr erwirkt werden. Der Richter kann aber wiederum gegen Sicherheitsleistung im genannten Umfang anordnen, dass der Erlös bis zum Entscheid der negativen Feststellungsklage nicht ausbezahlt wird (Art. 72 Abs. 3 TR-Recht).²⁹ Unterliegt der Schuldner im Prozess betr. Nichtbestand der Forderung, so ist er zu Schadenersatz von mindestens 15% des Forderungsbetrages verpflichtet. Wurde keine Einstellung der Betreibung mittels Sicherheitsleistung bewirkt und in der Folge die Forderung an den Gläubiger bezahlt, so wird die negative Feststellungsklage als Rückforderungsklage fortgesetzt (Art. 72 Abs. 7 und 8 TR-Recht).³⁰

M.E. handelt es sich bei der negativen Feststellungsklage um eine sehr begrüßenswerte Neuerung. Sie lässt sich überzeugend damit begründen, dass der Zahlungsbefehl ohne Rechtsvorschlag bzw. die provisorische Rechtsöffnung ohne Aberkennungsklage nicht in Rechtskraft erwächst. Es erscheint

E. 3c Negative Feststellungsklage bei missbräuchlichen Betreibungen; SchKG-BODMER (Fn. 9), Art. 85a Rz. 17; Staehelin Daniel, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, SchKG-Ergänzungsband, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 2005, Art. 85a Rz. 17.

²⁹ Kuru, BİSchK 1967/68 (Fn. 6), S. 36; Yıldırım (Fn. 5), S. 19.

³⁰ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 414.

BEITRAG
VON
ISAAC
MEIER

als problematisch, dass die betriebene Person eine Forderung, die möglicherweise nicht besteht, zunächst zahlen muss und erst später wieder gestützt auf Art. 86 SchKG bzw. Art. 72 TR-Recht zurückfordern kann. Die Klage ermöglicht dem Gläubiger, die Betreibung bereits nach der Pfändung zu stoppen bzw. wenigstens die Verteilung des Erlöses zu verhindern. In Bezug auf das türkische Recht ist jedoch fraglich, ob diese erwähnten Sicherheitsleistungen und Schadenersatzzahlungen das Verfahren nicht unnötig erschweren und die Parteien von der Einleitung eines solchen Verfahrens abgehalten werden.

Schlussfolgerung

Die neue Feststellungsklage des Schuldners nach Art. 85a SchKG und Art. 72 TR-Recht ist sehr zu begrüßen, sofern am bisherigen Konzept des Einleitungsverfahrens grundsätzlich festgehalten werden soll. Sie ermöglicht dem Gläubiger, der nicht rechtzeitig Rechtsvorschlag oder Aberkennungsklage erhoben hat, die laufende Betreibung zu stoppen. Er ist damit nicht nur auf die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG/Art. 72 Abs. 7 und 8 TR-Recht angewiesen.

2.3. Traditionelles Mahnverfahren versus Zahlungsbefehl nach SchKG?

Die gerade genannte negative Feststellungsklage bedeutet eine erhebliche Verbesserung, wenn man das bestehende System des Zahlungsbefehls grundsätzlich beibehalten möchte. M.E. muss man sich aber auch die grundsätzliche Frage stellen, ob dieses System überhaupt richtig ist.

Die Frage lautet: Sollte der Zahlungsbefehl für untitulierte Forderungen nicht einfach gestrichen und durch ein Mahnverfahren, wie es Deutschland, Österreich und in Zukunft auch

das europäische Recht kennen, ersetzt werden?³¹ In diesem Mahnverfahren könnte dann allenfalls auch das Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung integriert werden.

Meines Erachtens spricht in der Tat vieles dafür, den Zahlungsbefehl des SchKG grundsätzlich zu überdenken:

Der Zahlungsbefehl wie auch der Mahnbescheid nach deutschem Recht und anderen Rechtsordnungen dient der Schaffung eines auf einem konsensualen Akt beruhenden Vollstreckungstitels ähnlich der Klageanerkennung. Falls der Schuldner nicht den vorgesehenen Fristen gemäss Rechtsvorschlag oder Widerspruch erhebt, wird angenommen, dass er die Forderung in Bestand und Höhe nicht bestreitet und entsprechend die Zwangsvollstreckung oder - so etwa in Deutschland - sogar die Klage überhaupt akzeptiert.

Das Problem dieser Form des Rechtsschutzes liegt darin, dass die Willensbildung des Schuldners über die Frage

³¹ Das Mahnverfahren in Deutschland ist geregelt in §§ 866 ff. ZPO (vgl. Voit in Musielak [Fn. 8], §§ 688-703d; Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 16. neubearbeitete Aufl., München 2004, § 163 Rz. 1 ff.; Übersicht in Coester-Waltjen Dagmar, Mahnverfahren in Deutschland, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union, Den Haag/London/New York 2001, S. 149 ff.), in Österreich in §§ 448 ff. ZPO, in Belgien in Art. 1338-1344 C.J. und in Frankreich in Art. 1405-1425 NCPC (Übersicht vgl. Kodek Georg E., Das Mahnverfahren in Österreich, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] a.a.O., S. 75 ff.; van Mellaert George E., Order for Payment under Belgian Law, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union, Den Haag/London/New York 2001, S. 91 ff. und Ferrand Frédérique, La procédure d'injonction de payer en droit français, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] a.a.O., S. 132 ff.). Das europäische Mahnverfahren ist im Dezember 2006 in Kraft getreten und gilt unmittelbar ab dem 12. Dezember 2008 (vgl. Art. 33 der Verordnung [EG] Nr. 1896/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens [EU-Mahnverfahren VO]; Übersicht des europäischen Mahnverfahrens In Mayr Peter/Czernuch Dietmar, Europäisches Zivilprozessrecht. Eine Einführung, Wien 2006, Rz. 1 ff. und Rechberger/Kodek, europäisches Mahnverfahren [Fn. 20], S. 29 ff.).

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

der Erhebung von Einsprache (Rechtsvorschlag) in einer erheblichen Anzahl von Fällen nur mangelhaft erfolgt. Der betriebene Schuldner befindet sich häufig in einer finanziell hoffnungslosen Situation. Nach einer von mir und anderen Autoren durchgeführten Studie hat ein Betreuungsschuldner in der Schweiz durchschnittlich mehr als Fr. 50'000.- (ca. 65'000 TRY³²) Schulden (Medianwert Fr. 15'000.-, was ca. 19'500 TRY entspricht) und wird gleichzeitig von fünf bis sechs Gläubigern betrieben.³³ Vielfach ist der Schuldner arbeitslos und/oder befindet sich in Scheidung.³⁴ In dieser Situation kümmert sich der Schuldner nicht mehr um die „Details“ einer Betreuung und wird selbst dann einen Rechtsvorschlag unterlassen, wenn er die Forderung in Bestand und/oder Höhe nicht akzeptiert. Meist wird sich ein Schuldner in einer solchen Lage auch nicht mehr rechtlich beraten lassen wollen und können. Die Erfahrung zeigt, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen vielleicht nicht so sehr im Bestand, sehr häufig jedoch in der Höhe und betreffend die Zinsen unrichtig sind. Selbstverständlich wird ein Gläubiger aus Vorsicht im Betreibungsbegehren im Zweifelsfall eher zu hohe als zu niedrige Forderungs- und Zinsbeträge eingeben.

Die schwierige Frage ist, wie ein Gesetzgeber dieses Problem lösen oder wenigstens vermindern kann.

Das schweizerische SchKG und das türkische Recht setzen wie gesagt vollständig auf die Möglichkeit des Schuldners, sich mit Klagen (negative Feststellungsklage, Rückforderungsklage) gegen ungerechtfertigte Zahlungsbefehle zur Wehr zu setzen. Das Mahnverfahren lässt solche Gegenklagen grundsätzlich nicht zu. Dafür versucht es, die Einsprachemöglichkeiten des Schuldners zu verbessern und zu verstärken. Dies trifft ganz besonders für das zweistufige Mahnverfahren zu, wie

³² Ein Schweizer Franken entspricht ca. 1,3 neuer türkischer Lira.

³³ Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen (Fn. 21), S. 160.

³⁴ Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen (Fn. 21), S. 166 (Arbeitslosigkeit 29%) und S. 164 (Scheidung 34%).

es in Deutschland und anderen Staaten verwirklicht ist.³⁵ Der Schuldner kann nicht nur innert einer verlängerten erstmaligen Frist Einsprache gegen den Mahnbescheid erheben. Vielmehr hat er bei Unterlassen der Einsprache erneut Gelegenheit, gegenüber dem Vollstreckungsbescheid Widerspruch einzulegen.³⁶ Beim einstufigen Mahnverfahren ist immerhin die Einsprachefrist gegenüber dem Zahlungsbefehl bzw. Mahnbescheid wesentlich verlängert.³⁷

Meines Erachtens ist dem Konzept des Mahnverfahrens den Vorzug zu geben! Die betriebenen Personen, die schon nicht in der Lage waren, rechtzeitig Rechtsvorschlag zu erheben, sind noch weniger fähig, rechtzeitig anspruchsvolle Klagen wie die Rückforderungsklage und die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG bzw. Art. 72 TR-Recht einzuleiten!

Viel wichtiger ist es m.E., dass der Gesetzgeber dafür sorgt, dass die Entscheidung über die Erhebung des Rechtsvorschlags möglichst mängelfrei erfolgt. Analog dem Mahnverfahren in Deutschland und in anderen Ländern könnte dem Schuldner -im Sinne eines zweistufigen Mahnverfahrens-, falls er

³⁵ Zweistufig sind die Mahnverfahren z.B. in Deutschland und Belgien, wohingegen im europäischen Recht und in Österreich das Mahnverfahren lediglich einstufig ausgestaltet ist (weiterführende Literatur vgl. Fn. 31). Im europäischen Recht kann der Schuldner dabei innert 30 Tagen Einspruch gegen den Zahlungsbefehl einlegen (Art. 7-12 EU-Mahnverfahren VO) und nur in Ausnahmefällen kann er den Zahlungsbefehl aufgrund aussergewöhnlichen Umständen überprüfen lassen (Art. 20 EU-Mahnverfahren VO). Das einstufige Mahnverfahren ist rascher und billiger als das Zweistufige. Dem Rechtsschutz wird dahingehend Genüge getan, indem klare Rechtsbelehrungen erfolgen, welche auf die Einspruchsmöglichkeit hinweisen (vgl. hierzu MAYR / Czernich [Fn. 31], Rz. 424 und Rechberger/Kodek, europäisches Mahnverfahren [Fn. 20], S. 41 f. und 55 f.).

³⁶ Im deutschen Recht kann der Schuldner innert zwei Wochen Widerspruch gegen den Mahnbescheid (§§ 692 Abs. 1 Ziff. 3 DZPO) und danach Einsprache gegen den Vollstreckungsbescheid erheben (§ 700 i.V.m. § 339 Abs. 1 DZPO).

³⁷ Im europäischen Recht besteht eine lange Frist von 30 Tagen für die Einlegung des Einspruchs gegen den Zahlungsbefehl (Art. 16 EU-Mahnverfahren VO).

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

gegen den Zahlungsbefehl keinen Rechtsvorschlag erhebt, mit einer kurzen zeitlichen Verzögerung eine vollstreckbare Ausfertigung des Zahlungsbefehls zugestellt werden, gegen welchen er wiederum Rechtsvorschlag erheben kann. Neben der Einführung dieses zweistufigen Verfahrens könnte der Schuldnerschutz noch dadurch verbessert werden, dass dem Schuldner auf dem Betreibungsamt oder noch besser – analog dem französischen Recht – vor Ort bei der Zustellung durch den Betreibungsbeamten eine erste Beratung und Aufklärung angeboten wird.³⁸ Mit diesen Verbesserungen wäre es m.E. möglich, die Rechtskraft des Zahlungsbefehls vorzusehen und damit auf Feststellungs- und Rückforderungsklage zu verzichten.

Beim Ausbau des Zahlungsbefehls zu einem Mahnverfahren analog dem deutschen Recht, das ohne Widerspruch zu einer rechtskräftigen Beurteilung der Forderung führt, würden sich verschiedene zusätzliche Änderungen aufdrängen:

- Wenn der Zahlungsbefehl in Rechtskraft erwächst, macht es keinen Sinn mehr, seine Wirkungen zeitlich auf ein Jahr zu beschränken (vgl. Art. 88 SchKG Art. 78 TRRecht). Betreibungen konnten gestützt auf denselben Zahlungsbefehl erfolgen, bis die entsprechende Forderung vollständig beglichen ist. Spätere Veränderungen, wie Tilgung, Stundung, Verjährung könnten im Verfahren nach Art. 85 SchKG bzw. Art. 85a SchKG geltend gemacht werden.

- Naheliegend wäre es wohl auch, den Zahlungsbefehl völlig vom Zwangsvollstreckungsverfahren zu lösen. Das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung könnte hingegen als ergänzendes Verfahren ohne weiteres beibehalten werden.

- Mit der Abtrennung des Zahlungsbefehls vom Vollstreckungsverfahren wäre es in einem weiteren Schritt nahe

³⁸ Art. 1414 NCPC; vgl. Cadiet Loïc, Code de procédure civile 2007, 20. Aufl., Paris 2006, S. 763; Estoup Pierre, La pratique des procédures paridés, Paris 1990, Rz. 399; HESS (Fn. 8), S. 346; Perez-Ragone Alvaro J. D., Europäisches Mahnverfahren, Diss. Köln 2005, S. 128.

liegend, den Erlass des Zahlungsbefehls nicht mehr dem Beitreibungsamt als Vollstreckungsbehörde, sondern dem Gericht zu übertragen.

BEITRAG
VON
ISAAC
MEIER

Schlussfolgerung

Der schweizerische und türkische Gesetzgeber müssen m.E. de lege ferenda prüfen, ob nicht der Zahlungsbefehl des SchKG durch eine Mahnverfahren ähnlich dem deutschen Recht ersetzt werden sollte. Statt dem Schuldner aufwendige Gegenklagen (Rückforderungsklage und Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG/Art 72 TR-Recht) zur Verfügung zu stellen, ist eher dafür zu sorgen, dass die Entscheidung des Schuldners über die Erhebung des Rechtsvorschlags mängelfrei erfolgt. Damit könnte dem Zahlungsbefehl ohne rechtzeitige Einsprache auch materielle Rechtskraft beigemessen werden.

2.4. Institut der provisorischen Rechtsöffnung

2.4.1. Ausgestaltung des Verfahrens betreffend provisorische Rechtsöffnung in Lehre und Praxis in der Schweiz

Das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung hat in der Schweiz wie gesagt eine sehr grosse praktische Bedeutung (hierzu 2.1.4.). Im Vergleich zum türkischen Recht hat es auch einen breiten Anwendungsbereich. Gemäss Art. 82 SchKG kann ein Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung durch eine öffentliche Urkunde (z.B. Grundbuch oder Gerichtsprotokoll) festgestellt oder auf einer „*durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung*“ beruht. Schon im vorletzten Jahrhundert wurde angenommen, dass darunter nicht nur eine sog. abstrakte Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR, sondern schlechthin jeder Vertrag zu verstehen ist, in dem sich der Schuldner zur Leistung eines

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

bestimmten Forderungsbetrages mit Unterschrift verpflichtet.³⁹ Dies bedeutet: Der Gläubiger kann zum Beispiel provisorische Rechtsöffnung erlangen für den Kaufpreis aus einem Kaufvertrag, für die Mietzinsforderung aus einem Mietvertrag, sowie für die Zinsen und die Darlehenssumme aus einem Darlehensvertrag.

Der provisorischen Rechtsöffnung steht auch grundsätzlich nicht entgegen, dass die Geldforderung von einer Gegenleistung abhängig ist. Umstritten ist dabei lediglich, ob der Schuldner die Nichterfüllung des Vertrages durch den Gläubiger lediglich plausibel behaupten oder glaubhaft machen muss.⁴⁰ Auch für bedingte Ansprüche kann provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, wenn der Gläubiger den Eintritt der Bedingung glaubhaft machen kann.⁴¹ Der provisorische Rechtsöffnungstitel kann auch aus mehreren Urkunden bestehen, soweit im Dokument mit der Unterschrift auf eine andere Urkunde Bezug genommen wird.⁴² Eine Schuldanerkennung gilt nicht nur für den in der Urkunde genannten Gläubiger,

³⁹ Meier, Rechtsschutz (Fn. 22), S. 166; Panchaud André/Caprez Marcel, die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 3; Stücheli Peter, die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2000, S. 328; Amonn/Walther (Fn. 4), § 19 Rz. 74.

⁴⁰ Bei zweiseitigen Verträgen ist die sog. „Basler Rechtsöffnungspraxis“ zu beachten (zu den allgemeinen Voraussetzungen vgl. Fritzsche/Walder [Fn. 10], § 20 Rz. 15; Stücheli [Fn. 39], S. 340 ff.). Danach muss der Schuldner die nicht gehörige Erbringung der Gegenleistung des Gläubigers nur behaupten und nicht glaubhaft machen. Bei der Nichterfüllung der Gegenleistung (Art. 82 OR) wird aber vorausgesetzt, dass sich der Schuldner zivilrechtlich darauf berufen kann, es sich um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag handelt und die angeblich nicht erbrachte Gegenleistung nicht in einem Austauschverhältnis zu seiner eigenen Leistung steht (vgl. SchKG-Staehelin [Fn. 9], Art. 82 Rz. 101). Gewisse Kantone verlangen aber auch für die Einrede der Nichterfüllung durch den Schuldner Glaubhaftmachung, vgl. hierzu Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, LGVE 1993 I, Nr. 34; Urteil des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft (heute: Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft) vom 13. September 1988, in: Zeitschrift für Schweizerisches Mietrecht, 1989, S. 31 f.; Appellationsgericht des Kantons Tessin, Repertorio di giurisprudenza patria 1986, 112; 1979, 396.

⁴¹ SchKG-Staehelin (Fn. 9), Art. 82 Rz. 36.

⁴² Stücheli (Fn. 39), S. 168.

sondern auch für den Zessionar als Rechtsöffnungstitel. Der Zessionar muss jedoch zusätzlich zum Rechtsöffnungstitel die Abtretungsurkunde vorlegen.⁴³

Wie bereits erwähnt, hat die provisorische Rechtsöffnung im türkischen Recht eine ganz andere Bedeutung als diejenige in der Schweiz. Sie kann nur verlangt werden, wenn der Schuldner die Unterschrift des Forderungstitels bestreitet (hierzu oben 2.1.3.).⁴⁴ In der Türkei dürfte die Funktion des Verfahrens betr. provisorische Rechtsöffnung zum Teil vom Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung übernommen worden sein (hierzu oben 2.1.3.).

2.4.2. Beurteilung und Kritik des Verfahrens betreffend provisorische Rechtsöffnung

2.4.2.1. Im Allgemeinen

Ob und inwiefern sich das türkische Recht bewährt, kann der Verfasser nicht beurteilen. Das schweizerische Verfahren betr. provisorischer Rechtsöffnung, ist m.E. auf jeden Fall insgesamt positiv zu bewerten.⁴⁵ Es gestaltet m.E. auf effiziente Weise, die wirklich strittigen und vernünftiger Weise bestreitbaren Forderungen von den lediglich aus Geldmangel nicht bezahlten Forderungen auszuscheiden und die aufwändigen ordentlichen Zivilprozesse auf ein unerlässliches Minimum zu beschränken.

Wichtig ist lediglich, dass der Gesetzgeber bei der prozesualen Ausgestaltung des Rechtsöffnungsverfahrens auf den Schuldner, der in diesem Verfahren meistens die „schwächere“ Partei ist, ausreichend Rücksicht nimmt. Wie ich in einer rechtstatsächlichen Untersuchung gezeigt habe, hat das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung zu einem überwiegenden

⁴³ Siehe die bei Panchaud/Caprez (Fn. 39) in § 18 genannten Entscheide.

⁴⁴ Kuru, ZSR 1964 (Fn. 5), S. 337.

⁴⁵ Eingehend hierzu Meier, Rechtsschutz (Fn. 22), S. 183 ff.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Teil Miet- und Konsumentenstreitigkeiten zum Gegenstand.⁴⁶ Die häufigsten Rechtsöffnungstitel sind: Mietverträge, Darlehensverträge und Kaufverträge. In einer groben Schätzung kann man von einem Anteil an Konsumentenstreitigkeiten von etwa 60 % ausgehen. Der beklagte Schuldner ist meist die „schwächere“ Partei. In der Schweiz stehen sich typischerweise eine juristische Person (in über 70 % der Fälle) als professionelle Vermieterin oder Anbieterin von Waren und Dienstleistungen und eine nur selten (unter 10 % der Fälle) anwaltlich vertretene natürliche Person (in über 70 % der Fälle) als Mieterin oder Verbraucherin gegenüber.⁴⁷

Diese Erkenntnis erfordert es, dass das Verfahren möglichst „schuldnerfreundlich“ ausgestaltet sein muss. M.E. sollte das Verfahren, da die Schuldner häufig nicht anwaltlich vertreten sind, als mündliches Verfahren ausgestaltet sein. Dies ist im schweizerischen Recht leider nicht in allen Kantonen der Fall. In der neuen schweizerischen ZPO, die nunmehr in der definitiven Fassung vorliegt, wird ebenfalls dem schriftlichen Verfahren den Vorzug gegeben. In Art. 256 Abs. 1 der neuen schweizerischen ZPO wird zwar gesagt, dass es im Summaryverfahren jeweils im richterlichen Ermessen liegt, ob das Verfahren schriftlich oder mündlich durchgeführt werden muss. Für das Rechtsöffnungsverfahren wird aber in der Regel das schriftliche Verfahren vorgesehen.⁴⁸

Schlussfolgerung

Die Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung sind zu einem überwiegenden Teil Konsumentenstreitigkeiten, in dem ein professioneller Vermieter, Versicherer, Darlehensgeber oder Verkäufer einem Mieter oder Konsumenten gegenüber steht, welcher in der Schweiz sehr oft nicht anwaltlich vertreten ist. Bei der Ausgestaltung des Verfahrens muss diesem

⁴⁶ Meier, Rechtsschutz (Fn. 22), S. 176.

⁴⁷ Meier, Rechtsschutz (Fn. 22), S. 174.

⁴⁸ BBl 2006 7351.

Umstand Rechnung getragen werden. Im Übrigen hat sich das Verfahren betr. Provisorische Rechtsöffnung in der Schweiz sehr bewährt.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

2.4.2.2. Materielle Rechtskraft für provisorische Rechtsöffnung?

Das Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung führt lediglich zu einer rechtskräftigen Beurteilung der Forderung, wenn der Schuldner die Aberkennungsklage erhebt und dabei unterliegt.

Unterlässt der Schuldner die Aberkennungsklage, wird die provisorische Rechtsöffnung lediglich in dem Sinne definitiv, als der Gläubiger nunmehr die Betreibung fortsetzen kann (Art. 88 SchKG). Dem Schuldner verbleibt immer noch die Möglichkeit, nach Ende des Zwangsvollstreckungsverfahrens die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG/ Art. 72 Abs. 7 und 8 TR-Recht) und schon während der Betreibung die Klage auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung nach Art. 85a SchKG resp. Art. 72 TR-Recht einzuleiten.

M.E. muss man sich in analoger Weise wie beim Zahlungsbefehl die Frage stellen, ob dieses Konzept, dass dem Schuldner trotz versäumter Klagefrist diese Gegenklagen offen lässt, richtig ist. Ich meine, dass es vertretbar ist, bei Nichterhebung der Aberkennungsklage innert Frist die Rechtskraft vorzusehen. Um Härten gegenüber rechtsunkundigen und minderbemittelten Parteien zu verhindern, müsste allerdings für ausreichende Rechtsaufklärung und -beratung sowie auf eine effiziente unentgeltliche Prozessführung gesorgt werden.

Schlussfolgerung

De lege ferenda ist zu prüfen, ob die provisorische Rechtsöffnung nicht zu einer rechtskräftigen Beurteilung der Forderung führen sollte, wenn der Schuldner nicht innert Frist die

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Aberkennungsklage erhebt. Zum Schutz des Schuldners müsste allerdings dafür gesorgt werden, dass er sich der Konsequenzen der Unterlassung der Aberkennungsklage bewusst ist.

2.5. Bestimmungen zur Verhinderung des Missbrauchs von Rechtsbehelfen durch die Parteien?

Das ursprüngliche türkische Recht sah lediglich Bestimmungen vor, welche verhindern sollten, dass der Schuldner die ihm zustehenden Rechtsbehelfe missbräuchlich erhebt, insbesondere um die Bezahlung einer berechtigten Forderung hinauszuzögern. Durch die Revision im Jahre 1965 wurden im Falle einer unberechtigten Betreibungseinleitung jedoch ebenfalls Sanktionen zulasten des Gläubigers eingeführt.

Eine Sanktion allein zulasten des Schuldners ist zunächst für die Erhebung des Rechtsvorschlags im Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung. Durch das Gericht wird geprüft, ob das Bestreiten der Unterschrift durch den Schuldner gerechtfertigt ist. Gelangt dieses zum Ergebnis, dass die Unterschrift zum Schuldner gehört, so wird dieser zu einer Geldstrafe verurteilt. Bei dem Verfahren bezüglich der Bestreitung der Unterschrift kann also ausschliesslich der Schuldner sanktioniert werden. In der anschliessenden Aberkennungsklage (Art. 69 TR-Recht) besteht der Unterschied darin, dass sowohl der Schuldner als auch der Gläubiger im Falle des Unterliegens zu einer Geldleistung von mind. 15 % der Forderung verpflichtet werden können. Diese Sanktionen erfolgen jeweils im Hinblick auf den möglichen Missbrauch der Klage resp. der verwerflichen Einleitung der Betreibung und treffen den Schuldner gleichwohl wie den Gläubiger.⁴⁹ Dasselbe gilt im ordentlichen Prozess (Art. 67 TR-Recht) und bei der negativen Feststellungsklage (Art. 72 TR-Recht), auch dort muss die jeweils unterliegende

⁴⁹ Kuru, BLSchK 1967/68 (Fn. 6), S. 36.

Partei mind. 15 % der Forderung an die Gegenpartei leisten (hierzu 2.2.).⁵⁰

In den genannten Bestimmungen des türkischen Gesetzgebers kommt ein starkes Misstrauen gegenüber beiden Parteien zum Ausdruck. Ob dieses jeweils gerechtfertigt ist oder nicht, kann der Verfasser nicht beurteilen. Die neuen Schadenersatzbestimmungen zulasten der Gläubiger erscheinen als weniger problematisch, weil der Gläubiger grundsätzlich die Wahl hat, ob er eine Betreuung überhaupt einleiten und somit das Risiko einer möglichen Sanktion eingehen möchte oder nicht. Problematisch sind hingegen die Bestimmungen zulasten des Schuldners. Wegen dem hohem Kosten- und Schadenersatzrisiko wird der ohnehin meist mittellose Schuldner möglicherweise von der Ergreifung eines Rechtsbehelfs abgehalten werden, obwohl die in Betreuung gesetzte Forderung nicht oder nicht in angegebenem Umfang besteht. Diese Regelungen können somit den Rechtsschutz des Schuldners illusorisch machen.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich nie veranlasst gesehen, solche oder ähnliche Bestimmungen zur Verhinderung der missbräuchlichen Ergreifung von Rechtsbehelfen zu erheben. Immerhin bestehen in der Praxis gewisse Befürchtungen, dass der Gläubiger in missbräuchlicher Weise eine nicht oder nicht im geltend gemachten Umfang bestehende Forderung in Betreuung setzt. Das Bundesgericht hat denn auch entschieden, dass die Einleitung einer missbräuchlichen Betreuung nichtig sein kann (BGE 115 III 18 E. 3). In die gleiche Richtung geht die Bundesgerichtspraxis, wonach eine Betreuung nichtig ist, wenn der Grund der Forderung nicht genügend umschrieben ist und auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang identifiziert werden kann (BGE 121 III 19). Bis jetzt hat sich der schweizerische Gesetzgeber aber noch nicht gezwungen gesehen, solche Schadenersatzverpflichtungen im Falle des Unterliegens des Gläubigers im Gesetz aufzunehmen und diese sind m.E. in naher Zukunft auch nicht zu erwarten.

⁵⁰ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 409 und 413 f.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

2.6. Offene und verdeckte Formen des einstweiligen Rechtsschutzes im Einleitungsverfahren

2.6.1. Rechtslage im schweizerischen Recht im Vergleich zum türkischen Recht

Im schweizerischen Recht sind die ausdrücklich geregelten Formen des einstweiligen Rechtsschutzes im Einleitungsverfahren die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis. Nach Art. 83 Abs. 1 SchKG kann der Gläubiger, welchem die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, die provisorische Pfändung verlangen, wenn der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt. Ansonsten kann er die Aufnahme eines Güterverzeichnisses beantragen, wenn dies zur Sicherung als notwendig erscheint (Art. 83 Abs. 1 mit Verweis auf Art. 162 SchKG).

Eine vom Gesetz nicht ausdrücklich genannte Form des einstweiligen Rechtsschutzes ergibt sich aus dem Umstand, dass der Zahlungsbefehl ohne rechtzeitigen Rechtsvorschlag und die provisorische Rechtsöffnung ohne rechtzeitige Aberkennungsklage die Vollstreckung gestatten, welche jedoch stets unter dem Vorbehalt einer Gegenklage des Schuldners (Rückforderungsklage bzw. Feststellungsklage) stehen. Im türkischen Recht dürfte betreffend die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis sowie für die gerade genannten verdeckten Formen des einstweiligen Rechtsschutzes dasselbe gelten (Art. 69 TR-Recht). Hier kommt jedoch noch dazu, dass das türkische Recht für fällige Forderungen - anders als das schweizerische Recht - eine Arrestlegung gestattet, ohne dass ein besonderer Arrestgrund gegeben sein muss (Art. 257 TR-Recht). Der Gläubiger kann damit in jedem Fall, wenn er den Bestand der Forderung glaubhaft machen kann und diesen nicht bereits durch ein Pfand gedeckt ist (Art. 257 Abs. 1 TR-Recht), vor oder während dem Einleitungsverfahren einen Arrest legen und damit die Vermögenswerte des Schuldners schon vor

der Pfändung sichern.⁵¹ Im schweizerischen Recht sowie im türkischen Recht für nicht fällige Forderungen ist eine Arrestlegung hingegen stets nur bei Vorliegen eines Arrestgrundes (insb. Wohnsitz des Schuldners im Ausland, Beiseiteschaffen von Vermögenswerten, Verlustschein etc.) möglich (Art. 271 SchKG und Art. 257 Abs. 2 TR-Recht).

2.6.2. Kritik

Der einstweilige Rechtsschutz im SchKG und insbesondere der Arrest sind komplexe Themen für sich, welche eine gesonderte Abhandlung erfordern würden. Hier kann ich nur kurz zwei Probleme herausgreifen:

Die provisorische Pfändung ist als Institut des einstweiligen Rechtsschutzes in verschiedener Hinsicht mangelhaft ausgestaltet: Sie kann zunächst angeordnet werden, ohne dass geprüft wird, ob die Durchsetzung der Forderung überhaupt gefährdet ist. Im Weiteren bleibt die provisorische Pfändung für die ganze Dauer des Aberkennungsprozesses bestehen, auch wenn es sich möglicherweise im Laufe des Verfahrens herausgestellt hat, dass die Forderung des Gläubigers voraussichtlich nicht begründet ist.⁵² M. E. müsste dieses Institut konsequent auf die Grundsätze eines einstweiligen Rechtsschutzes ausgerichtet werden.⁵³ D.h. der Erlass muss mindestens von einer positiven Gefährdungsprognose abhängig sein.

Im Weiteren muss die provisorische Pfändung aufgehoben werden können, wenn sich im Laufe des Verfahrens heraus-

⁵¹ Özeks Muhammet, der Arrest im türkischen Zwangsvollstreckungsrecht, in: Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt) 2007 (Band 12), S. 319.

⁵² Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983, S. 74.

⁵³ Dazu gehören die Charakteristik, der Parteiwille und v.a. auch die Hauptsache- und Nachteilsprognose, vgl. hierzu Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (Fn. 52), S. 31 ff., 247 ff. und 217 ff.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

stellt, dass die Forderung voraussichtlich nicht besteht und/oder die Gefährdung weggefallen ist.

Betreffend den Arrest sollte meines Erachtens eine Mittellösung zwischen dem türkischen und dem schweizerischen Recht gefunden werden: Das schweizerische Recht ist für die Arrestlegung für Forderungen ohne Rechtstitel viel zu restriktiv. M.E. sollte eine Arrestlegung für fällige Forderungen auch gegenüber Personen mit Wohnsitz in der Schweiz stets möglich sein, wenn der Gläubiger die Forderungen und die Gefährdung ihrer Durchsetzung glaubhaft machen kann. Andererseits geht m.E. das türkische Recht zu weit, wenn es für jede glaubhaft gemachte fällige Forderung eine Arrestlegung gestattet.

Schlussfolgerung

Der einstweilige Rechtsschutz vor und während dem Einleitungsverfahren bedarf der Überprüfung. Insbesondere ist es erforderlich, die provisorische Pfändung und den Arrest konsequenter auf die anerkannten Grundsätze des einstweiligen Rechtsschutzes auszurichten. Diese verlangen unter anderem, dass der Antragsteller den Anspruch und seine Gefährdung glaubhaft machen muss.

3. Betreibung auf Pfändung auch gegenüber Personen, die im Handelsregister eingetragen sind

Eine umfassende Revision des SchKG verlangt auch eine Überprüfung der Frage, wie der Anwendungsbereich der Betreibung auf Pfändung gegenüber demjenigen der Konkursbetreibung zu umschreiben ist.

Das schweizerische SchKG weist die im Vergleich zu vielen anderen Zwangsvollstreckungsrechten aussergewöhnliche Regelung auf, dass juristische Personen und natürliche Personen, die Inhaber einer Einzelfirma sind, grundsätzlich nur auf Konkurs betrieben werden können (Art. 39 SchKG). Die

Einzelzwangsvollstreckung ist demgegenüber ausgeschlossen. Ausnahmen gelten immerhin für öffentlichrechtliche Forderungen (Steuern, Gebühren, Bussen etc.), für Ansprüche auf Sicherheitsleistung und –seit der Revision von 1994– auch für familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsleistungen (Art. 43 SchKG).⁵⁴

In der Türkei, wie in den meisten anderen Staaten dieser Welt, kann der Gläubiger demgegenüber allgemein gegenüber Handelspersonen wählen, ob er sie auf Konkurs oder Pfändung betreiben will (Art. 43 TR-Recht).⁵⁵ Nach meiner Ansicht ist diese Regelung sehr zu begrüßen. Gerade bei Einzelkaufleuten und KMU's kann die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung im Interesse aller Beteiligten, also sowohl von Gläubigern als auch vom Schuldner sein. In der Schweiz, in der die Stellung eines Konkursbegehrens mit einem enormen Kostenrisiko⁵⁶ verbunden ist, grenzt der grundsätzliche Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung sogar an eine Verweigerung der Rechtsdurchsetzung. In der Praxis werden denn auch nur selten Konkursbegehren durch die Gläubiger gestellt.

Schlussfolgerung

Im schweizerischen SchKG können Personen, die nach Art. 39 SchKG der Konkursbetreibung unterliegen, grundsätzlich nur auf Konkurs betrieben werden. M.E. ist die Lösung des

⁵⁴ Im Weiteren kommt eine Einzelzwangsvollstreckung gestützt auf eine Arrestlegung in der Schweiz in Frage, wenn der Schuldner im Ausland wohnt (vgl. Art. 52 SchKG).

⁵⁵ Für das türkische Recht vgl. Kuru, ZSR 1964 (Fn. 5), S. 343. In Deutschland beispielsweise erfolgt die Eröffnung des Konkursverfahrens nur auf Antrag, vgl. § 103 KO (HESS HARALD, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., Neuwied, Luchterhand 1998, § 103 Rz. 1 und Rz. 25).

⁵⁶ Nach Art. 169 Abs. 1 SchKG haftet der antragstellende Gläubiger für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldeneruf entstehen. Das Gericht kann und wird in der Regel einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen (Art. 169 Abs. 2 SchKG).

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

türkischen Rechts zu begrüßen, die dem Gläubiger in diesen Fällen die Wahl zwischen Konkurs und Einzelzwangsvollstreckung lässt.

4. Pfändungsvollzug und Auskunftspflicht von Schuldner und Dritten

4.1. Überblick über die Rechtslage im schweizerischen SchKG im Vergleich zum türkischen Recht

Das schweizerische und türkische Recht weisen für den Pfändungsvollzug und die Auskunftspflicht von Gläubigern und Dritten Gemeinsamkeiten aber auch wesentliche Unterschiede auf.

Im schweizerischen Recht muss zunächst jede Pfändung mindestens am vorhergehenden Tage angekündigt werden (Art. 90 SchKG). Eine nicht oder nicht richtig erfolgte Pfändungsankündigung macht die nachfolgende Pfändung zwar nicht nichtig, sie ist jedoch anfechtbar.⁵⁷ Die Anfechtbarkeit entfällt jedoch, wenn der Schuldner trotz der Mängel bei der Pfändung anwesend war.⁵⁸ Im türkischen Recht erfolgt demgegenüber die Pfändung stets ohne Ankündigung (Art. 80 TR-Recht).⁵⁹

In beiden Rechtsordnungen trifft den Schuldner eine weitgehende Auskunftspflicht über sämtliche pfändbaren Vermögenswerte (Art. 91 SchKG/ Art. 80 TR-Recht). Der Schuldner muss dabei nicht nur so viele Vermögenswerte angeben, wie zur Deckung der Gläubigerforderung notwendig sind, sondern sämtliche Aktiven. Sonst könnte der Betreibungsbeamte die Reihenfolge der Pfändung nach Art. 95 SchKG nicht bestimmen. Im schweizerischen Recht trifft dieselbe Auskunftspflicht

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 7B.97/2003 vom 6. Mai 2003 Erwägung 2.2.; Fritzsche/Walder (Fn. 10), § 23 Rz. 10; SchKG-Lebrecht (Fn. 9), Art. 90 Rz. 15.

⁵⁸ BGE 115 III 41 E. 1; Amonn/Walther (Fn. 4), § 22 Rz. 27.

⁵⁹ Kuru, ZSR 1964 (Fn. 5), S. 337.

wie der Schuldner auch Dritte, welche Vermögenswerte des Schuldners verwahren oder Schuldner des Schuldners sind (Art. 91 Abs. 4 SchKG). Banken und Anwälte können sich dabei nicht auf das Bank- bzw. Anwaltsgeheimnis berufen.⁶⁰ Insgesamt dürfte die Auskunftspflicht bedeutend weiter gehen als etwa im deutschen Recht.⁶¹

Anders geregelt sind in der Schweiz und in der Türkei der Zeitpunkt der Auskunftspflicht und die Sanktion bei Verweigerung der Auskunft. Im schweizerischen Recht hat der Schuldner erst im Stadium der Pfändung Auskunft zu erteilen. Bei Verweigerung der Auskunft bzw. Verheimlichung von Vermögenswerten kann er sich sodann strafbar machen (Art. 91 SchKG mit Verweis auf die Art. 163 Ziff. 1 und 323 Ziff. 2 StGB). Im türkischen Recht hat der Schuldner demgegenüber schon auf den Zahlungsbefehl hin, gegenüber dem Betreibungsamt eine Erklärung über seine Vermögenswerte abzugeben, falls er nicht in der Lage ist, die Forderung zu bezahlen (Art. 74-77 TR-Recht). Verweigert er diese Erklärung kann der Schuldner

⁶⁰ BGE 109 III 22 E. 1, 102 III 6 E. 2, 75 III 106 E. 2a, 51 III 37 E. 1; SchKG-LEBRECHT (Fn. 9), Art. 91 Rz. 24.

⁶¹ In Deutschland trifft Dritte grundsätzlich keine Auskunftspflicht. Dies ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Lediglich § 806a DZPO trifft die Bestimmung, dass Angehörige des Schuldners nicht zur Auskunft über den Arbeitgeber des Schuldners verpflichtet sind, wenn der Schuldner nicht zuhause angetroffen wird und eine Pfändung nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers führen würde. Nur im Rahmen der Forderungspfändung trifft den Drittschuldner gemäss § 840 Abs. 1 DZPO eine Auskunftspflicht. Auch die Auskunftspflicht des Schuldners dürfte weniger weit gehen als in der Schweiz. Grundsätzlich ist der Schuldner nicht zur Auskunft verpflichtet. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 806a Abs. 1 DZPO. Dort wird eine freiwillige Auskunft des Schuldners über ihm zustehende Forderungen gegen Dritte vorausgesetzt, jedoch keine Pflicht zur Auskunft statuiert (Stöber Kurt in: Zöller Richard [Begr.], Zivilprozessordnung, 26. Aufl., Köln 2007, Vor § 806a Rz. 6). Wenn der Schuldner schon keine Auskunft darüber geben muss, ob ihm Forderungen gegen Dritte zustehen, muss er erst recht keine Auskunft über Gegenstände geben, denn diese sind für den Gerichtsvollzieher (im Gegensatz zu Forderungen) sichtbar und greifbar. Wurde jedoch eine Forderung gepfändet und dem Gläubiger überwiesen, ist der Schuldner gemäss § 836 Abs. 3 DZPO zur Auskunft verpflichtet.

in Personalhaft genommen werden (Art. 76 TR-Recht). Er kann dabei solange in Haft belassen werden, bis er die Erklärung abgibt (Art. 76 TR-Recht, max. 3 Monate).⁶² Diese Regelung entspricht etwa dem sog. Offenbarungseid des deutschen Rechts (§ 807 Abs. 3 und 901 DZPO).⁶³

Beiden Rechten gemeinsam ist, dass die Auskunft des Schuldners nicht von einem Gericht, sondern vom Betreibungsamt angeordnet wird.⁶⁴ Ebenso ist bei der Vornahme der Pfändung im Haus des Schuldners – anders als im deutschen Recht – keine richterliche Bewilligung notwendig.⁶⁵

⁶² Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 407.

⁶³ Vgl. hierzu: Schuschke Winfried/Walker Wolf-Dietrich, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar zum Achten Buch der ZPO, 2 Bde., 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002-2005, § 807 Rz. 33 und § 901.

⁶⁴ Im schweizerischen Recht in Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erwähnt (Amonn/Walther [Fn. 4], § 22 Rz. 31). Zum türkischen Recht Art. 60 TR-Recht (vgl. hierzu Kuru, Forschungsberichte [Fn. 14], S. 406 f.). Früher war im deutschen Recht für die Anordnung der Auskunft ebenfalls der Richter zuständig. Seit dem 1.1.1999 ist dafür aber der Gerichtsvollzieher zuständig. Vgl. dazu § 899 Abs. 1 DZPO (Brox Hans/Walker Wolf Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2008, Rz. 1133; Eickmann in Münch.-Komm. [Fn. 12], § 899 Rz. 2 und Voit in Musielak [Fn. 8], § 899 Rz. 3). Dasselbe gilt im österreichischen Recht, dort wird nämlich die Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses seit der Exekutionsordnungs-Novelle im Jahre 2003 ebenfalls durch den Gerichtsvollzieher angeordnet (§ 47 i.V.m. 253a und 249 Abs. 2 EO) siehe Rechberger Walter H./Oberhammer Paul, Exekutionsrecht, 4. Aufl., Wien 2005, Rz. 341 und 354.

⁶⁵ Gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 BV (Recht auf Achtung der Wohnung) ist der Eingriff eines Betreibungsbeamten zulässig, wenn u.a. eine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Vgl. hierzu Villiger Mark E., Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, § 24 Rz. 555 ff. und Müller Jorg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 197. Im deutschen Recht hingegen erfolgt die Vornahme der Pfändung gestützt auf den zugestellten Vollstreckungsbescheid des zuständigen Gerichts (§ 699 DZPO). Vgl. Voit in Musielak (Fn. 8), § 699 Rz. 2 ff. und § 700 Rz. 2. Dies ergibt sich auch aus dem deutschen Grundgesetz (Art. 13 GG), vgl. Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München/Wien 2005, 3. Teil 2. Kapitel, Rz. 322. Zum türkischen Recht siehe Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 415.

4.2. Verfassungsrechtliche Problematik

Ein Zwangsvollstreckungsgesetzgeber hat die Grundsatzfrage zu beantworten, welche Entscheidungen einer richterlichen Behörde übertragen werden sollen/müssen und welche die Zwangsvollstreckungsbehörde selber vornehmen kann.

Im Gegensatz zu anderen Zwangsvollstreckungsrechten gingen und gehen das schweizerische SchKG sowie das türkische Recht von starken Vollstreckungsbehörden mit weit reichenden Kompetenzen aus. Die richterliche Behörde wird nur für eigentliche Zivilprozesse über die Forderung oder Drittrechte, sowie für wenige Grundsatzentscheidungen, wie Konkursöffnung und Bewilligung der Nachlassstundung vorgesehen. Andere wichtige Entscheidungen, die in die Persönlichkeitsrechte des Schuldners eingreifen, werden wie gerade gesagt vom Betreibungsbeamten ohne Einschaltung des Gerichtes getroffen.

Man kann sich fragen, ob diese Regelung mit dem Verfassungsrecht und der EMRK vereinbar ist.⁶⁶ In der Schweiz wurde dies betreffend die Bundesverfassung klar bejaht.⁶⁷ In der neuen schweizerischen Bundesverfassung von 1999 ist sowohl die Wohnung (Art. 13 Abs. 1 BV) als auch die Persönlichkeit (Art. 10 Abs. 2 BV) grundrechtlich geschützt. Ein analoger Schutz ergibt sich auch aus der europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 8 EMRK). Nach herrschender Meinung in Lehre und Praxis braucht es für Eingriffe in das Recht auf Unversehrtheit der Wohnung und in die Persönlichkeitsrechte eine ausreichende gesetzliche Grundlage.⁶⁸ Über die Anordnung des Eingriffs

⁶⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101), in Kraft getreten am 1. Januar 2000 und Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101).

⁶⁷ Für die BV vgl. Müller/Schefer (Fn. 65), S. 197.

⁶⁸ Art. 8 EMRK enthält keinen ausdrücklichen Richtervorbehalt oder eine richterliche Anordnung als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Wohnungsdurchsuchung. So ausgeführt in Grabenwarter (Fn. 65), 3. Teil 2. Kapitel, Rz. 46 und Frowein Jochen, in: Frowein Jochen/ Pe-

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

im konkreten Fall kann jedoch auch eine Verwaltungsbehörde, welche vom Gesetz mit der entsprechenden Befugnis ausgestattet wird, entscheiden. Das Zwangsvollstreckungsrecht bietet eine ausreichende gesetzliche Grundlage sowohl für die Eingriffe in die betreffenden Grundrechte als auch für die Kompetenz des Betreibungsamtes zu diesem Eingriff.

Fraglich ist jedoch, ob sich ein Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren für wichtige Entscheidungen in der Zwangsvollstreckung aus Art. 6 EMRK ergibt. Dem Wortlaut dieser Bestimmung nach haben die Parteien das Recht, dass sie für zivilrechtliche Ansprüche von einem unabhängigen „Gericht“ gehört werden. In einem weiteren Sinne verstanden, handelt es sich bei zwangsvollstreckungsrechtlichen Entscheidungen ebenfalls um Zivilstreitigkeiten.⁶⁹ Gerichte unterscheiden

ukert Wolfgang (Hrsg.), Europ. Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 8 Rz. 30.

⁶⁹ Der Verfasser begründet eine weite Auslegung des Begriffs der zivilrechtlichen Ansprüche damit, dass sich im Zwangsvollstreckungsverfahren eigentlich wie in jedem anderen Zivilprozess grundsätzlich gleichberechtigte Privatpersonen gegenüberstehen (Meier Isaak, *Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden*, Zürich 2002, S. 12 f.). Dass es sich bei zwangsvollstreckungsrechtlichen Entscheidungen um Zivilstreitigkeiten handelt begründen weiter, Schwander Ivo, zur Grundrechtsnähe der im SchKG geregelten Problematiken, *AJP* 1996, S. 599 ff.; Villiger, *Handbuch EMRK* (Fn. 65), Rz. 390, spricht klar davon, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren heute „faktisch“ den Garantien von Art. 6 EMRK unterstellt sei, da die Durchsetzung eines Rechts gerade der Zweck der Vollstreckung ist; Im Entscheid Pérez de Rada Cavanilles c. Spanien, Reports 1998-VIII, S. 3253, § 39 wird danach entschieden, ob das betreffende Recht im Zwangsvollstreckungsverfahren „wirksam wird“; Urteil des Bundesgerichts vom 18. Januar 2001, 5P.466/2000. Urteil des Bundesgerichts vom 21. Oktober 2002, 5P.334/2002 (Ausstandsbegehren in einem Rechtsöffnungsverfahren, welches unter Berufung auf Art. 30 BV und Art. 6 EMRK dem Bundesgericht vorgelegt wurde); vgl. auch Iqbal Yasmin, *SchKG und Verfassung - untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?* S. 31. Die gegenteilige Ansicht vertritt PEUKERT in Frowein/Peukert (Fn. 68), Art. 6 N 52, da es sich bei Vollstreckungsentscheidungen um verfahrensrechtliche Verfügungen handelt; Häfliger Arthur/Schürmann Frank, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern 1999, S. 147 begründen ihre Ansicht damit, dass das vorangegangene Klageverfahren bereits über den zivilrech-

sich von Verwaltungsbehörden namentlich durch die sog. Institutionelle Unabhängigkeit, d.h. die Unabhängigkeit von anderen Staatsstellen sowie anderen Gerichten.⁷⁰ Damit ist die Frage gestellt, ob nach Art. 6 EMRK nicht mindestens für wichtige Entscheidungen in der Zwangsvollstreckung eine richterliche Behörde vorgesehen werden muss. Lehre und Praxis haben soweit ersichtlich diese Frage nicht beantwortet. Immerhin lässt sich sagen, dass allgemein der Forderung nach einem institutionell unabhängigen Gericht keine absolute Bedeutung beigemessen wird. So wird etwa akzeptiert, dass typische zivilrechtliche Entscheidungen mindestens erstinstanzlich von einer Verwaltungsbehörde gefällt werden.⁷¹ Im Weiteren besteht bekanntlich die Tendenz, die Anwendung der EMRK auch auf eigentliche Verwaltungsverfahren anzuwenden, ohne gleichzeitig zu verlangen, dass diese Verfahren vor einer Gerichtsstanz geführt werden müssten.⁷² Hieraus ist m.E. zu schliessen, dass wohl auch Art. 6 EMRK nicht verbietet, dass die Vollstreckungsorgane auch über Fragen entscheiden, welche in die (zivilrechtlichen) Rechte der Betroffenen eingreifen.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass mindestens aus schweizerischer Sicht grundsätzlich sämtliche Fragen der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne dem Betreibungsbeamten übertragen werden können. M.E. hängt die Beantwortung

tlichen Anspruch entschieden hat; Kleystruller Andreas, der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, AJP 1994, S. 23 ff. vertritt die Ansicht, dass nur die Vollstreckung von Gerichtsurteilen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fällt.

⁷⁰ Villiger, Handbuch EMRK (Fn. 65), Rz. 417.

⁷¹ Villiger, Handbuch EMRK (Fn. 65), Rz. 429.

⁷² Vgl. das Urteil im Fall *Le Compte u.a. c. Belgien*, Nr. 43, § 51; Nr. 18874/91, *X.c. Schweiz, Decisions and Reports (DR) 76-A*, S. 44 ff.; 11179/84, *Langborger c. Schweden*, DR 48, S. 207; BGE 117 Ia 381 f. E. 4b; Villiger MARK E., *Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Belilos gegen die Schweiz*, Recht Nr. 7, 1989, S. 65; Kälin Walter, *Verschuldensgrundsatz und Öffentlichkeitsprinzip: Die Strafsteuer im Lichte von Verfassung und EMRK*, Archiv für schweizerisches Abgaberecht (ASA) Nr. 60, 1991, S. 172.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

der Frage, ob einem Vollstreckungsbeamten auch wichtige Entscheidungen zugetraut werden können, in der Tat davon ab, welche Stellung einem Beamten in einem Staat beigemessen wird und faktisch zukommt. Ist auch für die Beamten die Unabhängigkeit von den Parteien und anderen Organen außerhalb des Zwangsvollstreckungsbetriebs ausreichend gewährleistet, können m.E. auch Beamte ein rechtsstaatliches Vollstreckungsverfahren garantieren. Infolge Art. 10/11 SchKG über die Ausstandspflichten und verbotene Rechtsgeschäfte sollte dies m.E. sowohl in der Schweiz als auch in der Türkei bejaht werden können.

Schlussfolgerung

Sowohl nach schweizerischem als auch nach türkischem Recht kann der Betreibungsbeamte die Wohnung des Schuldners betreten, ohne dass eine richterliche Erlaubnis eingeholt werden muss. Desgleichen ordnet das Betreibungsamt die Auskunftserteilung durch den Schuldner an. Eine richterliche Anordnung ist hierfür nicht notwendig. M.E. sind diese Regelungen mit Verfassung und EMRK vereinbar sowie auch sachlich gerechtfertigt.

5. Pfändungsschranken

5.1. Allgemeines

Die Pfändungsschranken im schweizerischen und türkischen Recht sind weitgehend identisch umschrieben. Neben den unpfändbaren Vermögenstücken (Art. 92 SchKG, Art. 82 TRRecht) umschreiben die Gesetze periodische Einnahmen, die lediglich beschränkt gepfändet werden können (Art. 93 SchKG, Art. 82 TR-Recht). Gewisse Unterschiede weisen die zum persönlichen Gebrauch dienenden Kompetenzstücke, die Berufswerkzeuge und die Lohnpfändung auf.

5.2. Kompetenzstücke im engeren Sinne

In der Revision von 1994 wurden im schweizerischen Recht die Kompetenzstücke im engeren Sinne, d.h. die Gegenstände, die für den Schuldner und seine Familie unentbehrlich sind, neu umschrieben. Während dem in der ursprünglichen Formulierung, wie sie -von einigen Ergänzungen abgesehen- noch für das türkische Recht gilt (Art. 82 TR-Recht) die Art der Gegenstände abschliessend aufgezählt sind, werden im heutigen Art. 92 Ziff. 1 SchKG nur noch Beispiele genannt, die unter den allgemeinen Begriff „*bewegliche Sachen, soweit sie unentbehrlich sind*“ fallen. Hierunter fallen alle Gegenstände, welche zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen zählen und es dem Betroffenen nicht zuzumuten ist, darauf zu verzichten.⁷³

Mit der neuen Formulierung ist sichergestellt, dass die Gerichtspraxis sich laufend neueren Entwicklungen in der Gesellschaft und der Technik anpassen kann. Hinzuzufügen ist allerdings, dass sich die schweizerischen Beamten und Gerichte ohnehin nie an den genauen Wortlaut geklammert haben und entsprechend auch die alte Bestimmung schon grosszügiger ausgelegt haben: Entsprechend sind heute wie schon vor der Revision von 1994 etwa als Kompetenzstücke unbestritten: Wohnwände, Teppiche, Haushaltsgeräte aller Art, aber auch Radios. Neuerdings fallen auch Mobiltelefone darunter, denn sie ermöglichen, Beziehungen zu anderen Menschen aufrechtzuerhalten und am sozialen Leben teilzunehmen, welches unbestritten zu den elementaren Bedürfnissen zu zählen ist.⁷⁴

Hervorzuheben ist im Übrigen, dass die Kompetenzstücke in den letzten Jahren kaum mehr zu Gerichtsentscheiden geführt haben. Meistens kann und muss die Pfändung schon

⁷³ Fritzsche/Walder (Fn. 10), § 24 Fn. 13.

⁷⁴ Iqbal (Fn. 69), S. 186; Zum Recht, Beziehungen zu anderen Menschen aufrechtzuerhalten (Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV) siehe Schweizer Rainer, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen/ Basel/Genf 2008, Art. 10 Rz. 27.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

gestützt auf Art. 92 Abs. 2 SchKG unterbleiben, weil der Überschuss über die Verwertungskosten so gering wäre, dass sich eine Wegnahme nicht rechtfertigt. Gegenstände des täglichen Gebrauchs haben nach ihrer Benützung von wenigen Ausnahmen wie das Auto abgesehen in der Schweiz, nur noch einen sehr geringen Verkehrswert.

Das türkische Recht, unterscheidet sich sodann insofern vom schweizerischen Recht, als das Haus des Schuldners unpfändbar ist, soweit dies den Verhältnissen des Schuldners entspricht. Handelt es sich dabei aber um ein luxuriöses Haus, so wird das Haus verwertet. Aus dem Erlös wird jedoch dem Schuldner ein gewisser Teil als unpfändbar überlassen, damit er ein seinen Verhältnissen entsprechendes Haus erwerben kann.⁷⁵ Weiter wurde in der Liste der unpfändbaren Gegenstände angeführt, dass die Sachen des Staates und sowohl dem Landwirt gehörende Zugtiere, Fahrzeuge und landwirtschaftliche Werkzeuge, als auch die ihm und seiner Familie zum Lebensunterhalt notwendige Äcker im türkischen Recht unpfändbar sind.⁷⁶

Eine Besonderheit des türkischen Rechts besteht im Übrigen darin, dass in gewissen Fällen die Unpfändbarkeit der Gegenstände nicht geltend gemacht werden kann. Wenn es sich um einen Gegenstand nach Art. 92 Abs. 1-4 TR-Recht handelt, so darf die Unpfändbarkeit dann nicht geltend gemacht werden, wenn es sich beim Gläubiger um den Verkäufer handelt und dieser den Käufer wegen der Kaufpreisforderung betreibt.⁷⁷ Diese Regelung verschafft dem Verkäufer für die Kaufpreisforderung eine Vorzugsstellung, die im Ergebnis mit einem Eigentumsvorbehalt oder Pfandrecht vergleichbar ist. Materielle Sicherungsrechte können allgemein auch an Kompetenzstücken errichtet werden.⁷⁸

⁷⁵ Kuru, Forschungsberichte (Fn. 14), S. 418.

⁷⁶ Kuru, ZSR 1964 (Fn. 5), S. 338.

⁷⁷ Kuru, ZSR 1964 (Fn. 5), S. 338.

⁷⁸ Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977, 3. Aufl., Basel 2006-2007, Art.

Schlussfolgerung

Die Gegenstände, die dem Schuldner zum persönlichen Gebrauch dienen und deshalb unpfändbar sind, sind möglichst allgemein zu umschreiben, damit sie von der in der Praxis laufend neueren Entwicklungen in der Gesellschaft und Technik angepasst werden können (vgl. die Umschreibung in Art. 92 Ziff. 1 SchKG).

5.3. Beschränkte Pfändung von gegenwärtigem und zukünftigem Einkommen

5.3.1. Rechtslage nach SchKG

Nach Art. 93 SchKG kann das gegenwärtige und zukünftige Einkommen des Schuldners insoweit gepfändet werden, als es für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig ist. Dem Erwerbseinkommen gleichgestellt sind nach Art. 93 Abs. 1 SchKG „Nutzniessungen und ihre Erträge, Leibrenten sowie Unterhaltsbeiträge, Pensionen und Leistungen jeder Art, die einen Erwerbsausfall oder Unterhaltsanspruch abgelten, namentlich Renten und Kapitalabfindungen“.

Eine wesentliche Besonderheit des SchKG besteht dabei darin, dass das wichtigste Pfändungsobjekt, namentlich der Lohn des Schuldners, zugunsten eines Gläubigers bzw. einer Gläubigergruppe lediglich für ein Jahr gepfändet werden kann (Art. 93 Abs. 2 SchKG). Die Jahresgrenze für die Lohnpfändung ist erst mit der Revision von 1994 ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen worden. Schon vorher galt sie jedoch als unbestrittenes Richterrecht.⁷⁹ Die zeitliche Beschränkung der Lohnpfändung ist bekanntlich nicht so sehr eine Bestimmung des Schuldnerschutzes, sondern sichert die Chancengleichheit der Gläubiger. Damit haben sowohl alte als auch neue Gläubiger eine reale Chance am wichtigsten Pfändungssubstrat,

884 Rz. 41.

⁷⁹ Fritzsche/Walder (Fn. 10), § 24 Rz. 54.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

dem Lohn teilzuhaben.⁸⁰ Das türkische Recht hat bisher die Jahreshgrenze nicht übernommen.

Eine weitere Besonderheit des schweizerischen Rechts gegenüber dem türkischen Recht betrifft die Berechnung des Existenzminimums. Während im türkischen Recht die pfändbare Quote offenbar eher schematisch berechnet wird (es wird jeweils mindestens ein Viertel des Lohnes gepfändet, Art. 83 Abs. 2 TR-Recht), bestehen in der Schweiz detaillierte Richtlinien⁸¹ für eine den konkreten Verhältnissen des Schuldners angepasste Lösung. Diese Richtlinien bauen auf einem pauschalen Grundbetrag, insbesondere für Nahrung, Kleidung und Wäsche, Körper- und Gesundheitspflege, Unterhalt der Wohnungseinrichtung, Kulturelles sowie Energie auf.⁸² Für die Kinder wird ebenfalls ein pauschaler Zuschlag abgestuft nach Alter gewährt.⁸³ Zu diesen Pauschalbeträgen kommen Zuschläge nach Massgabe der effektiven Ausgaben für folgende Posten hinzu: Miete, Sozialbeiträge, Berufsauslagen und Unterhaltsbeiträge etc. Laufende Steuern werden jedoch grundsätzlich nicht in das Existenzminimum eingerechnet.⁸⁴

⁸⁰ Meier/Isaak, die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des CH-Rechts – 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination, in: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2008 H. 4, S. 467 f.

⁸¹ Im Kanton Zürich sind heute die Richtlinien vom 23. Mai 2001, mit Änderung vom 17. Januar 2007 massgebend (ZR 100 Nr. 46).

⁸² Im Kanton Zürich ist der Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner monatlich Fr. 1'100.- resp. 1'000.-, wenn er in einer Haushaltsgemeinschaft lebt; für ein Ehepaar beträgt der Grundbetrag Fr. 1'550.- (Richtlinien des Zürcher Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, II. 1. und 2.).

⁸³ Kinder bis zu sechs Jahren Fr. 250.-/Mt.; Kinder von sechs bis zu zwölf Jahren Fr. 350.-/Mt.; Kinder von zwölf bis zu achtzehn Jahren bzw. bis zum Abschluss der Erstausbildung Fr. 500.-/Mt. (Richtlinien des Zürcher Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, II. 3).

⁸⁴ Vgl. hierzu Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen (Fn. 21), S. 281 ff. m.w.H. Im Anschluss an die dort angebrachte Kritik sind einzelne Kantone dazu übergegangen, die laufenden Steuern einzurechnen (BISchK 2003, S. 30 ff.; BISchK 2001, S. 98 ff.; vgl. demgegenüber allerdings BGE 126 III 89 E. 3b, in dem das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung verweist, ohne sich mit der hier infrage stehenden

5.3.2. Würdigung

Die Lohnpfändung nach SchKG und grundsätzlich auch nach türkischem Recht weist im Vergleich zur Einkommenspfändung in anderen Ländern viele Vorzüge auf, die in einem revidierten Recht unbedingt beibehalten werden sollten:

- Besonders begrüßenswert ist m.E. die Beschränkung der Lohnpfändung auf ein Jahr. Damit ist sichergestellt, dass alle pfändenden Gläubiger eine reale Chance haben, von der Lohnpfändung –der in der Schweiz weitaus häufigsten Form der Pfändung– zu profitieren.

- Eine gelungene Lösung ist nach meiner Beurteilung auch, dass die pfändbare Quote vom Betreibungsbeamten und nicht wie etwa in Deutschland vom Arbeitgeber berechnet wird.⁸⁵

- Von Vorteil ist schliesslich, dass das Existenzminimum des Schuldners –mindestens im schweizerischen Recht– in wesentlichem Umfang nicht abstrakt, sondern nach den konkreten Bedürfnissen eines Schuldners berechnet wird.⁸⁶

Schlussfolgerung

Die Lohnpfändung, wie sie im schweizerischen und türkischen Recht verwirklicht ist, ist grundsätzlich unverändert zu belassen. M.E. verdient allerdings die konkrete dem Einzelfall angepasste Berechnung des Existenzminimums in der Schweiz gegenüber der pauschalen Berechnung in der Türkei den Vorzug.

Problematik auseinanderzusetzen).

⁸⁵ Becker in Musielak (Fn. 8), § 850c Rz. 7; Brox/Walker (Fn. 64), Rz. 562; Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen (Fn. 21), S. 63 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu § 850 Abs. 1 DZPO; Brox/Walker (Fn. 64), Rz. 581; Becker in Musielak (Fn. 8), § 850f Rz. 2.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

5.4. Pfändungsschranken zum Erhalt des Erwerbseinkommens

Die am besten begründbaren Vollstreckungsschranken sind diejenigen, die dem Erhalt des Erwerbseinkommens des Schuldners dienen. Sie bedeuten in der Regel eine Win-win-Lösung für alle Beteiligten, insbesondere auch für die Gläubiger, welchen damit das Pfändungssubstrat für die Zukunft erhalten bleibt. Im schweizerischen Recht und ebenso im türkischen Recht ist das Erwerbseinkommen des Schuldners in Gegenwart und Zukunft nur unzureichend geschützt.

Unbefriedigend sind insbesondere Inhalt und Auslegung der Bestimmungen über die Unpfändbarkeit von Vermögenswerten, die der Erzielung eines Erwerbseinkommens dienen. Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG erklärt als unpfändbar „die Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher, soweit sie für den Schuldner und seine Familie zur Ausübung des Berufes notwendig sind“. Eine analoge Bestimmung existiert im türkischen Recht (Art. 82 TR-Recht).

Geschützt ist danach lediglich die berufliche Tätigkeit.⁸⁷ Kein Beruf ist nach Lehre und Rechtsprechung der Betrieb eines Unternehmens, weil der damit erzielte Gewinn nicht überwiegend als Entgelt für persönliche Tätigkeit erscheint, sondern hauptsächlich auf andere Erwerbsfaktoren wie Einsatz bezahlter Arbeitskräfte und investiertes Kapital zurückzuführen ist. In BGE 113 III 77 hat das Bundesgericht zum Beispiel den Verkauf von Videokassetten als unternehmerische Tätigkeit erachtet. Nicht geschützt wird sodann der Nebenerwerb, wenn der Hauptberuf bereits zur Deckung des Lebensunterhalts aus-

⁸⁷ Auch Marville Paul, *Exécution forcée, responsabilité patrimoniale et protection de la personnalité*, Diss. Lausanne 1992, Rz. 298, spricht sich gegen die Unterscheidung zwischen beruflicher Tätigkeit und Betrieb eines Unternehmens aus. Er ist der Ansicht, Beruf und Unternehmen würden sich nicht gegenseitig ausschliessen. Die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte „*solution du tout ou du rien*“ sei der falsche Lösungsansatz.

reicht.⁸⁸ Etwas überspitzt lässt sich sagen: Geschützt sind nach Gesetzgebung, Lehre und Praxis lediglich Kleinhandwerker, wie ein Schreiner, der mit einem Werkzeugkasten unterwegs ist und Gelegenheitsarbeiten vollbringt. Alle anderen beruflichen, gewerblichen und unternehmerischen Tätigkeiten werden in der Pfändung „geopfert“, mögen sie auch noch so rentabel sein.

Meines Erachtens lässt sich die Unterscheidung in Beruf und Unternehmen sachlich nicht rechtfertigen. Unpfändbar sollten nicht nur die „Berufswerkzeuge“, sondern alle Vermögenswerte sein, die dem Schuldner für die Erzielung eines Erwerbseinkommens dienen. Massgebend sein sollte allein, ob die Gläubiger aus dem Erwerb des Schuldners mittel- und langfristig mehr erhalten, als bei sofortiger Verwertung der Betriebsmittel.

Schlussfolgerung

Unpfändbar sollten nicht nur die „Berufswerkzeuge“, sondern alle Vermögenswerte sein, die dem Schuldner für die Erzielung eines Erwerbseinkommens dienen. Massgebend sein sollte allein, ob die Gläubiger aus dem Erwerb des Schuldners mittel- und langfristig mehr erhalten, als bei sofortiger Verwertung der Betriebsmittel.

6. Verwertung: Massnahmen zur Optimierung des Verwertungserlöses und Verhinderung der Vermögensverschleuderung

6.1. Allgemeines

Eines der grössten Probleme des Zwangsvollstreckungsrechts ist die Gefahr der Verschleuderung von Vermögenswerten des Schuldners. Gepfändete Vermögenswerte haben oft für den Schuldner einen grossen Gebrauchswert, welcher

⁸⁸ BGE 85 III 19 (21), 75 III 93 E. 1, 53 III 128 (129); BLSchK 1961, S. 113 ff.; ZR 59 (1960), S. 214 ff.; SchKG-von Der Mühl (Fn. 9), Art. 92 Rz. 20.

weit über dem Verkehrswert liegt, der sich im Rahmen einer Zwangsverwertung erzielen lässt. Die Optimierung der Verwertung muss daher ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers aber auch der Gerichts- und Betreibungspraxis sein. Dort wo eine Vermögensverschleuderung nicht zu verhindern ist, stellt sich die Frage nach Pfändungs- und Verwertungsschranken.

6.2. Pfändungs - und Verwertungsschranken zur Verhinderung der Vermögensverschleuderung

Das SchKG sieht zur Verhinderung der Vermögensverschleuderung lediglich Pfändungsschranken, nicht jedoch Verwertungsschranken vor.

Nach Art. 92 Abs. 2 SchKG dürfen Gegenstände nicht gepfändet werden, „*bei denen von vornherein anzunehmen ist, dass der Überschuss des Verwertungserlöses über die Kosten so gering wäre, dass sich eine Wegnahme nicht rechtfertigt.*“ Eine analoge Bestimmung kent das türkische Recht in Art. 82 TR-Recht. Es leuchtet sofort ein, dass diese Bestimmung die Gefahr der Vermögensverschleuderung nur sehr beschränkt bannen kann. Hierfür wären vielmehr analog etwa dem deutschen Recht zusätzliche Verwertungsschranken, wie das Erfordernis eines Mindestgebotes, das sich am Schätzungspreis orientiert, erforderlich (vgl. 817a DZPO).⁸⁹

Schlussfolgerung

Der schweizerische und türkische Gesetzgeber haben zu prüfen, ob nicht analog dem deutschen Recht Verwertungsschranken zur Verhinderung der Vermögensverschleuderung wie Erfordernisse von Mindestgeboten eingeführt werden sollten.

⁸⁹ Brox/Walker (Fn. 64), Rz. 399, 401, 416; Schuschke in Schuschke/Walker (Fn. 63), § 817a Rz. 1 ff.

6.3. Freihandverkauf auch für Grundstücke

Es darf erwartet werden, dass die Chancen für eine optimale Verwertung dann erhöht werden, wenn der Betreibungsbeamte die für einen bestimmten Vermögenswert als besonders geeignet erscheinende Verwertungsform wählen kann. So ist etwa klar, dass der Freihandverkauf oft bessere Resultate erwarten lässt, als die Versteigerung. Dies gilt für alle Arten von Vermögenswerten; insbesondere auch für Grundstücke.

Das ursprüngliche SchKG, wie es noch in der Türkei gilt, sah lediglich für bewegliche Sachen und Forderungen den Freihandverkauf vor (vgl. Art. 130 SchKG). Der schweizerische Gesetzgeber hat zusätzlich in der Revision von 1994 auch für Grundstücke den Freihandverkauf eingeführt. Voraussetzungen hierfür sind: alle Beteiligten (Gläubiger, Schuldner und Grundpfandgläubiger) müssen damit einverstanden sein; es muss mindestens der Schätzungspreis geboten werden; schliesslich muss das Lastenbereinigungsverfahren abgeschlossen sein (Art. 143b SchKG).

Als wenig sinnvoll hat sich in der Praxis die Voraussetzung erwiesen, dass mindestens der Schätzungspreis geboten werden müsse.⁹⁰ Häufig ist gerade in den Fällen, in denen sich ein Freihandverkauf aufdrängt, eine realistische Schätzung erst möglich, wenn intensiv nach Kaufinteressenten gesucht wurde.

Der Freihandverkauf hat einige interessante dogmatische Fragen aufgeworfen: Nach h.M. bedarf der Freihandverkauf betreffend einem Grundstück als öffentlich rechtlicher Rechtsakt keiner öffentlichen Beurkundung.⁹¹

⁹⁰ SchKG-Häusermann/Stöckli/Feuz (Fn. 9), Art. 143b Rz. 46.

⁹¹ BGE 128 III 104 E. 2 und 3, BGE 106 III 79 E. 7; Amonn/Walther (Fn. 4), § 28 Rz. 75; Lorandi Franco, der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 1993, S. 107.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Währenddem der Freihandverkauf für bewegliche Sachen in der Praxis eine grosse Bedeutung hat, kommt er für Grundstücke nicht häufig vor.

Obwohl er auch für Grundstücke Erfolg versprechend sein kann, bevorzugen die meisten Beamten die Zwangsversteigerung, weil diese bedeutend geringere Haftungsrisiken birgt. Beim Freihandverkauf setzt sich der Beamte leicht dem Vorwurf aus, nicht den besten Preis erzielt und/oder sonst den Käufer bevorzugt behandelt zu haben.

Bei bestimmten Vermögenswerten ist für einen optimalen Freihandverkauf eine besondere Erfahrung erforderlich, über die der Betreibungsbeamte nicht verfügt (z.B. Verkauf von Wertpapieren, Verkauf von Bildern und Antiquitäten etc.). In einem solchen Fall kann der Betreibungsbeamte nach allgemeiner Ansicht in der Schweiz den Verkauf auch einem Dritten übertragen, welcher dann als Hilfsperson des Betreibungsamtes handelt (vgl. Art. 5 SchKG).⁹²

Schlussfolgerung

Der Freihandverkauf ist nicht nur für Mobilien sondern auch für Grundstücke zuzulassen. Falls der Verkauf besondere Kenntnisse erfordert, kann der Betreibungsbeamte den Verkauf auch einem Dritten übertragen.

6.4. Praktische Massnahmen zur Optimierung des Verwertungserlöses

Die Verbesserung der Verwertung kann auch mit verschiedenen praktischen und organisatorischen Massnahmen unterstützt werden, ohne dass es hierzu einer Ergänzung des Gesetzes bedarf. Als Beispiele seien genannt:

⁹² BGE 115 III 52 E. 3a, BGE 105 III 67 E. 2.

- Verschiedene Betreibungskreise können gemeinsame Versteigerungen durchführen und damit die Attraktivität des Angebots erhöhen.

- Einzelne schweizerische Betreibungsämter kündigen die Versteigerungen im Internet an und stellen dabei die wichtigsten Versteigerungsobjekte mit Bildern vor.⁹³

- Ein wichtiger Grund für einen schlechten Verwertungserlös ist oft auch, dass das Betreibungsamt für Echtheit und Funktion des Gegenstandes keinerlei Garantien abgeben kann (OR 234).⁹⁴ Ein Betreibungsbeamter des Kantons Schwyz lässt deshalb mit einem TV-Geschäft vor Ort vereinbaren, dass dieses elektronische Geräte vor der Verwertung überprüft und gegen Entgelt eine Garantie für die Funktionstüchtigkeit abgibt.

- Der Steigerungspreis kann oft auch schon dadurch erheblich erhöht werden, wenn die am Kauf Interessierten das Gerät in Anwesenheit des Betreibungsbeamten kurz selber prüfen können.

- Der Freihandverkauf kann unter Umständen dadurch optimiert werden, dass unter den Verkaufsinteressenten eine Steigerung am runden Tisch durchgeführt wird. Dies stellt eine Mischform zwischen Freihandverkauf und Versteigerung dar.

Schlussfolgerung

Die Verwertung von gepfändeten Vermögenswerten kann vielfach auch durch praktische Massnahmen verbessert werden, ohne dass es hierfür einer Änderung oder Ergänzung des Gesetzes bedarf (Ankündigung der Versteigerung im Internet; Zentralisierung der Verwertung etc.).

⁹³ So z.B. das Betreibungsamt Aargau, siehe dazu: <<http://www.btreibungsamt-ag.ch>> (besucht am 15.12.2008).

⁹⁴ BGE 120 III 136 E. 2.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

**7. Möglichkeiten des Schuldners zum Ausstieg
aus der Einzelzwangsvollstreckung:
Privatkonkurs und/oder Verfahren zur
Erlangung einer Restschuldbefreiung**

**7.1. Überblick über das schweizerische Recht im
Vergleich zum türkischen Recht**

Viele Schuldner sind so hoch verschuldet, dass sie keine Chance haben, in absehbarer Zeit aus ihren Schulden herauszukommen. Für sie droht die Beteibung zu einem Dauerzustand zu werden. Für die Schuldner ist es daher von grosser Bedeutung, welche Möglichkeiten ihnen das Recht für einen Ausstieg aus der Einzelzwangsvollstreckung bietet.

Im schweizerischen SchKG stehen dem Schuldner grundsätzlich drei Alternativen zur Verfügung:

- Im schweizerischen Recht kann jeder Schuldner (sowohl eine juristische als auch eine natürliche Person) jederzeit ein Begehren um Konkurseröffnung stellen (Art. 191 SchKG). Sämtliche Pfändungen und damit auch laufende Lohnpfändungen fallen damit dahin. Nach Beendigung des Konkurses kann der Schuldner erst wieder betrieben werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 SchKG). Hierunter ist eine Erbschaft, ein Lotteriegewinn, aber auch ein Einkommen zu verstehen, das so hoch ist, dass es die Bildung von Vermögen gestattet.⁹⁵

- Statt dem Konkurs kann der Schuldner auch ein ordentliches Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG einleiten. Auch dieses Verfahren steht allen Schuldnern, auch natürlichen Personen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, zur Verfügung. Der Schuldner kann in diesem Verfahren einen Nachlassvertrag erlangen, wenn eine qualifizierte Mehrheit der Gläubiger zustimmt und das Nachlassgericht den Vertrag genehmigt (vgl. Art. 305 SchKG).

⁹⁵ Amonn/Walther (Fn. 4), § 48 Rz. 34.

• In der Revision von 1994 wurde sodann für Personen, die nicht der Konkursbetreuung unterliegen, eine dritte Möglichkeit eingeführt, nämlich die einvernehmliche private Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG. Ein Schuldner, der eine aussergerichtliche Schuldenbereinigung mit seinen Gläubigern anstrebt, kann hier eine gerichtliche Stundung für maximal ein halbes Jahr mit Einsetzung eines Sachwalters erlangen, der den Schuldner in den Verhandlungen mit den Gläubigern unterstützt (Art. 334 und 335 SchKG).⁹⁶

Im türkischen Recht stehen dem Schuldner lediglich die ersten beiden traditionellen Instrumente des SchKG zur Verfügung. Ein besonderes Verfahren zur Entschuldung von Privaten, wie es in Art. 333 SchKG enthalten ist, kennt hingegen das türkische Recht bisher nicht.

7.2. Kritik

Die Verschuldung von Privaten ist auch in der Schweiz ein grosses soziales Problem. Laut der von mir und anderen Autoren durchgeführten Studie ist der Durchschnittsschuldner im Betreibungs- und Konkursverfahren ca. 40 Jahre alt und hat eine Schuld, die zwischen Fr. 15'000.- und 50'000.- (19'500 und 65'000 TRY) liegt. Es ist klar, dass ein solcher Schuldner aus eigener Kraft kaum mehr schuldenfrei werden kann. 16% der von uns interviewten Personen haben denn auch ausgesagt, dass sie keine Chancen sehen, jemals wieder schuldenfrei zu werden.⁹⁷

⁹⁶ Roncoroni Mario, Auf Drückeberger gezielt - Bedürftige getroffen, Plädoyer 4/1992, S. 24 f.; Dominik Gasser, das neue Sanierungsverfahren, in: BLSchK 1993, S. 216 ff. E. 3a; Hunkeler Daniel, das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, in: Gauch Peter (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, S. 59 f.; BGE 123 III 402.

⁹⁷ Meier Isaak/Zweifel Peter/Zaborowski Christoph/Jent-Sørensen Ingrid (Fn. 21), S. 170.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Aus der Sicht des schweizerischen Rechts lässt sich sagen, dass diese drei Instrumente bei weitem nicht ausreichend sind, einen wesentlichen Beitrag zur Entschuldung von Privathaushalten zu leisten.

Die Konkursöffnung auf eigenen Antrag nach Art. 191 SchKG bringt dem Schuldner nur eine kurzfristige Entlastung. Da die Schulden weiter bestehen bleiben und bei neuem Vermögen jederzeit wieder geltend gemacht werden können, wird ihm letztendlich verunmöglicht, sich wirtschaftlich zu erholen. Sobald es ihm wieder besser geht, stehen die Gläubiger wieder vor seiner Tür. Der Schuldner hat dadurch auch -namentlich wenn er sehr viele Schulden hat- nur einen geringen Anreiz, den Neuanfang überhaupt zu versuchen.⁹⁸

Das Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG ist wegen seinen sehr hohen Kosten nur für wenige Schuldner, die (neben den Schulden) über umfangreiches Vermögen verfügen, eine mögliche Lösung.

Schliesslich hat sich auch das neue Verfahren nach Art. 333 ff. SchKG als ein wenig taugliches Mittel zur Entschuldung von Privathaushalten erwiesen. Das Hauptproblem liegt hier darin, dass eine Schuldenbereinigung nur möglich ist, wenn sämtliche Gläubiger zustimmen. Dies ist aber erfahrungsgemäss nur selten der Fall.⁹⁹

Meines Erachtens ist es unumgänglich, dass unsere Gesetzgeber in der Schweiz und in der Türkei prüfen, ob nicht ein eigentliches sog. Restschuldbefreiungsverfahren eingeführt werden sollte, wie es das amerikanische Recht schon seit längerer Zeit (sog. „*discharge of debts*“) und heute auch viele europäische Staaten kennen.¹⁰⁰

⁹⁸ Meier (Fn. 80), S. 447 f.

⁹⁹ Gasser Dominik, das neue Sanierungsverfahren, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 1993, S. 216 f.

¹⁰⁰ In Deutschland muss der Schuldner zuerst das Verbraucherinsolvenzverfahren durchlaufen, um schliesslich eine Restschuldbefreiung erlangen zu können (vgl. Eckhardt Alexander, die Restschuldbefrei-

Das amerikanische Recht sieht in chapter 13 U.S. Bankruptcy Code ein besonderes, auf Konsumenten zugeschnittenes Nachlassverfahren.

Dieses Verfahren lässt sich wie folgt charakterisieren:

a. Der Nachlassvertrag wird vom Richter bewilligt. Die Gläubiger werden nicht angefragt.

b. Der Schuldner muss sich zur Erlangung der Restschuldbefreiung verpflichten, einen zum voraus festgelegten Betrag während 3 Jahren zu bezahlen. Ausnahmsweise kann auch ein 5-jähriger Plan bewilligt werden.

c. Der den Gläubigern abzuliefernde Betrag wird gestützt auf ein Budget für die Dauer des Planes berechnet und festgelegt.

d. Der Schuldner kann seine Aktiven grundsätzlich behalten. Anders als im deutschen Recht ist nicht vorgesehen, dass das Vermögen des Schuldners in einem Konkursverfahren verwertet wird.

ung, Diss. Köln 2006; Preuss Nicola, Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung, 2. Aufl. Berlin 2003). Das Verfahren in Österreich entspricht weitgehend dem deutschen Recht, wobei der Unterschied darin besteht, dass in Österreich der Schuldner während 7 Jahren 10 % der Gesamtsumme abbezahlen muss (§ 213 Abs. 1 Ziff. 2 KO; vgl. Mayer Gottfried/Pirker Beate, Rahmenbedingungen des Verbraucherkredits und der Schuldensanierung in Österreich, Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts [JKR], Bern 1997, S. 224 ff.). In England kann eine Restschuldbefreiung bereits ein Jahr nach der konkursrechtlichen Liquidation der Aktiven verlangt werden und das Einkommen wird insofern in die Masse einbezogen, als der Konkursverwalter eine „income payment order“ für max. 3 Jahre beim Konkursgericht beantragen kann (vgl. Hergenröder Curt Wolfgang/Alsmann Christine, das Privatinsolvenzrecht auf der britischen Insel, Zeitschrift für Verbraucher und Privat-Insolvenzrecht [ZVI] 2007, S. 337 ff.; Kley Andrew R./Walton Peter, Insolvency law, Harlow 2003, S. 321, 340 ff. und insb. S. 344). Für das französische Restschuldbetreibungsverfahren vgl. Meier Isak/Perrier Camille, Sanierung und Entschuldung von Privatpersonen nach französischem Recht – ein Vorbild für das schweizerische Recht? ZSR 125 (2006), S. 575.

BEITRAG
VON
ISAAK
MEIER

Ich habe für das schweizerische Recht schon wiederholt vorgeschlagen, ein ähnliches Verfahren auch in der Schweiz einzuführen.¹⁰¹ Bisher habe ich damit allerdings keinen Erfolg gehabt.

Schlussfolgerung

Im schweizerischen und (wohl auch) türkischen Recht kann ein Schuldner die Betreibungen dadurch beenden, dass er eine Konkursöffnung beantragt oder ein Nachlassverfahren einleitet. Im schweizerischen Recht steht dem Schuldner zusätzlich die einvernehmliche private Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG zu Verfügung. Diese Instrumente sind jedoch nur für wenige Schuldner eine dauerhafte Lösung, um von den Schulden und den ständigen Betreibungen loszukommen. Hierzu wäre vielmehr die Einführung eines Verfahrens zur Erlangung einer Restschuldbefreiung, wie es das amerikanische Recht und heute auch viele europäische Staaten vorsehen, notwendig.¹⁰²

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit und bin gespannt auf die Diskussion.

¹⁰¹ Meier (Fn. 80), S. 451.

¹⁰² BISchK 1998, S. 195 ff.

Prof. Dr. Isaak MEIER

(İsviçre, Zürich Üniv. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi)

**İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN
İCRA HUKUKUNUN GÜNCEL SORUNLARI¹**

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

Prof. Isaak MEIER*

1. Genel Olarak

İsviçre İcra ve İflas Kanu'nun kökeni, 1889 yılına dayanmaktadır ve İsviçre'nin medeni hukuk alanındaki en eski federal kanunu niteliğindedir.² Özel hukuk, ilk olarak 1912 yılında medeni kanun kitabında ve borçlar hukukunda

¹ lic. iur. Claudia Wyss'in katkılarıyla. Bu makale, 24 Ekim 2008 tarihinde Çeşme/İzmir'de 24/25 Ekim 2008 tarihleri arasında düzenlenen Türk Medeni Usul ve İcra İflas hukukçuları toplantısında, İsviçre hukukunun güncel problemleri hakkında sunulan tebliğin genişletilmiş halidir. Değerli meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e ve onun asistanlarına Türk hukukunun Almancaya çevirisi ve metnin gözden geçirilmesindeki yardımları nedeniyle teşekkür ediyorum.

* Çev.: Arş. Gör. Nilüfer Boran Güneysu. Bu çalışmada, orijinal metnin- den birebir çeviri değil, metnin esasına bağlı kalarak anlama uygun bir çeviri yapılmaya çalışılmıştır.

² 11 Nisan 1889 tarihli (SR 281.1) İcra ve İflas Kanunu hakkındaki federal yasa, 1.1.1892 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

birleştirilmiştir.³ İcra ve İflâs Kanunu, küçük ve büyük ölçülerde birçok defa değişikliğe uğramıştır. En kapsamlı ve önemli değişiklik 1994 yılında yapılmıştır.⁴ Bu değişiklikler sırasında kanun temel yapısı korunmuştur. Ancak hemen hemen tüm kurumlar kanunu tamamlayıcı veya değiştirici noktalarda ele alınmıştır. Böyle farklı değişiklikler bu makalede değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Türkiye, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nu bu kanunun oluşumundan yaklaşık otuz yıl sonra -benim bildiğim kadarıyla- öncelikle fazla değiştirmeden tercüme ederek kanunlaştırdı.⁵ Daha sonra Türk hukukunda da temel nitelikte değişiklikler yapıldı. En önemli değişikliklerse 1965 ve 1980 yıllarında gerçekleştirildi.⁶

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nu ve bugünkü Türk hukukunu karşılaştırdığımızda, genel olarak, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun borçluyu daha çok koruyan bir kanun olduğu söylenebilir. Türk kanun koyucusu, öncelikle alacaklının durumunu güçlendirerek kanunun karakterini değiştirmiştir, bunu özellikle borçluya sağlanan hukukî imkânları zorlaştırarak gerçekleştirmiştir. 1965 yılında yapılan yenilikle bu tek yanlı özel muamelenin önemi azaltıldı, buna rağmen ayrı ayrı ko-

³ 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, (SR 210) 1.1.1912 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 30 Mart 1911 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun tamamlanmasına (5. Bölüm: Borçlar Hukuku, SR 220) ilişkin federal yasa ise, 1.1.1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ Federal meclis 16.12.1994 tarihinde revizyona karar vermiş ve 1.1.1997 tarihinde revizyon yürürlüğe girmiştir (krş. Botschaft über die Änderungen des SchKG mit Entwurf, BBl 1991 III S. 1 vd.; Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. vollständig überarbeitete Aufl., Bern 2008, § 3 Rz. 4).

⁵ Kuru, Baki, das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz in der Türkei, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) 83/1964, S. 331; Yıldırım Kamil, die Grundzüge des türkischen Zwangsvollstreckungsrechts- özellikle davet yargilaması için bkz. Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik (Vol. 2) 2003, S. 2.

⁶ Daha önceki revizyon 6 Haziran 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Kuru Baki, die neue Revision des türkischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, in: Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BISchK) 1967/68, S. 33); Yıldırım, S. 2.

nularda da yine alacaklının imtiyazlı bir durumu söz konudur (krş. için bkz. 2.5.).

Benim sunumundan sonra Türk İcra ve İflâs Kanunu yeni bir revizyon sürecine girmiş bulunuyor.⁷ Sayın Pekcanitez' den aynı konuyu seçme konusunda bir söz aldım, revizyon sırasında belki bu konu farklı bir bakış açısıyla değerlendirilebilir. Özellikle henüz mahkeme tarafından karara bağlanmamış alacak için başlangıç usulü, haciz süreci, haczin sınırlandırılması ve satış konuları değerlendirilebilir. Çalışmamı, icra takibi sırasında borçluyu koruyan hangi imkânlar bulunmaktadır sorusuna dikkat çekerek tamamlayacağım.

2. Başlangıç Usulü: Ödeme Emri ve Buna Bağlı Yargılama

2.1. Hukuki Bir Temele Dayanmayan Talepler⁸ İçin Başlangıç Usulünün Özelliği

2.1.1. Giriş

İsviçre ve Türk İcra ve İflâs Kanunu'nda, başlangıç usulü, sadece dar ve gerçek anlamda bir icra kurumu olarak düzenlenmiştir. Kanun, ayrıca başlangıç usulünün detaylı düzenlemelerini de içermektedir. Başlangıç usulü, sadece kararların icrasını değil, ayrıca mahkeme tarafından henüz karara bağlanmamış taleplerin uygulamasını da içerir.

Çalışmamı daha sonra hukuki bir temele sahip olmayan taleplere yönelik başlangıç usulüyle sınırlayacağım. Bu usulün temel noktasında, ödeme emri ve geçici hukuki imkânlar bulunmaktadır.

⁷ Türkiye'de su sıralarda bazı konuları gözden geçirmek üzere bir komisyon kurulmuştur.

⁸ Çevirenin notu: Hukuki bir temele dayanmayan talep kavramı ile bir senede veya ilâma, kısaca bir belgeye bağlanmayan alacaklar kastedilmektedir.

2.1.2.Ödeme Emri

İsviçre ve Türk hukukuna göre hukuki temele sahip olmayan taleplere yönelik ödeme emri, karmaşık ve birçok fonksiyona sahip bir kurumdur.

-Ödeme emrine ilişkin yargılama, öncelikle birçok Avrupa ülkesinde⁹ benzer bir şekilde sahip olan ilâmsız icradır. Burada, yargılama usulünün bir surrogatı söz konusudur ve bu icra edilebilir hukuki bir oluşum yaratılmasına hizmet etmektedir.

-İcra talebiyle yani ödeme emrinin düzenlenmesi istemiyle, hukuki bir itiraz olmaksızın veya bu itirazın boşa çıkarılmasıyla icra sürecinin geciktirilmeksizin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.

Ödeme emrinin ilk fonksiyonu hakkında şu vurgulanmalıdır: İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre ödeme emri, ilâmsız icranın oldukça etkili bir formudur. Alacaklının talebini, etraflıca gerekçelendirmesi gerekli değildir, sadece borçlunun

⁹ Krş. Meier Isaak, die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des CH-Rechts - 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Mittel und Zweck der Zwangsvollstreckung: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2008 H. 3, S. 319 f.; Rechberger Walter/Kodek Georg, Das Mahnverfahren in den Mitgliedstaaten der EU- Generalbericht: dies. (Hrsg.), Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union/L'Injonction de Payer dans L'Union Européenne, Den Haag/London/New York 2001, S. 1; Almanya'da ilâmsız İcra takibini krs. İcin bkz. Voit Wolfgang, in: Musielak Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl., München 2008, § 688-703d; Hess Burkhard, Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsangleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens: Schütze Rolf A. (Hrsg.), Festschrift für Geimer Reinhold zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 341 vd. Hollanda, Danimarka, İrlanda ve İngiltere'de böyle bir ilâmsız icra takibi bilinmemektedir. Bu ülkelerin her birinde, ilâmsız icra takibine benzer bir fonksiyonu üzerine alan gıyabi hüküm bulunmaktadır (Krş. İngiltere için bkz. Jolowicz J.A., Order for Payment: English Law, in: Rechberger Walter/Kodek Georg [Hrsg.], Orders for Payment in the European Union, Den Haag/London/New York 2001, S. 115; Hollanda için bkz. Freudenthal Mirjam, Orders for payment in the Netherlands, in: Rechberger/Kodek a.a.O., S. 203 vd.).

talebi tanımlayabileceği kadar detaylandırması yeterlidir.¹⁰ İcra makamları, ödeme emrini hazırlarken herhangi bir hukuki denetim yapmazlar.¹¹ Borçlu, sadece bir defaya mahsus olmak üzere, ayrıca on gün gibi kısa bir süre içinde veya Türk hukukunda yedi günlük bir sürede, bir hukuki itirazla talebe karşı koyabilir (SchKG m. 69, İİK m. 60). Borçlu bu imkânı kullanmazsa, ödeme emri icraya hazır hale gelir. Ödeme emri yargılaması böylece, düşünülebilecek en kısa medeni usul yargılaması olmaktadır.

İsviçre İcra ve İflas Kanun koyucusu her zaman, icra hukukundaki bu hızlı usulün sonucunda; hiç bir temeli olmayan veya bildirilen miktarda olmayan talepler için icra işleminin gerçekleştirilebileceği bilincinde olmuştur.¹²

Bu nedenle kanun koyucu, çeşitli açılardan borçlu lehine ödeme emrinin anlamını hafifletmiştir.

-Öncelikle İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda ödeme emri, zamanında ileri sürülmüş itirazlar olmaksızın da- birçok ülkedeki ilâmsız icranın aksine-¹³ maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmaz. Borçlu ayrıca, icra takibinin bitmesinden sonra İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 86. maddesi, Türk İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinin 7 ve 8. fıkraları gereği istirdat davası açabilir. Ayrıca Türkiye 1965 yılında yapılan düzenleme gereğince, alacak hakkının var olmaması halinde menfî tespit davası açılabilir ve bu hiçbir ön şarta tabi tutul-

¹⁰ BGE 121 III 6 E. 3; Kofmel Ehrenzeller Sabine in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 67 Rz. 43.

¹¹ Örnek olarak bkz. Fritzsche Hans/Walder Hans-Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht (Band I) 3. Aufl., Zürich 1984, §17 Rz. 17.

¹² Fritzsche/Walder, § 22 Rz. 1; Amonn/Walther, § 17 Rz. 1; SchKG-Wüthrich/Schoch, Art. 69 Rz. 12.

¹³ Örnek olarak Almanya'da ilâmsız icra takibinde, icra emri, maddi ve sekli kesinliğe sahiptir ayrıca icra emrine itiraz da edilemez. Krs. Voit in Musielak, § 700 Rz. 3; Schüller Stefan, in: Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.) Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., München 2007, § 700 Rz. 9.

mamıştır (İİK m. 72). İsviçre kanun koyucusu da 1994 yılında yaptığı revizyonla, menfi tespit davasını kendi sistemine almıştır.

-Ödeme emrinin etkisinin sınırlandırılmasına ilişkin önemli bir düzenleme de, zamansal geçerlilik alanıdır. Alacaklı, ödeme emrini düzenlediği tarihten itibaren bir yıl içinde borçluya karşı bir talepte bulunursa korunabilir (SchKG m. 88). Bu zamanın geçmesi halinde, icra takibi yapmak isteyen alacaklı, yeni bir takip talebi hazırlamalıdır.

2.1.3. İtirazın Giderilmesine Yönelik Geçici Hukuki Çözüm Usulü ve Diğer Yargılamalar

İsviçre ve Türk hukukunda, hukuki itirazı ortadan kaldırmak için sadece genel değil, bazı özel seri yargılama usullerinin bulunması ve bunların medeni usul kurumları yerine veya onun yanı sıra kullanılması tipik bir durumdur. Ancak bu yargılama türleri her iki ülkede de çok farklı biçimlerde düzenlenmiştir.

İsviçre hukukunda alacaklı, temel davaların yanı sıra veya bunların yerine (İsviçre İcra ve İflas Kanununun 79. maddesinin 2. fıkrasına göre borçtan kurtulma davası) hukuki itirazın ortadan kaldırılmasını eğer geçici hukuki çözüm sebebi ileri sürerse (özellikle imzalanmış sözleşme için bkz. 2.4.1.), geçici hukuki çözüm yoluna (SchKG m. 82) başvurabilir. Eğer geçici hukuki çözüm sebebi bulunuyorsa ve borçlu, borçlu olmadığı konusunda hemen bir kanaat uyandıramamışsa, alacaklıya geçici hukuki çözüm yolu açılır. Borçlu süresi içinde istirdat davası açmazsa, hukuki çözüm kesinleşir (SchKG m. 83). Borçtan kurtulma davası olmaksızın geçici hukuki çözüm, hukuki itiraza dayanmayan bir ödeme emrine benzer ve maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmaz.¹⁴

¹⁴ SchKG-Staehelin, Art. 83 Rz. 63. 15 Kuru, Forschungsberichte, S. 409 f; Kuru, BLSchK 1967/68, S. 34.

Türk hukukunda hukuki bir temele dayanmayan alacak için (temel yargılamanın yanında), geçici hukuki bir çözüm de kesin bir hukuki çözüm de tanınmaktadır. Türk hukukunda geçici ve kesin çözüm yargılaması, İsviçre hukukundan çok farklı bir anlama sahiptir. Türk hukukunda borçlu, hukuki talebe karşı koyarsa, alacaklı farklı yollara başvurabilir. Alacaklı, daha önce de ifade edildiği üzere, alacağının varlığını ispatlayacak herhangi bir hukuki sebep ve belgeye sahip değilse, yargılama usulüyle yürütülen ve bir mahkeme hükmüyle sonuçlanan, kesin çözüm yoluna (İİK m. 67) başvurmalıdır.¹⁵

Alacaklı, özel veya kamusal belgelere sahipse (İİK madde 68' de sayılan), Türk hukukunda kesin hukuki çözüm olarak tanımlanan yollara da başvurabilir¹⁶. İsviçre' de ise, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 80. maddesi gereğince kesin hukuki çözümler, hukuki temelin icrasına hizmet eder (Hükümler, idari kararlar, hüküm surrogatları).¹⁷ Türk hukukunda kesin hukuki çözümler sırasında verilen karar, uyuşmazlığın kesin bir şekilde çözülmesi anlamına gelmez. Borçlu ayrıca 72. maddenin 7. ve 8. fıkrasına göre istirdat davası veya icra takibi henüz devam ederken 72. maddeye göre menfi tespit davası açabilir.

Ancak Türk hukukunda yeniden bir ayırım yapılmak zorundadır. Alacaklı, borçlunun belge altındaki imzayı inkâr etmesi halinde, bir özel hukuk belgesine sahipse, kesin değil geçici çözüm yollarına başvurmalıdır (İİK m. 68a).¹⁸ Bu hukuki imkân sadece imzanın inkâr edilmesi durumunda kullanılabilir. Alacaklı bu yola başvurur ve başarı elde ederse, borçlu İsviçre hukukunda olduğu gibi borçtan kurtulma davası açabilir (İİK m. 69/2). Dar uygulama alanına rağmen, uygulamada geçici hukuki çözüm yoluna sıklıkla başvurulmaktadır, zira

¹⁵ Kuru, Baki, Zivilgerichtsbarkeit, Zwangsvollstreckung und Konkurs in der Türkei, in: Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über das Spar- und Girowesen e.V. (Hrsg.), Forschungsberichte, Stuttgart 1983 (Band 18), S. 408.

¹⁶ Kuru, Forschungsberichte, S. 409 f; Kuru, BJSchK 1967/68, S. 34.

¹⁷ Örnek olarak krş. Meier, ZZP 2008, S. 300.

¹⁸ Kuru, Forschungsberichte, S. 411.

borçlu, bir belgenin varlığına rağmen, kesin hukuki çözümü geçici olarak önleyip ve zaman kazanabilir.

2.1.4. Başlangıç Usulünün Yüksek Verimliliği

İsviçre'de, geçici hukuki çözüme yönelik yargılama ve ödeme emri, büyük bir öneme sahiptir ve son derece etkilidir:

İsviçre'de 7.59 milyon kişiden, yıllık 1.8 milyonu medeni hukuk ile ilgili talepler nedeniyle ödeme emriyle karşı karşıya kalmaktadır¹⁹. Geçici hukuki çözümlere yönelik yargılamanın sayısı ise, yaklaşık 13.500 olarak tahmin edilmektedir²⁰.

Zürih kantonunun yaptığı kamusal nitelikteki istatistiğe göre, ödeme emrinin yaklaşık %12'sine karşı, hukuki itirazda bulunmaktadır.²¹ Tarafından ve diğer yazarlarca yapılan araştırmalar göstermektedir ki, borçluların %35'i ödeme emrini aldıktan sonra, takibe konu olan borçlarını icra dairesine ödemektedirler.²² Buna ilaveten alacaklıya yapılan doğrudan ödemeler belgelenmemektedir.

Geçici hukuki çözüm yolu da oldukça etkilidir. Zürich ve Luzern kantonlarında gerçekleştirilen araştırmalara göre, geçici hukuki çözüm taleplerinin %50'si kabul edilmektedir. Sadece %10'luk bir durumda borçtan kurtulma davası açılmakta-

¹⁹ Federal istatistik merciinden alınan rakamlara göre, İsviçre'de yıllık 2.45 milyon ödeme emrinin (2002 ile 2006 yılları arasının ortalaması) %25'ini (sağlık sigortası tarafından karşılanan alacaklar dışında) kamu hukukundan kaynaklanan talepler oluşturmaktadır.

²⁰ Krş. Zürich kantonun yüksek mahkemesinin 2002 ile 2006 yılları arasındaki hesap raporu, özellikle tek hâkimli seri yargılama usulü istatistik verileri.

²¹ 2002-2006 yılları arası ortalama değeridir. Krs. Rechberger/Kodek, Überlegungen zu einem europäischen Mahnverfahren, in: dies. [Hrsg.], Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union/L'Injonction de Payer dans L'Union Européenne, Den Haag/London/New York 2001, S. 39).

²² Meier Isaak/Zweifel Peter/Zaborowski Christoph/Jent-Sørensen Ingrid, Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang?, Zürich 1999, S. 157.

dır. Diğer durumlarda borçlu, geçici hukuki çözüm kararını kabullenmektedir.²³

Devamında şu soru ve problemlere dikkat çekmek istiyorum:

-Türk hukukuna göre 72. maddede, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre 85a maddesinde düzenlenen menfi tespit davası (bkz. 2.2)

-İsviçre İcra ve İflas Kanunu'ndaki ödeme emri yerine Alman hukukunda olduğu gibi ilâmsız icranın da devreye sokulması (bkz. 2.3)

-İsviçre hukukuna göre geçici hukuki çözüm yargılaması (bkz. 2.4)

-Hukuki yardım konusunda taraflar arasındaki kötüye kullanma sorunları (bkz. 2.5)

-Başlangıç usulünde geçici hukuki korumanın açık ve zımnî şekilleri (bkz. 2.6)

2.2. Türk İcra ve İflas Kanunu'nun 72. ve İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 85a Maddesine Göre Tespit Davası

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda menfi tespit davası 1965 revizyonuyla düzenlenmiştir. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda menfi tespit davasına benzer bir düzenleme, 1994 yılında yapılan revizyonla kanunlaşmıştır (SchKG m. 85a). Türk hukukunun bu açıdan İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na örnek teşkil ettiği söylenebilir²⁴. Türk hukukuna benzer olarak,

²³ Meier Isaak, Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht, Köln 1997, S. 226.

²⁴ Baki Kuru'nun ilgili makalesi (Kuru, BİSchK 1967/68) komisyon tarafından şüphesiz bilinmekteydi. Ben de Prof. Kuru'nun komisyon üyeleriyle bağlantısı olduğunu biliyorum.

ödeme emrine herhangi bir itirazda bulunmayan veya süresi içinde borçtan kurtulma davası açmayan borçlu, icra takibi sırasında, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 85a maddesi gereğince menfi tespit davası açabilir. Ancak İsviçre hukukunda bazı farklılıklar da bulunmaktadır:

Türk hukukunda menfi tespit davası icra takibinden önce açılabilir (İİK m. 72).²⁵ Buna karşılık İsviçre hukukunda menfi tespit davası, sadece takibin başlatılmasından sonra ve borçlunun herhangi bir itirazda bulunmadığı durumlarda açılabilir. Önceleri öğretisi ve uygulamada, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun yeni 85a maddesi gereğince, borçlunun bir itirazda bulunmaması halinde de bu davanın açılıp açılmayacağı konusu tartışmalıydı.²⁶ Bunun için büyük bir ihtiyaç söz konusudur. İsviçre'de menfaatini (SchKG m. 8a /1 ve 2) ispatlayan her kişi, icra siciline ulaşabilir. Sicildeki bu bilgilere, özel kredi kurumları da ulaşabilir.²⁷ Bu firmaların bilgi bankalarında, bildiğim kadarıyla, borçluların %90'ının icra bilgileri bulunmaktadır. Türk hukukunda bilindiği üzere, sadece bir aciz vesikasının tanzimi genel olarak açıklanırken, İsviçre hukukunda fiilen herkes borçlunun takibe itiraz edip etmediğine bakmaksızın, borçluya karşı icra takibi yapılıp yapılmadığını, takibin ne zaman yapıldığı bilgisine haizdir. Borçlu aleyhine birçok icra takibinin olması borçlunun kredi itibarını olumsuz etkiler.²⁸ İcra takibi yok hükmündeysen veya bir itiraz ya da bir karara dayanarak kaldırılmamışsa, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 8a maddesinin 3. fıkrası a bendine göre, ancak bu durumda, icra memurlarınca 3. kişilere bildirilemez. İcra taki-

²⁵ Kuru, Forschungsberichte, S. 413.

²⁶ Hukuki itiraza rağmen, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 85a maddesinin kullanılmasının caizliği için bkz. Brönnimann Jürgen, zur Klage nach Art. 85a SchKG „negative Feststellungsklage“, in: AJP 1996 S. 1397, 29, Davanın caizliğine karşı görüş için karşı olanlar için bkz. Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 4. Aufl., Zürich 1997, Art. 85a SchKG Rz. 7; ayrıca bkz. Siegen Peter F./Buschor Andrea, vom alten zum neuen SchKG, Zürich 1997, S. 55.

²⁷ Meier, ZJP 2008, S. 345f.

²⁸ Meier, ZJP 2008, S. 343; SchKG-BODMER, Art. 85a Rz. 5.

binin haksızlığı durumunda, alacağın olmadığına dair bir davanın açılması borçlular için bir ihtiyaçtır: Fakat federal mahkeme, icra takibine itiraz edilmesi halinde, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 85a maddesi gereğince menfi tespit davası açılabilmesi imkânını açıkça reddetmiştir (BGE 125 III 149 E. 2c). En fazla menfi tespit davasının ön şartının varlığının kabulü mümkün görünmektedir.²⁹

İsviçre ve Türk hukukunda menfi tespit davasının mevcut ve açılacak takip için etkileri de birbirinden farklıdır: İsviçre hukukunda haciz aşamasında veya satış yapıp dağıtım yapılmadan önce ve borçlu talebinin en azından olası olduğunu ispatlarsa (SchKG m. 85a/2), icra takibi durdurulur. Türk hukukunda borçlu, görülmekte olan menfi tespit davasının durumuna göre, icra takibinin durdurulmasını talep edebilir. İcra takibinin durdurulması, ayrıca borçlunun, alacağın %15'i oranında teminatı yatırıp yatırmamasına bağlıdır (İİK m. 72/2). Davanın açıldığı anda icra takibi başlamışsa, takibin durdurulması sağlanamaz. Ancak hâkim mevcut şartları yeniden değerlendirerek, teminat karşılığında, menfi tespit davası karara bağlanana kadar, alacağın alacaklıya ödenmemesine karar verebilir (İİK m. 72/3).³⁰ Borçlu, menfi tespit davasını kaybederse, alacağın en az %15'i oranında zarardan sorumludur. Borçlu, menfi tespit davası sırasında tedbiren takibin durdurulmasını istememiş ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası (İİK m. 72/7 ve 8) olarak devam edilir.³¹

Kanaatimce, menfi tespit davası çok olumlu karşılanabilecek bir yeniliktir. Ödeme emrine itiraz edilmediği ve borçtan kurtulma davası açılmadığı bir durumunda, geçici hukuki çözümle elde edilen kararın, kesin hüküm etkisine sahip olma-

²⁹ Krs. BGE 132 III 277 E. 4.2, BGE 128 III 334 und BGE 120 II 20 E. 3c. Negative Feststellungsklage bei missbräuchlichen Betreibungen; SchKG-BODMER, Art. 85a Rz. 17; Staehelin Daniel, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel, SchKG-Ergänzungsband, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 2005, Art. 85a Rz. 17.

³⁰ Kuru, BİSchK 1967/68, S. 36; Yıldırım, S. 19.

³¹ Kuru, Forschungsberichte, S. 414.

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

dığı ispatlanarak gerekçelendirilmelidir. İcra takibinde borçlu olarak gösterilen kişi, aslında borçlu olmadığı bir alacağı önce ödemek zorunda kalıp, daha sonra İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 86., Türk İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesi gereğince iadesini talep etmek zorunda kalması sorunlu bir durumdur. Menfi tespit davası, hacizden sonra icra takibinin durdurulmasını veya en azından paranın alacaklıya ödenmesini mümkün kılmaktadır. Türk hukukunda, belirtilen teminat ve maddi tazminat, yargılamayı gereksiz yere zorlaştırıp zorlaştırmadığı ve bu usulün tarafları dava açmaktan alıkoymayı koymadığı şüphelidir.

Sonuç

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 85a maddesine, Türk İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesine göre menfi tespit davası, başlangıç usulü şekline uyduğu sürece olumlu olarak değerlendirilmelidir. Menfi tespit davası, zamanında itirazda bulunmayan veya borçtan kurtulma davası açmayan borçluya takibi durdurabilme imkânı vermektedir. Böylece borçlu, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 86. maddesi, Türk İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin 7. ve 8. fıkrası gereğince sadece istirdat davası ile korunmak zorunda kalmamaktadır.

2.3. Geleneksel İlâmsız İcra ile İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda Düzenlenen Ödeme Emrinin Mukayesesi

Mevcut ödeme emri sistemi ilke olarak korunmak istenirse, belirtilen menfi tespit davası önemli bir iyileştirme anlamına gelmektedir. Bana göre bu sistemin, ilke olarak doğru olup olmadığı da sorulmalıdır.

Sorulması gereken soru, "bir belgeye bağlı olmayan talepler için ödeme emrinin kaldırılması ve Almanya ile Avusturya'da olduğu ve gelecekte Avrupa Birliği hukukunda da olacağı gibi ilâmsız

icra ile ikame edilmesi iyi olmaz mı?" dır.³² Ayrıca geçici hukuki çözümler de ilâmsız icraya eklenebilir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ödeme emri hakkında düşünmek gerekir, bana göre bu konu hakkında birçok şey söylenebilir.

Ödeme emri, Alman hukukunda ve diğer hukuki düzenlemelerdeki icra belgeleri gibi, icra takibi başlığı altında, davayı kabul etmek gibi ortak bir bölüm yaratmaya hizmet eder. Borçlu süresi içinde uygun hukuki itirazda bulunmazsa, alacağın varlığını ve miktarını tartışamaz, dolayısıyla icra takibi veya -Alman hukukunda olduğu gibi- dava kabul edilmiş sayılır.

Hukuki korumanın yapısında şöyle bir problem bulunmaktadır, borçlunun itirazın oluşumuna yönelik konular hakkındaki irade oluşumu, büyük ölçüde eksiktir. İcra takibi ile karşı karşıya kalan borçlular kendilerini genellikle mali olarak ümitsiz bir durum içinde bulmaktadırlar. Ben ve diğer

³² Alman hukukunda ilâmsız icra takibi medeni usul kanununun §§ 866 ve devamında da düzenlenmiştir. (Krs. Voit in Musielak, §§ 688-703d; Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, Zivilprozessrecht, 16. neubearbeitete Aufl., München 2004, § 163 Rz. 1 vd.; Übersicht in Coester-Waltjen Dagmar, Mahnverfahren in Deutschland, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union, Den Haag/London/New York 2001, S. 149 vd.), Avusturya hukukunda Medeni Usul Kanunu'nun §§ 448 vd., Belçika'da C.J. 338-1344 maddeleri arasında ve Fransa'da NCPC 1405 ile 1425. maddeler arasında düzenlenmiştir. (Krs. Kodek Georg E., Das Mahnverfahren in Österreich, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] a.a.O., S. 75 vd.; van Mellaert George E., Order for Payment under Belgian Law, in: Rechberger/Kodek [Hrsg.] Orders for Payment in the European Union/Mahnverfahren in der Europäischen Union, Den Haag/London/New York 2001, S. 91 vd. ve Ferrand Frédérique, La procedure d'injonction de payer en droit français, in Rechberger/Kodek [Hrsg.] a.a.O., S. 132 vd.).

Avrupa ilâmsız icra takibi Aralık 2006'da yürürlüğe girmiş ve 12 Aralık 2008 tarihinden itibaren de doğrudan geçerli olarak uygulanmaktadır (Avrupa ilâmsız icra yargılaması için bkz. Mayr Peter/Czerlich Dietmar, Europäisches Zivilprozessrecht. Eine Einführung, Wien 2006, Rz. 1 vd. ve Rechberger/Kodek, europäisches Mahnverfahren, S. 29 vd.).

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

akademisyenlerce yürütülen bir çalışmaya göre, İsviçre'de bir icra borçlusunun yaklaşık 50.000 Franktan (yaklaşık 65.000 TL³³) daha fazla borcu bulunmakta ve aynı anda 5-6 alacaklı ile uğraşmaktadır.³⁴ Borçlular çoğu kez işsiz kalmakta ve-veya kendilerini boşanma süreci içinde bulmaktadırlar.³⁵ Borçlunun, alacağın varlığı ve miktarına yönelik bir itirazı varsa bile, icranın detaylarıyla uğraşmamakta ve hukuki itirazla ilgilenememektedir. Bu durumdaki bir borçlu, daha fazla hukuki yardım almayı istememekte veya bunu başaramamaktadır. Tecrübeler gereğince, icra takibindeki alacak, asıl alacaktan daha fazla ve ona bağlı olarak da faizi de gerçeğe uygun olmamaktadır. Alacaklılar tedbiren, bazen icra takibinde asıl alacak ve faizi aslından daha fazla talep edebilmektedirler.

Bu problemi kanun koyucunun nasıl çözeceği veya en azından nasıl hafifletebileceği zor bir sorudur.

Haksız ödeme emirlerine karşı İsviçre ve Türk hukukunda borçlunun kullanabileceği davalar (menfi tespit ve istirdat davası) bulunmaktadır. İlâmsız icra, bu tür davalara ilke olarak izin vermez, bununla beraber borçlunun durumunun, itiraz imkanı ile iyileştirilmesine çalışır. Bu özellikle Almanya ve diğer ülkelerde gerçekleştiği şekilde 2 safhalı ilâmsız icra için doğru ve geçerlidir.³⁶ Borçlu, sadece uzatılmış ilk süre içinde ödeme emrine karşı itirazda bulunmak zorunda değildir. Buna ilaveten itirazın vukuu bulmadığı durumlarda da, icra emri-

³³ Bir İsviçre Frankı yaklaşık 1,3 yeni Türk lirasıdır.

³⁴ Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen, S. 160.

³⁵ Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen, S. 166 (İşsizlik oranı %29) ve S. 164 (Boşanma oranı %34).

³⁶ Örneğin Almanya ve Belçika'da ilâmsız icra takibi iki aşamalı iken, Avrupa hukukunda ve Avusturya'da sadece tek aşamalıdır (Literatür için bkz. dn. 31). Avrupa hukukunda, borçlu otuz gün içinde ödeme emrine itiraz edebilir (EU Mahnverfahren VO m. 7-12) ve ödeme emri istisnai olarak sadece olağan üstü durumlarda gözden geçirilebilir (EU-Mahnverfahren VO m. 20). Tek aşamalı ilâmsız icra takibi, iki aşamalıya göre daha hızlı ve ekonomiktir. Hukuki koruma, itiraz imkânlarına dikkat çekilerek sağlanmaktadır (Krs. Mayr /Czernich, Rz. 424 und Rechberger/Kodek, europäisches Mahnverfahren, S. 41 f. Ve 55 f.).

ne karşı itiraz edebilme hakkına yeniden sahiptir.³⁷ Tek safhalı ilâmsız icra ise, ödeme ve ödeme emrine karşı itiraz suresi önemli ölçüde uzatılmıştır.³⁸

Benim düşünceme göre, ilâmsız icra tercih edilmesi gereken bir uygulamadır. Zamanında hukuki itirazda bulunamayan kişilerin, suresi içinde İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 85a maddesi veya Türk İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesine göre, istirdat ve tespit gibi karışık davaları açabilecekleri düşünülmemelidir.

Bence çok daha önemli olan, kanun koyucunun, itirazda bulunma kararının sorunsuz şekilde işlenmesini sağlamasıdır. Almanya ve diğer ülkelerdeki ilâmsız icra gibi, borçluya ödeme emrine karşı herhangi bir itirazda bulunmaması durumunda, zamansal küçük bir gecikmeyle beraber icra edilebilir bir ödeme emri hazırlanabilir, borçlu bu ikinciye karşı da hukuki itirazda bulunulabilir. Bu iki aşamalı usulün hukuk dünyasına kazandırılmasının yanı sıra, borçlunun durumunu, ayrıca borçluya icra dairesinde, hatta daha da iyi olarak Fransız sistemindeki gibi belgenin tebliği sırasında icra memurları tarafından yerinde bilgi verilmesi gibi önlemlerle iyileştirilebilir.³⁹ Bence bu iyileştirmelerle, ödeme emrinin hukuki bağlayıcılığını öngörmek mümkün olacak ve böylelikle tespit ve istirdat davalarından vazgeçilmesi sağlanacaktır.

Ödeme emrinin ilâmsız icraya dönüşümü esnasında, Alman hukukunda itiraz olmadan hukuken bağlayıcılığa haiz bir alacağın değerlendirilmesine yol açması gibi, farklı ek değişiklikler gerekli olacaktır;

³⁷ Alman hukukunda borçlu iki hafta içinde ödeme emrine itiraz edebilir (DZPO §§ 692 Fıkra 1 bent 3) ve daha sonra İcra emrine karşı da itiraz edebilir (DZPO § 700 i.V.m. § 339 Fıkra 1).

³⁸ Avrupa hukukunda ödeme emrine itiraz edebilmek için otuz günlük uzun bir süre bulunmaktadır (EU-Mahnverfahren VO m. 16).

³⁹ Madde 1414 NCPC; krs. Cadiet Loïc, Code de procédure civile 2007, 20. Aufl., Paris 2006, S. 763; Estoup Pierre, La pratique des procédures paridés, Paris 1990, Rz. 399; HESS, S. 346; Perez-Ragone Alvaro J. D., Europäisches Mahnverfahren, Diss. Köln 2005, S. 128.

ISAAC
MEIER'İN
TEBLİĞİ

-Ödeme emri hukuki bağlayıcılığa kavuşursa, bunun etkilerini zamansal olarak sadece bir yıla inhisar etmenin hiç bir anlamı kalmayacaktır (krş. SchKG m. 88, İİK m. 78). Aynı ödeme emrine dayanarak, icra takibi gerçekleştirilebilir, talep tamamen tatmin edilinceye kadar, daha sonraki zamanaşımı ve benzeri değişiklikler, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 85 veya 85a maddelerinde öngörülen usul ile ileri sürülebilir.

-Akla gelebilecek başka bir ihtimal de, ödeme emrini icra usulünden tamamen ayırmaktır. Geçici hukuki çözümlere dair usul ise, buna karşılık tamamlayıcı bir unsur olarak korunabilir.

-Ödeme emri ve icra usulünün ayrılması durumunda akla makul gelen başka bir adım ise, ödeme emirlerinin icra dairelerince değil, mahkemeler tarafından verilmesinin sağlanmasıdır.

Sonuç

Türk ve İsviçre hukukları, kanaatimce olması gereken hukuk olarak (de lege feranda), İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndaki ödeme emri yerine, Alman sistemindeki gibi bir ilâmsız icra takibinin getirilip getirilmemesini araştırmalıdır. Borçludan zahmetli karşı davalar açmasını beklemek yerine (SchKG m. 85a, İİK m. 72), borçlunun hukuki itirazda bulunma hakkından yararlanmasını sağlanmalıdır. Böylelikle süresinde gerçekleştirilmiş itirazlar durumunda ödeme emri de hukuki bağlayıcılığı haiz olacaktır.

2.4. Geçici Hukuki Çözüm Kurumu

2.4.1. İsviçre Öğreti ve Uygulamasında Geçici Hukuki Çözüm Usulü

Geçici hukuki çözüme yönelik yargılama, İsviçre'de daha önce de belirttiğimiz gibi, çok önemli pratik bir anlama sahip-

tir (bkz. 2.1.4), bu kurum, Türk hukuku ile karşılaştırıldığında, geniş bir uygulama alanına sahiptir. Alacaklının talebi, kamusal nitelikte belgelere (örneğin tapu sicili veya mahkeme tutanağı) veya borçlunun imza ikrarıyla oluşmuş belgelere dayanıyorsa, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesine göre borçlu, geçici hukuki çözüme başvurabilir. Son yüzyılda bile, borçlunun, sadece Borçlar Kanunu'nun 17. maddesi anlamında somut borçlunun tanınmasıyla değil, aksine borçlunun imzasını taşıyan belirli alacak miktarının öngörüldüğü sözleşmenin kastedildiği kabul ediliyordu.⁴⁰ Bunun anlamı sudur: Alacaklı örneğin, satış sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak için, kira sözleşmesinden kaynaklanan alacağın faizi için, ayrıca ödünç sözleşmesinden kaynaklanan faiz ve kredi alacağı için de geçici hukuki çözüm yoluna başvurabilir.

Geçici hukuki çözüm ilke olarak, karşı edimden kaynaklanan para alacağına bağlı olmaya karşı değildir. Yalnızca tartışmalı olan, borçlunun sözleşmeyi ifa etmemesi halinin alacaklı tarafından somut bir şekilde iddia edilebilme veya ispatlamak zorunda olup olmadığı hususudur.⁴¹ Şarta bağlı talep haklarında alacaklı, elbette ön şartın varlığını ispatlarsa, buna bağlı talepler için de geçici hukuki çözüme başvurabilir.⁴² Geçici hukuki çözüm sebebi, imzalı belgelerin bunlara atfı halinde birçok belgeden de oluşabilir.⁴³ Borcun tanınması sadece bahsi geçmiş alacaklı değil, temlik eden alacaklı için de geçer-

⁴⁰ Meier, Rechtsschutz, S. 166; Panchaud André/Caprez Marcel, die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 3; Stücheli Peter, die Rechtsöffnung, Diss. Zürich, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2000, S. 328; Amonn/Walther, § 19 Rz. 74.

⁴¹ Çift taraflı sözleşmelerde "Basler Rechtsöffnungspraxis" dikkat edilmelidir (Genel şartları için krş. Fritzsche/Walder, § 20 Rz. 15; Stücheli, S. 340 vd.). (krş. SchKG-Staehelin, Art. 82 Rz. 101). (krş. Luzern Kantonu yüksek mahkemesi kararı, LGVE 1993 I, Nr. 34; Basel bölgesi kantonu yüksek mahkemesinin 13 Ekim 1988 tarihli kararı: Zeitschrift für Schweizerisches Mietrecht, 1989, S. 31 f.; Tessin Kantonu temyiz mahkemesinin kararı, Repertorio di giurisprudenza patria 1986, 112; 1979, 396.

⁴² SchKG-Staehelin, Art. 82 Rz. 36.

⁴³ Stücheli, S. 168.

lidir. Bununla birlikte, devir ve temlik belgesi, ayrıca hukuki çözüm sebebi temlik senedine ilişkin olmalıdır.⁴⁴

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Türk hukukunda geçici hukuki çözüm İsviçre'den çok farklı bir anlama sahiptir. Bu yol ancak, borçlunun takibe konu olan senedindeki imzayı inkâr etmemesi halinde kullanılır (bkz. Yukarıda 2.1.3)⁴⁵ Türkiye'de geçici hukuki çözüm yargılamasının fonksiyonunu, kesin hukuki çözümü çoktan üzerine almış gibi durmaktadır (bkz. yukarıda 2.1.3).

2.4.2. Geçici Hukuki Çözüm Usulünün Değerlendirilmesi ve Eleştirisi

2.4.2.1. Genel Olarak

Türk hukukunun yerinde olup olmadığını ve ne bakımından yerinde olduğuna benim karar verebilmem mümkün değildir. Bana göre, geçici hukuki çözüm açısından İsviçre usulü her durumda olumlu değerlendirilmelidir.⁴⁶ Benim düşünceme göre bunun en etkili yolu; yalnızca para yokluğundan ödenmeyen borçla, tartışmalı ve mantıklı olarak da itiraz edilen borçları birbirinden ayırmak ve zaman alan, masraflı medeni yargılamayı zorunlu olan en aza indirmektir ki, İsviçre hukuku bunu başarmaktadır.

Burada önemli olan, kanun koyucunun, hukuki çözüm yargılamasının oluşumunda, güçsüz taraf olarak nitelendirilen borçlunun haklarını yeterince dikkate almasıdır. Araştırmalarına göre, geçici hukuki çözüm yargılamalarının büyük çoğunluğunu kira ve tüketici uyuşmazlıkları oluşturmaktadır⁴⁷. Sıklıkla görülen hukuki sebepler, kira, ödünç ve satış sözleşmeleridir, uyuşmazlıklarının yaklaşık %60'ü bu mahiyettedir. Davalı borçlu, çoğunlukla güçsüz taraftır. İsviçre'de tipik olarak, bir

⁴⁴ Bkz. Panchaud/Caprez kararı (§ 18).

⁴⁵ Kuru, ZSR 1964, S. 337.

⁴⁶ Ayırtılı olarak bkz. Meier, Rechtsschutz, S. 183 vd.

⁴⁷ Meier, Rechtsschutz, S. 176.

tüzel kişi mal veya hizmet ediminde bulunmayı taahhüt eden profesyonel taraf olmaksızın, sadece %10 oranındaki olaylarda kiracı veya tüketici olan gerçek kişiler avukat tarafından temsil edilmektedir.⁴⁸

Bu bilgi, yargılamanın borçlu dostu olmasının zorunlu olduğunu gösteriyor. Kanaatimce, borçlunun avukatla nadiren temsil edildiği bu çözümde, yargılama sözlü şekilde olmalıdır. Bu durum maalesef İsviçre'nin tüm kantonlarında böyle değildir. Artık kesinleşen yeni İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yazılı yargılamaya öncelik verilmektedir. Yeni İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 256. maddesinin 1. fıkrasına göre, yargılamanın sözlü veya yazılı yürütülmesi konusunda hâkimin bir takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemede, hukuki çözüm için yazılı yargılama usulü öngörülmektedir.⁴⁹

Sonuç

Geçici hukuki çözüm yargılama sürecinin büyük çoğunluğunu tüketim uyuşmazlıkları oluşturmakta, bu yargılamada profesyonel ev sahibi, sigortacı, ödünç verenlerin karşısında, İsviçre'de genellikle avukatla temsil edilmeyen kiracı veya tüketiciler bulunmaktadır. Yargılamanın oluşumunda bu şartların dikkate alınması gerekir. Ayrıca geçici hukuki çözüm yargılaması faydasını ispatlamıştır.

2.4.2.2. Geçici Hukuki Çözüm İçin Maddi Kesinlik

Geçici hukuki çözüm usulünde eğer borçlu borçtan kurtulma davası açmış ve kaybetmişse, talebin hukuki bir hükme bağlanmasına yol açar. Borçlu, borçtan kurtulma davası açmazsa, geçici hukuki çözüm sonucu elde edilen karar, sadece alacaklının icra takibini devam ettirebileceği anlamda kesinleşir (SchKG m. 88), borçlunun daima takibin sonunda istirdat da-

⁴⁸ Meier, Rechtsschutz, S. 174.

⁴⁹ BBl 2006 7351.

vası ve takip devam ederken, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 85a maddesi ve Türk İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesine göre, menfi tespit davası açma imkânı bulunmaktadır.

Kanaatimce, ödeme emrindekine benzer bir yolla, belirli bir dava süresine rağmen, bu karşı davaların borçlu tarafından açılmaması halinde söz konusu uygulamanın uygun olup olmadığı sorulmalıdır. Bana göre, süresi içinde istirdat davası açılmaması halinde maddi anlamda kesinliğin öngörülmesi uygundur. Tarafların karşılaşılabileceği güçlüklerinden kaçınmak için, ayrıca yeterli hukuki aydınlatma ve etkili dava takibi için ücretsiz danışma imkânının sunulmasını dikkate almak gereklidir.

Sonuç

Olması gereken hukuk açısından, borçlunun süresi içinde istirdat davası açmaması halinde, geçici hukuki çözüm yolunda alacağın kesin hükümle sonuca bağlanıp bağlanamayacağı değerlendirilmelidir. Borçlunun korunması için, istirdat davasının açılmaması halinde, bunun sonuçlarının bilincinde olmasının sağlanmasına da dikkat edilmelidir.

2.5. Hukuki Müracaat Yollarının Taraflarca Kötüye Kullanılmasının Önlenmesine Yönelik Hükümler

Türk hukukunda sadece borçlunun kendine tanınan bu imkânı kötüye kullanması durumunda, özellikle haklı bir alacağın ödenmesini geciktirmek için bu yolu kullanması halinde, uygulanan bir hüküm bulunmaktaydı. 1965 yılında yapılan revizyon sırasında haklı olmayan bir icra takibi halinde alacaklının da cezalandırılması hükmü getirilmiştir.

Borçlunun cezalandırılabilmesi için öncelikle, bunun alacaklı tarafından geçici hukuki çözüm yargılamasında talep edilmesi gerekir. Mahkeme, borçlu tarafından yapılan imza

itirazının hakli olup olmadığını araştırır. İmzanın borçluya ait olup olması durumunda para cezası kararı verir. Yani, sadece borçluya ceza verilmesi söz konusudur. Daha sonra açılan borçtan kurtulma davasında ise, hem alacaklının hem de borçlunun alacağı en az %15'i oranında sorumlu olacağına dair farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu cezalar, davanın kötüye kullanım durumunda hem alacaklı hem de borçlu için geçerlidir.⁵⁰ Bu cezalar, borçtan kurtulma (İİK m. 67) ve menfi tespit davasında da (İİK m. 72) geçerlidir, davayı kaybeden taraf, diğer tarafa alacağı en az %15'i oranında bir miktarı ödemek zorundadır (bkz. 2.2).⁵¹

Belirtilen bu düzenleme, Türk kanun koyucusunun takibin her iki tarafına yönelik güçlü bir güvensizliğinin ifadesidir, bu düzenlemenin yerinde olup olmadığına benim karar vermem mümkün değildir. Alacaklı aleyhine tazminat hakkındaki yeni düzenlemeler daha az sorunlu gibi görünmektedir, çünkü alacaklının bir icra takibi yapıp yapmamak ve ona bağlı tazminat rizikosunu da alıp almamak konusunda bir tercih hakkı bulunmaktadır, hükümler, borçlu açısından problemli görünmektedir. Takibe konu olacak oluşmamış veya takipte belirtilen şartlarda oluşmamışken yüksek masraflar ve tazminat tehlikesi, genellikle yoksul olan borçluyu bu hukuki imkânı değerlendirmekten alıkoyar. Bu düzenlemeler, borçlunun kourduguna yönelik bir yanılısama yaratabilir.

İsviçre kanun koyucusu, bu tip veya benzer hükümlerle, hukuki imkânın kötüye kullanılması hususunu incelemeye kendini hiç bir zaman mecbur hissetmemiştir. En azından uygulamada, alacaklının hakkın kötüye kullanılması yoluyla hiç yahut belirtilen şartlarda oluşmamış bir alacağı icra takibine koyacağına yönelik korkular bulunmaktadır. Federal mahkeme, kötüye kullanılmış bir icra takibinin yok hükmünde olabileceğine dair bir karar da vermiştir (BGE 115 III 18.E.3). Federal mahkeme uygulaması da bu yöndedir, buna göre, alacağın temeli yeterli biçimde gösterilmemişse ve alacağın

⁵⁰ Kuru, BJSchK 1967/68, S. 36.

⁵¹ Kuru, Forschungsberichte, S. 409 und 413 f.

temeli tüm icra takibinde tanımlanamıyorsa da, icra takibi yok hükmündedir (BGE 121 III 19). Ancak bugüne kadar İsviçre kanun koyucusu, alacaklının haksız çıkması halinde, bu gibi bir tazminat sorumluluğunu yasada düzenlenmesini bir zorunluluk olarak görmemiştir. Kanaatimce, yakın gelecekte de böyle bir düzenleme beklenmemelidir.

2.6. Başlangıç Usulünde Geçici Hukuki Korumanın Açık ve Zımni Şekilleri

2.6.1. İsviçre Hukukundaki Durumun Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

İsviçre hukukunda, takip yargılamasında, ihtiyati koruma hükümleri olarak geçici haciz ve malların listelenmesi bulunmaktadır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesinin 1. fıkrasına göre, geçici hukuki koruma yoluna başvuran alacaklı, borçlu iflâs yoluyla takip edilmiyorsa, geçici haciz talep edebilir. Aksi takdirde güvenlik açısından gerekli görünüyorsa, alınması talep edilebilir (SchKG m. 83/1 ve m. 162).

İhtiyati korumanın kanunda açıkça belirtilmeyen bir şekli, zamanında itiraz edilmemiş bir ödeme emrinin ve zamanında açılmamış bir borçtan kurtulma davasının söz konusu olduğu geçici korumanın icranın yolunu açtığı hallerde bunun zaman, borçlunun bir karşı dava (istirdat ve menfi tespit davası) çekincesi altında bulunmasıdır.

Türk hukukunda da, geçici hukuki korumanın bilinen zımni türleri ile geçici haciz ve malların listelenmesi hakkında da aynisi geçerlidir (İİK m. 69). Türk hukukunda vadesi gelmiş alacaklar için -İsviçre hukukundan farklı olarak- özel bir ihtiyati haciz sebebi olmaksızın, ihtiyati haciz talep edilebilir (İİK m. 257). Alacaklı her durumda alacağının varlığını konusunda kanaat uyandırmışsa ve haciz alacağını karşılamaya yetmiyorsa (İİK m. 257/1), icra takibinden önce veya takip devam ederken ihtiyati haciz talep edebilir ve bununla borçlunun malvarlığı

değerini hacizden önce güvence altına alır.⁵² İsviçre hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi vadesi gelmemiş alacaklar için ihtiyati haciz, sebepleri (özellikle borçlunun yurtdışında oturması, malvarlığın saklanması, malvarlığın kaybı, aciz vesikası gibi) bulunduğu mümkündür (SchKG m. 271 ve İİK m. 257/2).

2.6.2. Eleştiri

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda geçici hukuki koruma ve özellikle ihtiyati haciz üzerine ayrı bir çalışma hazırlamayı gerektirecek kadar karışık bir konudur. Burada sadece iki kısa problemi değerlendirebilirim:

Bir geçici hukuki koruma kurumu olarak geçici haciz, çeşitli bakış açısı eksiklikleri ile düzenlenmektedir: Bu kurum, öncelikle alacağın ifasında bir tehlike olup olmadığı değerlendirilmeksizin düzenlenebilmektedir. Ayrıca borçtan kurtulma davası süresince, alacaklının talebini beklenilir biçimde gerekçelendirmediği ortaya çıksa da, geçici haciz borçtan kurtulma davası boyunca varlığını korumaktadır.⁵³ Buna göre bu kurum, tutarlı bir geçici hukuki koruma ilkeleri ile düzeltilmelidir.⁵⁴ Yani, düzenleme en azından pozitif bir tehlike ihtimaline bağlı olmalıdır.

Buna ilaveten geçici haciz, dava süresince, alacağın var olmadığı ve/veya sona erme tehlikesi içinde olduğu ortaya çıkarsa iptal edilebilmelidir.

⁵² Özkes Muhammet, der Arrest im türkischen Zwangsvollstreckungsrecht, in: Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt) 2007 (Band 12), S. 319.

⁵³ Meier Isaak, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983, S. 74.

⁵⁴ Buna karakteristik, taraf iradesi ve ayrıca temel konu ve zarar tahmini aittir (Bkz. Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 31 vd 247 vd. ve 217 vd.).

Kanaatimce, ihtiyati haciz için Türk ve İsviçre hukuku arasında orta bir çözüm bulunabilir: İsviçre hukuku, hukuki bir sebebi olmayan alacaklar için ihtiyati hacizde oldukça kısıtlayıcıdır. Bana göre, vadesi gelmiş alacaklar için, karşı taraf İsviçre'de ikamet etse bile, alacaklı alacağının varlığını ve bunun ifa edilmeme tehlikesi konusunda bir kanaat uyandırabiliyorsa, ihtiyati haciz talep edilebilmelidir. Diğer taraftan, Türk hukukuna göre, vadesi gelmiş alacağın varlığı hakkında kanaat uyandırılması halinde de, ihtiyati haciz istenebilmesi bence, çok geniş bir uygulamadır.

Sonuç

Takipten önceki veya takipten sırasındaki geçici hukuki koruma gözden geçirilmeye ihtiyaç duymaktadır. Özellikle, geçici haciz ve ihtiyati haczin, geçici hukuki korumanın tanıyan temel prensipleri üzerinden düzeltilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, talebin dilekçeyle yapılması ve tehlike hakkında kanaat uyandırılması da düzenlenmelidir.

3. Ticaret Siciline Kayıtlı Kişilere Karşı Haciz Takibi

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun kapsamlı bir revizyonda, haciz aşamasına gelmiş bir İcra takibinin, iflâs takibine dönüşmesi halinde nasıl uygulama alanı olacağı sorusunun yeniden değerlendirilmesi gerekir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu, başka birçok icra hukukuyla karşılaştırıldığında alışılmışın dışında olduğunu gösteren, tek bir ticaret unvanına sahip gerçek ve tüzel kişilerin, kural olarak sadece iflâs yoluyla takip edilebileceğini öngören bir düzenlemeye sahiptir (SchKG m. 39). Buna karşılık cüz-i icra mümkün değildir. Kamu hukuku alacakları (vergiler, harçlar, cezalar gibi), güvenlik ifasına yönelik talepler ve -1994 revizyonundan beri- aile hukuku nafakası-ve destek tazminatı (SchKG m. 43) bunun istisnasıdır.⁵⁵

⁵⁵ Borçlu yurt dışında oturuyorsa, İsviçre'de cüz-i icranın ihtiyati hacizle

Buna karşılık, Türkiye'de, birçok ülkede olduğu gibi, alacaklı tacirlere karşı, iflâs veya haciz yoluyla takip yapabilme konusunda bir seçim hakkına sahiptir (İİK m. 43).⁵⁶ Kanaatimce, bu düzenleme oldukça olumlu olarak değerlendirilmelidir. Cüz-i icra, gerçek kişi tacirler ile takibe katılan tüm ilgililer, hem alacaklılar hem de borçlular için, bir fırsat olabilir. İflâs talebinin çok yüksek⁵⁷ masraf rizikosuna bağlanmış olduğu İsviçre'de, cüz-i icranın prensip olarak hariç tutulması, hukukun uygulanmasını engeller bir hal almaktadır. Uygulamada, alacaklılar tarafından, çok nadir olarak iflâs takibi istenmektedir.

Sonuç

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre, sadece 39. madde gereğince iflâs takibi altında olanlar, yalnızca iflâs yoluyla takip edilecektir. Kanaatimce, Türk hukukunun alacaklıya iflâs veya icra takibi arasında bir seçim yapmaya yönelik çözümü çok isabetlidir.

4. Haczin İfası ile Borçlu ve Üçüncü Kişinin Bilgilendirme Yükümlülüğü

4.1. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu ile Türk Hukukunun Karsılaştırılması

İsviçre ve Türk hukukunda, haczin yerine getirilmesi ve alacaklılar ile ilgili 3. kişilerin bilgilendirilmesi yükümlülüğü birbirinden hem çok farklılık hem de benzerlik göstermektedir.

desteklenmesi söz konudur (Krş. SchKG m. 52).

⁵⁶ Türk hukuku için bkz. Kuru, ZSR 1964, S. 343. Orneğin Almanya'da iflâs yargılaması sadece dilekçeyle açılır krş. § 103 KO (Hess Harald, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., Neuwied, Luchterhand 1998, § 103 Rz. 1 ve Rz. 25b).

⁵⁷ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 169. maddesinin 1. fıkrasına göre, alacaklı, aktiflerin yokluğu nedeniyle iflâs ve icranın durdurulması sebebiyle ortaya çıkan zarardan sorumludur. Mahkeme uygun bir ön ödeme talep edebilir (SchKG m. 169/2).

İsviçre hukukunda öncelikle her haciz en azından bir gün önceden bildirilmek zorundadır (SchKG m. 90). Haciz hiç bildirilmemiş veya doğru bildirilmemişse, bu durum haczi yok hale getirmez, ancak hacze itiraz edilebilir.⁵⁸ Eksikliklere rağmen, borçlu haciz sırasında mevcut bulursa, hacze artık itiraz edilemez.⁵⁹ Türk hukukunda haczin bildirilmesi gerekmemektedir (İİK m. 80).⁶⁰

Her iki hukuki düzenlemede de, haczedilebilir tüm malvarlığı değeri hakkında geniş bir bilgi verme yükümlülüğü ile karşılaşılır (SchKG m. 91 ve İİK m. 80). Borçlunun, alacaklının talebini güvence altına alacak kadar malvarlığını bildirmesi yetmez, tüm aktiflerini bildirmelidir. Aksi takdirde icra memurları, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 95. maddesine göre icranın sırasını belirleyemezler. İsviçre hukukunda borçlunun olduğu gibi, borçlunun malvarlığını muhafaza eden veya borçlunun borçlusunu olan 3. kişilerin de böyle bir bilgilendirme yükümü bulunmaktadır. (SchKG m. 91/4). Bankalar ve avukatlar, bu durumda meslek sırrına dayanarak, bilgi saklayamazlar.⁶¹ Mal beyanında bulunması, Alman hukukunda da genel olarak aynı anlama gelmektedir.⁶²

İsviçre ve Türk hukukunda mal beyanında bulunma zamanı ve bilgi vermekten kaçınılmasının cezalandırılması farklı düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda borçlu, haczin ilk aşamasın-

⁵⁸ Federal mahkeme kararı 7B.97/2003, 6. Mayıs 2003, 2.2.; Fritzsche/Walder, § 23 Rz. 10; SchKG-Lebrecht, Art. 90 Rz. 15.

⁵⁹ BGE 115 III 41 E. 1; Amonn/Walther, § 22 Rz. 27.

⁶⁰ Kuru, ZSR 1964, S. 337.

⁶¹ BGE 109 III 22 E. 1, 102 III 6 E. 2, 75 III 106 E. 2a, 51 III 37 E. 1; SchKG-Lebrecht, m. 91 Rz. 24.

⁶² Almanya'da üçüncü kişinin bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Sadece Alman Medenî Usul Kanunu'nun § 840. maddesinin 1. fıkrasına göre borçlunun borçlusunun bilgi verme yükümlülüğü ile karşılaşılır. Borçlunun bilgi verme yükümlülüğü de İsviçre'ye göre daha dar kapsamlıdır. Kural olarak, borçlu sadece bilgi vermekle yükümlüdür. Bu sonuç, Alman Medenî Usul Kanunu'nun § 804. maddesinin 1. fıkrasının aksi ile ispatından çıkarılmaktadır. Stöber Kurt in: Zöller Richard [Begr.], Zivilprozessordnung, 26. Aufl., Köln 2007, Vor § 806a Rz. 6).

da mal beyanında bulunmak zorundadır. Mal beyanında bulunmaktan kaçınılması özellikle malvarlığının saklanması halinde, borçlu cezalandırılabilir (SchKG m. 91 ve StGB m. 163 bent 1 ve m. 323 bent 2). Türk hukukunda ödeme emrini alan borçlu, mal beyanında bulunmalı veya takibe konu olan borcu ödemelidir (İİK m. 74-77). Borçlu mal beyanında bulunmaktan kaçınırsa, hapis cezası ile cezalandırılabilir (İİK m. 76). Borçlu, mal beyanında bulununcaya kadar hapis cezasına çarptırılır (en fazla 3 ay İİK m. 76).⁶³ Bu düzenleme aşağı yukarı Alman hukukundaki yeminli varlık beyanına benzemektedir (DZPO § 807 fıkra 3 ve m. 901).⁶⁴

Her iki düzenlemede de ortak olan nokta, borçlunun bilgi vermesinin mahkeme tarafından değil, icra organlarınca emredilmesidir.⁶⁵ Yine Alman hukukundan farklı olarak, borçlunun evinde haciz uygulaması hâkim kararını gerektirmez.⁶⁶

⁶³ Kuru, Forschungsberichte, S. 407.

⁶⁴ Krş. için bkz. Schuschke Winfried/Walker Wolf-Dietrich, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Kommentar zum Achten Buch der ZPO, 2 Bde., 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002-2005, § 807 Rz. 33 ve § 901.

⁶⁵ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde düzenlenmektedir (Amonn/Walther, § 22 Rz. 31). Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanunu madde 60 (krs. Kuru, Forschungsberichte, S. 406 f.). Alman hukukunda önceden bilgi vermenin düzenlenmesi hâkimin takdirindeydi. 1.1.1999 tarihinden itibaren bu konu icra memurunun yetkisi içine alınmıştır. Krş. § 899 Abs. 1 DZPO (Brox Hans/Walker Wolf Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2008, Rz. 1133; Eickmann in Münch.-Komm., § 899 Rz. 2 und Voit in Musielak, § 899 Rz. 3). Avusturya hukukunda da aynı durum geçerlidir, orada 2003 yılındaki iflâs kanun değişikliğinden sonra icra memuru tarafından düzenlenen malvarlığı defteri tutulmaktadır (§ 47 i.V.m. 253a und 249 Abs. 2 EO) bkz. Rechbergerwalter H./Oberhammer Paul, Exekutionsrecht, 4. Aufl., Wien 2005, Rz. 341 ve 354.

⁶⁶ EMRK madde 8 fıkra 2 ve BV m.13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 gereğince (konut dokunulmazlığı hakkı) yeterli yasal temel bulunması şartıyla icra memurunun müdahalesi caizdir bkz. Villiger Mark E., Handbuch der EMRK, 2. Aufl., Zürich 1999, § 24 Rz. 555 vd. ve Müller Jorg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 197. Alman hukukunda ise haczin yerine getirilmesi, yetkili mahkemenin hazırladığı icra emrine dayanır (§ 699 DZPO). Krş. Voit Musielak, § 699

4.2. Anayasal Hukuk Sorunları

İcra hukukuna ilişkin olarak bir kanun koyucu, hangi kararların hâkimlik makamına ait olduğunu ve hangilerinin ise icra hukuku makamınca kendiliğinden uygulanabileceği temel sorularını cevaplandırmalıdır.

Diğer icra hukuku düzenlemelerinin aksine İsviçre İcra ve İflâs Kanunu ile Türk hukuku geniş yetkilere sahip, güçlü icra organlarından hareket etmektedir. Yargısal makam medenî usul hukuku anlamında sadece, alacak veya üçüncü kişinin hakları, iflâsın acilimi ve konkordato ile verilen süre gibi çok nadir temel kararlar için öngörülmüştür. Borçlunun kişisel haklarına müdahale eden diğer önemli kararlar, mahkemenin müdahalesi olmaksızın icra makamlarınca verilmektedir.

Bu düzenlemenin anayasa hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorulabilir⁶⁷. İsviçre'de federal mahkemesi, bu konuyu açıkça kabul etmiştir.⁶⁸ 1999'da İsviçre yeni Federal Mahkemesi, hem konutu (BV m. 13/1) hem de kişiliği (BV m. 10/2) temel hak olarak korumuştur. Benzer bir koruma, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nda da bulunmaktadır (EMRK m. 8). Uygulama ve öğretilerdeki genel eğilime göre, konut ve kişilik hakkına müdahale, yeterli yasal seviyede bir temele ihtiyaç duymaktadır.⁶⁹ Somut durumda müdahale emrini, kanun tarafından uygun

Rz. 2 vd ve § 700 Rz. 2. Bu durum Alman anayasasından kaynaklanmaktadır (GG m. 13), krş. Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München/Wien 2005, 3. Teil 2. Kapitel, Rz. 322. Zum türkischen Recht siehe Kuru, Forschungsberichte, S. 41.

⁶⁷ 18 Nisan 1999 (SR 101) tarihli İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 4 Ekim 1950 tarihli insan hakları ve temel özgürlükleri koruyan konvansiyon İsviçre'de 28 Ekim 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir (SR 0.101).

⁶⁸ BV için krş. Müller/Schefer, S. 197.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 8. maddesi, ev aramayabilme için hâkimin cekincesi veya yargısal bir açık bir düzenleme içermemektedir. Bkz. Grabenwarter, 3. Teil 2. Kapitel, Rz. 46 ve Frowein Jochen, in: Frowein Jochen/ Peukert Wolfgang (Hrsg.), Europ. Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 8 Rz. 30.

yetkilerle oluşturulmuş bir idari makam verebilir. İcra huku-
ku, hem belirtilen temel haklara hem de icra makamlarının
yetkisine müdahale için yeterli yasal bir temel sunmaktadır.

İcra hukukunda önemli kararlar için bir mahkeme yargı-
laması hakkının Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 6.
maddesinin sonucu olarak var olup olmadığı şüphelidir. Bu
düzenlemenin lafzına göre, tarafların medeni hukuka dayanan
hakları için bağımsız bir mahkeme hakları bulunmaktadır.
İcra hukuku kararlarında da aslında medeni hukuka ait bir
uyuşmazlık söz konusudur.⁷⁰ Mahkemeler, diğer idari ma-
kamlardan farklıdır, mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı bu-
lunmaktadır, yani mahkemeler, diğer mahkemelerden oldu-
ğu gibi diğer kamu kurumlarından da bağımsızdırlar.⁷¹ Bura-
da, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 6. maddesine
göre, icra hukukundaki en azından önemli kararlar için, yar-
gısal bir makam öngörülmesinin gerekli olup olmadığı sorula-
bilir. Öğreti ve uygulama, anlaşıldığı kadarıyla bu soruyu ce-
vaplamamaktadır. Ayrıca, genel olarak, kurumsal olarak ba-
ğımsız mahkeme talebine bir mana verilmediği söylenebilir.
Tipik medeni usul kararlarının, en azından ilk derece bir ida-
re makamu tarafından verildiği kabul edilir.⁷² Diğer bilinen eği-
lim, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun uygulamasını,

⁷⁰ Yazar, medeni hukuka ilişkin haklar kavramının geniş yorumunu, icra yargılamasında da medeni usulde olduğu gibi kural olarak, eşit haklara sahip gerçek kişilerin karşı karşıya gelmesine dayandırmaktadır (Meier Isaak, *Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden*, Zürich 2002, S. 12 f.). Ayrıca bkz. Schwander Ivo, *zur Grundrechtsnähe der im SchKG geregelten Problematiken*, AJP 1996, S. 599 vd.; Villiger, *Handbuch EMRK*, Rz. 390, krs. Iqbal Yasmin, *SchKG und Verfassung - untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?* S. 31. Karşı gorus için bkz. Peukert in *Frowein/ Peukert*, Art. 6 N 52, Häfliger Arthur/Schürmann Frank, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2. Aufl., Bern 1999, S. 147; Kleustruller Andreas, *der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK*, AJP 1994, S. 23 vd.

⁷¹ Villiger, *Handbuch EMRK*, Rz. 417.

⁷² Villiger, *Handbuch EMRK*, Rz. 429.

aynı anda talep edilmese bile, asıl idari usulde de uygulamaktır, bu bir mahkeme tarafından yürütülmek zorundadır.⁷³ Bana göre buradan şu sonuca varılabilir; Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 6. maddesi, icra organlarının medeni hukuka ilişkin haklara yönelik sorular hakkında karar vermesini yasaklamamıştır.

Sonuç olarak, en azından İsviçre için konuşacak olursak, birçok anlamda icra hukuku konusunun kural olarak, icra makamlarına bırakılabileceği söylenebilir. Kanaatimce, icra makamlarına önemli kararlar yüklenip yüklenilemeyeceği sorusunun cevabı, devlet içinde teorik ve pratik olarak görevliye nasıl bir konum verildiğine bağlıdır. Memurların, taraflardan ve icra makamları dışındaki organlardan bağımsızlığı yeterli olarak sağlanıyorsa, bana göre bu görevliler de bir icra usulünün hukuk devleti ilkesine uygunluğunu garantileyebilirler. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 10 ve 11. maddelerine göre, kaçınma yükümü ve yasak hukuki işlemler hükümleri gereğince İsviçre ve Türkiye'de de bana göre bu soruya olumlu cevap verilebilir.

Sonuç

İsviçre ve Türk hukukuna göre, bir mahkeme kararı olmaksızın borçlunun evine girilebilir. İcra makamı aynı şekilde borçlunun bilgi vermesini emreder. Burada bir mahkeme kararının olmasına gerek yoktur. Bana göre bu düzenleme yargılama ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na uygundur ve madden de meşrudur.

⁷³ Krş. das Urteil im Fall Le Compte u.a. c. Belgien, Nr. 43, § 51; Nr. 18874/91, X.c. Schweiz, Decisions and Reports (DR) 76-A, S. 44 vd.; 11179/84, Langborger c. Schweden, DR 48, S. 207; BGE 117 Ia 381 f. E. 4b; Villiger Mark E., Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Belilos gegen die Schweiz, Recht Nr. 7, 1989, S. 65; Kälin Walter, Verschuldensgrundsatz und Öffentlichkeitsprinzip: Die Strafsteuer im Lichte von Verfassung und EMRK, Archiv für schweizerisches Abgaberecht (ASA) Nr. 60, 1991, S. 172.

5. Haczin Sınırlandırılması

5.1. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukukunda haczin sınırlandırılması geniş ölçüde benzer düzenlemiştir. Kanun, haczedilemeyen mallar (SchKG m. 92, İİK m. 82) yanında, düzenli gelirlerin de sadece sınırlı bir şekilde haczedilebileceğini düzenlemiştir (SchKG m. 93, İİK m. 82). Kişisel gelirlere hizmet eden haczedilemeyen mallar ile meslek eşyası ve ücret haczi arasında belli bazı farklılıklar bulunmaktadır.

5.2. Dar Anlamda Haczedilemeyen Mallar

İsviçre hukukunda 1994 yılındaki revizyonda dar anlamda haczedilemeyen mallar, yani borçlu ve ailesi için vazgeçilmez olan eşyalar, yeniden düzenlenmiştir. Şu anda, Türk hukukunda hala geçerli olan orijinal düzenlemeden farklı olarak (İİK m. 82), bir sınırlamadan kaçınılarak, eşya türleri nihai bir biçimde tek tek sayılmamıştır. Bugünkü İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesinin 1. bendinde sadece „vazgeçilemez nitelikteki taşınır mallar“ genel başlığı altında, örneklerle nitelendirilerek düzenlenmiştir. İnsanın temel ihtiyacı olarak sayılan ve ilgililerin feragat edemeyeceği tüm eşyalar bu konuya dâhildir.⁷⁴

Yeni düzenlemeyle, mahkeme uygulamasının, toplumdaki gelişme ve tekniğe uyum sağlayabilmesi garanti altına alınmaktadır. Ancak, burada hatırlatılmalıdır ki, İsviçre makam ve mahkemeleri metnin sınırlarına tam olarak bağlı kalmadılar ve zaten eski metin de geniş yorumlamışlardır. Bugün de, 1994 revizyonu öncesinde olduğu gibi, bina duvarları, hali, ev aleti çeşitleri ve radyo tartışmasız haczedilemeyen mallardandır. Yenilik olarak, mobil telefonlar buraya dâhil edilmiştir, bunlar diğer insanlarla ilişki kurmayı ve sosyal haya-

⁷⁴ Fritzsche/Walder, § 24, 13.

ta katılmayı sağlamaktadır, tartışmasız temel ihtiyaç olarak değerlendirilmelidir.⁷⁵

Ayrıca son yıllarda haczedilemeyen malların mahkeme kararıyla pek belirlenmediği de vurgulanmaktadır. Çoğunlukla haciz, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesinin 2. fıkrası gereği gerçekleştirilememektedir, zira satış masraflarından arta kalan değer önemsiz olsa bile, malın alınması haklı olmazdı. Günlük ihtiyaca yönelik eşyalar, İsviçre'de sadece araba gibi birkaç istisna dışında çok düşük değere haizdir.

Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak, borçlunun evi borcun oranına uygun olduğu surece haczedilebilir. Ancak, lüks bir ev söz konusuysa, evin değerlendirilmesi söz konusudur. Bu çözüme göre, evin haczedilemeyeceği belli bir kısmı borçluya bırakılacak, böylece borçlu kendi haline uygun bir ev alabilecektir.⁷⁶

Haczedilmeyen mallar listesine göre ayrıca; devlete ait mallar ile çiftçilikle uğrasan şahsa ait hayvanlar, motorlu araçlar, çiftçilikle ilgili iş makineleri ve çiftçinin kendisinin ve ailesinin geçimi için gerekli olan tarım arazisi de haczedilemez.⁷⁷

Türk hukukunun diğer bir özelliği de, belli bazı hallerde, malların haczedilmeyeceğinin ileri sürülememesidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesi kapsamında bir malın söz konusu olduğu durumlarda, eğer alacaklı satıcı ise ve satış ücreti nedeniyle alacağı takip ettirmekteyse haczedilmezlik ileri sürülecektir.⁷⁸ Bu düzenleme ile satıcı lehine avantajlı bir durum yaratılmaktadır. Maddi teminatlar genel olarak, haczedilemeyen mallar üzerinde de kurulabilir.⁷⁹

⁷⁵ Iqbal, S. 186; Zum Recht, Beziehungen zu anderen Menschen aufrechterhalten (Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV) siehe Schweizer Rainer, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen/Basel/Genf 2008, Art. 10 Rz. 27.

⁷⁶ Kuru, Forschungsberichte, S. 418.

⁷⁷ Kuru, ZSR 1964, S. 338.

⁷⁸ Kuru, ZSR 1964, S. 338.

⁷⁹ Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas, Basler Kommen-

Sonuç

Borçlunun kişisel kullanımı için olan ve bu yüzden haczi mümkün olmayan malların olabildiğince genel bir şekilde tanımlanması gerekir. Böylelikle uygulamada toplumdaki ve teknolojiadaki gelişmelere uyum sağlaması mümkün olacaktır (krş. SchKG m. 92'deki düzenleme).

5.3. Mevcut ve Gelecekteki Gelirin Sınırlı Haczi

5.3.1. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na Göre Hukuki Durum

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 93. maddesine göre, borçlunu halihazırdaki ve gelecekteki geliri, borçlunun kendisi ve ailesi için kayıtsız şartsız gerekli olduğu durumlar dışında haczedilebilir 93. maddenin 1. fıkrasına göre, *"intifa hakkı ve onun gelirleri, omur boyunca gelir, emeklilik maaşı veya nafakanın geçerli olduğu her türlü ödeme turu, yani emeklilik maaşı ve maddi tazminatlar"* kazanç geliri olarak düzenlenmiştir.

İsviçre hukukunun önemli bir özelliği, borçlunun geliri olarak nitelendirilen haciz konusunu, bir borçlunun özellikle bir grup borçlunun yararına, sadece bir yıl için haczedilebilmesidir (SchKG m. 93/2). Gelir hacizlerine yönelik zaman sınırlaması, ilk olarak 1994 revizyonu ile kanuna dâhil edilmiştir. Daha önce bu uygulamada hâkim hukuku olarak yer edinmiştir.⁸⁰ Gelir hacizlerinin zamansal olarak sınırlandırılması, borçlunun yararına bir düzenleme değildir, aksine alacaklıların fırsat eşitliğini güvence altına alır. Bu düzenlemeyle hem yeni hem de eski borçlular, en önemli haciz konusu olan gelirden gerçek bir şansı paylaşırlar.⁸¹ Türk hukukunda şimdiye kadar zaman sınırlaması benimsenmemiştir.

tar zum Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977, 3. Aufl., Basel 2006-2007, Art. 884 Rz. 41.

⁸⁰ Fritzsche/Walder, § 24 Rz. 54.

⁸¹ MeierIsaak, *diedogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus Sicht des CH-Rechts - 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination:*

Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunun önemli bir özelliği, asgari geçim haddi hesaplamasının bulunmasıdır. Türk hukukunda haczedilebilirlik oranı, daha önceden, açıkça ve sistematik olarak hesaplanmışken (her defasında borçlunun gelirinin en az ¼'i haczedilebilir İİK m. 83/2), İsviçre hukukunda, borçlunun somut durumuna uygun bir çözüme yönelik detaylı yönetmelikler bulunmaktadır.⁸² Bunlar genel bir temel meblağ üzerinden, özellikle geçim, kıyafet, yıkama, vücut ve sağlık bakımı, ev idaresi için gerekli masraflar, kültürel ve enerji masrafları dikkate alınarak oluşturulmaktadır.⁸³ Ayrıca, çocuklar için, yaşlarına göre değişen götürü ek bir ücret bulunmaktadır.⁸⁴ Bu götürü miktarlarında belirtilen kalemler için, etkili ödeme ölçüsüne göre, ek ücretler bulunmaktadır: Kira, sosyal ödentiler, mesleki giderler ve geçim masrafları gibi. Cari vergiler kural olarak, asgari geçim haddine dâhil edilmez.⁸⁵

5.3.2. Değerlendirme

İsviçre hukukuna ve kural olarak Türk hukukuna göre de ücretin haczi diğer ülkelerdeki gelir haczi ile karşılaştırıldığında birçok avantaja sahiptir, hukukun yeniden gözden geçirilmesinde bu avantajlar mutlaka korunmalıdır.

-Bana göre, özellikle ücret haczinin bir yılla sınırlandırılması önemli bir avantajdır. Bu nedenle haciz yaptırmış tüm alacaklı-

Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 2008 H. 4, S. 467 f.

⁸² Zürih kantonunda bugün, 17 Ocak 2007 tarihindeki yeniliklere uygun olarak 23 Mayıs 2001 tarihli yönetmelik geçerlidir (ZR 100 Nr. 46).

⁸³ Tek başına yaşayan bir borçlu için Zürih kantonunda temel miktar aylık 1.100 genellikle 1.000 Frank arasındadır, evli çiftler için temel miktar 1.500 Franktır.

⁸⁴ 6 yaşına kadarki çocuklar için 250 Frank, 6 ile 12 yaş arasındaki çocuklar için 350 Frank, 12 ile 18 yaş arası çocuklar için özellikle ilk eğitimini bitirene kadar 500 Frank.

⁸⁵ Krş. Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen, S. 281 vd. İşlemekte olan vergilerin hesaplanmasının kantonlarda göz ardı edilmesi eleştirilmektedir (BISchK 2003, S. 30 vd; BISchK 2001, S. 98 vd.; buna karşılık bkz. BGE 126 III 89 E. 3b.

ların ticret haczinden gerçek bir şansa sahip olması ve bundan faydalanmaları sağlanmıştır.

-Kanaatimce, haciz oranının Almanya'da olduğu gibi işveren tarafından değil de, icra organlarınca belirlenmesi doğru bir çözümdür.⁸⁶

-Son bir avantaj ise, borçlunun asgari geçim oranının -en azından İsviçre hukukunda- soyut değil, borçlunun önemli ölçüde somut ihtiyaçlarına göre hesaplanmasıdır.⁸⁷

Sonuç

Ücret haczi, İsviçre ve Türk hukukunda gerçekleştirildiği gibi ilke olarak değiştirilmeksizin korunmalıdır. Benim düşünceme göre, Türk hukukundaki götürü hesaplama karşın, İsviçre'deki asgari geçim haddinin somut duruma uygun hesaplanması tercih edilmelidir.

5.4. Gelir Elde Edilmesi Halinde Haczin Sınırlandırılması

Borçlunun kazanç gelirlerinin korunması amacı, icra sınırlamasının en iyi gerekçelerindedir. Bu tüm taraflar için, özellikle haciz konusu ileride de korumak isteyen alacaklılar için, kazan-kazan çözümü anlamına gelmektedir. İsviçre ve aynı şekilde Türk hukukunda borçlunun mevcut gelecekteki kazanç gelirleri yetersiz korunmaktadır.

Haczedilmeyen mallara ilişkin düzenlemenin özellikle içeriği ve yorumu yetersizdir, bunlar kazanç haczinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi haczedilemezliği "*borçlu*

⁸⁶ Becker in Musielak, § 850c Rz. 7; Brox/Walker, Rz. 562; Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen, S. 63 vd.

⁸⁷ Krs. § 850 Abs. 1 DZPO; Brox/Walker, Rz. 581; Becker in Musielak, § 850f Rz. 2.

ISAAC
MEIER'İN
TEBLİĞİ

ve ailesinin mesleğini icrası için gerekli olduğu surece araçlar, aletler, enstrümanlar ve kitaplar” olarak açıklamıştır. Benzer bir düzenleme Türk hukukunda da bulunmaktadır (İİK m. 82).

Koruma, sadece mesleki bir çalışma halinde söz konusudur.⁸⁸ Öğreti ve yargı kararlarına göre, bir işletmenin çalışması mesleki faaliyet değildir, zira burada elde edilen kazanç, ağırlıklı olarak kişisel çalışma sonucu elde edilmez, aksine ödenmiş iş gücü ve yatırım yapılmış para gibi diğer başlıca kazanç faktörlerine bağlanmasıdır. Örneğin Federal Mahkeme (BGE 113 III 77) bir kararında, videokaset satışını işletme faaliyeti olarak değerlendirmektedir. Asıl meslek ihtiyaçları karşılamaya yetiyorsa, yan kazanç korunmamaktadır.⁸⁹ Abartı olarak, yasama, öğreti ve uygulamaya göre sadece bir alet sandığıyla geçici çalışmayı sağlayan ve terzilik gibi küçük zanaatların korunduğu söylenebilir. Diğer bütün ticari ve işletme çalışmaları, kâr getirilebilir olduğu surece hacze kurban edilmektedir.

Kanaatimce meslek ve işletme ayrımı meşru bir ayırım değildir. Haczedilemezlik sadece mesleki aletler değil, aksine borçluya gelir sağlayan tüm malvarlığı değerlerine temsil edilmelidir. Asıl olan, işletme araçlarının hemen kullanılmasındansa, alacaklıların borçlunun malvarlığından orta veya uzun vadede daha fazla yararlanıp yararlanılmadığıdır.

Sonuç

Haczedilemezlik sadece mesleki aletler değil, aksine borçluya gelir sağlayan tüm malvarlığı değerlerine hizmet etmelidir. Asıl olan, işletme araçlarının hemen kullanılmasındansa, alacaklıların borçlunun malvarlığından orta veya uzun vadede daha fazla yararlanmasıdır.

⁸⁸ Ayrıca bkz. Marville Paul, Exécution forcée, responsabilité patrimoniale et protection de la personnalité, Diss. Lausanne 1992, Rz. 298.

⁸⁹ BGE 85 III 19 (21), 75 III 93 E. 1, 53 III 128 (129); BLSchK 1961, S. 113 vd.; ZR 59 (1960), S. 214 vd.; SchKG-von Der Mühl, Art. 92 Rz. 20.

6. Satış: Tedbirlerle Satış Gelirinin Optimizasyonu ve Malvarlığının İsrafının Engellenmesi

6.1. Genel Olarak

İcra hukukumun en önemli problemlerinden biri de borçlunun malvarlığının israf edilmesi tehlikesidir. Hacz edilmiş malvarlığı genellikle borçlu için önemli bir kullanım değeridir, bunların icra uygulaması çerçevesinde geniş bir piyasa değeri bulunmaktadır. Paraya çevirmenin optimizasyonu, kanun koyucunun ve ayrıca mahkeme ve icra uygulamasının önemli amacı olmalıdır. İsrafın kaçınılmaz olduğu durumlarda haciz ve paraya çevirme sınırlandırması tartışılmalıdır.

6.2. Malvarlığını İsraftan Kaçınmak İçin Haczin ve Satışın Sınırlandırılması

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda malvarlığının israftan kaçınmak için, paraya çevrilmenin sınırlandırılması değil, sadece haczin sınırlandırılması bulunmaktadır.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesinin 2. fıkrasına göre, 'bastan itibaren miktara ilişkin satış kârının fazlalığı önemsizse, bu durumda haciz hakli değildir' denilerek haczedilmemesi gereken mallar gösterilmiştir. Benzer bir düzenleme, Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde bulunmaktadır. Malvarlığının israfı tehlikesine yönelik düzenlemenin çok kısıtlı bir koruma sağlayacağını da hatırlatalım. Bunun için, Alman hukukunda paraya çevrilmenin sınırlandırılmasına ilişkin tahmini fiyata göre belirlenmesi gerekli olan asgari teklif zorunluluğu gibi birçok düzenleme olabilirdi (DZPO § 817a).⁹⁰

⁹⁰ Brox/Walker, Rz. 399, 401, 416; Schuschke in Schuschke/Walker, § 817a Rz. 1 vd.

Sonuç

İsviçre ve Türk kanunu koyucusunun malvarlığının israfından kaçınmak için, asgari teklif zorunluluğu gibi, Alman hukukundan farklı paraya çevirme sınırlamaları uygulayıp uygulamayacağı değerlendirilmelidir.

6.3. Taşınmazlar İçin Pazarlıkla Satış

Eğer icra daireleri belirli bir malvarlığı değeri için özellikle uygun görünen paraya çevirme formunu seçebilirlerse, optimal bir yararlanma beklenebilir. Su açıktır ki, pazarlıkla satıştan arttırma ile satışa göre daha iyi sonuçlar elde edilebilir. Bu tespit, tüm malvarlığı değerleri için özellikle taşınmazlar için geçerlidir.

Aslında İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, Türk hukukunda olduğu gibi, sadece taşınır mal ve alacaklar için pazarlıkla satış öngörülmekteydi (krş. SchKG m. 130). İsviçre kanun koyucusu 1994 revizyonunda, taşınmazlar için de pazarlıkla satışını düzenlemiştir. Bunun gerekli şartlar: Tüm katılanlar (alacaklı, borçlu ve gayrimenkul kendilerine teminat gösterilmiş olan alacaklılar) bunu kabul etmeli, en azından tahmini fiyat telif edilmeli, en sonunda yargılama tamamlanmalıdır (SchKG m. 143b).

Uygulamada az mantıklı bir şart olarak, en az takdir fiyatının teklifi görülmektedir⁹¹. Pazarlıkla satışın zorunlu olduğu hallerde, sıklıkla gerçekçi bir değerlendirme ancak satışla ilgilenenlerin yoğun olarak aranması halinde mümkündür.

Pazarlıkla satış ilginç birkaç dogmatik soruyu ortaya çıkarmıştır: Çoğunluğun görüşüne göre, bir kamu hukuku işlemi olarak pazarlıkla satım işlemi herhangi bir kamusal belgelendirmeye ihtiyaç duymamaktadır.⁹²

⁹¹ SchKG-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 143b Rz. 46.

⁹² BGE 128 III 104 E. 2 und 3, BGE 106 III 79 E. 7; Amonn/Walther, § 28 Rz. 75; Lorandi der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetriebs- und Konkursrecht, Zürich 1993, S. 107.

Taşınır malların pazarlıkla satışı uygulamada büyük öneme sahipken, bu satış taşınmazlar için çok sık kullanılmamaktadır.

Pazarlıkla satış, taşınmazlar için başarıyla uygulamaya elverişli olmasına rağmen, icra memurları, zorunlu arttırmayı tercih etmektedirler, zira bu satış önemli sorumluluk risklerini kaldırmaktadır. Pazarlıkla satış halinde, icra memurlarının iyi fiyat veya en azından en iyi alıcının nedene tercih edilmediğini açıklama yükümü altına girmektedir.

Belirli bir malvarlığı değerinin optimal satışı için, icra organlarının sahip olmadığı, bazı özel tecrübeler gereklidir (örneğin kıymetli evrakın, resim ve antikaların satışı gibi) İsviçre'deki genel görüşe göre, böyle bir durumda icra memurları satışı yardımcı 3. bir kişiye devredebilir (krş SchKG m. 5).⁹³

Sonuç

Pazarlıkla satış sadece taşınurlar için değil, taşınmazlar için de geçerlidir. Satış özel bir bilgiyi gerektirirse, icra memurları satışın yapılmasını 3. bir kişiye devredebilir.

6. 4. Satış Bedelinin Pratik Tedbirlerle Optimizasyonu

Satışın optimizasyonu, uygulama ve organizasyonla ilgili bazı önlemlerle sağlanabilir. Bunun için kanunun değiştirilmesine gerek yoktur. Örnek olarak şunlar gösterilebilir:

-Farklı icra daireleri, teklifleri cazip kılmak için ortak arttırma uygulayabilirler.

-İsviçre'nin bazı icra makamları, arttırmayı internetten bildirir ve önemli arttırma konuları resimlerle tanıtılır.⁹⁴

⁹³ BGE 115 III 52 E. 3a, BGE 105 III 67 E. 2.

⁹⁴ <<http://www.betriebsamt-ag.ch>> (besucht am 15.12.2008).

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

-Satış kârının düşüklüğünün en önemli nedenlerinden biri de, icra organlarının konu eşyanın gerçekliği ve fonksiyonu hakkında bir garanti verilememesidir (OR 234).⁹⁵ Shwyz kantonunda bir icra memuru bir TV mağazasıyla anlaşmakta bu mağaza ise satıştan önce eşyayı değerlendirmekte ve fiyata karşılık eşyaların işlevselliğine garanti vermektedir.

†Eşyayı satın almak isteyenlerin, icra memurlarının yanında eşyayı kısa bir süre gözden geçirebilmeleri, arttırma fiyatını önemli ölçüde yükseltebilir.

-Pazarlıkla satış, alıcıların yuvarlak bir masa etrafında arttırma yapması halinde optimize edilebilir. Bu, pazarlıkla satış ile arttırma arasında karma bir çözümdür.

Sonuç

Hacizli malların satışı birçok pratik önlemle (arttırmanın internetten duyurulması, satışın merkezileştirilmesi gibi) iyileştirilebilir, bunun için kanunun değiştirilmesi ve tamamlanmasına gerek yoktur.

7. Cüz-i İcradan Kurtulmak İçin Borçluya Tanınan İmkânlar: Özel İflâs ve/veya Artan Borçtan Kurtulma Yargılaması

7.1. İsviçre Hukuku ile Türk Hukukunun Karşılaştırılması

Birçok borçlunun borçlarının oranı çok yüksektir ki, kısa bir zamanda borçlarından kurtulma imkânları bulunmamaktadır. İcra takibi, bu borçlular için sürekli bir tehdit haline dönmüştür. Borçlu için cüz-i icra takibinden kurtulmaya yönelik hangi imkânların sunulduğu büyük bir öneme sahiptir.

⁹⁵ BGE 120 III 136 E. 2.

İsviçre hukukunda borçluya kural olarak 3 alternatif sunulmuştur:

-İsviçre hukukunda her borçlu (hem gerçek ve hem de tüzel kişi) her zaman iflâsın açılmasını talep edebilir (SchKG m. 191). Tüm hacizler ve de devam eden ücret hacizleri bu taleple birlikte düşer. Borçlu, iflâstan sonra, ancak yeni malvarlığı edinirse (SchKG m. 265/2), yeniden takip edilebilir. Yeni malvarlığı olarak bir miras, lotodan para kazanılması değerlendirilebilir, ayrıca yeterince yüksek gelir de malvarlığı oluşumu olarak anlaşılır.⁹⁶

-Borçlu, iflâs yerine İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 293. maddesi ve devamına göre konkordato de talep edebilir. Bu, tüm borçlular, ticaret siciline kayıtlı olmayan gerçek kişiler için de geçerli olan bir düzenlemedir. Borçlu alacaklıların nitelikli çoğunluğu onay ve mahkemenin izni şartıyla bir konkordato talep edebilir (krş. SchKG m. 305).

-1994 revizyonunda, iflâs takibine bağlı kişiler için, İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 333. maddenin devamına göre borçluların özel tasfiyesi, üçüncü bir imkân olarak düzenlenmiştir. Alacaklılar ile mahkeme dışı bir borç tasfiyesini hedefleyen borçlu, en fazla altı ay için mal idarecisi kullanarak mahkemenin bir borç erteleme talep edebilir, mal idarecisi borçluyu alacaklılara karşı desteklemektedir (SchKG m. 334 ve 335).⁹⁷

-Türk hukukunda İsviçre hukukunun geleneksel ilk iki düzenlemesi bulunmaktadır. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 333. maddesinde olduğu gibi özel kişilerin borçtan arındırılması usulü bugüne kadar bilinmemektedir.

⁹⁶ Amonn/Walther, § 48 Rz. 34.

⁹⁷ Roncoroni Mario, Auf Drückeberger gezielt - Bedürftige getroffen, Plädoyer 4/1992, S. 24 f.; Dominik Gasser, das neue Sanierungsverfahren: BISchK 1993, S. 216 vd. E. 3a; HUNKELER DANIEL, das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, in: Gauch Peter (Hrsg.), Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, S. 59 f.; BGE 123 III 402.

7.2. Eleştiri

İsviçre'de de özel borçlanma önemli bir sosyal problem-
dir. Ben ve diğer akademisyenlerce tarafından uygulanan bir
çalışmaya göre, İcra ve iflâs yargılamasında borçlu, ortalama
kırk yaşlarındadır ve 15.000 ile 50.000 Frank (19.500 ile 65.000
TL) borcu bulunmaktadır. Açıktır ki, böyle bir borçlu, sadece
kendi gelirleri ile borçlarını kapatamayacaktır. Konuştuğumuz
insanların %16'sı borçlarından kurtulabileceklerine dair ken-
dilerinde herhangi bir şans görmemektedirler.⁹⁸

İsviçre hukuku açısından bu üç kurumun yeterli olmadığı
söylenebilir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 191. maddesine göre, borç-
lunun kendi talebiyle iflâsın açılması borçluya sadece kısa bir
süre için rahatlama sağlar. Zira malvarlığının yeniden oluş-
masıyla borçlar da yeniden oluşmaktadır ve ekonomik olarak
düzelmek mümkün değildir. Ekonomik durum düzeler düzel-
mez alacaklılar yeniden kapıya dayanırlar. Yeni bir başlangıç
yapabilmek borçlu için -eğer çok fazla borcu varsa-çok küçük
bir çekiciliğe bulunmaktadır.⁹⁹

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 293 ve devamına göre
konkordato yüksek masrafları nedeniyle sadece kapsamlı mal-
varlığı olan (yan borçlarla birlikte) nadir borçlu için mümkün
olabilecek bir çözümdür.

Son olarak, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 333. madde ve
devamında düzenlenen özel bütçelerin borçtan arındırılması
usulünün de uygun bir çözüm kanıtlanmıştır. Buradaki temel
problem, borç tasfiyesinin sadece tüm alacaklıların onaylaması
ile mümkün olabilmesidir. Tecrübeler gereğince, bu da çok
nadir rastlanan bir durumdur.¹⁰⁰

⁹⁸ Meier Isaak/Zweifel Peter/Zaborowski Christoph/Jent-Sørensen In-
grid, S. 170.

⁹⁹ Meier, S. 447 f.

¹⁰⁰ Gasser Dominik, das neue Sanierungsverfahren, in: Blätter für Schuld-
betreibung und Konkurs (BlSchK) 1993, S. 216 f.

Kanaatimce, bizim kanun koyucumuz ve Türk kanun koyucusu, Amerikan hukukunda uzun zamandır uygulanan (discharge of debts) ve bugün birçok Avrupa ülkesi tarafından bilinen kendine özgü bir kalan borçtan kurtulma yargılaması olan kurumu düzenleyip düzenlememeyi yeniden düşünmelidir.¹⁰¹

Amerikan İflas Yasası'nın 13. bölümünde tüketiciler için bir özel bir konkordato usulü öngörülmektedir.

Bu yargılama aşağıdaki biçimde karakterize edilebilir:

a. Konkordato sözleşmesi, hâkim tarafından onaylanır. Alacaklılara daruşılmaz.

b. Borçlu, kalan borçtan kurtulma kurumu ile belirlenen miktarı üç yıl içinde ödemeyi kabul etmek zorundadır. İstisnai olarak beş yıllık bir plan da onaylanabilir.

c. Borçlu tarafından alacaklılara teslim edilecek miktar, belli bir bütçe dâhilinde ve tüm plan suresi için hesaplanır ve tespit edilir.

¹⁰¹ Almanya'da borçlu, kalan borçtan kurtulma talep edebilmek için önce tüketici iflâsı yargılamasına başvurmalıdır (krş. Eckhardt Alexander, *die Restschuldbefreiung*, Diss. Köln 2006; Preuss Nicola, *Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung*, 2. Aufl. Berlin 2003). Avusturya'daki yargılama da Alman hukukuna benzer, ancak Avusturya hukukunda borçlu 7 yıl süresince toplam tutarın %10'unu ödemek zorundadır (KO § 213 fıkra 1 bent 2; krş. Mayer Gottfried/Pirker Beate, *Rahmenbedingungen des Verbraucherkredits und der Schuldensanierung in Österreich*, *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts [JKR]*, Bern 1997, S. 224 vd.). İngiltere için bkz. Hergenröder Curt Wolfgang/Alsmann Christine, *das Privatinsolvenzrecht auf der britischen Insel*, *Zeitschrift für Verbraucher und Privat-Insolvenzrecht [ZVI]* 2007, S. 337 vd.; Kley Andrew R./Walton Peter, *Insolvency law*, Harlow 2003, S. 321, 340 vd. ve özellikle S. 344). Fransız hukuku için bkz. Meier Isak/Perrier Camille, *Sanierung und Entschuldung von Privatpersonen nach französischem Recht - ein Vorbild für das schweizerische Recht?* ZSR 125 (2006), S. 575.

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

d.Borçlu, kural olarak aktiflerini elinde tutabilir. Alman hukukundan farklı olarak borçlunun sermayesinin paraya çevrilmesi öngörülmemiştir.

Benzer bir kurumun İsviçre hukukuna alınması tekrar teklif ettim. Ancak şimdiye kadar bir sonuç elde edemedim.¹⁰²

Sonuç

İsviçre ve Türk hukukunda da, borçlu iflâsın açılmasını isteyerek veya konkordato talep ederek takibi durdurabilir. Ayrıca İsviçre hukukunda borçlu için kanunun 333 ve devamı gereğince uzlaşmacı özel borç tasfiyesi kurumu bulunmaktadır. Ancak bu kurumlar çok az sayıda borçluya borçlarından ve var olan takiplerden kurtulmak için kalıcı bir çözüm sunmaktadır. Buna Amerikan hukuku ve bugün birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi arta kalan borçtan kurtulmanın eklenmesi gerekir.¹⁰³

¹⁰² Meier, S. 451.

¹⁰³ BLSchK 1998, S. 195 vd.

Kısaltmalar Cetveli

BGE: Bundesgerichtshof Entscheidung

BISchK: Blätter für Schuldbetreibungs-und Konkurs

DZPO: Deutsche Zivilprozessordnung

EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention

SchKG: Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz

ZPO: Zivilprozessordnung

ZSR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ZZP: Zeitschrift für Zivilprozess

ZZPInt: Zeitschrift für Zivilprozess International

ISAAK
MEIER'İN
TEBLİĞİ

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): *Vielen Dank Herr Meier; es war ein sehr guter Vortrag; wir werden ja heute Nachmittag darauf zurückkommen; bevor wir eine Pause machen, möchte ich eine ganz kurze Bemerkung machen, und zwar auf Türkisch:*

Çok güzel bir konferans dinledik. Fakat burada sayın Adalet Bakanı ayrılmadan önce kısa bir açıklama yapmak istiyorum, ondan sonra kısa bir ara vereceğiz ve ondan sonra Prof. Walker'i dinleyeceğiz.

Şimdi, Sayın İsviçre'li Prof. meslektaşımız, ilamsız icranın muhafaza edilmesi gerektiğini, alacaklı ile borçlu arasındaki savunma eşitliğini sağladığını belirtiyor ve özellikle belki on defa menfi tespit davasını borçlu için bir garanti görüyor. Biz de 1965'te onu kanuna koyduk, İsviçre bizden otuz yıl sonra menfi tespit davasını kabul etti, onu öğleden sonra tartışacağız.

Acaba, İsviçre bu menfi tespit davasını otuz yıl sonra kabul ederken, Türk Kanunu'ndaki 72. maddedeki menfi tespit davasından yararlandı mı? Onu öğleden sonra tartışacağız. Yalnız burada sayın Bakan hazırken bir noktayı belirtmek istiyorum: İsviçre'lilerin tuzu kuru. Neden? Tebligat konusunda hiçbir şüpheleri, endişeleri, zorlukları yok. Ben 1965 yılında oradaydım, İsviçre'de bugün ödeme emri postaya verilirse,

ertesi günü ödeme emrinin borçluya usulüne uygun biçimde tebliğ edileceği varsayılır, bir karine halindedir. Bizde maalesef ödeme emri, sayın Bakan da belirtti, tebligatında çok müşkülât çekiliyor, hileler de yapılıyor, borçlunun ödeme emrinden haberi olmuyor. Yedi günlük kısa süre içinde itiraz edemeyince menfi tespit davası var, istirdat davası var. Var ama iş işten geçiyor. Borçlunun malları haczedildikten sonra menfi tespit davası açmış. Hele hacizden sonra olduğu için yüzde 140 teminatla takibi durdurması zor. Onun için, ödeme emrinin tebliği çok önemli. Sayın Bakan'dan duyduğum kadarıyla Tebligat Kanunu'nda bu yönden yenilikler yapılmış. Özellikle Nüfus Hizmetleri Kanunu ile bağlantısının kurulması, yani Türkiye'de oturan her kişinin belli bir adresinin bulunması, tıpkı Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası gibi ve o adrese tebligat yapılabilmesi sağlanırsa ilamsız icra hakikaten sayın İsviçre'li meslektaşımızın da belirttiği gibi, başarılı bir sistem. Hak arayan alacaklıların alacağına kavuşmasını çabuk biçimde sağlayan, ama borçluya da aynı derecede savunma imkânlarını veren bir sistem olacak. Onun için tebligat çok önemli. Sayın Bakan ayrılmadan önce, biz ara vermeden önce bu konuyu belirtmek istedim. Teşekkür ediyorum.

Şimdi bir on beş dakika ara vereceğiz, uzadığı için. On beş dakika sonra ikinci konferansı dinleyeceğiz; yemek biraz kayıyor, 13.15-13.30 gibi yemek yiyeceğiz, tartışmayı öğleden sonra yapacağız.

Hepinize teşekkür ediyorum.

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Baki KURU

Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER

(Almanya- Gießen Justus-Liebig Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Sayın meslektaşlarım, birinci oturumumuzun ikinci bölümüne başlıyoruz.

Konferansımız, değerli misafirimiz Sayın Prof. Walker, Giessen Üniversitesi'nden.

Şimdi sözü kendisine veriyorum. Bitte schön, herr professor Walker, Sie können mit Ihrem Vortrag gleich anfangen.

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER: Liebe Kollegen und Kolleginnen, meine sehr verehrte Damen und Herren; es ist für mich natürlich eine große Ehre, dass Sie sich dafür interessieren, wie eine bestimmte Problematik aus dem Zwangsvoll-

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

treckungsrech im deutschen Recht gelöst wird; aber es ist für mich auch eine sehr große Freude, hier zu sprechen; weil es doch eine Gelenheit ist, dass ich zahlreiche Freunde und Bekannte von verschiedenen türkischen Universitäten hier wieder einmal treffe und mich mit ihnen unterhalten und diskutieren kann. Das Thema, das mir für diesen Vortrag von den Veranstaltern gewünscht wurde, heißt: Grundrechte in der Zwangsvollstreckung. Der Vorsitzende hat mich heute morgen gebeten, das Thema für diesen Vortrag etwas abzuändern, und etwas mehr über die Grundrechte speziell im Mahnverfahren, also bei der Vollstreckung nach einem Mahnverfahren, zu sprechen; und die übrigen Grundrechte nur dann anzusprechen, wenn noch Zeit ist; im übrigen haben Sie - natürlich wenn Sie das interessiert - Gelegenheit, heute Mittag oder heute Nachmittag danach zu fragen; und außerdem wird die schriftliche Fassung meines Vortrages mit dem Inhalt später vorgelegt, wie er jetzt hier in dieser Gliederung vorhanden ist. Aber an dieser Gliederung können Sie sich jetzt nicht mehr ganz korrekt orientieren. Wenn ich zwischen verschiedenen Seiten springe, werde ich allerdings ansagen, auch damit unsere Übersetzer ungefähr wissen, wo ich mich gerade befinde. Auch wenn es schwerpunktmäßig um das Mahnverfahren um die Vollstreckung nach dem Mahnverfahren gehen soll, will ich doch mit einer verfassungsrechtlichen Einleitung beginnen.

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER

(Justus-Liebig-Universität Gießen)

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

**VERLETZUNG UND SCHUTZ DER GRUNDRECHTE
IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG
NACH DEUTSCHEM RECHT¹**

Inhaltsübersicht:

1. Teil: Grundrechte des Schuldners, 1. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), 1. Gesetzliche Grundlage für den Eigentumseingriff, 2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, 3. Schutz des Schuldners gegen rechtswidrige Vollstreckungseingriffe, 4. Besonderheiten bei der Vollstreckung nach einem Mahnverfahren, a) Voraussetzungen und Ablauf des Mahnverfahrens,

¹ Erweiterte Fassung meines Gastvortrags auf der 7. Tagung der türkischen Zivilprozessrechtslehrer in Cesme am 24.10.2008. Der dort gehaltene Vortrag war im Wesentlichen auf die Bedeutung des Themas im Mahnverfahren beschränkt.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

b) Missbrauch des Mahnverfahrens, c) Schutz des Schuldners nach § 826 BGB, aa) Voraussetzungen, bb) Rechtsfolge, II. Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG), III. Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), 1. Besondere Bedeutung bei der Räumungsvollstreckung, 2. Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO, a) Voraussetzungen, aa) Ganz besondere Umstände, bb) Sittenwidrige Härte für den Schuldner, cc) Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers, b) Rechtsfolge, IV. Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG), 1. Schutz des Schuldners nach § 888 Abs. 3 ZPO, 2. Analoge Anwendung des § 888 Abs. 3 ZPO bei der Vollstreckung eines Auskunftsanspruches gegen die Mutter eines Kindes auf Bekanntgabe des Namens von dem Vater des Kindes, a) Rechtsgrundlage für den Auskunftsanspruch, b) Abwägung der kollidierenden Grundrechte, c) Rechtsfolge, V. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG),

2. Teil: Grundrechte des Gläubigers, I. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), II. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG),

3. Teil: Grundrechte Dritter, I. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), II. Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), III. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG),

4. Teil: Zusammenfassung

An der Zwangsvollstreckung sind immer mindestens zwei Parteien beteiligt: Der Vollstreckungsgläubiger und der Vollstreckungsschuldner. Häufig sind von einer Vollstreckungsmaßnahme aber auch Dritte betroffen. Bei jedem von ihnen kann die Durchführung oder die Verweigerung der Zwangsvollstreckung zu schweren Grundrechtseingriffen² führen.

² Zur Bedeutung der Grundrechte in der Zwangsvollstreckung nach türkischem Recht vgl. Kuru, Dike International, 1996, 557.

1. Teil: Grundrechte des Schuldners

Bei Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung denkt man als Erstes an die Grundrechte des Schuldners; denn die Vollstreckungsmaßnahme des Staates richtet sich gegen den Schuldner.

I. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG)

Bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung und bei der Vollstreckung eines Herausgabeanspruchs wird auf Vermögensgegenstände des Schuldners zugegriffen. Darin liegt ein staatlicher Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum des Schuldners (Art. 14 Abs. 1 GG). Hoheitliche Eingriffe in das Eigentum sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) und wenn sie verhältnismäßig sind.

1. Gesetzliche Grundlage für den Eigentumseingriff

Die gesetzliche Grundlage bilden insbesondere die Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts in der Zivilprozessordnung (§§ 704 ff. ZPO) und für Grundstücke zusätzlich diejenigen des Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG). Hier hat der Gesetzgeber festgelegt, dass das Eigentumsrecht des Schuldners hinter den Vollstreckungsinteressen des Gläubigers zurückstehen muss; denn auf Grund eines Vollstreckungstitels steht fest, dass nach materiellem Recht das Eigentumsrecht des Schuldners nicht schutzwürdig ist.

2. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³ kommt in verschiedenen Vorschriften zum Ausdruck. So darf beispielsweise nach

³ Vgl. dazu Wieser, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung, 1989. Zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit

dem Gesetz nicht mehr Vermögen des Schuldners gepfändet werden, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist (Verbot der Überpfändung, § 803 Abs. 1 S. 2 ZPO). Ferner ist eine Pfändung verboten, wenn sie zwecklos ist, weil die Verwertung der gepfändeten Gegenstände höchstens zur Deckung der Vollstreckungskosten ausreicht und deshalb nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führt (§ 803 Abs. 2 ZPO). Schließlich dürfen Vermögensgegenstände des Schuldners nur zu bestimmten Mindestgrenzen verwertet werden. Bei der Versteigerung von beweglichen Sachen (§ 817a Abs. 1 ZPO) oder Grundstücken (§ 85a Abs. 1 ZVG) darf der Zuschlag nur erteilt werden, wenn das Gebot mindestens 50 % des Verkehrswertes beträgt. Bei Grundstücken muss das Gebot unter bestimmten Voraussetzungen sogar 70 % des Verkehrswertes betragen (§ 74a Abs. 1 ZVG). Dadurch soll eine Verschleuderung von Vermögenswerten des Schuldners verhindert werden. Auch dieser Grundsatz dient dem Schutz des Eigentums des Schuldners.

Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken besteht allerdings folgende besondere Gefahr für einen Eingriff in das Eigentum des Schuldners: Wenn im ersten Versteigerungstermin gar kein Gebot abgegeben wird, gilt im zweiten Versteigerungstermin wieder die Grenze für das Mindestgebot. Falls die Grenze nicht erreicht wird, ist das Versteigerungsverfahren aufzuheben (§ 77 Abs. 2 S. 1 ZVG). Wenn dagegen im ersten Versteigerungstermin zwar ein Gebot abgegeben wird, das aber niedriger als 50% oder 70 % des Verkehrswertes liegt (Beispiel: Gebot in Höhe von 20 % des Verkehrswertes), gelten diese Wertgrenzen im zweiten Versteigerungstermin nicht mehr (§§ 85a Abs. 2 S. 2, 74a Abs. 4 ZVG). Dann kann der Zuschlag also auch auf ein ganz niedriges Gebot erteilt werden. In diesem Fall verliert der Schuldner nicht nur sein Eigentum an seinem Grundstück, sondern er verliert es auch noch zu einem niedrigen Preis, so dass mit dem Erlös der Gläubiger gar nicht oder jedenfalls nicht vollständig befriedigt werden kann. Es

für die Zwangsvollstreckung nach türkischem Recht vgl. Kuru, Dike International, 1996, 557, 558 f.

liegt dann ein besonders intensiver Eingriff in das Eigentum des Schuldners vor. Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof haben mehrfach entschieden, dass diese Situation, nämlich die Möglichkeit einer besonders preiswerten Grundstücksversteigerung im zweiten Versteigerungstermin, jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich durch verfahrensmäßige „Tricks“ herbeigeführt werden darf.⁴ Außerdem darf der im Versteigerungstermin nicht anwesende Schuldner von einer derartigen Verschleuderung seines Grundstückseigentums nicht überrascht werden; deshalb muss in solchen Fällen vor einer Erteilung des Zuschlags ein neuer Termin anberaumt werden, damit der Schuldner Gelegenheit erhält, einer Verschleuderung seines Eigentums entgegenzuwirken.⁵

3. Schutz des Schuldners gegen rechtswidrige Vollstreckungseingriffe

Natürlich erlaubt das Vollstreckungsrecht nur eine rechtmäßige Vollstreckung. Gegen einen unrechtmäßigen Eingriff in sein Eigentum durch Zwangsvollstreckung kann der Schuldner sich mit verschiedenen Rechtsbehelfen wehren. Wenn er einen Verfahrensfehler geltend macht, kann er mit der sogenannten Vollstreckungserinnerung (§ 766 Abs. 1 ZPO) oder mit der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung und eine Aufhebung von bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen erreichen. Wenn er geltend machen will, dass die Voraussetzungen für den titulierten materiellen Vollstreckungsanspruch zwar ursprünglich vor-

⁴ BGH, Beschl. v. 10.5.2007 - V ZB 83/06, NJW 2007, 3279; Beschl. v. 24.11.2005 - V ZB 98/05, NJW 2006, 1355. Siehe zur Bedeutung der Eigentumsgarantie bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken, wenn das höchste Gebot weit unter dem Wert des Grundstückes bleibt, auch BVerfG, Beschl. v. 7.12.1977 - 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325; Beschl. v. 27.9.1978 - 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, 220; Beschl. v. 24.4.1979 - 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, 150 (zur Teilungsversteigerung nach § 180 ZVG).

⁵ BGH, Beschl. v. 5.11.2004 - IXa ZB 27/04, Rpfleger 2005, 151.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

gelegen haben, nachträglich aber entfallen sind, steht ihm die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zur Verfügung. Alle genannten Rechtsbehelfe geben dem Schuldner verfahrensrechtliche Möglichkeiten, sich gegen einen zu Unrecht erfolgten hoheitlichen Eingriff in sein Eigentum zu wehren.

4. Besonderheiten bei der Vollstreckung nach einem Mahnverfahren

Allerdings kann der Schuldner im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO nicht alle materiell-rechtlichen Einwendungen gegen den titulierten Anspruch mit Erfolg vorbringen. Wenn die Vollstreckung aus einer gerichtlichen Entscheidung betrieben wird, kann er nur mit solchen Einwendungen Erfolg haben, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Erkenntnisverfahren entstanden sind. Vorher schon vorhandene Einwendungen sind gem. § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen (präkludiert). Auf diese Weise wird verhindert, dass mit der Vollstreckungsgegenklage die Rechtskraft der Gerichtsentscheidung unterlaufen wird.⁶ Deshalb kann sich der Schuldner nicht mit Erfolg darauf berufen, die titulierte Forderung habe von Anfang an gar nicht bestanden; das hätte er vielmehr im Erkenntnisverfahren geltend machen müssen. Dazu hatte er im Rahmen seines rechtlichen Gehörs auch Gelegenheit.

Allerdings ergibt sich ein besonderes Problem, wenn die Zwangsvollstreckung nicht aus einem Urteil erfolgt, sondern im Anschluss an ein Mahnverfahren aus einem Vollstreckungsbescheid.

a. Voraussetzungen und Ablauf des Mahnverfahrens

Das Mahnverfahren ist in der deutschen ZPO noch nicht Teil der Zwangsvollstreckung. Es ist erst auf Erlangung eines

⁶ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1340.

Vollstreckungstitels gerichtet. Deshalb ist es auch nicht im Zwangsvollstreckungsrecht (§§ 704 ff. ZPO) geregelt, sondern im Erkenntnisverfahren (§§ 688 ff. ZPO). Das Mahnverfahren kommt nur bei Geldforderungen in Betracht (§ 688 Abs. 1 ZPO). Der Antragsteller erhebt keine Klage, sondern reicht bei Gericht einen formularmäßigen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids ein. In diesem Antrag muss er seine Geldforderung nur bezeichnen (§ 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO; Beispiele: „Kaufpreisforderung“ oder „Schadensersatz wegen Verkehrsunfall“). Dagegen braucht er die Forderung nicht zu begründen. Der beantragte Mahnbescheid wird vom Gericht ohne Anhörung des Antragsgegners und ohne rechtliche Prüfung des geltend gemachten Anspruchs erlassen. Er wird dem Gegner zugestellt (§ 693 Abs. 1 ZPO). Der Mahnbescheid ist noch kein Vollstreckungstitel. Der Gegner kann innerhalb von zwei Wochen (also in einer längeren Frist als in der Türkei und in der Schweiz) Widerspruch gegen den Mahnbescheid einlegen (§§ 692 Abs. 1 Nr. 2, 694 ZPO). In diesem Fall wird das Mahnverfahren beendet und als Streitiges gerichtliches Verfahren fortgesetzt (§ 696 Abs. 1 ZPO). Falls der Gegner keinen Widerspruch einlegt, wird auf Antrag wiederum ohne rechtliche Prüfung des geltend gemachten Anspruchs vom Gericht ein Vollstreckungsbescheid erlassen (§ 699 ZPO). Dieser ist wie ein Urteil vorläufig vollstreckbar (§ 700 Abs. 1 ZPO). Der Antragsgegner kann gegen den Vollstreckungsbescheid innerhalb von zwei Wochen Einspruch einlegen (§§ 700 Abs. 1, 338, 339 Abs. 1 ZPO). In diesem Fall wird das Verfahren als Streitiges Klageverfahren fortgesetzt (§§ 700 Abs. 1, 3, 342 ZPO). Der Antragsgegner hat im Mahnverfahren also zwei mal rechtliches Gehör und er hat zwei mal Gelegenheit, das Mahnverfahren in ein Streitiges Erkenntnisverfahren umzuwandeln. Erfolgt dagegen kein fristgerechter Einspruch, wird der Vollstreckungsbescheid rechtskräftig.

b. Missbrauch des Mahnverfahrens

Die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid, der im Mahnverfahren ergangen ist, führt zu folgendem

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

Problem: Da der Antragsteller seinen Anspruch nicht begründen, sondern nur bezeichnen muss, da ferner das Gericht die Begründetheit des Anspruchs nicht prüft und da schließlich der Antragsgegner sich meistens am Verfahren nicht beteiligt, besteht hier die große Gefahr, dass ein Anspruch tituliert wird, der in Wirklichkeit von vornherein nicht bestanden hat. Wenn bei der Zwangsvollstreckung aus einem solchen Titel auf Vermögensgegenstände des Schuldners zugegriffen wird, liegt darin ein hoheitlicher Eingriff in das Eigentum des Schuldners. Dieser Eingriff ist materiell nicht gerechtfertigt, weil er auf einem von vornherein unrichtigen Titel beruht. Mit den speziellen im Zwangsvollstreckungsrecht vorgesehenen Rechtsbehelfen kann der Schuldner sich gegen eine solche Vollstreckung aber nicht wehren. Eine Vollstreckungserinnerung scheidet aus, weil kein Verfahrensfehler vorliegt. Eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil die materielle Einwendung gegen den titulierten Anspruch schon im Mahnverfahren hätte geltend gemacht werden können und deshalb jetzt präkludiert ist (§§ 767 Abs. 2, 796 Abs. 2 ZPO). Der Schuldner hat also auf Grund dieser speziellen Rechtsbehelfe keine Möglichkeit, den materiell rechtswidrigen Eingriff in sein Eigentum und in sein Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG) zu verhindern.

c. Schutz des Schuldners nach § 826 BGB

Deshalb hat der Bundesgerichtshof eine Möglichkeit für den Schuldner entwickelt, wie er sich doch gegen die Vollstreckung aus einem materiell unrichtigen Titel wehren kann. Ein solcher Rechtsschutz findet sich nicht im Zwangsvollstreckungsrecht, sondern im materiellen Recht. Unter engen Voraussetzungen wird dem Vollstreckungsschuldner von der Rechtsprechung ein einklagbarer Schadensersatzanspruch wegen Missbrauchs des Vollstreckungstitels gemäß § 826 BGB gewährt.⁷ Nach

⁷ Siehe zum Beispiel BGH, Urt. v. 29.6.2005 - VIII ZR 299/04, NJW 2005, 2991; Urt. v. 9.2.1999 - VI ZR 9/98, NJW 1999, 1257; Urt. v. 30.6.1998 -

dieser Vorschrift hat derjenige einen Schadensersatzanspruch, der von einem anderen in sittenwidriger Weise vorsätzlich geschädigt wurde. Von einem Teil der Literatur wird diese Rechtsprechung abgelehnt.⁸

aa. Voraussetzungen

Ein solcher Anspruch hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings strenge Voraussetzungen⁹, weil er zu einer Durchbrechung der Rechtskraft des Vollstreckungsbescheids führt.

1. Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels

Erste Voraussetzung ist, dass der Vollstreckungsbescheid materiell unrichtig ist. Der für vollstreckbar erklärte Anspruch darf aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht bestehen. Typisches Beispiel ist die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, aus dem die in dem Vollstreckungsbescheid titulierte Forderung hergeleitet wird.

2. Kenntnis des Gläubigers von der Unrichtigkeit des Titels

Zweite Voraussetzung ist, dass der Vollstreckungsgläubiger Kenntnis von der Unrichtigkeit des Titels hat. Er muss also wissen, dass er im Mahnverfahren eine Forderung geltend gemacht hat, die aus materiellen Gründen gar nicht besteht.

VI ZR 160/97, NJW 1998, 2818; Urt. v. 24.9.1987 – III ZR 187/86, NJW 1987, 3256; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1328a; Walker, Beseitigung und Durchbrechung der Rechtskraft, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 367.

⁸ Gaul, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung, 1986, S. 40 ff.; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl., 2007, § 64 II; Münzberg, NJW 1986, 361; Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln, 12. Aufl., 1994, Rn. 280 ff.

⁹ Zusammenstellung bei Walker, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, S. 367, 381 ff.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

3. Sittenwidrige Erwirkung oder Ausnutzung des Titels

Dritte und wichtigste Voraussetzung ist, dass das Verhalten des Gläubigers bei der Erwirkung des Titels oder bei der Ausnutzung des Titels als sittenwidrig anzusehen ist. § 826 BGB verlangt eben eine sittenwidrige Schädigung.

Das typische und wichtigste Beispiel für eine sittenwidrige Erwirkung des Titels¹⁰ ist häufig bei der Vollstreckung aus einem im Mahnverfahren erwirkten Vollstreckungsbescheid gegeben. Gläubiger, die eine nicht zu begründende Forderung geltend machen, wählen nämlich oft das Mahnverfahren anstelle eines Klageverfahrens, weil der Mahnbescheid und der Vollstreckungsbescheid ohne gerichtliche Prüfung erlassen werden und die Gläubiger damit rechnen, dass ihr Schuldner auf Grund seiner Unerfahrenheit keinen Widerspruch gegen den Mahnbescheid und keinen Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid einlegen wird.¹¹ Vielleicht drängen sie den Schuldner sogar, keinen Rechtsbehelf einzulegen, weil dieser angeblich aussichtslos sei und nur weitere Kosten verursache.¹² Auf diese Weise missbrauchen Gläubiger die Besonderheiten des Mahnverfahrens zur Durchsetzung einer rechtlich nicht zu begründenden Forderung. Das betrifft insbesondere Forderungen aus sittenwidrigen Bürgschaften und Zinsforderungen aus sittenwidrigen Kreditgeschäften (vgl. aber § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, wonach bei der Geltendmachung bestimmten Forderungen aus einem Verbraucherkreditvertrag im Sinne der §§ 491 ff. BGB das Mahnverfahren nicht stattfindet).

Ein Beispiel für die sittenwidrige Ausnutzung eines Titels¹³ ist in folgendem Fall gegeben: Der Gläubiger hat zunächst in einem normalen Klageverfahren ein auf wiederkehrende Un-

¹⁰ Dazu etwa Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn.1328a.

¹¹ Z.B. BGH, Urt. v. 29.6.2005 - VIII ZR 299/04, NJW 2005, 2991, 2994.

¹² Vgl. BGH, Urt. v. 24.9.1987 - III ZR 187/86, NJW 1987, 3256, 3258.

¹³ Dazu etwa Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn.1328a.

terhaltszahlung lautendes Urteil erstritten. Aus diesem Urteil vollstreckt er weiter, obwohl das Urteil nachträglich unrichtig geworden ist, weil der Gläubiger inzwischen eine Arbeit aufgenommen hat, deshalb nicht mehr bedürftig ist und nach materiellem Recht keinen Unterhaltsanspruch mehr hat (vgl. § 1602 BGB).¹⁴ Zwar kann der Schuldner in solchen Fällen durch eine sogenannte Abänderungsklage nach § 323 ZPO erreichen, dass der Unterhaltstitel entsprechend geändert wird. Aber das Abänderungsurteil wirkt nur für die Zukunft (§ 323 Abs. 3 S. 1 ZPO). Solange der Schuldner noch keine Abänderungsklage erhoben hat, weil der Gläubiger ihn nicht über die geänderten Umstände informiert hat, kann er sich gegen die sittenwidrige Ausnutzung des unrichtig gewordenen Unterhaltstitels mit dem Anspruch nach § 826 BGB wehren.

bb. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge besteht – wie schon ausgeführt – darin, dass der Vollstreckungsschuldner nach § 826 BGB Schadensersatz verlangen kann. Die Besonderheit dieses Schadensersatzanspruches besteht darin, dass der Anspruch nicht auf Zahlung von Geld gerichtet ist, sondern auf Schadensersatz oder Wiedergutmachung in Natur (sogenannte Naturalrestitution). Es muss also der Zustand herbeigeführt werden, der ohne die missbräuchliche Vollstreckung des unrichtigen Vollstreckungstitels bestehen würde. Der Schuldner kann deshalb nach § 826 BGB auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung oder auf Herausgabe des Vollstreckungstitels klagen.¹⁵ Mit dieser Lösung der Rechtsprechung, die nicht im Prozessrecht, sondern im materiellen Recht liegt, kann also eine Grundrechtsverletzung des Schuldners durch Missbrauch des Mahnverfahrens und

¹⁴ BGH Urt. v. 19.2.1986 – IVb ZR 71/84, NJW 1986, 1751, 1754; Urt. v. 23.4.1986 – IVb ZR 29/85.

¹⁵ BGH, Urt. v. 16.11.1989 – III ZR 162/88, NJW-RR 1990, 303; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1328a.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

Vollstreckung eines materiell unrichtigen Vollstreckungstitels verhindert werden.

II. Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG)

Wenn der Schuldner nicht freiwillig an der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen mitwirkt, stehen dem Gerichtsvollzieher nach § 758 ZPO verschiedene Zwangsbefugnisse zu. Insbesondere ist er befugt, die Wohnung des Schuldners auch ohne sein Einverständnis nach pfändbarem Vermögen zu durchsuchen. Darin liegt ein hoheitlicher Eingriff in das Grundrecht des Schuldners auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG). Nach Art. 13 Abs. 2 GG dürfen Wohnungsdurchsuchungen grundsätzlich nur auf Grund einer Erlaubnis durch den Richter vorgenommen werden. Dieses Erfordernis war für Zwangsvollstreckungsdurchsuchungen ursprünglich in der ZPO nicht vorgesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber schon in einer Entscheidung von 1979¹⁶ entschieden, dass auch Wohnungsdurchsuchungen in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur auf Grund einer richterlichen Anordnung erfolgen dürfen.¹⁷ Der Gesetzgeber hat vor ca. zehn Jahren auf diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reagiert. Am 01.01.1999 wurde § 758a neu in die ZPO eingefügt. Danach darf die Wohnung des Schuldners ohne dessen Einwilligung in der Regel nur auf Grund einer Anordnung eines Richters durchgeführt werden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn durch die Einholung einer richterlichen Anordnung der Erfolg der Zwangsvollstreckung gefährdet würde (§ 758a Abs. 1 S. 2 ZPO), ferner bei der Räumungsvollstreckung und bei der Verhaftung des Schuldners (§ 758a Abs. 2 ZPO). Trotz der aus sechs Absätzen bestehenden ausführlichen Vorschrift des § 758a ZPO gibt

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 3.4.1979 - 1 BvR 994/76, BVerfGE 51, 97.

¹⁷ Zur vergleichbaren Problematik im türkischen Recht Kuru, Dike International, 1996, 557, 558.

es heute im Zusammenhang mit Wohnungsdurchsuchungen zahlreiche Streitigkeiten und Gerichtsentscheidungen.¹⁸

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

III. Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Die Zwangsvollstreckung kann ferner zu einem Eingriff in das Grundrecht des Schuldners auf Leben und Gesundheit führen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

1. Besondere Bedeutung bei der Räumungsvollstreckung

Das wichtigste Beispiel dafür ist die sogenannte Räumungsvollstreckung. Darum geht es, wenn der Schuldner verurteilt wurde, aus der von ihm selbst bewohnten Wohnung auszuziehen, die Wohnung auszuräumen und an den Vollstreckungsgläubiger herauszugeben. Dazu kann es etwa dann kommen, wenn der Gläubiger Vermieter der Wohnung ist und das Mietverhältnis mit dem Schuldner wirksam gekündigt hat oder wenn er das Objekt im Wege der Zwangsversteigerung erworben hat und nunmehr selbst in das Gebäude einziehen will. Wenn der Schuldner zum Beispiel alt und gebrechlich ist und vielleicht schon sehr lange in derselben Wohnung lebt, besteht die Gefahr, dass er schwer erkrankt, depressiv wird oder sogar stirbt, wenn er mit staatlichem Zwang aus seiner Wohnung herausgeholt wird. In der Praxis verweigern die Schuldner gelegentlich auch mit der Begründung die Räumung ihrer Wohnung, dass entweder bei ihnen selbst oder bei den mit ihnen zusammenwohnenden Familienangehörigen eine konkrete Suizidgefahr bestehe.¹⁹ Diese Suizidgefahr wird ihnen

¹⁸ Siehe zur Thematik zum Beispiel Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 322 ff.; Walker, Notwendigkeit und Umfang einer Durchsuchungserlaubnis für den Gerichtsvollzieher, Festschrift für Kollhoser, 2004, Bd. II, S. 755.

¹⁹ Siehe zum Beispiel Schuschke, Lebensschutz contra Eigentumsgarantie - Zu den Grenzen des § 765a ZPO in der Räumungsvollstreckung, NJW

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

oft durch das Attest eines Arztes oder durch ein psychiatrisches Gutachten bestätigt. In allen diesen Fällen ist das Grundrecht des Schuldners oder seiner Familienangehörigen auf Leben und Gesundheit betroffen.

2. Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO

Für die Gefährdung von Leben und Gesundheit durch Zwangsvollstreckung gibt es in der deutschen Zivilprozessordnung keine spezielle Regelung. Trotzdem ist auch hier der Grundrechtsschutz des Schuldners sichergestellt. Das wird durch die sogenannte Generalklausel des Vollstreckungsschutzes, § 765a ZPO, gewährleistet. Danach kann der Vollstreckungsschuldner die Aufhebung, Untersagung oder einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung erreichen, wenn diese für ihn eine sittenwidrige Härte bedeuten würde. Diese versteckte Vorschrift spielt in der Vollstreckungspraxis eine große Rolle, insbesondere bei Gefahren für Leben oder Gesundheit des Schuldners.

a. Voraussetzungen

Bei den Voraussetzungen für den Vollstreckungsschutz musste der Gesetzgeber berücksichtigen, dass den Grundrechten des Schuldners das Recht des Gläubigers auf effektiven Rechtsschutz, möglicherweise auch das Grundrecht des Gläubigers auf Eigentum, gegenüber steht. Es liegt also eine Grundrechtskollision vor. Diese ist nach dem Gesetzeswortlaut des § 765a ZPO durch folgende Voraussetzungen gelöst:

2006, 874; ders., Die besonderen Aufgaben des Gerichtsvollziehers bei der Vollstreckung gegen psychisch kranke, insbesondere suizidgefährdete Personen, DGVZ 2008, 33; Walker/Gruß, Räumungsschutz bei Suizidgefahr und altersbedingter Gebrechlichkeit, NJW 1996, 352.

aa. Ganz besondere Umstände

Erstens setzt die Vorschrift voraus, dass ganz besondere Umstände vorliegen.²⁰ Der Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO scheidet deshalb aus, wenn der Schuldner lediglich von solchen Umständen betroffen ist, die bei jeder Zwangsvollstreckung regelmäßig vorliegen. Allein der Verlust der Wohnung oder eine wirtschaftliche Notlage des Schuldners reichen deshalb nicht aus. Vielmehr muss der Verlust der Wohnung für den Schuldner eine außergewöhnliche Härte bedeuten. Ferner können solche Argumente, für die es spezielle Rechtsbehelfe gibt, nicht mit § 765a ZPO geltend gemacht werden. Aber Suizidgefahr oder Krankheit des Schuldners können nicht mit anderen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden, so dass nur ein Antrag nach § 765a ZPO übrig bleibt.

bb. Sittenwidrige Härte für den Schuldner

Zweitens muss die Vollstreckung für den Schuldner eine sittenwidrige Härte bedeuten.²¹ Das Merkmal der Sittenwidrigkeit ist im Gesetz nicht näher erläutert. Es ist aber unbestritten, dass bei der Prüfung der sittenwidrigen Härte die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind.²² Deshalb kann insbesondere eine konkrete Gefahr für Leben oder Gesundheit des Schuldners oder eines nahen Angehörigen als sittenwidrige Härte in Betracht kommen. Dazu gehört auch eine ernstzunehmende Selbsttötungsabsicht des Schuldners oder eines nahen Angehörigen.

Allerdings muss hier das Vollstreckungsgericht gründlich prüfen, ob die behauptete Suizidgefahr wirklich ernsthaft be-

²⁰ Dazu Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 10.

²¹ Dazu Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 12 ff.

²² BVerfG, Beschl. v. 25.9.2006 - 1 BvR 2266/06, NJW-RR 2007, 228, 229; Beschl. v. 27.6.2005 - 1 BvR 224/05, Rpfleger 2005, 614, 615; Beschl. v. 25.9.2003 - 1 BvR 1920/03, NJW 2004, 49.

steht oder vom Schuldner nur behauptet wird. Notfalls müssen weitere ärztliche Gutachten eingeholt werden. Außerdem muss geprüft werden, ob die Suizidgefahr des Schuldners nicht durch Aufnahme in eine psychiatrische Anstalt oder durch die Betreuung durch einen Angehörigen verhindert werden kann.²³ In der Praxis liegen hier viele Probleme, und es gibt zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts²⁴ und des Bundesgerichtshofs.²⁵ Der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan und das Vollstreckungsgericht, das für den Antrag auf Schuldnerschutz zuständig ist, stehen in solchen Fällen vor einer ganz schwierigen Entscheidung.

cc. Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers

Selbst wenn eine sittenwidrige Härte auf Grund besonderer Umstände bejaht werden kann, muss das Gericht auch die Schutzbedürfnisse des Gläubigers noch würdigen.²⁶ Denn dieser hat ein ebenfalls verfassungsrechtlich geschütztes Interesse daran, seinen Vollstreckungstitel auch durchzusetzen. Wenn der Gläubiger zum Beispiel ebenfalls aus gesundheitlichen Gründen darauf angewiesen ist, in die zu räumende Wohnung einzuziehen, kann das Gericht zu dem Ergebnis kommen, dass das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers überwiegt. In der Praxis führen aber wohl die meisten Gerichtsentscheidungen zu dem Ergebnis, dass die von dem Gläubiger betriebene Räumungsvollstreckung bei einer konkret dargelegten Suizidgefahr des Schuldners eingestellt wird.

²³ Dazu Schuschke, NJW 2006, 874 und DGVZ 2008, 33.

²⁴ Siehe aus jüngerer Zeit nur BVerfG, Beschl. v. 11.7.2007 – 1 BvR 501/07, NJW 2007, 2910; Beschl. v. 25.9.2006 – 1 BvR 2266/06, NJW-RR 2007, 228.

²⁵ Siehe aus jüngerer Zeit nur BGH, Beschl. v. 6.12.2007 – V ZB 67/07, NJW 2008, 586; Beschl. v. 22.11.2007 – I ZB 104/06, NJW 2008, 1000; Beschl. v. 4.5.2005 – I ZB 10/05, NJW 2005, 1859

²⁶ Dazu Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 23 ff.

b.Rechtsfolge

Die Rechtsfolge des Vollstreckungsschutzes nach § 765a ZPO liegt -wie bereits erwähnt- darin, dass das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners die bereits begonnene Zwangsvollstreckung aufheben, sie von vornherein untersagen oder einstweilig einstellen kann. Bei einer nicht behebbaren Krankheit oder Suizidgefahr des Schuldners sind auch schon Entscheidungen ergangen, durch welche die Zwangsvollstreckung nicht nur einstweilig, sondern auf Dauer eingestellt wurde.²⁷

IV. Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG)

Auch das Grundrecht des Schuldners auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG) kann in der Zwangsvollstreckung betroffen sein. In dieses Grundrecht wird eingegriffen, wenn der Schuldner mit Hilfe staatlichen Zwanges zur Vornahme einer Handlung gezwungen werden soll, die er nicht vornehmen will. Gleichzeitig ist dadurch möglicherweise die verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde des Schuldners (Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen.

1. Schutz des Schuldners nach § 888 Abs. 3 ZPO

Der Gesetzgeber stand hier vor einem Problem: Dem Grundrecht des Schuldners auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit steht das Grundrecht des Gläubigers auf effektiven Rechtsschutz gegenüber. Der Gesetzgeber hat diese Grundrechtskollision folgendermaßen gelöst: Grundsätzlich überwiegt das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers. Wenn auf Grund eines Vollstreckungstitels feststeht, dass der Schuldner zur Vornahme einer bestimmten Handlung verpflichtet ist,

²⁷ Zu solchen Fallgestaltungen BVerfG, Beschl. v. 15.1.1992 - 1 BvR 1466/91, Rpfleger 1992, 259.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

darf zulässigerweise in das Recht des Schuldners auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit eingegriffen werden. Für ganz besonders schwerwiegende Eingriffe hat der Gesetzgeber allerdings die Handlungsvollstreckung ausgeschlossen. Die Regelung dafür findet sich in § 888 Abs. 3 ZPO. Danach darf die Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens oder zur Vornahme einer geschuldeten Arbeitsleistung nicht vollstreckt werden. Der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass es mit der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht des Schuldners nicht vereinbar wäre, wenn er mit Hilfe von staatlichem Zwang zur Eingehung einer Ehe oder zur Erbringung der Arbeitsleistung gezwungen werden könnte. Beide Fälle spielen in der deutschen Vollstreckungspraxis allerdings praktisch keine Rolle.²⁸ Denn nach deutschem Recht ist eine Verurteilung zur Eingehung einer Ehe gar nicht möglich (§ 1297 Abs. 1 BGB), und wenn ein Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt, wird der Arbeitgeber ihn gar nicht erst auf Vornahme der Arbeitsleistung verklagen, sondern das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beenden.

2. Analoge Anwendung des § 888 Abs. 3 ZPO bei der Vollstreckung eines Auskunftsanspruches gegen die Mutter eines Kindes auf Bekanntgabe des Namens von dem Vater des Kindes

Eine wirkliche Bedeutung hat der Vollstreckungsausschluss in § 888 Abs. 3 ZPO dagegen in solchen Fällen, die in dieser Vorschrift gar nicht ausdrücklich genannt sind, in denen aber wegen eines anderen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Schuldners eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht kommt.²⁹ Insoweit sei eine Fallgruppe erwähnt, die einen Bezug zu der ganz aktuellen Rechtsprechung des

²⁸ Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1079.

²⁹ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 888 Rn. 50.

Bundesgerichtshofs hat. Es geht um die Vollstreckung des Auskunftsanspruches gegen die Mutter eines Kindes auf Bekanntgabe des Namens von dem Vater des Kindes, der nicht mit der Mutter verheiratet ist.

a. Rechtsgrundlage für den Auskunftsanspruch

Anspruchsberechtigt kann insbesondere das Kind selbst sein, das Kenntnis von seinem leiblichen Vater haben möchte.³⁰ Ein solcher Auskunftsanspruch des Kindes ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Der Anspruch wird aber aus § 1618a BGB hergeleitet.³¹ Danach müssen Eltern und Kinder sich beistehen und Rücksicht aufeinander nehmen. Mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes nach Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG wird begründet, dass dazu auch der Anspruch auf Benennung des leiblichen Vaters gehöre.³²

Anspruchsberechtigt kann ferner der scheinbare Vater des Kindes sein, der an dieses Unterhalt zahlt, wenn er erfährt, dass er nicht der leibliche Vater ist.³³ Auch für seinen Auskunftsanspruch gibt es keine ausdrückliche Anspruchsgrundlage. Der Anspruch kann nur aus einer zivilrechtlichen Generalklausel wie § 242 BGB (Treu und Glauben) oder § 826 BGB (Schadensersatz bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung) hergeleitet werden.³⁴ Diese Auslegung der Generalklauseln wird mit dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzanspruch des Scheinvaters begründet.

³⁰ Dazu OLG Bremen, Beschl. v. 21.7.1999 - 6 W 21/98, JZ 2000, 314 mit Anm. Walker.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769.

³² BVerfG, Beschl. v. 18.1.1988 - 1 BvR 1589/87, FamRZ 1989, 147; Beschl. v. 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769.

³³ Dazu BGH, Beschl. v. 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, 2919.

³⁴ Siehe nochmals BGH, Beschl. v. 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, 2919, 2020 f.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

b. Abwägung der kollidierenden Grundrechte

Auch hier geht es um eine Grundrechtsproblematik. Zunächst ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kindesmutter nach Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts fällt auch die Freiheit, selbst darüber entscheiden, wem gegenüber sie ihre persönlichen Lebenssachverhalte wie zum Beispiel ihre geschlechtlichen Beziehungen zu anderen Männern offenbart. Deshalb wird die Kindesmutter durch die Verpflichtung zur Auskunft über den leiblichen Vater des Kindes in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtigt.

Ebenso sind aber auch Grundrechte des Kindes selbst und Grundrechte des vermeintlichen Vaters betroffen. Der Auskunftsanspruch des Kindes wird ja gerade mit seinem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG begründet. Der scheinbare Vater kann sich bei seinem Anspruch auf Bekanntgabe des Namens von dem leiblichen Vater zumindest auf seinen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG) berufen. Er benötigt den Namen des leiblichen Vaters, um diesen wegen der geleisteten Unterhaltszahlungen an das Kind in Regress nehmen zu können.

Es ist also eine Abwägung zwischen den kollidierenden Grundrechten erforderlich. Diese führt zu folgenden Konsequenzen: Bei dem Auskunftsanspruch handelt es sich um einen Anspruch auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung. Die Vollstreckung erfolgt gem. § 888 ZPO dadurch, dass gegen die Kindesmutter, welche trotz Verurteilung die Auskunft verweigert, ein Zwangsgeld festgesetzt wird und -falls dieses nicht beigetrieben werden kann- Zwangshaft angeordnet wird. Weil diese Art der Zwangsvollstreckung in das Persönlichkeitsrecht der Kindesmutter eingreift, prüft die Rechtsprechung, ob analog § 888 Abs. 3 ZPO die Zwangsvollstreckung ebenso ausgeschlossen ist wie zum Beispiel die Vollstreckung eines Anspruchs auf Vornahme der Arbeitsleistung. Zu diesem Zweck werden das Grundrecht der Kindesmutter auf der einen

Seite und das Grundrecht des auskunftsbegehrenden Kindes oder des Scheinvaters auf der anderen Seite gegeneinander abgewogen. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gerichten für diese Abwägung einen weiten Spielraum eingeräumt.³⁵ Der Bundesgerichtshof³⁶ hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2008 darauf abgestellt, dass diese Grundrechtsabwägung bereits im Erkenntnisverfahren vorgenommen werden muss, wenn die Kindesmutter auf Auskunft verklagt wird; denn schon der nicht ausdrücklich geregelte materielle Auskunftsanspruch wird ja mit den Grundrechten des Kindes und des Scheinvaters begründet. Falls das Gericht im Erkenntnisverfahren zu dem Ergebnis kommt, dass die Grundrechte des Anspruchstellers überwiegen und deshalb die Kindesmutter zur Auskunft verurteilt wird, kann diese Grundrechtsabwägung im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht anders ausgehen.

c. Rechtsfolge

Wenn also die Kindesmutter erst einmal zur Auskunft über den leiblichen Vater verurteilt wurde, ist dieser Anspruch trotz des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht der Mutter auch vollstreckbar. Gegen die Kindesmutter kann also ein Zwangsgeld festgesetzt und vollstreckt werden. Wenn das Zwangsgeld nicht beigetrieben werden kann, ist auch eine Zwangshaft gegen die Kindesmutter möglich, um sie dadurch zur Abgabe der beantragten Auskunft zu zwingen. Wenn das Gericht dagegen im Erkenntnisverfahren zu dem Ergebnis kommt, dass die Grundrechte der Kindesmutter überwiegen, wird es die Auskunftsklage abweisen. Dann fehlt es schon an einem Vollstreckungstitel, so dass es gar nicht zur Zwangsvollstreckung kommt.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769.

³⁶ BGH, Beschl. v. 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, 2919.

V. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG)

Schließlich ist die bereits angesprochene verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde des Schuldners auch dann betroffen, wenn die Zwangsvollstreckung dazu führt, dass für ihn ein menschenwürdiges Leben nicht mehr möglich ist. Deshalb dürfen dem Schuldner diejenigen Mittel nicht entzogen werden, die er für sich und seine Familienmitglieder für eine bescheidene Lebensführung (Existenzminimum) unbedingt benötigt (§ 811 Abs. 1 Nr. 1 - 9 ZPO). Dieser Schutz der Menschenwürde des Schuldners wird durch verschiedene Vorschriften im Vollstreckungsrecht erreicht, in denen bestimmte Vermögensgegenstände des Schuldners für unpfändbar erklärt werden.

Nach § 811 Abs. 1 ZPO sind bestimmte bewegliche Sachen der Pfändung entzogen. Das sind erstens solche Sachen, die der Schuldner für seine wirtschaftliche Existenz benötigt. Beispiele sind etwa einfache Kleidungsstücke, Möbel und Küchengeräte, aber auch ein Radio- oder Fernsehgerät.³⁷ Diese Vorschrift über unpfändbare Sachen ist der Grund dafür, dass zum Teil behauptet wird, die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher sei meistens erfolglos. Aber das stimmt so nicht. Im Jahr 2007 haben die Gerichtsvollzieher in Deutschland durch Zwangsvollstreckung ca. 1,4 Milliarden Euro eingetrieben.³⁸ Zweitens sind solche Sachen unpfändbar, die der Schuldner zwar nicht für sein Existenzminimum benötigt, an denen er aber ein ganz besonderes persönliches Interesse hat (§ 811 Abs. 1 Nr. 10 - 13 ZPO). Beispiele sind Familienpapiere, Eheringe sowie Gegenstände, die für eine Bestattung benötigt werden. Auch Haustiere, die nicht zu Erwerbszwecken gehalten werden, sind grundsätzlich unpfändbar (§ 811c Abs. 1 ZPO).

³⁷ Einzelheiten Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 811 Rn. 18 ff.

³⁸ Übersicht über die Geschäftstätigkeit und den Personalbestand der Gerichtsvollzieher im Jahre 2007 in DGfVZ 2008, 143.

Für ein menschenwürdiges Existenzminimum sind aber nicht nur die genannten beweglichen Sachen von Bedeutung, sondern auch das Arbeitseinkommen. Deshalb bestimmen die § 850 ff. ZPO, dass das Arbeitseinkommen des Schuldners unpfändbar ist, soweit er es für sich und seine Familienmitglieder unbedingt benötigt. Diese Vorschriften sind sehr kompliziert, regeln viele Einzelheiten und zahlreiche Ausnahmen. Die Höhe des im Regelfall unpfändbaren Teils des Arbeitseinkommens kann aus einer Pfändungstabelle im zur ZPO abgelesen werden.

2. Teil: Grundrechte des Gläubigers

Von der Zwangsvollstreckung sind neben Grundrechten des Schuldners natürlich auch solche des Gläubigers betroffen; denn der Gläubiger hat schließlich einen titulierten Anspruch. Seine Rechte werden verletzt, wenn die von ihm beantragte Zwangsvollstreckung nicht oder jedenfalls nicht so durchgeführt wird, wie er es beantragt hat.

I. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG)

Zunächst kann das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht auf Eigentum des Gläubigers nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG betroffen sein. Wenn das Vollstreckungsorgan die Zwangsvollstreckung verweigert, obwohl alle Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, stehen dem Gläubiger mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO und der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO Rechtsbehelfe zur Verfügung, mit denen er die Durchführung der beantragten Vollstreckung erreichen kann. Aus seinem Eigentumsrecht folgt ein Recht gegen den Staat auf Durchsetzung seines Eigentums.

II. Effektiver Rechtsschutz

(Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG)

Ferner ist bei einer Verweigerung der beantragten Zwangsvollstreckung das verfassungsrechtliche Recht des Gläubigers

auf effektiven Rechtsschutz betroffen. Dieses Recht auf effektiven Rechtsschutz wird durch die sogenannte Rechtsweggarantie in Art. 19 Abs. 4 GG und durch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie durch Art. 6 Abs. 1 EMRK³⁹ gewährleistet. Aus diesem Recht folgt der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers.⁴⁰ Wenn alle Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen und keine Vollstreckungshindernisse bestehen, kann der Gläubiger mit den soeben bereits genannten Rechtsbehelfen erreichen, dass die von ihm gewünschte Vollstreckung auch durchgeführt wird.

Ganz wichtig ist das Recht auf effektiven Rechtsschutz ferner für die Fälle, in denen es um einstweiligen Rechtsschutz geht. Sofern die Gefahr besteht, dass die Zwangsvollstreckung durch Zeitablauf gefährdet oder sogar unmöglich wird, muss der Vollstreckungsgläubiger schon nach Verfassungsrecht die Möglichkeit haben, besonders schnell zu einem Vollstreckungstitel zu kommen, der auch vollzogen werden kann. Insoweit ist also die Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes nicht in das Belieben des Gesetzgebers gestellt, sondern im Grundsatz von der Verfassung vorgegeben.⁴¹ Dazu gehört auch die Möglichkeit, dass der Gläubiger notfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes schon eine endgültige Befriedigung erreichen kann, wenn eine bloße Sicherung seines Anspruchs nicht möglich oder für ihn nicht ausreichend ist. Ein typisches Beispiel ist die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs im Wege einer einstweiligen Verfügung. Wenn etwa ein Arbeitgeber einen rechtswidrigen Streik verhindern will, der für den nächsten Tag angekündigt ist, muss er die Möglichkeit haben, noch rechtzeitig ein Streikverbot im Wege einer einstweiligen Verfügung zu erreichen, obwohl insoweit sein Unterlassungsanspruch schon endgültig erfüllt wird. Zum Schutz des verfassungsrechtlichen Rechts auf effektiven Rechtsschutz ist also auch die Möglichkeit von Befriedigungsverfügungen oder

³⁹ Dazu EGMR, Entsch. v. 12.12.2002, NJW 2004, 273.

⁴⁰ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1.

⁴¹ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, vor § 916 Rn. 1 ff.

Leistungsverfügungen zwingend erforderlich.⁴² Allerdings gelten dafür strenge Voraussetzungen.⁴³

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

3. Teil: Grundrechte Dritter

Dritte können aus verschiedenen Gründen von einer Zwangsvollstreckung betroffen sein. Erstens besteht die Gefahr, dass das Vollstreckungsorgan auf Vermögensgegenstände zugreift, die nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehören. Ferner sind von einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner immer auch dessen Familienangehörige als Dritte mit betroffen.

I. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG)

Wenn der Gläubiger wegen einer Geldforderung vollstreckt und den Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan beauftragt, Vermögensgegenstände des Schuldners zu pfänden und zu verwerten, darf nach deutschem Vollstreckungsrecht der Gerichtsvollzieher auf alle Vermögensgegenstände zugreifen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden (§ 808 Abs. 1 ZPO). Der Gerichtsvollzieher braucht also nicht zu prüfen, ob diese Gegenstände im Gewahrsam des Schuldners diesem auch gehören oder ob er sie nur gemietet oder geliehen hat. Deshalb besteht die Gefahr, dass durch staatliche Zwangsvollstreckung das Eigentum eines gar nicht an der Zwangsvollstreckung beteiligten Dritten verletzt wird.

Den Schutz des Dritten erreicht das Gesetz durch die sogenannte Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO. Mit dieser Klage kann der Dritte als Eigentümer der Sache erreichen, dass

⁴² Siehe nur Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, Vor §§ 916 - 945 Rn. 4.

⁴³ Siehe Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1609 ff.

BEITRAG
VON
WOLF-DIETRICH
WALKER

die Zwangsvollstreckung in diesen ihm gehörenden Gegenstand für unzulässig erklärt wird.

II. Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Ferner kann das Recht auf Leben und Gesundheit des Dritten (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) durch die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner verletzt werden. Wenn etwa der Schuldner mit seiner schwerkranken Ehefrau oder mit seinen alten und gebrechlichen Eltern zusammen in einer Wohnung wohnt und nach Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter zur Räumung und Herausgabe der Wohnung an den Vermieter verurteilt wird, ist von der Räumungsvollstreckung nicht nur der Schuldner selbst betroffen, sondern auch sein Mitbewohner als Dritter. Der Schutz des Dritten wird wieder durch die bereits erwähnte Generalklausel des Vollstreckungsschutzes, nämlich durch § 765a ZPO, erreicht. Danach kann der Vollstreckungsschuldner die Aufhebung, Untersagung oder einstweilige Einstellung der Räumungsvollstreckung auch dann erreichen, wenn die Zwangsvollstreckung zwar nicht seine eigene Gesundheit gefährdet, aber wegen der Gefährdung von Leben und Gesundheit seiner mit ihm zusammen wohnenden Familienmitglieder für ihn eine sittenwidrige Härte bedeutet.⁴⁴

III. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG)

Schließlich kann die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner auch zu einer Beeinträchtigung der Menschenwürde eines Dritten führen. Das ist in den Fällen anzunehmen, in denen dem Schuldner so viel Vermögen entzogen wird, dass ihm für das Existenzminimum seiner Familienangehörigen (das sind Dritte) nicht mehr genügend verbleibt. Den Schutz der

⁴⁴ BGH, Urt. v. 4.5.2005 – I ZR 10/05, NJW 2005, 1859 (Suizidgefahr beim Vater des Schuldners); Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 20.

Familienangehörigen erreicht das Gesetz dadurch, dass nicht nur der Schuldner selbst sich gegen die Zwangsvollstreckung in unpfändbare Sachen mit der Vollstreckungserinnerung (§ 766 ZPO) wehren kann, sondern dass auch die Familienangehörigen zur Einlegung dieses Rechtsbehelfs befugt sind.⁴⁵

4. Teil: Zusammenfassung

Diese Aufzählung von den wichtigsten Grundrechtsverletzungen in der Zwangsvollstreckung war nicht abschließend. Außer den hier behandelten Grundrechten spielen etwa der im Grundgesetz garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und das aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) folgende Willkürverbot im Zwangsvollstreckungsverfahren eine wichtige Rolle⁴⁶. Es lässt sich aber folgendes Ergebnis festhalten:

Von der Durchführung oder der Verweigerung einer Zwangsvollstreckung sind meistens die Grundrechte von mehreren Beteiligten betroffen, nämlich von dem Vollstreckungsschuldner und/oder einem Dritten auf der einen Seite und von dem Vollstreckungsgläubiger auf der anderen Seite. Es muss also eine Grundrechtsabwägung stattfinden. Diese Abwägung hat der deutsche Gesetzgeber für viele Fälle ausdrücklich im Gesetz geregelt. In denjenigen Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, haben das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof Lösungen entwickelt, die den Grundrechten aller Beteiligten soweit wie möglich gerecht werden.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

⁴⁵ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 766 Rn. 16.

⁴⁶ Siehe dazu schon Vollkommer, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, 1.

WOLF-DIETRICH
WALKER'IN
TEBLİĞİ

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER
(Justus-Liebig Üniversitesi Gießen)

ALMAN HUKUKUNDA
CEBRİ İCRADA TEMEL HAKLARIN İHLÂLİ
VE KORUNMASI¹

İçindekiler:

1. Bölüm: Borçlunun Temel Hakları, I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG), 1. Mülkiyete Müdahale Bakımından Kanuni Temel, 2. Müdahalenin Oranlılığı, 3. Borçlunun Hukuka Aykırı Cebri İcra Müdahalelerine Karşı Korunması, 4. İlâmsız Takibin İcra-sına İlişkin Özel Durumlar, a) İlâmsız Takibin Koşulları ve Yürütülmesi, b) İlâmsız Takibin Kötüye Kullanılması, c) Borçlunun § 826 BGB'ye Göre Korunması, aa) Koşulları, bb) Hukuki Sonuç, II. Konut (Art. 13 I GG), III. Yaşam ve Sağlık (Art. 2 II

¹ Çeşme'de Yedinci Türk Usûl Hukukçuları Toplantısı'nda sunulan tebliğin genişletilmiş şeklidir. Toplantıda sunulan tebliğ, esas olarak cibrî takibin önemi ile sınırlıydı.

Çev.: Arş. Gör. Evrim Erişir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

1 GG), 1. Kiralananın Tahliyesinde Konunun Özel Önemi, 2. Cebri İcraya Karşı § 765a ZPO'e göre Korunma, a) Koşulları, aa) Çok Özel Durumlar, bb) Borçlu Bakımından Ahlâka Aykırılık Güçlük, cc) Alacaklının Korunma İhtiyacının Değerlendirilmesi, b Hukuki Sonuç, IV. Kişilik Hakkı (Art. 2 I GG), 1. Borçlunun § 888 III ZPO'ya Göre Korunması, 2. Çocuğun Anneye Karşı Babanın İsmine Açıklanmasına İlişkin Bilgi Alma Talebinin İcrasında § 888 III ZPO'nun Kıyasen Uygulanması, a) Bilgi Alma Talebinin Hukuki Temeli, b) Çatışan Temel Hakların Dengelenmesi, c) Hukuki Sonuç, V. İnsan Onuru (Art. 1 I c. 1 GG),

2. Bölüm: Alacaklının Temel Hakları, I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG), II. Etkin Hukuki Koruma (Art. 19 IV, 20 III GG),

3. Bölüm: Üçüncü Kişilerin Temel Hakları, I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG), II. Yaşam ve Sağlık (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), III. İnsan Onuru (Art. 1 I c. 1 GG),

4. Bölüm:

Özet

Cebri icraya her zaman en az iki taraf dahil olmaktadır: Cebri icra alacaklısı ve borçlusunu. Cebri icra önleminden, çoğu zaman üçüncü kişiler de etkilenmektedir. Cebri icranın yürütülmesi ya da cebri icradan kaçınılması, bu kişiler bakımından ağır temel hak ihlallerine² yol açabilir.

1. Bölüm: Borçlunun Temel Hakları

Cebri icrada temel hak ihlallerinde ilk olarak borçlunun temel hakları akla gelir. Zira devletin cebri icra önlemi borçluya yönelir.

² Türk hukukunda cebri icrada temel hakların önemine ilişkin karşı. Kuru, Dike International, 1996, s. 557.

I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG)

Para alacaklarının ve bir şeyin teslimi taleplerinin icrasında, borçlunun malvarlığı değerlerine müdahale edilir. Bunda, borçlunun anayasa tarafından korunan mülkiyet hakkına devlet müdahalesi yatmaktadır (Art 14 I GG). Mülkiyete devletin müdahaleleri, yalnız kanuni bir temele dayanıyorsa (Art 14 I c. 2 GG) ve oranlı ise caizdir.

1. Mülkiyete Müdahale Bakımından Kanuni Temel

Özellikle Medeni Usûl Kanunundaki icra hukuku (§§ 704 vd. ZPO), taşınmazlar bakımından Cebri Arttırma Kanunu (ZVG) hükümleri kanuni temeli oluşturmaktadır. Burada kanun koyucu, borçlunun mülkiyet hakkının, alacaklının cebri icradaki menfaatlerinin gerisinde kalması gerektiğini öngörmüştür. Zira ilâm ile maddi hukuka göre borçlunun mülkiyet hakkının korunmaya değer olmadığı tespit edilmektedir.

2. Müdahalenin Oranlılığı

Oranlılık ilkesi³ çeşitli hükümlerde ifade edilmektedir. Örneğin, kanuna göre borçlunun malvarlığı, alacaklının tatmini için gerekenden fazla haczedilemez (alacak miktarını aşkın haciz yasağı, § 803 I c. 2 ZPO). Sonra, haczedilen şeylerin paraya çevrilmesi en fazla cebri icra masraflarının karşılanmasına yetiyor ve bu nedenle alacaklının tatmininin sağlanamamasından ötürü faydasızsa haciz yapılamaz (§ 803 II ZPO). Nihayet, borçlunun malvarlığı değerleri, yalnız belirli asgari hadlere kadar paraya çevrilebilir. Taşınurların (§ 817a I ZPO) veya taşınmazların (§ 85a I ZVG) paraya çevrilmesinde, mal yalnız, teklif edilen pey, muhammen bedelin % 50'si karşılıyorsa ihâle edilebilir. Hatta taşınmazlarda pey, belirli koşullarda

³ Buna ilişkin karşı. Wieser, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung, 1989. Türk hukukunda oranlılık ilkesinin önemine ilişkin karşı. Kuru, Dike International, 1996, s. 557, 558 vd.

muhammen bedelin % 70'ini karşılamalıdır (§ 74a I ZVG). Bu yolla, borçlunun malvarlığı değerlerinin yok pahasına satılması önlenmektedir. Bu ilke de borçlunun mülkiyetinin korunmasına hizmet eder.

Fakat taşınmazların paraya çevrilmesinde, borçlunun mülkiyet hakkına müdahale bakımından şu özel tehlike mevcuttur: Birinci arttırmada pey ileri sürülmezse, ikinci arttırmada yine asgari hadler uygulanacaktır. Şayet asgari hadde ulaşılamazsa, ihâle prosedürü kaldırılmalıdır (§ 77 II c. 1 ZVG). Buna karşılık, birinci arttırmada bir pey ileri sürülmüş, fakat bu pey muhammen bedelin % 50 veya % 70'inden azsa (Örnek: muhammen bedelin % 20'sini karşılayan bir pey), bu asgari hadler artık ikinci arttırmada uygulanmayacaktır (§§ 85a II c. 2, 74a IV ZVG). Bu durumda, mal, düşük bir pey üzerine de ihâle edilebilecektir. Bu ihtimalde borçlu, yalnız taşınmazını kaybetmekle kalmayacak, aynı zamanda düşük fiyata da kaybetmiş olacak, böylelikle alacaklıların alacağı hiç ya da en azından tamamen karşılanamamış olunacaktır. Burada borçlunun mülkiyetine yoğun bir müdahale bulunmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkeme, müteaddit defa, ikinci arttırmada taşınmazın ucuz bir şekilde ihâle edilmesi imkânının ne olursa olsun usûli "hilelerle" kötü niyetli olarak kullanılmayacağına karar vermiştir.⁴ Ayrıca, arttırma günü hazır bulunmayan borçlu için, taşınmaz mülkiyetinin bu şekilde yok pahasına elden çıkması şaşkıncı olamaz. Bu nedenle, bu durumlarda borçlunun taşınmazın yok pahasına elden çıkmasına engel olabilme imkânını elde etmesi için, ihâlenin yapılmasından önce yeni bir ihâle günü belirlenmelidir.⁵

⁴ BGH, 10.5.2007 - V ZB 83/06, NJW 2007, s. 3279; 24.11.2005 - V ZB 98/05, NJW 2006, s. 1355. En yüksek teklif taşınmazın değerinin çok altında kalırsa, mülkiyet garantisinin önemine ilişkin bkz. BVerfG, 7.12.1977 - 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, s. 325; 27.9.1978 - 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, s. 220; 24.4.1979 - 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, s. 150 (§ 180 ZVG'ye göre paydaşlığın taşınmazın cebri arttırma yolu ile giderilmesine ilişkin).

⁵ BGH, 5.11.2004 - IXa ZB 27/04, Rpfleger 2005, s. 151.

3. Borçlunun Hukuka Aykırı Cebri İcra Müdahalelerine Karşı Korunması

Şüphesiz cebri icra hukuku, yalnız hukuka uygun bir cebri icraya izin vermektedir. Mülkiyet hakkına cebri icra yolu ile hukuka aykırı bir müdahaleye karşı borçlu çeşitli hukuki çarelerle kendisini koruyabilir. Borçlu, bir usûle aykırılık ileri sürmek istiyorsa, şikâyet⁶ (§ 766 I ZPO) ya da § 793 ZPO'ya göre acele şikâyet yolu ile icranın durdurulmasını ve cebri icra önlemlerinin kaldırılmasını sağlayabilir. Şayet borçlu, hüküm altına alınan maddi cebri icra talebinin koşullarının önceden mevcut olduğu, ancak sonradan sona erdiğini ileri sürmek istiyorsa, § 767 ZPO'ya göre icranın geri bırakılması davasına başvurabilir. Anılan bütün hukuki çareler, borçluya mülkiyet hakkına haksız bir şekilde vâki olan devlet müdahalelerine karşı kendisini müdafaa etmesine yönelik usûli imkânlar tanımaktadır.

4. İlâmsız Takibin İcrasına İlişkin Özel Durumlar

§ 767 ZPO'ya göre icranın geri bırakılması davası ile borçlu, hüküm altına alınan talebe yönelik maddi hukuktan doğan bütün itirazlarını başarı ile ileri süremez. Cebri icra bir mahkeme kararına dayalı olarak yürütülüyorsa, borçlu, yalnız ilk derece yargılama usûlünde sözlü yargılamanın sona ermesinden sonra ortaya çıkan itiraz sebeplerinde başarıya ulaşabilir. Önceden var olan itiraz sebepleri ZPO § 767 II'ye göre ileri sü-

⁶ Çevirenin Notu: "Şikâyet" burada hukukumuzdaki gibi, icra memurunun işlemlerine karşı başvuru hukuki çare anlamında kullanılmıştır. Ancak Almandan "şikâyet şeklinde çevrilen "Erinnerung" kuru mu, yalnız icra memurunun işlemlerine değil, aynı zamanda diğer icra organlarına da yönelmektedir. Diğer icra organlarına mahkemeler de dahildir. Mahkemeler, hüküm şeklinde karar verebilecekleri gibi, icrai tedbirler de alabilir. Bu bakımdan, şikâyet prosedürüne dahil olması bağlamında mahkemenin işleminin "karar" ya da "icrai tedbir" olarak tespit edilmesi önem taşımaktadır (Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, Köln, München 2008, Rn. 1176 vd.; Paulus, Christoph G.: Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 2003, Rn. 665).

rülemez (hakkı sona ermiştir). Bu yolla icranın geri bırakılması davasıyla mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin ortadan kaldırılması engellenir.⁷ Bu nedenle, borçlu, hüküm altına alınan talebin baştan itibaren mevcut olmadığına başarı ile dayanamaz; onun, hukuki dinlenilme hakkı kapsamında sahip olduğu imkânla bunu ilk derece yargılamasında ileri sürmesi gerekirdi.

Fakat cebri icra, bir mahkeme hükmüne değil, ilâmsız takipte ödeme emrine bağlı ise, özel bir mesele ortaya çıkmaktadır:

a. İlâmsız Takibin Koşulları ve Yürütülmesi

İlâmsız takip, Alman Usûl Kanunu'nda hemen cebri icranın bir parçasını oluşturmaz, öncelikle bir ilâmın elde edilmesine yöneliktir. Bu nedenle, ilâmsız takip, cebri icra hukukunda (§§ 704 vd. ZPO) değil, ilk derece yargılama usûlünde (§§ 688 vd. ZPO) düzenlenmiştir. İlâmsız takip, yalnız para alacaklarında gündeme gelir (§ 688 I ZPO). Talep sahibi, dava açmamakta; mahkemeye ödeme emri düzenlenmesine ilişkin matbu talepte bulunmaktadır. Alacaklı, bu talepte yalnız alacağını nitelendirmelidir (§ 690 I 3 ZPO; Örneğin: "*semen*" veya "*trafik kazasından ötürü tazminat*"). Buna karşılık alacaklı, talebini gerekçelendirmek zorunda değildir. Talep edilen ödeme emri, mahkeme tarafından karşı taraf dinlenilmeksizin ve iddia edilen talep hukuken incelenmeksizin düzenlenir. Ödeme emri karşı tarafa tebliğ edilir (§ 693 I ZPO). Ödeme emri, cebri icra kabliyeti olan bir ilâm değildir. Karşı taraf iki hafta içinde (yani, Türkiye ve İsviçre'den daha uzun bir sürede) ödeme emrine itiraz edebilir (§§ 692 I Nr. 2, 694 ZPO). Bu durumda ilâmsız takip sona erer ve mahkeme önünde ihtilâflı yargılama başlar (§ 696 I ZPO). Şayet karşı taraf itiraz etmezse, talep üzerine mahkeme tarafından iddia edilen talep hukuken incelenmeksizin icra edilebilirlik belgesi düzenlenir (§ 699 ZPO).

⁷ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1340.

WOLF-DIETRICH
WALKER'IN
TEBLİĞİ

Bu belge, hüküm gibi geçici olarak icra edilebilir niteliktedir (§ 700 I ZPO). Karşı taraf, icra edilebilirlik belgesine karşı iki hafta içinde itiraz yoluna başvurabilir (§§ 700 I, 338, 339 I ZPO). Bu durumda, prosedüre, ihtilâflı dava yargılaması olarak devam edilir (§§ 700 I, III, 342 ZPO). Yani karşı taraf ilâmsız takipte iki defa hukuki dinlenilme hakkına ve iki defa ilâmsız takibi ihtilâflı ilk derece yargılamasına dönüştürme imkânına sahiptir. Buna karşılık süresinde itiraz edilmezse, icra edilebilirlik belgesi kesinleşir.

b. İlâmsız Takibin Kötüye Kullanılması

İlâmsız takipte icra edilebilirlik belgesine dayalı olarak yürütülen cebri icra, şu meseleye yol açmaktadır: Talep sahibi, talebini temellendirmediği, yalnız nitelendirmek zorunda olduğu; sonra, mahkeme, talebin esasını incelemeyi ve nihayet karşı taraf çoğu zaman prosedüre dahil olmadığı için, burada gerçekte baştan itibaren mevcut olmayan bir talebin hüküm altına alınması tehlikesi söz konusudur. Böyle bir ilâma dayalı olarak yürütülen cebri icrada borçlunun malvarlığı değerlerine el atılmasında, borçlunun mülkiyet hakkına devletin müdahalesi söz konusudur. Böyle bir müdahale, maddi olarak haklı değildir. Çünkü müdahale, baştan itibaren doğru olmayan bir ilâma dayanmaktadır. İcra hukukunda özel surette öngörülen hukuki çarelerle borçlu, böyle bir icraya karşı kendisini koruyamaz. Ortada bir usûle aykırılık bulunmadığından, şikâyete başvurulamaz. Hüküm altına alınan talebe karşı maddi itiraz ilâmsız takipte ileri sürülmesi gerektiğinden ve bunun için artık hak sona erdiğinden aynı şekilde icranın geri bırakılması davası da gündeme gelmez (§§ 767 II, 796 II ZPO). Borçlu bu özel hukuki çarelerden ötürü mülkiyet hakkına ve etkin hukuki korunmaya ilişkin temel hakkına (Art. 19 IV, 20 III GG) maddi yönden hukuka aykırı müdahaleyi engelleme imkânına sahip değildir.

c. Borçlunun § 826 BGB'ye Göre Korunması

Federal Mahkeme, borçlunun doğru olmayan bir ilâma dayalı olarak yürütülen cebri icraya karşı koymasına yönelik bir imkân geliştirmiştir. Böyle bir hukuki koruma, cebri icra hukukunda değil, maddi hukukta yer almaktadır. Mahkeme kararlarıyla, takip borçlusuna zor koşullar altında § 826 BGB'ye göre ilâmın kötüye kullanılmasından ötürü dava edilebilir bir tazminata talebi sağlanmıştır.⁸ Bu hükme göre, başka biri tarafından ahlâka aykırı şekilde kasten zarara uğratan herkes, tazminat talebine sahiptir. Bazı yazarlar, bu mahkeme kararlarını kabûl etmemektedirler.⁹

aa. Koşulları

Böyle bir talep, Federal Mahkeme'nin kararlarına göre zor koşullara tabidir.¹⁰ Çünkü talep, icra edilebilirlik belgesinin kesin hüküm etkisinin bertaraf edilmesine yol açacaktır.

1. İlâmın Doğru Olmaması

İlk koşul, icra edilebilirlik belgesinin maddi açıdan doğru olmamasıdır. İcra edilebilir ilân edilen talep, vakıalar itibariyle ya da hukuki nedenlerden ötürü mevcut değildir. Tipik örnek, icra edilebilirlik belgesindeki alacağın temelini oluşturan hukuki işlemin ahlâka aykırılığıdır.

⁸ Örneğin bkz. BGH, 29.6.2005 - VIII ZR 299/04, NJW 2005, s. 2991; 9.2.1999 - VI ZR 9/98, NJW 1999, s. 1257; 30.6.1998 - VI ZR 160/97, NJW 1998, s. 2818; 24.9.1987 - III ZR 187/86, NJW 1987, s. 3256; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1328a; Walker, Beseitigung und Durchbrechung der Rechtskraft, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, s. 367.

⁹ Gaul, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung, 1986, s. 40 vd.; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl., 2007, § 64 II; Münzberg, NJW 1986, s. 361; Prütting/Weth, Rechtskraftdurchbrechung bei unrichtigen Titeln, 12. Aufl., 1994, Rn. 280 vd.

¹⁰ Koşulların derlenmesi için Walker, Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. III, 2000, s. 367, 381 vd.

2. Alacaklının İlâmın Doğru Olmayaşından Haberdar Olması

İkinci koşul, takip alacaklısının ilâmın doğru olmayaşından haberdar olmasıdır. Alacaklı, ilâmsız takipte maddi sebeplerden ötürü hiçbir şekilde mevcut olmayan bir alacağın ileri sürülemeyeceğini bilmek zorundadır.

3. İlâmın Ahlâka Aykırı Bir Şekilde Elde Edilmesi veya Kullanılması

Üçüncü ve en önemli koşul, alacaklının ilâmın elde edilmesine veya kullanılmasına yönelik davranışının ahlâka aykırı görülmesidir. § 826 BGB, ahlâka aykırı bir şekilde zarar verilmesini aramaktadır. Hükmün ahlâka aykırı olarak elde edilmesinin¹¹ tipik ve en önemli örneği, çoğu zaman ilâmsız takipte elde edilen icra edilebilirlik belgesine dayalı olarak yürütülen cebri icrada görülür. Gerekçelendirilmeyen bir alacağı ileri süren alacaklılar, çoğu kez ilâmsız takibi davaya tercih ederler. Çünkü ödeme emri ve icra edilebilirlik belgesi, mahkemenin incelemesi olmaksızın düzenlenir ve alacaklılar, borçlularının bilgi sahibi olmamasından ötürü ödeme emrine ve icra edilebilirlik belgesine itiraz etmeyeceğini hesap ederler.¹² Alacaklılar belki de, netice elde edilemeyeceğinden ve başka masraflara yol açacağından, borçluyu itiraz etmemesi konusunda sıkıştıracaklardır.¹³ Alacaklılar bu şekilde ilâmsız takibin hukukun gerekçelendirilmemiş bir alacağın gerçekleştirilmesine ilişkin özelliklerini kötüye kullanmış olurlar. Bu, bilhassa ahlâka aykırı kefaletten doğan alacaklara ve ahlâka aykırı kredi işlemlerinden doğan faiz alacaklarına ilişkindir (karş. tüketi kredisi sözleşmesinden doğan belirli alacakların ileri sürülmesinde §§ 491 vd. BGB anlamında ilâmsız takibe başvurulmayacağına düzenlendiği § 688 II 1 ZPO).

¹¹ Buna ilişkin olarak Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn.1328a.

¹² Örneğin, BGH, 29.6.2005 - VIII ZR 299/04, NJW 2005, s. 2991, 2994.

¹³ Karş. BGH, 24.9.1987 - III ZR 187/86, NJW 1987, s. 3256, 3258.

İlâmın ahlâka aykırı bir şekilde kullanılması¹⁴ örneği, şu olayda vardır: Alacaklı, önce normal bir davada irat tarzında nafaka ödenmesine yönelik ilâm elde eder; alacaklının bu arada işe girmesi, bu nedenle ihtiyacının kalmaması ve maddi hukuka göre nafaka talebinin artık mevcut olmaması nedeniyle (karş. § 1602 BGB), ilâm sonradan yanlış hâle gelse de, bu ilâmı, icra ettirmeye devam eder.¹⁵ Borçlu bu tür durumlarda § 323 ZPO'ya göre değişiklik davası ile nafaka ilâmının yeri duruma uygun olarak değiştirilmesini sağlayabilir. Fakat değişiklik ilâmı yalnız geleceğe etki eder (§ 323 III 1 ZPO). Borçlu, alacaklının kendisini değişen koşullar hakkında bilgilendirmemesinden ötürü değişiklik davası açmadığı sürece, yanlış hâle gelen nafaka ilâmının ahlâka aykırı kullanımına karşı kendisini § 826 BGB'ye göre müdafaa edebilir.

bb. Hukuki Sonuç

İlâmın ahlâka aykırı şekilde elde edilmesi ve kullanılmasının hukuki sonucu, -belirtildiği üzere- takip borçlusunun § 826 BGB'ye göre tazminat talep edebilmesidir. Bu tazminat talebinin hususiyeti talebin paraya yönelik değil, eski hâle iadeye yönelik olmasıdır. Yani kötüye kullanılan doğru olmayan cebri icra ilâmı olmaksızın mevcut olacak duruma dönülmelidir. Borçlu bu nedenle, § 826 BGB'ye göre cebri icranın men'ini veya ilâmın iadesini dava edebilir.¹⁶ Yargı kararlarının madde hukuka değil, usûl hukukuna ilişkin bu çözümü ile borçlunun ilâmsız takibin kötüye kullanılması ve doğru olmayan bir cebri icra ilâmının infazı ile oluşabilecek temel hak ihlâli önlenmektedir.

¹⁴ Buna ilişkin olarak Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn.1328a.

¹⁵ BGH, 19.2.1986 - IVb ZR 71/84, NJW 1986, s. 1751, 1754; 23.4.1986 - IVb ZR 29/85.

¹⁶ BGH, Urt. v. 16.11.1989 - III ZR 162/88, NJW-RR 1990, s. 303; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1328a.

II. Konut (Art. 13 I GG)

Borçlu ihtiyari ile malvarlığına yönelik cebri icraya katılmadığında, icra memurları § 758 ZPO'ya göre çeşitli cebri yetkilere sahip olur. İcra memuru, bilhassa borçlunun konutunda rızası olmaksızın da haczi kabil malvarlığı için arama yapabilir. Burada devletin borçlunun konut dokunulmazlığına ilişkin temel hakkına müdahalesi vardır (Art. 13 I GG). Art. 13 II GG'ye göre konut aramaları esas itibariyle mahkemenin izni ile yapılabilir. Bu gereklilik, cebri icra aramalarında önceden Usûl Kanununda öngörülmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, 1979¹⁷ yılında verdiği bir kararda, cebri icradaki konut aramalarının da esas itibariyle bir mahkeme kararı ile yapılabileceğine hükmetmiştir.¹⁸ Kanun koyucu, yaklaşık on yıl önce Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadından sonra harekete geçmiş, 01.01.1999'da § 758a'yı ZPO'ya dahil etmiştir. Buna göre, borçlunun konutu prensip olarak rızası olmaksızın yalnız bir mahkeme emri ile aranabilir. Mahkeme emrinin beklenmesinin cebri icranın başarısını akamete uğratacak olması (§ 758a I 2 ZPO), sonra kiralananın tahliyesi ve borçlunun tutuklanması (§ 758a II ZPO) istisna teşkil eder. § 758a ZPO'nun altı fıkradan oluşan ayrıntılı düzenlemesine rağmen, konut aramaları bağlamında sayısız uyuşmazlık ve mahkeme kararı mevcuttur.¹⁹

III. Yaşam ve Sağlık (Art. 2 II 1 GG)

Cebri icra bundan başka, borçlunun yaşam ve sağlığını korumaya ilişkin temel haklarına müdahaleye yol açabilir (Art. 2 II 1 GG).

¹⁷ BVerfG, 3.4.1979 - 1 BvR 994/76, BVerfGE s. 51, 97.

¹⁸ Türk hukukunda benzer meseleye ilişkin olarak Kuru, Dike International, 1996, s. 557, 558.

¹⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 322 vd.; Walker, Notwendigkeit und Umfang einer Durchsuchungserlaubnis für den Gerichtsvollzieher, Festschrift für Kollhossler, 2004, Bd. II, s. 755.

1. Kiralananın Tahliyesinde Konunun Özel Önemi

Buna ilişkin en önemli örnek kiralananın tahliyesidir. Borçlu, kendisinin oturduğu konuttan taşınmaya, konutu tahliye etmeye ve takip alacaklısına iade etmeye mahkûm edilmişse, kiralananın tahliyesi söz konusudur. Tahliye, alacaklı, konutun kiralanı ise ve borçlu ile olan kira ilişkisi geçerli bir şekilde feshedilmişse veya malı cebri arttırmada iktisap etmişse ve artık kendisi binaya taşınmak istiyorsa gündeme gelir. Borçlu, örneğin yaşlı ve malûl ise ve belki uzun zamandan beri aynı konutta yaşıyorsa, cebirle konutundan çıkartılmasında, çok hasta olması, depresif hâle gelmesi, hatta ölmesi tehlikesi mevcuttur. Uygulamada borçlular, bazen ya kendilerinde ya da beraber oturan aile efradından birinde somut bir intihar tehlikesinin mevcut olduğu gerekçesi ile de konutun tahliyesinden kaçınmaktadırlar.²⁰ Bu intihar tehlikesi, çoğu zaman hekim raporu veya psikiyatrik mütalaa ile tasdik edilir. Bütün bu hâllerde borçlunun veya aile efradının yaşam ve sağlığını korumaya ilişkin temek hakkı etkilenir.

2. Cebri İcraya Karşı § 765a ZPO'e göre Korunma

Cebri icra yolu ile yaşam ve sağlığın tehlikeye düşürülmesine karşı Alman Usûl Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, burada da borçlunun temel hak koruması güvence altındadır. Bu, cebri icraya karşı korunmaya yönelik genel hüküm olan § 765a ZPO ile sağlanmaktadır.²¹

²⁰ Örneğin bkz. Schuschke, Lebensschutz contra Eigentums-garantie - Zu den Grenzen des § 765a ZPO in der Räumungsvollstreckung, NJW 2006, s. 874; aynı yazar, Die besonderen Aufgaben des Gerichtsvollziehers bei der Vollstreckung gegen psychisch kranke, insbesondere suizidgefährdete Personen, DGVZ 2008, s. 33; Walker/Gruß, Räumungsschutz bei Suizidgefahr und altersbedingter Gebrechlichkeit, NJW 1996, s. 352.

²¹ Çevirenin Notu: Alman Usul Kanunu'nun 765a paragrafına göre, icra mahkemesi, borçlunun talebi üzerine, icrai bir işlemi, işlem, alacaklının korunma ihtiyacının değerlendirilmesi sonucunda özel koşullardan ötürü örf ve adeta uygun düşmeyecek güçlükte ise, kaldırabilir, yasaklayabilir ya da geçici olarak durdurulabilir. Maddenin ikinci fik-

Buna göre, takip borçlusu, cebri icra, onun için ahlâka aykırı bir güçlük teşkil ediyorsa, cebri icranın kaldırılmasını, yapılmasını veya geçici olarak durdurulmasını sağlayabilir. Bu gizli hüküm, cebri icra uygulamasında, bilhassa borçlunun yaşamına veya sağlığına yönelik tehlikelerde büyük rol oynamaktadır.

a. Koşulları

Cebri icraya karşı korumaya ilişkin koşullarda kanun koyucu, borçlunun temel haklarının karşısında, alacaklının etkin hukuki korunma hakkının, gerektiğinde alacaklının mülkiyet (temel) hakkının durduğunu dikkate almak durumundaydı. Burada bir temel hak çatışması vardır. Bu çatışma, § 765a ZPO'nun lafzına göre şu koşullar ile çözümlenmiştir:

aa. Çok Özel Durumlar

Hüküm öncelikle özel durumların varlığını şart koşmaktadır²². Bu nedenle, § 765a ZPO'ya göre cebri icra korunmasına, borçlu yalnız her icra takibinde gündeme gelecek durumlardan etkilenmişse hükmedilemez. Konutun elden çıkması veya ekonomik bir zaruret hâli tek başına yeterli değildir. Daha çok, konutun elden çıkması, borçlu için alışılmışın dışında güçlük arz etmelidir. Sonra, özel hukuki çarelere yönelik iddialar § 765a ZPO ile ileri sürülemez. Ancak intihar tehlikesi veya borçlunun hastalığı diğer hukuki çarelerle ileri sürülemez, böylelikle geriye talebin § 765a ZPO'ya göre ileri sürülmesi kalır.

rasında, icra memurunun bir haftaya geçmeyecek şekilde icra mahkemesinin kararına kadar bir şeyin teslimine yönelik işlemi erteleyebileceği düzenlenmiştir. İcra memurunun bu işlemine karşı da şikâyet (Erinnerung) yoluna başvurulabilir (Brox/Walker, Rn. 1471 vd.).

²² Buna ilişkin Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 10.

bb. Borçlu Bakımından Ahlâka Aykırı Güçlük

İkinci olarak, cebri icra, borçlu için ahlâka aykırı bir güçlük arz etmelidir.²³ Ahlâka aykırılık belirleyici bir şekilde kanunda açıklanmamıştır. Fakat ahlâka aykırı güçlüğü incelenmesinde, anayasanın değerler silsilesinin dikkate alınması gerektiği tartışmadan uzaktır.²⁴ Bu nedenle, bilhassa borçlunun veya yakın bir akrabasının yaşamının ve sağlığının korunmasına yönelik somut bir tehlike, ahlâka aykırı güçlük olarak gündeme gelebilir. Borçlunun veya yakın bir akrabasının ciddiye alınması gereken intihar tehlikesi de bu kapsamdadır.

Mamafih icra mahkemesi burada, iddia edilen intihar tehlikesinin gerçekten mevcut olup olmadığını veya yalnız borçlu tarafından ortaya atılıp atılmadığını özenle incelemelidir. Gerektiğinde başka tıbbî mütaalalar alınmalıdır. Bunun dışında, borçlunun intihar tehlikesinin, psikiyatri merkezine veya bir akrabasının müşavirliğine alınmak suretiyle önlenip önlenmeyeceği incelenmelidir.²⁵ Uygulamada buna ilişkin pek çok sorun mevcuttur ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin²⁶ ve Federal Mahkeme'nin²⁷ çok sayıda kararı vardır. İcra organu olarak icra memurunu ve borçlunun korunmasına yönelik taleplerde görevli olan icra mahkemesini, bu durumlarda oldukça zor bir karar beklemektedir.

²³ Buna ilişkin Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 12 vd.

²⁴ BVerfG, 25.9.2006 - 1 BvR 2266/06, NJW-RR 2007, s. 228, 229; 27.6.2005 - 1 BvR 224/05, Rpfleger 2005, s. 614, 615; 25.9.2003 - 1 BvR 1920/03, NJW 2004, s. 49.

²⁵ Buna ilişkin Schuschke, NJW 2006, s. 874 und DGVZ 2008, s. 33.

²⁶ Yeni kararların bir kısmı için bkz. BVerfG, 11.7.2007 - 1 BvR 501/07, NJW 2007, s. 2910; 25.9.2006 - 1 BvR 2266/06, NJW-RR 2007, s. 228.

²⁷ Yeni kararların bir kısmı için bkz. BGH, 6.12.2007 - V ZB 67/07, NJW 2008, s. 586; 22.11.2007 - I ZB 104/06, NJW 2008, s. 1000; 4.5.2005 - I ZB 10/05, NJW 2005, s. 1859

cc. Alacaklının Korunma İhtiyacının Değerlendirilmesi

Özel durumlardan ötürü ahlâka aykırı bir güçlüğü varlığı kabûl edilebilir olarak değerlendirilse bile, mahkeme alacaklının korunma ihtiyacını da değerlendirmelidir.²⁸ Zira aynı şekilde alacaklı da anayasaca korunan ilâmı icra ettirmeye yönelik bir menfaate sahiptir. Alacaklı, örneğin aynı şekilde sağlık sebeplerinden ötürü tahliye edilecek konuta taşınmaya muhtaçsa, mahkeme alacaklının cebri icraya ilişkin menfaatinin ağır bastığı sonucuna varabilir. Fakat uygulamada çoğu mahkeme kararları, alacaklı tarafından yürütülen tahliye takiplerinin, borçlunun somut olarak iddia edilen intihar tehlikesinde durdurulmasına yöneliktir.

b. Hukuki Sonuç

§ 765a ZPO'ya göre cebri icra korunmasının hukuki sonucu -belirtildiği üzere- icra mahkemesinin borçlunun talebi üzerine başlamış icra takibini kaldırması, baştan yasaklaması veya geçici olarak durdurmasıdır. Borçlunun tedavi edilemez bir hastalığı ya da intihar tehlikesinde, icra takibinin yalnız geçici olarak değil, devamlı olarak durdurulmasına ilişkin kararlar da verilmiştir.²⁹

IV. Kişilik Hakkı (Art. 2 I GG)

Borçlunun kişiliğini serbestçe geliştirmeye ilişkin temel hakkı da (genel kişilik hakkı, Art. 2 I GG) cebri icradan etkilenebilir. Borçlu, devlet gücüyle yapmak istemediği bir işi yapmaya zorlandığında, bu temel hakka müdahale edilmiş

²⁸ Buna ilişkin Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 23 vd.

²⁹ Bu türden örnek olaylara ilişkin BVerfG, 15.1.1992 – 1 BvR 1466/91, Rpfleger 1992, s. 259.

olur. Bu yolla aynı zamanda borçlunun muhtemelen anayasa tarafından korunan insan onuru da (Art. 1 I GG) etkilenir.

1. Borçlunun § 888 III ZPO'ya Göre Korunması

Kanun koyucu burada bir meseleyle karşı karşıyadır: Borçlunun kişiliğini geliştirmeye ilişkin temel hakkının karşısında, alacaklının etkin hukuki korunması durmaktadır. Kanun koyucu bu temel hak çatışmasını şu şekilde çözmüştür: Esas itibarıyla alacaklının cebri icra menfaati ağır basar. Cebri icra ilâmına müsteniden borçlunun bir işi yapmaya mahkûm edilmesi kesinleşmişse, borçlunun kişiliğini geliştirmesine ilişkin hakkına caiz bir şekilde müdahale edilebilir. Özel surette ağır basan müdahalelerde kanun koyucu, bir işin yapılması talebinin icrası yolunu kapatmıştır. Buna ilişkin düzenleme § 888 III ZPO'da bulunmaktadır. Buna göre evliliğin kabûlü, eşler arasında müşterek yaşamın kurulması veya işçinin borçlandığı bir işi yapmasına ilişkin hükümler icra edilemez. Kanun koyucu, borçlunun devlet gücüyle evliliği kabûle veya işçi olarak çalışmaya zorlanmasının insan onuru ve kişilik hakkı ile bağdaşmadığından hareket etmektedir. Fakat her iki ihtimal de, Alman cebri icra uygulamasında pratik olarak rol oynamamaktadır.³⁰ Zira Alman hukukuna göre evliliğin kabûlüne mahkûm edilme hiçbir şekilde mümkün değildir (§ 1297 I BGB) ve işçi, yapmayı üstlendiği işi ifa etmezse, işveren o işin yapılmasını hiçbir şekilde dava edemez; iş ilişkisini feshederek sona erdirebilir.

2. Çocuğun Anneye Karşı Babanın İsmi Açıklanmasına İlişkin Bilgi Alma Talebinin İcrasında § 888 III ZPO'nun Kıyasen Uygulanması

§ 888 III ZPO'daki cebri icra yasağının, bu hükümde açıkça anılmayan, ancak borçlunun kişilik hakkına başka bir müdahale nedeniyle bu hükmün kıyasen uygulanmasının gün-

³⁰ Karş. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1079.

deme geleceği durumlarda gerçek bir önemi vardır.³¹ Bu bakımdan, Federal Mahkeme'nin en güncel kararları ile ilgili bir olay anılmalıdır. Burada çocuğun anneye karşı, anne ile evli olmayan babanın isminin açıklanmasına ilişkin bilgi alma talebi söz konusudur.

a. Bilgi Alma Talebinin Hukuki Temeli

Talep hakkına bilhassa, öz babası hakkında bilgilenmek isteyen çocuğun kendisi sahiptir.³² Çocuğun böyle bir bilgi alma talebi gerçi kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Talep, § 1618a BGB'den çıkarılmaktadır.³³ Buna göre, anne-baba ve çocuklar birbirlerine destek olmalı ve saygı göstermelidirler. Çocuğun genel kişilik hakkına, öz babasının belirlenmesinin dahil olduğu, Art. 2 I c. 1 GG'ye göre bu hak ile temellendirilmektedir.³⁴

Bundan başka, çocuğun kendisine nafaka ödeyen görünürde babası da, öz baba olmadığını öğrendiği takdirde talep hakkına sahiptir.³⁵ Onun bilgi alma talebi bakımından da, talebin açık dayanağı bulunmamaktadır. Talep, yalnız § 242 BGB gibi (dürüstlük kuralı) medeni hukuka ilişkin genel hükümden veya § 826 BGB'den (kasıtlı ahlâka aykırılıktan dolayı tazminat) çıkarılabilir.³⁶ Genel hükümlerin bu yorumu, görünürde babanın anayasal hukuki korunma talebi ile temellendirilir.

³¹ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 888 Rn. 50.

³² Buna ilişkin OLG Bremen, 21.7.1999 - 6 W 21/98, JZ 2000, s. 314 Walker'in karar notu ile.

³³ Karş. BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW 1997, s. 1769.

³⁴ BVerfG, 18.1.1988 - 1 BvR 1589/87, FamRZ 1989, s. 147; 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW 1997, s. 1769.

³⁵ Buna ilişkin BGH, 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, s. 2919.

³⁶ Tekrardan bkz. BGH, 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, s. 2919, 2020 vd.

b. Çatışan Temel Hakların Dengelenmesi

Burada da bir temel hak problemi söz konusudur. İlk önce, çocuğun annesinin Art. 2 I GG'ye göre genel kişilik hakkı etkilenmektedir. Kişilik hakkının anayasal korunmasına, onun, cinsel ilişki örneğinde olduğu gibi diğer erkeklerle olan özel ilişkilerini kime açacağına karar verme özgürlüğü de dahil olmaktadır. Bu nedenle, çocuğun annesinin, çocuğun öz babası hakkında bilgi verme yükümlülüğü ile Art. 2 I GG'den doğan temel hakkı zedelenmiş olur.

Aynı şekilde çocuğun kendisinin ve görünürde babanın temel hakları da etkilenir. Çocuğun bilgi alma talebi, Art. 2 I GG'ye göre kişiliğini serbestçe geliştirmeye ilişkin temel hakkı ile gerekçelendirilmektedir. Görünürde baba, öz babanın isminin açıklanması talebinde en azından etkin hukuki korunma talebine (Art. 19 IV, 20 III GG) müracaat edebilir. Onun, çocuğa nafaka ödemeleri bakımından öz babaya rücû edebilmesi için, öz babanın ismine ihtiyacı vardır.

Çatışan temel haklar arasında denge kurulmasına gerek bulunmaktadır. Bu, şu neticelere yol açar: Bilgi alma talebinde, münhasıran bir kişi tarafından yapılabilecek bir işin yapılması söz konusudur. Cebri icra, § 888 ZPO'ya göre hükme rağmen bilgi vermekten kaçınan çocuğun annesine para cezası belirlenmek ve -şayet para cezası, icra yoluyla tahsil edilemezse- tazyik hapsine hükmetmek suretiyle gerçekleşir.

Yargı kararlarında, cebri icranın bu şeklinin çocuğun annesinin kişilik hakkına müdahale ettiğinden, işçinin bir işi görmesine yönelik talebin icrasında olduğu gibi § 888 III ZPO'ya kıyasen cebri icranın caiz olup olmadığı incelenmektedir. Bu amaçla, çocuğun annesinin temel hakkı bir tarafta, bilgi isteyen çocuğun veya görünürde babanın temel hakkı diğer tarafta, tartılır. Federal Anayasa Mahkemesi, denge kurma faaliyetinde mahkemelere geniş bir hareket sahası tanımıştır.³⁷

³⁷ BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90, NJW s. 1997, 1769.

WOLF-DIETRICH
WALKER'İN
TEBLÜĞİ

Federal Mahkeme,³⁸ 2008 yılında verdiği bir kararda, çocuğun annesine karşı bilgi vermesinin talep edilmesi hâlinde, temel hakların dengelenmesinin daha ilk derece yargılama usûlünde yapılması gerektiğine dayanmıştır. Zira açıkça düzenlenmemiş maddi bilgi verilmesi talebi, çocuğun ve görünürde babanın temel hakları ile temellendirilmektedir. Şayet mahkeme, ilk derece yargılama usûlünde talep sahibinin temel haklarının ağır bastığı sonucuna varır ve bu nedenle çocuğun annesini bilgi vermeye mahkûm ederse, esas itibariyle icra prosedüründe temel hakların tartılmasına ilişkin farklı yönde bir sonuca ulaşamaz.

c. Hukuki Sonuç

Şu hâlde, çocuğun annesi öz baba hakkında bilgi vermeye mahkûm edilirse, bu talep annenin kişilik hakkına müdahale teşkil etse de, icra edilebilir. Yani, çocuğun annesine karşı para cezasına hükmedilebilir ve bu ceza icra edilebilir. Para cezası tahsil edilemezse, çocuğun annesini bu yolla talep edilen bilgiyi vermeye zorlamak için ona karşı tazyik hapsi de mümkündür. Mahkeme, ilk derece yargılama usûlünde çocuğun annesinin temel haklarının ağır bastığı sonucuna varırsa, bilgi verilmesine yönelik davayı reddeder. Bu durumda, ilâmın noksanlığından ötürü hiçbir şekilde cebri icra mümkün olmayacaktır.

V. İnsan Onuru (Art. 1 I c. 1 GG)

Nihayet borçlunun az önce ifade edilen anayasal koruma altındaki insan onuru, cebri icra, insan onuruna yaraşır bir yaşamı sürdürememesine yol açarsa da etkilenir. Bu nedenle, borçlu, kendisi ve aile efradının mütevazi bir yaşamı sürdürmek için mutlak surette ihtiyaç duyacağı araçlardan (asgari geçim) mahrum bırakılmamalıdır (§ 811 I Nr. 1 - 9 ZPO). Borçlunun insan onurunun bu şekilde korunması, cebri icra hukukunda

³⁸ BGH, 3.7.2008 - I ZB 87/06, NJW 2008, s. 2919.

borçlunun belirli malvarlığı değerlerinin haczedilemez olduğunun açıklandığı çeşitli hükümlerde sağlanmaktadır.

§ 811 I ZPO'ya göre belirli taşınır mallar haczedilemez. Bunlar ilk olarak, borçlunun ekonomik varlığı için gerekli olan eşyalardır. Basit kıyafetler, mobilyalar ve mutfak gereçleri, radyo, televizyon haczedilmeyecek mallara örnektir.³⁹ Haczedilemeyen mallara ilişkin bu hüküm, icra memurunun yaptığı haczin çoğu zaman başarısız olduğu yönünde iddiada bulunulmasına yol açmaktadır. Fakat bu doğru değildir. 2007 yılında Almanya'da icra memurları, cebri icra yolu ile yaklaşık 1,4 milyar Euro tahsil etmişlerdir.⁴⁰ İkinci olarak, borçlunun asgari geçimi için ihtiyaç duymadığı, ancak çok özel bir kişisel menfaatinin bulunduğu eşyalar haczedilemez (§ 811 I Nr. 10 - 13 ZPO). Aileye dair dokümanlar, evlilik yüzüğü, bunun gibi defin için gerekli şeyler bu tür haczedilmeyecek mallara örnektir. Kazanç sağlama amacıyla tutulmayan ev hayvanları esas olarak haczedilemez (§ 811c I ZPO).

İnsan onuruna yaraşır asgari geçim için yalnız anılan taşınır mallar değil, çalışılarak elde edilen gelir de önem taşımaktadır. Bu nedenle, § 850 vd. ZPO, borçlunun gelirin kendisi ve aile efradı için mutlak surette gerekli olduğu sürece haczedilemez olduğunu düzenlemektedir. Bu hükümler çok karmaşıktır, çok sayıda ayrıntıyı ve sayısız istisnayı düzenler. Gelirin kural olarak haczedilemeyen kısmı, ZPO'da haciz tablosundan okunabilir.

2. Bölüm: Alacaklının Temel Hakları

Cebri icradan borçlunun yanında, alacaklının da temel hakları etkilenir. Zira alacaklı nihayet hüküm altına alınmış

³⁹ Ayrıntılar için Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 811 Rn. 18 vd.

⁴⁰ Übersicht über die Geschäftstätigkeit und den Personalbestand der Gerichtsvollzieher im Jahre 2007 in DGVZ 2008, s. 143.

bir talebe sahiptir. Alacaklının talep ettiği cebri icra hiç ya da talep ettiği gibi yürütülmezse, hakları ihlâlâ uğrar.

I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG)

İlk önce Art. 14 I c. 1 GG'ye göre alacaklının anayasal koruma altındaki mülkiyete ilişkin temel hakkı etkilenebilir. Cebri icra organı bütün koşullar mevcut olmasına rağmen cebri icradan kaçınırsa, § 766 II ZPO'ya göre şikâyet ve § 793 ZPO'ya göre acele şikâyet şeklinde talep edilen, icranın yürütülmesini sağlayabileceği hukuki çareler alacaklının emrine amadedir. Alacaklının mülkiyet hakkından, devlete karşı ileri sürebileceği mülkiyetin gerçekleştirilmesi hakkı çıkmaktadır.

II. Etkin Hukuki Koruma (Art. 19 IV, Art. 20 III GG)

Bundan başka, talep edilen cebri icradan kaçınılması durumunda, alacaklının etkin hukuki korumaya yönelik anayasal hakkı etkilenir. Etkin hukuki korumaya yönelik bu hak, Art. 19 IV GG'deki yargı mercilerine başvuru garantisi ve hukuk devleti ilkesi (Art. 20 III GG), bunun gibi Art. 6 I AİHS⁴¹ ile garanti edilmiştir. Bu haktan, alacaklının cebri icra talebi çıkarılır.⁴² Bütün cebri icra koşulları mevcut olur ve cebri icra engeli bulunmazsa, alacaklı az yukarıda anılan hukuki çarelerle istediği cebri icranın yürütülmesini de sağlayabilir.

Etkin hukuki korumaya ilişkin hak, bundan başka geçici hukuki korumanın söz konusu olduğu hâller bakımından son derece önemlidir. Cebri icranın zamanın geçmesinden ötürü tehlikeye düşmesi, hatta imkânsızlaşması tehlikesi mevcut olmak koşuluyla, takip alacaklısı anayasa hukukuna göre hızlı bir şekilde icra edilebilecek bir ilâma ulaşma imkânına sahiptir. O bakımdan, geçici hukuki korumaya ilişkin düzenleme, kanun koyucunun arzusuna bırakılmamış, aksine ilkesel ola-

⁴¹ Buna ilişkin EGMR, 12.12.2002, NJW 2004, s. 273.

⁴² Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auf., 2008, Rn. 1.

rak anayasa tarafından önceden belirlenmiştir.⁴³ Buna, şayet talebin yalnız güvence altına alınması mümkün değilse veya alacaklı için kâfi değilse, zaruret hâlinde alacaklının geçici hukuki koruma yoluyla nihai bir tatmine ulaşması imkânı da dahildir. Bunun tipik örneği, bir işin yapılmaması talebinin ihtiyati tedbir yoluyla gerçekleştirilmesidir. İşveren, bir sonraki gün için ilân edilen hukuka aykırı bir grevi engellemek istiyorsa, bir işin yapılmaması nihai olarak ifa edilecek olsa bile, grevin ihtiyati tedbir yoluyla zamanında yasaklanmasını sağlayabilme imkânuna sahip olmalıdır. Şu hâlde, etkin hukuki korumaya yönelik anayasal hakkın korunmasına ilişkin olarak, eda ya da ifa tedbirleri olanağı da mecburen gereklidir.⁴⁴ Mafah bunun için zor koşullar geçerlidir.⁴⁵

3. Bölüm: Üçüncü Kişilerin Temel Hakları

Üçüncü kişiler çeşitli sebeplerle cebri icradan etkilenebilirler. İlk olarak, icra organının borçluya değil, bir üçüncü kişiye ait olan malvarlığı değerlerine el atması tehlikesi mevcuttur. Sonra, borçluya karşı cebri icradan hep üçüncü kişi olarak onun aile efradı da etkilenir.

I. Mülkiyet (Art. 14 I c. 1 GG)

Alacaklı, para alacağı için takip yapıyor ve icra organı olarak icra memurunu borçlunun malvarlığı değerlerini haczetmesi ve paraya çevirmesi için görevlendiriyorsa, Alman icra hukukuna göre icra memuru borçlunun hâkimiyetinde bulunan bütün malvarlığı değerlerine el atabilir (§ 808 I ZPO). Şu hâlde, icra memuru, borçlunun hâkimiyetindeki malların

⁴³ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, vor § 916 Rn. 1 vd.

⁴⁴ Yalnız bkz. Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, Vor §§ 916 - 945 Rn. 4.

⁴⁵ Bkz. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 1609 vd.

WOLF-DIETRICH
WALKER'IN
TEBLİĞİ

ona ait olup olmadığını veya onun bu malları yalnız kiralayıp kiralamadığı ya da ödünç alıp almadığını incelemek zorunda değildir. Bu nederle, devletin cebri icra faaliyeti ile cebri icraya hiçbir şekilde katılmayan üçüncü kişinin mülkiyet hakkının ihlâl edilme tehlikesi mevcuttur.

Üçüncü kişinin korunmasını kanun § 771 ZPO'ya göre istihkak davası ile sağlar. Bu dava ile üçüncü kişi eşyanın maliki olarak, cebri icranın ona ait olan eşya bakımından caiz olmadığına hükmedilmesini sağlayabilir.

II. Yaşam ve Sağlık (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Bunun yanında, üçüncü kişinin yaşam ve sağlığa ilişkin hakkı (Art. 2 I c. 1 GG) borçluya karşı cebri icra ile ihlâl edilebilir. Örneğin, borçlu ağır hasta eşi ile beraber bir konutta oturuyor ve kira ilişkisinin feshinden sonra konutun tahliyesine ve konutun kiralayana iadesine mahkûm ediliyorsa, tahliyenin yerine getirilmesinden yalnız borçlunun kendisi değil, üçüncü kişi olarak birlikte oturduğu kişi de etkilenir. Üçüncü kişinin korunması yine yukarıda anılan cebri icra korumasına yönelik genel hüküm olan § 765a ZPO ile sağlanır. Buna göre, takip borçlusu, cebri icra kendi sağlığını tehdit etmese de, onunla birlikte oturan aile efradından birinin yaşam ve sağlığının tehlikeye düşmesinden ötürü ahlâka aykırı bir güçlük teşkil ediyorsa, tahliye takibinin kaldırılması, yasaklanması veya geçici olarak durdurulmasını sağlayabilir.⁴⁶

III. İnsan Onuru (Art. 1 I c. 1 GG)

Nihayet, borçluya karşı cebri icra, üçüncü kişinin insan onurunun zedelenmesine yol açabilir. Bu, borçlunun aile efradının (bunlar üçüncü kişidir) asgari geçim bakımından yeterli

⁴⁶ BGH, 4.5.2005 – I ZR 10/05, NJW 2005, s. 1859 (borçlunun babasının intihar tehlikesinde); Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 765a Rn. 20.

malvarlığının kalmayacağı kadar malvarlığının elinden alındığı hâlede kabûl edilmelidir. Aile efradının korunmasını kanun, yalnız borçlunun haczedilemeyen mallarına uygulanan cebri icraya karşı kendisini şikâyet yolu ile (§ 766 ZPO) koruması suretiyle değil, aile efradının da hukuki çareye başvurmaya yetkili olması ile sağlamıştır.⁴⁷

4. Bölüm: Özet

Cebri icrada en önemli temel hak ihlallerin sayılması sınırlandırıcı değildir. Burada ele alınan temel hakların dışında anayasada garanti altına alınan hukuki dinlenilme hakkı (Art. 103 Abs. 1 GG) ve eşitlik ilkesinden (Art. 3 GG) çıkarılan keyfi davranma yasağı cebri icra prosedüründe de önemli rol oynamaktadır.⁴⁸ Sonuç olarak aşağıda belirtilenlere dayanılabilir:

Cebri icranın yürütülmesinden veya cebri icradan kaçınılmasından çok sayıda ilgilinin -takip borçlusunun ve/veya üçüncü kişinin bir yanda ve takip alacaklısının diğer yanda- temel hakları etkilenir. Bu durumda, temel hakların dengelenmesi gerekmektedir. Bu dengelemeyi kanun koyucu birçok durum için açıkça kanunda düzenlemiştir. Açık bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı hâllerde, Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkeme, bütün ilgililerin temel haklarına olabildiğince adil yaklaşan çözümler geliştirmiştir.

⁴⁷ Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., 2008, § 766 Rn. 16.

⁴⁸ Buna ilişkin bkz. Vollkommer, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, s. 1.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): *Wir danken Ihnen auch sehr, Herr Kollege Walker, wir werden Ihnen natürlich unsere Fragen heute Nachmittag bei der Diskussion stellen; aber ich glaube, wir sind in Verspätung, aber es ist nicht unser Schuld.*

Arkadaşlar, saat 13.30'a geliyor. 11.45'te bitmesi gereken toplantı 13.30'da bitiyor. Yani, iki buçuk saatlik bir gecikmemiz var. Şimdi bir saat bir yemek arası verelim, oradan bir yarım saat kazanalım, ondan sonra bu iki konferansın tartışmasını yapalım, ondan sonra belki üç saatlik bir gecikmeyle diğer konuşmalara başlayalım.

Bilmem ne dersiniz sayın Pekcanitez?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Olabilir hocam, dilerseniz tartışmaları yarına da bırakabiliriz veya öğleden sonra sadece bir konuşmayı belki gerçekleştirebiliriz. Ya Bilge hocamız ya da Selçuk hocamız yarın konuşabilir. Çünkü yarın sadece bir tek Muhammet Özekes'in konuşması var. Dilerseniz Muhammet Özekes ile bir hocamız daha konuşur, böylece öğleden sonra bir konuşmayla en azından bir saat kazanmış oluruz.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Olabilir, o daha uygun. Çünkü her iki konuşmadan dolayı soruların olabileceğini tahmin ediyorum. Hazır yakalamışken yabancı meslektaşlarımızı -tercümanlar dikkatli tercüme etsinler burayı- onlara aklımıza gelen bütün soruları sorabilelim. Peki, teşekkür ediyorum.

O zaman saat 14.30'da toplanmak üzere oturuma ara veriyorum.

3. BÖLÜM

TARTIŞMALAR

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Baki KURU

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Evet saatlerinizi ayarlayın, benim saatim 14.30; ama yarınki saatle 13.30; onun için çok fazla kaybımız yok, bir saat kârımız var; unutmayın, yarın gece saatler bir saat geri alınacak.

Şimdi efendim, öğleden sonraki bu bölümün konusu tartışma, yani sorular sorulacak. Tabii kendi görüşlerinizi de bildirebilirsiniz. Ben, önce sizin fikrinizi aldıktan sonra meslektaşlarıma Almanca da anlatacağım.

Hakan bey, siz de uygun görürseniz, herkes soruları sorsun, hatta kendi görüşünü de ilave etsin, misafirlerimiz not alsınlar, hepsini birlikte cevaplandırsınlar. Daha pratik olur, daha verimli olur.

TARTIŞMALAR

So, wir fangen an; die Herrschaften werden ihre Fragen stellen, und ihre Meinungen auch dazu hinzu fügen; und wenn alle Fragen beendet sind, werden Sie, zunächst Herr Kollege Meier, Fragen beantworten, allerdings werde ich am Ende der Fragenstellung fünf Minuten Zeit für mich haben; ich werde auch einige Fragen stellen. Dann Sie werden beide zusammenfassen. Dieser Teil der Diskussion wird damit beendet.

Şimdi soru sormak isteyen arkadaşlarımızın isimlerini sırasıyla alalım: Sayın Prof. Bilge Umar, sayın Prof. Kamil Yıldırım, sayın Prof. Pekcanutez, sayın Prof. Oğuz Atalay.

Başka söz almak isteyen var mı?

Sonra, konuşmalar sırasında başka söz almak isteyen olursa işaret etsin.

Biz hemen Sayın Prof. Bilge Umar'la başlayalım efendim.

Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): İki noktada bilgi edinmek istiyordum.

Birincisi, sayın Prof. Walker dedi ki: *"Mahnverfahren sırasında kişiye gönderilen işte ödeme emri nitelikli yazıya karşı takip borçlusunun bir tür itiraz davası açmak hakkı var"*. Yani bizim menfi tespit davası gibi bir şey. *"Fakat bu dava içerisinde takibin dayanağı olan ilâmı tartışamaz. Çünkü bu kesin hüküm etkisine aykırı olur"*. Şimdi merak ettiğim, bizdeki 38. maddeye benzer bir madde onlarda yok mu? Yani, yapılan ilâmlı takip mutlaka gerçek anlamda bir ilama mı dayanıyor, yoksa ilâm değerinde bir belgeye dayanma imkânı da orada var mı? Varsa tabii o zaman bunun tartışılması imkânı olmak lazım, menfi tespit davasında. Örneğin, re'sen noter senedi adama yaptırmışlar ama kafasına tabanca dayayarak. Kişi bunu menfi tespit davasında dile getirebilmeli, eğer ilâm nitelikli belgeye dayanarak da takip yapılabilir ise. Acaba mümkün mü, var mı onlarda ilâm niteliğinde belge kavramı ve ona dayanarak ilamli takip yapılması?

Birinci merak ettiğim nokta bu, efendim. İkincisini de söyleyeyim mi?

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Önce soruyu anlayıp anlamadığımı bir soralım, tercüme nasıl bilmiyorum.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Dediler ki: Mahnbescheid denilen, bizim ödeme emrine benzer belge tebliğ edildiğinde, orada ilke borçlunun şahsına bunun tebliğ edilmesidir. Başka birine tebliğ edilmesi imkânı ancak istisna hallerde vardır.

Bu Alman tebligat ilkesinin genel bir ilkesi midir, yoksa bu konuya özgü bir özel hüküm müdür? İlle de şahsa tebliğ yapılması gerekliliği. Bizde malum genel olarak tebligattaki kuralla geçerli, özel kural yok. Dolayısıyla muhtara götürüp bırakmak evde yok falan diye pekâlâ mümkün olabiliyor ve bundan bir sürü -deyimi af buyurun- katakulliler çevrilebiliyor. Borçlunun haberi bile olmamdan, tebligat fiilen eline geçmeden "*Kesinleşti yedi günlük itiraz süresi, geçti*" denebiliyor bizde. Almanya'da demek böyle bir şey mümkün olamıyormuş, ille şahsın kendisine tebliğ yapılacaktı.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz sayın Umar.

Buyurun sayın Yıldırım.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Konuşmacılara yürekten teşekkür ediyorum, bizi çok detaylı şekilde aydınlattılar.

Birkaç sorum olacak: Bunlardan bir tanesi sayın Isaak Meier'e. Kendisi Nisan ayında da Osnabrück'teki kongrede tebliğ sunmuştu, İsviçre hukuku hakkında, onun dogmatik

TARTIŞMALAR

esasları hakkında. Orada ekonomik analizden ağırlıklı olarak söz etmişti. Sistemin ekonomik analizini yapmıştı. Şimdi, bilemiyorum bugünkü anlattıklarıyla da ben tabii onu bağdaştırabilirim ama kendisi de acaba bu konuyu vurgulamak için bazı açıklamalar yapmak ister mi? Konu herhalde orada düğümleniyor. Bu birinci soru.

Bu arada ben kısaca bir katkı olması bakımından Isaak Meier'e şu sözlerle başlayarak Türk hukukundan da kısa bir bilgi aktarmak istiyorum. Kendisi İsviçre İcra İflas Kanunu'nun sculdnerfreundlich olduğundan söz etti. Borçluya yakın, borçluyu kollayan bir konseptte sahip olduğunu söylemişti. Ama son gelişmeler olarak da bireyin, yani ticaretle uğraşmayan bir kimsenin Insolvenzerklärung yoluyla da yine hukuk sistemi içinde çözüme kavuşturulabileceğini söylemişti. Bu noktadan hareket edersek Türk hukukunda sistemin borçluyu koruduğunu açıkça göremediğimi söyleyebilirim. Bu benim kendi görüşüm. Borçluyu çok da koruyan bir İcra İflas Kanunu'na sahip değiliz. İşte, borçlu kaçacaktır, borçlu mallarını kaçıracaktır endişesiyle, hacizden de haberdar edilmemektedir. Bunun önemli bir başlık olduğunu ben düşünüyorum. Onu arz etmek istedim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Haben Sie die Frage verstanden, Herr Meier?

Prof. Dr. Isaak MEIER: *Ich hab nicht ganz verstanden, ob das eine Frage an mich war.*

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: *Entschuldigung, es war nicht direkt eine Frage, sondern ein kleiner Beitrag, das wir in der Türkei als System anerkannt haben. Ist es in Ordnung? Also, im zweiten habe ich keine Frage gestellt, sondern nur eine kleine Bemerkung gemacht, dass wir in der Türkei nicht eine schuldnerefreundliche SchKG haben. Damit auch der Schuldner hat keine vorherige Ahnung oder eine*

Information über die zukünftige Pfändung, zum Beispiel. Also bei hausdurchsuchung und so. Und noch eine andere kleine Bemerkung, dass wir unser Einleitungsverfahren nicht direkt mit dem normalen Prozess einbinden können. Also wenn es alles nach dem Paragraphen läuft, braucht man ja keine Klage zu erheben. Dann ist es in Ordnung. Aber diese Aufgabe von Aufsichtsbehörde, also im Sinne vom schweizerischen Recht, – auf Türkisch "icra tetkik mercii" hieß es und seit langem wurde das nicht als ein Gericht anerkannt, erst im Jahre 1966 als Gericht akzeptiert / bezeichnet worden – also diese Kultur haben wir, zuerst. Also dieses Einleitungsverfahren, so isoliert, gemeint, solange keine Klage erhoben ist; aber wenn eine Klage erhoben ist, dann läuft richtige Grundsätze von Prozess. Also diesen Unterschied haben wir. Und wenn es Ihnen auch möglich ist, können Sie vielleicht über die Grundsätze von Zwangsvollstreckungsrecht in der Schweiz; vielleicht ein paar Sätze zu uns erzählen; Formalismus oder andere Dispositionsmaxime; also die zweite Frage war es. Aber eine Frage noch an Herrn Professor Walker: Herr Professor Walker, haben Sie auch uns über die Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erzählt; und auch eine Möglichkeit oder eine Gelegenheit zu uns geboten, dass wir auch eine Frage stellen können; also im Bereich bei der Durchsuchung der Wohnung nur mit richterlicher Anordnung, aber die anderen Gelegenheiten könnte man ohne richterliche Genehmigung auch weiter durchführen können. Also, das war meine Frage. Danke sehr.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Herr Walker, haben Sie die Frage verstanden?

Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER: Ja.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyrun sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben önce Prof. Walker'e, biraz önce alacaklının temel haklarıyla üçüncü kişinin temel hakları hakkında tebliğini açıklama fırsatı bulamadı. O konuda kısa bir açıklama yapmasını kendisinden rica ediyorum.

TARTIŞMALAR

İkinci olarak, ben çok eskiden beri bizim icra iflas hukukumuzda anlamakta zorluk çektiğim bir müesseseyi Prof. Meier'e özellikle sormak istiyorum. Bu da itirazın geçici kaldırılması ve arkasından borçlunun belli bir süre içinde borçtan kurtulma davası açmak mecburiyeti. Şunu anlamakta zorluk çekiyorum: Neden tek bir dava içinde eğer imzarın borçluya ait olduğu tespit edilmişse, ayrı bir dava açma gerekmeksizin borçlunun gerçekten maddi hukuk bakımından borçlu olup olmadığı konusu incelenmesin ve böylelikle bir kesin hüküm elde edilmesin. Bu konuda tebliğinden öğrendiğim kadarıyla Prof. Meier'in de tereddüdü var. Bu konudaki görüşünü öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyrun Sayın Atalay.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim. Ben Prof. Meier'e sormak istiyorum: Özellikle ilamsız icra takibinde İsviçre'de eve girilmesi, gerektiğinde zor kullanılarak eve girilmesi, ev araması yapılması gene bizim kanunumuzdaki gibi borçlunun üstünün araması yapılması gibi konularda yanlış hatırlamıyorsa kendileri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mutlaka yargısal bir kararın bulunması zorunluluğu yoktur, dolayısıyla yargısal bir karar, mahkeme kararı olmadan da icra dairesinin kararıyla kişiye karşı, borçluya karşı ev araması yapılabileceği, evine girilebileceği şeklinde görüş bildirdiler. Acaba, İsviçre'de ceza hukuku alanında ev araması, işyeri araması ve üst araması yapılabilmesi için sadece savcının kararı yetiyor mu, orada mutlaka bir hâkim kararı teminatı, yani yargısal bir karar zorunluluğu var mı? Varsa, neden bir hukuk sisteminde kamusal kaygılarla, yani kamu düzenine ilişkin olduğu düşünülen ceza hukuku alanında bireysel özgürlüğün, konut dokunulmaz-

lığının ihlali için mahkeme kararına ihtiyaç mutlak şekilde aranıyor da özel bir menfaatin yerine getirilmesi, bir alacağın tahsili için bir mahkeme kararına gerek kalmaksızın yargılama yetkisine sahip olmayan bir icra dairesi müdürünün kararıyla konut dokunulmazlığı ihlal edilebiliyor, kişi dokunulmazlığı ihlal edilebiliyor? Bu konuda İsviçre’de tartışma var mı, ilamsız icra takibinde temel hak ihlali konusunda?

İkinci bir husus, İsviçre’de medeni usul hukuku alanında, özellikle dava ile ilgili olarak icra takibindeki ödeme emriyle karşılaştırarak bir soru sormak istiyorum: Bir davada, davalıya gönderilen dava dilekçesine karşı süresinde cevap verilmemesi durumunda davalı davacının ileri sürdüğü iddiaları kabul etmiş sayılıyor mu? Çünkü icra hukukunda gönderilen ödeme emrine karşı süresinde itiraz edilmediğinde alacak iddiasını kabul etmesi sayılıyor, takip kesinleşiyor. Eğer aynı değilse, yani usul hukukunda böyle paralel bir kabul varsa, tutarlılık var demektir. Hayır, orada susmak davada inkâr, icra takibinde ise susmak ikrar sayılıyorsa bu çelişkiyi bir hukuk sisteminde, şekli hukuk alanındaki iki alanda, farklı alanda nasıl açıklayabiliyoruz?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyrun, sayın Prof. Arslan.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Ben her iki konuşmacıya çok teşekkür ediyorum. Çok doyurucu açıklamalar yaptılar.

Çok kısa bir soru sormak istiyorum. Bizim İcra İflas Kanunumuzda borçlunun haline münasip evi haczedilemez kuralı yer almaktadır, 82 nci maddenin 12 nci bendinde. Buna benzer bir düzenleme, örneğin Sayın Prof. Walker’ın verdiği insan hakları çerçevesinde veya temel haklar çerçevesinde ver-

TARTIŞMALAR

diği bazı örneklerdeki dramatik durumu önleyemez mi? Alman hukukunda böyle bir düzenleme neden düşünülmemiş? İsviçre’de durum nedir? Bu konularda bilgi rica edecektim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyurun Sayın Prof. Tercan.

Prof. Dr. Erdal TERCAN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim.

Her iki konuşmacıya da doyurucu tebliğleri için ben de tekrar teşekkür ediyorum.

İlk sorum Meier’e. Bizdeki menfi tespit davasına benzer bir şekilde, o davayı -negative Feststellungsklage’yi- İsviçre 1965 yılında kabul etti.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Türkiye.

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Türkiye kabul etti, düzeltiyorum. Bu menfi tespit davası İsviçre’de takibi nasıl etkiliyor? Bu konuda İsviçre’deki durumu Herr Meier açıklayabilirse onu rica edeceğim.

İkinci olarak da, Prof. Walker’e merak ettiğim bir konuyu yöneltmek istiyorum, soru olarak. Şimdi, Mahnverfahren esnasında iki kez Mahnbescheid gönderiliyor. İkinci kez gönderilen Mahnbescheid’a borçlu eğer itiraz etmez ise o Mahnbescheid ilâm sayılıyor ve icrası kâbil hale geliyor. Ancak eğer alacaklı kötü niyetle bunu elde etmiş, gerçekte böyle bir alacak yok ise borçlu tazminat davası açarak bu durumu telafi etmeye çalışıyor belirli bir ölçüde. Bu durumda ikinci kez açılan zararı

tazminat davasında ilk icranın, ilamın maddi anlamda kesin hüküm gücü tartışılıyor hale gelmiyor mu? Bu tartışılıyor hale geliyorsa, acaba bunu bir diğer ilk derece mahkemesi mi yapmalı? Yoksa daha farklı bir yol mu bulunmalı? Bu durum, usul ekonomisine aykırı olmaz mı? Özellikle ikinci kez Mahnbescheid kararı verilirken mahkeme borçluyu aydınlatıyordu. O aydınlatma esnasında acaba mahkeme bu durumu resen dikkate alıp -hiç değilse dosya çerçevesinde- bu belirtilen üç şart gerçekleşmişse Mahnbescheid kararı vermeyebilirdi.

Bu açıdan Walker'in görüşünü rica edeceğim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Bu kadar, değil mi sorunuz?

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Davanın açılması için gereken üç şartı mahkeme Mahnbescheid kararını verirken re'sen araştırıyorsa, daha uygun olmaz mıydı; böylece, daha sonra açılacak olan menfi tespit davası gereksiz kılınmaz mıydı?

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyurun Sayın Prof. Ali Cem Budak.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Benim sorum da sayın Prof. Meier'e.

Kendileri İsviçre hukuku bakımından da tavsiye edilebilir bir yönü olduğunu söylediler, Türk İcra İflas Kanununda yapılan düzenlemenin. Şu konuyla ilgili, İsviçre'den farklı olarak Türk hukukunda: Ticaret siciline tescil edilmiş olan kişiler için dahi haciz yoluyla takip yapılabilir, iflas yoluyla takip yapmak mecburiyeti mevcut değildir.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Biraz sesli lütfen, duyamıyoruz.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK: Gayet tabi, hocam.

İsviçre'den farklı olarak bizde tacirler aleyhine de haciz yoluyla takip yapılabilir. İflas yoluyla takip yapmak mecburiyeti yok. Bunun aslında İsviçre bakımından da tavsiye edilebilir bir çözüm yolu olduğunu Prof. Meier belirttiler. Ben o konuyla ilgili ilk önce çok küçük bir istatistiki bilgi vermek istiyorum. Bizim Adalet Bakanlığımızın istatistiklerine göre, Türk icra daireleri önünde aşağı yukarı 10 milyon tane icra takibi dosyası, haciz yoluyla takip dosyası vardır. Buna mukabil iflas takiplerinin sayısı iki bin civarında. Dolayısıyla Türkiye'de tacirler aleyhine haciz yoluyla takibin de mümkün olması, iflâs yolunu hemen kullanılmaz yahut çok az kullanılır bir takip yolu haline getirmiş durumda.

Ben, aynı zamanda böyle bir istatistiki bilgisi var mı Prof. Meier'in bu konuda. İsviçre'de acaba bu oran nedir? İflas takipleri ile haciz yoluyla takiplerin birbiriyle mukayesesi.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Buyurun Sayın Prof. Tanrıver.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Verdikleri bilgiler için öncelikle teşekkür ediyorum.

Genel bir soru sormak istiyorum: Türk hukukunda son dönemde ilamsız icranın lağvedilmesi gerektiği, hukuki güvenlik bağlamında gereken işlevi yerine getirmediği, tümüyle tasfiye edilmesi gerektiği yönünde doktrinde görüşler dillendiriliyor.

İsviçre hukukunda da ilamsız icranın lağvedilmesi, tümtüyle yürürlüğüne son verilmesi, tek icra yolunun mahkeme kararlarının icrası, ilamlı icra yolu olması gerektiği yönünde görüşler var mı? Bunu öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz. Başka sorusu olan var mı?

Buyurun sayın Deliduman.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim.

Ben de tekrardan kaçınarak teşekkür ediyorum her iki tebliğ sahibine de.

Çok kısa bir sorum olacak: Biz genel haciz yoluyla takibi İsviçre'den aldık. Acaba bunlar bu muhteşem buluşu - bana göre - nasıl akıl ettiler, ilk ne zaman başladı, geçmişi nasıl oluştu?

Prof. Walker'e de sormak istediğim: Almanlar da bu sistemi acaba bütün boyutlarıyla irdelediler mi, yoksa farklı kalmak düşüncesiyle devam mı edecekler hâlâ? Çünkü aksi takdirde biz de acaba farklı bir şey mi var, Alman sistemi daha mı iyi diye merak ediyoruz. Ama bana göre ilamsız icra takibi yargılama ve takip hukuku anlamında son derece olumlu bir yol.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Biz teşekkür ederiz. Buyurun sayın Ermenek.

Arş. Gör. İbrahim ERMENEK (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben de teşekkür ediyorum sayın konuşmacılara.

TARTIŞMALAR

İki sorum olacak, ilki Meier'e. Birisi, haczin amacı nedir? Amacı nedir derken, buraya şuradan geliyorum: İsviçre hukukunda hareket eden şeylerin haczedilebildiğini söylediler. O zaman şöyle bir problem ortaya çıkıyor: Acaba, bizdeki hacizdeki tertip ilkesi, İcra İflas Kanununun 85 inci maddesi, acaba İsviçre'de nasıl uygulanıyor? Çünkü bizde haczin nihai amacı alacaklının alacağının tahsil edilmesi ama bir de borçluyu taciz etme amacı da var; mesela, eskiden -şu anda yok ama- telefonlar üzerindeki intifa hakkı haczi gibi. Böyle bir şey İsviçre'de var mı? Yani borçluyu taciz etme amacıyla yapılan bir haciz var mı?

Sayın Prof. Walker'e sorum ise: Alman hukukunda ev eşyaları haczedilemez dedi, sanki İsviçre'dekin tam tersine gibi geldi bana. Acaba burada ticari iş - adi iş ayrımının bir önemi var mı?

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Bir soru daha var, arkada, isminizi söyleyin lütfen!

Buyurun sayın Özbek.

Yard. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): İki kısa soru arz etmek istiyorum.

Birincisi, Türk icra hukukunda birden fazla alacaklının bağlantılı bile olsa, aynı alaktan dolayı aynı borçluya karşı aynı takip dosyasıyla icra takibi yapması mümkün değil. Bu, iş yükünün de artmasına sebep oluyor icra müdürlüklerinde. Acaba İsviçre ve Alman hukukunda bu konuda farklı bir çözüm tarzı var mı?

Bir de icra müdürlüklerinin özerkleştirilmesi konusunda tartışmalar var. Bu icra müdürlüklerinin özerk ya da yarı özerk statüye getirilmesi, yani kamu teşkilatının belli ölçüde dışına

taşınması konusunda bazı tartışmalar var doktrinde. Acaba İsviçre ve Alman hukukunda bu konu nasıl?

Arz ederim.

Prof. Dr. Baki KURU (Oturum Başkanı): Peki, teşekkür ederiz.

Sanyorum sorular bitti. Ben de bir iki konuya izninizle değinmek istiyorum. O da şu: Bildiğiniz gibi, biz İcra İflas Kanunumuzu İsviçre'den aldık.

Hakan bey, biz de Türkçe konuşacağız herhalde değil mi? Tercüme nasıl geliyor bilmiyorum. Benim meramımı anlarlar mı anlamazlar mı bilmiyorum. Burada meramımızı serbestçe ifade etmek varken, niye kulağımızı böyle dolaylı gösterelim; ben bunu anlamıyorum. Soruyu tekrar etmediler, biz onların işini kolaylaştırıyoruz. Yok, ben de Türkçe konuşacağım, bakalım nasıl tercüme edecekler. Tabii etsinler edebilirlerse, tercümesini etsinler bakalım.

Şimdi, İcra İflas Kanunumuzu İsviçre'den aldık. Bazı değişikliklerle aldık, fakat gene de yüzde elli de olsa İsviçre sistemine sadık kaldık. Özellikle ilamsız icra sisteminde itirazın kaldırılmasında bazı farklı olmakla beraber, aynı sistemimiz var.

Prf. Dr. Wolf-Dietrich WALKER: Es wird nicht übersetzt!

Başkan: Peki, ben soru sormaktan vazgeçtim, konuşmacıların sorularını cevaplandırsınlar.

Böyle şey olmaz canım! Kusura bakmayın, ben başkanlığı da bırakıyorum.

İKİNCİ OTURUM
24 Ekim 2007 (Öğleden Sonra)

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Tebliğ Sunan

Prof. Dr. Selçuk Öztekin

(Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Türk İcra Hukukunun Eleştirisi

(Teknik bir sorun sebebiyle, bu andan itibaren bir süre kayıt yapı(a)lmadığından, bu kısma ilişkin yaklaşık bir saatlik konuşmanın yazılı metne aktarılabilmesi mümkün olamamıştır. Bu esnada sayın Prof. Dr. Meier ve sayın Prof. Dr. Walker, kendilerine yöneltilmiş bulunan soruları cevaplandırmışlardır.)

Prof. Dr. Baki KURU: Sayın Meier'e ve sayın Walker'e çok teşekkür ediyoruz.

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

Bununla sabahki toplantımızı bitirmiş bulunuyoruz. Bilmiyorum, bundan sonraki toplantıyı ara vererek mi yaparız?

Hemen devam edelim diyorlar.

O zaman bundan sonraki oturumu yönetmek üzere sayın Prof. Ramazan Arslan'ı buraya davet ediyorum.

Buyurun sayın Arslan.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hemen ara vermeden devam edeceğiz.

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
KONUŞMASI

Ben, izin verirseniz sadece iki dakika sabahki oturumda açılış konuşmasında söylemeye fırsat bulamadığım, söyleyemediğim birkaç hususu dile getirmek istiyorum.

Sabahleyin gerçekten bizim için çok üzüntülüydü, çok hüznülüydü. Hepimizin bundan çok etkilendiğini düşünüyorum. Ben o kadar etkilendim ki konuşamayacak durumdaydım ve beni sağ olsun sevgili Özkes bu konuda kurtardı. Şimdi biraz daha kendimi toparladığımı düşünüyorum.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

Zannediyorum o sabahki üzüntüden sonra, anmadan sonra sevgili Haluk da bizden bugün çalışmamızı isterdi, onu bizden talep ederdi, biz de öyle yaptık. Umarım yarına kadar da bu çalışmalarımız verimli bir şekilde devam eder. Ben, sabah-tan itibaren oturum başkanlığı yapan hocamız Baki Kuru'ya özellikle teşekkür ediyorum, konuklarımıza bir kez daha teşekkür ediyorum. Ama bu teşekkürlerimizin arasında unuttuğum iki husus var, müsaadenizle onu tamamlamak istiyorum.

Birincisi, bu toplantıların tabii ki düzenlenmesinde bir sponsor bulmamız gerekiyordu. Bu konuda bize bu sene de bu sponsor konusunda Murat Atalı arkadaşımız yardımcı oldu; kendisine gerçekten teşekkür ediyorum ve onun aracılığıyla bulduğumuz Vodafone firmasına da teşekkür ediyorum, çünkü onların katkılarıyla gerçekleştirebildik.

İkinci olarak ilave etmek istediğim husus da şudur ki, biz bugüne kadar bu çalışmaların organizasyon komitesinde üç kişi olarak yer almıştık ve bu organizasyonu yürütmüştük. Haluk aramızdan sadece fiziken ayrıldı; O, yine hep bizimle olacak ama onun -Bilge hocamın ifadesini kullanacağım- hayr'ül halefi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden sevgili Murat Atalı bundan sonra bizim Organizasyon Komitemizde yer alacak ve kendisiyle beraber çalışacağız. O zaten bu çalışmalar için bizimle gönüllü olarak çalışıyordu. Kendisine huzurlarınızda teşekkür ediyorum, bugüne kadar yaptıkları için, bize desteği için. Bundan sonra da umarım kendisiyle birlikte 8, 9, ve 10. toplantıyı da tamamlayacağız.

Baki hocamıza özellikle teşekkür ediyorum, beni kırmadı. Kendisinden özür diliyorum. Biz herhalde kendisini hiç üzmememiz, hiç kırmamamız gereken kişiler olmalıyız. Çünkü bize sabahtan itibaren bu toplantıda elinden geldiği kadar destek olmaya çalıştı. Sadece bu toplantıya katılması bizim için çok önemli bir destekti. Ama bunu, toplantıya oturum başkanlığı yaparak da bu desteği artırdı. Hocam, Allah başımızdan sizi hiç eksik etmesin. Sizin her zaman yanımızda olmanızı diliyoruz ve bir şekilde sizi kırdıysak veya dolayısıyla kırıldıysanız sizden herkesin huzurunda özür diliyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Estağfurullah, sizinle ilgili değil, sizinle hiç ilgisi yok. Sayın meslektaşlarım, benim alınganlığıma verin. Tercümanların işine karışmış olduğumdan dolayı görevimden ayrılma gereğini duydum, o kadar. Yoksa sizlerle bir şeyim yok. Sizler hepiniz benim kardeşlerimsiniz. Hele bundan sonra da elimden geldiği kadar yardımcı olmaya çalışacağım.

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

(Doğuş Üniversitesi Hukuk Fak. Öğretim Üyesi)

RAMAZAN
ARSLAN'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Çok değerli yabancı konuklarımız, çok değerli hocam, -aranızda benim başka hocalarım da var ama Baki Kuru hocama özellikle hitap etmek istiyorum- ve değerli meslektaşlarım; bugünkü program bu saatlerde bitmiş olacaktı, öyle öngörülmüştü. Bildiğiniz nedenlerle biraz uzadı. Onun için, Selçuk hocamla az önce görüştüm, kendi tebliğinin çok kısa olduğunu söyledi. Size bunu duyurmak için konuya girdim. Kendisinin ikinci bir dileği var veya isteği var: Sizlerden, kendi tebliğiyle ilgili soru sormanızdan çok görüşlerinizi açıklamanızı bekliyor. Onu da baştan duyurayım.

Prof. Özbek, "*Türk Cebri İcra Hukukunun İlamsız İcra Takibi ile İlamlı İcra Takibi Ayrımı*" yönünden kısa bir değerlendirmesini yapacak.

Buyurun sayın Prof. Özbek.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

(Doğuş Üniversitesi Hukuk Fak. Öğretim Üyesi)

SELÇUK
ÖZTEK'İN
TEBLİĞİ

TÜRK İCRA HUKUKUNUN ELEŞTİRİSİ

Değerli öğretim üyeleri, değerli hocalarım, yüce yargının değerli mensupları, avukat arkadaşlarım, değerli öğretim üyesi yardımcılar; hepinize saygılar sunuyorum.

Bu gelenekselleşmeye başlamış olan toplantıyı düzenleyen arkadaşlarıma -başta Pekcanitez olmak üzere- çok çok teşekkür ediyorum, kendilerine şükran duygularımı bildiriyorum.

Şimdi, sabahleyin tabii bizim için aslında Haluk'u hiçbir zaman kalbimizden çıkartamadık ama fotoğraflar vesaire bize çok daha yoğun bir acı yaşattı. Dostlar vardır, vefat ederler, unutmazsınız, ama dostlar vardır kapı kapanır. Gittiği zaman içinizden hissedersiniz ki bir kapı kapanmıştır. Haluk Konuralp arkadaşımız hakikaten -benim için en azından- öyle bir insandı. Kimseyi kırmaz, kimseye hayır demez. Daha ben bir kere Haluk'a söyleyip de "*Yahu Hocam, o olmaz, onu yapamam*"

SELÇUK
ÖZTEK'İN
TEBLİĞİ

dediği bir şeyi hatırlamıyorum. Hakikaten benim için bir kapı kapanmıştır. Allah rahmet eylesin. Kendisini saygıyla, sevgiyle tekrar anıyorum.

Şimdi, tebliğlerin en güzeli en kısa olanıdır, benim tebliğim de çok kısa, hele hele bu saatte. Aslında, tebliğ sunmayacağım sizlere. Bizim başlangıçta bir amacımız vardı, sayın Pekcanitez ile konuşmuştuk, dedik ki: İlamlı icra ile ilamsız icra arasında acaba bir çatışma var mı? İlamsız icra bazı sıkıntılı durumlara neden oluyor mu? Uygulamadaki önemi ne? Gerçekten vazgeçilmez mi? Nedir yani? Hatta hatta, ilamsız icranın kaldırılması düşünülebilir mi? Düşünülebilirse neden düşünülebilir?

Başlangıçtaki amacımız, işte bunları bu geleneksel toplantımızda usul ve icra iflas hukukçularının dikkatlerine sunup, âdeta treni hareket ettirmek, yani bir tartışmayı alevlendirmekten ibaretti amacımız. Yoksa bana Türk icra iflas hukukunun genel bir değerlendirmesini yapıp bundan olumlu veya olumsuz bir sonuç çıkarmak görevi tevdi edilmedi ve ben de ufak çaptaki hazırlığımı ona göre yaptım.

Yani benim söyleyeceklerim, sonuç itibarıyla öyle fazla metodik ve sistemli olmayan, biraz akla öylesine gelmiş, kendi kendimize şu veya bu vesileyle sormuş olduğumuz bazı soruların sizlere aktarımından ibaret. Bu aktarımı yaptıktan sonra da sizlerin -bana sorulacak bir soru olduğunu pek sanmıyorum- bu konudaki değerli görüşlerini almak.

Şimdi, nereden çıktı bu? Yani ne ilamsız icra konusu birdenbire neden? Biz biliyorsunuz bu ilamsız icrayı şimdiye kadar hep kutsadık. Dedik ki: Bu Türk-İsviçre hukukuna özgü mucizevi bir formüldür. Bir imtiyazdır hatta. İlamsız icra takibini ciddi şekilde yücelttik. Fakat ilamsız icra takibinin sanıldığı kadar mucizevi olup olmadığı konusunda sanırım kıdemli icra hukukçularının hepsi meslek hayatlarının hiç olmazsa bir döneminde bir nebze düşünmüş ve fikir üretmiştir. Ben de kendi kendime bu bağlamda doçentlik sınavına hazırlanırken şu soru aklıma gelmişti: Demiştim ki, yahu bu kadar yararlı ve üstün ise bu mekanizma, ilamsız icra takibi yargı sistemini bu ölçüde

rahatlatıyorsa, bu yöntemi acaba diğer hukuk çevreleri neden bizdeki kadar yaygın şekilde ve tarzda kullanmıyorlar? Bu soru bir süre cevapsız kaldı. Buna zaman içinde, -daha doğrusu itiraf edeyim ki üstünde pek durmamak istediğim, durmamak için uğraştığım- bir başka soru daha eklendi: Acaba Türk cebri icra hukuku bir ilamsız icra hukukuna dönüşmedi mi?

Yani icra hukuku, sonuçta acaba ilamsız icra takibinin dehlizlerinde kaybolmamayı sağlayan ve ilamlı icrayı tamamen bir aksesuar haline getiren, indirgeyen bir bilgiler denizine dönüşmedi mi? Nitekim buraya gelmeden evvel baktığım istatistiklerde, Adalet Bakanlığı'nun Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nde 2006 yılında Türkiye'de icra dairelerinde mevcut olan 10.707.000 takip dosyasının yüzde 82'sinin ilamsız takip dosyası olduğu, sadece yüzde 6,4'ünün ilamlı takip dosyası olduğunu gözlemledim. Bu'da tabii, acaba ilamlı icra takibi gerçekten Türk cebri icra hukukunda tamamen tali bir takip yolu haline mi geldi, sorusunu akla getiriyor.

Hocam, aradaki farkı sordunuz; kalan miktar, yani aradaki fark talimat dosyaları.

Bu soruları ben şahsen kendim ciddiye almadım. Size belki sonucu şimdiden söyleyeyim: Ben ilâmsız icra takibine kesinlikle dokunulamayacağını düşünüyorum. Ama bundan bir yıl kadar önce Lüksemburg'da bir toplantıya katıldım. Bu toplantıda Türk icra hukukunu, en azından ana hatlarıyla incelemiş olan üst düzey bir Avrupa Birliği hukukçusuyla tanıştım, Danimarka uyruklu. Bu Avrupa Birliği hukukçusu, elinde senet veya başka bir belge bulunmadan sırf sözlü anlaşmaya -ve hatta belki de hiçbir anlaşmaya dayanmadan- bir kişi aleyhine nasıl olup da icra takibi başlatılabileceğini anlamadığını söyledi ve hatta bir adım daha atarak dedi ki: "*Hatta her şeyi kötü bir şaka zannedip gelen ödeme emrine karşı muhalefette bulunmazsa böyle bir kişi aleyhine nasıl olup da haciz gibi son derece ağır bir yaptırımın uygulanabileceğini biz anlayamıyoruz.*" Bunun üzerine, bu Avrupa Birliği hukukçusuyla bir tartışmaya girdim ve muhatabıma dedim ki: sistemin bu şekilde işleminde, yani elde senet sepet -tabii adama senet sepet demiyo-

ruz da- bir belge olmadan borçluya ödeme emri gönderilebilmesinde bir sakınca bulunmadığını, çünkü borçlu olarak takip edilen kişinin de ödeme emrine karşı yapacağı son derece basit bir muhalefetle takibi durdurabileceğini hararetle ve ısrarla açıkladım, savundum. Fakat o da aynı hararet ve ısrarla bana, elde hiçbir belge bulunmadığı halde icra takibine maruz bırakılan bir borçlunun neden kalkıp gidip icra dairesine ödeme emrine muhalefet etmek ve bunu yapmadığı takdirde de haciz gibi ağır bir yaptırıma maruz kalmak mecburiyeti içine sokulduğunu anlayamadığını söyledi. Bizim -kulakları çınlasın - Prof. Yıldızhan Yayla'yı hepimiz bilirsiniz, onun bir arkadaşı vardı, İstanbul'da bir yalı dairesinde kalırdı. Akşamleyin eve gelmiş, pijamalarını falan giymiş -seneler evvel- arabasını da hemen yalının arka tarafına bırakmış. Evde rakısını içiyor; arkadan bir gümbürtü duymuş, bir bakmış ki arabasına çarpmışlar. Hemen pijamayla falan aşağı inmiş, neyse trafik polisi çağrılmış, trafik polisi demiş ki: "*Ben sizi alkol muayenesine göndereceğim.*" O da demiş ki: "*Yahu kardeşim, ben alkollüyüm, içiyordum yukarıda. Alkol muayenesi bir sonuç verir bende. Ama ben kullanmıyordum bunu.*" Şimdi, bizim Danimarka'lı devamla diyor ki: "*Yahu adam evinde oturuyor, sen bunu birdenbire elde senet yok sepet yok bir ödeme emri geliyor ve bunun üzerine adam elbiselerini falan giyip icra dairesine gidip bu ödeme emrine itiraz etmek zorunda bırakılıyor*", biz bunu anlayamıyoruz. Şimdi ben de bu sefer, tamamen şark usulü bir manevra yaparak, dedim ki: Valla bu sistem İsviçre hukukunda da geçerli. O zaman bu Avrupa Birliği hukukçusu bana İsviçre cebri icra hukuku sistemini incelediklerini, ama bu sistemin bizim sistemimizden daha değişik olduğunu söyledi ki, bu doğru değil. Takibe giriş bakımından bu doğru değil. Gerçi, İsviçre icra hukuku ile Türk icra hukuku arasında, ödeme emrine muhalefet bakımından bazı farklar var, fakat takibe giriş bakımından aynı sistem.

Sonra da ilave etti: "*Zaten İsviçre Avrupa Birliği'ne üye olmayı reddetti. Eğer onları yakalarsak, elimize geçirirsek, onlara da aynı ikazları yaparız*" dedi.

Velhasıl, bunu şunun için anlatıyorum: Bizim ilamsız icra hukukunu önümüzdeki aylarda veya yıllarda pek fazla parlak günler beklemediğinin sinyalini verdi bana bu tartışma.

Şimdi, bu Avrupa Birliği hukukçusunun haklı olduğu noktalar var mıdır? Bir kere gerçekten de bizim Türk ilamsız icra hukuku İsviçre ilamsız icra hukukundan biraz daha değişik. Fakat bu değişiklik, demin de söylediğim gibi, takibe giriş noktasında değil. Nitekim, ünlü İsviçre hukukçusu Jiero'nun kısa bir pasajını tercüme ettim size, onu aynen okumak istiyorum: *"Borç için takip alanında İsviçre hukuku şu özelliğe sahiptir ki, herkes gerçekte alacaklı olmasa bile bir takip başlatabilir. Kambiyo senetlerine mahsus takip istisna olmak üzere, bir ödeme emrinin tebliği, takip talebinde bulunan kişi kendi alacaklı sıfatını ve aleyhine takip başlatılanın borçlu sıfatını inanılır kılmak mecburiyetinde olmaksızın istenebilir."* Yarı bir ödeme emrinin tebliği istenebilir. Alacaklı, alacaklı sıfatını ya da borçlunun borçlu sıfatını inanılır kılmak mecburiyetinde değil.

Keza, İsviçre hukukunda da, hepinizin bildiği gibi, Türk hukukunda olduğu gibi, itiraz edilmemesi halinde ödeme emri kabili icra bir nitelik kazanır ve alacaklı takibe devam edilmesini isteyebilir. Bu ilkeler düzeyinde iki hukuk sistemi arasında bir fark bulunmamaktadır. Fark vardır, ama özellikle itirazın kaldırılması noktasındadır bu fark. Kesin kaldırma ve geçici kaldırma, her iki hukuk çevresinde ayrı içeriğe sahiptir ki, zaten biz de 18 Nisan 1929 tarihli İcra İflas Kanunun'da da aynen İsviçre'nin şimdiki sistemini kabul etmiştik. Fakat bilahare ülkemiz de bu sistemden ayrıldı ve bugünkü sistem benimsendi.

Şimdi, peki diğer Avrupa ülkelerinde neden bizdeki ya da İsviçre'deki gibi bir ilamsız icra sistemi kabul görmedi? Örneğin, Fransa'da neden bu imkân bulunmamaktadır? Gerçekten de Fransız hukukunda icra takibine başlamak için, ister para alacağı olsun ister para alacağı dışında bir alacak olsun, icra takibine başlamak için -basite indirgeyip sırf genel kurallı ifade edersek- elde mutlaka bir mahkeme ilamı bulunacak, kesinleşmiş bir hakem kararı bulunacak, hakim ve taraflarca

SELÇUK
ÖZTEK'İN
TEBLİĞİ

imzalanmış bir uzlaşma tutanağı bulunacak, noter tarafından resen düzenlenmiş ve kabili icra nitelik kazandırılmış bir senet ya da imzası noter tarafından tasdik edilmiş borç ikrarını havi bir belge bulunacak. Bunun dışında, icra takibine başlayabilmek, para alacağı dahi olsa, mümkün değil. Ve cebri icra prosedürüne başlanırken de alacaklının elinde bu nitelikte bir belge bulunup bulunmadığı çok sıkı bir şekilde denetleniyor.

Keza Fransız hukukunda bizdeki anlamıyla bir icra dairesi de bulunmuyor. Gerçi bir icra hakimi var, fakat bu terim de bizi yanıltmamalı. Çünkü bizdeki asliye hukuk mahkemesine benzetebileceğimiz bir toplu bir mahkeme var, bizdeki asliye hukuk mahkemesine tekabül eder, bunun başkanı aynı zamanda icra hakimi olarak görev yapar. Dolayısıyla öyle ayrı özellik ve nitelikte bir icra hakimi yoktur. Bu iş asliye mahkemesinin başkanına verilmiştir ki, başkan da çok kere bir üyeye veya kendi yargı çevresinde bulunan küçük dava mahkemesi diyebileceğimiz, daha küçük miktarları yargılayan mahkemelerin hakimlerine bu yetkiyi devreder, icra hakimi olarak görev yapma yetkisini. Hakim, icra prosedürünün işleyişine müdahale etmeye her an için hazırdır ve re'sen de müdahale eder.

Şimdi bizim Türk hukukunda ilamsız icrayı savunmak için kullanılan başlıca gerekçe, bu takip türünün mahkemelerin iş yükünü azalttığıdır. Acaba durum gerçekten böyle midir? İlk bakışta ilamsız icra takiplerinin büyük çoğunluğunda ödeme emrine itiraz edildiği ve dolayısıyla itirazın kaldırılması yargılaması, itirazın iptali davası, menfi tespit davası, borçtan kurtulma davası, gerektiğinde istirdat davası gibi davaların birbiri ardına açılabilirdiği ve sonuçta da ilamsız icra takibinin mahkemelerin iş yükünü azaltmak bir yana, bu iş yükünü belki de ciddi şekilde artırdığı izlenimi ilk bakışta uyanabilir. Ve bu optik çerçevesinde denebilir ki, ancak borçlu ödeme emrine itiraz etmezse, işte o takdirde ilamsız icra takibi mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına hizmet eder. Borçlu eğer ödeme emrine itiraz etmezse.

Ben, Adalet Bakanlığı'nun web sitesinde yaptığım araştırmada, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü istatistiklerinde

kaç adet ilamsız icra takibinin ödeme emrine itiraz edilmeden sonuçlandırıldığı konusunda bir bilgiye maalesef rastlayamadım. Sayın İsviçre'li meslektaşım Prof. Meier, biraz evvel ilamsız icra takibi, elindeki bilgilere göre, Türkiye'de ilamsız icra takiplerinin yüzde 40'ında ödeme emrine itiraz edildiğini söyledi. Ben bu bilgiyi nereden aldığını pek bilemiyorum, ne ölçüde resmî bir bilgi olduğunu. Eğer yüzde 40'ına bizde itiraz ediliyorsa ilamsız icra takiplerinde, bu yüzde 60'ına da itiraz edilmiyor demektir. 10 milyonluk icra takibinde bu 6 milyonluk bir mahkemelerin iş yükünden tasarruf sağlar ki, zaten ilamsız icra takibinin gündeme getirilmesi falan bile öyle gelmiş, tartışmayı bile bir kenara bırakmak lazım.

Onun için, ilamsız icra takibinin mahkemelerin iş yükünü azaltıcı bir etkisi bulunduğu veya bulunmadığı konusunda şu aşamada resmî nitelikteki istatistiklere dayalı bir belirleme yapamayacağım. Ama şahsi kanaatim odur ki, ilamsız icra takibi kesinlikle mahkemelerin iş yükünü azaltmaktadır. Bu, kanaatimce tartışılmayacak kadar açık bir olgudur. Nitekim bu sunumum nedeniyle, hemen hemen bir on beş gündür avukat arkadaşlar, hakimler arasında sohbet kabilinden öyle bazı görüşmelerde buldum, bu ilamsız icra takibi konusunda ne düşündüklerini sordum. Bir kere, banka hukukçuları ilamsız icra takibi imkânının mahkemelerin iş yükünü büyük ölçüde azalttığı görüşündeler ve bu hususun tartışılmayacak kadar açık bulunduğunu söylüyorlar. Özellikle tüketici kartları, kredi kartları gibi küçük miktarlı sayılabilecek alacaklar söz konusu olduğunda, ilamsız icra takiplerinin çok büyük bir bölümünde borçluların itiraz etmediklerini ve dolayısıyla bütün bu takiplerde mahkemelerin itirazın iptali, itirazın kaldırılması gibi davalarla boş yere meşgul edilmesinin önüne geçildiğini, hatta kredi kartı ve tüketici kredilerinde bu oranın, yani itiraz etmeme oranının yüzde 98'e kadar ulaştığını, diğer bir deyişle sadece yüzde 2'sinde itiraz vuku bulduğunu, bu tür küçük montanlı alacaklarda, ifade ediyor banka hukukçusu arkadaşlar. Ama ben hemen söyleyeyim ki bu oranı teyit edecek resmî nitelikte bir istatistiğe ben şahsen rastlayamadım.

SELÇUK
ÖZTEK'İN
TEBLİĞİ

Tabii, şunu belirtmek gerekir ki adliyeden, hele hele böyle icra dairesinden gelen bir tebligat, tüketici olarak adlandırdığımız ve genellikle bütün hayatı boyunca *"aman hastaneye ve adliyeye işin düşmesin"* psikolojik baskısıyla yetiştirilmiş olan sade vatandaş ciddi şekilde etkilediği bir gerçek. Bu borçlu kesiminin ödeme emrini alınca telaşe kapılıp itiraz vesaire yoluna hiç gitmeden banka ile anlaşmaya çalıştığı düşünülebilir.

Banka avukatları dışındaki avukatlar biraz daha temkinliler. Fakat onlar da sonuç itibarıyla genellikle ilamsız icra takibi imkânı mahkemelerin iş yükünü ciddi şekilde azaltmaktadır kanaatine sahipler.

Burada ilginç olan şu ki, bazı hakim arkadaşlarla ve üç icra hakimiyle yaptığım görüşmelerde, sohbetlerde ilginç olarak dediler ki. *"ilamsız icra takibi imkânının mevcut olmasının mahkemelerin iş yükü üzerinde kayda değer hiçbir etkisi yoktur, o bir şehir efsanesidir"* Şimdi, yahu neden bu böyle dedim, *"Vallahi, biz bunun bir etkisini falan görmedik, göremeyiz de"* dediler. Bir gerekçe de tabii getiremediler, çünkü böyle bir gerekçe getirebilmeleri kanaatimce mümkün değil.

Tabii, benim burada sizlere aktardığım sonuçlar, sadece şahsen tanıdığım bazı avukatlar ve hakimlerle yaptığım görüşmeler neticesinde ortaya çıkan sonuçlardır. Bunların resmî hiçbir niteliği yoktur. İstatistik bilimi kurallarına uygun şekilde beliren sonuçlar olarak mütalaa edilmeleri kesinlikle mümkün değildir. Bu özel görüşmeleri sizlere aktarmaktaki amacım, ilamsız icranın yararları konusunda uygulamada bir görüş ayrılığı bulunduğu, fakat hakim görüşün -biz akademisyenlerin alıştığı terimleri kullanırsak- ya da baskın görüşün ilamsız icra takiplerinin mahkemelerin iş yükünü kesinlikle azaltıcı bir etkisinin bulunduğu yolunda olduğu açık.

Bugün her halükarda bu elimizde sahip olduğumuz bugünkü verilerle ilamsız icra takibinin terk edilmesi ya da kapsamının daraltılması bana asla mümkün görünmüyor. Bir kere kurumun milli bir karakteri var. Milli karakter edinmiş, uzun bir geçmişe sahip. Bütün bunlar engel ve elimizdeki

İstatistiksel veriler de böyle bir teşebbüs için yeterli olmaktan çok uzak. Yalnız, anlaşılan odur ki, bu takip yolu önümüzdeki aylarda veya yıllarda bir şekilde gündeme getirilecek. Onun için, biz sayın Pekcanitez'le bu konuyu ortaya atıp burada bulunan değerli izleyicilerden görüşlerini geliştirmelerini ve bilahare de bu konu üzerinde tezekkür etmelerini isteyelim dedik. Amaç, bir tebliğden ziyade, size ileride yakın bir tarihte muhtemelen karşımıza çıkabilecek olan bir tartışma konusu hakkında düşünme fırsatını vermek.

Hepinize çok teşekkür ediyorum.

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

TARTIŞMALAR

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Sayın Prof. Öztekin'e doyurucu, akıcı ve herkesi inandırıcı tebliğı için teşekkür ediyorum. Gerçekten çok sade ve anlaşılır biçimde ortaya koydu.

Sizlere benim ifade ettiğim, kendisinin dile getirdiğı gibi görüşlerinizi açıklamak üzere söz vermeden önce, ben de sadece iki cümle eklemek istiyorum.

Birincisi, mahkemelerin iş yükünü azalttığı konusunda vardığı sonuca ben de katılıyorum. Tabii, özellikle küçük miktarlı tüketici kredilerinin takibinde bu sonucun alındığı, bu oranın yüksekliğinin biraz buradan kaynaklandığı da sabit. Bir de inkâr tazminatının bizde çok yüksek oranlarda hâlâ devam ediyor olmasının da sanıyorum etkisi var.

Bir diğer tespitine de şöylece katılmak istiyorum: Avrupa Birliği ile uyum süreci yaşayan ülkemizde Avrupa Birliği'nin

TARTIŞMALAR

hukuk anlayışı dikkate alınacak hiç kuşkusuz. Bu, belki konuyu gündeme getirecek. Nitekim değerli konuğumuz Prof. Doktor Walker, -bir soru üzerine verdiği cevapta- ilamsız icranın Alman Anayasası'na uygun olmayabileceği gibi bir hususu dile getirdiler. Bizim Anayasamız da aslında büyük ölçüde Alman Anayasası'ndan etkilenerek hazırlanmış bir anayasadır. Gündemdeki çalışmalarda da yine bildiğim kadarıyla, Alman Anayasası esas alınıyor. O nedenle o yönüyle de belki konu gündemimize gelecek. Ama bugün için sayın Öztekinin vardığı sonuçlara ben de katılıyorum, varıyorum.

Efendim, şimdi sizlere söz vereceğim. Biliyorsunuz vakit epeyce ilerledi ama konu önemli. Olabildiğince söz isteyen herkese, kısa tutmaları kaydıyla, söz vermek istiyorum.

Söz isteyenler lütfen işaret etsin.

Ömer Ulukapı, Ali Cem Budak, Kamil Yıldırım, Hakan Pekcanitez, Seyithan Deliduman, Prof. Meier, Taylan Özgürkiraz, Mustafa Saldırım, Suzan Bayraktaroğlu, Meral Sungurtekin, Süha Tanrıver, Erdal Tercan, Sema Taşpınar-Ayvaz.

Efendim, 13 değerli dinleyici söz istedi. Baştaki hatırlatmamı bir kez daha yineliyorum: Lütfen, kısa ve öz.

Buyurun sayın Ulukapı.

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ediyorum sayın hocam.

Her şeyden evvel böyle bir toplantıyı tertip ettiği için Toplantı Komitesine teşekkür ediyorum.

Etkin hukuki himaye tedbirlerinin yerine getirilmesi, tabii yapılacak bir yargılama neticesinde olacağı şüphesizdir. Tabii bu yargılama faaliyeti bir mahkeme faaliyeti dışında, yargı faaliyeti aynı zamanda icra faaliyetini kapsadığı kanısında olduğumu ifade etmek isterim, veyahut da bu tarzda ele alınması pek yanlış olmayacaktır.

Tabii bugün ülkemizde yargının iş yükü dikkate alındığı zaman, icra daireleri veya icra takipleri dolayısıyla yargının iş yükünü bir nebze olsun yükünü ele aldığı veya onun üzerinden aldığı sonucuna varmamız mümkündür. Bu nedenle Sayın Öztekin Hocanın belirttiği görüşler lehinde ben de ona katıldığımı belirtmek isterim. Tabii, bu takip türünün mahkemelerin iş yükünü azalttığı ileri sürülmektedir ki, usul ekonomisi açısından. Buna şu gerekçeyle de katılmak mümkündür: Günümüzde özellikle alternatif uyuşmazlıkların çözüm yollarının arandığı bir ortamda bu doğrultudaki bir görüş de tabii bunu desteklediğini söyleyebiliriz.

Tabii, bu takip prosedürüne yöneltilen eleştirilerin başında, her şeyden evvel ortada bir maddi anlamda yargılama faaliyeti olmadığı, bu nedenle canı isteyen kişinin borçluya karşı takip yaparak bir ödeme emrinin bir şekilde kesinleşmesi karşısında onu zor durumda bırakacağına ilişkin görüştür ki -bunu özellikle Hocanın verdiği örnekte de olduğu şekilde- bunu aşmanın yollarını da aramak gerekmektedir ki, bir ön ihtar yoluyla bunun sağlanabileceği kanaatini taşımaktayım.

Tabii, şunu yine burada açıkça vurgulamak gerekir ki, ilamsız icranın kaldırılması yönündeki görüşler bağlamında, tabii sosyal gerçekliği de dikkate aldığımız gerekir, seksen yıldır yurdumuzda uygulanan bir ürün olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun doğrudan doğruya bir çırpıda kaldırılması şeklindeki bir görüşün burada pek kabul göreceğini zannetmiyorum. Bu hukukumuzda yerleşmiş durumdadır. Böyle bir durumda bu gerçekliği de dikkate aldığımızda, tabii ilamsız icra prosedürünün uygulanması ve en azından demin belirttiğimiz ön ihtar yoluyla sağlanacak getirilecek tedbirler ve yine bu yolda alınacak tedbirlerle daha etkin bir şekilde bu uygulanabilir ve böylece de usul ekonomisi açısından yargının yükü de hafifletilmiş olacaktır.

Ben, lehte olduğumu belirtmek isterim, teşekkür ediyorum.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Ali Cem Budak, buyurun.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK: Ben iki konuda söz söylemek istiyorum.

Birincisi, bu adli istatistikler meselesi. Hakikaten hocamız da ifade ettiler, şu sırada icra hukukunda köklü bir reform yapmak yahut sistemi değiştirmek gibi bir düşünce için erkendir ve her şeyden evvel bu konuda böyle bir değişikliğin olumlu sonuç verebileceği konusunda ve halihazırdaki durumun sakıncalarını tespit etmek konusunda elimizde yeterli veri yoktur. Hakikaten bu doğru. Buradan şöyle bir düşünce de çıkar mı, aramızda Adalet Bakanlığı mensupları değerli hakim arkadaşlarımız da var çünkü.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Sayın Kanunlar Genel Müdürü var.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK: Hâlâ aramızda mı efendim?

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Evet.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK: Özür dilerim.

Sayın Kanunlar Genel Müdürümüz de buradalar. Belki hâlâ vaktimiz var, Ekim ayı içindeyiz. 2009 yılında kullanma imkânı olur belki. İcra sisteminin olumlu yönlerini, olumsuz yönlerini ortaya çıkarabilecek şekilde acaba önümüzdeki yılın verilerini toplarken, adli istatistikleri yaparken bir gözden geçirme yapabilir miyiz? Biz akademisyen olarak tabii bu konuda emre amade oluruz. Böyle bir teknik çalışmaya katkıda bulunmaktan memnun oluruz. Bir bunu arz etmek istedim.

İkincisi de, aslında bir söz söylemek değil ama daha sonra söz alacak olan Prof. Meier'e bir konuda bir soru yöneltmek yahut onun görüşlerini dinlemek isterim. Şunu düşündüm

ben hep, Hocamın dediği gibi, hep bu işlerle meşgul olurken, ilamsız icra ile meşgul olurken: Acaba bizde diğer Avrupa ülkelerine benzemeyen daha gelişmiş bir ilamsız icra sisteminin bulunmasının tarihi sebepleri de var mıdır, İsviçre'ye mahsus. Malum, İsviçre kodifikasyonda nispeten geç kalmış bir ülke ve Medeni Kanunla da ikiye bölmüş bir ülke. Medeni Kanunun diğer kitaplarından evvel borçlar hukuku bahsini yasalaştırmış olan bir ülke. Sanki ben hep şöyle düşündüm: Usul hukuku bakımından da benzer bir tarihî yaşantı mevcuttur İsviçre için. İsviçre'de usul hukukunun federal anlamda birleştirilmesi geciktiği için belki de, bir icra hukuku, bir ilamsız icra evvela federal alanda birleştirilmiştir ve belki budur bu kadar gelişmiş bir ilamsız icra sistemi bulunmasının gerçek sebebi, tarihî sebebi. Acaba kendisi de böyle düşündürler mi? Ve federal kanun tabii yürürlüğe giriyor, Usul Kanunu, federal bir Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesi de acaba bir değişiklik yaratır mı İsviçrelilerin meseleye bakışında?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Prof. Kamil Yıldırım, buyurun.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Sayın hocamız Prof. Selçuk Öztekin ve sizin, yani sayın hocamız Ramazan Arslan'ın birlikte değindikleri bir noktaya temas ederek soracağım ya da katkıda bulunmaya çalışacağım. O da şu: Alman hukukunda İsviçre'deki sistemin Alman hocamız Walker'in deyişiyle Alman Anayasası'na aykırı düştüğü yönünde bir tespiti var. Sayın hocamız Ramazan Arslan da bunun ileride bir sorun yaratabileceğini, çünkü bizim de Alman doktrini ile -Anayasa hukuku bakımından- yakın olduğumuzu söylediler. Ben biraz daha geniş bir perspektiften şunu söyleyebilirim: Mukayeseli hukukta İsviçre de aslında Alman hukuk ailesine dahildir. Yani İsviçre ayrı bir ülke olmakla birlikte, Avrupa Birliği içinde ol-

TARTIŞMALAR

masa da Avrupa'da, çalışmalarıyla yine aynı hukuk ailesinin mensubudur. Uygulanan hukuk kendini ispat etmiş, ilamsız icra bakımından ve öbür taraftan hukuki himayeden söz ediyorsak, malum -ki, tırnak içinde etkin hukuki himaye de denildi Ulukapı arkadaşımız tarafından- etkin hukuki himaye deyince, dar anlamda medeni yargılama, yanında icra hukuğu ve ihtiyati tedbirleri kastediyoruz. İhtiyati tedbirler açısından da bakarsak, aslında belirli şartlar altında yine hakim talepte bulunana, himaye talep edene hizmet veriyor. Yani hukuk devletinde bunlar var. Bu bakımdan, bizim için sanıyorum anayasal çerçevede sorun teşkil etmez. Yani bu ilamsız icrayı koruyor olmamız Avrupa Birliği sürecinde de olsak, olmasak da sorun teşkil etmez.

Benim daha ziyade dikkat çekmek istediğim husus, esasen bizim orijinal İsviçre İcra İflas Kanunundan bir ölçüde ayrılmış olmamız. Yani itirazın muvakkatten kaldırılması usulünde aradığımız şartların çok hafifletilmiş olması. İsviçre'ye nazaran bizde daha rahat çalışabiliyoruz. Eğer İsviçre modeline sadık kalınabilirse, onda da ben hemfikirim.

Söylemek istediklerim bunlar, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim sayın Yıldırım.

Ben, tabii Alman Anayasası'na aykırı olduğu veya olacağı görüşünü paylaştığımı ifade etmedim. Prof. Walker, bunun düşünülebileceğini, o nedenle bu sistemi benimsemediklerini dile getirdi. Eğer öyleyse bizde de gündeme, belki bu gerekçeyle gelebilir dedim. Ama ben de sonuç olarak bu sistemin bizde yürürlükten kaldırılabilceğini düşünemiyorum doğrusu.

Söz sırası sayın Hakan Pekcanitez'de, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Ben bir hususa dikkat çekmek istiyorum. Başlangıçta, Türkiye’de ne zaman bir ekonomik kriz yaşansa, hemen akabinde İcra İflas Kanunu değişiyor. Şimdi bir ekonomik kriz kapıda. Benim korkum, yine İcra İflas Kanunu değişecek ve İcra İflas Kanunu değişirken, genellikle alacaklı ve alacaklılar kanunu değiştirmeye gayret ediyorlar ve öyle bir değişiklik çıkıyor ki -sabahki konuşmalara atfen söyleyeceğim- tam “*Schuldnerfeindlich*” borçlu düşmanı. Ben de İcra İflas Kanunu değişikliklerinde hazır bulundum ve hiçbir maddeyi görürürken borçlu hakkında, borçlu lehine bir tartışma yapabileme imkânını bulamadım.

O Danimarkalıyı çok merak ediyorum, acaba şu bizim 89. maddeyi bir anlasa ne düşünürdü? Üç kere haciz ihbarnamesi gönderiyoruz. Bakın, borçluya bir kez ödeme emri, süre yedi gün. Haciz ihbarnamesi üç kere gönderiliyor, sonunda bir tek davul zurnayla kapısına gidip -ki o çoğu banka- bankaların çoğu zaman kapısına gidip davul zurnayla haciz ihbarnamesi gönderdik, bir itirazınız varsa biz elden götürelim demiyoruz, bir tek bunu yapmıyoruz.

Danimarka’lıya sormak istiyorum: Acaba ülkelerinde alacaklının haksız ve kötü niyetli olması halinde yüzde 20, borçlunun ise kötü niyetli olmasa bile yüzde 40 tazminata mahkûm edilmelerini acaba hiç duydular mı? Duysa ne yapar?

Yine o Danimarkalıyı görsem, bir de ben şu örneği vermek istiyorum: 88 inci maddenin ikinci fıkrası var biliyorsunuz, menkul bir mal üçüncü kişinin elinde ve gidiliyor üçüncü kişinin elindeki malı icra memuru haczediyor. Maddi hukukumuza bakıyoruz, diyor ki: “*Menkul bir mal üçüncü kişinin elindeyse zilyet onun malikidir.*” 97 ve 99. maddelerde de aynı hüküm var, ama gel gelelim kanuna bakıyorsunuz, kanunda diyor ki: “*Alacaklı izin vermediği takdirde icra memuru üçüncü kişinin elinde bırakamaz, muhafaza tedbiri uygulamak zorunda.*” Şimdi, herhalde bunların üçünü söylesek o Danimarkalı çıldırırdı. Ama tabii ki bizim ülkemizin de kendine özgü bir borçlusu var. Biraz önce Prof. Meier dedi ki: “*Bizim ülkemizde öyle senetle ilgili takiplerde imza inkârı olmaz. Bilmiyorum sizde nasıl*” dedi.

TARTIŞMALAR

Şimdi, eğer bir kanunun değişikliğini tartışmak söz konusu olursa, böyle bir tartışma ortamı yaratılacak ise, bence temel haklardan başlayarak Türkiye’de çok şeyin değerlendirilmesi lazım. Şu haczedilmezliğe bakın: Haczedilmezlik 1929 yılından beri hiç değişmedi, ayrı hükümleri muhafaza ediyoruz. 40 derece sıcaklığı olan bir ülkede buzdolabı haczediliyor, küçücük bir radyo dahi haczediliyor. Hiçbir istisna tanımıyoruz.

Bir de şunu söylemek istiyorum: Günümüzde artık bazı şeylerin satılması da farklı olabilmeli. Şimdi hiç bugüne kadar bir otomobilinizi ilanen satarken birinci teklif verene yüzde 60, ikinci teklif verene yüzde 40 satacağım diyor musunuz? Böyle bir ilan verirseniz, yüzde 60 da gelip de o taşınırı taşınmazı alan olur mu? Ben bu sistemin biraz değiştirilmesi gerektiğine inanıyorum. Yine sayın Öztekinle beraber 4949 sayılı Kanun değişikliğini tartışırken bir Amerikalı bu konuda dedi ki: *“Ben bunu anlamıyorum, bu ne biçim bir sistemdir? Siz baştan ilan ederseniz, ben bunu ikinci sefer gelersen sana yüzde 40’a satacağım, niye gelip de yüzde 100’e alsın. Bu ne biçim bir sistem?”* Belki kendi ülkeleri açısından doğru, bilemiyorum ama. Daha söylenecek çok şey var. Ben burada bırakıyorum, çünkü zannediyorum yarın Bilge hocam bu konuda mükemmel bir tebliğ sunacak. Kendisinden sonra belki bazı şeyleri söyleme imkânım olur.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Seyithan Deliduman, buyurun.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Teşekkür ederim.

Ben fikrimi çok kısa söyleyeceğim. İlamsız takipten vazgeçmenin mümkün olmadığına ben de katılıyorum. Esasen ilamsız takibin uygulama alanını biraz da genel mahkemelerdeki yargılama süreci ve sistemi belirliyor. Fakat bugün ilamsız icra tartışılır hale gelmişse, bunda mutlaka bir sebep vardır ve ben de belli yönlerde eksiklikler olduğunu düşünüyorum. Özellikle hep ilamsız icrayı savunmak için şu söylenir: Borçlu

da itiraz ettiği zaman takip durur. Yani borçluyu daha fazla mağdur etmemeyi biz bir hak gibi görüyoruz. Oysa böyle değil. Eğer gerçekten bir borcu yoksa o Danimarkalının söylediği son derece doğru. Belki Ömer hocamın söylediği gibi bir ön ihtar söz konusu olabilir ama ön ihtara rağmen de takip başlatılabilir ve gerçekten gene borç yoksa tabii itiraz etmekle duracak. Yani biz borçluyu haksız yere tekrar icra dairesine de göndermiş olacağız.

Bana göre çözüm: Alacaklının, itirazın kaldırılmasını veya iptalini istemediği durumlarda bir müeyyide öngörmek. Hani nasıl yüzde 40'lar, yüzde 20 müeyyideleri varsa, burada da eğer alacaklı, ilamsız takipten vazgeçemeyeceğimize göre ve borçluyu da koruma, haksız yere takibe maruz bırakıldığı için, icra dairesine gönderilmek zorunda bırakıldığı için, en azından mesaisini tahsis ettiği için, alacaklıyı böyle bir müeyyideye maruz bırakmak bir çözüm olabilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz. Sayın Taylan Özgür Kiraz, buyurun.

Yard. Doç. Dr. Taylan Özgür KIRAZ: (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Ali Cem hocam ve Selçuk hocam da buyurdular, adalet istatistiklerinde itiraz konusunda herhangi bir bilgi yok itiraz sayısı hakkında. O sebeple ben biraz da merakımı yenmek ve bir çalışmamı genişletmek amacıyla Sultanahmet Adliyesinde Hocam bizzat gittim defterden itiraz sayılarını kontrol etmeye, çalıştım.

Yani takip hukukuna ilişkin itiraz olarak yetki, maddi hukuka ilişkin olarak da faize itiraz var. Ben başka bir itiraz sebebi de göremedim kendi incelememde. Yani alacak muaccel olmamıştır, zaman aşımına uğramıştır, ikrah vardır, hata vardır gibi itiraz sebebine de o yüzde 30'larda kurumsal takipler-

TARTIŞMALAR

de rastlamadım. Birinci husus bu. Resmî olmasa da belki biraz aydınlatıcı olması açısından önemli. İtiraz olmadığı vakit de ne oluyor? Yüzde 60-70'i gibi takip dolayısıyla kesinleşiyor. Bu bağlamda her ne kadar, teknik anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasa da, yani bugün Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'na baktığımız vakit 1. maddede "ADR tekniği nedir?" diye sorduğumuz vakit, kavramsal anlamda taraf iradeleriyle ancak insanların arabuluculuğa gideceği hususuna işaret edilse de, fiilen kanımca ilamsız icra takibi Türk hukukunda en büyük alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi. Adlandırılmamış olsa dahi. Yani klasik tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma, işte Amerikan hukukundaki kısa jüri yargılaması gibi, ifade ettiğimiz yöntemler yanında fiilen, hizmet ettiği amaç itibarıyla, en büyük alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilebilir.

İkincisi, hocam Pekcanitez dikkat çekti, Prof. Meier açıklamaya çalıştılar, borçtan kurtulma davası, İsviçre'de, geçici kaldırma, onu müteakip borçtan kurtulma davası lüzumsuzluğu hakkında. Yanılmıyorsam Baki Hocamın 1960'lı yıllarda -1961 ya da 1962 olsa gerek- "*Borçtan Kurtulma Davasının Lüzumsuzluğu*" hakkında diye kısa bir makalesi vardı. Orada da ifade etmişlerdi Hocamız, borçtan kurtulma davasının şu haliyle bir işlevi olmadığını. Geline nokta itibarıyla bakıyoruz, bizde borçtan kurtulma davası geçici kaldırmayı müteakip açılıyor ve sadece adi senetler altındaki imza inkârı haline münhasır kılınmış bir kurum. Yalnız e-devlet, elektronik devlet, elektronik imza, dijital imza gibi kavramlar çıktığına göre, özellikle bu son XXI. yüzyılın teknik gelişmelerini müteakip belki elektronik imza yaygınlaştığı vakit, artık adi senet altındaki imza yanında elektronik imza inkârlarına da rastlayacağız. Belki o anlamda borçtan kurtulma davasının mahiyeti genişleyebilir.

İsviçre'de zaten öyle bir sorun yok, zira İsviçre'de itirazın geçici kaldırılmasını müteakip açılan borçtan kurtulma davası, bizdeki menfi tespit davasını karşılıyor. Çünkü itirazın geçici kaldırılması talebinde bulunabilmesi için, alacaklının, ilam ya da İcra İflas Kanunu bizdeki 68 anlamındaki belgeye sahip ol-

ması gerekiyor. Orada menfi tespit davası olmadığı için borçtan kurtulma davası etkin bir dava.

Kesin kaldırma ise, malumunuz olduğu üzere, ancak ilam veya ilam mahiyetinde belgeye sahip olan alacaklının İsviçre’de başvurduğu bir yol.

Diğer husus, ilamsız icra hantal bir yapıda. Belki bunda ilamsız icranın konusunu düzenleyen İcra İflas Kanunu madde 42, yani “Hiçbir ayırım yapmadan para ve teminat alacaklara karşı ilamsız icra caizdir” şeklindeki yaklaşım belki eleştirilebilir. Çünkü şu haliyle sözleşmeden doğan tazminat alacaklarında, haksız fiilden doğan tazminat alacaklarında ilamsız icra yolu açık. Yani, herkes ilamsız icra bağlamında başlatabiliyor. Lakin ilamsız icranın mantığında alacağın likit ya da borcun likit olması kavramı en önemli kriter olmalı ve ilamsız icrayı en başta likit olmayan alacaklar için, özellikle bu tazminat alacakları için kapatmak düşünülebilir.

Son olarak, değerli hocalarımdan bir çömeziniz olarak şunu istirham edeceğim: Her ne kadar ilamsız icra vazgeçilmez bir kurum olsa da esaslı bir tadilata ihtiyaç olduğu yönünde bir örnek vermek istiyorum. Çünkü ben her sene öğrencilere derste nacizane anlatırken zorlanıyorum. Hakan hocamız da işaret etti, haczedilemeyen mal ve haklar konusunda. Örneğin, 82. maddede bir hüküm var: Süt veren mandası haczedilemez. Öğrenci arkadaşlar bana “Manda ne demek?” diye soruyorlar. Yeni kuşak mandayı da bilmiyor. Yani onlara Orta Karadeniz’de geçmişte işte sulak bölgelerde, pirinç yetişen yerlerde ya da şimdi Kızılderililerin filmlerinde izledikleri gibi, bufoloya benzeyen bir hayvan türünü tarif ediyorum. Yani 1929’dan kalma o eski hükümlerin de tekrar gözden geçirilmesi, en azından esaslı tadilat yapılması anlamında isabetli olacağı düşünceyim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturma Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Mustafa Saldırım, buyurun.

TARTIŞMALAR

Mustafa SALDIRIM (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi): Teşekkür ediyorum, herkese saygılar sunuyorum.

Ben tabii uygulamacı olarak birkaç nokta dikkatimi çekti, onlar açısından katkı sağlamaya çalışacağım.

Şimdi, "*İlamsız takibe yüzde 60 itiraz etmedi, mahkemelerin iş yükü azaldı*" demek çok isabetli olmayabiliyor. Çünkü arkasından menfi tespit ve istirdat davaları geliyor.

Onun yanında, menfi tespit ve istirdatın dışında, bir de sıra cetveli itiraz davaları geliyor. Yani mahkemelerin iş yükünü sadece itiraz edip etmeme noktasına getirmek hatalı olur. İşin başka boyutları da var, çok fazla zaman kaybı olmasın diye o kadar detaya girmek istemiyorum. Ama bu ilamsız takibin kalkıp kalkmaması noktasında yapılacak olan istatistiki çalışmanın çok ayrıntılı, çok bilimsel olması gerekir. Bu konuda küçük bir uyarıda bulunmayı bir borç biliyorum.

İkinci bir nokta, ilamsız takip kalsın mı kalkmasın mı? Sanki önümüzde iki seçenek varmış gibi görünüyor. Belki üçüncü bir seçenek olabilir. Biraz önce çok değerli konuşmacılar dediler ki: Küçük miktarlardaki takipler, işte Taylan bey, bu İGDAŞ'ın, Elektrik İdaresi'nin, bankaların yaptığı takiplerin itiraza uğramadığını söyledi. Belki şöyle bir formül olabilir mi: 10 bin YTL asıl alacağı aşan miktarlardaki alacalarda ilamlı takip, bu miktarın altındakilere de ilamsız takip denilebilir mi? Ya da yapılacak o kapsamlı istatistiki çalışmada, mesela kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu mahkemelere çok fazla iş yükü getirmiyorsa, kambiyo senetlerinde ilamlı takibe gerek yoktur denilebilir mi? İşin o boyutlarını da düşünmek gerekiyor.

Çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum efendim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkürler. Sayın Bayraktaroğlu, buyurun.

Suzan BAYRAKTAROĞLU (Hâkim): Öncelikle bu nezih toplantıda bulunmamı sağlayan sayın komite üyelerine teşekkür ediyorum davetlerinden ötürü. Gerçekten çok faydalandım. Bu anlamda da demek ki yargıda karar mekanizmasında olanlar aynı nitelikte düşünüyorlar ki Yargıtay'dan gelen sayın meslektaşım benim dile getirmeyi düşündüğüm hususları hemen hemen aynı cümlelerle dile getirdiler. Onun için o kısmı tekrarlamak istemiyorum. İlamsız takibin yerine mi yanında mı ama uzlaşma müessesesinin bir an önce hukuk dünyamızda yer almasını bekliyorum. Bunun, adaletin çabukluğu ve mahkemelerin iş yükünü azaltması yönünde ilamsız takiplerden daha da belki etkili olacağını umut ediyorum en azından, denemekte fayda var diye düşünüyorum.

Dediğim gibi, notlarımı, değinildiği için şöyle bir gözden geçirmek istiyorum.

Bunun yanında, yine burada sayın Genel Müdürüm teşrif etmişler, ayrıca Komisyon üyelerimiz burada. Bir hususa dikkat çekmek istiyorum, belki çok direkt konuyla da bağlantılı olmayacak. Fırsat bulmuşken değerlendireyim diyorum.

Efendim, ilamsız takiplerde malum takip hukukuna ilişkin itirazlarda, maddi hukuka ilişkin itirazlarda icra dairesine yapılmakta. Peki, bunun giderilmesi yönünden başvurulacak yol nedir? Bu hususa geldiğimizde kanunumuzda bir açıklık bulamıyoruz, ancak ilmi içtihatlarla ve yargısal içtihatlarla çözüm bulunmaya çalışılmakta. Bu da her zaman yeterli olmamakta. Ayrıca yine düşünceme göre, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan tabii hakim ilkesine de aykırı. Yetkisizlik gibi, derdestlik gibi, takip hukukuna ilişkin olan itirazları da çok sefer itirazın iptali davası olarak önümüze geldiğini görmekteyiz. Bu da yine iş yükünü artırmak bir yana, işin uzamasına, adaletin çabukluğu ilkesine ters düşmekte. En önemlisi de, dediğim gibi, vatandaş hangi hakime gideceğini bilemediği için tabii hakim ilkesine de aykırı. Yeni düzenlemelerde bunlar da bir gözden geçirilirse, uygulamada gördüğüm bir aksaklık yönünden dile getirmek istedim.

TARTIŞMALAR

Teşekkür ediyorum. Beynimize sağlık; ben hep öyle diyorum, hocalarım düşünce adamlarıdır, onlar düşünecek, üretecek, biz uygulayacağız. Düşüncelerinizi bekliyorum.

İyi günler diliyorum.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturma Başkanı): Teşekkür ederim, siz hakimlerin gözlemleri, buldukları çözümler veya zorlandıkları konuları dile getirmeniz aslında teorisyenler için, hocalar için çok bulunmaz bir kaynak. Biz teşekkür ederiz.

Sayın Meral Sungurtekin, buyurun.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Öncelikle böylesi güzel tartışmaların yapıldığı bir toplantıda yer almaktan çok büyük mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim.

İlamsız icrayla ilgili bu toplantıda eğer biz icra hukukumuzu yeniden şekillendirmek gibi bir çalışma içine girmek, planları yapmaktaysak, icra hukukunun kamusal yanının ağır bastığı ve icra hukukunun şekillenmesi aşamasında alacaklı, borçlu ve üçüncü şahıs temel haklarının bir potada eritilmek zorunluluğu olduğu, sadece alacaklının alacağına kavuşması ve yargının iş yükünün hafifletilmesi gibi son derece önemli amaçlar bunlar, ama bu amaçlara da borçluların ve üçüncü şahısların temel haklarının feda edilmesi gibi bir olasılığın kabulünün mümkün olmadığı kanısındayım. Bu nedenle şekillendirme yapılırken icra hukuku alanında, sayın Hakan Pekcanitez hocamızın da ifade ettiği gibi, sadece alacaklıyı dikkate alan, alacaklının temel haklarını ve alacağını hayata geçirmeyi hedefleyen bir icra hukukundan uzaklaşarak, borçlunun ve üçüncü şahısların da temel haklarını bu pota içerisinde eritecek bir sistem oluşturma zorunluluğumuz olduğu kanısındayım.

İlamsız icra hukukundan vazgeçmemiz çok zor, benim görüşüm de hocalarımla aynı yönde. Ama mutlaka ıslah et-

memiz ve kapsamını daha dar tutmamız gerekiyor. Bugün hukukumuzda kiralanan taşınmazların tahliyesi ve kambiyo senetleri alanında da ilamsız icra prosedürü bazı farklılıklar taşısa da uygulanmaktadır ve bu sıkıntı yaratmaktadır diye düşünüyorum. Bu konuda yapılacak çalışmalarda kendim de icra hukukunda oranlılık ilkesiyle ilgili bir çalışma yapmıştım, sayın Baki hocamıza çıkardığımız armağanda yer almıştı, orada oranlılık ilkesi üzerinde durulurken borçlunun ve üçüncü şahısların temel haklarının da Alman hukukunda özellikle son derece büyük bir önemle vurgulandığı, sadece alacaklı değil, borçlunun ve üçüncü şahısların mutlaka temel haklarının zedelenmediği bir icra hukuku sisteminin oluşturulması gerektiği sonucuna varmıştım.

Umarım daha iyi ortamlarda, daha derin tartışmalarla bu noktalar ele alınır.

Teşekkürler.

Başkan: Teşekkür ederim. Sayın Süha Tanrıver, buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): İlamlı icrayla çok uğraşan biri olma rağmen ben de ilamsız icranın hâlâ varlığını koruması gerektiği kanaatindeyim. İlamlı icra-ilamsız icra ayrımı tarihsel geçmişi bulunan köklü bir ayrım ve ilamsız icra 1929 yılından beri bugün belli bir işlevi yerine getiren kurum konumundadır. İşleyişinde birtakım aksaklıkların, problemlerin olması, bu alanın külliyen tasfiye edilmesi yahut lağvedilmesi gibi bir sonucu asla doğurmamalıdır.

Öbür taraftan, benim tartışmalardan edindiğim bir başka izlenim, ilamsız icra bağlamında hep irdeleme ve değerlendirmelerde bulunurken, genel haciz yoluyla takip baz alınmak suretiyle, elde herhangi bir belge bulunmadan alacaklının taki-

TARTIŞMALAR

be geçmesi üzerinde duruldu. İlamsız icra bütünü içinde kam-biyö senetlerine mahsus haciz yoluyla takip de yer almaktadır ve bugün alacakların tahsili bağlamında da bu takiptir ve önemli bir işlevi yerine getirmektedir, ilamsız icranın bir parçası konumundadır.

Yine bir başka husus, ilamsız icra bütünü içinde yer alan haciz, satış, paraya çevirme ve paylaştırmayla ilgili hükümler âdeta takip hukukunun genel hükümleri konumundadır. İlamlı icra bağlamında özellikle buna bir örnek verecek olursak: Para alacaklarına ilişkin ilamların icrasında 41. maddede açıkça ilamsız icra hükümlerine, özellikle paraya haciz, paraya çevirme ve paylaştırmayla ilgili hükümlere yollamada bulunulmuştur.

Burada demin Selçuk Öztekin hocam bir noktaya temas etti, acaba verdiği istatistikî bilgiden de şu tartışma ortaya çıktı: İlamsız icra çok daha ön planda, ilamlı icra gölgelemiş gibi duruyor. Âdeta sanki işlevselliğini yitirmiş bir takip türü gibi algılanıyor. Bu acaba ilamsız icranın baskın olması, icra hukukunun ilamsız icrayla özdeşleştirilmesi anlamına mı gelir diye bir tartışma yapıldı. Burada hemen şuna işaret etmek istiyorum: Malumunuz olduğu üzere, ilamsız icra, sadece para alacakları bakımından işlerlik kazanan bir yoldur. Alacakların yüzde 80-85'i para alacağı olarak ifade edildiği için ve ilamlı icrayla karşılaştırıldığında para alacaklarının tahsiline daha basit, daha yalın bir prosedür öngörüldüğü için ilamsız icra daha ön plana çıkmış gibi görünmektedir. Nitekim Borçlar Kanunu'nda temerrüdün sonuçları düzenlenirken en önemli değişim aracının para olması sebebiyle para borçlarında temerrüdün sonuçlarıyla ilgili özel hükümler sevk edilmiştir. Yoksa bu ilamlı icranın ilamsız icranın gölgesinde bir kurum gibi algılanması sonucunu doğurmaz. Bu niteliği dolayısıyla belki ilamsız icra ön plana çıkmış durumdadır.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim.

Efendim, iki kişiye daha söz vereceğim, daha önce söz isteyen iki kişi kaldı. Yalnız ben sayın Genel Müdüre de söz vereceğim, söz istedi.

Ben bir de avukat arkadaşlardan söz isteyen olursa, onların da görüşünü almanın yararlı olacağını düşünüyorum. Çünkü hakimlerimizden konuşanlar oldu. Genellikle öğretim üyeleri, öğretim elemanları konuştu. Bir de avukat dinleyicimiz var içimizde görüyorum, görüşünü açıklarsa yararlı olur. Cengiz bey, size söz vereceğim.

Şimdi devam ediyorum; Sayın Erdal Tercan.

Prof. Dr. Erdal TERCAN: Selçuk hocama, bu kısa, özlü tebliği için ben de teşekkür ediyorum.

Şimdi, ilamsız icrayı değerlendirirken amacı açısından, özellikle mahkemelerin iş yükünün azaltılması ön plana çıkarıldı. Tabii bu önemli bir amaç. Ama bu amacın yanında özellikle alacaklının alacağına daha çabuk kavuşması amacı da bir tarafa bırakılmamalı. Belki bu amaç iş yükünün azaltılmasından daha öncelikli diye düşünüyorum.

İlamsız icrayı yine değerlendirirken, Süha arkadaşım biraz önce kısmen temas etti, ilamlı icra ile ortak olan hususlara -haciz, satış, paraların paylaşılması gibi- zannediyorum ortak olduğu için ilamlı icrayı da ilgilendiriyor. Onları tartışma dışı bırakmak, özellikle ilamsız icrada ödeme emrinin kesinleşmesi aşamasına ve öncesine odaklanmak yararlı olur diye düşünüyorum. Zira haciz, satış, paraların paylaşılması ortak konular. İcra sistemimizin sorunları tartışılırken belki bu kapsamda değerlendirilebilir, tartışılabilir diye düşünüyorum.

Şimdi, Selçuk hocamın vermiş olduğu, internetten elde etmiş, zannediyorum Adli Sicil Müdürlüğü'nün yayınlamış olduğu verilerde yüzde 82 ilamsız icra, yüzde 6 ilamlı icra, yüzde 11 talimattır. Herhalde o yüzde 11 talimatın da yine büyük bir kısmı ilamsız icraya ilişkin olsa gerek. Dolayısıyla

TARTIŞMALAR

ağırlıklı bir şekilde ilamsız icra tatbik ediliyor. Bu şekilde yüzde 90 diyebiliriz belki, yüzde 90 oranında belki daha fazla uygulanan bir yolu kaldırmak veya kaldırmamak konusunda çok ciddi düşünmek gerekir. Çok ciddi, kesin istatistiki verileri elde ettikten sonra sağlam bir karar vermek zorunlu.

Bu kapsamda, borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi ve etmemesi tabii ki önemli. İtiraz edilmemiş ise takip kesinleşecektir, takibe devam edilebilecektir. Ancak itiraz edilmedi, iş bitti, oh ne kadar güzel!.. Bunu da diyemeyiz, iş yükü açısından alacaklının alacağına çabuk kavuşması açısından özellikle, iptal davası açılabilir, menfi tespit, istirdat davası açılabilir. Bu davaları da ilamsız icrayı değerlendirirken kaldırılıp kaldırılmayacağı, yargının iş yükünü azaltıp azaltmayacağı konusunda değerlendirmek ve ona göre karar vermek gerekir diye düşünüyorum.

Şimdi, Danimarkalı geçti burada. Danimarkalının o sözü bana da takıldı ama ben farklı bir yönüne takıldım. Ödeme emri borçluya gönderildi, borçlu, "*Durup dururken bana ödeme emri gönderildi, niçin gidip itiraz etme külfetiyle karşı karşıya kalayım*". Doğru. Ancak, benzer durum davada da geçerli. Durup dururken davacı hak iddia edip dava açtığında davalı cevap dilekçesi verme konusunda, ödeme emrine itiraz etme konumunda olan borçluyla aynı durumda değil midir? Belki sonuçları açısından farklı değerlendirilebilir. Ancak bizim hukukumuz açısından da, evet, ödeme emrine itiraz etmeyen borçlu itiraz etmemiş sayılıyor, farklı dava açabilir. Takip kesinleşiyor. Dava dilekçesine süresinde, haklı bir mazereti olmaksızın cevap vermeyen davalı da -malumunuz- dava dilekçesinde ileri sürülen vakıaları inkâr etmiş sayılacak. Bu açıdan, belki aralarında farklılık olabilir, ama cevap vermeyen davalı kendini güç duruma sokmuş olacak, savunma haklarını sınırlandırıyor. Bu açıdan, benzer durumun davalı açısından da ileri sürülebileceğini düşünüyorum.

Şimdi, ilamsız icrada, özellikle genel haciz yoluyla takip-te, uygulamada sıkça duyuyoruz, karşılaşıyoruz, ilamsız icra sonucunda kesinleşen ödeme emrine dayanarak borçlunun

yurt dışında mal varlığı varsa eğer, ilgili yabancı ülke, tenfiz konusunda, mahkeme kararı olmadığından güçlük çıkartıyor. Bu konunun da değerlendirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Burada, müsaade ederseniz bir hususa daha temas etmek istiyorum. İlamsız icranın kaldırılması ile aksayan yönlerinin düzeltilmesi, ikisi birlikte değerlendiriliyor. Kanaatimce, ilamsız icra çoğunlukla başvurulabilen ve alacaklıya alacağını daha çabuk elde etmesini sağlayan bir yol olarak öngörülmüş. Bunu şu haliyle -belki aksayan yönleri olabilir ama- kaldırmak kanaatimce doğru değil. Belki aksayan yönleri düzeltilebilir. Geciktirilen hususlar tekrar gözden geçirilebilir. Bu kapsamda icra müdürünün belki yetkisi artırılabilir ve başvuru yolları, özellikle suiistimale açık olan başvuru yolları sınırlandırılabilir. Bu şekilde ilamsız icranın aksayan yönleri düzeltilerek amaca daha uygun bir hale getirilebilir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturma Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Sema Taşpınar-Ayvaz, buyurun.

Doç. Dr. Sema TAŞPINAR-AYVAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Aslında son soru soracak kişiydim ama, hocam galiba bir iki ekleme daha alacağı için hemen daha da kısaltarak konuşmak istiyorum.

Burada hiç kimse sanıyorum köklü bir değişiklik taraftarı gibi görünmedi. Yani tamamen ilamsız icrayı kaldıralım biçiminde bir yaklaşımı sanıyorum alamadık hiç kimseden. Dolayısıyla hep değişiklik, düzeltme veya bir kısmi revizyon veya daha büyük bir revizyondan söz edildiğinden hepimiz hemfikiriz.

Şimdi, ben de aslında burada yargı örgütü bakımından bir şeye dikkat çekmek istiyorum, hep benim kafama takılan belki de bir konu: İcra mahkemelerin durumu. Çok eşine rastlanma-

TARTIŞMALAR

yan bir yapısı var icra mahkemelerinin ve bu icra mahkemelerinin tuhaf bir tarafı da var, tabii hepimizin bildiği üzere: Bir karar veriyorlar, ama bu karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmiyor ve bu karar tekrar genel yargı içerisinde tekrar tartışılabilir. Bu demek ki, bizim çıkış noktamız, alacağın tahsili mi, uyuşmazlığın çözümü mü? Aslında bu noktada bu soruyu belki yöneltmek gerekiyor.

Alacağın tahsili; evet, şeklen alacağın tahsili sanki sağlanmış gibi oluyor ama uyuşmazlıkların çözümünün ötelendiğini, ertelendiğini görüyoruz ve aslında bu uyuşmazlıkların çözümü için daha uzun bir vadeye yayıldığını görüyoruz. Uyuşmazlık çözülmüyor ki, çünkü maddi anlamda bir kesin hüküm elde edilemiyor. Bir mahkemenin kararı tekrar tartışma konusu olabiliyor. Bence bu önemli bir sorun diye görüyorum, icra mahkemeleri konusunda.

Evet, iki tane örneği var, istihkak davasında ve ihalenin feshinde maddi anlamda kesin hüküm verebiliyor icra mahkemeleri. İcra mahkemeleri de aslında hiç tartışma yok, işte eski icra tetkik merci idi adı, şimdi icra mahkemesi oldu. Kaynak İsviçre'den de farklılaşmış durumdayız bu konuda ve bir özel görevli mahkeme olarak zikrediyoruz. Ama hiçbir özel görevli mahkemede biz bu mahkemenin verdiği hüküm maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez demiyoruz. Ne tüketici mahkemesi için ne aile mahkemesi için. Dolayısıyla icra mahkemelerinin konumu üzerinde belki tartışmak ve o mahkemelerin de maddi anlamda kesin hüküm verebilecek duruma getirilmesi üzerinde de düşünmek gerekir sanıyorum.

Tabii, bu anlamda icra dairelerinin yapısının gözden geçirilmesi, icra dairelerindeki elemanların niteliğinin, icra müdür ve yardımcılarının görevlerinin niteliği üzerinde düşünmek, onları güçlendirmek gerekir. Nitekim son zamanlarda hukuk fakültesi mezunlarının dahi bu işe talip olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla icra dairelerinin yapılarının güçlendirilmesi ve icra mahkemelerinin karar verme biçiminin de gözden geçirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim.

Sema benim öğrencim, onun için baskı yaptım biraz. Çünkü bana da Tertip Komitesi baskı yapıyor, beş dakika içinde bitirin diye.

Son sözleri veriyorum: Sayın Av. Cengiz Tuğral.

Av. Cengiz TUĞRAL (Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi): Değerli arkadaşlar, şimdi ilamlı ve ilamsız icra arasında bir tercih yapmak, ilamsız icrayı Türk hukuku uygulaması içerisinde çıkartmayı düşünmek mantığın alamayacağı kadar zor bir düşünce tarzı yaratmakta. Belki düşünce yapısı içerisinde bazı şeyleri tartışmak, aksayan yönleri düzeltecek yeni çözüm yolları bulmak mümkün ama bu çözüm yollarını ararken ortaya çıkmış olan ihtilafların son kademede engellenmesi gibi bir yük hafifletici düşünceyi mantık yapımızın içerisinde uzaklaştırmamız lazım. Toplantının başında, arkadaşlarımızın bir kısmı açıkladı, işte 40 maddelik bir İcra İflas Kanunu değişikliğinin gündemde olduğu söylendi. Bu çalışmalar içerisinde icra dairelerimizin özellikle ilamsız icradan kaynaklanan çok yoğun talepler sebebiyle bunaldığı ve bunu azaltmanın yollarının ne olduğu üzerinde fikir tartışmaları yapıldı. Bu tartışmalar esnasında ortaya öyle bir tablo çıktı ki, icra dairelerindeki iş artışının ana sebebini teşkil eden büyük, esas sayıları genelde telefon şirketlerinin ve işte elektrik, su gibi birtakım ufak tefek alacakların işgal ettiği, ama rakamsal olarak çok büyük rakamlara varan, işte 10 milyon icra takibi içerisinde belki 5-6 milyonluk bir rakamı toplamda ortaya getirebilecek bir icra takibinin her yıl bu küçük alacaklardan ortaya çıktığı anlaşıldı.

TARTIŞMALAR

Şimdi, çözüm bulmak için biz elimize bir sivrisinek öldürtücü ilaç alıp son kısımda 400 liraya kadar olan icra takiplerinin "Önce bir ihtarname göndersin de yedi gün geçsin ödemiyeorsa ondan sonra alacaklı icra takibinde bulunsun" gibi bir çözüm yolu üzerinde ısrarla duruldu. Oysaki bu küçük alacaklar genelde hep abonman sözleşmelerine dayalı olan şeyler veya birtakım teminat sözleşmelerine -kredi kartlarında olduğu gibi- dayalı olan şeyler. Bunlar gerekli güvenceyi almak suretiyle kendi alacaklarını çok rahat alabilecek konumdalar. Tüketici Kanunu'nda yapılacak ufacık bir düzenlemeyle yargının, özellikle de icra dairelerinin ilamsız takipten kaynaklanan fevkalade bir işinin sorunsuz hale getirilmesi, insanları da sorunla uğraşır halden çıkarmak durumunda olabilecektir.

Başka konular var ama hepsine girmek istemiyorum. Çok önemseydiğim için bu konuya değindim.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim.

Son sözü, kısa bir açıklama yapmak üzere sayın Selçuk Öztekin hocamıza vereceğim, ama ondan önce Sayın Kanunlar Genel Müdürü Kenan Özdemir'e söz veriyorum.

Kenan ÖZDEMİR (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü): Efendim, konuşmama başlamadan önce teşekkür etmek istiyorum, başta organizasyon komitesine ve tüm katılımcılara. Çünkü gerçekten çok güzel bir toplantı devam ediyor, yarın da devam edecek inşallah. Çok güzel fikirler ortaya çıkıyor. İşin doğrusu, bu sene yedincisi yapılan bu toplantının ilk altısında bulunamamanın üzüntüsünü yaşıyorum.

Benim için bir başka güzel tarafı da tabii buradaki hocalarımızın büyük bir kısmının öğrencisi olduk veya değişik kanun komisyonu çalışmalarında bir arada bulunduk. Ama

Baki hocamı görmemiştim, ilk defa burada gördüm. Bu benim için en büyük kazanç oldu.

Bir iki tespit yaparak bir iki talebimi ileticeğim.

Birincisi, Pekcanutez hocam dedi ki: *"Her ekonomik krizden sonra İcra İflas Kanunu değişiyor"*. Aslında, her kriz veya her problemden sonra ilgili kanunla ilgili çalışmalar başlatılıyor bir şekilde. Belki sonuca ulaşıyor veya ulaşmıyor ama bu maalesef bir hastalık mı, bir problem mi demek, ne demek gerekir bilemiyorum ama bu bizim de çok sıkça yaşadığımız bir problem. Çok uç bir örnek ama şunu söyleyeyim: Bir ara bir sayın Bakan'ın eşinin çantasını çalan balicilerle ilgili bir çalışma başlatmıştık. Gerçi, sonuç kanunlaşma düzeyine ulaşmadı ama bu yaşanan bir problem, bunu da belirtmek gerekir.

Bir diğer tespit de şu: Temel kanunlar son yıllarda baştan aşağı değişiyor. Doğrudur veya yanlıştır, bu trend devam ediyor. Yani Medeni Kanun'la başladı, Ceza Kanunu'yla devam ediyor, Ticaret Kanunu Tasarımız TBMM'de, Borçlar Kanunu, Usul Kanunu ve önümüzdeki dönemde İcra İflas Kanunu'yla ilgili bir çalışma yapmayı düşünüyoruz. Yani bu kaçınılmaz bir sonuç gibi gözüktüyor. Bu, aslında bu çalışmaya başlamadan önce böyle bir toplantının icra edilmiş bulunması gerçekten çok önemli. Bizim de burada bulunmamız bizim için bir şans.

Şimdi, aslında yarınki toplantı için benim bazı taleplerim olacak. Bu çünkü son oturum kapalı bir oturum olacak. Sadece usul hukukçuları yer alıyor diye söylendiği için, herhalde biz belki yer alamayacağız.

Ben, o toplantı için şunu isteyeceğim, yer alsam bile: Böyle bir kanun çalışmasına başlamadan önce, acaba köşe taşları dediğimiz veya ana konular dediğimiz tercihlerin konması gereken, bazı ön kabullerin yapılması gereken ilke bazındaki konular nelerdir, İcra İflas Kanunu bakımından? Buna ilişkin bir tespit veya bir ön çalışma sonucu elde edebilir miyiz? Benim bunu şimdi söylememin amacı şu: Yarına kadar bu noktada belki herkesin kafasında olan bazı düşüncelerin toparlanması

TARTIŞMALAR

bakımından bir süre gündeme gelebilir. Süre elimizde olur diye düşündüm.

İkincisi, istatistikle ilgili bazı şeyler söylendi. Doğrudur, aslında çok iyi bir istatistik sunabildiğimiz kanaatinde değilim Bakanlık olarak. Her şeyden önce istatistiklerimiz geç ulaşıyor. Yani şu anda 2007'nin istatistiklerini daha yeni yeni alıyoruz, 2008'i bitirmek üzereyken. 2008'in istatistikleri için herhalde, şurada 2008 yılının bitmesine iki-iki buçuk ay var ama 2009 yılının ortasından sonra ancak sonuçlarını alabiliyoruz. Fakat bu Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün sunduğu verilerdir. Bir de hepimizin malumu, Ulusal Yargı Ağı Projesi dediğimiz "UYAP" kısaltmasıyla bilinen bir ulusal network var, bunun üzerinden bütün işlemler yapılıyor, duruşmalar bunun üzerinden gidiyor ve buradan bazı istatistik bilgilerin elde edilmesi mümkün.

Yine yarınki sonuç toplantısında, acaba ileride İcra İflas Kanunu çalışmalarında ve özelde ilamsız icra noktasında ne tür istatistik bilgilerin bizim için çok önem arz edeceği noktasında da bir çıktı elde edebilirsek o da bizim için faydalı olacaktır.

Ben, tekrar hepinize teşekkür ediyorum. Yarın da ilgiyle bu programı takip edeceğiz.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim.

Sayın Bilge Hocamın söz istediğini öğrendim ama eğer izin verirseniz, değerli Hocam yarın açıklasanız.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Şimdi söylenmesi gereken bir şey.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Bir cümleyle hocam o zaman lütfen.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Sayın Kanunlar Genel Müdürtü'nün anlayışında bir yanlışlık var. "Yarın kapalı olan oturumda Bilge Umar konuşacaktır" diyor. Yarın Muhammet Özekes arkadaşımız konuşacaktır. Sonra genel tartışma ve değerlendirme yapılacaktı, sonra özel kapalı oturum yapılacaktı. Onun için, yarın bulunamamak diye bir ihtimal yok. Ancak en son aşamada kapalı oturum yapılacaktır. Yarın benim konuşmam sırasında bulunurlarsa çok mutlu olurum.

Kenan ÖZDEMİR: Bulunacağım, sayın Hocam.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Bir de izninizle çok küçük bir düzeltme: Sema hanım dedi ki: "Tetkik merci kararları kesin hüküm teşkil etmiyor ve mahkemede tartışılabilir". Bu söylem çok yaygın ama doğru değil. Kanunumuz ne diyor efendim? Kaziyei muhkeme mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Tetkik merci kararı ne der? Borçlunun itirazının kaldırılmasına veya itirazın kaldırılması isteminin reddine, yargılama giderlerinin borçluya yükletilmesine kanun yolu açık olmak üzere karar verildi. Neyi karara bağlıyor? İtiraz kalktı mı kalkmadı mı; bu kadar. Ve bu kesin hüküm teşkil ediyor, hiç kuşkusuz. Kendi mevzuu yönünden o takip içinde itiraz kaldırılmıştır. Ve bu daha sonraki menfi tespit davasında borçtan kurtulma davasında, şunda, bunda bu tartışılmıyor, başka şey tartışılıyor. O takibe muhatap kalan borçlu sahiden borçlu muydu değil miydi? O itibarla bu düzeltmeyi yapmakta yarar gördüm.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Selçuk Öztek, buyurun efendim.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Teşekkür ediyorum sayın Başkanım.

TARTIŞMALAR

Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım; çok kısa bir sunum yapmakla birlikte görüyorum ki söylenmek istenen gayet net bir şekilde anlaşıldı ve şimdiden dehşetli bir beyin fırtınası başladı. Herhalde önümüzdeki haftalarda, aylarda bu konuda yazılar çıkacak. Bütün bu fikirler daha geliştirilerek ifade edilecektir. O itibarla ben, en azından amacıma ulaşmış addediyorum kendimi.

Şunu ifade etmek isterim ki, ben başlangıçta tebliğe başlarken, -sunumuma başlarken, yani konuşmama başlarken tebliğ falan değil- ilamsız icra takiplerinin kaçta kaçında ödeme emrine karşı muhalefette bulunulduğunun veya bulunulmadığının istatistiğinin yapılması lazım, dedim. Şimdi, sayın Saldırım dedi ki: Efendim, bu o kadar önem arz etmiyor, çünkü ödeme emrine karşı itirazda bulunmamışsa buradan bir sonuca gidemeyiz. Zira akabinde şu olur, bu olur. Ee, valla teşekkür ediyorum bunları bana öğrettiği için. Ben, size mümkün olduğu kadar basite indirgeyerek anlatmak istedim. Şimdi, tabiiyle yani bunun hatalı olacağını ben gayet iyi biliyorum. Ama basitleştirmek istedim olayı. O itibarla bunu belirtmek istiyorum.

Bir de sayın Saldırım'ın şu noktadaki tespitine gerçekten katılıyorum, zira bakın, çizdiğim sayfamda diyorum ki: "İlamsız icra takibinin terk edilip edilmemesi konusunda bir sonuca varmadan evvel mutlaka ilamsız icra takiplerinin kaçta kaçında ödeme emrine karşı muhalefette bulunulmadığının ve muhalefette bulunulmamışsa bunun takibi ne ölçüde sonuçlandırdığının bilimsel ve resmî şekilde tespit edilmesi gerekir." Hemen akabinde de, "Bu bağlamda istatistiksel olarak tespiti gereken ikinci husus, ödeme emrine muhalefet edilmeyen ilamsız icra takibine konu olan alacakların niteliğinin belirlenmesidir". Gerçekten de belki küçük montanlı alacaklar söz konusu ise, hatta bizim ilamsız icra takibi prosedürünü biraz daha basitleştirerek olayı daha da rahatlatmak mümkün olabilir diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim.

TARTIŞMALAR

Efendim, yoğun bir gün yaşadık. Birinci gün toplantılarını ve bu günün İkinci Oturumunu kapatmadan önce, tebliğ sunan değerli meslektaşlarımıza soru sorarak düşüncelerini açıklayarak katkıda bulunan herkese teşekkür ediyorum.

İyi akşamlar diliyorum.

Yarınki toplantı saat 09.30' da.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
25 Ekim 2007 (Sabah)

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

(Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Bilge Umar

(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak. Öğretim Üyesi)

Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Bilge UMAR

(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Dr. Emel HANAĞASI: Toplantımızın ikinci gün çalışmalarına başlıyoruz. Saat 11.00’de kahve arası vereceğiz. Şimdi-
den duyurmak istediğimiz bir husus var. O da şudur ki, hava-
alanına saat 14.00’te ve saat 17’de servis kalkacaktır.

EMEL
HANAĞASI’NIN
KONUŞMASI

Bu sabahki oturumumuzda sayın Prof. Doktor Bilge Umar’dan *“Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış”* adlı tebliği ile sayın Doçent Doktor Muhammet Özekes’ten, *“Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme”* başlıklı tebliğleri dinleyeceğiz.

Bugünkü ilk oturuma hocam, sayın Prof. Doktor Şanal Görgün başkanlık edecektir. Şimdi, toplantıyı yönetmek üzere kendilerini ve tebliğlerini sunmak üzere sayın tebliğ sahibi hocalarımızı kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

ŞANAL
GÖRGÜN'ÜN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkan): Yedinci Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Toplantısı'nın ikinci gününde sevgili Haluk Konuralp'i bir daha sevgiyle ve özlemle anıyoruz.

Toplantımızın bugüne kadar olan kısmındaki muhtevayı özetlemek gerekirse: Bundan yaklaşık yirmi yıl önce saygıdeğer hocam Prof. Baki Kuru, Eskişehir'de verdiği bir konferansta şunu söylemişti: "*Ne zaman bir ekonomik kriz çıksa kanun koyucu hemen İcra İflas Kanunu'nu değiştirme çabasına girer.*" Dünyada bu görüş tekrar edildi. Bunun tabii ne kadar etkili bir çare olup olmadığını hepimiz biliyoruz.

Benim altırı çizmek istediğim husus, toplumsal sorunlara çare aranırken, toplumun sosyolojik yapısının son derece belirleyici ve önemli olduğunun unutulmamasıdır. Eskilerin bir lafı vardı, bugün de kısmen de olsa geçerliliğini sürdürüyor: Türk toplumunun üç büyük problemi vardır; nikahsız eş, senetsiz alacak, tapusuz tarla. Tabii bunu bu toplumda yaşamayan yabancılarla -ki Danimarkalıya atıf yapmak âdet oldu- anlatmakta çok zorluk çekeriz. Böyle bir toplumda senetsiz alacağın bu kadar yaygın olduğu ve bir borç istendiği zaman alacaklının buna karşılık senet verilmesini talep ettiği zaman bunun ne kadar ayıp karşılandığını hepimiz biliyoruz. Burada problem, senetsiz alacağın verilmesinde değil ama alacağın tahsilinde çıkıyor.

Bir para alacağı için ilamsız icra en iyi koşullarla yedi gün içerisinde kesinleşir. Bir para alacağı için - velevki senede dayansın- mahkemeye başvurduğumuz zaman, bu para alacağının tahsil edilebilir hale gelmesi için birkaç senenin geçmesi gerektiğini de hepimiz biliyoruz. Bu yüzden ilâmsız icranın vazgeçilmezliği artık pek tartışılabilir gibi görünmüyor.

1989 İcra İflas Kanunu değişikliğinde, kanun teklifinde kambiyo senetlerine mahsus ilamsız haciz yolunda imza inkârının takibi durdurmayacağı konusunda bir değişiklik yapıldı. Önerinin tartışılması, görüşülmesi sırasında biz buna şiddetle karşı çıktık. Bir yandan borçlu diyor ki: "*Senet altındaki*

imza benim değildir, sahtedir." Ama bunu gidip ispat etmesi gerekiyor, yoksa takip durmuyor. Bunun üzerine Yargıtay'dan katılan Komisyon üyesi, "*Bugüne kadar imza inkârlarının sadece yüzde 2'si gerçek, yüzde 98'i gerçek dışı*" olduğunu söyledi. Bizde, kendisine karşı bir icra takibine girişilen borçlular, maalesef genellikle öncelikle imzayı inkâr edip bu yolla takibi uzatmak ve böylece alacaklıyı -kendince- süründürmek yolunu seçmektedirler. Maalesef bu bizim toplumumuzun bir gerçeği.

Bu kısa girişten sonra, şimdi Türk icra hukukunun eleştirisi konusundaki bildirisini sunmak üzere, değerli meslektaşımız Sayın Prof. Doktor Bilge Umar'a söz veriyorum.

Prof. Dr. Bilge UMAR

(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

TÜRK İCRA HUKUKUNA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Efendim, değerli arkadaşım da biraz kâhinlik yeteneği var galiba. Aslında benim bildirim başlığı "*İlamsız İcra Sisteminin Genel Değerlendirilmesi*" dir. Türk icra hukukunun genel eleştirisi değildir. Ama iş, hemen şimdi değineceğim üzere, biraz ona dönüşecek. Neden öyle? Siz de bunu tahmin edersiniz, İsviçre'den aldık yasamızı. İsviçre yasasında ilamlı icra var mı? Yok. Çünkü Federal Anayasa gereğince, ilamların icrası usulünü düzenlemek kanton kanun koyucularının yetkisinde. Böylece bizim de usul hukuku bakımından kaynak yasamız olan Neuchatel Yasası'nda ilamların icrasıyla ilgili sekiz dokuz tane hüküm var topu topu. Biz İsviçre Kanununu alırken, eski deyimle iktibas ederken, araya ilamların icrasına ilişkin bazı hükümler de koymuşuz, 15-20 tane hüküm. Ama bu bütün öğretiyapıtlarında belirtildiği üzere, biraz yamama olmuş, eksikli olmuş. Pek matluba muvafık, istenilene uygun,

olması gerekene uygun bir düzenleme olmamış. Bu yüzdendir ki, yaşamızın kurallarının çok büyük çoğunluğu ilamsız icra takibini düzenleyen kurallardır. Bunun sonucu ne olur? Yasamızın bütünü hakkında yapılacak olan bir değerlendirme ister istemez Türk ilamsız icra takibi sistemi hakkında yapılmış bir değerlendirme değerinde olacak. Tersine de doğru, Türk ilamsız icra sistemi hakkında yapılan bir değerlendirme çok geniş ölçüde yaşamızın bütünü hakkında yapılmış olan bir değerlendirme olacak.

Şimdi, bu değerlendirmeyi benden önceki üstatlar nasıl yapmışlar? Hani biraz "benden önceki üstatlar" deyince, "ben de şimdiki üstatlardanım" der gibi oldu, öyle bir iddiam yok. Benden öncekilerin hepsini üstat sayayım. Bunların başında, Baki hocamın hocası rahmetli Sabri Şakir Ansay geliyor. İlk ve şimdi değineceğim konudaki tek değerlendirmeyi o yapmış. Yani, Türk hukuku ilamsız icra takibini düzenlerken borçlu ile alacaklının çıkarları arasında gözetilmesi gereken dengeyi kurabilmek hususunda ne dereceye kadar başarılı olmuş? Bu konuya değinen tek yazar Sabri Şakir Ansay -bana gelinceye kadar, çünkü sonradan benim de bu konuda bir yazım çıktı yakın zamanda. Sabri Şakir Ansay yasayı şiddetle eleştiriyor. *Hukuk İcra ve İflas Usulleri* adlı kitabının son basımı, 5. basımı Ankara'da 1960'ta yapılmıştı. Orada bakın neler söylüyor. Diyor ki: "1889 İcra İflas Kanunu -İsviçre'deki- Prof. Haab'ın da naklettiği üzere, Federal kanunların en çok tenkide uğrayan bir kanunu olmuştur ve referandumda az kalsın kazanamıyordu." Bu eleştiriyi "Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes" başlıklı kitabında yapmış. Ağır tenkitlerde bulunmuş kanuna karşı. Ve referandumda az kalsın kazanamayacak oluşuna dair de şu rakamlar veriliyor: Referandumda lehte oy 244 317; aleyhte 217 921. Fark? Sadece 25 bin kadar. Gerçekten de az kalsın kazanamıyormuş.

Sabri Şakir Ansay hocamız, özellikle -bence pek haklı olmayarak- eleştirilerini icra inkâr tazminatı konusuna yöneltiyor. Bizim yaşamıza sokuşturulmuş bulunan, ama bence haklı olarak sokuşturulmuş bulunan icra inkâr tazminatı ilkesini

-ki o zaman sadece yüzde 10'dan ibaretti- eleştiriyor ve bakın neler söylüyor:

"Lehman muktedir bir profesördür, fakat dediğimiz gibi raporu baştan savmadır. İzmir'de bulunduğu sırada yüzde 10'dan aşağı olmamak üzere hüküm edilecek tazminat dolayısıyla Türk İcra İflas Kanunu, kaynağı olan İsviçre İcra İflas Kanunundan daha üstündür demesi -1938'de bunu söylemiş, sözleri Tan gazetesinde yayınlanmış- ciddiye alınacak sözlerden değildir." Çok ağır bir eleştiri. "İsviçre'de böyle bir hüküm teklif edilseydi bilmem kendisine ne söylerlerdi" O da biraz Danimarka'lıymış galiba!.. "Bildiğime göre, Prof. vefatına kadar raporu ve kanunumuzun bu hükmü ve herhangi bir değeri hakkında İsviçre'de hiçbir yazı yazmamıştır." Yani yasaımızın herhangi bir değerinin olmadığını söyleyebileceği imasında bulunuyor bu ifade dikkat ederseniz.

Rahmetli Ansay hocamız, İcra İflas Kanunu'nda 1932'de ve 1940'ta yapılan ve genellikle takip borçlusunun aleyhine olan değişiklikleri de bir yazısını da eleştirmiş; *Adalet Dergisi*, Yıl: 1940, Numara 9, sayfa 835 ve devamında.

İlhan Postacıoğlu hocama gelelim: Onun kitabında bu doğrultuda veya başka doğrultuda bir değerlendirme yok *İcra İflas Hukukunun Esasları* kitabında. Neden yok? Çünkü kendisi özellikle 1965'ten başlayarak süre giden değişikliklerde hep takip borçlusu aleyhine ve takip alacaklıları özellikle bankalar lehine pek çok kuralın yasaya sokuşturulmasının baş mimarıdır. Çok değerli bir insandı; insan olarak da hoca olarak da, kendisini rahmetle ve minnetle anıyorum. Ama tabii ki kendisinin icraatı, kendisinin siyasal fikirleri, eğilimleri ve sırf mensubiyetleri doğrultusunda olacaktı. Hocam, rahmetli Özal gibi "ben zengini severim" kafasında olan bir adamdı. Yani sosyal demokratlıkla falan ilgisi yoktu ve de en önemlisi, bir bankanın hukuk danışmanıydı.

1965 değişikliğinin baş mimarı işlevini bu doğrultuda yürüttü. Gerçi değerli hocamız Baki Kuru da aynı komisyonun içindeydi, ama Kuru hocamız bildiğiniz gibi sosyal demokratır, başına bu yüzden işler gelmiştir. Sosyal Demokrat Parti'nin

kurulması aşamasında, partinin kurulmasını ve seçimlere girmesini engellemek isteyen Cunta İktidarı kendisini veto etmiştir. Zaten etmedik adam bırakmamışlardı, Atatürk'ün şoförü bile kurucu olmak istedi, onu da veto etmişlerdi.

Evet, şimdi Baki hocamızın tutumu nasıl, onu da kendisinin "İcra İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler" adlı bir yayını oldu. Ankara'da 1962'de, küçük bir kitaptı. Orada ifade ediyor, nasıl olmalı değişiklikler? Diyor ki: "Fikrimizce İcra İflas Kanunu tamamen yeni baştan ele alınarak yeni bir kanun hazırlanmalıdır. Bu yapılırken İsviçre İcra İflas Kanunu bütünüyle esas tutulmalıdır." Yani bölük pörçük, böyle akla geldiği gibi birtakım değişikliklerin yapılıp araya sokuşturulmasına karşıydı kendisi. Ve şöyle yakınıyor: "Tasarıyla kabul edilen hükümler hiçbir yabancı kanun göz önünde bulundurulmadan hazırlanmıştır."

Evet, şimdi böyle olunca Postacıoğlu hocamız, mimarının geniş ölçüde kendisi olduğu adaletsiz sistemi eleştirecek bir söze elbette ki kitabında yer veremezdi ve vermedi, veremedi.

Ondan sonrakilere bakalım: Necmettin Berkin hocamız,

Prof. Dr. Baki KURU: Pardon, burada bir araya girebilir miyim?

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkan): Buyurun hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Benim o kitabımdan sonra rahmetli hocamız İlhan Postacıoğlu'nun *İstanbul Barosu Dergisi*'nde bana verdiği cevap var, onu okudunuz mu?

Prof. Dr. Bilge UMAR: Hayır efendim, onu okumadım.

Prof. Dr. Baki KURU: Ondan sonra zincir koptu.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Evet, ama zincirin varlığından habirim yoktu sayın hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Ona verdiği zehir gibi bir cevap var. Şimdi böyle biraz karşılıklı konuşma gibi oluyor ama?

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkan): Sayın hocam, eğer mikrofana konuşursanız, söylediklerinizin kayda alınması mümkün olur.

Prof. Dr. Baki KURU: Sevgili meslektaşlarım, ben sizin hepimizden daha yaşlıyım. Onun için, bu icra iflas hukukunun tarihçesini sevgili arkadaşım Bilge Umar çok iyi anlattı. Arada kopukluk olduğu için müdahale ettim, kusura bakmayın. Önce Bilge Umar'dan özür dilerim.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Rica ederim efendim, çok iyi ettiniz.

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Baki KURU: Evet, ben "*İcra İflas Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler*" diye bir kitap yayınladım, sene 1962. Biz, 538 sayılı Kanun için 1961'de başladık Komisyon olarak. Önce Adalet Bakanlığı (-bu husus Kanunlar Genel Müdürlüğü-nü olarak sizi de çok yakından ilgilendirir- Medeni Kanun'da da yaptığı gibi, Medeni Kanunu Tasarısı'nı da bildiğiniz gibi rahmetli hocamız Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na hazırlattırılmışlardı, ondan sonra kanun komisyonlarda tartışılmaya başlandı; aynı şekilde) İlhan hocamıza görev vermişti. O da bir tasarı hazırlamıştı. O tasarı, benim de Ankara Hukuk Fakültesi temsilcisi olarak katıldığım bir komisyonda aylarca görüşül-

dü. Epey değişiklik yapıldı, fakat bazı değişiklikleri aşamadık. İlhan hocamız, -Allah rahmet eylesin- biliyorsunuz Osmanlıcaya çok hakimdi ve tasarının dili Osmanlıca idi. Oradan başlayarak ben eleştirdim, bir kısmını düzelttik. Fakat eleştirim herhalde, tabii o zaman gençtik, gençlik heyecanıyla biraz fazla oldu. İlhan hoca çok alındı. Benim hocamdı doçentlik imtihanında. Bana *İstanbul Barosu Dergisi*'nde zehir zemberek bir cevap verdi, onu okumanızı tavsiye ederim. Yani, 1962 olduğuna göre, 1962 veya 1963 yılları sayılarının birindedir. Ondan sonra ben ona bir cevap hazırladım. Yalnız o gençlik heyecanıyla olabilir diye, tavsiyelerine güvendiğim hocalarım (benim üstümde icra iflas hocası yoktu, Necip Bey vardı ama Necip Bilge, Allah rahmet eylesin, daha çok usule önem verirdi, icra iflas derslerini hep bana bırakmıştı) gösterdim, onlar dediler ki: "*Hiç cevap vermemek daha iyi bir cevap olur*". Ben de öyle yaptım. Ama o yazıyı bir okuyun. Ondan sonra tekrar komisyonlar kuruldu, çalışıldı, İstanbul'a gidildi gelindi, İstanbul'da konuşuldu.

Burada bir anımı da sizinle paylaşayım: Akşama kadar çalışıyoruz, gece görev veriliyor. Konuşuyoruz mesela, kambiyo senetlerine mahsus takip; çok değiştirildi. İsviçre'den çok ayrıldık, eski kanundan çok ayrıldık ve sistem de tuttu. Benim teklifimdi, "*Mademki sen teklif ettin, yarına kadar maddeleri hazırla gel*" dediler. Moda'da kayınvalidemde kalıyorum, vapurda giderken düşündüm, gece çalıştım yetiştiremedim. Sabah Kadıköy vapurunun altında sigara içilmeyen bir bölüm vardı, kimse yok orada, orada çalışarak son şeklini verdim. O maddeler Kadıköy motorunun lüks mevkiinde yazılmıştır. Bu şekilde çalıştık. Ondan sonra o tasarı, tekrar Ankara'da, Yargıtay İcra İflas Dairesi Başkanı Eyüp Sabri Erman -rahmetli çok iyi hukukçuydu, çok iyi icra iflasçıydı- başkanlığında kurulan bir komisyonda tekrar görüşüldü. Ta 1965 yılında kanunlaştı ama, sonuçta o tasarı, -Adalet Bakanlığı mensuplarına özellikle belirtmek isterim, belki kayıtlarda vardır, rahmetli Ahmet Boyacıoğlu, Hukuk İşleri Genel Müdürü- onunla bana kaldı. Biz o tasarıya son şeklini verdik, gece telefonlaşarak şu mu olsun, bu mu olsun; her kelimesini... Sonra Meclis'te biz

BAKİ
KURU'NUN
KONUŞMASI

tartıştık, biz gittik, Meclis'te Adalet Komisyonu'nda tasarıyı biz savunduk. Bunlar hep yeni neslin bilmesi gereken şeyler. Adalet Komisyonu bir başkan ve Ahmet Boyacıoğlu ve benden oluşuyordu. Öteki üyeler gelmiyor. Neden? İcra İflas Kanunu, politik tarafı yok bunun. Rahmetli Hüdai Oral, Denizli Milletvekiliydi, iyi bir hukukçuydu. O bizi dinleyerek Adalet Komisyonu'nda da epey değişiklikler yaptı, tasarıнын gerekçesinde yazıyor bunlar. Nihayet Tasarı Meclis'e gitti, Meclis'te tasarıyı Adalet Bakanı'nın savunması, cevaplandırması gerekiyor. Adalet Bakanı rahmetli Sedat Çumralı. Çumralı dedi ki: *"Ben bundan anlamam, gireceksiniz, bana sorulan sorulara siz cevap vereceksiniz"* Biz de *"Olur"* dedik, gittik Meclis'e. *"Yok, usule aykırı. Meclis üyesi olmayan kimse konuşamaz"* dediler. Ne olacak? Sedat Çumralı'nın hiç mi haberi yok. Bizi böyle bir perdenin arkasına sakladılar, Ahmet Boyacıoğlu ile ikimizi. Bir soru soruluyor, Adalet Bakanı cevap veriyor, *"inceleyip cevaplandıracağız efendim"* diyor. Soru bize geliyor, biz oradan yazıyoruz, bir süre sonra hazır olunca Adalet Bakanı söz alıyor, *"Madde hakkında konuşmak istiyorum"* diyor, öyle geçti. Ama çok emek verdik. Yani ben o tasarıya verdiğim emekle belki üç dört cilt kitap yazardım. Sonra olmadı, 1965 değişikliği 538 sayılı Kanun hâlâ ben arkasındayım, epey gitti, fena olmadı. Ama ondan sonrakilere, artık yaşlandığım için, pek katkım olmadı.

Burada bir şey daha söyleyeyim, Adalet Bakanlığı temsilcileri burada iken: O kadar çalıştım, 1962'den 1965'e kadar üç yıl çalıştım orada, bir teşekkür etmediler. Onu da belirteyim.

Arkasından bir şeyi daha söyleyeyim de bitireceğim: 1965'te 538 sayılı Kanun çıktı. Adalet Bakanlığı ilk defa icra memurları kursu açtı. Çeşitli yerlerden icra memurları geldi, o kursa ders vermek için beni görevlendirdiler. İcra iflas dersi verdim. Konu icra iflas olunca, her gün iki saat ben icra iflas dersi verdim. Çok da ilgilidiler, çok da çalışkandılar, 30-40 kişilik bir grup. Ders veriyorum, *İcra Hukuku* kitabımı çıkartmıştım o ara. *İcra Hukuku* kitabım, Adalet Bakanlığı diyor ki -şimdi tabii imkânlar genişledi- *"Biz sana para ödeyemeyiz ders için"*. Niye? *"Ödeneğimiz yok, faslı yok."* Peki, *"O zaman*

kitabımdan 30-40 tane alın, o şey olsun” dedim, çocuklar kitap istiyor, “Paramız yok” diyorlar. “Onu da alamayız, ödeneğimiz yok” dediler. Kitapları da ben hediye ettim öğrencilere. Kurs bitti, güzel, başarılı oldu. Ondan sonra İstanbul’ dan bir iki tane kurs öğrencisi bana veda için geldiler, dediler ki: “Biz gidiyoruz, ama sizi mezuniyet törenimizde göremedik” Ben de “benim haberim yok” dedim. Adalet Bakanlığı mezuniyet töreni yapmış, benim her gün ders verdiğim kurstaki hocasını mezuniyet törenine bile davet etmemişler. Ama bunlar sizin için değil bu eleştiri, Adalet Bakanlığı’nun geçmişine ilişkin. Şimdi imkânlarınız iyi, uçakla aldırıyorsunuz, getiriyorsunuz, gelenleri gidenleri... Belki bir ödeme bile yapılıyor. Bunu da bu vesileyle belirtmiş oldum. Kusura bakınayın, vaktinizi aldım. Ama bunlar biraz da icra iflas hukukunun tarihçesi gibi oldu.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkan): Sayın Özdemir söz istiyor. Buyurun sayın Özdemir!

Kenan ÖZDEMİR: Öncelikle konuşmanızı böldüğüm için özür dilerim.

Kurumlarda devamlılık esastır, kişiler değişebilir. Ama hocamın ifade ettiği husus büyük bir eksiklik. Ben, şu anda Adalet Bakanlığı’ndan gelen birisi olarak hocamdan özür diliyorum ve teşekkür ediyorum. Bundan sonra da, kendisi istediği oranda, ama biz her zaman katkılarını almaya hazırız.

Saygılar efendim.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Efendim, eski üstatların yaptığı değerlendirmeyi veya değerlendirme yapmamış olduklarını ifade ediyorduk. Necmettin Berkin değerlendirme yapmayan hocalarımızdan, “*Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*” adlı kita-

bında -1980' de yayınlanmış- yasanın tarihçesini anlatmadığı gibi, herhangi bir genel değerlendirme de yapmıyor.

Baki Kuru hocamızın kendisine gelince: Bildiğiniz gibi, bir ders kitabı var, bir de böyle muazzam altı ciltten ibaret İcra ve İflas Hukuku diye bir kitabı var. Her ikisinde yasanın tarihçesinden söz ettiği halde, o da borçluyla alacaklı arasındaki menfaat dengesini kurabilmek bakımından ne nispette başarılı olmuştur; o konuda bir hüküm ifade etmemiş.

Saim Üstündağ'ın tutumu keza aynıdır. *İcra Hukukunun Esasları* adlı kitabında, Dördüncü Bölüm, cebri icra hukukunun kaynakları konusunda, sayfa 12 ve 13'te 1,5 sayfalık bilgi vermiş, özellikle yasanın tarihçesi hakkında. Ama yasa hakkında bir genel değerlendirme yargısı ifade etmiyor. Tabii ilamsız icra konusunda da genel bir değerlendirme ifade etmiyor.

Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin, Muhammet Özekes arkadaşlarımızın, *icra ve iflas hukuku* kitabında cebri icra hukukunda menfaat dengesi konusu üzerinde özel olarak ve ayrıntılı denecek ölçüde durulmuş ama onlar da yasa koyucunun bu dengeyi gözetmek hususunda ne dereceye kadar başarılı ve adil olduğu hususunda bir yargı ifade etmemişler.

Berim ise bu konuda *Barolar Birliği Dergisi*'nde, 2004 yılı Ocak, Şubat sayısında çıkan bir yazım var, 4949 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikleri değerlendiriyorum. O arada daha da genel bir değerlendirme ifade ediyor. Tümünü okumayacağım, sadece şu kadarını okuyayım:

"Son zamanlardaki süreçte ise özellikle icra ve iflas hukuku alanında vicdan ve adalet kaygısı olmaksızın sermayeyi, özellikle de bankaları iltimas derecesinin bile ötesinde koruyan icra takibi -o arada iflas alacaklılarının- dolayısıyla her yıl on binlerce icra takibi yürüten bankaların ortalığı kırıp dökerek takip borçlusunu ve hatta üçüncü kişileri üzerlerinden tank geçmişçesine perişan ederek takip konusu alacağı mutlaka tahsil etmelerini tek amaç edinen kurallara gittik-

çe daha geniş ölçüde yer verilmektedir. 4949 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikler de birkaç istisna dışında, bu doğrultuda olmuştur."

Bu söylediğimin somut örneklerini birazdan vereceğim. Çok örnek verilir ya, ben en çarpıcı, en çok böyle insanı hüzne gark eden ve daha eski tarih olanları da ele alır, yani yalnız 4949'da getirilenler değil, daha eskiden mesela beni pek hayrette bırakarak sayın Kuru hocamın sahip çıktığı 538 sayılı Kanun değişikliğinde getirilmiş 97/a maddesi üzerinde özellikle duracağım. Bunun ne facialara yol açtığını, nasıl yuvalar yıkılmasına yol açtığını bilginize birazdan sunacağım.

Şimdi, tek tek o maddeleri ele almadan, şu yasa kuralı haksızdır, işte borçlunun son derecede aleyhinedir, adalete aykırı derecede aleyhinedir falan diye örnekler vermeden önce, yani ağaçlarla tek tek uğraşmadan önce ormana bir atfı nazar edelim. Yani sistemin bütününe şöyle bir bakalım.

Dünkü oturumdaki konuşmalarda da değerlendirildi, ilamsız icra takibi sistemimiz, gerek İsviçre'de gerek bizde, takip borçlusunun aslında borçlu olmadığı bir parayı sonuçta ödemek zorunda kalmasına yol açabilmek ihtimalini epeyce geniş ölçüde göstermektedir. Yani, çoğu kez böyle oluyor diye bir iddia asla tabii öne süremem. Ama nâdir olmayarak böyle haller vaki olabilmektedir ve bu vaki olmak ihtimali bizde İsviçre'ye göre çok daha ağırdır. Bizim kanunumuza arada sokuşturulan bazı maddeler sebebiyle. Şimdi onlar üzerinde duracağım.

Hangi hallerde ilamsız icra takibi borçlunun para ödeme mecburiyetini gündeme getiriyordu? Önce borçlunun yedi günlük itiraz süresi içinde itiraz etmemesiyle. Peki, borçlunun yedi günde itiraz etmemesi mutlaka borçlu olduğunu bildiği için, gerçekten borçlu olduğu için midir? Pek çok örnekte, yani bütün içinde belki çok küçük bir yüzde, ama yine de epeyce çok sayıya varan örnekte başka sebepler bu sonucu yaratıyor. Örneğin, bir dolap çevrilmiş olarak veya olmayarak, dün de sayın Bakan'ın kendisinin ifade ettiği gibi, tebligatta yapılan birtakım katakulliler sebebiyle, aslında borçlunun eline geçmemiş

BİLGE
UMAR'IN
TEBLİĞİ

olabiliyor ödeme emri ve borçlu bu yüzden yedi günlük süreyi itirazı geçirmek mevkiine düşmüş olabiliyor. Bunun örneklerini sayın Bakan da bildiğine göre benim ayrıca vermem gerekmez. Benim de bildiğim örnekler var, tatbikatla uğraşan bütün arkadaşlar da mutlaka bunun pek çok örneğini biliyorlardır.

Kendisine tebligat yapılacak kuruluşun içinden bir kişinin ayarlanıp o kişinin ödeme emri tebliğini alması, ama itirazda bulunmak yetkisini kullanacak kişilere iletmemesi, onlara hiç haber vermemesi: Bu da vaki olabilen bir hal. Bunu da uygulamayla uğraşan insanların hepsi bilirler. Bu da olabilir. Bu söylediklerim İsviçre'de de olabilir. Yalnız, dün dikkat ettiyseniz, Almanya'dan gelen değerli konuğumuz sayın Walker'e de sormuştum, "*Mahnverfahren'de tebligat kime yapılıyor?*" diye. O da şöyle dedi: "*İlke, borçlunun kendisine, daha doğrusu muhatabın kendisine*" Bizdeki gibi. "*Ayrıca, yasanın gösterdiği belli kişiler var, borçluyla birlikte oturan ailesi efradından yetişkin biri, falan*" dedi. Aynen bizim Tebligat Kanunu'nda olduğu gibi, demek orada da belli kişiler var. Ama "*Üç, ilanen tebligat*" dedi; yani borçlu evde bulunmadı, efendim muhtara götürüldü bırakıldı demek öyle bir şey yok, benim anladığım bu. Bu konuyu derinlemesine incelemiş değilim, onun için Alman hukukunda, İsviçre hukukunda muhtara bırakmak falan yoktur diyemeyeceğim. Ama şurası muhakkak: Bu tebligatın muhtara yapılması falan gibi usullerle borçlunun fiilen tebligatı alamamış olması durumu pekâlâ gerçekleşebiliyor.

Bir ihtimal daha, biliyorsunuz borçlu, kusuru olmaksızın ödeme emrine itiraz hakkını kullanamamış da olabilir. Kanun ona 65. maddesinde, gecikmiş itirazda bulunmak şansını, imkânını tanır. Ama mazeretini ispat edecek öncelikle. İcra mahkemesine başvuracak ve başvurunca da önce mazeretini ispat edecek, itirazının gecikmiş itiraz sayılmasını ve takibi durdurabilmesini böylece sağlayacak. Ondandır, öbür taraf isterse işte itirazın kaldırılması sürecine geçilecek. Böyle bir durum vaki olduğunda borçlunun elinden mazeretini ispat edecek delil olmayabilir. Bu sebepten, "*Benim delilim yok, bilmem neyim yok, orada bana delil soracaklar*" deyip gidememiş

olabilir veya gitmiş, orada elindeki eften püften delillerle mazeretini ispatlayamamış olabilir. Veya kara cahil adamcağızın birisidir, böyle gecikmiş itirazda bulunmak yetkisinin olduğunu falan bilmemektedir. Ödeme emrinde de yazıyor mu: "Yedi gün içinde itiraz et, yoksa takip devam edecek" deniyor ama "Mazeretin sebebiyle yedi günde itiraz edemezsen gecikmiş itirazda bulunmak hakkın vardır" falan deniyor mu? Denmiyor. Böylece, hiç o yola başvurmamış da olabilir. Demek ki, bu sebepten de borçlu aslında itirazda bulunamamış duruma düşmüş olabilir. Yani, bir mazereti sebebiyle. Bunlar İsviçre'de de olabilecek şeyler. Ama şimdi geliyoruz işin daha acıklı tarafına. İsviçre'de olamayacağı halde bizde olan hallere.

Birincisi, hepiniz biliyorsunuz, ödeme emrine muhatap olan borçlu, bu ödeme emri kendine tebliğ edilince, borcu ödemiş olduğu, kendisine mehil verildiği türünden bir sebebe dayanarak itiraz ediyorsa, yani itirazın haklılığını ispat yükü kendisine düşüyorsa bunu belli nitelikte delillerle yapmak zorundadır ve bunlar senet niteliğinde belge olacaktır. İsviçre'de böyle bir şey yok, çünkü İsviçre'de zaten senetle ispat mecburiyeti diye bir şey yok. Biliyorsunuz, bizim 288. madde ve sonraki maddelerimiz Fransız hukukundan alınmadır, Neuchatel Yasasında öyle bir şey yok. Zaten İsviçre Federal hukukunda Medeni Kanun'da madde var. "Federal hukukun geçerli olarak doğmasını bir şekil şartına bağlamış olmadığı hukuki işlemlerin ispatı için kantonlar ispat şekli getiremezler" der. Yani senetle ispat mecburiyeti gibi kurallar getiremezler. Bu yüzden trilyonluk bir satış akdini de pekala şahitle ispat edebilirsiniz. Böyle bir iddiayı İsviçre mahkemesinin önünde şahitle ispat edebilirsiniz. Bizde böyle değil. Bizde icra hukukunda da böyle şekilci, "Senet niteliğinde belgeyle ispat edecektir" diye madde olunca ne oluyor? Elinde böyle belge olmayan kişi bizde okkanın altına gitti.

Halbuki İsviçre'de böyle bir şey yok, çünkü dediğim gibi, her türlü delili orada kullanabilir.

Dağa acıklısı, takip dayanağı bir belge var. Belge olmadan da takip başlayabilir, hepimiz biliyoruz. Ama elinde bir belgeyle başlamış, fakat sahte bir belgeyle takibi başlatmış

BİLGE
UMAR'IN
TEBLİĞİ

takip alacaklısı. Bir kere alacaklının ayrıca ve açıkça imzaya itiraz etmesi lazım. Sadece *"Borcum yoktur, itiraz ediyorum"* falan demesi yetmiyor. İmzayı ikrar etmiş duruma düşüyor. İsviçre'de böyle bir şey yok. İsviçre yasasında bizim 62. maddenin karşılığı olan 74. maddede söylediğim imzayı açıkça inkâr etmese imzayı tanımış olur diye kural olmadığı gibi, bizim 63. maddede bulunan *"Borçlu itiraz ederken bildirdiği sebepleri, sonradan değiştiremez, genişletemez. Ancak senedin metninden anlaşılanları öne sürebilir."* içeriğindeki madde, o da keza orada yok. Tam tersine bakın ne diyor İsviçre Yasası, 75, fıkra 1: *"Borçlu itirazında sebep göstermek ihtiyacında değildir. Buna rağmen sebep göstermişse bunu yapmakla başka savunma dayanakları öne sürmek yetkisinden feragat etmiş olmaz."*

Hele hele kambyo senedine dayanan takipte, haciz yoluyla takipte borçlunun, aslında borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalması, çok daha kesretle vaki olabilecek bir haldir, bizim sistemimizin özelliği yüzünden. Neden? Bir kere İsviçre'de kambyo senedine dayanan haciz yoluyla takip diye bir şey yok. Bunu lütfen iyi hatırlayalım arkadaşlar. Orada, İsviçre'deki sistemde *"Wechselbetreibung – Kambyo Senedine Dayanan Takip"* başlığı *"İflas Yoluyla Takip"* başlığının altındaki iki başlıktan birisi. Yani *"Fünfter Titel"*, Beşinci Bab: *"Betreibung auf Konkurs (İflas Yoluyla Takip)"*. Bunun altında iki başlık var: Birisi *"ordentliche Konkursbetreibung"* olan iflas yolu takip. Bir de ondan sonra, kambyo senedine dayanan iflas yoluyla takip. Bizde araya sokuşturulmuş, kambyo senedine dayanan alacaklı haciz yoluyla da takip yapabilir diye. Ve bu tür takibin biliyorsunuz çok acıklı sonuçları var borçlu bakımından. Bir İsviçre'liyi, hele bir Danınarka'lıyı yerinden zıplatacak şeyler. Ödeme emri gelen borçlu gidecek icra mahkemesine kendisi koşacak, itirazını oraya yapacak, imza inkârını da oraya yapacak. *"Senet sahtedir, böyle bir şey ben imzalamadım, yoktur"* falan filan diye bağırса da çağırса da takip durmayacak. İcra müdürü kapıya gelebilecek, yanında öbür tarafın takip alacaklısının avukatıyla veya olmayarak, kambyona yükleyecek eşyayı götürececek haraç mezat satacak, alacaklı satış hasılatını

alacak. Bütün bunlar yapılabiliyor bizde. Adam imzayı inkâr etti, "sahtedir" falan dediği halde, bu olabiliyor.

İsviçre'de ise böyle bir şey olmasına imkân yok. Çünkü dedim ya, orada iflas takibinin bir türüdür, ancak kambyo senedine dayanan takip. Ee, iflas takibinde haciz diye bir aşama var mı? Haciz koymak, maciz koymak var mı? Her halükarda iflas davası açılacak o takip süreci içinde ve alacak var mıydı, yok muydu falan diye; o arada hele hele imza inkâr edilmişse "benim borcum yok, senet de sahtedir" denilmişse, elbette ki ticaret mahkemesi alacağın var olup olmadığını inceleyecek, kurcalayacak.

Evet, bir örnek daha verebiliriz: Bizdeki, borçlunun itirazlarını belli türden delil sunarak ispat etmek mecburiyeti altında bulunması, o türden bir delile bağlanması beklenemeyecek olan itiraz türlerini işe yaramaz hale getiriyor, öne sürülemez hale getiriyor. Diyelim ki borçlu ödeyecek, "Efendim, evet imza benim, bana imzalattılar ama yirmi tane tanışım var. Kahveyi bastılar, bu adam mafya babasıdır, adamlarıyla beraber kafama tabanca dayadılar, herkesin gözü önünde bana orada bu senedi imzalattılar. Şahitlerim var" falan dedi. Ne işe yarar? Hiçbir işe yaramaz. Kanuna göre böyle bir itiraz öne sürülemez değil, sürülür ama senet niteliğinde aslından sadır belge sunarsan ispat edersin. O zaman itirazın kaldırılması talebi reddedilir ve borçlu parayı ödemek mecburiyetine düşmekten kurtulur. Böyle bir belge sunamazsan -ki böyle olaylarda kafaya tabanca dayamış adamdan çıkma "Ben tabanca dayadım da senedi öyle imzalattım" diye senet nitelikli belge sunulabilmesi beklenir mi? Olamaz. Demek ki ne oluyor? Bu gibi hallerde. Bu bir örnek, dramatik örnek verdim kasten. Yani çok olabilecek bir şey değil ama senede bağlanamayacak nitelikte savunma sebeplerine sahip bulunmak pek sık karşılaşılabilecek bir haldir icra takiplerinde.

Evet, şimdi sonuca bakalım: Görülüyor ki temel özellikleri itibarıyla bir ilamsız icra takibi mekanizması, takip borçlusunun aslında borçlu olmadığı bir parayı ödemeye zorlanmasını mümkün kılabilmektedir. İsviçre'de nispeten az, bizde çok daha güçlü bir olasılık var.

Şimdi, sistemin bütünü hakkında bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra, gelelim bizde araya sokuşturulmuş olan ve takip alacaklısını korumak için -dün Hakan beyin çok isabetli ve veciz bir değerlendirmeyle- "*Schuldnerfeindlich*", yani borçluya düşmanlık güden bir tutum eseri olarak kanun koyucunun İcra Kanunu'nun ötesine berisine sokuşturmuş olduğu maddelerden en acıklı birkaç tanesine. Yani böyle vicdan titretici.

Birisi, az önce sözünü ettiğim 538 sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunu'na girmiş olan bir madde ve borçlunun elinde, borçluyla beraber oturan bir üçüncü şahsın müşterek zilyetliğinde bulunan maldan söz eden 97/a maddesi: "*Borçlu ile üçüncü şahısların taşınır malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi, mal borçlu elinde addolunur.*" Kesin karine koyuyor. Yani o kişinin: "*Efendim, işte faturası, ben almıştım falan, filan*" demek hakkı yok. O malın borçluya ait olduğu hem de tek başına onun malı olduğu, öteki şahsın ortak zilyetliğine hiç değer verilmeksizin kabul ediliyor. Mal, yürütülmekte olan icra takip işine haczediyor, satılıyor, bedelinden takip alacaklısının alacağı ödeniyor.

Şimdi, bunun feci sonuçlarına çok çarpıcı örnek. İsim de vereceğim. Benim küçük oğlumun doğumunu bir jinekoloji profesörünün asistanı yapmıştı, ama hep o ilgilenmişti doğum öncesi şeylerle. Prof. Mustafa Eminoğlu. Bu zatın o zamandan beri aile dostluğumuz var. Eşi umulmadık bir zamanda vefat etti. İkinci bir evlilik yaptı. Bu ikinci evlilikte evlendiği hanım bir iş hanımıydı. Dolayısıyla bankalarla, şununla, bununla ticaret ilişkileri var. Borcunu ödeyemez duruma düşmüş. Bizim adamcağız otururken evinde, karısıyla beraber tabii, bir de bakıyor kapıya icra memuru dayanıyor. İşte alacaklı vekiliyle beraber, "*Malları haczedeceğiz.*" Arkadaşımız diyor ki: "*Bu malların hepsi benim.*" Hakikaten ben de tanıyorum, o eve kaç defa gittim. Adamın ikinci evliliğini yapması öncesinde alınmış, düzölmüş bir evdi o. Oradaki eşyanın hepsi kadimden beri var olanlar. Hepsini yüklüyorlar kamyonu götürüyorlar. Adamcağız ne yapsın; ofluyor pofluyor. Bir defa daha o eşyayı düzüyor. İki üç hafta sonra bir daha icra memurları gelmez mi, başka

icra memurları; onu da alıyorlar götürüyorlar, yeni mallar da gidiyor ve adam karısını boşamak zorunda kaldı. Evet, sayın Adalet Bakanlığı Temsilcisi'nin dikkatine. 97/a maddesi, işte böyle hollere yol açabilmektedir. Bu vicdansızlıktır, ayıptır, çirkindir. Yani bu kadar böyle adaletsiz bir kurala İcra İflas Kanunu'nun içinde yer verilmiş olmamalıydı.

Bir başka buna benzer örnek vereceğim. Kısa geçeceğim, iki örnek daha vereceğim, ondan sonra sözlerim bitiyor.

"Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez" biliyorsunuz. 128/a maddesinde fıkra 2, cümle 1. Bunun haksızlığı, adaletsizliği -hani daha ağır laf kullanmayayım da sonra, *"vay sen Ergenekoncu musun? Millet Meclisi'ni bu kadar sert eleştiriyorsun"* falan filan denmesin, ama çok daha ağır eleştirileri hak ediyor bu aslında- verdiğim örnekte göreceksiniz. Fark edildi bunun münasebetsizliği, bu bir yıla indirilmişti ve ben *"bir yıla indirilmesi bile yetmez, yani böyle hüküm olmamalı"* falan gibilerden yazmışım o demin size andığım şeyde. Aradan birkaç ay geçti, yeniden bir değişiklik oldu, pat bu yine iki yıla çıkarılmaz mı? Yani, her şeyin bir haddi vardır. Bunu idrak etmek zorunda egemen güçlerin temsilcileri dahi.

Şimdi bakın, bunun ne rezilliklere yol açtığını size söyleyeceğim. İzmir'de bir tarihte, hemen hemen Çiller zamanında, enflasyon yüzde 100'ü buldu. O sırada İzmir'de kurulmuş bir şirket vardı. Bu Kristal Rafine Tuz Anonim Şirketi idi. Türkiye'de fırınlarda ekmek yapımında kullanılan tuzun rafine tuz olması bütün medeni ülkelerde zorunluluk iken, rafine tuz üretimi yeterli olmadığından yıkanmış uydurma tuz kullanılır idi. Şimdi değişti mi bilmiyorum, büyük ihtimalle şimdi de aynıdır. Yani, Çamaltı tuzlasında denizin her çeşit pisliğiyle, kuş tüyleriyle, kuş pisliğiyle karışık olan tuzu alır, Çiğli'de iş gören birkaç bu işi yapan firma var. İlkel bir yıkamadan sonra piyasaya sürer... Ve dış piyasadan da talep var rafine tuza. Halbuki Türkiye'de o zaman topu topu üç tane rafine tuz fabrikası vardı, biri de İzmir'deki B... Tuz. Çok iyi para kazanıyor, bu da akli kesmiş bu işten para kazanılır, halka açık 300

BİLGE
UMAR'IN
TEBLİĞİ

ortaklı bir anonim şirket kuruyor. Çünkü kendi parası da çok az, kendi de ancak küçük ortaklardan birisi ve bunlar haklı olarak devletin verdiği, yani yerinde olarak devletin sağladığı teşviklerden, bilmem nelerden de yararlanıyorlar, Çiğli' de güzel bir fabrika kuruyorlar, dört dörtlük bir fabrika. İsviçre' den ultramodern rafine tuzu üretme makineleri getiriyorlar, monte ediyorlar, E... firmasının üretimi ve tuz üretimini gerçekleştirebiliyorlar. Tabii bankadan kredi alarak ve bankadan alınan kredinin karşılığında da fabrika arsası, üzerindeki tesisle beraber ipotekli.

Üretimi yapıyorlar, ama orada deniz bitiyor. Çünkü içlerinden hiçbirisi bu çapta işi yürütebilecek kafa kapasitesinde ticaret adamı değil. Ne yapmışlar? Ee, dağıtımını nasıl yapacaklar? Tuzu üretmekle iş bitmiyor ki dağıtımını yapmak lazım, kamyon filosu kurmuş olmak lazım ve öyle bir müessese ortaklı, mortaklı bilmem ne yapmak lazım... Yok, bunların elinde bir tek kamyon bile yok. Alelacele bir adam buluyorlar, o adam bunlara peşin para ödeyerek tuz almalarını sağlayacak. Bunun karşısında onların ürettiği tuzun tek distribütörü olacak ve satışı o gerçekleştirecek. O adam bu işi yapıyor, ama bu piyasada peşin parayla iş dönmüyor. Yani tuzu devrediyorsun satacak olan müesseselere, satıcılara, senet alıyorsun, iki ay, üç ay, dört ay vadeli. Bu adam ödediği paraları o senetlerle tahsil etmekte güçlük çekiyor. Ortadan yok oluyor. Ne oluyor? Bir gün bakıyorlar fabrikada tuz bitmiş. Eee, tuzu kim getirecek? Ahmet bey. Ahmet bey telefonlara çıkmıyor ve bunlar mecbur kalıyorlar alacaklı bankaya haber veriyorlar: *"Size mahcup olduk, siz bize vadeler verdiniz, bilmem neler verdiniz. Size minnettarız ama durum böyle böyle, bildiğinizi yapın. Eğer mümkünse bize distribütör, bilmem ne bulun, bu işi yürütelim, size de borcumuzu ödeyelim"* diyorlar. Banka, *"Biz bunlarla ilgilenmeyiz"* diyor ve o banka ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takibine geçiyor. Dikkat edin, yüzde 100 enflasyon var o zamanda. Zaten enflasyon bir yana, oranın arsası çok değerlenmiş, sanayi bölgesi sayılmış, bilmem ne olmuş, muazzam değer kazanmış. Tahmini değer biçildiği zamanda değer diyelim 100.lira ise, şimdi olmuş belki 1.000 lira. Böyle iken, iki yıl boyunca yeni kıymet takdiri

istenmez kuralından yararlanan alacaklı banka, biraz da kasten belki işi geciktirerek, satışa çıkardığında, başka alıcı olmadığından –dikkatinizi çekerim, bazı mallara, diyelim haczedilen bir kamyonu, otomobile müşteri her zaman çıkabilir; Türkiye’de bir rafine tuz fabrikasını satın almaya hevesli çıkabilecek kaç alıcı olur? Ya üç kişi ya dört kişi– kimse gelmiyor. Ne oluyor? Banka kendisi giriyor. Ne yapıyor banka? İki yıl önce biçilmiş değer üzerinden birinci artırmaya girmiyor tabii, ikinci artırmada çok gülünçleşmiş değer üzerinden son derece düşük bir miktar ödeyerek tesisleri, araziyi ve üzerindeki fabrikayı alıyor. Hemen fabrikaları söküyor. Kendisinin milli ekonominin gerekleri falan, hiç bununla ilgisi yok, banka para kazanacak, onun derdi bu. Ne yapıyor? Söktüğü o güzelim makineleri Libya’ya satıyor. Arsa? Arsanın kendisi kat kat değerlenmiş, onu satıyor ve alacağından, yani baştaki alacağından kat kat fazla miktarda parayı cebe indiriyor.

Evet, beyefendi. İşte iki yıl boyunca değer için yeniden değer tahmini yapılması istenmez, istenemez içeriğindeki kuralın yol açtığı facialardan biri. 300 tane ortak hepsi avucunu yahyor. Kimisi emekli ikramiyesini yatırmış bu işe, kimisi işte ömrü boyunca biriktirebildiği paraları buraya koymuş. Kimsenin eline beş kuruş para geçmiyor.

Evet, bir diğer üçüncüsü: İhaleinin feshi halinde, ihaleinin feshini isteyene ceza yüklenmesi kuralı. 134, fıkra 2, cümle 4: *“İhaleinin feshi talebi yapıldığında, talebin reddine karar verilmesi halinde, icra mahkemesi davacıyı –yani ihaleinin feshi başvurusunu yapan kişiyi– feshi istenilen ihale bedelinin yüzde 10’u oranında para cezasına mahkûm eder.”* Üç yönden bu hüküm son derecede sakıncalı ve vicdansızca bir hükümdür.

Bir, bir kere Anayasa’nın tanıdığı mahkemeye başvurma, hak arama yetkisini ortadan kaldırıyor, tehditle. *“Bana bak, ayağın kayar da bunda başarılı çıkamazsan ihale bedelinin yüzde 10 para cezası yiyeceksin, haberin ola”* Herkes ödü patlayacak, aman ha diyecek, girmeyecek. Zaten amaç bu. Yıldırmaq ve ihaleinin feshinin istenmesi için başvuru yapmaktan vazgeçirmek, korkutup kaçırmak. Böyle bir şey olamaz. Yani bir kişinin sırf

BİLGE
UMAR'IN
TEBLİĞİ

davayı kaybetti diye iyi niyetine, kötü niyetine, bilmem nesine bakılmaksızın muazzam miktarda para cezası yemesi tehdidini getirmek bir yasada olmaması gereken bir şey. Hukuk devletiyiz güya Anayasa'ya göre. Bu mu hukuk devleti?

İkincisi, neden ihale ile satılan malın bedelinin yüzde 10'u tutarında ceza? Adamın alacağı, belki sadece diyelim 10 bin Yeni Türk Lirasıdır. E, bir ilke, biliyoruz: Takip edilen alacağı karşılamaya yetecek değerde mal haczedilir. Ama o değerde mal bulunamamışsa ve diyelim satılınca 10 bin lira getirecek değerde bir mal yok da, ancak 200 bin liralık değerde bir malı var adamın. İsterseniz o mal haczedilecek tabii ve o satılacak. İşte, 200 bin liralık değerde mal haczedildi, satıldı, 180 bin lira da ihalede bedel verildi, ama ihalede sakatlık var. Bu ihalenin feshi isteminde bulunan kişi haksız çıkarsa 180 bin liranın yüzde 10'u oranında para cezası yiyecek. Halbuki takip eden alacağın kendisi 10 bin lira idi zaten. Oldu mu? Akıl, izan var mı böyle bir sistem getirmekte? Bunu yapanların akılları neredeymiş acaba bunları koyanların? Gözleri görmüyor muymuş? Borçluyu yıkmak, tank gibi takibin yürütmesini sağlamak dışında bir amaçları yokmuş. Hiç adalet madalet diye bir endişeleri yokmuş.

Daha daha, dikkat edin, bu, takip alacaklısına verilecek götürü tazminat falan da değil. Para cezası; kime ödenecek? Devlete. Devletin ne zararı oldu bu işten? Ne münasebeti var, ne ilgisi var? Devlete karşı hangi suç işlendi? Parayı tahsil etmesi geciktirilen alacaklıya bir tür götürü tazminat olarak, şu kadar para öder... Hadi böyle bir şey olsaydı bir ölçüde bunun söz götürür tarafı olurdu, ama devlete para cezası ödettirmek şikayete bulunmuş adama, hangi akla hizmettir?

Evet, maruzatım bu kadar. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Değerli Umar'a çok teşekkür ediyoruz.

Ben sözü sayın Özekes'e vermeden önce iki şeyi belirtmek istiyorum. Sayın hocam, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte itiraz halinde malın satılacağını söyledi. Bu 169 ve 170. maddelerde imzanın inkârı halinde m. 170'te borca itiraz halinde bunlar sonuçlandırılmadan mal satılamıyor.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Evet, orayı fazladan ekledim, haklısın. Satış aşamasına geçebilecek ama kamyonu eşyayı yükleyip götürmek mümkün.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Evet.

Bir de ihalenin feshine ilişkin yine sayın hocam Kuru'nun bir açıklamasını nakledeceğim. İhale olduğu zaman bunun için profesyonel kişiler türemişti. İhalenin feshini istiyorlardı, dosyaya da kartvizitini ekliyorlardı. Yani "gel, bana belli bir para ver ki ben ihalenin feshinden vazgeçeyim" diye bu tür uygulamaların gerekçesidir, ihalenin feshini isteme halinde diyelim davayı kaybederse para cezasının ödenmesi.

Efendim, şimdi sözü Sayın Özekes'e bırakıyorum, buyurun.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Teşekkür ederim Hocam.

Benim için Bilge hocamdan sonra konuşmak gerçekten çok kolay bir şey değil. Hocam, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde bizim kürsümüzün birinci nesli, Hakan hocamdan sonra ben ise üçüncü nesliyim diyebilirim. Bilge hocam, Hakan hocamı hep hayr'ül halefim diye nitelendirdi. Biz de o hayr'ül halef kategorisine girmeye çalışırken, yanında söz söylemek gerçekten zor. Bu sebeple, hatalarımdan dolayı başta kendisi ve sizin affınıza sığınuyorum.

Ben tebliği planlarken, hukukumuzda bugüne kadar incelenmemiş bir konu olan “İcra Hukukunda Temel Haklar” çerçevesinde bir başlık belirlemiştim. Bu konu, aynı zamanda kısmet olursa profesörlük takdim tezi olarak seçtiğim ve yazmaya başladığım, epey ilerlediğim bir konudur. Fakat tebliğler hazırlanırken Prof. Walker’le görüşmemizden sonra, onun da bu konuyla ilgili hazırlık yaptığını öğrenince, aynı şeyleri tekrardan kaçınmak için başlıkta değişiklik yaptım ve “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme” şeklinde bir çerçeve belirledim. Temel haklara yine değineceğim, ama daha önce sunulan tebliğle aynı şeyleri tekrar etmemek için farklı bir yaklaşımla konuyu ele almaya çalışacağım. Benim üzerinde duracağım hususlar, biraz daha dünkü ve bugünkü tartışmaların devamı mahiyetinde olacak. Orada söylenenlerin bir kısmını dışarıda bırakarak başka bir bakış açısıyla konuya ele alacağım. Tebliğde önce Türk İcra Hukuku (özellikle de ilâmsız icra) sisteminin bir eleştiri ve değerlendirmesini yapıp ardından da temel haklara ilgili kanaatsanan bazı sorunlar üzerinde durarak bazı öneriler ortaya koymaya çalışacağım

Tebliğime başlamadan önce, en son söyleyeceğimi en baştan söylemek belki yerinde olacaktır. Uzun süreden beri, hukukumuzdaki ilâmlı ve ilâmsız icra üzerinde düşünüyorum ve kafa yoruyorum. Bugün vardığım sonuç şudur: İlâmsız icra sisteminin mevcut halinin kaldırılması veya önemli ölçüde gözden geçirilmesi gerekir. Özellikle değerli hocalarımla yanında, belki bu kadar keskin bir ifade kullanmak doğru değildir; ama ben ilâmsız icraya tamamen karşı olanlardanım. Bunu söylerken, dün bilhassa Selçuk hocamın söylediklerinden sonra biraz da tereddüt ediyorum. Ancak, ben yeni değil, yıllardır aynı kanaati taşıyorum ve bunun gerekçeleri var.

2. Bölüm

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

Tebliğ sunan: Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRK İCRA HUKUKUNUN SORUNLARI VE TEMEL HAKLAR BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

GİRİŞ

Türk icra hukukunun pek çok sorunla boğuştuğu, hatta sistemin sorun çözmek yerine neredeyse sorun üretmeye başladığı artık inkârı mümkün olmayan ve ispatına da gerek bulunmayan malum, maruf ve meşhur bir vakiadır. Mevcut sistemden ne alacaklılar ne borçlular ne işi yürüten devlet ne avukatlar ne icra daireleri ne yargı organları ve ne de bu işin teorisiyle uğraşan bizler memnunuz. Peki, bu kadar memnuniyetsizliğin bulunduğu sistemi ve uygulamayı neden savunuyoruz ve neden yürütüyoruz? Bu, gerçekten üzerinde düşünülmesi gereken bir sorudur.

Biz bu tebliğde, öncelikle ayrıntısına girmeden Türk icra hukukunun sorunlarının genel olarak sebeplerini ortaya koy-

maya ve teknik ayrıntılarına girmeden bir çerçeve çizmeye çalışacağız.

Burada yapacağımız tespitlerin bir kısmı da belki eleştirilecektir. Ancak, bu eleştiriler yapılırken o zaman, yukarıda belirttiğimiz “*neden bu sistemden herkes şikâyetçi?*” sorusuna da tatminkâr bir cevap verilmelidir. Tebliğde ikinci olarak, icra hukuku sorunlarından ayrı düşünülemeyen, ancak bugüne kadar üzerinde de pek durulmamış olan cebrî icrada temel haklar konusuna, temel noktalarıyla ve bazı örnekler üzerinden değineceğiz. Sonuç bölümünde de, özellikle yapılacak düzenlemelerde dikkate alınabilecek bazı tespit ve önerilerde bulunacağız.

A. TÜRK İCRA HUKUKUNUN GENEL SORUNLARI¹

1. Takip Hukuku Alanında Genel Sistem Sorunu

Takip hukukumuzun genel anlamda bir sistem sorunu bulunmaktadır. Bunun temelinde takip hukuku sistemimizde

¹ Seçilmiş Literatür: Arslan R., İcra ve İflâs Kanunu'nun 68/B ve 150/I Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Kolaylıklar, *İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, (Yayına Hazırlayan: Ali Cem Budak), İstanbul 1993, s. 185 vd.; Atalay O., Bankacılık Kanunu'ndaki Takip Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (8 Haziran 2007), Ankara 2007, s. 57 vd. (Değerlendirme); Atalay O., İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu? *HPD* 2004/1, s. 67 vd. (İlamsız İcra); Atalay O., Taşınurların Üçüncü Kişiler Elinde Haczi ve Muhafaza Altına Alınması (İİK m. 88, II Üzerine Bir Eleştiri), *MİHDER* 2005/1, s. 17 vd. (Eleştiri); Çiftçi P., İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, İzmir 2008 (Yüksek Lisans Tezi-DEÜ Sosyal Bil. Ens); Karayalçın Y., Devlet Borçları-“Devlet Malları Haczedilemez” Kuralı, *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, Ankara 2001, s. 119 vd. (Devlet Malları); Karayalçın Y., Kredi Düzeninin Korunması, *Batıder* 1972, C. VI, s. 539 vd.; Kuru B., Haczi Caiz Olmayan Şeyler, *Makaleler*, İstanbul 2006, s. 717 vd. (Haciz); Kuru B., Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Mütessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler, *Makaleler*, İstanbul 2006, s. 651 vd. (Kaldırma); Kuru B./Arslan R./Yılmaz E., *İcra ve İflâs Hukuku*, 21. Baskı, Ankara 2007; Özekes M., İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları İle İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi, *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (8 Haziran 2007), Ankara 2007, s. 97 vd.

bir birliğin olmaması yatmaktadır. Özel hukuktan kaynaklanan alacakların tahsili için genel bir kanun olarak 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, kamu alacaklarının tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun mevcuttur. Bu sebeple alacağın özel veya kamu hukuku kaynaklı olmasına göre, temelde ikili bir takip sistemine sahip bulunmaktayız. Bunun yanında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) tanınan bazı yetkiler çerçevesinde, nev'i şahsına münhasır bir takip sistemi oluşmuş durumdadır. Bu doğrudan düzenlemelerle birlikte, yarı açık yarı örtülü şekilde bir de "banka alacaklarının tahsili yolu"nun ya da takip usûlünün olduğunu söylemek yanlış ve abartı olmayacaktır. Takip hukukumuzda, amme alacaklarının tahsili usûlü gibi, fiilen banka alacaklarının tahsili usûlü oluşmuş; bu, hem düzenleme hem de uygulamada kabul görmeye başlamıştır. Bunlar yetmiyormuş gibi, şu anda gündemde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda de-

(Kredi Kurumları); Özekes M., Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlâk Sorunu, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2005/6, s. 1 vd. (Sorun); Pekcanitez H., İİK'da İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IV*, Ankara 2006, s. 234 vd.; Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M., *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2007; Umar B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973 (Genel Teori); Umar B., Son (4949 Sayılı Yasa İle Getirilen) İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeoloji Yönünden Eleştirisi, *TBB*, 2004/50, s. 85 vd. (Eleştiri); Uyar T., Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hakim, Taraf ve Avukatların Rolü, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s. 152 vd.; Üstündağ S., Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Alacakların Cebri İcra Yolu İle Tahsili - Yürürlükten Kalkmış Olan 3332 Sayılı Şirket Kurtarma Kanunu ve Başarısızlık Sebepleri, *İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, (Yayına Hazırlayan: Ali Cem Budak), İstanbul 1993, s. 149 vd. (Kredi); Üstündağ S., *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004; Yılmaz E., Cumhuriyetimizin Yetmiş Beşinci Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu'nda ve İcra ve İflâs Kanunu'nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, *TBB*, 1998/3, s. 871 vd.; Yılmaz E., Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi, *Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı*, Ankara 1988, s. 601 vd. (Devlet Malları); Yılmaz E., Dünden Bugüne İcra ve İflâs Kanunumuz, *SÜHFD*, 2003/3-4, s. 9 vd. (Dünden Bugüne); Yılmaz E., Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, *ABD*, 1984/2, s. 200 vd. (Giderler)

niz icra hukuku şeklinde ayrı bir takip usûlü de oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Tüm bu yollar aynı zamanda birbirinin içine geçmiş durumdadır. Bazı müesseseler ortakmış gibi görünmekte, ancak düzenleme ve uygulama farklılığı bulunmaktadır. Örneğin, ismi aynı olsa da, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen ödeme emri ile 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen ödeme emri arasında pek çok fark mevcuttur. Aynı borçluya karşı, özel hukuk ve kamu hukuku kaynaklı iki ayrı alacak için takip yapılmaya başlandığı zaman, bu iki takip yolunun kesişmesi halinde ortaya çıkan sorunlar ise ayrı bir konudur. İcra ve iflâs hukukunda çalışan, bu alanda az çok uzmanlığı olan biri olarak, bunlar arasındaki bağlantı ve ilişkiyi kurmakta, anlamakta ve anlatmakta gerçekten zorluk çektiğimi ifade etmeliyim.

6183 sayılı Kanun'da düzenlenen takip prosedürünün içinden çıkılması neredeyse mümkün değil. Devlet, hem alacaklı hem tahsil dairesidir. 6183 sayılı Kanun'daki tahsil dairesinin durumu, 2004 sayılı Kanun'daki icra dairesinin durumundan farklıdır. Zira 2004 sayılı Kanun'da, özel bir statüsü bulunan, -hâkim teminatı gibi olmasa da- kendi görevi çerçevesinde bağımsız hareket edebilen, alacaklı ve borçlu karşısında tarafsız bir organ söz konusu iken, 6183 sayılı Kanun'a göre, bizzat alacaklının memuru olan bir organ, borçluya karşı takip işlemlerini yürütmektedir. Ziya Paşa'nın, "*kadı ola davacı, muhızır (mübaşir) dahi şahit / Ol mahkemenin hükmüne denir mi adalet*" sözü tam burada karşılığını bulmaktadır. Çünkü devlet, hem alacaklı hem tahsil dairesi hem de alacağın ispat vasıtalarını ihdas eden konumundadır. Bu genel yapı dışında, 6183 sayılı Kanun'da, takibe itiraz prosedürü de karışıktır, uygulama bunu daha da karıştırmıştır. Örneğin, uygulamada ödeme emrinden önce bir ödemeye çağrı mektubu gönderilmekte, siz buna karşı koymak için dava açtığınızda, ardından ödeme emri gelmekte (6183 sayılı Kanun m. 55), bu sefer hak kaybına uğramamak bakımından ona karşı koymak için de ayrı bir dava açılmakta (6183 sayılı Kanun m. 58), sonra bu iki dava birbirine karışmaktadır. Bu sistem içinde, bazen ne-

reye ve nasıl dava açacağınızı, takibe nasıl karşı koyacağınızı bile karıştırabilirsiniz.

6183 sayılı Kanun'un bu sorunlu durumu yanında, bir de bankalar lehine pek çok düzenleme yapılmıştır. Bazı hükümler açıkça (örneğin, İİK m. 68b, 150ı) bazı hükümler gizli şekilde (örneğin, İİK m. 89) genel anlamda kredi kurumalarını somut olarak da bankaları korumaktadır. İcra ve İflâs Kanunu içinde, aslında bankacılık mevzuatında bulunması gereken, takip prosedürünün bir parçası olmayan takip öncesi işlemlere yer verilmiştir. Deyim yerindeyse, sahipsiz bir kanun olan İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapmak, bankacılık mevzuatında değişiklik yapmaktan daha kolay olsa gerektir ki, bu tür hükümler dahi İcra ve İflâs Kanunu içine yerleştirilmiştir. Bu düzenlemede de en önemli sorun, bankanın kendi düzenlediği belgelere dayanması ve borçlunun şeklen var gibi görünen savunma imkânının neredeyse ortadan kaldırılmasıdır. Ayrıca, icra sistemiyle uyumsuz düzenlemeler yapılmış, kurum ve kavramlar birbirine karıştırılmıştır. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 150ı maddesinde, şikâyet kurumuyla ilgisi olmadığı halde (itiraz/icranın geri bırakılması yerine), şikâyet yoluyla takibe karşı konulması benimsenmiştir. Bu hükümlerin hukuken izahı ve savunulacak bir tarafı yoktur. Bunlar, ben yaptım oldu mevzuatıdır; ama hukukî değildir. Peki bu kadar zorlama hükümlere rağmen, gerçekten alacakların tahsilinde istenen sonuç alınabilmekte midir? Hayır. Eğer bu yöntem, yani sistemi bozarak bankalara özel ayrıcalıklar tanımak doğru bir şey olsaydı, bankacılığıyla ünlü ve mehz Kanunumuzun ülkesi olan İsviçre'de her halde bu yola başvururlardı. İsviçre'de dahi böyle hükümler yoksa konunun hangi mecra-da yürüdüğünü kestirmek zor değildir.²

TMSF'ye tanınan olağanüstü yetkiler ve bu yetkilerle ortaya çıkan sorun ise başlı başına bir çalışma konusudur. TMSF,

² Bu hükümlerin getirdiği yenilikler için bkz. Arslan, s. 185 vd. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. Özekes, Kredi Kurumları, s. 97 vd.; Pekcanitez, s. 234 vd.; Umar, Eleştiri, s. 85 vd.; Üstündağ, Kredi, s. 149 vd.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

hem kamu alacaklısı sıfatı ile hem de özel alacaklı sıfatı ile davranabilmekte, istediği takip yolunu seçebilmekte, yaptığı takipleri ne kadar haksız olursa olsun durduracak hukukî imkânlar neredeyse yok denecek zaviyede bulunmaktadır. Bu konudaki düzenleme, hukukun genel ilkeleriyle bağdaştırılması güç olan, adeta bir olağanüstü hal düzenlemesidir. Uygulamadaki deyimiyile "hortumcularla" mücadele etmek için yapılan bu düzenlemeler, artık gerçekten borçlu olmayanlar hakkında da ciddî bir baskı aracına dönüşmüştür; masumiyet gözardı edilip ne pahasına ve kimden olursa olsun tahsilat öncelikli mesele olarak görülmektedir. Masum olan kişilerin temel haklarını zedelemeyi göze alıp kamunun menfaatinin korunduğu düşüncesi, hukuk devleti anlayışının tezahürü olamaz. Aslında geçici bir süre için hüküm ifade etme düşüncesi ile çıkartılan bu olağanüstü hal hükümleri, hukukumuzda her zaman görüldüğü üzere kalıcı hale gelmiştir. Nitekim Atalay bu konuda "Devletin en önemli ve kutsal sayılan vergi alacağı için dahi Maliye'ye tanınmayan yetkilerin hangi gerekçe ile Fona tanındığının izahının mümkün olmadığını düşünüyoruz." Demektedir.³

Sonuç olarak, hukukumuzda takip birliği bulunmamaktadır. Bunun birçok hukukî ve fiilî soruna yol açtığı bir gerçektir. Takip birliği bulunmadığı gibi, mevcut sistem de gittikçe bozulmaktadır. Örneğin, şu anda gündemde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı kabul edilirse, deniz icra hukuku diye yeni bir alan ortaya çıkacaktır. Her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu ile uyum sağlanmaya çalışılsa da, ister istemez yeni alan oluşması söz konusudur. Bu çalışmalarda sonradan kısmen bulunmuş ve katkı sağlamış biri olarak, o düzenleme sırasında da ben çekincemi söylemiştim, ama tercih bu yönde oldu.

Bu eleştirileri getirirken, belirli alanların ihtiyaçları tamamen göz ardı edilsin iddiasında değiliz. Bizim üzerinde durduğumuz husus şudur: Takip birliği olsun, ancak belirli alanların ihtiyaçları da dikkate alınsın. Genel takip ilkeleri, takip anlayışı, takibin temel aşamaları ve takibi yürüten organ tek olmalıdır.

³ Bu konudaki değerlendirme için bkz. Atalay, Değerlendirme, s. 57 vd.

Nitekim (küllî tasfiyeden dolayı, niteliği zorunlu kaldığı için) iflâsta durum böyledir ve hiçbir sakıncası görülmemiştir. Tüm takip türleri, bir kod içinde yeknesak temellerle düzenlenmelidir. Ancak, ilgili alanların ihtiyaçları gözetilerek, zorunlu olduğu ölçüde özel hükümler konularak istenen amaca, daha sağlıklı yolla ulaşılabilir. Örneğin, kamu alacakları da ayrı takip yolunu izleyerek ve aynı temel takip aşamalarıyla alacağını tahsil etmeli, ancak zorunlu olan konularda özel hükümler ya da öncelikler tanınmalıdır. Bu yapıldığında pek çok sorunun, keyfilik ve karışıklığın önüne geçileceğini düşünüyoruz.

Takip alanlarındaki bu tür ayrılık ve aykırılıklar, çözüm yerine yeni sorunlar doğurmaktadır. Yargılama hukukunda bunun en tipik örneği, Türk Medenî Kanunu ve İş Kanunu'dur. Bilindiği üzere, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın ilki, Medenî Kanun'daki usûl ve icra hükümlerinin değerlendirilmesine ayrılmıştır ve Medenî Kanun'daki sistem dışı yanlışlıklar üzerinde durulmuştu. Keza aynı şeyi, iş yargılamasında görmek mümkün. Her isteyene ve her ihtiyaca göre yargılama usûlü ve takip yolu kabul etmenin sakıncası izahtan varestedir. Bu, olsa olsa "yok kanun, yap kanun" anlayışıdır.

2. İcra ve İflâs Kanunu İçinde Takip Yollarının Çokluğu

Takip hukukumuzun diğer bir sorunu da, İcra ve İflâs Kanunu içindeki takip yollarının çokluğu ve uyumsuzluğudur. Mevzuatımızda İcra ve İflâs Kanunu'nda dahi, bu kadar çok ve farklı takip yolu bulunmamaktadır. Alt ayrımlara girmeden ve iflâs yoluyla takibi dışarıda tutarsak, hukukumuzda beş temel takip yolu vardır. Bunlar, genel haciz yoluyla takip, kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip, kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takip, ilâmlı takip, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiptir. Bunların içinde de, kiralanan taşınmazlar bakımından birbirinden farklı iki alt takip yolu, ilâmlı icrada para ve para dışındaki şeyler için (ki onlar da alt ayrıma tâbidir)

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

ayrı alt takip yolları, rehnin paraya çevrilmesinde taşınır ve taşınmaz rehni için ayrı takip yolları ve onların alt ayrımları bulunmaktadır. Bu kadar alt ayırımın karışıklıktan başka sağladığı bir faydanın olmadığını düşünüyoruz. Örneğin, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, sürelerin genel haciz yoluyla takibe göre iki gün kısaltılmasının, ağır işleyen ve birçok sorunu bulunan takip ve yargı mekanizması içinde bir faydası görülmemiştir.

Kabul edilen takip yolları da zamanla kendi içinde mantık ve uyumunu kaybetmiştir. Bunun tipik örneği, kira süresinin sona ermesi sebebiyle ilâmsız icra yoluyla tahliyeye ilişkin takiptir. İlâmsız icra, para, yani likit bir alacak için düzenlenmiş olmasına rağmen, kira sürenin sona ermesi sebebiyle tahliyede bu sistemin tamamen dışına çıkmıştır. Farklı açıdan diğer bir uyumsuzluk, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiple genel haciz yoluyla takip arasında söz konusudur. Zaman zaman kanunda yapılan, belki başlangıçta öngörülme-yen, bunların birazı da uygulamayla artan uyumsuzluklar karşınıza çıkmaktadır.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip de, kendi içinde temel dört ayrıma tâbidir. Taşınır ve taşınmaz rehni ayrımı yanında, onların içerisinde de ilâmlı ve ilâmsız takip yolları mevcuttur. Bu da yetmemektedir, örneğin ipoteğin ilâmlı paraya çevrilmesinde de üç alt ayrıma gidilebilmektedir.

Bu sistem içerisinde, takip yollarının akıl karışıklığına en uç örneklerden birisi, ilâmsız icradaki imzaya itiraz ve itirazın geçici kaldırılmasıdır (m. 68a, 69). Kuru'nun ifadesi ile bu müessesenin "lüzumsuzluğunu" kısaca açıklarsak:⁴ Önce alacaklının elinde bir adı senet olacak, alacaklı ona dayanarak genel haciz yoluyla takip yapacak, borçlu imzaya itiraz ederse, alacaklı icra mahkemesinden geçici kaldırma isteyecek, şayet geçici kaldırma kararı verilirse, alacaklı, satış imkânı tanımayan geçici haciz isteyebilecek, borçlu geçici haczin kesinleşmesine engel olmak için yedi gün içerisinde genel mahkemelerde borçtan

⁴ Bu konuda bkz. Kuru, Kaldırma, s. 651 vd.

kurtulma davası açabilecek, bu davanın kazanılıp kaybedilmesi ihtimaline göre takibin akıbeti belirlenecektir. Anlatması, anlaması ve yazması bile kafa karıştıran bir prosedürün neye fayda sağladığını biz bilmiyoruz.

İlâmsız icranın bu karışık yapısı düşünüldüğünde, ilâmsız icra savunucularının belki de en önemli dayanaklarından biri olan, ilâmsız icranın daha pratik ve basit bir yol olduğu gerekçesini de savunmak gerçekten zordur.

Bu anlatılanlar yanında, takip içinde birbirinden çok farklı süreler, başvurulacak merciler, yollar bulunduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Hangi takip yolunda ve hangi durumda, hangi sürede, nereye ve nasıl başvurulacağını bilmek bir marifet işidir. İcra ve İflâs Kanunu içinde, her türlü süre şu anda mevcuttur: üç gün, beş gün, yedi gün, on gün, on beş gün, yirmi gün, otuz gün. Bir de bunların ay, hafta ve yıl şeklinde olanları da vardır. Bu konuda güzel bir düzenleme örneği, yeni hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'dır. Bu Tasarı'da süreler yeknesak hale getirilmiş, temel üç tür süre ile tüm yargılama işlemlerinin yürütülmesi esası kabul edilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda da bu şekilde bir düzenleme yapılmalıdır. Bir de tebligat sorunu gibi devasa bir sorunu çözmeden, sürelerle oynamanın bir yararı yoktur.

3. İlâmsız İcranın Olumsuzlukları

Birçok sorun yanında takip hukukumuzun en önemli ve başta gelen sorununun ilâmsız icra yoluyla takip olduğu kanaatindeyiz. Bugün, konusu para (veya teminat) olan alacaklar için, herhangi bir dava açıp ilâm almadan ilâmsız icra yoluna başvurmak mümkündür (m. 42 vd.). Alacaklı, para (veya teminat) alacakları için, ilâmlı veya ilâmsız takip yollarından birini seçme hakkına sahiptir. Sadece alacak, rehinle teminat altına alınmışsa, Kanun'da belirtilen istisnalar dışında, önce rehnin (ilâmlı veya ilâmsız yolla) paraya çevrilmesi, ancak rehnin alacağı karşılamadığı ölçüde, diğer yollara ve borçlunun diğer

malvarlığına el atılması söz konusudur (m. 45). Takiplerin önemli bir kısmını para alacaklarının oluşturduğu, uygulamada da ilâmsız icranın önemli bir yer tuttuğu tartışmasızdır. Bu yol da, kendi içinde alacağın kaynağı ve bağlı olduğu belgeye göre üçe ayrılmaktadır. Bunu yukarıda belirttiğimizden ayrıntısına girmiyoruz. Bir para (veya teminat) alacağı söz konusu ise, kaynağı, hangi belgeye bağlı olduğu, hatta gerçekten öyle bir alacağın bulunup bulunmadığı, alacağın muaccel olup olmadığı araştırılmadan (rehinle teminat altına alınmamış olması şartıyla) doğrudan genel haciz yoluyla ilâmsız takip yapmak mümkündür (m. 58 vd.).

İlâmsız takip yolunun bugünkü düzenlemesi karşısında, gerçekten alacağı olmayan kişi dahi, ilâmsız takip yapabilir; borçlu süresinde ve usûlüne uygun şekilde bu takibe itiraz etmezse, takibi kesinleştirerek borçlunun malvarlığı üzerinde haciz uygulatıp sattırabilir. Buna ilişkin, uygulamada birçok örnek hepimizin malumudur. Eğer borçlu itiraz etmezse, hiç bir yargı kararı olmadan, borçlunun malvarlığına ve hâkimiyet alanına el atılmaktadır. Hâkim güvencesi ile yürütülen bir davada dahi, hâkimin takdirini sınırlandırır şekilde, (hukukî işlemlerin belirli bir miktarı geçmesi halinde) senetle ispat aranırken, bir icra takibinde hiçbir belgeye dayanmadan alacağın tahsiline imkân tanımak, kanaatimizce çelişkili bir durumdur. Ya senetle ispat kuralı kaldırılmalıdır ya da takipte de alacak için ciddî bir dayanak aranmalıdır. Hâkime güvenmeyip icra memuruna, hatta alacaklıya güvenmek kadar çelişkili bir durum olamaz.

Ortaya çıkan sakıncanın boyutunu anlamak için Atalay'ın, bu konuyu biraz da mizahî olarak ele aldığı, ilâmsız icrayı yargısız infaza benzeten makalesine bakmak yeterlidir. Çarpıcı olması bakımından Atalay şu örneği vermektedir:⁵ Bir suçla itham edilen kişiye ihtarname tebliğ edilerek (örneğinden Savcılıktan bir ihtar gönderilerek) belli bir süre içinde itiraz etmediği takdirde, suçlu sayılacağını öngören bir kanunî düzenleme ne

⁵ Atalay, İlâmsız İcra, s. 67 vd., özellikle s. 69.

kadar hukukî ise, temel hakları ihlâlâ, hatta ortadan kaldırma-ya elverişli ilâmsız icra yolu da o kadar hukukîdir.

Alacaklının haksız talebi ve takibi karşısında, borçlunun değişik sebeplerle (bilgisizlik, bilinçsizlik, ihmal vs.) takipte gerekli imkânları kullanamaması halinde, aslında mevcut olmayan ya da tartışmalı olan bir alacak için borçlunun malvarlığı değerlerine, özel hayatına, temel haklarına müdahale edilebilecektir. Aslında böyle bir takip yolu alacaklı bakımından da her zaman çok avantajlı değildir. Alacaklının elindeki belge ne kadar güçlü olursa olsun, borçlunun, başlayan takibi haksız da olsa bir itirazla durdurması mümkündür.

İcra memurlarımızın hukukçu olmadığı, kurallar yerine alışkanlıklarıyla takipleri yürüttükleri ve bunun yanında toplumsal alışkanlıklarımız düşünüldüğünde, ilâmsız icranın Türk uygulamasında başarılı olduğu söylenemez. İlâmsız icra, içinde pek çok tuzağı ve hileyi barındırmaya müsaittir. Bu sebeptendir ki, tazminat ve para cezası şeklinde yaptırımlar düzenlenmiş, bankalar da olduğu gibi, bazı alacaklı grupları lehine özel avantajlar sağlanmış, ancak buna rağmen yine de istenen sonuç elde edilememiştir.

İlâmsız icra, başlı başına sorundur ve sorun çözmek yerine yeni sorunlar üretmektedir. İcra takiplerinin başlangıcında sınırlı da olsa bir yargısal denetime ihtiyaç olduğunu, bunun birçok sorunu çözeceğini ve çözümünü kolaylaştıracağını düşünmekteyiz. Biz, her alacak için mutlaka ilâm alınsın demiyoruz; ancak bugünkü ilâmsız icra yönteminin de doğru olmadığını savunuyoruz. Mevcut sistemden de yararlanarak bizim önerimiz şudur: Para alacakları bakımından alacaklının menfaatine öncelik tanınsa da; alacaklı, elinde hiçbir belge olmadan ve alacağın varlığını ispat etmeden takip yapmamalıdır. Önerdiğimiz sistem içinde, şu anda 68. maddede belirtilen (veya ona muadil) belgelere sahip olmayan bir alacaklının, ilâmsız icra takibi yapamaması, önce dava açarak ilâm alıp ilâmlı takip yapması gerekmektedir. Elinde 68. madde kapsamında belge olan (ki bu belgeler de gözden geçirilebilir) alacaklı ise, ilâmlı takip yolunu tercih etmeyecekse, önce icra mahkemesine başvurarak

MUHAMMET
ÖZEKESİN
TEBLİĞİ

takip yapabilir izni almalı, icra mahkemesi belge üzerinden seri bir inceleme yaparak bu kararı vermelidir. Doğrudan icra mahkemesine bağlı çalışan icra dairesi de, bu izin üzerine takibi yürütmelidir. Bu konuda yapılacak incelemede ve yargılamada icra mahkemesi, alacaklının belgeye dayalı talebi üzerine, kısa süre içinde borçluyu da davet ederek dinlemeli, eğer borçlu, borçlu olmadığına ilişkin alacaklıyla aynı kuvvette belge ibraz ederse, alacaklının genel mahkemelerde alacak davası açması, ondan sonra ilâmlı icra yoluna başvurması; şayet borçlu, alacaklıyla aynı kuvvette belge sunamazsa, o zaman da alacaklının icra takibi yapması kabul edilerek, borçlunun menfi tespit davası açmaya zorlanması uygun olacaktır. Alacaklının takip yapmasına izin verilmesi halinde de, artık icra mahkemesi incelemesinden geçen bir talep söz konusu olduğundan, ayrı bir ödeme emri gönderilmeden, sadece borçluya ödeme ve menfi tespit davası açmak için bir süre tanınması yöntemi kabul edilmelidir. Önerdiğimiz sistem içinde, hem yargı denetimi dışında borçlunun malvarlığına el atılması engellenmiş olacak hem de alacaklı baştan yargı organına müracaat etmek suretiyle takip yapmak ve borçlunun gereksiz engellemeleriyle karşılaşmaktan kurtulacaktır. Bugün, önce takip yapılmakta, ardından itirazın kaldırılması veya iptali yollarıyla meşgul olunmakta, gereksiz çabalara girilmektedir. Yukarıda açıklanan karışık bir takım prosedürler sonucu takip yürütülmektedir. Oysa, önerdiğimiz sistem gayet basittir. Bu sistem içinde, zaten alacağını ispat bakımından yeterli belgesi olmayan alacaklı, ilâmlı icra yolunu tercih etmek zorunda kalacak, yeterli belgesi olan ve borçlunun aynı kuvvette belgelerle karşı koyamadığı alacaklı ise güvenle takibine devam edebilecektir; kendisi değil, borçlu menfi tespit davası açmak zorunda kalacak, dava açma külfetine katlanacaktır. Böylece borçlu hem sürpriz takiplerden kurtulacak hem de eğer elinde yeterli belgesi varsa, alacaklının haksız taleplerine engel olabilecektir. Bu sistem, tuzak kurma ve birbirinin gafletinden yararlanma üzerine değil, alacaklının da borçlunun da hukuka uygun hareket etmesi ve kendi üzerine düşeni yapması temeli üzerine kuruludur.

Yine önerdiğimiz sistem içinde, icra daireleri icra mahkemelerine bağlanarak keyfi hareket etmelerinin önüne geçilecek, ayrıca takibin de güvenceli yürütülmesi sağlanabilecektir. İcra mahkemesi, icra işleri için gerçekten bir özel mahkeme konumunu alırken aynı zamanda icra işlerini yürüten asıl organ olacaktır. Cebrî icra faaliyeti, yargılama faaliyetinden daha önemsiz bir faaliyet değildir, bu sebeple hâkim gözetiminde yürütülmelidir. Ancak önerdiğimiz bu sistem içinde, icra dairesi mahkeme yazı işleri gibi değil, hâkim nezaretinde işini yapan yarı bağımsız bir organ halini alacaktır. Böylece, icra daireleri üzerindeki birçok tereddüt ve tartışma da ortadan kalkmış olacaktır.

4. İcra ve İflâs Kanunu'nun Yapısının ve İç Ahenginin Bozulmuş Olması

İcra hukukumuzda diğer bir sorun da, sürekli yapılan müdahalelerle Kanun'un yapısı ve iç ahenginin bozulmuş olmasıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda bugüne kadar yirmiye yakın değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir kısmı ciddi değişikliklerdir. Örneğin, 2003 yılında, 4949 sayılı Kanun'la neredeyse Kanun'un üçte birinde, az çok değişiklik veya ekleme yapılmıştır.⁶

İcra ve İflas Kanunu'ndaki değişikliklerin önemli bir kısmı, yaşanan ekonomik krizler sonucu gerçekleşmiş, alacakların tahsilini hızlandırmayı amaçlamıştır. Bu krizlerin kaynağı göz ardı edilerek kalıcı tedbirler almak yerine, ülkemizde birçok alanda olduğu gibi görünürde ve kolaycı bir yol tercih edilmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki, ekonomik krizler ve onun etkileri, takip hukukuna ilişkin kurullarla değil, yine ekonominin kurallarına uygun düzenlemelerle ortadan kaldırılabılır. Panik kanunları diyebileceğimiz, ortaya çıkan belirli durumlara tepki olarak, anlık reflekslerle ya da belirli grupların etkisiyle yapı-

⁶ Bu konuda bkz. Pekcanitez, s. 234 vd.; Yılmaz, Düünden Bugüne, s. 9 vd.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

lan düzenlemelerin, yarardan çok zarar getirdiği tecrübeyle sabittir. Yeterince tartışılıp olgunlaştırılmadan, sistem içindeki uyumu gözetilmeden yapılan düzenlemeler, bir şeyi yaparken pek çok şeyi bozmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan bu tür düzenlemeler sonucu, Kanun'un zaten sorunlu olan yapısı, daha da bozulmuş, mehzazla uyumu kaybolmuş, hem kendi içinde hem de maddî ya da şeklî hukukun diğer kurallarıyla çelişkiler ortaya çıkmıştır. Yukarıda da anlattığımız üzere, Kanun'un mevcut halini, daha önceki değişiklikleri, sistemin bütününe gözetmeden yapılan düzenlemelerle, birbiriyle uyumsuz merciler, süreler, yollar ortaya çıkmış durumdadır. Bazı kişi veya gruplar için çok hızlı işletilmeye çalışılan sistem, bazıları içinse oldukça ağır ve uzun prosedürlerle yürütülebilmektedir. Bazı konularda çok sık değişiklik yapılırken, artık güncel ihtiyaçlara cevap vermeyen konularda ise, hiç değişiklik yapılmadığı göze çarpmaktadır.

5. Uygulama ve Yargı Kararlarındaki Olumsuzluklar

Yukarıda anlatılan manzaradan daha da sorunlu olan durum, uygulama ve yargı kararlarıdır. Hukukumuzun genel sorunu olmakla birlikte, icra hukukunda çok ciddi, hatta kriz boyutunda bir uygulama ve içtihat sorunu bulunmaktadır.

İcra hukuku uygulaması ve bu konuda verilen kararların bir kısmı, şu anda öz mantığından ve ondan da öte Kanun'dan kopuk haldedir. Kanun dışında, ikincil bir icra hukuku uygulaması oluşmuştur denilebilir. Bu sebeptendir ki, "teori başka uygulama başka" hurafesi, artık kanıksanır şekilde adeta kötü bir özdeyiş halini almıştır. Hatta bu hurafe genç hukukçulara, adeta bir imanî meseleymiş, bu olmazsa hukukçu olunamaz, hukuk alanında ilerlenemezmiş gibi aktarılarak beyinleri yıkanmakta ve sisteme ancak böyle dahil olacakları öğretilmektedir. Maalesef pek çok tecrübeli hâkim ve avukat, bu sözü bir övünç kaynağı olarak tekrarlamaktadırlar. Bu durum dahi, iş-

lerin bilgiyle değil, el yordamıyla yürütüldüğünün basit göstergesidir. Bilgiye ve gerçeğe saygı duyulmayan bir alanda ve ülkede, ortaya çıkan sonucu pek de yadırgamamak gerekir. Bilgiye dayanmayan uygulamadan çözüm beklemek de hayalciliktir. Eğer kanun tekse, Kanun'un dışında nasıl bir uygulama olacağını izahı yoktur! Şayet bu sözden kasıt, uygulamanın burada zikredemeyeceğimiz olumsuzlukları ise, onun da ne teoriyle ne vicdanla ne de akılla izahı yapılabilir.⁷

Bugün bir icra memuruna meram anlatmaya kalktığınızda, isterseniz icra hukukunda en derin meselelere vakıf olun, size söyleyeceği ilk şey "ben şu kadar yıllık memurum, böyle uyguluyoruz" olacaktır. Aynı şey yargılamalar için geçerlidir. Hâkime, verdiği bir kararın yanlışlığını işaret ettiğinizde "beğenmezseniz temyiz edersiniz" sözünü duyarsınız. Avukatlar, kanuna bakmak yerine, doğru veya yanlış bir içtihat bulmayı, icra dairesinin ve mahkemenin tavrını araştırmayı tercih eder olmuştur. Alışkanlıklar ve hurafeler, maalesef hukukun ve kuralların önüne geçmiş bulunmaktadır. Yani, kanun ne derse desin, hukuk ilmi ne derse desin, en açık kanun hükmü karşısında uygulamanın bu tavrı akan suları durdurmaktadır. İcra memurlarımızın ciddi bir eğitim sorunu olduğu açıktır. Bu, hem teknik hem de etik açıdan söz konusudur. Son yıllarda bazı çabalar olsa da, maalesef Adalet Bakanlığı'nın da bu konuya çok ciddi eğildiğini söyleyemeyiz. Bu çabalar da, bir sorunu çözmek için değil, adeta bir lazımevi ve bürokratik bir rutini yerine getirmek içindir.

Uygulamanın bu tavrı karşısında, maalesef Yargıtay kararlarıyla da sorunu çözmek mümkün olamamıştır. Bugün için, icra hukukunun, artık içtihat hukuku haline geldiği bir gerçektir. Kanun'un ne dediğinin hiç önemi yoktur, avukatlar ve mahkemeler, olayına özgü bir kararı Kanun'un açık hükmüne tercih etmektedirler. Peki, bunun karşılığında Yargıtay kararlarında bir istikrar var mıdır dersiniz, ona da gönül rahatlığıyla evet diyemiyoruz. Aynı konuda bir dairenin verdiği ka-

⁷ Bu konuda genel bir değerlendirme ve eleştiri için bkz. Özkes, Sorun, s. 1 vd.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

rarla diğerinin verdiği karar birbiriyle uyumlu olmadığı gibi, aynı daireden de farklı zamanlarda (hatta bazen aynı zamanda) farklı kararlar çıkabilmektedir. Bu durum, hukuk devleti, sürpriz karar yasağı gibi temel ilkelerle açık çelişki halindedir. Buna rağmen, Yargıtay kararlarına ulaşmak hiç kolay değildir. Burada verilecek en çarpıcı ve kimsenin itiraz edemeyeceği örnek, İcra ve İflâs Kanunu'nun 14. maddesi karşısında Yargıtay'ın tutumudur. Artık bir içtihat hukuku haline gelen (ve birbirinden farklı kararların verildiği) icra hukukunda, kararların bilinebilir, takip edilebilir halde olması için 4949 sayılı Kanun'la, Yargıtay'ın icra ve iflâs işlerine ilişkin kararlarının tamamının düzenli yayınlanacağı ve bu konuda bir yönetmelik çıkartılacağı açıkça kabul edilmiştir. Bu Kanun değişikliği üzerinden beş altı yıl geçmesine rağmen, bugüne kadar ne kararlar düzenli yayınlanmış ne de Yargıtay bu konuda bir yönetmelik çıkartmıştır. Teknik bir güçlük artık yoktur. Zira bu kararların tümü zaten bilgisayarda kayıtlıdır. Bilgisayarda kapalı devre çalışan sistemi herkesin kullanımına açmak yeterlidir. Bunun dışında, açık Kanun hükmü sebebiyle hukukî bir engel de artık yoktur. Herhalde Türkiye'nin en üst düzey hâkimlerinden oluşan bir heyetin, yönetmelik yapmaktan da aciz olduğunu düşünemeyiz. Kaldı ki, yargı organları Anayasa gereğince Türk Milleti adına karar verirler. Yani, kararlar özünde milletin malıdır. Milletin malını ondan niye saklıyoruz? Daha da ilerisi, biz milletin malı olan kararları, sadece belirli kişilerin ulaşma şansının olması sebebiyle yayınladığı bir takım kitaplara para vererek neden alıyoruz? Bugün yabancı yüksek mahkeme kararlarına elektronik ortamda ulaşabilirken kendi ülkemizin kararlarını para vererek satın almanın çelişkisi ortadadır. Bunun doğurduğu birçok sakınca söz konusudur. Uygulamada sahte kararlar üretilmeye başlanmıştır; yayınlanan kitaplar bilimsellikten uzak, sistematikten yoksun karar derlemesidir ve bu kararları Yargıtay sitesinden kontrol edemediğimizden, bu kararlar doğru mu değil mi bilememekteyiz. Bunun dışında konuyla ilgili bir toplantıda bir hususu eleştirdiğinizde, toplantıda bulunan Yargıtay temsilcileri, o konuda karar olduğunu, sorunu çözdüklerini söylüyorlar;

ama biz bu kararları bilmiyoruz ki... Bu noktada dikkat çekici bir husus da, uygulamacılar bir yandan iş yükünden şikâyet ederken (ki tamamen haklı bir şikâyettir) diğer yandan bu kadar kalın kitapları hangi zaman içinde yazdıkları noktasıdır. İcra ve iflâs hukukunun ilmiye sınıfı içinde, bugüne kadar bu kadar kalın kitap yazmayı başaran tek kişi, değerli Hocamız Baki Kuru'dur, onun yazdığından bile daha kalın kitaplar, bu iş yükü içinde nasıl başarılabilmiştir bilmiyoruz.

Bazen açık kanun hükümlerine rağmen içtihatlar çıkartılmaktadır. Bazı içtihatları Kanun'un açık hükümleri karşısında biz anlayamıyoruz. Şüphesiz bu, bizim bilgi yetersizliğimizden de kaynaklanıyor olabilir! Örneğin, Yargıtay'ın, alacaklı talep ettiği, icra memurunun borçlunun malını mutlaka haczetmesi gerektiği gibi kararları bulunmaktadır ve bu yerleşik bir hal almıştır. Oysa haczedilmezlik kuralları çok açıktır; keza icra memurunun 85. maddede taraf menfaatlerini telif etme görevi çok açık kanun hükmüdür. Bu açık hükümlere rağmen, Yargıtay kararlarında, *"eğer alacaklı isterse, sen onun talebini yerine getir"* şeklinde icra memuruna yönelik neredeyse açık bir emir yer almaktadır.⁸ Peki, icra memuru devletin mi, alacaklının mı memurudur? 85. maddedeki hacizde tertip ve bu maddenin son fıkrası gereksiz bir hüküm müdür?

⁸ "İİK'nın 85. maddesine göre haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesi zorunlu olup, memurun haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir hakkı yoktur. Haczedilmezlik durumu, haciz işleminden sonra, borçlunun şikayeti halinde göz önünde bulundurulacağından (HGK'nın 31.03.2004 tarih ve 2004/12-2002 esas-2004/196 karar) Mahkemece şikayetin kabulü ve İcra Müdürü işleminin iptali yerine, istemin reddi yönünde hüküm kurulması bu nedenle de yasaya uygun bulunmamıştır." 12. HD, 27.06.2006, 11103/14040 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "Gerek İİK'nın 79.maddesinde, gerekse 85. maddesinde yer alan ifadelerden ortaya çıkan sonuç, haciz isteminin icra memurunca yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve İcra Memuruna, haczedilecek menkul, gayrimenkul ya da hakların niteliği esas alınarak bunun haczinin mümkün bulunup bulunmadığı konusunda bir takdir yetkisi tanınmadığıdır." HGK, 18.06.2008, 12-433/430 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Kanun'un genel sistemi dışında kararlar verilmesine rağmen, bazen de gerektiği halde güncel ihtiyaçlara uygun kararlar verilmemesi sebebiyle, bir içtihatla çözülecek sorunlar derinleşerek varlığını sürdürmektedir. Bunun en güzel örneği haczedilmezliktir. Bu devirde hâlâ, biz buzdolabının haczedilebileceğini kabul ediyoruz. Oysa Yargıtay, 82. maddedeki vazgeçilmesi kabil olmayan mutfak takımı içinde, normal bir buzdolabını da kabul edebilir ve sorun rahatlıkla çözülebilirdi; ancak bu yapılmamaktadır. Bir içtihatla çözülecek mesele için, kanun çıkarmanın da, hukuk tekniği bakımından yerindeliği tartışmaya açıktır.

Bu sistem içinde şüphesiz avukatların durumunu da iç açıcı değildir. Maalesef bugün icra avukatlığı denilen özel bir avukatlık şekli gelişmiştir. Bilgiye dayalı değil, iş bitirmeye (!) dayalı bu tür avukatlığın kabul görmesi de, bir ülkenin hukuk uygulamasının geldiği noktayı göstermesi bakımından üzücüdür. Avukatlık sistemimizin genel sorunları ister istemez bu alana da yansımaktadır. Avukatlık sisteminin mutlak bir değişime ihtiyacı vardır.

B. TEMEL HAKLAR BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME⁹

1. Genel Olarak

Şunu belirterek başlayalım ki, çok ciddi bir değerlendirme yapılırsa, bizim icra hukukumuzun her bir aşaması, temel

⁹ Seçilmiş Literatür: Akıllıoğlu T., 1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları, *İnsan Hakları Yıllığı 1983-1984*, C. 5-6, s. 50 vd.; Akıllıoğlu T., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1. Maddeye Göre "Borç İçin Hapis Yasağı" Kuralı, *AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu* (1 Aralık 2001), Ankara 2001, s. 3 vd.; Akkan M., Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, *MİHDER*, 2007/1, s. 29 vd.; Alangoya Y., Anayasanın Medenî Usul Hukukuna Etkisi, *MHB*, 1981/2, s. 1 vd.; Beys K. E. (Hrsgb.), Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, 'Wissenschaftliches Symposion', Athen 1996 (bu sempozyum kitapçığında farklı ülkelerden bir çok yazarın tebliği yayınlanmış-

haklar bakımından sorunludur. Düzenleme ve özellikle de uygulama bakımından temel hak özürlü bir icra hukukumuz olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Yukarıda anlatılanla-

tır, ancak biz her birini burada ayrı ayrı belirtmeyeceğiz); Fischer N., Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, Frankfurt a.M. 2006; Gaul H. F., Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsatzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZZZ 112 (1999), s. 135 vd.; Gerhardt W., Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZZ 95 (1982), 467 vd.; Gözler K., *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Bursa 2008; Gözübüyük A. Ş./Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 7. Baskı, Ankara 2007; Iqbal Y., SchKG und Verfassung -untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Zürich-Basel-Genf 2005; Kuru B., Grundrechte und Zwangsvollstreckung im türkischen Recht (ausgewählte Probleme), Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, 'Wissenschaftliches Symposium' (Hrsg. K. E. Beys), Athen 1996, s. 557 vd.; Lippross O. G., Grundlagen und System des Vollstreckungsschutzes, Bielefeld 1983; Metin Y., *Ölçülülük İlkesi*, Ankara 2002; Münzberg W., Zwangsvollstreckung und Verfassungsrecht, DGVZ 1988/6, s. 81 vd.; Öden M., *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003; Schneider E., Die vollstreckungsrichterliche Durchsuchungsanordnung, NJW 1980/44, s. 2377 vd.; Stamm J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrecht, Tübingen 2007; Stürmer R., Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986), s. 291 vd.; Suhr D., Eine grundrechtsdogmatisch aufschlussreiche Zwangsversteigerung wegen vermögenswerter Rechte, NJW 1979/4, s. 145 vd.; Sungurtekin Özkan M., *İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, İzmir 2001, s. 177 vd.; Şimşek O., *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması* (Doktora Tezi-DEÜ Sosyal Bil. Ens.), İzmir 1999; Tanör B./Yüzbaşıoğlu N., *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2006; Vollkommer M., Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, s. 1 vd.; Walker W. D., Notwendigkeit und Umfang einer Durchsuchungserlaubnis für den Gerichtsvollzieher, Festschrift für Helmut Kollhoser zum 70. Geburtstag, Band II, s. 755 vd.; Wieser E., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung, ZZZ 98 (1985), s. 50 vd.; Wieser E., Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung, ZZZ 98 (1985), 427 vd.; Wieser E., Der Grundsatz der Erforderlichkeit in der Zwangsvollstreckung, ZZZ 100 (1987), 146 vd.; Yıldırım M. K., *İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları*, 1989/1-3, s. 98 vd.; Yılmaz E., Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra Suçları, *Ergun Önen'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 493 vd.; Yılmaz E., Medenî Yargıda İnsan Hakları, *TBBD*, 1996/2, s. 149 vd.; Yılmaz E., Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, *ABD*, 1984/2, s. 200 vd.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

rın bir kısmı, aynı zamanda temel haklar bakımından da sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna rağmen icra hukukunun temel haklarla bağlantısı üzerinde maalesef çok fazla, hatta neredeyse hiç durulmamaktadır. Uygulamamız böyle bir bakış açısından ve hassasiyetten tamamen yoksun olup böyle bir yaklaşımı ütöpik, idealist düşünceler olarak algılayıp biraz da burun kıvırmaktadır. Teori başka uygulama başka hurafesi, burada da karşımızda bir duvar gibi tüm ihtişamıyla durmaktadır.

İcra hukukumuzda temel haklar ve ilkeler bakımından hiç de iç açıcı olmayan bir durum mevcut olmakla birlikte, temel hakların icra hukukunda gözetilmesi bir zorunluluktur. Çünkü, icra hukuku gibi zor kullanma ve borçlunun (hatta üçüncü kişilerin) hâkimiyet alanına müdahale sonucunu doğuran bir alanda, her an temel hak ihlâli potansiyeli mevcuttur. Son yarıyıld, insan hakları ve temel haklar alanında insanlık önemli bir gelişme göstermiştir. Daha genel ve ideal bir başlık olan insan hakları kavramı altında, onun daha somutlaşmış hali temel haklar kataloğudur. Genel hukuk ilkelerinden ve Anayasa'dan kaynağını alan temel haklar, bir yandan anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı (AY m. 11), diğer yandan iç hukuk ve uluslararası hukuktaki insan haklarını koruyan düzenlemeler çerçevesinde, icra hukukunda da gözetilmek zorundadır. Bu bir lütuf değil, hak ve zorunluluktur (AY m. 12, 40).

Temel haklar bakımından çıkış noktası, insan onurudur. Bir üstün değer olarak insan onuru, diğer tüm temel hak ve ilkelere de kaynaklık etmektedir. Her temel hak ve ilke, az çok icra hukukuyla bağlantılı olmakla birlikte, öncelikle gözetilecek temel hak ve ilkeler şu şekilde belirtilebilir: Hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı, kişiliğin, kişilik haklarının, konutun, özel hayatın, haberleşme özgürlüğünün, ailenin, mülkiyet hakkının korunması; eşitlik, ölçülülük, sosyal devlet ilkeleri. Ancak, örneğin çalışma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, hayvanların korunması gibi haklar da dikkate alınması gereken haklar arasındadır. Temel haklar gözetilmediğinde, temel haklara ve insan haklarına

saygılı bir icra hukuku anlayışının varlığından söz edilemez. Maalesef bugün temel haklar denilince, ülkemizde öncelikle ceza hukuku ve kısmen idare hukuku akla gelmektedir. Oysa genelde her alanda, özellikle de devlet müdahalesinin ortaya çıktığı durumlarda, temel hak ve ilkeler dikkate alınmak durumundadır. İnsan hakları ve temel haklar, bir yönüyle gücü ve devlet otoritesini sınırlandırmayı, deyim yerindeyse disipline etmeyi amaçlamaktadır. İsmiyle mütenasip olarak, devletin tekel olarak elinde tuttuğu cebrî icra faaliyeti, zor kullanmayı da içeren bir alan olduğundan, bu disipline fazlasıyla ihtiyaç vardır.

İcra hukukunda temel haklar denildiğinde, genellikle borçlunun hakları akla gelmektedir. Bu tamamen yanlış da değildir. Çünkü cebrî icra faaliyeti, borçluya karşı yürütülmekte, onun alanına müdahale edilmektedir. Ancak her temel hak, az çok takibin tüm sùjeleri için uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca bazı temel haklar, alacaklı ya da borçlu bakımından özel önem taşımaktadır. Örneğin, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı alacaklı bakımından öncelikli temel haklardır; bununla birlikte alacaklının adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkından mahrum bırakılması düşünülemez, ölçülük ilkesinin alacaklı için geçerli olmadığı söylenemez. Bunların yanında, üçüncü kişiler de takip içinde temel haklarına haksız müdahalelerden korunmak zorundadırlar.

2. İcra Hukukumuzun Temel Haklar Bakımından Durumu Hakkında Bazı Örnekler

İcra hukukumuzun temel haklar noktasında pek olumlu olmayan görüntüsü için örnek vermek zor bir şey değildir. Ancak, biz birkaç açık örnek vermeye çalışacağız.

Temel haklar bakımından en çarpıcı örnek, konut dokunulmazlığına ilişkin düzenleme ve uygulamadır. Anayasa'nın 21. maddesinde konut dokunulmazlığı açıkça düzenlenmiş, konuta girilmesi ve arama yapılması için hâkim kararı gerektiği

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

belirtilmiştir. Fakat bugüne kadar icra uygulamamızda, İcra ve İflâs Kanunu'nun 80. ve 81. maddelerindeki icra memurunun zor kullanma yetkisinin, konuta zorla girmeyi de kapsadığı neredeyse tereddütsüz kabul edilmiş, Anayasa'da düzenlenen konut dokunulmazlığına aykırılık üzerinde durulmamıştır. Oysa Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü karşısında, böyle bir uygulamanın kabulü mümkün değildir. Nitekim bu konu Almanya'da da uzun süre tartışılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi, 1979 tarihinde, ZPO § 758'deki icra memurunun yetkileri çerçevesinde, borçlunun konutuna girilmesinin ancak hâkim kararıyla olması gerektiğine karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu şekildeki bir müdahalenin kanuna dayanması gerektiğini ve bu kanunî şartların bulunup bulunmadığının, ayrıca ölçülülük ilkesine uygunluğunun ancak kanunî, tarafsız ve bağımsız bir hâkimin incelemesi ile mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁰ Alman Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili başka kararları da bulunmaktadır. Bu kapsamda, Mahkeme, örneğin, vergi alacaklarının tahsiline ilişkin düzenlemede yer alan benzer bir hüküm hakkında (AO § 287) da yine aynı gerekçeleri kullanarak karar vermiştir.¹¹ Alman Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu bu gerekçelerin tümü, hukukumuzda da aynen geçerlidir. Zira her iki Anayasa'da da konut dokunulmazlığı hakkındaki korumanın temel anlayışı birbirine yakındır. Her ikisinde de konutun dokunulmaz ve asıl olanın hâkim kararı ile arama olduğu belirtilmiştir (AY m. 21; GG Art. 13). Alman hukukunda bu konu oldukça ayrıntılı tartışmalara konu olmuş ve her yönüyle incelenmiştir. Hukukumuzda ise, uygulama böyle bir hassasiyet taşımadığı gibi, yargı organlarının da bu yönde bir titizlik gösterdiği söylenemez. Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı üzerinden tam otuz yıl geçmiştir. Bu sebeple, temel haklara hassasiyette konuyu en iyi ihtimalle bile otuz yıl geriden takip ettiğimizi bile söyleyemiyoruz. Çünkü otuz yıl geçmiştir, bizde bir adım dahi ilerleme yoktur.

¹⁰ BVerfGE 51, 97.

¹¹ BVerfGE 57, 346.

Eşitlik ilkesine kanun seviyesinde açık aykırılık teşkil eden çarpıcı bir örnek, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte, itiraz yargılaması sonunda öngörülen tazminatlardır (m. 169a/VI ve m. 170/III, IV). Burada borçlu aleyhine % 40, alacaklı aleyhine ise % 20 tazminat kabul edilmiştir. Bunun hiçbir makul, hukukî ve mantıkî açıklaması yoktur. Hukukî bilgiye bile ihtiyaç duymayan, ancak izahı pek mümkün olmayan açık matematiksel bir eşitsizlik görülmektedir. Bu açık aykırılık yanında, alacaklının daha düşük olan tazminat miktarına mahkûm edilme şartları da, neredeyse karar verilmesi mümkün olmayacak şekilde ağırlaştırılmıştır.¹²

Borçla ilgisi olmayan bir kimsenin mülkiyet hakkına el atmak bakımından, 88. maddenin ikinci fıkrası, başka bir temel hak ihlâli örneğidir. Bu hükme göre, üçüncü kişinin elindeki mal haczedilirse, alacaklının, malın üçüncü kişinin elinde kalmasına muvafakat etmemesi durumunda, mal üçüncü kişinin elinden alınabilmektedir. Bu, maddî hukukun mülkiyet ve zilyetlik kurallarına aykırı olduğu gibi, temel bir hak olan mülkiyet hakkına da aykırıdır.¹³

İcra ve İflâs Kanunu'nun kredi kurumları lehine olan düzenlemeleri (m. 68b, 150ı gibi) ise, eşitlik ve ölçülülük ilkeleri karşısında tümüyle sorunludur. Alacaklı olan kredi kurumu, kendi düzenlediği belgelerle takip yapabilmekte, borçlunun savunma imkânları ortadan kaldırılacak şekilde sınırlandırılmakta, buna karşı kredi kurumuna neredeyse her türlü imkân tanınmaktadır.¹⁴

Son yüzyılda birçok mücadelenin merkezinde olan ve Anayasa'nın temel ilkeleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesi karşısında, haczedilmezlik hükümleri artık eskimiş durumdadır. Hâlâ satıldığında para etmeyen, hatta satılamayan borçlunun basit ev eşyalarının haczine imkân tanınmaktadır; hâlâ daha asgarî ücret alan bir kimsenin ücreti haczedilebilmektedir.

¹² Bu konuda bkz. Pekcanitez, s. 234 vd., özellikle s. 249.

¹³ Bu konuda bkz. Atalay, Eleştiri, s. 17 vd.

¹⁴ Bu konuda bkz. yuk. dn. 2.

Özünde doğru bir düzenleme gibi görünmekle birlikte, borcunu zamanında ödemeyen devlet karşısında, devlet mallarının haczedilmezliği kuralı, vatandaşı bilerek mağdur etmekten başka bir işe yaramamaktadır. Devlet, kendi alacağı için özel takip yolları öngörüp diğer icra takiplerinde de kendi lehine öncelikler ihdas ederken, kendisi borcunu ödemediğinde tek yol olan malının haczine de engel olunacak bir düzenleme bulunmaktadır¹⁵. Bu durum, adil ve sosyal hukuk devleti anlayışı karşısında savunulamaz bir durumdur.

Zikredilen birkaç olumsuz örnek bile, icra hukukumuzun ne kadar yenilenmeye, özellikle de temel hak noktasında gözden geçirilmeye muhtaç olduğunu ortaya koymaktadır. Malesef bugüne kadar ne Anayasa Mahkemesi ne de Yargıtay bu konuda temel hakları koruyucu bir içtihat birikimi sağlayabilmiş, tıkanan sistemin önünü en azından mevcut hukukî imkânlar ölçüsünde içtihat yoluyla açabilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin icra cezaları hakkındaki birkaç olumlu kararı dışında, bu konuda ortaya konulabilecek olumlu örnek sayısı yok denecek kadar azdır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yaptığımız açıklamalardan sonra, tespit ve öneri olarak şu temel noktaları belirtebiliriz:

1. İcra hukukumuzun hem düzenleme hem de uygulama bakımından çok ciddi sorunları vardır. Mevcut sistem ve uygulama, sorun çözmek yerine adeta sorun üretir hale gelmiştir. Ancak, icra hukukundaki sorunlara bakılırken, hukukun bir üst yapı kurumu olduğu, toplumun sosyal ve ekonomik yapısındaki aksaklıkların icra hukuku yoluyla düzeltilemeyeceği unutulmamalıdır. Ekonomik krizler, tüketim alışkanlıkları, kredi ilişkileri, borç ödeme ahlâkı, icra hukuku tedbirleriyle düzeltilemez. Sebepler göz ardı edilerek sadece sonuca yönelik

¹⁵ Devlet mallarının haczedilmezliği hakkında bkz. Karayalçın, Devlet Malları, s. 119 vd.; Yılmaz, Devlet Malları, s. 601 vd.

şekilde, icra hukukundan medet umulması bir fayda sağlama-yacaktır.

2. Birden fazla takip kolunun ve yolunun olması, bunların farklı farklı kanunlarda yer alması ve sistem birliğinin bulunmaması, takip hukuku bakımından bir dağınıklığa sebep olmaktadır. Takip hukuku tek bir kanunda düzenlenmeli; takip için tek bir organ görevli olmalı; takip yollarının temel ilkeleri doğru tespit edilerek bu ilkeler üzerine sistem kurulmalıdır. Bu yeknesaklık sağlandıktan sonra, bazı özel hükümlerle, ilgili takip alanlarının ihtiyaçları gözetilerek alt düzenlemeler yapılabilir. Bir düzenleme yapıldıktan sonra da, her ekonomik kriz veya sorun ortaya çıktığında, icra hukuku alanına müdahale edilmekten vazgeçilmeli, bazı baskı gruplarının talepleri doğrultusunda, kanunun sistemi ve iç ahengini bozan yöntemlerden kaçınılmalıdır.

3. İlâmsız icra yolu kaldırılmalı, bu çalışma içinde önerilen şekilde alacaklı ve borçlu menfaatini dengeleyecek, öncesinde yargısal denetimin olacağı yeni bir seri takip yolu kabul edilmelidir. Takip yolları azaltılmalı, ilâmlı icra takibi ile önerilen seri icra takibi yolu şeklindeki iki takip yolu dışında, diğer takip yolları kaldırılmalıdır. Takipler içindeki süreler, merciler, başvuru yolları basitleştirilip azaltılmalıdır.

4. İcra memurlarının görev ve yetkileri ile kısmî bağımsızlığı muhafaza edilmekle birlikte, icra daireleri doğrudan icra mahkemelerine bağlanmalı; yargılama faaliyeti kadar önemli olan cebrî icranın, hâkim güvencesi ile yürütülmesi sağlanmalıdır.

5. Yargı kararlarında ve uygulamada ortaya çıkan, hukukumuzun genel sorunlarından ayrılmayan icra hukuku sorunlarının özellik gösteren noktaları tespit edilerek bu noktaların çözümüne ağırlık verilmelidir. Bu çerçevede, Kanun'un açık hükmü olan Yargıtay kararlarının yayınlanması bir an önce sağlanmalıdır.

6. Kişilerin hâkimiyet alanına müdahale sonucunu doğuran cebrî icranın, temel haklarla doğrudan bağlantısı bulunduğu, hem kural koyucular hem de uygulayıcılar tarafından sürekli göz önünde tutulmalı, bu konuda hassasiyet gösterilmelidir. Özellikle Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi, temel hakları güvence altına alacak bir yaklaşım sergilemelidir.

7. Bu tebliğin kapsamı dışında kaldığından üzerinde durulmamakla birlikte, küllî icra tamamen gözden geçirilerek, artık çağa uymayan küllî icra sistemi kaldırılmalı, orada da yeknesak ve ihtiyaçlara gerçekten cevap veren bir yol izlenmelidir. Bu çerçevede, küllî icranın ayrı bir kanunda düzenlenmesi de tartışılmalıdır.

8. Adalet Bakanlığı'nın önce ciddi bir araştırma yapması, sonra bir tercih ortaya koyması ve ona göre düzenleme yapmak için adım atması yerinde olacaktır. Diğer kanunlarda izlenen yöntemin, yani konunun uzmanlarından karma bir komisyonun kurulmasının, takip hukuku bakımından yapılacak düzenlemede istenen yararı sağlamayacağı kanaatindeyiz. Bu konuda önerimiz şudur:

▪ Öncelikle farklı kesimlerden (yargı organları, icra organları, barolar, üniversiteler, ilgili kurumlar) görüşler alınmalı, bu görüşler alınırken özellikle mevcut sistemin mi muhafaza edilerek düzeltilmesi gerektiği, yoksa yeni bir sistemin mi tercih edilmesinin uygun olduğu sorulmalıdır. Burada, ilâmsız icranın sistem içinde korunup korunmayacağıın tespiti önem taşımaktadır.

▪ Ortaya çıkan genel kanaate göre, o kanaatte olanlardan oluşan komisyon kurulmalıdır. Örneğin, tercih ilâmsız icranın muhafazası yönünde ise, o zaman ilâmsız icraya karşı olan kişiler bu komisyonda yer almamalıdır.

▪ Bunların dışında bugüne kadar denenmemiş bir yol daha tercih edilebilir. O da, temel tercihleri farklı olan kişilerden oluşan, ancak daraltılmış gruplar halinde iki veya üç ayrı komisyon kurulması, bunların eş zamanlı çalışıp belirli

bir süre sonunda iki veya üç ayrı taslak ortaya koymaları, bu taslaklar tartışmaya açılarak en çok kabul görenin ana yapısı ve tercihi korunarak, diğer taslaklardaki olumlu yönlerden de yararlanılmasıdır.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Sayın Özekes'e teşekkür ediyoruz.

Ben, burada bir ekleme yapmak istiyorum. Hacizden feragat halinde, yani haczin kaldırılmasının istenmesi halinde bir dönemde gerçekten tahsil harcının tümünün yatırılması isteniyordu, fakat Adalet Bakanlığı bir genelge yayınladı ve bu halde artık harç istenemeyeceğini belirtti. Bu yüzden bugün itibarıyla bu uygulama ortadan kalkmış durumda.

Şimdi, her iki hocamın konuşmaları nedeniyle ben şahsen hararetli bir tartışma bekliyorum. Yalnız programa göre tartışma için ayrılan zaman kırk beş dakika. Bu süreye uyulabilmesi açısından lütfen sorularımızı ve açıklamalarımızı belli bir zamanla sınırlı tutalım.

Değerli meslektaşlarım, şimdi on beş dakika ara veriyoruz.

TARTIŞMA

3. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Değerli meslektaşlarım, oturumumuzu açıyorum.

Şimdi söz almak isteyenler lütfen işaret etsinler.

Sayın Süha Tanrıver, Sayın Ramazan Arslan, Sayın Cengiz Tuğral.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Dün de tartışıldı, bugün de tabii tartışmalar ilamsız icra üzerinde yoğunlaştı.

Burada iki noktaya temas etmek istiyorum: İlamsız icrayı kaldırma gibi bir eğilimin de burada dillendirildiğini görüyorum. Sistemin işleyişindeki aksaklıkların giderilmesiyle, ıslah edilebilirlikle, sistemi tümüyle lağvetmek birbirinden farklı kavramlar. O nedenle bu iki kavramı bir arada mütalaa et-

mek doğru değil. İlamsız icra kurumu, iyi kötü bugüne kadar varlığını korumuş, belirli bir işlevi yerine getirmiş bir kurum. Şüphesiz sistemin işleyişi bağlamında ıslaha muhtaç noktalar mevcuttur. Islaha muhtaç olmak ayrı bir şeydir, kurumu külliyen lağvetmek, ortadan kaldırmak ayrı bir şeydir. O nedenle, bu noktaya dikkat çekmek istiyorum.

İkinci olarak yine burada vurgulanması gereken bir başka nokta, icra hukukunun genel sorunları üzerinden ilamsız icrayı eleştiriliyor. Yani, söylenen birçok, işte 128, 97/a maddesi gibi başka maddeler de örneklenebilir. Tebligat sorunu -ki hem yargının hem cebri icra sisteminin işleyişi genel sorgu konumundadır-. Genel sorunlar üzerinden ilamsız icra bağlamında bir eleştiri yapılmasını doğru bulmuyorum. Bir günah keçisi aranıyorsa, bu günah keçisi ilamsız icra olmamalıdır diye düşünüyorum.

Bir başka nokta, yine burada vurgulanması gereken bir nokta, hatta "*ilamsız icra yargısız infazdır*" gibi çok ağır bu genel sorunun ilamsız icra bağlamında yoğunlaşmasının belki bir yansıması olarak algılanabilir. Çok ağır laflar. Yetmiş seksen senedir ayakta duran bir kurumun lağvedilip edilmeyeceğine karar verirken birçok şeyi iyi araştırıp, iyi dengelemek lazım. İlamsız icrayı kaldırdığınız takdirde bütün icra sistemi ilamlı icradan ibaret olacak. İcra hukukunun bağımsızlığının da bir anlamda tehlikeye düşmesi sonucunu doğurur. Birçok ülkede zaten ayrı bir icra iflas kanunu da yok, İcra Kanunu daha doğrusu. "*Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi*" başlığı altında usul kodifikasyonlarının içerisinde bu düzenlemelerin yapıldığını görüyoruz. İlamlı icrayı işler hale getireceğim diye ilamsız icrayı tümüyle lağvetmek, bu sefer ilamlı icrayı belki de işlemez hale sokacaktır.

Şunu da, belki uç bir örnek ama vermek durumundayım: Bilirkişilik kurumun hukuk yargısındaki durumu ortada, çok kötüye kullanılıyor. Ama kimse hukuk yargısı, dava hakkını ortadan kaldıralım yahut tahkime özendirelim şeklinde bir yaklaşım içerisinde değil. Tebligat sorunu yahut başka sorunları baz alıp tamamen bu kurum üzerinden, ilamsız icra

TARTIŞMA

kurumu üzerinden tartışmaları yürütmek de bana pek doğru gelmiyor.

Burada söylendi işte, senetsiz alacaksız ilamsız icra yapılıyor. Senetsiz para alacağı için iflas yoluyla takip de mümkün, genel iflas yoluyla takip diye bir kurumumuz var. O kaldırılacaksa o zaman buna ne yapmak lazım? Tekrar söylüyorum: ıslah edilebilirlik, ıslaha muhtaç olma ile kurumun lağvedilmesi birbirinden farklıdır; bunu kesin çizgilerle birbirinden ayırmak lazım. Sistem korunmalı, fakat mutlaka ıslaha muhtaç olan noktaların da gözden geçirilmesi gerekir kanaatindeyim.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ediyorum. Sayın Arslan, buyurun.

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN: Teşekkür ederim sayın Başkan.

İlamsız icranın varlığını sürdürmesi konusundaki görüşümü bazı eleştirilerimle birlikte dün açıkladığım için konuya girmeyeceğim. Prof. Walker'in ve bugün Özeken'in sözünü ettiği 1979 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi kararından kısaca söz etmek istiyorum. Bu karar gerçekten beni çok etkilemişti. 1980 yılında ya da 1981, ondan emin olamadım, bu kararı ben tercüme ederek *Ankara Barosu Dergisi*'nde yayınladım. Hiçbir tepki almadım. Yıllar geçtikten sonra icra işleriyle uğraşan bir hâkim arkadaşla konuşurken bundan söz ettim, 12. Hukuk Dairesi'nde görevliydi. Dedi ki "*hocam, biz fark ettik, ama daha o kadar uzağız ki o noktalardan, onun için bir değerlendirme yapmadık veya kararlarımızla bunu tartışmayı bile düşünmedik*" Bugün herhalde o uzak noktadan biraz daha yaklaşmış olmamız gerekir.

Gerçekten ben bu konu ısrarla dile getirildiği için tekrar vurgulamak istedim. "*Schuldnerfreundlich*" olmak da gerek-

miyor, rastgele konuta girilip icra memuru kararıyla haciz yapılması, alt üst edilmesini ben kabul edemiyorum. Hakim kararı olduğu zaman, hakim en azından izin isteyen icra memuruna soracaktır: Yahu, başka malını haczettin mi, etmedin mi, var mı yok mu? Şimdi malum, alacaklı nereyi gösterirse oraya gidiliyor hacze. Önce konuta gidiliyor, rahatsız olsun diye. Dün bir arkadaşımız da bahsetti "taciz haczi" diye. Böyle bir haczi yok, malum. Ama uygulamada demek ki böyle bir ad takılmış. Bundan başlarsak hem kişi özgürlüğünü korumuş hem de bu konuda bir adım atmış oluruz.

Evet, borçlu dostu olmak güç, olmak şart da değil, gerek de değil, böyle temel hakları korumak kaydıyla. Ama dengeyi mutlaka korumamız lazım. Alacaklı-borçlu yarar dengesini korumamız gerekir. İsviçre Kanunu'nun temelinde bu vardı, bizde zaman içinde bu denge bozuldu maalesef. Alacaklı lehine yer yer bozuldu, bunu da inkâr etmek mümkün değil. Özellikle bankaların bazı sıkıntılarını etkin bir biçimde dile getirme ya da lobi faaliyetini iyi yürütmelerinin de bunda etkisi olduğunda şüphe yok. İşte, bunun için de malum denildi ki: "Bu halkın parasını toplayan, değerlendiren ve bu nedenle hepimizin yararını gerçekleştiren kurumlardır, o nedenle bunların alacaklarını tahsil etmeleri gerekir ki milli ekonomi de zarar görmesin" gibi haklı gerekçeler de var ama alacaklı-borçlu yarar dengesini bozmamaya, temel ilkemizin bu olması gerektiğine mutlaka karar vermeliyiz.

Sayın Başkan, sizin kısa tutun sözünüze uyacağım ama, bir iki ümleyle bu konudaki endişemi dile getireceğim. Bunu biz çok zor yapacağız. Çünkü alacaklı kendi açısından bakıyor ve haklı gerekçeler ortaya koyuyor. Az önce kısaca özetlediğim gibi. Borçlu, böyle örgütlü değil, ama bizler haksızlığı görüyoruz, dengenin bozulduğunu görüyoruz, bazı düzenlemelerle. Peki, bu nasıl çözülecek? Zor. Bir tarihte benzeri bir sempozyumda iki gün boyunca konuşmacıların çoğu bir kanun değişikliği sonrasıydı, borçlu aleyhine kanundaki dengenin bozulduğunu dile getirmeye çalıştılar. Sonra bir bankanın genel müdürü oradaydı, bütün gün takip etti, sonra kalktı

TARTIŞMA

dedi ki: “Siz ne derseniz deyin bu kanun baştan aşağı alacaklı düşmanıdır veya borçluyu koruyor” dedi. Yani, taraflar kesin bir tavır almış durumda. Bunu yumuşatmak bir orta ve doğru yolu bulmak gerekir diye düşünüyorum. Bence de, Sayın Tanrıver de dile getirdi, hem usulün hem icranın temel iki sorunu var, kanayan yarası var: Tebligat ve bilirkişilik uygulaması. Bu ikisini çözdüğümüz zaman, bu bozulan dengenin sakıncalarını azaltabiliriz ve bu dengeyi tekrar kurmanın yolunu açabiliriz.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Tuğral, buyurun.

Av. Cengiz TUĞRAL: Yasalar toplumda düzeni kurmak ve idame ettirmek için vardır. Ekonomik krizler mutlak surette toplumda birtakım dengeleri bozmaktadır. Arkadaşlarımızın çoğunun söylediği gibi, her ekonomik krizden sonra yasalarda birtakım değişiklikler yapma alışkanlığı maalesef gide-rilememiştir. Ancak, toplumdaki dengenin bozulmuş olması, toplumun yapısında da etik bazı bozulmaları gündeme getirmekte, bu etik bozukluklar da çığ gibi sorunları özellikle yargıya ve icraya intikal eden sorunları büyütmektedir. Biz toplumdaki dengeyi olması gereken ideal ölçülerde tutabilmek uğruna, yasalarda gerekli bütün değişiklikleri yapmakla mükellefiz. İcra İflas Kanunu veya Kanun’un herhangi bir bölümü bu düzenlemelerin dışında kalması söz konusu olamayacak konumdadır. Bütün yasalar için aynı şey söz konusu. Şu anda icra dairelerine intikal eden sadece ilamsız takiplere konu işlerin 10 milyon gibi bir rakamı bulmuş olması karşısında ne nitelik ne nicelik olarak bu selin karşısında durabilmek, yargının icra daireleri için mümkün değildir. Başka bakış açıları ile olaya yaklaşmak, gerektiğinde bağımsız ama sağlıklı bir kontrol mekanizması içerisinde yargının dışında çalışabilecek sırf ilamsız takip işlerini yürütecek mekanizmaların oluşturulmasını düşünmemiz ve tartışmamızın zamanı gelmiştir. Zira yar-

gıya intikal edecek olan ihtilafların büyük bir kısmı, bu ilamsız icra takibi dediğimiz alacak işlerinin tasfiyesi aşamasında mahkemelere gitmek veya gitmemek durumundadır. Eğer biz buradaki düzenlemeyi sağlıklı işleyecek ve bu işleme esnasında hem alacaklıya hem borçluya ve eğer mümkün olabilirse bu işin içerisine sokulacak avukatları da sorumlu kılmak suretiyle haksız alacak veya haksız borç altında kalacak, ezilecek insanları bu işin dışında tutarak herkeste bulunması gereken vasfın, dürüstlük vasfının kazandırılarak ihtilafları asgariye indirecek bir çizgiye toplumu çekmekle mükellefiz diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Atalay, buyurun.

Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim.

Ben konuşmacı değerli hocam Bilge Umar'a ve değerli kardeşim Muhammet Özekes'e teşekkürlerimi sunuyorum. Bilge hocam benim ustamdır, hem kendisinden icra iflas hukuku dersi aldım. Asistanlığımın ilk zamanlarında fakültedeydi, sonra manevi olarak yanımızda ama fiilen şu anda İstanbul'da kendisi. Gerçekten istifade ettik.

Hocamızın yıllardan beri söylediği, bizim de yöntem olarak, metot olarak ondan öğrendiğimiz çok farklı bir bakış açısı var. Her kendi alanıyla, uzmanlık alanıyla ilgili kanunlar, Usul Kanunu'nun, İcra İflas Kanunu'nun altyapı bakımından eleştirisini yaptık. Yani temelindeki zihniyet nedir, ideoloji nedir? Malumunuz, üzerinde çok durmaya gerek yok, hukuk bir üst yapı kurumudur. Yani o düzenlediği, ilişkili olduğu ekonomik, sosyal, kültürel altyapı üstünde şekillenen bir üst yapı kurumudur. Bizim İcra İflas Kanunu da 1889, yani XIX. Yüzyılın ikinci yarısının sosyo-ekonomik ilişkilerini düzenlemek

TARTIŞMA

üzere kaleme alınmış. Hocamızın değerli çalışması, "İcra İflas Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi"nde bunları -genç arkadaşlarımız için söylüyorum- dolu dolu alabilirler. Fakat tabii XXI. yüzyılda, yani iki yüz yıl sonra biz İcra İflas Kanunu'nda bir müesseseyi, ilamsız icra müessesesini tartışıyoruz. İki yüz yıl önceki ilişkilerle çok farklılaştı. Ancak temel ihtiyaçlar noktasında herhalde çok da farklı şeyler söylemiyoruz. Adalet ihtiyacı, sosyal adalet, yani zayıfın korunması, taraflar arasında dengenin sağlanması ve temel haklar ve temel ilkeler. İcra İflas Kanunu içindeki bir bölümün, yani bir takip usulünün bütün günahların kaynağı olmadığı doğrudur. Süha arkadaşımıza katılıyorum, tek başına günah keçisi değildir elbette. Bozulan altyapı vardır, bozulan etik tutumlar vardır ve onun üzerinde de İcra İflas Kanunu uygulaması tabii ki bozuluyor. Ama İcra İflas Kanu'nun ilamsız takibe ilişkin hükümlerinde bir garabet de var, onu da kabul etmek lazım. Dün İsviçre'li misafirimize sormuştuk, Bilge hocam da değindiler, İsviçre'de senetle ispat mecburiyeti yok. Senetle ispat mecburiyetinin olmadığı bir sistemde senet aramadan icra takibine başlanması makul karşılanır, tutarlı olur en azından. Ama bir yanda senetle ispat mecburiyetini kabul ediyorsunuz ve katı bir şekilde uyguluyorsunuz, bir yandan da alacaklı olduğu iddiasında olan kişiden hiçbir belge dahi beklemeden takibe başlayabiliyorsunuz. Olabilir; ama en azından adaletli olun, karşı tarafa, borçluya da bir belge aramadan ispat etme imkânı verin. Yani, şunda bir tutarsızlık var: Alacaklıya takibe başlarken hiçbir belge sunmak zorunda değil, itirazda da takip duruyor, orada denge sağlanıyor, fakat 68'deki-68/a'daki belgeler dengeyi bozuyor. İşte, belki buraları, işte şikâyetler buraya geliyor. Yoksa tabii ki bir müessese tek başına kavram olarak günahkâr olmaz. Onun şekillenmesine yol açan bazı hükümlerin şiddetle değişmesinde fayda var. Dengenin sağlanması zorunludur.

İkincisi, değerli hocamın belirttiği bazı müesseseler, yani 97/a'dan söz etti, 135'ten, 128'den söz etti; gerçekten icra hukukunun temel problemi ve burada ilamlı-ilamsız ayrımı yapılmaksızın İcra İflas Kanunu'nda mutlaka ve mutlaka acil

olarak düzeltilmesi gereken noktalar bunlar. Alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması.

Galiba biz bir şeyi tartışırken, yani Türkler olarak çok günlük tartışıyoruz, somut olaylar üzerinde tartışıyoruz çoğunlukla. Ama ilkeler bazında tartışmayı pek yapmıyoruz. O yüzden hocama atıf yaptım. O ilkeleri ön plana çıkarıyor, önce prensibi koyuyor, temel ideolojiyi koyuyor, *"Bu ideolojik bakış açısından ben tartışıyorum bu kanunu"* diyor ve ona göre bir sonuca varıyor.

Sınıf bilinci bakımından tartışıyor zaman zaman İcra İflas Kanunu'nu, bu yaklaşım önemli bir yaklaşım. İşte biz temel ilkeleri belirlemeden -bundan sonra yapılacak kanun bakımından söylemek istiyorum- İcra İflas Kanunu değişikliği veya yeni bir İcra İflas Kanunu yapmaya girişilmemesi gerekir kanaatindeyim. Önce, nasıl bir İcra İflas Kanunu sorusuna cevap veren bir arama konferansı tertip etmeli belki Adalet Bakanlığı. Yani tüm görüşleri toplamalı, telif edilebilecekleri ayıklamalı, yine diyalektik içinde tartışarak bir senteze varması mümkünse sentezi bulmaya çalışmalı diye düşünüyorum. Nasıl bir İcra İflas Kanunu sorusuna cevap arayan bir konferanstan sonra, temel ilkeler belirlendikten sonra yeni bir İcra İflas Kanunu veya ilamsız icranın bu yönde değiştirilmesi ve adaletli bir yapıya kavuşturulması gündeme gelebilecek.

Bunu yaparken, kendi yargılama sistemimiz, yani Usul Kanunumuzla da uyumlu olması gerekir kanaatindeyim. Senetle ispat mecburiyetinde karşımıza çıktığı gibi.

Takip hukukunun birliğine vurgu yaptı değerli kardeşimiz Muhammet Özkes, gerçekten bunu daha önce bir iki toplantıda ben de dile getirme imkânı bulmuştum. Kutsal alacaklar-kutsal olmayan alacaklar ayrımı yapılmıştı hukukumuzda. Yani, işte vergi alacağı kutsaldır, amenna, kutsaldır. Fakat vatandaşın alın teriyle çalışıp ürettiği malın bedeli, emeğinin karşılığı olan ücreti bunun için yapacağı bir takip de kutsal değil midir? Emeğin karşılığı kutsal değil midir? Peki, TMSF'nin alacağı kutsaldır, hatta vergi alacağından da üstün-

TARTIŞMA

dür, ona ayrı bir usul belirleyelim, vergi alacağı, SSK alacağı kutsaldır ayrı bir usul olsun, bankaların daha çok istifade edeceği -ayrıca banka demiyor, ama nereden biliyoruz? Bankalar Kanununun 90 ve 91. maddeleri İcra İflas Kanunu'na aktarıldı, oradan biliyoruz ki kaynağı odur- onların alacağı kutsal da, o küçük tasarruf sahiplerinin, tüyü bitmedik yetimin parasını topluyorlar, o da kutsal. Ee, o zaman her şey kutsal! Niye peki bu kadar çok farklı kanuna ihtiyaç var, takip usulüne ihtiyaç var? Burada imtiyazların sadece sıra cetvelinde dikkate alınması gerekir kanaatindeyim. Tekrar söylüyorum, belki çok dile getirdim bunu, imtiyazlar sıra cetveli düzenlenirken dikkate alınabilecek kavramdır, ama bunlara özgü, her alacak kategorisine özgü takip hukuku oluşturulmamalıdır. Bu konu da yapılacak kanun bakımından dikkate alınması gereken önemli bir husustur diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Sayın Kuru, buyurun.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederim.

Şimdi, biz hep İcra İflas Kanununu tartışıyoruz. İcra İflas Kanunu nasıl olmalı, ilamsız icra devam ettirilmeli mi, kaldırılmalı mı? İlamsız icra kalacaksa hukukumuzda nasıl iyileştirilir? Onun üzerinde duruyoruz. Gayet faydalı görüşler ileri sürülüyor. Fakat aayın Oğuz Atalay, ben konuşmayacaktım, o konuşunca söz almak istedim, altyapı meselesi var aslında. Ama altyapıyı ondan farklı anlıyorum ben. Bu İcra İflas Kanunu'nu uygulayacak organ önemli. İcra dairesi, icra müdürü -memurdu müdür oldu - isterseniz reisi deyin, ne dersiniz deyin, onun yeterli hukuk formasyonu yoksa tabii yirmi sene önce ne uyguluyorsa yirmi sene sonra da aynı şeyi uygulayacaktır. İstedığınız kadar kanun değiştirin, güzel kanun yapın, uygulayacak organ önemli. Onun için, icra dairelerinin -aayın

Adalet Bakanlığı temsilcileri de burada iken- yani önce altyapı icra daireleriyle başlamak lazım. Biz şimdi İsviçre ile mukayese ediyoruz hep. Almanya'daki Mahnverfahren ile mukayese ediyoruz. Dün dinledik, Almanya'da Mahnverfahren, yani bizim ilamsız icraya benzeyen sistem, sulh hukuk mahkemesiyle başlıyor, hakimle başlıyor. Orada hakim başlatıyor prosedürü. İsviçre'de icra dairesi başlatıyor ama icra dairesinin başında bir hukukçu var. Şimdi, meslektaşımız Meier'e soralım, hukukçu var, ama hem de öyle bir hukukçu ki icra hukukunda en az bir icra hakimi kadar bilgili. Gerektiğinde Federal Mahkeme üyeleriyle tartışma yapabilecek derecede bilgili bir hukukçu var. Şimdi bizim, çok şükür hukuk fakültesi sayısı 40'ın üstüne çıkmış, yeteri kadar hukuk fakültesi mezunumuz da var. Bence yapılacak iş, -galiba bazı yerlerde başlanmış- icra müdürlerini, yardımcılarını hukuk fakültesi mezunlarından almak. O kadar işsiz hukukçu vardır. Bir yerde değinildi.

Şimdi, hukuk formasyonu olan, hukuk mezunu olan bir icra müdürü ve yardımcılarıyla donatılmış bir icra dairesi kanunu daha iyi uygulayabilir. Uygulamadan dolayı da ilamsız icra biraz daha iyi uygulanabilir. Ama önce icra dairesini takviye etmek lazım. Aynı şey bizim Usul Kanunu Tasarısı'nın gerekçesinde vardı, orada bir ön inceleme müessesesi getirildi, çok iyi. Ama o ön incelemeyi uygulayabilmek için 2006 tasarısında gerekçede diyor ki: Ön incelemeyi gerçekleştirebilmesi için mahkemelerin, iş yükünün azaltılması, mahkemelere hakim yardımcısı verilmesi, ona yardım edecek, adliyelerin gerekli personel, hakimle donatılması diye çok açık, gerekçede çok güzel sözler vardı.

2008 tarihli tasarıda görüyoruz, ön inceleme muhafaza edilmiş, gerekçesi de böyle iki sayfa, üç sayfa bununla ilgili, çıkarılmış. Bundan şunu anlıyorum: Demek ki, özür dilerim Bakanlık mensubundan, Bakanlık şimdi bu gerekçeyi koyarsa yarın "*Hani hakim yardımcısı tayin edecektin? O şekilde uygulayacaktı mahkemeler?*" diye sorumluluk almamak için bunu çıkartmış olabilir. Eğer mahkemeleri yeteri kadar hakim, hakim yardımcısıyla donatmayacak olursak, mahkeme kalemlerini aynı

TARTIŞMA

şekilde icra daireleri gibi ıslah etmek lazım. Yazı işleri müdürlerinin hukukçu olması lazım mutlaka. Yardımcıların hukukçu olması lazım. Hatta daha ileri gidebiliriz, yeteri kadar hukukçumuz var, avukatlıktan geçmek isteyen, hakimliğe geçmek isteyen çok meslektaşımız var, hakimlik yazı işleri müdürlüğünden geçmeli. Hukukçular önce yazı işleri müdürlüğünden başlamalı, ondan sonra başarılı olanlar, imtihanla ve saireyle belli bir süre sonra hakimliğe geçmeli.

Şimdi, mahkemelerin altyapısı yazı işleri müdürlüğü. Orayı takviye etmezseniz, istediğiniz kadar iyi kanun yapın. Ne olacak? Yalnız başına hakim ne yapar? Bir elin nesi var, iki elin sesi var derler. Onun en yakın yardımcısı yazı işleri müdürü. İcra hakimliği de icra müdürlüğünden geçmeli. Hukukçu icra müdürü, belli bir süre sonra, orada staj dönemini tamamladıktan sonra geçmeli. Bu altyapı oluşturulmazsa ilamsız icra tehlikeye girer. Avrupa Birliği de günün birinde bastırabilir. Ama ona dersiniz ki: *"Efendim, ilamsız icra var, ama o hukukçuların elinde. Hukukçular uyguluyor ve alacaklı ile borçlu arasındaki dengeyi en hassas biçimde sağlayarak."* Ben her zaman söylüyorum, ama ben söylüyorum ben dinliyorum galiba, İcra ve İflas Kanunu'nun 85. maddesinin son fıkrası var diyor ki: *"Haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar bağdaştırmakla yükümlüdür."* Bu bir Anayasa kuralı, bizim Anayasa'da yok ama Alman Anayasası'nda var. Şimdi Almancasını pek hatırlayamıyorum ama *"Intere"senabwägung* galiba, yani bu orada bir anayasal prensip. Bizim İcra İflas Kanunu'nda da buna yer vermemiz lazım. O zaman, bakınız, yalnız kanun değil, yalnız kanun çalışmıyor borçlu aleyhine, uygulama da borçlu aleyhine çalışıyor, Yargıtay içtihatları da oraya götürüyor. Mesela, şimdi Yargıtayın en son görüşüne göre, biraz yumuşatmışlar galiba. Alacaklı vekili *"bir malı mutlaka haczedeceksin"* diyor icra memuruna; *"bunun haczedilebilip edilemeyeceğine dair senin takdir yetkin yok"* diyor. O zaman bunun sonucu ne oluyor? 85. maddenin son fıkrası ne oluyor? *"Haczedeceksin"* diyor. Borçlu gitsin, uğraşsın, onun için şikâyet yoluna başvursun, diyor. Şimdi, bu olacak şey değil. *"Efendim, ya borçlu mal kaçırırsa"*? Kaçırması için gerekli tedbirleri siz alın. Kanun-

da açık hüküm var, "SSK'dan emekli maaşı haczedilemez" diye; ama mutlaka haczedeceksin diyor. Ee, borçlu gitsin şikâyet yoluna başvursun. Bilmez bile borçlu şikâyet yoluna başvurmayı. Bu şikâyet, bilmem yanlış mı hatırlıyorum, Yargıtay içtihatları bu şikâyetleri kamu düzenine ilişkin görmedi, yedi günlük süreye bağlamıştı. Hatırlıyor musunuz böyle bir içtihat?

Av. Talih UYAR: Süresiz oluyor hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Hah, Talih bey, tamam, siz şahidimsiniz, süresiz oluyor. Şimdi, ben bunu Abant'ta bir hafta önceki toplantıda da Ramazan bey var, dile getirdim beş defa. "Hayır efendim, kamu düzenine ilişkin süresiz şikâyet" dediler. İki defa söyledim, "Hayır, içtihatlarınız var efendim..." Tabii, yanımda bir şey yok. "Hayır" dediler. "Peki, ben yanlış hatırlıyorum, yaşlılığımıza verin" dedim.

...

Bakınız, çok yeni bir şey: Alman meslektaşımız Walker dedi galiba, galiba Meier de söyledi, "Ev haczi yapmıyoruz biz artık, evde eşya haczi yapmıyoruz" dedi. Neden? Haczedilen malda hakikaten bizde de öyle şimdi, kullanılmış mal para etmiyor. Ama o bizde bir çeşit böyle tazyik haczi gibi, taciz haczi gibi kullanılıyor. Hemen götürüyor kamyonu kapıya dayıyorlar, o kamyonun masrafını karşılayacak mal yok, ama onu zorla oradan alıyor, rahatsız ediyor, o baskıyla borçludan para koparmaya çalışıyor. Bilge beyin verdiği misal. Ona ben başka bir şey ilave edeceğim, doktorumun başına gelen.

Şimdi biliyorsunuz, -tabii 97/a maddesi de sizin hocanızın bize mirası, O'nun kaleminden çıkmıştır, Allah rahmet eylesin, Osmanlıcası çok kuvvetliydi- Medeni Kanun'da "birlikte zilyetlik karinesi", onu oraya aktardılar; ama çok katı uyguluyorlar. Kadına ait olan eşyalar, erkeğe ait olan eşyalar, bir de kadının getirdiği eşya vardı, onların ayrımını yapmıyor. Hep-

TARTIŞMA

sini haczediyorlar. Ondan sonra gidiyor evli kadın, icradan o malları tekrar satın alıyor, geri evine koyuyor. Kendi malı, başka kimse girmiyor, zaten para etmiyor. Tekrar hacze geliyorlar, gene haczediyorlar. "Ben icradan aldım, işte icranın kararı, vesairesi" diyor kadın. Şimdi, Yargıtay kararları var, Talih bey hatırlayacak en azından, Yargıtay diyor ki: "Sen çalışmıyorsun, ev kadınısın, paran yok, pulun yok, neyle aldın? Kocan para verdi onunla aldın. Dolayısıyla bu mal kocanıdır" gene haczediyor. Ördek Ali misali gibi bir şey oluyor yani. Şimdi, bu uygulamaya bakın! Bunu nasıl sağlarız? İyi hukukçularla donatmak suretiyle. Tekrar başa dönüyorum: Önce icra dairelerini, sonra mahkemelerimizi, tabii o kademe kademe gidecek, istinaf mahkemeleri olacak, Yargıtay olacak. Yani, bir Yargıtay düşünün, Sosyal Sigorta emeklisi bir işçinin, belki okuması yazması da yok, madende çalışmış, emekli olmuş, evine çekilmiş, maaşı var, onunla geçinirim derken, maaşını haczediyorsun. Bilmez onun haczedilmez olduğunu. Bilse bile, öğreninceye kadar yedi günü geçirir. Onu korumuyorsunuz. "Mutlaka haczedeceksin" diyor. Yahu kanun yazmış, kanunen haczi caiz olmayan bir mal. Hiç takdir yetkisi yok icranın, önce haczedeceksin, işte bu uygulama borçlu aleyhine çalışıyor. Ama kanun değil borçlu aleyhine çalışan, uygulama borçlu aleyhine çalışıyor. Onun için, tekrar belirtiyorum, Adalet Bakanlığı temsilcileri burada iken. Zaten esaslarını da belirlemek üzere Sayın Bakan tarafından da görevlendirildiler. Düşünülen yeni icra iflas reformunda bunu da beraber değerlendirmek lazım. Yalnız kanun yapmakla iş bitmez. Bunu da beraber değerlendirmelerini rica ediyorum. Zaten sanıyorum sayın Kanunlar Genel Müdürü sonra konuşacak. Bu konuya değinirse sevinirim.

İkincisi de, pek iyi anlaşılmadı dün Kenan bey. Sayın Bakan'ın konuşması, siz de bir ara değindiniz. Şimdi, 40 maddelik bir İcra İflas Kanunu değişikliği var. Sitenizde yer alıyor, ayrıca bana da yolladınız, teşekkür ederim, ama vaktim olmadı cevap vermeye. Sitenizde de hâlâ görüş bildirmede olan tasarılar olarak gözüküyor. Şimdi siz, sayın Bakan'ın dünkü konuşmasına göre, bu 40 maddelik tasarımı geri çekip yepyeni bir İcra İflas Kanunu üzerinde mi çalışacaksınız, yoksa o tasarı

gidecek, normal seyrinde yürüyecek, ama ondan başka ayrı bir çalışma mı yapacaksınız? Konuşmanızda bu hususu da aydınlatırsanız bizim için faydalı olur.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim sayın Hocam. Pekcanitez, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Ben, gerek Bilge hocama gerekse sevgili Özkes'e sunumlarından ötürü teşekkür ediyorum.

Önce şunu söylemek istiyorum: Bugüne kadar yapılan her değişiklik olmasa da, özellikle 538 sayılı Kanun'dan sonra İcra İflas Kanunu'nda yapılan tüm değişiklikler Bankalar Birliği'nin hazırladığı tasarıların görüşülerek kabul edilmesinden sonra gerçekleşmiştir. Buna özellikle dikkat çekmek istiyorum. Ben, en son yapılan İcra İflas Kanunu değişikliğinde Meclis Adalet Komisyonu ve alt komisyonundaki bir görünümü bunun için size ifade etmek istiyorum. Meclis'te tasarı görüşülürken Bankalar Birliği'nden üç hukukçu, işveren temsilcilerinden bir hukukçu vardı. Onun dışında tasarıyı hazırlayan olarak Adalet Bakanlığı ve ben temsil edildim birkaç toplantıda. Sadece bu manzarayı ifade etmekle İcra İflas Kanunu'ndaki değişikliklerin, özellikle Adalet Komisyonundaki durumu arz etmek istiyorum ve en önemlisi, buraya gelirken çıkarmak için pek vaktim olmadı ama, 4949 sayılı Kanunun Komisyon Başkanı sayın Selçuk Özbek hocamızın başkanlığında hazırlanan bu tasarı, Meclis alt komisyonundaki müdahalelerle en az 15 maddesi değiştirildi. Tasarı farklı bir şekilde geldi ve fakat alt komisyondaki bu görünüm çerçevesinde bu değişiklikler yapıldı. Bugün, belki de çok aşırı olarak o Danimarka'lı kişiye, hani duymasın dediğimiz maddelerin büyük bir çoğunluğu da bu alt komisyondaki değişikliklerdir sebebiyet veren.

TARTIŞMA

Şimdi, bugüne kadar tamamen bir tepkinin sonucu, tamamen alacaklılar yönünden değerlendirme sonucu hazırlanan kanuna karşı zannediyorum bugünden itibaren, özellikle temel haklar yönünden ve biraz da borçlunun temel hakları yönünden karşı koymanın ya da o temel hakları ortaya koyarak bir sentezin, yeni düzenlemelerin yapılmasının zamanı geldi diye düşünüyorum. Çünkü o kadar derbeder hale geldi ki İcra İflas Kanunu, o kadar çekiştirildi ki, bundan sonra bu haliyle muhafaza edilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim. Onun için, bölük pörçük, bu yama şeklinde yapılan değişiklikler de bundan sonra pek sonuç vermeyecek diye düşünüyorum. Ancak, yeniden yapılacak kanun değişikliğinde eğer gerçekten bir sentezin sağlanması amaçlanıyorsa, bu konuda çok çeşitli fikirlerin değerlendirilmesi, tartışılması gereğine inanıyorum. Mutlaka bu toplantının da bu fikirlerin değerlendirilmesi bakımından bir sonucu olacak. Ama bunun yeterli olmadığını, daha geniş toplantıların yapılarak, fikirlerin ortaya konulması, ondan sonra belki tartışmalardan sonra bir sonuca varmanın daha uygun olacağı, daha sentez bir kanunun hazırlanabileceği düşüncesindeyim.

Bir kere, kanun hazırlarken bazı konularda şimdiye kadar ki olan hassasiyetimizden vazgeçmek durumundayız. Bakın, henüz İcra İflas Kanunu'nu İsviçre'den alırken bakmışız, onlarda itiraz süresi on gün, şikayet süresi on gün. Kendimize onlardan daha da hızlı olalım diye bir hedef koymuşuz, yedi güne düşürmüştük. Hatta kambyo senetlerine özgü takipte beş güne düşürmüştük. Ee, bunda başarılı değiliz bana göre. Süreleri azaltmakla takibi kısaltmıyoruz. O yüzden, sürelerle de bu kadar çok fazla oynamamak gerektiğine inanıyorum. Süreyi on beş gün tutabiliriz, belki borçlu buna çok rahat karşı koyabilir. Düşünün, bir beş günlük itiraz süresini. Beş gün içinde belki evinize gelen zarfı üçüncü gün açabiliyorsunuz. Altındaki o küçük yazıları okuma fırsatı olmadan beş günlük süreniz geçebiliyor. Ondan sonra bir kimsenin istihkak davası açması veyahut da menfi tespit davası açması son derece zor. Bunun hiç de kolay olmadığı düşüncesindeyim.

İkinci olarak, yeni hazırlanacak İcra İflas Kanunu değişikliğinde temel hakların mutlaka ele alınması gerektiğine inanıyorum.

Üçüncü olarak, Baki hocamın söylediği gibi, tabii ki altyapının da değerlendirilmesi gerekir. Ama Ankara'da son öğrendiğim rakamlardan tam olmasa da size bazı aktarmalar yapmak istiyorum. Türkiye'de şu anda 1600 civarında icra memuru var. Ben öğrendiğimde biraz da şaşırırım, bunların 600 civarı yüksek okul mezunu, 150 kadarı da hukuk fakültesi mezunu. Ancak 150 kadar hukuk fakültesi mezununun iki yıl sonra icra memuru olarak kalma ihtimali son derece düşük. Çünkü dışarıda çok daha fazla imkânlar bulabiliyorlar ve icra memurluğu görevlerini sürdürmüyorlar. Bu yüzden belki iyileştirme yapılırken onların ücretlerinde de hakim benzeri bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanısındayım.

Bazı gereksiz ayrıntıları Kanun'dan çıkarmamız gerektiğini düşünüyorum. Mesela, ben hâlâ kambyo senetlerine özgü iflas yolunun neden bizim kanunumuzda muhafaza edildiğini hiç anlayabilmiş değilim. Genel iflas yoluyla takip varken, kambyo senetleriyle özgü takibin ne gibi bir özellik arz ettiğini ve niçin kanunda düzenlendiğini ve hala muhafaza edildiğini anlayabilmiş değilim.

Son olarak, bir de belki bugünkü tartışmayı tamamlaması için, bizim iflas hukuku bakımından da çok önemli çevremizde olanları araştırma mecburiyetimiz var diye düşünüyorum. Çünkü bakın Alman hukukunda, Avusturya hukukunda, Fransız hukukunda iflas sözcüğü bile artık hukuk terminolojisinden çıktı. İflas yerine bambaşka bir müessesese söz konusu. Biz ise, bugün hantal olan hem de böyle adi, basit iflas yolu gibi son derece pahalı olan ve yavaş olan bu sistemleri değerlendirmek durumundayız diye düşünüyorum. Sonuç olarak, icra iflas hukukunun mutlaka bu halden kurtarılması gerektiğine inanıyorum. Ama ilamsız icra takibinin kaldırılmasının hiç de bizim uygulamamız bakımından isabetli olmayacağını düşünüyorum. Bazı düzeltmeler yapılabilir, islah çalış-

TARTIŞMA maları yapılabilir, ama ilamsız icra bizim hukukumuzda muhafaza edilmeli diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Sayın Pekcanitez, teşekkür ederiz. Sayın Atalı, buyurun.

Doç. Dr. Murat ATALI (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ediyorum hocam.

Öncelikle hem tebliğ sunan hem de katkı sağlayan hocalarımıza, bizi aydınlattıkları için çok teşekkür ediyorum.

Ben, çok kısa bir iki hususa değineceğim.

Bunlardan bir tanesi şudur: Bir sistemin işlemesi ile onun işlemesinin maliyetinin ne olduğu farklıdır. Evet, ilâmsız icra sistemi bizde birçok aksaklığına rağmen işlemektedir, bu doğru, ama bunun hukuk devleti ilkesi adına maliyetinin ne olduğuna bakmamız gerekir. Bunun yanında, bir de şunu düşünmek lazım: Acaba işleyen bir bütün olarak, bütün unsurlarıyla ilamsız icra mıdır; yoksa onu işleten esas itibariyle oradaki yüzde 40'lık tazminatlar mıdır? Yaşadığım birçok örnekten biliyorum; insanlar soruyorlar: "İtiraz edersem bunda yüzde 40 tazminat var mı yok mu?" Çünkü ona göre itiraz edip etmemeye karar verecekler. Burada yüzde 40'lık tazminatın, tazminat hukuku bakımından kavramsal tutarsızlığı üzerinde durmak istemiyorum. Zaten zarar karşılığı olmayan tek tazminat veya en azından adı öyle olan kurum, icra tazminatıdır. Ama her halükarda bu yönünün üzerinde de durmamız gerektiğini düşünüyorum.

Muhammet Hocam tebliğinde çok fazla değinmedi. Eminim yakında çıkacak olan kitabında ayrıntılı olarak tartışacaktır. Birçok cebri icra kurumunun -bunlar ilamlıda da karşımıza çıkabilir elbette- temel hak ve hürriyetler bakımından mutlaka

yerli yerine oturtulması lazım. Bugün ceza hukukunda veya polis hukukunda arama, konuta girme veya fiziki şiddet uygulama ancak hakim kararıyla ve çok özel şartlarda olabilirken, -ki bizim hukukumuzda konut dokunulmazlığı temel bir hak- ortada hiçbir hakim kararı olmaksızın icra hukukumuzun bu konulara ilişkin olarak icra memuruna tanıdığı yetkilerin kullanılması bir hukuk düzeni bütünlüğü içinde önemli bir çelişkidir. Bir hakim kararı, Mahnverfahren'de olduğu gibi, hakim'in icra prosedürüne bir şekilde dahil olması, şekli de olsa, kavramsal çelişkiyi ortadan kaldırır. Bugünkü sistemimizde -özellikle ilâmsız icra prosedürünün olağan işleyişinde ve bilhassa itiraz-şikayet gibi bir durumun olmadığı hallerde- hakim prosedürün hiçbir yerinde yoktur. ...

İcra memuru haciz yapmak için eve girebilir, zin verilmezse zorla girebilir, ev kilitliyse çilingir getirip açtırabilir. Ee, bu açıkça konut dokunulmazlığının ihlalidir; ama ortada henüz hakim kararı yoktur. İcra memurunun borçlunun üstünü arama yetkisi var -eğer üzerinde değerli para veya eşya olduğunu düşünüyorsa- zor kullanma yetkisi var; poliste böyle bir yetki ancak çok özel şartlarda var. Ama biz icra memuruna öyle çok özel şartlar falan aramaksızın bunu veriyoruz. Halbuki bu, açıkça kişi dokunulmazlığına bir müdahaledir. Ancak çok özel şartlarda olabilmelidir.

Mülkiyet hakkı en temel haklardan birisi. Haczettığımız malı satıyoruz, hâkim kararı bunun hiçbir yerinde olmayabiliyor.

Bütün bu kavramlar açısından da hukuk sistemi tutarlı olmalıdır. Zira, hukuk sistemi bir bütündür, yani cebri icra bunun bir parçasıdır. Polis Vazife ve Selahiyetleriyle düzenlenen veya güvenlikle alakalı hususlar da bunun bir başka parçasıdır. Bunların da birbirini tamamlaması, birbiriyle ahenkli olması gerektiğini düşünüyorum. Acizane benim bir süre bürokratik tecrübem de oldu. Orada şunu daha yakından gördüm: Kanunlar hırsızlar, ne bileyim kötü niyetli insanlar, çok affedersiniz sahtekârlar göz önünde tutularak yapılmamalı. Çünkü bu şekilde yapılan kanunlar dürüst insanlar için ezi-

TARTIŞMA

yet oluyor, onlar için işkence oluyor. O hırsızlar, sahtekârlar, o kötü niyetli insanlar herhâlükârda mutlaka bir yolunu bulup o en katı kanunları bile dolanabiliyorlar, yine amaçlarına ulaşabiliyorlar. Ancak bu insanlar göz önünde tutularak hazırlanan kanunlar dürüst insanlar için içinden çıkılmaz labirentler haline dönüşüyor, onlar için hatta eziyet oluyor, hak kayıplarına yol açıyor.

Bunlara değinmek istedim, çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı):Teşekkür ederim Atalı. Sayın Saldırım, buyurun.

Mustafa SALDIRIM (19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi): Sayın konuşmacılara tebliğlerinden dolayı çok teşekkür ediyorum.

Ben, özellikle sayın Özekes'in sistemin bütününe yönelik olarak da söylediği ifadeler nedeniyle dikkatimi çeken teşkilata ilişkin konu hakkında söz aldım. Aslında sayın Baki Kuru hocamız çok değerli fikirlerle bu konuyu güzel bir şekilde izah ettiler. Ancak benim teşkilata ilişkin özel bir çalışmam olduğundan dolayı birkaç somut konu hakkında vurgu yapmak istiyorum.

İzin verirseniz, İcra İflâs Kanunu'nun 1. maddesinden iki cümle okuyacağım. Madde 1, fıkra 1: *"Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur."* Fıkra 3: *"Ayrıca icra memuru olmayan yerlerde bu vazife mahkeme başkâtipleri tarafından görülür. Mahkeme baş kâtibi yoksa zabıt kâtibi, asaleti tasdik edilmiş zabıt kâtibi yoksa asaleti tasdik edilmemiş zabıt kâtibi tarafından bu işler görülür"*. Bu kadar büyük bir kamu gücünü biz bu kişilere yıllar yılı teslim etmişiz. Sonra da ortaya her zaman yakındığımız, sıklıkla dile getirdiğimiz, ancak bugün sayın Özekes'in büyük cesaretle söylediği noktaya geldik. Aslında sayın Özekes'in, belki de bize ağır gelen o nitelendirmesi,

İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı'nın sunulduğu Adalet Bakanlığı'nun web sitesindeki sunuş sayfasında da yer alıyor. Hatta resmî ifade tarzının sınırlarını zorlayan bir özgüvenle ve açıklıkla dile getirilmişti o. Teşkilat bu şekilde olunca, bakışımız bu şekilde olunca tabii ki kanunları ne kadar değiştirirsek değiştirelim, burada ne kadar tartışırsak tartışalım arzulanan sonuçlara varmamız gerçekten zor.

Ben bu amaçla bir kanun teklifi tasarısı hazırlamıştım ve "*Savcının Denetim Görevi*" isimli kitabımın ekinde buna yer vermiştim.

Ayrıca bu icra daireleriyle ilgili denetimin olmadığını ve Bakanlıkta da icra dairelerinin arzulanan ölçüde bir muhatabın, destek alacağı bir birimin olmadığını da belirtmek istiyorum. Çünkü Bakanlığın farklı birimleri icra daireleriyle ilgileniyor. Yalnız Adalet Bakanlığı'nun hazırladığı bu yeni İcra İflas Kanunu Tasarısı'nda çok isabetli olarak, bir daire başkanlığının kurulması öngörülmüş.

Bir konuya daha temas etmek istiyorum. Biz bazı şeyleri, böyle acil sorunu olan şeyleri hemen yapıyoruz. Nitekim İcra İflas Kanunu Tasarısı hazırlandı, ama şimdi geri çekildi. Belki acele işleri biraz yavaş yapmak gerekiyor.

Herkese saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz. Sayın Sungurtekin.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): İki gün boyunca yaptığımız tartışmalar sonucunda sanıyorum ki icra iflas hukukunun yeni bir şekillenmeye ihtiyacı olduğu tespiti ortaya çıkmıştır. Artık icra iflas hukuku, hem iflas hukuku bakımından hem de icra hukuku bakımından çağdaş gereksinimleri ve çağdaş felsefeyi yan-

TARTIŞMA

sıtır olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle icra hukukunda olduğu kadar, iflas hukukunda da yeniden temel haklar bağlamında bu alanın felsefesinin öncelikle ortaya konularak... Çünkü bizim alanımız Anayasa hukukuyla da ve diğer kamu hukuku branşlarıyla da yakından ilgili bir branştır. Hatta kendisi kamusal yanı ağır basan bir branştır. Dolayısıyla, bizim sadece alacaklının temel hakları ve onu yürürlüğe koymak gibi bir misyonumuz olmadığı, aksine alacaklının menfaatleri ve alacaklının temel hakları kadar borçlunun temel hakları ve üçüncü şahısların temel haklarını da korumanın, bir hukuk devleti olduğumuz iddiasında olduğumuza göre, bize düşen bir görev olduğu ortadadır. Dolayısıyla icra iflas hukuku alanında felsefesini iyi ortaya koyduktan sonra, ikinci olarak profilleri doğru çizmemiz gerekiyor. Yani icra müdürünün profili, icra müdürü nasıl yetiştirilir? Kimlerden seçilir? İcra müdürünün yetkileri nelerdir, bu bağlamda? İcra mahkemelerinin yargılama usulü nasıl olmalıdır? İcra mahkemelerinde sadece belli delillerin kullanılması doğru mudur acaba? Yargılama usulünü de yeniden gözden geçirmemiz gerekmez mi? Asıl önemli, sanıyorum, iflas hukuku alanında da dünyada "Artık iflas iflas etti" şeklindeki bir tabirle iflas olgusundan yola çıkılmaktansa, borçluların ödeme güçlüğü içine düştüğü andan itibaren erken teşhisle konuya hemen birtakım tedbirlerin alınması, o işletmenin ayakta tutulabilmesi anlamında neler yapılabileceğinin mahkemelerce gözden geçirilmesi ve bu bağlamda o işletmeyi ayakta tutarak, tutamıyorsak belki de belli koşulları sağlayan çalışanlarına devretmek suretiyle en azından onları sosyoekonomik açıdan sıkıntıya sokmaktan uzak kalabiliriz. İflas hukukunun böyle bir misyonu olabileceği kanısındayım. Artı, işletmenin ayakta kalması ülke ekonomisi açısından da, katma değer yaratmaları açısından da son derece faydalı olacaktır.

İcra hukuku ve iflas hukuku artık XXI. yüzyılın gereksinmelerine yanıt vermekten ciddi anlamda şu anda uzaklaşmıştır. Bu anlamda, felsefesinin mutlaka ortaya konması, profillerin doğru çizilmesi, icra müdürü, icra mahkemesi, iflas idaresi... Acaba iflas idaresi kimlerden oluşur kısmının daha detaylı

olarak ele alınması bir gereksinme olarak ortaya çıkmıştır diye düşünüyorum.

Bu anlamda, sunulan tebliğler son derece doyurucuydu. Özellikle kambiyo senetlerine mahsus takip ve kiralanın taşınmazların tahliyesine ilişkin takipleri de “Genel Haciz Yoluyla Takip”ten sonra “İlamsız İcra” başlığı altında ele alınması da ciddi sıkıntılar yaratmaktadır. Belki komisyon çalışmalarına Bankalar Birliği temsilcileri olduğu kadar, tüketici derneklerinden ve tüketiciyle ilgili birtakım kuruluşlardan da belki gerektiğinde işçi sendikalarından da katılım sağlanmalı, onların da görüşü alınmalıdır. Çünkü özellikle iflas hukuku sadece işletmenin iflası bağlamında girişimciyi ilgilendiren bir konu değildir, aynı zamanda oranın çalışanları emekleriyle o tesisi, o işletmeyi o duruma getirmiş olan işçilerin de hakları olan yerlerdir diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederim. Sayın Özdemir, buyurun.

Kenan ÖZDEMİR: Öncelikle bugün çok güzel sunumlar yapan sayın Bilge Umar hocama ve sayın Özkes hocama teşekkür ederek konuşmama başlamak istiyorum.

Özellikle şunu söylemek istiyorum ki, benim burada bulunma sebebim, medeni usul hukukçusu veya icra iflas hukukçusu olmam değil, Kanunlar Genel Müdürlüğü olmamdır. Bunu şunun için söyledim: Çok teknik konuların tartışıldığı su sempozyumda o konulara ilişkin görüş beyan edecek durumda hissetmiyorum sizlerin karşısında kendimi. Fakat Kanunlar Genel Müdürlüğü olarak ve Kanunlar Genel Müdürlüğü’nde 12. yılıma başlamış birisi olarak bazı hususları ifade etmek istiyorum.

Biz bir kanun çalışmasına nasıl başlarız? Önce genelde ya bir siyasi irade, belki bir konu acildir, hemen düzenlensin

TARTIŞMA

ki "Panik Yasası" dediğimiz düzenlemelerin ortaya çıkmasına sebep olan bir süreçtir bu. Ya da böyle temel kod kanunları çalışmak üzere -ki bu uzun bir süreç alır- bir komisyon kurarız. Bunun lokomotifi genelde akademisyenlerimiz olur ve bu çalışma sonucunda ortaya bir eser çıkar, bunu görüşe sunarız, gelen görüşleri değerlendiririz, Başbakanlığa gider ve sonra Meclis'e gider.

Şimdi, bu süreçte, bizden Başbakanlığa gidinceye kadar ki süreçte, bana göre en tarafsız pozisyonda yer alan kurum kurumsal olarak Adalet Bakanlığı'dır. Neden dersiniz; bazen komisyon üyelerimiz bile akademisyen sıfatıyla veya kurum temsilcisi sıfatıyla çeşitli ilişkiler vardır bekraundunda, onların baskısı altında veya onların etkisi altında da orada davranabilirler. Ama Adalet Bakanlığı'nda bu noktada genelde benim bulunduğum süreçte tarafsız bir yol izleriz, doğruyu bulmak noktasından, ki burada bizlerle birlikte çeşitli komisyonlarda çalışmış saygıdeğer hocalarımız vardır. Ben, Bakanlık'tan "İlla şu noktada şöyle olsun" dendiğini pek hatırlamıyorum. Tamamen teknik komisyonun inisiyatifinde yürüyen bir süreçtir. Ancak, dediğim gibi, bir çalışmanın kanun tasarısı haline gelebilmesi için nihayetinde Bakanlar Kurulu'nun tümünün imzası gerektiği için, işte o noktada Başbakanlık'ta bazı değişiklikler yapılmak zorunda kalınabiliyor. Ama en sonunda nihai irade, hepimizin de malumu olduğu üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir ve oradaki süreçte bizim Bakanlık olarak inisiyatifimiz elbette olmaktadır, olmalıdır da, ama bazen dönemin şartları, o zamanki kompozisyon falan şu anki mevcut sonuçları ortaya koyuyor. Ben bunları Bakanlığımızı savunmak adına değil ama bir tespit yapma adına söyledim.

İkinci olarak belirtmek istediğim önemli bir husus, önümüzdeki dönemde -dün de ifade edildi, bugün de tekrar söylemek istiyorum- bizim amacımız yeni bir İcra İflas Kanunu Tasarısı hazırlamak, baştan sona kadar. Bu, Pekcanıtez hocanın dediği gibi bir ekonomik kriz şu anda yaşanıyor, onunla bağlantılı bir şey değil, bütün samimiyetimle onu söyleyebilirim. Bu daha önceden, yani ilk görev değişikliği -ki Temmuz sonunda

oldu- ta o zamandan beri ifade ettim. Kaldı ki aslında Hukuk Usulü Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyonumuzun da bir husus bildiğim kadarıyla. O komisyonda yer almadım ama, onların da düşüncesinde yer alan bir husus. Ama kanunlar, malumâliniz düzenlediği alandaki farklı aktörlerin çıkarlarını da bir nevi düzenlemiş oluyor ve bunlarda dengeyi tutturmak da çok zor. Dünden beri tartıştığımız, bugün de çok sıkça ifade edilen alacaklı-borçlu yararlarının dengede tutulması. İşte, cezada özgürlük ve güvenlik dengesi gibi. Burada da bu gündeme geliyor hazırlanırken. Hazırlanan veya yürürlükte olan kanunlarda da Ramazan hocamın ifade ettiği gibi, siz her ne kadar deseniz ki "*Borçluları ezip geçen bir kanundur İcra İflâs Kanunu*" Ama işte bankacı kalkıp diyebiliyor ki: "*Bu tamamen borçluları koruyan bir kanundur.*" Yani biraz sihirbazın küresi gibi, nereden nasıl baktığınıza da bağlı bir yaklaşım da oluyor.

Şimdi, biz buradan şunu kesinlikle anladık Adalet Bakanlığı olarak: İflâs Kanunu hazırlamak gerçekten zor bir şey. Yani teknik yanlarının yanında, bazı temel noktalarda, temel felsefelerde birbirine taban tabana zıt belki noktalarda kalkıp tercihimizi koyacağız ve bu tercih üzerinden yolumuza devam edeceğiz. Biz bu noktada, böyle bir çalışmaya başlamadan önce bu tercihlerin bir şekilde belirlenmesi veya tercih yapılacak noktaların ortaya konulup bu noktada ileride bize destek sağlayacak iradenin alınması gerektiğini düşünüyoruz ki bununla ilgili bir çalışma da inşallah ileride siz saygıdeğer akademisyenlerin ve üniversite camiasının temel katkısıyla böyle bir sonuca ulaşmayı hedefliyoruz.

Tabii, bu arada bugün çokça olmasa da değinilen, dün de değinilen, bu konuda tabii ülkemizin yaşadığı bir süreç var, Avrupa Birliği'ne üyelik süreci. Burada karşımıza çıkan Avrupa Birliği müktesebatının da mutlaka bir şekilde değerlendirilmesi gerek.

Ben temelde ceza ağırlıklı çalışıyordum bu göreve gelinceye kadar. Bakanlığımızla, Genel Müdürlüğü'ndeki cezayla ilgili konularda genelde yoğun bir çalışmam vardı. Aynı zamanda öğrenciyim de, kamu hukuku dalında doktora yapıyorum. Bu

TARTIŞMA

son 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerini biz hep ceza boyutuyla düşünüyorduk. Yani konut arama, diğer konular. Fakat bugün özellikle dikkatimi çeken, dünden itibaren bu konutta yapılan hacizlerin durumunu gerçekten bu yeni kanun öncesinde de gözden geçirmemiz gerekiyor. Tüm bunları değerlendirip yeni, sağlıklı bir kanun tasarısını hazırlamak için ön şartlar nelerse onları bitirdikten sonra bir an önce böyle bir çalışmaya başlamayı da hedefliyoruz.

Şimdi, sayın Baki hocam 40 maddeden oluşan son tasarıyla ilgili Bakanlığın durumunu sordu. Öncelikle bir hususu belirtmek istiyorum. Bizde kanun tasarıları hazırlandığında, görüşe sunulduğunda "*Görüşe gönderilen kanun tasarıları*" olarak web sayfamızda yayınlıyoruz. Sonra gelen görüşleri derledikten sonra, o gelen görüşler doğrultusunda o tasarımı yeniden aynı komisyon tarafından gözden geçiriyoruz. Bu süreçte tasarıda elbette değişiklikler yapılıyor ama bu değişiklikleri günü gününe web sayfamıza koymuyoruz. Çünkü nihai metin oluşmamış. Nihai metin ne zaman oluşuyor? Sayın Bakanımızın imzasıyla "*Bu tasarı tamam, artık Başbakanlığa gitsin*" dediğimiz anda bizim Bakanlık adına nihai metin oluşmuştur ve onu bu sefer "*Başbakanlığa Gönderilen Kanun Tasarıları*" başlığı altında web sayfamızda yayınlıyoruz.

Şimdi, bu kanun tasarısı özeline geldiğimizde, 40 maddeden oluşan: Bu çalışmada hocalarımız katkı sunmadılar, belli sebeplerle ki onları izah ettiler. Yani böyle bir çalışmanın doğru olmayacağı düşüncesiyle, bu formattaki bir çalışmanın doğru olmayacağı düşüncesiyle. Fakat belli bir kesim de bir tasarı hazırladı, görüşe sundu. Gelen görüşler değerlendirildikten sonra oluşan bir metin de var, o bizim özelimizde, henüz dışarıya yansıtmadık. Fakat bununla ilgili Bakanlığın değişik birimleri, başta Personel Genel Müdürlüğümüz olmak üzere, Sayın Bakanımızın ve bazı arkadaşların ve bizim bazı tereddütleri var. İlk başta doğru bulmadığı bazı metinler var ve bu arada, dediğim gibi, tasarının tümünün de, yani kanunun tümünün yeni bir tasarı halinde düzenlenmesi fikri de var. Şimdi, bu çerçevede biz nihai iradeyi henüz oluşturmadık.

Yani bu tasarımı komple geri mi çekelim, yoksa bunun içinden de çok acil olarak hemen Meclis'e sevk edilmesi gereken bazı hükümler var mı? Bu noktada, işin doğrusu daha Bakanlık olarak tam irade oluşmamış durumda. Yakın zamanda bunun da netleşeceğini düşünüyorum ve ona göre zaten eğer çekmiş olsaydık biz, web sayfamızdaki yayını da kaldırırdık. Şu anda çekilmiş değil, dediğim gibi bir belirsizlik hakim. Onu da en kısa zamanda gidereceğimizi düşünüyorum.

Son olarak, Muhammet hocam sabahki tebliğinde ve bir önceki oturumdaki tebliğinde icra daireleriyle ilgili hemen herkesin söylediği bir hususu tekrar söyledi. Şimdi ben, 1992 yılında göreve başlamadan önce Hakim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi'ne o zaman baş müfettiş iken gelip bize konferans veren, sonra Bakanlık'ta müsteşarlık yapan, sonra da Yargıtay üyeliği yapan bir büyüğümüz de aynı şeyi söylemişti. Aynı şeyi söylüyoruz, yani icra dairelerinde belli sıkıntılarımız var, bunları söylüyoruz, bunları müfettişler de söylüyor. Ama bunların gereğini yapmak için bazı kişilerin bilgisine başvurulduğunda, müfettiş arkadaşların beyanı aynen şöyle: "*Hiçbir kimse gelip de ifade vermiyor.*" Bakanlık olarak ne yapıyoruz? Tamamen boş mu duruyoruz? Hayır. Bu noktada işte bu tür farklı ilişkilerin önüne geçebilmek için neler yapılabilirmeli, neler yapılabilir bunu da hep düşünülüyoruz.

Şimdi, tabii dediğim gibi, bu işin çok içinde olmadığım için her yapıları söyleyecek durumda değilim. Ama bildiğim bir şey var, eskiden bazı avukatlar icra dairelerinin belli numarasıyla birlikte çalışıyorlardı, şimdi mesela bunları UYAP'la bilgisayarla dağıtmaya, belli şeyleri takip etmeye çalışıyoruz. Buna özgü teknik altyapıyı kullanmaya çalışıyoruz. Haklarında şikayet olan veya belli işlemler yapılmış görevlileri yapılan kararnamelerle işte görev yerlerini değiştirme veya -varsa delilleri- gereğine tevessül etme yoluna sonuna kadar gidiliyor. Ama bu noktada, ben şunu da çok açık söyleyeyim: Teknik olarak yaptığımız şeyler dışında başkalarının bilgisine ve delillere ihtiyaç duyduğumuz noktada eğer yargının diğer aktörleri bize gerekli katkıyı vermezse bizim başarı düze-

TARTIŞMA

yimiz elbette istenilen düzeyde olmayacaktır. Bunu da burada ifade etmek isterim.

Biraz uzun oldu ama sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz. Sayın Yıldırım, buyurun.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Ben sayın konuşmacılara teşekkür ediyorum.

Ayrı ayrı bir soru yöneltme şeklinde değil de, oradan aldığım verileri bir arada tutarak katkıda bulunmak istiyorum.

Şu hususu unutmamamız gerektiğini söyleyebilirim: İcra hukuku, anlatılan diğer hususlarla birlikte, aslında kredi hayatını teminat altına alan bir disiplin. Tabii bankaların kriz yaşaması, global ölçekteki krizler de kredi hayatını derinden sarsan hususlar. Bu bakımdan, icra hukukunun da bundan etkilenmesi doğal bir sonuç. Yani bazı değişiklikler yapılmasına ben de haliyle sıcak bakıyorum. Ancak ilamsız icra gibi bir kurumun ortadan kaldırılması bana da uygun görünmüyor.

Alacaklı-borçlu ilişkisi hakkında biz akademisyenlere daha fazla çalışmak düşüyor diye düşünüyorum. Uygulamadan şikayetler var ama, bize düşen, mukayeseli hukuk, mehz İsviçre hukuku üzerinde daha çok çalışmamız, yayınlarımızda bunları aktarmamız.

Ben kendi adıma şunları yaptığımı söyleyebilirim: "*İcra Hukukunda İlkeler*" başlığı altında şeklilik ilkesini öğrencilerimizle paylaşıyoruz. Ölçülülük ilkesini öğrencilerimize aktarıyoruz, çıkardığımız ders kitabında.

Konular aslında ekonomik analizle ilgili, hukuk sosyolojisi açısından hukuki alan araştırması yapılması gereken konular.

Dün Selçuk hocamız görüştüğü hakimlerle aldığı cevapları bizimle paylaştı. Ama hukuki alan araştırmasına bayağı bir girilmesi gerekiyor. Sosyolojik açıdan bunlar önemli.

Haciz konusunda Genel Müdür sayın Kenan Özdemir'in söylediği hususlar Avrupa Birliğine giriş sürecinde uyum önemli. Haciz konusunda aslında İsviçre'deki kanun 1994 değişikliği esas alınrsa, yani icra memurunun yetkisi geniş tutulursa sayın yerine, o aşılabılır. Yani böyle kısmi değişikliklerle rahatlıkla halledilebilecek konular da var.

Dünkü söylediklerimize ilave bunları söyleyebilirim.

Eğer uygun görürseniz, bazı hocalarımızın, özellikle baki Hocamızın İsaak Meier'e bir sorusu vardı, bir de sanıyorum Pekcanıtez hocanın, ben tercüme ederken not aldığı kısa bazı sorular vardı. Bir iki cümle ile belki cevap vermek ister, hazırlık yaptığını biliyorum, uygun görürseniz. Herr Meier! Bir açıklama yapar mısınız?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsaak MEIER: (...)

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı): İki cümleyle sayın Yıldırım sayın Prof. Meier'in konuşmalarını tercüme edecekler.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Sayın Prof. Meier, çok kısa olarak özetlenecek olursa, İsviçre'deki icra memurlarının aslında hukukçu olmadığını, bir buçuk yıllık bir eğitimden sonra o bilgiye sahip olup çalıştıklarını söyledi. Ancak gayrimenkul satışlarında özellikle zorluk yaşandığını ve bu bakımdan "İnspektorat" denilen bir kurumla bireye haklarının anlatılmaya çalışıldığını, temel konunun Walker hocanın da söyledi-

TARTIŞMA

ği gibi, özellikle icra hukukunda temel haklara müdahalenin sıklıkla yaşandığı bir alan olduğu, koruma altına alınması gereken kişinin de birey olduğunu, vatandaşa haklarını biz nasıl en iyi şekilde anlatırız; bunun mücadelesinin İsviçre’de de verildiğini ve değişiklikler yapılması yönünde görüşler olduğunu kısaca belirtti.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturma Başkanı): Teşekkür ederiz sayın Meier’e.

Doç. Dr. Halûk Konuralp’in anısına düzenlenen Yedinci Türk Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku toplantısını düzenleyen komiteye, yoğun ve etkili çabaları için hepimiz adına teşekkür ediyoruz ve katıldığınız için tüm katılımcılara da teşekkür ediyoruz.

Şimdi, özel oturumu yönetmek üzere sayın Pekcanitez’i kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Oraya geçmeden önce ben müsaadenizle, Almanya ve İsviçre’den gelen saygıdeğer konuklarımıza bir şey söylemek istiyorum.

(Toplantının bu bölümünde, Organizasyon Komitesi Başkanı sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, yabancı konuklar Prof. Walker ve Prof. Meier’e yönelik olarak, bu toplantıya katıldıkları, tebliğ sundukları ve çok değerli katkılarda buldukları için, organizasyon komitesi ve tüm Türk Medenî Usul Hukukçuları adına teşekkür konuşması yapmış ve kendilerine hediyeler takdim etmiştir. Müteakiben Prof. Walker ve Prof. Meier de cevaben kısa birer teşekkür konuşması yapmışlar ve bu konuşmalarının içinde toplantı konusuna ilişkin olarak çok kısa değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Konukların bu değerlendirmeleri, sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez tarafından özetlenerek ve Türkçe’ye çevrilerek, haziruna aşağıdaki gibi aktarılmıştır).

Prof. Walker bizlere öncelikle bizim İcra İflas Kanunu ile ilgili bundan sonraki çalışmalarımızda İsviçre hukukundaki ilamsız icra takipleri veya Alman hukukundaki Mahnverfahren yerine, özellikle bizim kendi şartlarımıza uygun, kendi ihtiyaçlarımıza cevap veren, özellikle maddi hukukumuzla, örneğin medeni hukukumuzla, borçlar hukukumuzla, iş hukukumuzla, ticaret hukukumuzla, şirketler hukukumuzla ve en önemlisi Anayasa'ya uygun olması gerektiğinden söz ediyor. Eğer böyle bir hazırlık içinde olursak, bizim, ülkemizin koşullarına en uygun İcra İflas Kanunu hazırlayacağımızı ifade ediyor.

Bunun dışında sayın Walker, benim yaklaşık dört yıla yakın bir süredir tanıdığım, son derece misafirperver ve pek çok meslektaşımıza Almanya'daki kendi kürsüsünü, kendi olanaklarını, kendi fırsatlarını sunan bir meslektaşımız. Burada bir kez daha, buradan Almanya'ya gelip çalışma yapacak olan bütün meslektaşlarımıza kendisinin kapısının açık olduğunu, bu konuda bütün imkânlarını sunabileceğini söylüyor ve onlara şimdiden Almanya'ya hoş geldiklerini söylüyor.

Son olarak da, bizim burada kendilerine göstermiş olduğumuz misafirperverlikten ötürü bizlere ve sizlerin dostluğuna teşekkür ediyor.

Prof. Meier ise, burada, İcra İflas Kanunu ile ilgili olarak, başlangıçta hiç beklemediği bir tartışmayla karşılaştığını ifade ediyor. Bu tartışmaların pek çoğunun kendi ülkesinde yapılmadığından söz ediyor. Aslında bir icra iflas kanununun, hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini uzlaştıran, bunların her ikisini de koruyan bir kanun olması gerektiğini ifade ediyor. Ama burada âdeta balansın borçlu aleyhine bozulduğunu, bu bozulmanın her iki tarafın da menfaatlerini telif edici bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ifade ediyor.

Son olarak da, özellikle karşılıklı olarak birbirimizin icra ve iflâs hukukuyla ilgili çalışmalarından ve bu alanda her iki ülkede yaşanan ve gelişmelerden haberdar olmamızın her iki tarafın da menfaatine olacağını söylüyor. Örnek olarak, menfi

tespit davasının Türk hukukunda İsviçre hukukundan daha önce yer aldığını, kendilerinin ise bunu çok daha sonra kabul ettiklerini belirtiyor; ayrıca, bunun, birbirlerinden karşılıklı olarak yararlanabilecekleri pek çok hususun olabileceğini ifade ediyor. Son olarak da, bu toplantı sebebiyle aramızda bulunmaktan, Çeşme'de olmaktan dolayı mutluluk duyduğunu ve özellikle her şey için çok teşekkür ettiğini belirtiyor.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN (Oturum Başkanı):Buyurun sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hocam, sizlere de çok teşekkür ediyorum.



20.00 TL

Barış Manço Caddesi 1366. Sokak No: 3 06520 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 292 59 00 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr • e-posta: yayin@barobirlik.org.tr