



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

75. YAŞ GÜNÜ İÇİN
PROF. DR. BAKİ KURU
ARMAĞANI

ANKARA 2004



Prof. Dr. Baki KURU



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

75. YAŞ GÜNÜ İÇİN
PROF. DR. BAKİ KURU
ARMAĞANI

Yayına Hazırlayan
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ANKARA 2004

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 55

75. Yaş Günü İçin
Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı

ISBN: 975-6689-33-1
© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Ocak 2004

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı
Serab Şen (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Baskı
Şen Matbaa
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Ö N S Ö Z

İlkini 2002 yılında *Doç. Dr. Haluk Konuralp* ve *Yrd. Doç. Dr. Muhammet Özeker*'le birlikte Eskişehir Anadolu Üniversitesi'nde gerçekleştirdiğimiz Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısını, 2003 yılında yine birlikte Eskişehir'de düzenledik. Bu toplantılarda, medeni usul ve icra iflâs hukukçuları bir araya getirerek güncel sorunları birlikte tartışabilmeyi, genç medeni usul ve icra iflâs hukukçuları ile birlikte olmayı, tanışmayı, bir "*anabilim dalı ailesi*" olmayı amaçladık. Bu ailenin üyeleri olarak, öğrenciliğimizden bu yana kendilerinden pek çok şeyi öğrendiğimiz hocalarımıza şükran duygularımızın bir ifadesi olarak Armağan çıkarmayı kararlaştırdık. Armağan çıkaracağımız hocalarımızdan ilki toplantılara katılan en tecrübeli olan, Prof. Dr. Baki Kuru Hocamız olmalıydı. Bu amaçla hemen kollarımızı sıvayıp işe koyulduk. Prof. Dr. Baki Kuru Hocamıza 75. yaş günü için bir Armağan çıkaracağımızı duyurduk ve tüm meslektaşlarımızdan yazı istedik. Öngörülen süre içinde bazı meslektaşlarımızın yazılarını yetiştirememesi nedeniyle yazıların teslimi için öngördüğümüz süreyi uzattık. Sonunda 2003 yılı içinde Armağan basılabilecek hale geldi.

Armağan'ın çıkması için yazı göndererek destek olan tüm meslektaşlarıma ayrı ayrı teşekkür etmeyi öncelikle yerine getirilmesi gereken bir ödev kabul ediyorum.

Yaklaşık bir yıldır bu Armağan'ın çıkması için sekreteryaya görevini üstlenen ve gelen yazıları düzenleyen, sıralayan ve basımına kadar tüm işlemlerde destek olan Fakültemiz Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlilerine ve özellikle *Arş. Gör. Mine Erturgut*'a titiz ve özverili çalışması için teşekkür ediyorum.

Armağan'ın basımı öncesinde gelen yazıların mizanpajı ve son şeklini alıncaya kadar düzenlemesini yapabilmemiz konusunda destek veren Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın *Prof. Dr. Şeref Ertaş*'a şükranlarımı ifade etmek istiyorum. Armağan'ın mizanpajını yapan ve yine tashihler konusunda yardımcı olan Uzman Serap Şen'e ayrıca titiz çalışması için müteşekkirim.

Hocamız için hazırladığımız Armağan'ın basımını Medeni Usul Hukukçuları olarak gerçekleştirmeyi planlarken, Barolar Birliği Üyesi Sayın *Teoman Ergül*'ün cesaretlendirmesi üzerine basımını Türkiye Barolar Birliği'nden talep ettik. Bu yöndeki talebimizi kabul ederek bizi mutlu eden ve basım işini üstlenen, başta Barolar Birliği Başkanı Sayın *Özdemir Özok* ve tüm *Yönetim Kurulu Üyelerine* ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Yanında doktora çalışmalarına başladığım için hep gurur duyduğum, kendisinden hem bilimsel alanda, hem de bilim dışı yaşamımda çok şey öğrendiğim Prof. Dr. Baki Kuru Hocama 75. Yaş Günü için çıkarılan Armağan'ı hazırlayan olmak benim için çok onurlu bir görev oldu.

Eserleri ile hepimiz için koca bir dev olan, medeni usul ve icra iflâs hukukunun Türkiye'de temellerini atan, Sayın Prof. Dr. Baki Kuru Hocama 75. yaş gününde Armağan çıkarabilmenin onur ve mutluluğunu tattıran herkese şükranlarımı sunuyorum. Sadece eserleri ile değil, kişiliği, yardımseverliği, insan yönü, çalışkanlığı hepimize önder olacak Hocamızın, 75. Yaş Gününde, bizlerin küçük bir hediyesi olan bu Armağan'ı kabul etmesini diliyorum.

Sevgili Hocamıza sağlıklı, mutlu, huzurlu bir yaşam diliyoruz.

Sevgi, saygı ve şükran duygularımızla...

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

ÖRNEK BİLİM ADAMI
PROF. DR. BAKİ KURU

Prof. Dr. Baki Kuru'nun yakın dostu Ankara Barosu'nun üretken, çalışkan ve saygın üyelerinden sayın Av. Atilla Elmas, hocamızın vefalı öğrencilerinden oluşan bilim adamlarının onun adına bir armağan hazırlamak istediklerini ve bu çalışmaya TBB tarafından katkı dilediklerini ilettilerinde, büyük heyecan duydum. Bireysel katkı konusunda söz verebileceğimi, ancak kurumsal katkıyı yönetim kuruluna götürmek gerektiğini bildirdim. Konuyu yönetim kurulu toplantısında anlattığımda kurul üyesi arkadaşlarım, olumlu her girişimde gösterdikleri duyarlılığı göstererek, böylesi anlamlı bir çalışmaya katkı sunmaktan mutlu olacaklarını bildirdiler.

Geçen süre içinde başta sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez olmak üzere, hocamızın değerli öğrencileri onun adına yaraşır bir armağanı hukuk dünyasına sunmuşlardır.

Her meslekte zaman zaman yıldızlar parlarlar, bir süre sonra sönerler, hiç kimse onların varlığından haberdar olmaz. Ama bazı yıldızlar vardır ki yaşamları boyunca her gün biraz daha parlarlar ve çevrelerini aydınlatırlar. İşte Baki Kuru hocamız bu kılavuz yıldızların en parlaklarından biridir. Yayıdığı ışıklar hepimizin yolunu aydınlatmıştır.

Cumhuriyetin önemli kilometre taşlarından olan Hukuk Devrimi'nin oluşturduğu laik çağdaş Türk hukukunun önemli öncülerinden olan Prof. Dr. Baki Kuru ülkemizde İcra-İflas ve Medeni Usul Hukuku alanında akla gelen ilk isimlerden birisidir.

Çünkü o, sade ve tutarlı kişiliği yanında, dürüstlüğü, özverinin, çalışkanlığın, üretkenliğin temsilcisi olmuştur.

Çünkü o, insanla, toplumla birlikte ve zaman içinde değişen gelişen, dönüşümlere uğrayan hukukun ülkemizde uygun ve yararlı sonuçlar vermesini, bıkmadan usanmadan ve inanca yerine getirmeye çalışmıştır.

Çünkü o, moda olan geçici, çıkarıcı, günlük hiçbir özlem ve beklenti içinde olmadan, yüklendiği bilim adamlığı misyonunu gerçekçi bakış ve bilimsel yorumlarla uygulama alanına koymuştur.

Çünkü o, tükenmeyen enerjisiyle sürekli yazmış, üretmiş ve hukukumuza önemli eserler kazandırmıştır.

Hukukçu, öncelikle uygar, aydın, demokrat, yenilikçi ve bilgin olmalıdır. İşte tüm bu tanımlamalar bize Baki Kuru ismini çağrıştırmaktadır. O, iyi, güzel ve örnek olan her şeyi şahsında toplamış ender değerlerden birisidir. Bu sayılanlar, bu sıralananlar salt hocamızı övmeye yönelik tanımlar ve değerlendirmeler değildir. Yapılmak istenen şey, çözülmüş, kirlenmiş, kokuşmuş, kimi toplumsal, değer ve kişiler yanında, hiçbir yanlışa, hiçbir olumsuzza, hiçbir şaibeye karışmamış, hukuk dünyamızda yıldız gibi parlayan saygıdeğer hocamızın hakkını teslim etmekten ibarettir.

Hukuk dünyamızın duayenlerinden, saygın insan, örnek bilim adamı ve aile reisi hocam Prof. Dr. Baki Kuru'ya en derin saygılarımı sunar, bu armağanın oluşumuna emeği geçenlere teşekkür eder, Tanrı'dan, parlayan bu ışığın bizleri uzun süre aydınlatmasını dilerim.

Avukat Özdemir Özok

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

USTAM Prof. Dr. Baki KURU

1960 yılların başından 1980'li yılların ortalarına kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde okumuş olan hukukçulara, hangi hocalardan hukuk öğrendiklerini sorarsanız, alacağınız cevaptaki ilk birkaç isim arasında mutlaka Prof.Dr. Baki KURU'nun adını duyarsınız. Bu arada, O'nun öğrencisi olmaktan gururlandığını da gözleyebilirsiniz. Çünkü O, hukuk öğrencilerine en çok şey öğreten büyük hocaların başında yer alır.

Bunun ötesinde, ülkemizdeki tüm hukukçuların herhangi birisinden hukuku uygularken en çok yararlandıkları eserlerden birkaç isim vermelerini istesenz, yine O'nun eserlerini duyarsınız. Çünkü O, yazdıklarıyla tüm hukukçuların kendisinden en çok yararlandıkları hukuk yazarlarının başında gelir.

O, herşeyden önce eserleriyle abideleşen bir efsanedir, bir devdir.

Prof.Dr. Baki Kuru'nun eserleri, bilgi dolu hazinelerdir ve bunlar, aranan konuların hemen hemen hepsine cevap içerirler. Eserlerinin bir başka özelliği, kolay anlaşılabilir olmasıdır. Bunun nedenlerinden ilki, O'nun ciddi titiz bir bilim adamı olarak konuyu çok iyi araştırıp öğrenmesinden; ikincisi ise öğrendiğini ve bildiğini, başkaları için kolayca anlaşılabilir hale getirerek yazma yeteneğinden kaynaklanır.

Bunun sonucu olarak O, aynı konuda hukukçu olmayanlara (örneğin, bankacılar); hukuk fakültesi öğrencisi olmayıp da "biraz" hukuk öğrenenlere, hukuk fakültesi öğrencilerine, uygulamacılar ve bilim adamlarına da yayın yapabilmektedir.

Yanında yetişenlere öğrettiklerinden biri de, konuları çok iyi araştırıp kavrayıp adeta bir "tespih" gibi onlarla oynayabilme yeteneğinin geliştirilmesidir.

Prof.Dr. Baki Kuru'yu insan olarak da yakından tanıyanlar için, O'nun aklı gelen en önemli özelliği, "tevazu"sudur. Öne çıkmaktan, şatafattan ve abartıdan kesinlikle hoşlanmaz. Ortaya koyduğu eserleri bilip de ondan akıl almaya gelenler, "Dev"i ilk gördüklerinde karşılaştıkları inanılmaz boyuttaki "tevazu" sebebiyle şaşkınlıktan kendilerini alıkoyamazlar.

Büyük eserler, kendiliğinden yaratılmazlar. Onları yaratmak için çok çalışmak ve düzenli olmak, gerçekleştirilmesi gereken ilk ön koşullardandır. Prof.Dr. Baki Kuru'yu yakından tanıyanlar, O'nun her gün düzenli olarak en az on-oniki saat masası başında çalıştığını bilirler.

Çok zengin bir kütüphaneye sahiptir ve tüm yayınları ve hukuk kaynaklarını çok dikkatle izler.

Çalışma ortamı, olağanüstü düzenli ve huzurludur. Aslında bu ortam, O'nun doğasının ve ışığının etrafına yansıyan görüntüsüdür. O'nun yanında çalışanlar da, kendilerini bu ortamın bir parçası olarak hissederek davranırlar.

Kıbarlık, zerafet, hoşgörü ve şefkat, sahip bulunduğu diğer yeteneklerdendir. Kızdığını ve hele hele bunu etrafına yansıttığını gören olmamıştır.

Yakından tanıyanlar, O'nun çok iyi ve fedakâr bir aile babası olduğunu da çok iyi bilirler.

O'nun çok yakından tanıma mutluluğuna erişenlerden biri de benim.

Prof.Dr. Baki KURU; Fakülte'deki öğrencilik yıllarımda Hocam oldu. Daha sonra da Ustam.

Önce, bir öğrencisi olarak, elimi tuttu ve daha Fakülte sıralarından itibaren beni bilime özendirdi ve yönlendirdi. Fakülte'yi bitirir bitirmez, 1972 yılından itibaren de beni "çırak" (asistan) olarak kabul etti.

Ben de tüm yaşantımda, O'nu hep "Usta" olarak belledim ve O'nu kendime örnek aldım.

Bilimsel çalışmanın temellerini O'ndan öğrendim. Nasıl çalışılacağını, nasıl bilimsel araştırma yapılabileceğini, nasıl öğrenci yetiştirileceğini, nasıl bilimsel yayın yapılacağını ve yaptırılacağını, özetle nasıl bilim adamı olunabileceğini O'ndan öğrendim.

Öğrendiklerim bundan ibadet değildi. Nasıl "adam" olunabileceğini de O'ndan öğrendim.

Bilimsel yaşamımda eğer bir yerlere gelebildi isem, bunu, Ustam Hocam Prof.Dr. Baki KURU'ya borçluyum

İleri gitmiş ülkelerde bir bilim adamının değeri yalnızca verdiği derslerle ve yaptığı yayınlarla değil, aynı zamanda kendisinden sonra gelen bilim adamlarının yetiştirilmesindeki beceri ile de ölçülür. Doğru olan da budur. Çünkü insan ömrünün sınırlı olmasına karşılık, insanın ve özellikle bilim adamının hizmet ettiği insanlık ve bilim, sonsuza dek sürecektir. Bilim adamı da bu ideal çerçevesinde çalışmaya mecburdur.

Konuya bu açıdan bakıldığında Prof.Dr. Baki Kuru'nun, pek çok yargılama hukukçusunun yetişmesinde büyük rol oynadığı görülmektedir. Hatta, O'nun hepimizin örnek aldığı tarzının, ülkemizde yeni bir "ekol yarattığı" bile söylenebilir. Çünkü, yanımızda yetişen çok sayıda yargılama hukukçusunun, O'ndan alınan feyzin ışığıyla yetiştirilmesine gayret gösterildiğini ifade etmekten ve bugün ülkemizde çalışan yargılama hukukçularının çoğunda "Kuru ekolu"nü izlerini görmekten mutlu olduğumu ifade etmek isterim.

Kendisi için çıkartılan bu Armağan vesilesiyle Ustam'a sağlıklı uzun ömürler dilerim.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

SUNUŞ

Derin saygı ve sevgi duyguları ile bağlı olduğum çok değerli hocam Prof. Dr. Baki Kuru için, sevgili meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in öncülüğünde bazı genç meslektaşlarımın girişimleri ile yaşama geçen "Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Topluluğu"nın gündemine alıp hazırlamış olduğu armağana bir sunuş yazısı yazabilme fırsatı bulduğum için kendimi çok şanslı sayıyorum.

Hocam, Prof. Dr. Baki Kuru'yu, 1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi nc sınıf ğrencisi iken tanıdım. Bir dersimizin boş olması nedeniyle, dördüncü sınıfta okuyan bir arkadaşımla birlikte icra ve iflas hukuku dersine girmiştim. Dersin hocası Prof. Dr. Baki Kuru idi. Hocanın dersle ilgili bazı kaynakları öğrencilere toplatmış olduğunu görmem, benim için bir yenilikti. Daha sonra, birlikte çalıştığımız yıllarda da, devamlı taşıdığı büyük çantasından, kanun, ders kitabı ve diğer belgeleri çıkarması ve onların hepsini ders boyunca tek tek kullanmasından, dersini tüm ğrencilerinin anlayabileceği bir içerik ve biçimde vermesinden çok etkilenmiştim.

Fakülteyi 1969 yılında bitirince, bana tanınan DAAD bursu ile Almanya'da doktora yapma ile Fakltemde asistan olma olanağı arasında tercih yapma zorunda kaldığım günlerde, kendisini rahmetle ve derin bir saygı ile her zaman andığım hocam Prof. Dr. Necip Bilge, "Ben Baki Bey'le konuştum. İstersen seni bizim kürsüye asistan olarak alıp, kazandığın burstan en az iki yıl yararlanmanı da sağlayacağız" demesi belki de benim yaşam izgimi değişirmişti.

Fakltemin Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Kürsüsü'ne asistan olarak göreve başladığım 1970 yılından bugüne kadar hocam Prof. Dr. Baki Kuru ile birlikte çalıştım. Özellikle, 1983 yılında Fakültedeki görevinden kendi isteği ile ayrılmasına kadar her an kendisinden bir şeyler öğrendim. Titizliği, çalışkanlığı, programlı yaşamı, saygı ile andığım çok değerli büyüğüm rahmetli eşi ve çocuklarına saygısı, sevgisi ve bağlılığı, kısacası, iyi bir insanda bulunması gereken bütün özelliklere sahip olması, beni hep etkilemiştir.

Hocamın bu herkesin sahip olamayacağı insani nitelikleri ile gerçek bilim adamlığı, ona duyulan saygının ve sevginin kaynağını oluşturmuştur. Hocamın akademik yaşamındaki üstün başarisında, kendisinin kişisel yeteneği, disiplinli ve programlı çalışma gücü kuşkusuz etkili olmuştur. Bu başarıda, Fakltemizi

birincilikle bitirdikten sonra aldığı bursla gittiği Almanya'da çok başarılı bir doktora çalışması yapmasının da payı olduğunu düşünüyorum.

Çok değerli hocam, zengin teorik bilgisi ile başta Yargıtay olmak üzere hukuk uygulayıcılarının kararlarını (görüşlerini) bir araya getirip değerlendirerek, hem uygulamacılara ışık tutmuş, hem de öğretiye uygulamayı bilmeden teorik usul ve icra-ıflâs hukuku bilgisi eksik kalır mesajını sürekli olarak vermiştir. Başka bir deyişle, Hocam uygulamayı iyi bilmenin ve onun içinde olmanın akademik yaşama çok önemli katkılar yapacağını ispat etmiş kişilerden biridir. Bu inançla hocam, hukuk ilkeleri çerçevesinde, yaşamın gerçeklerine ve ihtiyaçlarına uygun, hakkaniyeti de gözeten çözüm önerilerinde bulunmuştur. Sayılamayacak kadar çok ve Türk hukukunun gelişmesine önemli katkılar yapmış olan eserlerindeki özlü, kolay anlaşılır açık-seçik anlatım, eserlerine çok başvurulmasını ve tercih edilmesini sağlamıştır.

Değerli hocam, Prof. Dr. Baki Kuru'nun öğretim üyesi olarak Üniversitemize ve engin bilgisi ile Türk hukukuna ve uygulamasına karşı görevini fazlasıyla yapmış olmanın huzuru içinde, yetiştirdiği bilim adamları ile gurur duymanın mutluluğunu yaşadığına inanıyorum.

Kendisine sağlıklı uzun ömür diler, en derin saygı ve teşekkürlerimi tekrarlarım.

Prof. Dr. Ramazan Arslan

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku
Öğretim Üyesi*

Prof. Dr. Baki Kuru'nun

Ö z g e ç m i Ő i

1928 yılında Bolu (Şimdi : Düzce) İli'nin Akçakoca İlçesi'nde doğdu. 1940 yılında Akçakoca Merkez İlkokulu'nu, 1943 yılında Kastamonu Lisesi'nin orta kısmını (Orta Okulu), 1946 yılında Bolu Orman Okulu'nu bitirdi. 1946-1950 yıllarında, Orman Genel Müdürlüğü taŐra teŐkilâtında, Orman Bölge Őefi olarak görev yaptı. 1950-1951 yıllarında, Diyarbakır ve Yozgat Liseleri'nde, okul dışından lise bitirme ve olgunluk sınavlarını verdi. 1951-1955 yıllarında, Toprak ve İŐkân Genel Müdürlüğü teŐkilâtında harita teknik memuru olarak görev yaptı ve aynı zamanda da Ankara Hukuk Fakültesi'ne devam etti.

1955 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1958 yılında, Almanya'nın Münster Üniversitesi'nde Hukuk Doktoru oldu. Aynı yıl Ankara Hukuk Fakültesi'ne asistan olarak girdi. 1960 yılında Doçent, 1966 yılında da Profesör oldu. 1983 yılında kendi isteği ile emekliye ayrıldı ve İstanbul'a yerleŐti.

Bu tarihten beri, bilimsel çalışmalar yapmakta ve kitaplarını yenilemektedir.

PROF. DR. BAKİ KURU'NUN YAYINLARI

A) KİTAPLAR

1. **Übertragung und Pfaendung der Anwartschaftsrechte auf Eigentumserwerb an Beweglichen Sachen und an Grundstücken**, Münster (Westf.), 1958 (Doktora tezi, 127 sayfa)
2. **Nizasız Kaza**, Ankara 1961 (Doçentlik tezi, 247 sayfa)
3. **İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler**, Ankara 1962 (74 sayfa)
4. **Bankacılar İçin İcra ve İflâs Hukuk Bilgisi**
 1. Baskı, Ankara 1962 (50 sayfa)
 2. Baskı, Ankara 1966 (54 sayfa)
 3. Baskı, Ankara 1971 (119 sayfa)
 4. Baskı, Ankara 1973 (133 sayfa)
 5. Baskı, Ankara 1975 (133 sayfa)
 6. Baskı, Ankara 1977 (133 sayfa)
 7. Baskı, Ankara 1978 (158 sayfa)
 8. Baskı, Ankara 1981 (158 sayfa)
 9. Baskı, Ankara 1983 (158 sayfa)
 10. Baskı, Ankara 1986 (162 sayfa)
 11. Baskı, Ankara 1988 (184 sayfa)
 12. Baskı, Ankara 1989 (168 sayfa)
 13. Baskı, Ankara 1994 (189 sayfa)
 14. Baskı, Ankara 1995 (188 sayfa)
 15. Baskı, Ankara 1997 (188 sayfa)
 16. Baskı, Ankara 1999 (186 sayfa)
 17. Baskı, Ankara 2002 (196 sayfa) (Doçent Dr. Halûk Konuralp ile ortak yayın)
5. **Şahıs Şirketleri ve Ortaklarının İflâsı**, Ankara 1963 (106 sayfa)
6. **Tespit Davaları**, Ankara 1963 (115 sayfa); İstanbul 1988, Tıpkı Basım
7. **İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I, İcra Hukuku**, Ankara, Kasım 1965 (464 sayfa)
8. **Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara 1966 (87 sayfa)

9. Hukuk Muhakemeleri Usulü

1.Baskı, Ankara 1964 (571 sayfa)

2.Baskı, Ankara 1968 (819 sayfa)

3.Baskı, Ankara 1974 (1112 sayfa)

4.Baskı

I. Cilt, Ankara 1979 (1071 sayfa)

II. Cilt Ankara 1980 (1240 sayfa)

III. Cilt, Ankara 1982 (964 sayfa)

IV Cilt, Ankara 1984 (1016 sayfa)

V. Cilt, Ankara 1986 (779 sayfa)

5.Baskı

I. Cilt, İstanbul 1990 (1332 sayfa)

II. Cilt, İstanbul 1990 (1284 sayfa)

III. Cilt, İstanbul 1991 (1070 sayfa)

IV Cilt, İstanbul 1991 (1241 sayfa)

6.Baskı

I. Cilt, İstanbul 2001 (1223 sayfa)

II. Cilt, İstanbul 2001 (1215 sayfa)

III. Cilt, İstanbul 2001 (1012 sayfa)

IV. Cilt, İstanbul 2001 (1032 sayfa)

V. Cilt, İstanbul 2001 (1174 sayfa)

VI. Cilt, İstanbul 2001 (1187 sayfa)

10. İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971 (608 sayfa) ; Tıpkı Basım, İstanbul 1992)

11. İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı

1. Baskı, Ankara 1972 (525 sayfa)

2. Baskı, Ankara 1974 (525 sayfa)

3. Baskı, Ankara 1975 (526 sayfa)

4. Baskı, Ankara 1978 (526 sayfa)

5. Ortak yayın 1. baskı, Ankara 1986 (635 sayfa) (Doçent Dr. Ramazan Arslan ve Doçent Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)

6. Ortak yayın 2. baskı, Ankara 1986 (712 sayfa) (Doçent Dr. Ramazan Arslan ve Doçent Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
7. Ortak yayın 3. baskı, Ankara 1988 (712 sayfa) (Doçent Dr. Ramazan Arslan ve Doçent Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
8. Ortak yayın 4. baskı, Ankara 1989 (772 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
9. Ortak yayın 5. baskı, Ankara 1991 (662 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
10. Ortak yayın 6. baskı, Ankara 1992 (662 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
11. Ortak yayın 7. baskı, Ankara 1994 (662 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
12. Ortak yayın 8. baskı, Ankara 1995 (664 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
13. Ortak yayın 9. baskı, Ankara 1996 (664 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
14. Ortak yayın 10. baskı, Ankara 1997 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
15. Ortak yayın 11. baskı, Ankara 1998 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
16. Ortak yayın 12. baskı, Ankara 1999 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
17. Ortak yayın 13. baskı, Ankara 2000 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
18. Ortak yayın 14. baskı, Ankara 2001 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
19. Ortak yayın 15. baskı, Ankara 2002 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)

12. İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği

19. Baskı, Ankara 2003 (395 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)

13. Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı

1. Baskı, Ankara 1975 (598 sayfa)
2. Baskı, Ankara 1977 (600 sayfa)
3. Baskı, Ankara 1981 (758 sayfa)
4. Baskı, Ankara 1983 (741 sayfa)
5. Ortak yayın 1. Baskı, Ankara 1986 (635 sayfa) (Doçent Dr. Ramazan Arslan ve Doçent Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
6. Ortak yayın 2. baskı, Ankara 1988 (Doçent Dr. Ramazan Arslan ve Doçent Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
7. Ortak yayın 3. baskı, Ankara 1990 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
8. Ortak yayın 4. baskı, Ankara 1991 (741 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
9. Ortak yayın 5. baskı, Ankara 1993 (741 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
10. Ortak yayın 6. baskı, Ankara 1994 (758 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
11. Ortak yayın 7. baskı, Ankara 1995 (758 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
12. Ortak yayın 8. baskı, Ankara 1996 (758 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
13. Ortak yayın 9. baskı, Ankara 1997 (758 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
14. Ortak yayın 10. baskı, Ankara 1998 (758 sayfa) (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
15. Ortak yayın 11. baskı, Ankara 1999 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
16. Ortak yayın 12. baskı, Ankara 2000 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
17. Ortak yayın 13. baskı, Ankara 2001 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
18. Ortak yayın 14. baskı, Ankara 2003 (Prof. Dr. Ramazan Arslan ve Prof. Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)

14. İctihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977 (99 sayfa)

15. **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar**, Ankara 1977 (95 sayfa)
16. **Zivilprozess (Zivilgerichtsbarkeit), Zwangsvollstreckung und Konkurs in der Türkei**
 1. Baskı : Forschungsberichte der Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung über das Spar-und Girowesen e.V, Band 6, Mainz 1978 sayfa 1-87
 2. Baskı : Forschungsberichte der Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung über das Spar-und Girowesen e.V, Band 18, Mainz 1983 sayfa 359-459
17. **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**
 23. Baskı, Ankara 2003 (551 sayfa) (Prof. Dr. Ejder Yılmaz ve Prof. Dr. Ramazan Arslan ile ortak yayın)
18. **İcra ve İflâs Hukuku** (İptal davaları ve konkordato dahil), Ankara 1983 (1012 sayfa)
19. **Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Öğrencileri İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi**
 1. Baskı, Eskişehir 1986 (105 sayfa)
 2. Baskı, Eskişehir 1989 (211 sayfa) (Doçent Dr. Şanal Görgün ile ortak yayın)
20. **İcra ve İflâs Hukuku**
 - I. Cilt, İstanbul 1988 (934 sayfa)
 - II. Cilt, İstanbul 1990 (1163 sayfa)
 - III. Cilt, Ankara 1993 (977 sayfa)
 - IV. Cilt, İstanbul 1997 (884 sayfa)
21. **Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı**, İstanbul 1995 (1316 sayfa)
22. **İktisadî ve İdarî Bilimler Fakülteleri Öğrencileri İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi**, Ankara 1997 (256 sayfa) (Prof. Dr. Şanal Görgün ile ortak yayın)
23. **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, 2.baskı, İstanbul 2002 (159 sayfa)
24. **İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara 2003 (306 sayfa)

B) MAKALELER

1. Auslegung der Gesetze im ALR und im ABGB (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1957/1-4 s.143-178)
2. 1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda Kanunların Tefsiri (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1958/1-4 s.102-104)
3. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Üzerinde Düşünceler (Ankara Barosu Dergisi 1959/3, s.125-130)
4. El Yazısı İle Vasiyetname, Vasiyetnameyi Tanzim Mahallinin Yazılmamış Olmasının Neticeleri (Ankara Barosu Dergisi 1960/1 s.21-25)
5. Kaza Çeşitleri ve Bunlar Arasındaki Münasebet, Yargı Yolu (Ankara Barosu Dergisi 1960/2 sayfa 27-33)
6. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. Maddesinin 10. Bendindeki Sebebe İstinat Eden İadei Muhakeme (Adalet Dergisi 1960/2-6 s.196-203)
7. Ödeme Emri (Adalet Dergisi 1961/1-2 s.30-46)
8. Ödeme Emrine İtiraz (Adalet Dergisi 1961/3-4 s.268-293)
9. Kanunların Tefsiri (Adalet Dergisi 1961/5 s.419-426)
10. Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı (Adalet Dergisi 1961/7-8 s.676-694)
11. Ödeme Emrine İtirazın Ref'i (Adalet Dergisi 1961/11-12 s.1043-1067)
12. Türk Hukukunda İflâsa Tabi Olan Şahıslar (2. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 1961, s.585-600)
13. Borçtan Kurtulma Davası (Adalet Dergisi 1962/2 s.128-139)
14. İflâs Ödeme Emrine İtiraz Edilmemesi Halinde İflâs Davası (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1962/4 s.579-591)
15. Haczi Caiz Olmayan Şeyler (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1965/1-4 s.277-326)
16. İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısına Bir Bakış, İmza İnkârı ve Haciz İhbarnamesi (Ankara Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünün düzenlediği "İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer", 13.12.1962-17.1.1963, Ankara 1963, s.12-28)
17. İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı ile İflâs Hukukunda Yapılan Başlıca Değişiklikler, Kambyo Senetlerine Mahsus Takip Yolları ve Ticaretini Terkeden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler (Adı geçen Seminer s.63-114)
18. Konkordato (Adı geçen Seminer s.15-154)

19. İstinaf Mahkemeleri Kurulurken (Adalet Dergisi 1963/5-8 s.548-569)
20. Sözlü Yargılama Usulü (Adalet Dergisi 1963/9-10 s.910-928)
21. Dava Şartları (Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s.109-147)
22. Hukuk Usulünde İstinaf Teşkilatı (Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsünün düzenlediği "Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ile Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer" 14.1.1964-24.1.1964, Ankara 1964 s.43-70)
23. Das Schweizerische Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz in der Türkei (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1964, Cilt 83 s.331-350 ve Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs 1965/4 s.97-111)
24. Die Neue Revision des Türkischen Schuldbetreibungs-und Konkursgesetzes (Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs 1967/2 s.33-45)
25. Hukuk Usulünde Dava Sebebi (Adalet Dergisi 1967/4 s.239-268)
26. Görevsizlik veya Yetkisizlik Kararı Üzerine Davalının da Görevli veya Yetkili Mahkemeye Başvurmak Hakkı Var Mıdır? (Ankara Barosu Dergisi 1967/6 s.897/900)
27. Hukuk Usulünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak Muameleler (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1967 s. 155-181)
28. İcra İnkâr Tazminatı (Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968 s.725-765)
29. Re'sen Düzenlenen Noter Senetlerinde Şahit Meselesi (Noterlik Dergisi 1969/1 s. 9-11)
30. Tedrici Tasfiyeye Tâbi Tutulan Bankalar Yöneticilerinin Sorumlulukları (Ankara Barosu Dergisi 1969/4 s.617-618)
31. Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler (Adalet Dergisi 1969/10 s. 614-621 ve İzmir Barosu Dergisi 1973/43 s. 3-9)
32. Ticareti Terkeden Tacirlerin Tâbi Bulunduğu Hükümler (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1970/1-2 s.109-118)
33. Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri (Ankara Hukuk Fakültesi Mezunları Derneği Birinci Genel Kurulu Çalışmaları, 1969, Sosyal Devlet ve Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri, Ankara 1970, s. 31-49)
34. İflâs Takibi ve Davasında Yetki (Selâhiyet) Kaideleri (İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 511-523)
35. Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (Adalet Dergisi 1970/10 s. 621-634)

36. İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi) (Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresine sunulan tebliğ, Ankara 1971, 39 sayfa)
37. İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972 s.621-638)
38. Su Kaynaklarının Kullanılması Hakkındaki Tasarının Usul Hukuku İle İlgili Hükümleri (Su Kaynaklarının Kullanılması Hakkındaki Kanun Tasarısı ile ilgili Bilimsel Hafta, Ankara 1972, s. 279-298)
39. Der Konkurs des Schuldners im Verhaeltnis zur Einzelvollstreckung im Türkischen Recht (Rapports et procès verbaux du IV. Congrès international D'Athènes pour la procédure civile du mois de septembre 1967, Athènes 1972 s. 409-415, 458-460, 496-497, 547, 583-587)
40. Die Wechselbetreibung im Türkischen Recht (Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, s. 177-188)
41. Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1973/XXX/1-4 s.135-144)
42. Sosyal Sigortalar Kurumunun Prim Alacaklarının İlâmsız İcra Yolu İle Tahsili (Prof. Dr. Haydar Furgaç Armağanı, İstanbul 1974, s. 369-390)
43. Usulî Müktesep Hak. (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974 s. 395-109).
44. Bağ-Kur Prim Alacaklarının İlâmsız İcra Yolu İle Tahsili (Prof. Dr. Mahmut Koloğlu Armağanı, Ankara 1975, s.679-686)
45. Sulh Hukuk Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Süresi Tebliğ İle İşlemeye Başlar (Prof. Dr. Mahmut Koloğlu Armağanı, Ankara 1975, s.725-739)
46. İcra Tutanakları (Zabıtları) (Ankara Barosu Dergisi 1975/5 s. 643-654)
47. Teminat Alacakları İçin İcra Takibi Yapılması (Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi 1976/VIII/3 s.33-40).
48. Yeni Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin Yürürlüğü (Uygulama Zamanı) (Ankara Barosu Dergisi 1976/5 s.833-848)
49. 1711 Sayılı Kanunun Kanun Yolları Bakımından Getirdiği Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul 1976, s.161-183); (Dr. Ramazan Arslan ile ortak yayın)
50. 1711 Sayılı Kanuna Göre Gıyap ve Davanın Yenilenmesi Rejimi (Yukarıda 49 numarada anılan Sempozyum, s.233-271); (Dr. Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
51. İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki (Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yılı Armağanı 1925-1975, Ankara 1977, s.213-221)

52. Orman Sınırlamasına İtiraz Davaları (Prof. Dr. Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977 s. 519-547 ; Orman Hukuku Dergisi, 1977/3 sayı 1, s. 17-40)
53. Behandlung von Geringfügigen Streitigkeiten im Türkischen Zivilprozessrecht (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1977 s.139-150)
54. Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davasında Teminat Gösterme Dava Şartı mıdır ? (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1980/X/4 s.951-964)
55. Vekâletnamesiz Dava Açılması (İzmir Barosu Dergisi 1983/1 s.5-9)
56. İcra Hukukundaki Menfi Tespit Davasında Tazminat (Balıkesir Barosu Dergisi 1983/12 s.3-5)
57. Freiwillige Gerichtsbarkeit im Türkischen Recht (Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983 s.401 410)
58. Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (İstanbul Barosu Dergisi 1984/4-6 s.166-186)
59. Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması (II.Tahkim Haftası, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1984, s.188-205) (Doçent Dr Ejder Yılmaz ile ortak yayın)
60. Hukuk Davası Açarken ve Davaya Cevap Verirken Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar (İstanbul Barosu Dergisi, 1984 sayı 10 12, sayfa 760 769)
61. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda 3156 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Bursa Barosu Dergisi 1985/24, s.2-5)
62. İlâmsız İcrada Zamanasının İleri Sürülmesi (Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan Batider C : XIII 1986/3-4 s.91-110)
63. Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması (Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1986/2 s.140-145)
64. Vekilin Ödeme Emrine İtiraz Etmesi (Trabzon Barosu Dergisi 1986/3 s.6)
65. İlâmsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (Yetki itirazı) (İstanbul Barosu Dergisi, 1986, sayı 7-9, sayfa 424-432)
66. Sulh ve Asliye Hukuk Ayrımı Kaldırılmalıdır (Bursa Barosu Dergisi 1987/29 s.2-3)
67. Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi (Yasa Hukuk Dergisi, 1987 sayı 3, sayfa 333-339)
68. Almanca Düzenlenmiş Poliçe veya Bono'ya Dayanarak Türkiye'de İlâmsız İcra Takibi Yapılması (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988 sayfa 613-617)

69. Yargıtay'ın İş Yükünü Azaltma Çareleri (Yargıtay'ın Kuruluşunun 120. Yıl Dönümü nedeniyle düzenlenen Sempozyum'a sunulan bildiri, Yargıtay Dergisi 1988/1-4 sayı 37-57)
70. Die Türkei und das Deutsche Zivilprozessrecht (Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen ; Grundlagen- und Landesberichte anlaesslich der Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e. V. vom 11. bis 15. Oktober 1989 in Passau s.333-337)
71. Grundrechte und Zwangsvollstreckung im Türkischen Recht (Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung, wissenschaftliches Symposium, Syros 1995, Dike International, 3, Atina 1996 s.555-560)

C) TERCÜMELER

1. Alman Hukuk Usulünde Ses Alma Cihazları İle Tespit Edilen Seslerin İspat Vasıtası Olarak Kullanılması (Doç. Dr. Klemens Pleyer'den tercüme : Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1959/1 - s. 321-338)
2. Ticarî Muamelelerin İnikadında Farklı Muamele Yapma Yasağı (Prof. Dr. Wengler'den tercüme : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1961/1 s. 61-73)
3. Ticaret Hukukunun Beynelmilleleştirilmiş ve Gayri Milli Hale Getirilmiş Hükmi Şahısları (Prof. Dr. Wengler'den tercüme : Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1961/1-4 s. 425-435)
4. İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarından Tercümeler :
 - a) Karı koca arasında cebri icra yasağı (Ankara Barosu Dergisi 1959/1 s. 32-35)
 - b) Şahsiyet haklarına tecavüz (Ankara Barosu Dergisi 1959/2 s. 116-120)
 - c) Caiz olan ve caiz olmayan haciz (Ankara Barosu Dergisi 1959/4-5 s. 236-237)
 - d) Lokanta ve kahvecilikte rekabet yasağı ve cezai şart (Adalet Dergisi 1959/3, s. 401-403)
 - e) Karı koca arasındaki cebri icra yasağı (Adalet Dergisi 1959/3 s. 403-405)
 - f) Boşanma davasında kesin hüküm itirazı (Adalet Dergisi 1960/7 s. 449-454)
 - g) Ödeme emrine itiraz (Adalet Dergisi 1960/10 s.949-952)
 - h) İflâsta üçüncü şahısların istihkak iddiaları (Ankara Barosu Dergisi 1960/4 s.140-141)

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ III

ÖRNEK BİLİM ADAMI

Prof. Dr. Baki KURU

Avukat Özdemir ÖZOK..... V

USTAM *Prof. Dr. Baki KURU*

Prof. Dr. Ejder YILMAZ..... VII

SUNUŞ

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN..... IX

Prof.Dr. Baki KURU'nun Özgeçmişi XI

Prof.Dr. Baki KURU'nun Yayınları XIII

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN

FAKS İLE TEBLİGAT YAPILMASI SORUNU 1

Doç. Dr. Mehmet AKMAN

BİR CEZA YARGILAMASI ARACI OLARAK KİŞİYE KEFALET:
OSMANLI ÖRNEĞİ..... 11

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA

KANUN YOLUNUN ANAYASAL TEMELİ VE HUMK m.427
HÜKMÜ İLE KANUN YOLU KAPATILMIŞ OLAN KARARLARA
KARŞI KANUN YOLUNA MÜRACAAT İMKANI 17

Doç. Dr. Oğuz ATALAY

İFLÂSIN ERTELENMESİ49

Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI

**HUKUKİ VE TİCARİ KONULARDA MAHKEMELERİN YETKİSİ İLE
MAHKEME KARARLARININ TANIMA VE TENFİZİNE İLİŞKİN
44/2001 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜ'NÜN ÜÇÜNCÜ
ÜLKELER BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ** 101

Av. Şakir BALCI

**ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE PAY HACZETTİREN ALACAKLININ
USULDEN ve ESASTAN YARARLANMA YÖNTEMLERİ** 117

Yrd. Doç. Dr. Kemal BAŞLAR

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE.....125

Yrd. Doç. Dr. Leyla KESER BERBER

**İNTERNETTE ESER SAHİPLİĞİ HUKUKU SORUNUNA GETİRİLEN
TEKNİK ÇÖZÜMLER: STEGANOĞRAFİ (Data Hiding; Veri Gizleme) ve
DIGITAL WATERMARKING (Dijital İşaretleme)** 179

Av. Haluk BİLGİÇ

**İNTERNET ÜZERİNDEN İŞLENEN YABANCI UNSURLU HAKSIZ
FİİLLERDEN DOĞAN DAVALARDA YETKİLİ MAHKEMENİN
BELİRLENMESİ**207
(Türk, Amerikan ve Fransız Hukuk Sistemleri)

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK

**PROF. DR. BAKİ KURU'NUN “NİZASIZ KAZA” İSİMLİ ESERİNDEN BERİ
ÇEKİŞMESİZ YARGI ALANINDA MEYDANA GELEN BAŞLICA
DEĞİŞİKLİKLER**.....273

Yrd. Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN

**TEBLİGAT GİDERİNİN (ZAMANINDA) YATIRILMAMASININ
SONUÇLARI307**

Adnan DEYNEKLİ

İCRA VE İFLAS HUKUKU BAKIMINDAN YABANCI PARA İPOTEĞİ323

Doç. Dr. Nuray EKŞİ

MİLLETLERARASI İSTİNABE.....337

Dr. Gülgün ILDIR

**ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE HAK ARAMA
ÖZGÜRLÜĞÜ385**

Prof. Dr. John BELL

Çev. Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA

FRANSA'DA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER403

Yrd. Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK

**CEZA HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞI VE FİİLİN OBJEKTİF
İSNAD EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU417**

Yrd. Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

**İŞ KANUNU'NUN 20. ve 21. MADDELERİNİN MEDENİ YARGILAMA
ve İCRA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ479**

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA YENİ BİR YARGILAMANIN
YENİLENMESİ SEBEBİ (HUMK m. 445/11).....515**

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN

İNŞAİ KARAR VE ÖZELLİKLERİ553

Prof. Dr. Süha TANRIVER

AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE NOTERLİK VE NOTERLİK
KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN
TASLAĞININ GETİRDİKLERİ577

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR

İSVİÇRE FEDERAL İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ.....599

Doç. Dr. Ömer ULUKAPI

NOTERLİK MESLEĞİNE HAKİM OLAN İLKELER.....671

Prof. Dr. Bilge UMAR

KURU/ARSLAN/YILMAZ'IN İCRA VE İFLÂS HUKUKU DERS KİTABI
ÜZERİNE GÖZLEMLER (15. Basım).....685

Av. Talih UYAR

İCRA TETKİK MERCİİNDE YARGILAMA USULÜ (İİK. mad. 18).....707

Arş. Gör. Gülümden ÜRCAN

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA SENETLE İSPAT767

Doç. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM

HAKİMLE TARAFLARIN İŞBİRLİĞİ İLKESİ VE YARATTIĞI
İDEOLOJİK ÇAĞRIŞIMLAR817

Prof. Dr. Kâmil YILDIRIM

BİLİRKİŞİ DELİLİN MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK
HUKUKUNDAKİ DURUMU833

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

AVUKATIN UZLAŞMA SAĞLAMA YETKİSİ
(Avukatlık Kanunu m.35/A)843

FAKS İLE TEBLİGAT YAPILMASI SORUNU

*Yrd.Doç.Dr. Recep AKCAN**

I. GİRİŞ

Faks (belgegeçer), çağımız teknolojisinde geline aşamanın teknik araçlarından biridir. Yeni gelişmelerden yargının da yararlanması gerekir. Ancak, Hukuk Genel Kurulunun bir kararında faks çekmek yoluyla tebligatın yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu karardan çıkarılabilecek sonuç, Yargıtay'a göre son teknik gelişmelerden ancak yeni yasal düzenlemelerin varlığında yararlanılabilir. Gerçekten faks ile tebligat için yeni yasal düzenlemeler gerekli midir? Yoksa, mevcut kurallar faks ile tebligata izin vermekte midir? Bu soruların karşılığını bulabilmek için; faks yoluyla tebligatın yapılıp yapılamayacağı konusunun araştırılması, bunun bir çözüme ve netliğe kavuşturulması yerinde olacaktır. Yargıtay açısından tebligatın faks yanında, diğer teknik gelişmeler olan e-mail gibi yollarla tebligat yapılabilmesi, bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ve benzeri nedenlerle, faks ile tebligat yapılabilmesi sorununu, yürürlükte olan kurallar çerçevesinde incelemeyi uygun gördük.

İnceleme konumuz faks ile tebligatın mümkün olup olmadığının aydınlığa kavuşturulması olduğundan, faks metinlerinin hukuki nitelikleri ve yargılama sırasında geçerlilikleri¹ ve tebligat ile ilgili² diğer hususlara, e-mail gibi diğer araçlarla tebligat konularına girmedik.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. faks metinlerinin hukuki durumu hakkında: **Pekcanitez H.:** Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler (İzmir BD 2000/4 s. 36-59, s. 43) (Pekcanitez-Avrupa); **Akcan R.:** Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği (SÜHFD 2001/1-2 s. 159-187). Bkz. ayrıca: http://www.recht-klar.de/seminar_text.htm # telefon.

² Bkz. tebligat konusunda: **Yılmaz E./Çağlar T.:** Tebligat Hukuku, C. I-II, Ankara 1999; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2002 s. 876 vd;

Faks ile tebligatın geçerli olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, bu konuyla ilgili olarak yayımlanmış olan Yargıtay kararının ve yasal kuralların irdelenmesi gerekmektedir.

II. FAKS İLE TEBLİGAT HUSUSUNDA YARGITAY'IN TUTUMU

Faks, çağımız teknolojisinin ortaya çıkardığı bir elektronik araç olup, bundan yararlanılarak bir yerden diğer bir yere yazılı belgenin hemen gönderilmesi mümkün olabilmektedir³.

Konuyu Yargıtay açısından ele aldığımızda, faks ile tebligat yapılamaz. Yargıtay'ın 21. Hukuk Dairesi'nin temyiz incelemesi sonucunda verdiği karara, yerel mahkemece direnilmesi üzerine; Hukuk Genel Kurulu'nun, hukuk dairesinin görüşleri benimsenerek verdiği bir karara göre, faks ile tebligat yapılabileceğine ilişkin olarak Tebligat Kanununda hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Faks ile yapılan tebligat usulüne uygun değildir⁴. Faks ile

Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001 s. 5510 vd; **Kuru B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 s. 991 vd; **Pekcanitez H.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000 s. 144 vd; **Pekcanitez H./Atalay O./Özekes M.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s. 174 vd; **Alangoya H. Y.:** Medeni Usul Hukuku Esasları, C. I, İstanbul 2000 s. 160 vd; **Muşul T.:** Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2002; **Üstündağ S.:** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1997 s. 427 vd; **Tanriver S.:** Noterlerin Kendi Memurları Eliyle Tebligat Yapma Zorunlulukları Var mıdır? (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003 s. 357-363); **Önen E.:** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 s. 106 vd; **Bilge N./Önen E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978 s. 317 vd; **Deliduman S.:** Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara 2002; **Karafakih İ. H.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952 s. 98 vd; **Yılmaz E.:** Kamulaştırma Kanunundaki Tebligat Hükümleri ve Tebligat Kanununun Genel Niteliği (AÜHFD, 1982-1987/1-4, s. 79-102); **Özekes M.:** Usulsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı (Manisa Barosu Dergisi, 1998/66 s. 56-61); **Ruhi A. C.:** Yeni Avrupa Tebligat Hukuku (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHF'nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, 2002/1-4 s. 353-376); **Geimer G.:** Neuordnung des internationalen zustellungsrecht, Berlin 1999; **Stadler A.:** Neues europaisches Zustellungsrecht (IPRax 2001/6, s. 514-521); **Akcan R.:** İcra İşlerinde Tebligat (SÜHFD 1999/1-2 s. 63-95); **Akcan R.:** İcra Emrinin Vekile Tebliği (Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 853-888).

³ Bkz. **Yılmaz E.:** Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 s. 280 faks kavramı (Yılmaz-Sözlük).

⁴ "Tebligat Kanununda, tebligatın faksla yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından SSK Müdürlüğünce faks ile yapılan tebligata itibar edilemez. Taraflar arasındaki takibe

tebligatın yapılamayacağına ilişkin kararda, yerel mahkeme direnme kararı vermiştir. Bu direnme kararının yerinde olduğu, Yargıtay'ın vardığı sonucun ise doğru olmadığı söylenebilir. Çünkü, hukukumuzda faks ile tebligat yapılmasını engelleyen bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Aksine, yürürlükteki kurallar çerçevesinde faks ile tebligat yapılabilir. Yargıtay kararındaki, Tebligat Kanununun ilgili hükümlerinde, faks yoluyla tebligat yapılabileceğine ilişkin, herhangi bir hükmün bulunmadığı şeklindeki görüşleri eleştirilebilir. Bu görüş kesin bir nitelik arz etmektedir. Yargıtay, ilgili kararda, Tebligat Kanununun bazı maddelerine değinmiş, bu konuda esas başvurulması, dikkate alınması gereken 7. maddeden hiç bahsetmemiştir. Ayrıca, kararda, faks yoluyla niçin tebligat yapılamayacağı hakkında yeterli gerekçe

itiraz davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 12.7.2000 gün ve 1999/909 E.2000/467 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2000 gün ve 7130-7415 sayılı ilamıyla; davada, Mersin Sigorta Müdürlüğünün prim alacağından dolayı düzenlenen ödeme emrinin iptali ve takibin durdurulması istenmiştir. Silifke Belediye Başkanlığının prim borçlarından dolayı, söz konusu Belediye Başkanlığının davacı Vakıflar Bankasının Karaman Şubesi nezdinde mevcut alacakları için ilgili Banka Şubesine 15.11.1999 gün ve 92374 sayılı haciz bildirisi gönderilmiş ve aynı tarih itibarıyla faks çekmek suretiyle tebliğ yapılmıştır. 7201 sayılı Tebligat Kanununun 1. maddesinde; Kazai merciler, genel (ve) katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmü şahsiyetleri, Barolar ve Noterler tarafından yapılacak biçimle tebligat bu kanun hükümleri dairesinde Posta Telgraf ve Telefon İşletmesi veya memur vasıtasıyla yapılır hükmü öngörülmüş, memur vasıtasıyla tebligatın yapılması usul ve şartları aynı kanunun 2. maddesinde, tebligat esasları ise 8. maddede belirtilmiştir. 7201 sayılı Yasanın ilgili maddelerinde faks çekmek suretiyle tebligat yapılacağı hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Olayda tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması gerekir. Faks çekmek suretiyle yapılan tebligatın usulüne uygun olduğu kabul edilemez. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. **HUKUK GENEL KURULU KARARI:** Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" (HGK 11.04.2001, 21-359/361: Ankara Barosu Dergisi 2002/3 s. 366-368).

yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 439. maddesi uyarınca, Yargıtay kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir.

Yargıtay'ın bu kararında, Sosyal Sigortalar Kurumu Müdürlüğünce, faks ile yapılan tebligata itibar edilemeyeceğine karar verilmiştir. Kanunda açık olarak yazılmamakla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumunun çıkardıkları tebligatın da, Tebligat Kanununun kapsamına girdiği kabul edilmektedir⁵.

Faks, günümüzde tekniğin ortaya çıkardığı önemli gelişmelerden biridir. Faksdan yararlanılması sonucunda, tek sayfalık bir faks metninin karşı tarafça alınması için dakikalar yeterlidir. Uzun zamana gerek yoktur. Yine, faks bilgisayarlar bakımından da kullanılabilir. Faks cihazlarının büyük kısmında; faksın, karşı tarafa ulaştığına ilişkin “teyit, onay, gönderim raporu” alınmaktadır. Bu nedenlerle, faksdan tebligat konusunda yararlanılmalıdır. Yargıtay, faks ile tebligata izin vermeli, faks ile yapılmış tebligatları geçerli saymalıdır. Faks ile tebligat halinde, ispat konusunda bazı sorunlar ortaya çıkarsa, bunlar çözümlenebilir⁶.

Faks ile tebligat yapılabileceği sonucuna, Tebligat Kanunu ve bu konudaki diğer bazı düzenlemelerden hareketle varmak mümkündür. Faks ile tebligatın mümkün olduğunu aşağıdaki kurallar çerçevesinde belirtebiliriz:

A. TEBLİGAT KANUNU MADDE 7 ve TEBLİGAT TÜZÜĞÜ MADDE 8-9 HÜKÜMLERİ

Tebligat Kanununun 7. maddesinin kenar başlığı, uçak, telgraf ve diğer vasıtalarla tebligat ve ücretleri şeklindedir. İlgili hükmün kapsamında şu ifadeler yer verilmiştir: “Tebligat uçakla veya postada kullanılan diğer seri veya hususî vasıtalarla veya muhtelif işaretli telgraflarla da yaptırılabilir. Tebliğin bu vasıtalarla hangisiyle yapılacağı alakasının talebi üzerine veya re’sen mahkeme reisi, hakim veya tebliğ yaptıracak diğer merciler tarafından tensip edilir. Bu takdirde bunlara ait ücretler, PTT ücretleri tarifesine göre bu vasıtalarla tebliği isteyen tebliğ ücretinden ayrı olarak alınır”.

⁵ **Yılmaz E.:** Noter ve Tebligat, Noterlik Hukuku İle İlgili Bazı Sorunlar, Türk Hukuk Dili, Noterlik ve Tebligat Hukuku, Noterlik Hukuku Sempozyumu, III-IV-V, Ankara 1999 s. 101-134, s. 106 (Yılmaz-Tebligat). Bkz. ayrıca: Postada Tebligat İşlemleri Rehberi m. 7.

⁶ Bkz. tebligatın faks ile nasıl yapılacağı, tebliğ giderlerinin ne olacağı, PTT’de ne gibi işlemlerin olacağı, faksın alınıp alınmadığı konusundaki anlaşmazlıkların nasıl aşılacağı hakkında geniş bilgi için bkz: **Yılmaz/Çağlar C. 1 s. 294 vd ve s. 307-308.**

Tebligat Kanunu m. 7 hükmünde yer alan hususlara ilişkin, benzer düzenlemeleri, Tebligat Tüzüğü m. 8 ve 9'da da görmek mümkündür.

Öğretide, internet adresine ve internet yolu ile cep telefonuna tebligatın yapılması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği savunulmaktadır⁷. Yargıtay da, faks ile tebligat konusunda, Tebligat Kanununda hiçbir hüküm bulunmadığını belirtmektedir. Bu karardan çıkarılabilecek sonuç; Yargıtay'a göre, ülkemizde faks ve benzeri teknik gelişmelerden tebligat işlerinde yararlanabilmek için, yeni yasal düzenlemeler gerekmektedir.

Yeni teknik gelişmelerden tebligat işlemlerinde yararlanılması noktasında, mevcut kurallar yeterli gözükmemektedir. Yargıtay, faks ile tebligata izin vermeyen kararında, Tebligat Kanunu m.7 ve Tebligat Tüzüğü m. 8'deki, tebligat yapılabilecek araçların sınırlı olmadığı hususunu gözden kaçırmıştır.

Tebligat Kanununun 7. maddesine ilişkin Hükümet Gerekçesinde de, tebligat araçlarının çağın teknolojilerine göre değişebileceği vurgulanmıştır⁸. Bu nedenlerle, Tebligat Kanunu m. 7 ve Tebligat Tüzüğü m. 8'deki, açık hükümlerin varlığı karşısında, günümüzde ve gelecekte, faks ve diğer tebligat yapmaya elverişli teknik gelişmelerden, tüm tebligat işlerinde yararlanılabilir.

B. POSTADA TEBLİGAT İŞLEMLERİ REHBERİ

Belirtilen bu rehber tebligat hukukunun kaynakları arasındadır. Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü yanında; Postada Tebligat İşlemleri Rehberi, tebligat işlemlerinin uygulanması konusunda aydınlatıcı ve uygulamacılara yararlı bir kaynak niteliğindedir⁹. Bu nedenle, tebligat ile ilgili hususlarda,

⁷ Bkz. **Ruhi A. C.**: Türkiye'den Yurt Dışına Tebligat (AÜEHFD, 2003/1-2 s. 523-540, s. 539-540).

⁸ "7 nci madde, 3560 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin, PTT de kullanılan seri ve hususi bütün vasıtalarla teşmil edilmiş şeklidir. Bu itibarla tebligat, uçakla veya postada kullanılan diğer seri ve hususi vasıtalarla veya muhtelif işaretli telgraflarla da yapılabilecektir. Maddenin umumi ifadesi, PTT de halen bulunmayan ve fakat ileride kullanılacak olan her vasıtayı şümulü içine alabilecek bir mahiyettedir. 3560 sayılı Kanunda bulunmasına rağmen 17 senedir tatbik edilemeyen telgrafla tebligat usulü gibi, yeni vaz' edilen uçakla ve diğer seri ve hususi vasıtalarla tebligat usulleri de, tatbik edilerek, sürat isteyen zamanımızın ihtiyaçlarına cevap verilmiş olacaktır" (Hükümet Gerekçesi) (**Yılmaz/Çağlar C. 1 s. 293**).

⁹ **Yılmaz/Çağlar C. 1 s. 62.**

Tebliğat Kanunu yanında, uygulama alanı bulur. Bu rehber uyarınca, elektronik mektupla tebliğat yapılması mümkündür¹⁰.

C. DİĞER DÜZENLEMELER

Tebliğat Kanunu, Tebliğat Tüzüğü dışında, hukukumuzda ve yabancı hukuklarda da tebliğatın faks ile yapılabileceğine ilişkin bazı düzenlemeleri görmek mümkündür. Bunları aşağıdaki şekilde belirtebiliriz:

1. Türkiye Barolar Birliği Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği

Bu Yönetmeliğin 10. maddesi hükmü uyarınca: “Kurulda görülmekte olan dava ve işlerde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 56 ncı maddesi ile 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebliğat Kanunu ve Tebliğat Tüzüğü hükümleri uygulanmakla birlikte; taraflar diledikleri takdirde tebliğat işlemlerinde faks, teleks, iadeli taahhütlü ve acele posta servisi gibi araçlarla da birbirlerine tebliğat yapılmasını kuruldan isteyebilirler”.

Baro hakem kurulu, 4667 sayılı Kanunla, Avukatlık Kanununda yapılan değişiklik ile, 2001 yılında kabul edilmiştir. İnceleme sınırlarını aşmamak düşüncesiyle, bu kurulun yapısına girmeyeceğiz. Fakat, inceleme konumuz açısından, bu kurulun tebliğat işlemleri önem taşımaktadır. Kurul; tebliğat işlemlerinde, Tebliğat Kanunu ve ilgili diğer özel düzenlemeler yanında, tarafların isteği halinde faks gibi çağın en yeni tekniklerinden de yararlanabilecektir. Bu sonucu, belirtilen yönetmeliğin 10. maddesindeki “gibi” ifadesinden çıkarmak mümkündür.

Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği, tebliğat konusunda, yeni teknik gelişmelerle tebliğat yapılmasına izin verirken; faks ile tebliğatın yapılamayacağına ilişkin Yargıtay kararında ise, yeni tekniklerden olan faks ile

¹⁰ Bkz. Postada Tebliğat İşlemleri Rehberi m. 31-34 ve ayrıca bkz. m. 4, 18-19. “Bugüne dek bir çok değişikliğe uğraması sonucu çeşitli tarihlerde bastırılan Postada Tebliğat İşlemleri Rehberi, yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile, adli tebliğ evrakı, bu rehberin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren APS ile veya elektronik mektup (faksimil) olarak gönderilebilecektir. Yeniden düzenlenen -Postada Tebliğat İşlemleri Rehberi- 1.10.1989 tarihinde yürürlüğe gireceğinden...Bilgi alınmasını ve gereğinin buna göre sağlanarak aksaklığa meydan verilmemesini rica ederiz” (PTT İşletme Genel Müdürlüğü, Posta Dairesi Başkanlığı, 20.9.1989 tarih ve Ş. 1, K./D. 32593-4, 77 nolu genelge) (Yılmaz/Çağlar, C. II s. 1415 dn. 1).

tebligata izin verilmemiş, faks ile tebligatın yapılıp yapılamayacağı hususunda tartışmalara girilmemiştir. Ayrıca, Tebligat Kanunu, Tebligat Tüzüğü, Baro Hakem Kurulu Yönetmeliğindeki kurallar dikkate alınmamıştır.

2. Alman Usul Kanunundaki Tebligat İle İlgili Kurallar

Alman Usul Kanunu § 174 uyarınca¹¹, faks¹² ile tebligat mümkündür. Bu hükmün kenar başlığı, tesellüm ilmühaberi karşılığında tebligattır¹³. İlgili hükümde, tebligatın kimlere ve ne gibi araçlarla yapılacağı, tesellüm ilmühaberinde nelere dikkat edilmesi gibi hususlar düzenlenmiştir. Belirtilen hüküm uyarınca: Evrak; avukata, notere¹⁴, icra müdürüne, vergi danışmanına veya diğer gerçek ve tüzel kişilere tesellüm ilmühaberi karşılığında bırakılabilir. Maddede belirtilen kişilere, evrakın faks aracılığı ile de tebliği mümkündür. Gönderme, hukuki mercilerin adı yanında, tebliğ yapılacakların adresini, işyerini ve tesellüm ilmühaberi karşılığında tebligat kayıtlarını içeren

¹¹ Bkz. Alman Usul Kanunu (Zivilprozessordnung- ZPO) § 174 ve faks ile tebligat konusunda: <http://www.dnoti.de/topackt/top0291-htm>; <http://www.berliner.anwaltsverein.de/anwaltsdienstleistungen/anwaltsblatt>.

¹² Faks kavramının, ülkemizde faks, telefaks, faksimile, telepost, elektronik mektup kavramlarıyla da ifade edildiği görülmektedir (Yılmaz-Sözlük s. 280 ve s. 859; Yılmaz/Çağlar C. 1 s. 293; Yılmaz-Tebligat s. 126). Almandada faks kavramı, telekopie, telefax olarak adlandırılmaktadır (bkz. ZPO § 174; <http://www.d.noti.de/topackt/top0291-htm>). Yine almandada, faks kavramı yerine, fax veya faksimile kavramlarının kullanıldığı görülmektedir (bkz. <http://www.braunschweig.ihk.de/t-lexion/t-lex.f.htm>). İngilizcede ise, faks kavramı konusunda, fax, telecopy, facsimile gibi kavramları görmek mümkündür (<http://www.dict.cc/blatetern/214.phb>; <http://www.wordreference.com/de/en>). Bkz. ayrıca: elektronik ticarete faksın önemi hakkında (bkz. Güngör G.: Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı (AÜHFD 2002/1 s. 19 vd).

¹³ Tesellüm ilmühaberi karşılığında tebligat ZPO § 174 hükmünde Zustellung gegen empfangsbekanntnis olarak adlandırılmıştır. Hukukumuz açısından, tesellüm ilmühaberi (teslim belgesi) karşılığında tebligat yerine, tebliğ mazbatası da denilebilir (bkz. Tebligat Kanunumuz madde 23 hükmü).

¹⁴ Alman Hukukunda, Medeni Usul Kanunu § 174'deki değişiklikten önce, noterler bir evrakı (belgeyi-schriftstück) tesellüm ilmühaberi karşılığında yapabiliyorlardı (ZPO § 212a=ZPO 174/1). Şimdi, yeni düzenleme ile noterler faks ile de tebligat yapabilecekler, alıcı (muhatap) da, faks veya yazılı olarak geri gönderebilecek (bkz. <http://www.d.noti.de/topackt/top0291-htm>). Hukukumuzda noterlerin de faks ile tebligat yapabilmeleri mümkündür (bkz. bu konuda geniş bilgi için: Yılmaz-Tebligat s. 126-129); bkz. ayrıca, noterlik işlemlerinde elektronik hakkında: Turan O.: Noterlik İşlemleri ve Elektronik, Elektronik Gelişmeler ve Hukuk (Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 2001 s.187-203).

bir evrak ile yapılmalıdır. Bu hususlar, elektronik belge¹⁵ ile gönderilmeye yargılamaya katılanların açıkça rızası durumunda da geçerlidir. Tebliğat yapılabilecek kişilere, elektronik belgelerin tebliği de mümkündür. Gönderim üzerine, belge elektronik imza¹⁶ ile birlikte verilir ve gönderim yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesine karşı korunur. Tesellüm ilmühaberi, elektronik belge olarak, faks veya yazıyla da iletilebilir. Elektronik belge olarak iletme halinde, gönderenin adı ve imzası yeterlidir. Mahkemeye geri gönderilecek¹⁷ tesellüm ilmühaberinde, tarihle birlikte gönderenin imzası, ispatta yeterlidir. Tesellüm ilmühaberi, elektronik belge¹⁸ olarak veya faks

¹⁵ ZPO § 174 hükmü, mahkeme kararlarının elektronik belge olarak tebliğine izin vermektedir (bkz. **Viefhues W.**, RIAG, OLG Düsseldorf, <http://www.diekanzlei.online.de/juriform>). Bkz. ayrıca, e-mail ve elektronik ortamda tebliğat yapılabileceği konusunda: <http://edvgt.jura.uni.sb.de/Tagung00/presseViefhues.htm>; <http://www.jurpc.de/aufsatz/20000218.htm>; <http://www.rechtsanwalte-appl.de/STARD/forum/esignatur/esignatur.htm>).

¹⁶ Bkz. elektronik imza konusunda: **Konuralp H.**: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999 s. 55 dn. 2; **Alangoya C.** I s. 280; **Berber Keser L.**: İmzalıyorum O Halde Varım, Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri (TBBD 200/2 s. 503-556); **Berber Keser L.**: Şekil ve Dijital İmza, Elektronik Gelişmeler ve Hukuk (Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 2001 s. 53-157); **Şenocak Z.**: Dijital imza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması (AÜHFHD 2001/2 s. 97-135); **Orta M.**: Ulusal Yargı Ağı Projesinde Elektronik İmza, Elektronik Gelişmeler ve Hukuk (Noterlik Hukuku Sempozyumu, Ankara 2001 s. 159-174); **Bilgili F.**: Özel Hukukta Elektronik İmza ve Elektronik Ticaret (Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002 s. 991-1012); **Kocasakal H. Ö.**: Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslar Arası Planda Yaşanan Gelişmeler (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003 s. 217-252); **Siegfried F. K.**: Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht (ZfRV 2001/1 s. 1-9).

¹⁷ Mahkemeye geri gönderme halinde, tebliğ giderlerinin devlete veya tebliğ edilen kişiye ait olduğu konusundaki tartışmalar için bkz: http://www.rak-berlin.de/aktuelles/Themen/Frankierung_39.htm.

¹⁸ ZPO § 130a hükmü, elektronik belgelerle ilgili kuralları düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca, mahkemenin uygun görmesi halinde, mevcut dilekçe ve ekleri, tarafların istek ve açıklamaları, ifadeleri; üçüncü kişilerin bilgileri, açıklamaları, ifadeleri ve raporları elektronik belge olarak kaydedilebilmektedir. Sorumlu personel, belgeyi, imza kanununa göre geçerli olan elektronik imza ile kaydedecektir. Federal ve eyalet hükümetleri, mahkemelerde kaydedilecek elektronik belgelerin uygulama alanını hukuki düzenlemelerle belirleyebileceklerdir. Eyalet hükümetleri hukuki düzenlemelerle yetkilerini federal hukuk dairelerine devredebilirler. Elektronik şeklin geçerliliği münferit mahkeme ve yargılama ile sınırlandırılabilir.

aracılığıyla, yazılı bir şekilde geri gönderilmesi durumunda, imza kanununa göre elektronik imzayı içermelidir.

Alman Usul Kanunu § 174 hükmü, tebligat kanunu değişiklikleri¹⁹ ile yeniden düzenlenmiştir²⁰. Bu değişiklikler²¹ yalnızca, § 174 hükmüne ilişkin

¹⁹ Bkz. Alman Tebligat Kanunu değişiklikleri (Zustellungsreformgesetz-ZustRG) tasarısı hakkında: <http://www.jas-brakel.nrw.de/tagung/facmat/1404554-pdf>; <http://www.rws-verlag.de/volltext/brat492a.htm>; <http://www.drb.de/pages/html/stellung>.

²⁰ Bu değişiklikten önce, bazı alman mahkemeleri, faks ile tebligat yapılması suretiyle, sözlü yargılamaya davet edilmeyi, 30.6.2002 yılına kadar geçerli olan tebligat hukukunu gerekçe göstererek kabul etmemişlerdir (BFH 27.6.02 VII B 171/01: <http://www.dstg.verlag.de/urteile-2002.htm>). Diğer bazı mahkemeler de, özellikle ceza yargılamalarında, orijinali olmaksızın, yalnızca faks metninin bir ispat belgesi olmayacağı şeklinde bir sonuca varmışlardır (Pfalzisches OLG, 3.4.98:<http://www.jurpc.de/rechtspr/19980166.htm>). Bazı alman mahkemeleri, tebligat kanunundaki değişikliklerden önce, yeni teknik gelişmelerden hukukun ne ölçüde ve nasıl yararlanacağı gibi konulara, verdikleri kararlarında değinmişlerdir. Özellikle, mahkemeler; faks yoluyla, kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı veya dava açılıp açılmayacağı, başvurunun kişilere ait özel bir faksdan mı, yoksa devlete ait posta idaresindeki bir faksdan mı gönderilmesi gerektiği, bu tebliğlerin güvenilirliği ve ispatı gibi konuları kararlarında tartışmışlardır. Evrakın, Alman Posta İdaresine ait veya vekilin faksından gönderilebileceği kabul edilirken, üçüncü bir kişiye ait bir faks ile evrakın gönderilmesi genellikle tartışmalı olmakla birlikte, bazı hallerde hak düşürücü sürelerin kaybedilmemesi gibi istisnai hususların varlığında, üçüncü kişilerin de faksından yararlanılarak evrakın gönderilebileceği kabul edilmekteydi. Alman mahkemeleri genel olarak, kanun yollarına başvuran veya dava açan kişinin imzasının varlığında ve gönderilen evrakın içeriğine itirazın olmaması durumunda, faks ile tebliğin geçerli olabileceği sonucuna varmışlardır. Bu kararlarda, faks ile tebliğin kabul edildiği durumlarda, sonradan asıl belgenin dava dosyasına konulması gerektiği vurgulanmıştır (BGH, 6.6.2000, VIZR 172/99, zfs 2000, 4 83; LG Berlin 5. 5. 2000, 180205/00, 483: <http://www.home.t.online.de/home.dr.hildenbrand/prozess.htm>; <http://www.jurpc.de/rechtspr/200100004.htm>; <http://www.bfh.simons-moll.de/bfh-1991/xx910463.htm>; <http://www.bfh.simons-moll.de/bfh-1982/XX-8205736.htm>); değişiklik öncesinde, avukat kanun yollarına başvuru dilekçesini, imzalı olarak faks ile göndermişse bu işlem geçerliydi (BGH 8.10.1997-XII ZB 124/97: <http://www.mathematik.uni.marburg.de/cyberlaw/karteikarten/njw-98-762.htm>); bkz. Alman Hukukunda değişiklikten önceki faks ile ilgili mahkeme kararlarına: <http://dejure.org/dienste/lex/ZPO/174/1.htm>.

²¹ Alman Usul Kanunundaki, tebligat kanunu değişiklikleri sonucu uygulanacak olan yeni hükümler 1.7.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (bkz. BGBL, 2001 I, 1206; <http://www.dnoti.de/topackt/topo291.htm>). Bu değişiklikler, 2001 yılının mayıs ayında, mahkemece yapılacak tebligat usullerinin birleştirilmesi ve kolaylaştırılmasına ilişkin çalışmalara dayanmaktadır. Değişiklikler ile, tebligat yapılmasına ilişkin türler artırılmış, faks yoluyla tebligat yapılmasına izin verilmiş ve yurt dışında tebligat kolaylaştırılmış, tüm yargı kollarındaki mahkemelerin tebligat hakkı birleştirilmiştir (bkz. <http://dejure.org/>

olmayıp; tebligata ilişkin diğer konularda da geçerlidir. Alman Usul Kanunu § 174 hükmü, yeni bir düzenlemedir. Alman Hukukunda, açık ve net bir şekilde, belirtilen hüküm ile, faks ile tebligatın yapılabileceği kabul edilmiştir.

3. Diğer Ülkeler

Günümüzde fakstan çok geniş olarak yararlanılmaktadır. Örneğin, Amerika Hukukunda, dava dilekçesinin dijital ortamda yetkili ve görevli mahkemenin bilgisayarına elektronik posta aracılığıyla gönderilmesi mümkündür. Yani, bu ülke hukukunda faks ile dava açılabilir. Avusturya hukukunda da, mahkemeler arasında elektronik iletişim kurulmuştur. Dava dilekçeleri, belirli bir merkeze gönderilmekte ve bu merkezde yapılan inceleme sonucunda şekli eksiklikler yok ise, dilekçe elektronik posta yoluyla yetkili ve görevli mahkemeye ulaştırılmaktadır. Kore Hukukunda, avukatlar, faks yoluyla tebligat yapabilmektedirler²².

SONUÇ

Yeni gelişmelerden yargının da yararlanması gerekir. Yargıdaki tebligat işlemlerinin hızlandırılması için bu gereklidir. Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğündeki hükümler, açıkça faks ile tebligata izin vermektedir. Tebligat Kanunu m. 7 ve Tebligat Tüzüğü m. 8’ de ifadesini bulan “...postada kullanılan diğer seri ve hususi vasıtalarla...” ibareleri içine, faks da dahildir. Yine Posta Tebligat İşlemleri Rehberindeki, m.31-34’deki hükümlerde düzenlenen “elektronik mektup” kavramının içine faks girmektedir. Türkiye Barolar Birliği Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği m. 10 hükmü açıkça faks ile tebligata izin vermiştir. Bu hükümler karşısında, Yargıtay’ın kararı yerinde değildir. Yerel mahkemenin direnme kararı doğrudur. Faks ile tebligat yapılması konusunda, yeni yasal düzenlemelere gerek yoktur. Hukukumuzda yürürlükte bulunan kurallar, yeni teknik araçlarla tebligatı engellememektedir. Faks ile tebligat, usul ekonomisinin gerçekleşmesine de yardımcı olacaktır. Yeni teknik gelişmelerden, yargı işlemlerinde yararlanmak, emek ve zaman kaybının önlenmesi demektir. Yargıtay’a düşen görev, yeni teknik gelişmeler karşısında, mevcut yasaları çağın gereklerine uygun olarak yorumlamaktır.

[dienste/internet ? www.jas-brakel.nrw.de/tagung/facmat/zustrg.htm](http://www.jas-brakel.nrw.de/tagung/facmat/zustrg.htm) ve ayrıca bkz. <http://www.ibr-online.de>.

²² Pekcantez-Avrupa s. 43 ve s. 55.

BİR CEZA YARGILAMASI ARACI OLARAK KİŞİYE KEFALET: OSMANLI ÖRNEĞİ

*Doç.Dr. Mehmet AKMAN**

Modern hukuklarda tamamen bir özel hukuk kurumu olan kefalet İslâm-Osmanlı Hukukunda bir ceza yargılaması entrümanı olarak etkin bir biçimde kullanılmıştır. İslâm Hukukundaki dört kefalet türünden biri olan kişiy e kefalet (*kefalet bi'n-nefs* ya da *kefalet bi'l-vech*) sanığın, cezasının infazını bekleyen mahkumun veya ceza evinden kaçmasından endişe edilen kimselerin istenildiğinde hazır bulunmasını ve teslimini tekeffül etmektir¹. Kefilin temyiz gücüne sahip ve baliğ olması, kefil olunan kişinin kefil tarafından bilinen ve tanınan bir kimse olması ve yerinin malum olması gibi bazı şartlar fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak anlatılmaktadır. Çalışmamızda gerekmedikçe bunlara değinilmeyecektir².

Cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu için cezanın kendisine kefil olmak söz konusu değildir. Mecelle'de de bu durum açıkça belirtilmiştir: *Ukûbâtda niyâbet câri olmaz. Binaenaleyh kısasa vesâir ukûbât ve mücazât-ı şahsiyyeye kefalet sahih değildir. Amma cârih ve kâtil üzerine lazım gelen ers*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Kefalet bi'n-nefs, bir adamın şahsına kefil olmaktır (MAA, md. 613). Kefalet bi'n-nefsin hükmü mekfûlün bihi ihzardan ibaretdir. Şöyle ki hangi vakit mekfûlün bihin teslimini şart etmişse ol vakit mekfûlün leh taleb ettiği gibi kefilin anı ihzar etmesi-lazım gelir; ihzar ederse febiha ve eğer etmezse onu ihzar etmek üzere cebrolunur (MAA, md. 642). Ayrıca bk. MAA, md. 663-666.

² Geniş bilgi için bkz., Ö. Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul ty., c.VI, s. 244 vd. Ayrıca bkz., Abdullah Kahraman, "İslam Hukukunda şahsa (nefse) kefalet müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukukundaki teminatla salıverme müessesesi ile mukayesesi", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı 2 (1988), s. 313.

ve diyete kefalet sahihtir (MAA, md. 632). Maddenin son cümlesinden de anlaşılacağı üzere kısas suçlarında katilin ve müessir fiil failinin ödemesi gereken erş ve diyet gibi tazminat niteliği ağır basan ödemelerde kefalet geçerlidir. Bizim burada söz ettiğimiz kefalet, sanığın veya mahkumun şahsına kefil olmak ve istenildiğinde mahkemede hazır bulundurmaktan ibaret olan kefalettir.

Osmanlı kanunnamelerinde sabıkası olanlardan ve halk arasında *müttehem* ve *mazınne* olarak bilinen kimselerden özellikle olmak üzere herkesten kefil istenebileceği hüküm altına alınmış ve kimlerin kefil olacağı gösterilmiştir³.

Yukarıda da belirtildiği gibi kefil, kefaleti altındaki kişiyi arayıp bulmak ve mahkemede hazır bulundurmak zorundadır⁴. Ancak Osmanlı Kanunnameleri kefilin bu sorumluluğunu sınırlamıştır. Yedi kadılık bölgesini araştırdığı halde kefil olduğu kimseyi bulamayan kimse kadıların her birinden temessük alarak bu sorumluluğundan kurtulacaktır⁵. 29 Şevval 970/21

³ “Bir kimseye isnâd-ı töhmet olunsa, oğluna ve karındaşı varsa karındaşına ve akrabasına ve musâhibine ve küfelâ sına ve ehl-i karyesine veya mahallesine veya bir kimesnenin evinde dursa ana teklif edüb bulduralar (“Musahibine teklif yoktur ve ehl-i karyeye dahi yoktur, kefiledir. Kefil yok ise akrabasıdır” haşiyesi vardır) Eğer bulunmazsa ve ne sabit olur ise ve ne isbat olursa veya sâbıkan müttehem kimesne ise tazmin edecek, zikrolunan kimesneler tazmin edeler (“Tazmin şer’idir, şer’ ile tazmin yok ise yoktur; şer’ ile amel olunur” haşiyesi vardır)”, Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesi, md. 118; **Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri**, III, s. 105.

⁴ Eyüp’te iki kişiyi öldürdüğü için mahkum olan ancak kaçan mahkumun kardeşi -ki muhtemelen kefil idi- Kırım’a kadar iz sürüp kardeşini yakalatmıştır. Kefe kadısından mahkumu İstanbul’a göndermesi istenmektedir; bk. BOA, MÜD, 14, s. 148, 17 Safer 979/12 Temmuz 1571 tarihli 209 numaralı hüküm.

⁵ “Eğer bir kimesneye bir gayri kimesneyi bulmak teklif eyleseler, kefalet sebebiyle yahud gayri sebeb ile kanun budur ki yedi kadılık yeri araya. Sahih salim arayub dahi bulamadum deyü acz izhar eylese gezüb ihmalü yoğise halas bulub kurtulur (Şer’ ile bulmak lazım olursa bulduralar, kanunu yokdur haşiyesi vardır); Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesi, md. 44; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, III, s. 94. “Ve dahi bir kimesne kefalet sebebinden veya gayrıdan bir kimesneyi bulmak teklif olunsa yedi kadılık yer de araya. Eğer sahih arayub bulmadım dese, acz izhar ederse her kadıdan bir temessük ibraz ede ki halas ola”; Kanunî’nin Umumi Kanunnamesi I, md. 58; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, IV, s. 304.

Haziran 1563 tarihli bir kayıta kefil olduğu kişinin ortadan kaybolması nedeniyle kefilinin küreğe konduğu görülmektedir⁶.

Sarığa kefil olma riskli bir taahhüt olduğu için kefiller ilk fırsatta bu yüklerinden kurtulmak istemişlerdir. Üsküdar'da geçen bir olayda mahalle ahalişi müttehem kimselere kefil olmuş bilahare bunların meslek örgütlerinin (hırfet) başı olan Çörekçiler kethüdası ve iki meslektaşı sanıklara kendilerinin kefil olduklarını bildirmişlerdir⁷. Diğer bir kayıta bu kez Unkapanı esnafı kethüdaya kefil olmuştur⁸.

Kefalet talebi çoğu kere subaşından gelmiştir. Böyle bir işleme girildiğinde köyün bütün erkekleri mahkemeye getirilmekte, her erkek diğerine kefil olmakta, köyün kethüdası kefillere, imam veya papaz da kethüdayla birlikte hepsinin kefilliğini kabul etmekte idi⁹. Bekar odalarına da odabaşı veya kethüda kefil olmak zorunda idi¹⁰. III. Murad zamanında bütün hanelerin birbirlerine kefil olmaları emredilmişti¹¹. Mahalle halkının birbirine kefillenmesi ile ilgili olarak özellikle XVIII. yüzyıla ait bazı defterler bulunmaktadır¹².

XV. yüzyılda kefalet ücreti olarak 32 akçe alındığı anlaşılmaktadır. Bunun 8 akçesi kayıt harcı olarak kadıya, 4 akçesi harç emini olarak hizmet gören çavuşa, bir akçesi asesbaşına ve bir akçesi de katibe verilmekteydi.

⁶ “Dimo veled-i Yani, an Yanya: Hazreti Ebî Eyyub Ensarî’de Pîri Paşa Bostanında Bostancı Dimo’ya kefil olub ve mezbur Dimo mirî kâfirler ayardub, basılıub, kendü gaybet idüb ele girmeyicek kefilî küreğe gönderildi.”; **Mehmet İpşirli**, “XVI. Asrın ikinci yarısında kürek cezası ile ilgili hükümler”, *TED*, sayı 12 (1982), s. 223.

⁷ Derûn-ı derkenarda mestûrul-isim Mustafa fi-mâba’d kendü halinde olmak üzere Üsküdar’da Çörekçiler kethüdası Hüseyin bin Hasan ve Çörekçi Halil bin Mustafa ve Mehmed bin Hasan nâm kimesnelerden her biri kefil olduklarında derûn-ı derkenarda mezkûr olduğu vech üzere ahali-i mahalle dahi mezbûrların kefaletleri üzere afv ve itlâkını recâ ettikleri ba’de’t-tescil ber- müceb-i fermân-ı âlî huzur-ı âlîlerine ilam olundu bâkî ferman men lehûl-emrindir fi 7 Zilhicce li sene 1158 [1 Ocak 1746]; İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, nu. 415, v.6a/1.

⁸ İŞSA, Galata Mahkemesi, nu. 36, v.66b/4.

⁹ İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, nu. 1, v.7b-8b.

¹⁰ İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, nu. 5, v.14a.

¹¹ **Mustafa Akdağ**, *Türk Halkının Dirlük ve Düzenlik Kavgası, Celali İsyancıları*, İstanbul 1995, s. 277.

¹² **Feridun M. Emecen**, “Osmanlılarda devlet, toplum ve mahkeme”, *18. Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp’te Sosyal Yaşam*, ed. **Tülay Artan**, İstanbul 1998, s. 77.

Kalan 10 akçe de beytümale yollarındı. Kefaletlerden elde edilen gelir hatırı sayılır bir yekun oluşturmaktaydı¹³.

Kimi durumlarda, delil yetersizliği sebebiyle mahkum edilememiş sanığın da serbest bırakılmadan önce kefile bağlandığı görülmektedir¹⁴.

Sanığın kefil bulabildiği durumlarda tutuklanmaktan (hapisten) kurtulduğu görülmektedir¹⁵. Şahsa kefalet bu yönüyle maddî teminat yerine kişisel teminatı esas alan bir tür kefaleten tahliye sebebi olarak işlev

¹³ **Uriel Heyd**, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V. L. Ménage, Oxford 1973, s. 239.

¹⁴ “Ba’dehu bâlâda mestûr olan merkûm Kara Veli habe olunub on beş gün mikdar habsten ıtlâk olunmayub husûs-ı mezbûru minvâl-i meşrûh üzere ikrardan gayri cevabı olmayub yine ke’l-evvel münkir olub katilde alakam yokdur hâl bu minvâl üzere olmuşdur didükde mezbûrun üzerine katl icab ider nesne sâbit ve zâhir olmayub ve müddeî-yi mezbûr İshak on beş gün mikdarı imhâl olunub iddiasına muvafık beyana kudreti olmadıkda karye-i Karacaali sakinlerinden subaşıları Hüseyin er-râcil (beşinci çavuş odasındandır) mezbûr Kara Veli’nin nefesine ve hîn-i mutâlebede meclis-i şer’a ihzârına kefil bi’n-nefs oldukdan sonra vâki’ hâl ‘alâ vukûihî gıbbe’t-taleb kayd ü sicil olundu tahrîren fi evâsıt-ı şehri Cumadelûla fi’t-tarihî’l-mezbûr[1026], İŞSA, Galata Mahkemesi, nu. 43, v.18b/3. “Ba’dehu mezkûr Petros merkûm Yorgi mahzarında mezkûr beni sol böğrümünden bir odun ile urdu deyû dava idicek, mezkur Yorgi ağaç ile itdim, dokaamadı deyüb, mezkur Yorgi’ye ... mezbûr Menakşi kefil olub”; İŞSA, Tophane Mahkemesi, nu. 7, v. 29b/4. Ayrıca bk. *6 Numaralı Mühimme Defteri, (972/1564-1565) Özet, Transkripsiyon ve İndeks*, Ankara 1995, c. I, s. 344, 629 numaralı hüküm.

¹⁵ “Bekir bin Mehmed meclis-i şer’de Giritli Nikola veled-i Yorgila nâm zimmî mahzarında ikrar ve tabir-i merâm idüb Bataka nâm zimmî mezbûr Nikola’ya bazı nesne isnad idüb habe itdürmüş idi hâlâ mezbûrun nefesine ve hayyiz-i mutâlebede ihzârına kefil oldum didüğü bi’-taleb ketb olundu [993/1585]”; İŞSA, Galata Mahkemesi, nu. 11, s. 36/3. Osmanlı Kanunnamelerinde de bu konuya ilişkin hükümler mevcuttur: “Ve dahi habe edecek yerlerde kefil bulunur iken habe etmeyeler, yazub Dergâh-ı Muallâ’ya arz edeler. Meğer ki şenâat-i azîme ola ve dahi firar ihtimali olub kefil dahi bulunmaya, ol vakit habe edeler”; Kanunî’nin Umumi Kanunnamesi I, md. 187; **Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri*, IV, s. 318. “Ve habe edecek yere etmeyeler kefil bulunur iken; yazub Dergâh-ı Muallâ’ya arz edeler. Meğer ki şenâat-i azîme ola ve dahi firar ihtimali ola veya kefil bulunmaya, ol vakit habe edeler”; Bosna Sancağı Kanunnamesi (973/1565), md. 187; **Akgündüz**, *Osmanlı Kanunnameleri*, VI, s. 488. Ayrıca bk. *5 Numaralı Mühimme Defteri, (973/1565-1566) Özet ve İndeks*: Ankara 1994, s. 3; hüküm numarası 2.

görmüştür¹⁶. Kendilerine kefil bulamayan müttehemlerin küreğe konulmaya kadar giden cezalara çarptırıldığı görölmektedir¹⁷.

Kefalette din farkının önemi yoktur. Bir müslüman bir zimmiye kefil olabileceği gibi aksi de mümkündür¹⁸. Gayri müslim din adamlarının birbirlerine kefil olarak rabtedilmelerine özen gösterilmiş, böylece ruhbanlar arası bir tür özdenetim usulü geliştirilmiştir¹⁹.

İstanbul'da kefilsiz kimsenin bulunmaması için azami özen gösterilmiştir. Bu hususta emirler çıkarılmış ve aksine hareket edenlerin şiddetle cezalandırılacağı belirtilmiştir²⁰.

¹⁶ “(Hırsızlık ithamıyla hapiste tutuklu bulunan sanık Gülfidan için)... Tophane sakinlerinden Fâtıma bint-i Mahmud mezbûre Gülfidan'ın nefesine kefil olduklarında mezbûre Gülfidan Hatun habsden itlâk olundu evâhir-i Saferü'l-hayr 1014 [Temmuz 1605]”; İŞSA, Galata Mahkemesi, nu. 27, v. 82a/1.

¹⁷ 677 numaralı Çavuşbaşı defterinde geçen 23 Zilhicce 971 tarihli kayda göre kefil bulamayan kendi halinde olmayan iki sanık küreğe konulmuştur: “Ali b. Musa an mahalle-i Siyahser. Mezkur ehli fesad hırsuz olub kefil olmamağın hırsuzluğı sicil olmuştur. Hasan b. Ali, an mahalle-i Siyahser. Mezkur serika töhmeti ile müseccel olub hâliyâ girü şirret ve şekâvet üzre olub ve mahallesinden kimesne kefil olmamağın hırsuzluğı sicil olmuştur.”; İpşirli, “Kürek cezası”, s. 236.

¹⁸ İŞSA, Galata Mahkemesi, nu. 11, s. 36/3.

¹⁹ **M. Macit Kenanoğlu**, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi ve Gayrimüslimlerin Hukukî Statüleri (1453-1856)*, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış doktora tezi, İstanbul 2001, s. 257.

²⁰ “İmamlar ve müezzinler ve mahalle kethüdaları ve vakıf odalarda olan odabaşları ve kârbansaraycıları ve sair mahallelerine ve odalarına ve kârbansaraylarına ve dükkanlara haricden adem komayub anın gibi kefilleri olmayub mazanne ve müttehem olanları asla himaye eylemeyüb ehl-i hükme götürüb ele vereler şöyle ki rüşvetlerin alub kefilsiz adem kabul eyleyüb mahallelerine ve odalarına ve kârbansaraylarda ve dükkanlarda kefilsiz ademler koyub dahi ba'de'l-yevm her kangı mahallede veya odalarda, kârbansaraylarda ve dükkanlarda bir kimesne fesad idüb kefil bulunmayub himaye olunmuş ola himaye eyliyenler her kimler ise mecal virilmeyüb küreğe konulub gereği gibi haklarından gelinür. Ana göre muhkem tenbih ve te'kid eyleyüb ... ff 8 N. 986 (1578); **Ahmed Refik**, *Onuncu Asr-ı Hicrî'de İstanbul Hayatı (1495-1591)*, İstanbul 1988, s. 145.

K A Y N A K Ç A

ARŞİV BELGELERİ

İŞSA, Galata Mahkemesi, defter no: 11, 27, 36, 43.

İŞSA, Tophane Mahkemesi, defter no: 7.

İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, defter no: 1, 5, 415.

KİTAPLAR

Ahmed Refik: *Onuncu Asr-ı Hicri'de İstanbul Hayatı (1495-1591)*, İstanbul 1988.

Akda

KANUN YOLUNUN ANAYASAL TEMELİ VE HUMK m.427 HÜKMÜ İLE KANUN YOLU KAPATILMIŞ OLAN KARARLARA KARŞI KANUN YOLUNA MÜRACAAT İMKANI

*Prof.Dr. Yavuz ALANGOYA**

I. GİRİŞ

Mahkemelerce verilmiş olan bazı hükümlere karşı kanun yoluna müracaat yasa hükmü ile kapatılmıştır. Diğer bir ifade ile bu hükümler hukuki varlık kazandıkları anda kesindirler. HUMK sisteminde bu yoldaki genel hüküm m.427'de yer alıyor. Bunun yanında gerek HUMK (bkz. mesela m.36/A/I) gerek farklı alanları düzenleyen bazı kanunlar bu yolda hükümler sevk etmişlerdir.

1- HUMK 427/II hükmüne göre miktar ve değeri kırk milyon TL.'yi geçmeyen taşınır mal ve alacak davaları hakkında verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır¹. Bu kararlar verildikleri anda şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler². İstinafi da kanun yolu sistemimiz içinde düzenleyen ve Hükümet tarafından 29.01.2003 tarih ve 499 sayılı yazı ile Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen "Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı"nda istinafa müracaat imkanı ilk derece mahkemelerinin beşyüz milyon TL.'yi (m.426/A),

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

¹ Bkz. 4146 sayılı (20.03.1996) "Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" m.1.

² **Kuru**, Hukuk Mahkemeleri Usulü C.5, 6. bası 2001, s. 4509 ve son; **Alangoya**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 3.bası 2003, paragraf 38 I I b, paragraf 40 I.

temyize müracaat imkanı da bölge adliye mahkemelerinin iki milyar TL.'yi aşan malvarlığı davalarına ilişkin kararları için kabul edilmiştir. 03.02.2003 tarih ve 1/523 sayı ile Adalet Komisyonuna sevk edilen bu tasarının bu rakamlara ilişkin hükümleri aynen benimsenmiştir³.

2- HUMK 427 (tasarı 426/A) hükmü dışında da mahkemelerin bazı kararlarına karşı kanun yolu kapatılmış olabilir⁴.

Üzerinde durmak istediğim konu, bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaması Anayasa'ya uygun mudur? Diğer bir deyişle yargıda bir derecelendirme yapılması Anayasa'ya göre zorunlu mudur? Öyle ise burada bir sınırlamaya gereksinim var mıdır, varsa bu sınır ne şekilde saptanmalıdır?

³ Bu meblağlar alman usul kanununda istinaf için 600.- Euro'dur, temyiz sistemi 27.07.2001 tarihli Medeni Usul Reform Kanunu ile değişmiş ve değere bağlı temyiz (Wertrevision) kalkmıştır. Temyize (Revision) müracaat istinaf mahkemesinin müsaadesi ile, paragraf 543 (müsaade verilmemeye karşı Temyiz mahkemesine itiraz yolu vardır, paragraf 544, mamafih bu yol Tatbikat Kanunu'nun (Einführungsgesetz zur ZPO) paragraf 26/8 hükmü uyarınca 31 Aralık 2006 tarihine kadar ancak 20.000.- Euro'yu aşan durumlarda caizdir) veya şartları varsa istinaf mahkemesine gidilmeden doğrudan temyize müracaat ile (sıçrama yolu ile temyiz, Sprungrevision) olabilir, paragraf 566; son tadilden evvel 60.000 DM'ı aşan ihtilaflar için istinaf mahkemesinin rızası olmaksızın temyize başvurulabiliyordu, sıçrama yolu ile temyizde bu sınırlama kaldırılmıştır; ancak bu yol 600 Euro'yu aşan konular için söz konusudur, paragraf 566/I, paragraf 511/II.

⁴ Bu husustaki bir liste için bkz. **Kuru**, age. c. 5 s. 4522 ve son. Bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulması ayrı bir meseledir. Tasarı aynen kanunlaşır, istinaf yoluna gidilebilmesi hususu 426/A/V hükmüne göre tayin edilmek söz konusu olacaktır. Söz konusu hüküm aynen "İlk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir" şeklindedir. Hüküm gerek ifade gerek esas bakımından kifayetsiz ve hatalıdır. Bir kere, kanunlarda temyiz yoluna başvurulacağı değil, başvurulamayacağı belirtilir ve genellikle "kesindir" şeklinde ifade edilir (mesela HUMK m.427/II). Bu sarahat yoksa temyiz yoluna başvurma imkanı var demektir. Bu hükme göre temyiz yolu kapanmış olan kararlara karşı bölge mahkemelerinin görev alanına girse de istinaf yolu kapatılmıştır. Bu metinlerde "kesindir" denilmekte ise (ki genellikle böyledir) istinafa da başvurulamayacaktır. "Yargıtay'a müracaat edilemez" veya "temyize başvurulamaz" şeklinde bir düzenleme varsa (bu yolda bir örnek tesbit edemedim) 426a/V hükmü bu durumda da istinafi engelleyecektir ki, böyle bir sonucunun kabul edildiği hususunda gerekçede bir işaret yoktur.

Burada temas edilebilecek bazı noktalar Usul hukukumuzda girecek olan istinafin değerlendirilmesi bakımından da önem taşıyacaktır düşüncesindeyim.

II. ANAYASA ÇOK DERECELİ YARGI SİSTEMİNİ ZORUNLU KILMIŞ MIDIR?

Türk Anayasasını ele almadan önce bazı metinlerdeki durumu ve bunlar hakkındaki görüşleri ana hatları ile de olsa incelemenin yararlı olacağı görüşümdedir.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AIHS) Durum

Türkiye'nin 1954 yılında kabul ettiği AIHS 6. maddesinde taraf devletleri "adil yargılama" ile yükümlü tutmuştur. Dereceli bir yargılama usulü zorunluluğu kural olarak⁵ getirilmiş değildir. Buna mukabil bir yargı sisteminde istinaf ve/veya temyiz kanun yolları kabul edilmiş ise özellikleri dikkate alınarak bu mahkemeler önünde de adil yargılama yapılmak zorunludur⁶. AIHS'nin bu düzenlemesinin taraf devletlerin dereceli bir yargı sistemi getirip bunu anayasal bir hak olarak kabul etmesine engel olmayacağı kuşkusuzdur.

2. Kısaca Mukayeseli Hukuk

Muhtelif ülkelerin sistemleri ele alındığında, ülkelerin ekseriyetinde kişinin yargıda ikinci merci hususunda anayasal olarak garanti edilmiş bir hakkı olmadığı belirtiliyor. Bu sistemlerde ihtilaf konusunda bütün kapsamı ile bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından incelenmesi imkanının

⁵ **Gölcüklü F./Gözübüyük S.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Protokole göre hazırlanıp genişletilmiş 3. bası, 2002, s. 268 no.496 ve orada zikredilmiş olan kararlar, diğer bazı kararlar için bkz. **Doğru O.**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt I, s. 1174 sıra no.2303 (11.10.2001, 31871/96), s. 1175 sıra no.2304 (11.10.2001, 34045/96); 22.11.1984 tarihli 7 no.lu Ek Protokol bazı istisnalarla cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı getirmiş bulunmaktadır; bkz. ileride dn.28'de belirtilen makalesinde **Kalamaris**'in 7 no.lu ek protokol hükmünün kıyasen hukuk işlerinde de uygulanması şeklindeki yorumuna.

⁶ Bkz. dn.5.

tanınmış olması yeterli olmaktadır⁷. Sayısı fazla olmayan bazı anayasalarda ise Kanun yolu bir anayasal hak olarak kabul edilmiştir⁸.

3. Anayasalarında Kanun Yolu Mahkemesinin Düzenlediği Sistemler

Türkiye'nin de içinde bulunduğu birçok ülkenin anayasasında yüksek mahkemelerin düzenlendiği görülmektedir⁹. Türk Anayasa'sının 154'üncü maddesinde Yargıtay, 155'inci maddesinde Danıştay, 156'ıncı maddesinde Askeri Yargıtay, 157'inci maddesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 158'inci maddesinde ise Uyuşmazlık Mahkemesi düzenlenmiştir¹⁰.

Alman Anayasası da 95. maddesinde, yüksek mahkemeleri saymış (f.I), bu mahkemelerdeki hakimlerin tayin şeklini göstermiş (f.II) ve bu mahkemeler arasındaki birliği sağlamak üzere bizdeki uyuşmazlık mahkemesi fonksiyonunu ifa eden müşterek bir daire (Senat) kurulacağını düzenleyerek diğer hususların düzenlenmesini kanuna bırakmıştır (f. III)¹¹.

Gerek Alman Anayasa Mahkemesi, gerek Anayasa Mahkememiz, ilk derece mahkemesinin kararının bir üst mahkeme tarafından incelenmesi talebinin bir anayasal hak olmadığı sonucuna varmıştır.

4. Alman Hukuku

Alman hukukunun bu konudaki durumunun ana hatları ile incelenmesi hukukumuzda da ışık tutacaktır. Zira iki hukuk arasındaki paralellikler ve farklılıklar meselesinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır düşüncesindeyim.

⁷ Bkz. Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozess 1984, s. 29.

⁸ Schwab/Gottwald, s. 30, yazarlar bunlar arasında İtalya, Çekoslovakya (1984'deki durum) ve Yugoslavya'yı (1984'deki durum) saymaktadır.

⁹ Bkz. Schwab/Gottwald, s. 30.

¹⁰ Anayasa mahkemesi bu ayırımı, yargı ayrılığı sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimi olarak belirtmiş ve hakimlerin adli yargıdan idari yargıya, idari yargıdan adli yargıya geçiş olanağını sağlayan yasa hükmünün, Anayasanın 154 ve 155'inci maddelerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır, 28.02.1989, 1988/32-28, AMKD sayı 25 s. 118.

¹¹ Art. 95 in saydığı yüksek mahkemeler adli yargı için Bundesgerichtshof (BGH), idari yargı için Bundesverwaltungsgericht (BVG), mali yargı için Bundesfinanzhof (BFH), iş hukuku yargısı için Bundesarbeitsgericht (BAG) ve sosyal güvenlik yargısı için Bundessozialgericht (BSG)'dir. Alman Anayasası 96'ıncı paragrafında, Federal Devlete başka bazı alanlarda da federal mahkemeler kurma yetkisini vermiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi 1952 tarihli muhtemelen bu konudaki ilk kararında¹² ceza kanununun, paragraf 310/II hükmündeki itiraz üzerine mahkemece verilen karara karşı bir kontrol imkanı tanınmamış olmasını anayasaya aykırı görmemiş, bunu kanun koyucu tarafından “özellikle himayeye layık menfaatler” söz konusu olduğu zaman tanıyabileceğine işaret etmiş, dinlenilme hakkını düzenleyen 103/I hükmünün mutlaka bir kanun yolu tanınması yolundaki talebe temel teşkil etmeyeceğini ifade ile “Her hukuki ihtilaf nihayet sona erdirilmelidir” demiştir.

Bir diğer kararda¹³ hukuk devleti ilkesinin mahkemelerde bir derecelendirmeyi emretmediği belirtilmiş, halen ilk ve son derece mahkemesi olarak karar veren mahkemeler bulunduğu ifade edilerek bunun, anayasanın 19/4 hükmüne¹⁴ aykırı olmadığı ifade edilmiştir; Alman Anayasa Mahkemesi bir başka kararında (bkz. dn 16'daki 12.07.1983 tarihli kararı) 19/4 hükmünün hakim vasıtası ile himaye sağladığını, yoksa hakime karşı himaye söz konusu olmadığını tekrarlıyor. 1980 tarihli bir kararında¹⁵ Anayasanın Hukuk devleti ilkesinden, etkili bir hukuki himaye sağlanmasının çıkarılabileceğini, bunun da ihtilaf konusunun maddi ve hukuki açıdan etraflı bir incelenmesi ve hakim tarafından bağlayıcı bir şekilde karara bağlanması ile mümkün olacağını, bir kanun yolu sağlanmasının bu kapsamda olmadığını, böyle bir gereğin Anayasanın 95. maddesinden de (bkz.dn.11) çıkarılamayacağını ifade etmektedir. Anayasa mahkemesine göre bunun sonucu olarak da kanun yolu düzenleyen kanun koyucunun kanun yoluna müracaat ve yargılamasını düzenleme açısından kendisinin amaca uygunluk anlayışına göre geniş bir serbestisi olacaktır¹⁶. Alman Anayasa Mahkemesi daha yeni bir kararında da¹⁷

¹² BVerfGE 1, 433 (437)

¹³ BVerfGE 4 74 (94 ve son) (1956)

¹⁴ Art 19/IV

“Kamu Gücü (ÖffentlichesGewalt) tarafından hakları ihlal edilen herkese yargı yolu (Rechtsweg) açıktır. Bir diğer yetki tesis edilmiş olmadıkça, olağan yargı yolu mevcuttur. Madde 10 f.2 cümle 2 hükmü mahfuzdur.”

¹⁵ BVerfGE 54 277 (291-292)

¹⁶ Alman Anayasa Mahkemesi 12.07.1983 tarihli bir kararında da, kanun yolu sağlanması hususunun ne Art. 103/1'den ve ne de genel hukuk devleti ilkesinden çıkarılmayacağı yukarıdaki karara atıf yapılarak tekrarlamıştır, BVerfGE 65 76 (90-91); gerek yukarıdaki kararda gerek bu kararda yüksek mahkeme, kanun yolu tesis edildiği takdirde, Anayasa'nın, hakim bağımsızlığı, kanuni hakim, dinlenilme hakkı, eşitlik ilkesi gibi

hukuk devleti ilkesinden kanun yolu tanınması gereği çıkarılamaz sonucuna varmaktadır.

Anayasa hukukçuları da, Anayasa Mahkemesi kararlarına paralel olarak, kanun yolu sisteminin bir anayasal hak olmadığını kabul ediyorlar. Alman Anayasasının 19/IV hükmündeki (bkz.dn.14) “Kamu Gücü” kapsamı içine yargı gücünün girmeyeceği bu hükmün “hakim vasıtası ile himayeyi düzenlediği, hakime karşı himaye sağlamadığı” gerekçesine dayanılarak kabul edilmektedir¹⁸.

Alman Anayasasının Art 103/1 hükmünde düzenlenen “Dinlenilme Hakkı”nın (Rechtliches Gehör) kapsamı incelenirken mahkemeler derecelendirmesi hususunda bir talebin bu kapsamda yer almadığı hususu da hakim fikir olarak ortaya çıkıyor¹⁹.

Kanun yolunun anayasal bir hak olduğu hususunun Anayasanın, yüksek mahkemeleri sayan Art.95 hükmünden de çıkarılamayacağı, normal durumda bu mahkemelerin yüksek derece mahkemeleri oldukları belirtmekle beraber, kabul edilmektedir²⁰.

Alman medeni usul doktrininin büyük çoğunluğu Anayasa Mahkemesinin kararlarını takip etmektedir²¹.

Bugün baskın olduğu görülen²² bu görüşe karşı olanlar da vardır.

Bu görüşlere göre hakimler kanunla bağlı olarak hüküm vereceklerdir (Alman Anayasası Art.97, bkz. Anayasa m.138). Ancak bu hususun sağlan-

esasların dikkate alınması ve bunların sonucunda vatandaşın kanun yoluna müracaat şartlarını mümkün olduğu ölçüde açık şekilde tesbit edilebilecek ve uygulanabilecek şekilde düzenlenmesinin gerektiğine işaret etmektedir, BVerfGE 54 277 (292, 293).

¹⁷ BVerfG NJW 1991 1283 (1284)

¹⁸ **Maunz-Dürig-Herzog**, Grundgesetz-Kommentar (Lfg 24, Januar 1985; 2002) Art 19 Abs. IV 4 Randnummer 96.

¹⁹ **Schmidt-Assmann**, Maunz-Dürig Grundgesetz, Komm Band V Lfg.27 November 1988-2002, Art 103 I N.26 s. 13a-14.

²⁰ **Maunz-Dürig-Herzog**, Band V., Rd.N.96, Lfg. 2002; **Maunz-Dürig-Herzog**, Art.95 Rd.N.45.

²¹ **Schwab/Gottwald**, Verfassung und Zivilprozess 1984 s. 29 ve son; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, paragraf 134 II s. 803; Schwartze s. 43.

²² Bkz. **Schwarze**, Ausserordentliche Anfechtbarkeit zivilgerichtlicher Entscheidungen wegen offensichtlicher Gesetzwidrigkeit?, ZZZP 115 (2002) s. 43.

ması bir kontrol sistemi ile mümkün olur ve bu sistem yargının özelliği dolayısı ile yargı içi bir kontrolle yapılmak gerekir, bu ise yargı içinde bir derecelendirme yapılması sonucuna götürecektir²³. Lorenz²⁴ Alman Anayasasının 19/IV hükmünün hakimlerin kararlarına karşı uygulanamayacağı yolundaki görüşün dayandığı “Art. 19/4 hakim vasıtası ile himaye sağlar, hakime karşı değil” şeklindeki ünlü formülün de isabetli olmadığını, hakimın de bir kamu iktidarı kullandığını, aynı isabetle 19/IV vasıtası ile devlete karşı devlet vasıtası ile nasıl koruma yapılabileceğinin de sorulabileceğine işaret ediyor (s.242) ve 19/IV hükmünün yargı kararları bakımından da uygulanacağını belirtiyor. Bu ise bir mahkemeler derecelendirmesi ile olabilir (s.244) ve iki dereceli bir sistem anayasal olarak yeterlidir (s.245).

Gilles²⁵, Art.19/IV hükmünden mahkeme hükümlerine karşı bir kontrol imkanı çıkarılamayacağını kabul ediyor (s.258), ona göre genel hukuk devleti ilkesinden de (Art.20, 28) temyiz mahkemesinin anayasal gerek olduğu çıkarılamaz (259). Yazara göre kanun yolunun anayasal temeli hususunda, önce bu kurumun hukuk devleti bakımından görevinin ne olduğu ve buna bağlı olarak kanun yolu sisteminin bugünkü anlayış içinde “sosyal hukuk devletinin” ne ölçüde vazgeçilmez bir unsuru olduğu sorulmalıdır (s.259). Ona göre kanun yolunu, hukuki himaye arayanın, kendisine yanlış görünen yargı kararlarının tashihi düşüncesine, diğer deyişle “kontrol” düşüncesine dayandırma halinde mesele farklı bir boyuta oturacaktır²⁶. Bu anlayış kanun yolunu hukuk devleti ve demokrasi icabı olarak kabul etmeyi gerektirir (s.259)²⁷. Yargıda bir dış kontrol olamayacağı için bir iç kontrol (Intra-Kontrolle) bahis konusu olabilir.

²³ Lorenz D, Der Rechtsschutz der Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973 s. 188, 189.

²⁴ s. 241 ve son.

²⁵ Rechtsmittelreform im Zivilprozess und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschreankung, JZ 1985 s. 253 ve son.

²⁶ Gilles, yargıya güvenin sarsılması; alt mahkemelerin “teftişi”, “eğitilmesi”, “disipline edilmesi” ve “hukuk birliğinin sağlanması” gibi amaçların, kanun yolunun anayasal temelini haklı göstermeyeceğini belirtiyor, s. 259.

²⁷ Bu sebeple Alman Anayasa Mahkemesinin kanun yolu mahkemelerine müracaatı, ölçüsüz bir şekilde ağırlaştırmasının “hukuki himayenin etkinliği ilkesi” (Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes) ile bağdaşmayacağını belirtmesi önemlidir, Gilles, s. 260 ve s. 258 dn.50'deki kararlar; Gilles, kamu yararı ile uygun (sachgerechte) kısıtlamaların kabul edilebileceğini söylüyor, s. 260; yazar Alman Anayasasında belirtilen yüksek mahkeme-

Kalamaris²⁸, alman hukuku ile paralel bir düzenlemeye sahip yunan hukukunda içtihatların, kanun yolu bakımından bir anayasal garanti bulunmadığı yönünde olduğunu ve doktrinin bu konuda bölünmüş olduğunu belirttikten sonra, kendi görüşünün kanun yolunun anayasal mesnede dayandığı yönünde olduğunu açıklıyor; yazara göre bu konuda bir sarahat bulunmaması görüşü için bir engel değildir, anayasanın başka hükümlerinden de aynı sonuca varılabilir; devletin fonksiyonlarının kontrolü demokratik hukuk devletinin ayrılmaz parçasıdır, bu kontrol yargının özelliği dolayısı ile kendi içinde yapılacaktır (s.275); muhakkak ki, üst derece mahkemelerinin kararlarının doğruluğu hususunda bir garanti yoktur, ancak ilk derece mahkemeleri kararlarının kontrol imkanı, vatandaşın kararın doğruluğu hususundaki inancını arttıracak ve doğruluk ihtimalini de yükseltecektir (s.275,276); yazara göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. protokolunda ceza işleri için kanun yolu garantisi vardır ve bu hükmün kıyasen uygulanması, *argumentum a contrario*'dan daha isabetli olacaktır ve sözleşmenin ceza işleri dışında da kanun yolunu garanti ettiği kabul edilebilecektir (s.276).

Vosskuhle²⁹ vatandaşın, kamu otoritesine bağlı ve tabi olduğu durumlarda, onun tasarrufları haklarını ihlal ettiği takdirde, hakim kontrolü için yargılama isteyebilir; yanlış, hukuka aykırı mahkeme hükümleri için de durum aynıdır, hüküm veren hakim de devlet iktidarını kullanmaktadır³⁰. Yazar böylece yargı kararlarının da 19/IV kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Bunun sonu olmayan bir kontrol spiral'ine yol açacağı yolundaki karşı çıkmaların da³¹ artık gücünü kaybettiğine işaret etmektedir. Yazar bu yöndeki diğer görüş sahipleri gibi, anayasal gereğin hükmün hukuki

lerin görevleri itibarıyla kanun yolu mahkemesi olduğunu, bunların çok istisnai hallerde ilk derece mahkemesi olarak da görev yapmalarından farklı sonuçlar çıkarmanın ve Art.95'in bir derecelendirme yapmadığı sonucuna varmanın asgari olarak tartışmalı olacağını açıklıyor, s. 259.

²⁸ Das Prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, Festschrift für Karl Heinz Schwab, 1990 s. 269-276.

²⁹ Erosionserscheinungen des zivilprozessualen Rechtsmittelsystems, NJW 1995 1377-1384.
³⁰ s. 1383.

³¹ bkz. S. 1383 dn.79.

kontrolünü yapacak bir üst mahkeme ile sınırlı olduğu, istinaf derecesinin anayasal gerek olmadığına işaret ediyor³².

Alman hukukunda kanun yolunun anayasal bir temeli olduğunu kabul edenler, 19/IV ün himayesinin hiç istisnası olmadığını söylemenin, hukuk devletinin temel şartı olan yargının fonksiyon yapabilirliğini göz ardı etmek olacağını buraya münasip ölçülü sınırlamaların getirilebileceğini kabul ediyorlar³³.

Özet olarak ifade edilmek gerekirse Alman Anayasa Mahkemesinin ve doktrinin baskın çoğunluğu Alman Anayasası 19/IV hükmü kapsamına mahkeme hükümlerinin girmeyeceğini, mahkeme hükümlerinin ferdi haklarını ihlal eden bir kamu gücü uygulaması olmadığını kabul ediyor. Ancak Vosskuhle'nin belirttiği gibi bu görüş için etraflı dogmatik bir temellendirme yapılmamış ve hemen daima "hakim vasıtası ile himaye, hakime karşı değil" formülü ile iktifa edilmiştir³⁴.

³² s. 1383, Gilles, agm. s. 259; Lorenz, s. 245; Vosskuhle, üç dereceli bir sistem yerine, hukuki kontrol yapan bir üst mahkeme ile iktifa edilmesini, buradan yapılacak tasarrufla ilk derece mahkemelerinin kuvvetlendirilmesini önermektedir; son yapılan ZPO tadilinde ilk derece mahkemelerine ağırlık verilmiş ancak istinaf mahkemeleri büyük ölçüde kontrol faaliyeti yapan mahkemeler olarak muhafaza edilmiştir, bkz. Bu konuda Yıldırım K., İstinaf 2000, s. 86 ve son; bkz. ileride dn. 55'de Eberhard'ın açıklamalarına.

³³ Gilles, s. 260; Vosskuhle, s. 1384; bazı sınırlamalar getirilmesi hususunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Adaletin Yerine Getirilmesini Kolaylaştırma Çarelerine İlişkin 7 sayılı Tavsiye Kararının Türkçe Metni için bkz. Özbek S., Hukuk araştırmaları Marmara Üni. H.F. yayını Ocak-Nisan/1986 s. 9 ve son.

³⁴ Alman Anayasa doktrinde 93/4a hükmü itibarıyla (bu hüküm kamu gücü tasarruflarına karşı herkesin anayasa mahkemesine itirazda bulunabileceğini düzenlemektedir.) yargı, kamu gücü olarak kabul edilmektedir, Maunz-Dürig, Art.93 Rd.N.64 ve son (69); buna mukabil Art.19/IV hükmü itibarıyla yargı kamu gücü çerçevesinde görülüyor, Maunz-Dürig, Art 19/IV Rd.N.96 (1985); Schmidt/Bleibtreu/Klein, Grundgesetz Kom. 5. Aufl. 1980 Art.19 Rd.N.25 s. 382; genellikle olduğu gibi Maunz-Dürig'de bu esas itibarıyla yukarıda nakledilen formüle dayandırılmakta (aynı Schmidt-Bleibtreu-Klein, aynı yer) ve ayrıca güven unsuruna dayanılarak bütün mahkemelere hangi derecede olursa olsun güven duyulması gereği üzerinde durulmaktadır. Alman Anayasası, 93/4a hükmünde yargıyı açıkça kamu gücü olarak değerlendirip, 19/IV de böyle görmediğine ilişkin sarih bir anayasal düzenleme yoktur.

III. TÜRK HUKUKU

Hukukumuzda da kanun yolunun anayasal temeli hususunda düzenleme, münferit de kalmış olsa içtihat ve doktrin mevcuttur.

1. Anayasa Düzenlemesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (m.9), herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahip olacağını (m.36)³⁵ ve Yargıtay'ın, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı mercisine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğunu (m.154)³⁶ düzenlemiş bulunmaktadır.

2. Anayasa Mahkemesi İçtihadı

Anayasa Mahkemesi 20.01.1986 tarih ve 1985/23-2 sayılı oy çokluğu ile aldığı karar ile (AMKD sayı 22 s.12 ve son.) HUMK m.427/II hükmünün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varırken aynen,

“Yasakoyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüzbin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtay'ın yükünü hafifletmek düşüncesi ile kabul etmiş; bu kararların bir kere de Yargıtay'ca incelenmesinde kamu yararı görmemiştir. Kaldı ki, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetmeksizin üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm de mevcut bulunmamaktadır. Esasen yargı denetiminde sonsuzluk hiçbir zaman söz konusu olamaz; bir yerde kesilmesi gerekir. Nitekim kimi kanunlarda kanun yolları gereklere göre düzenlenmiş ve kimi kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, adliye mahkemelerince verilen bütün kararların Yargıtay'ca incelenmesini istemek, bir anlamda ilk derece hakimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir. Bu güvensizliğin ise, hiçbir haklı nedeni olamaz. Yargıtay'ın kuruluşunu

³⁵ “ile adil yargılama” ibaresi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunun 14. maddesi ile Anayasa m.36 madde hükmüne girmiştir.

³⁶ Anayasa aynı düzenlemeyi, Danıştay (m.155), Askeri Yargıtay (başka bir mercie bırakma kaydı askeri Yargıtay'da yoktur) için de sevk etmiştir.

ve işleyişini düzenleyen ve görevlerini belirleyen Anayasa'nın 154. maddesi bütün kararların Yargıtay'ca incelenmesini zorunlu kılan bir hüküm içermemektedir.” (s.18, 19).

demektedir.

Anayasa Mahkemesi oy birliği ile aldığı daha yeni bir kararında (23.05.2001, 232/89, AMKD 2002/1 s.541 ve son) da, idari para cezalarına itiraz üzerine idare mahkemesince verilecek kararın kesin olduğu hükmünün (4077 sa. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.26) Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varırken

“Ayrıca, Anayasa’da tüm mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide de bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yollarına başvurma önlenebileceği yönündedir.” (s.547); “Yargı denetiminde sonsuzluk söz konusu olamayacağından, bunun bir yerde kesilmesi gerekir.” (s.548); “Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler kamu yararı ile sınırlanabilir. İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacı ile getirilen sınırlamada, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır” (s.548); “Anayasa’nın Danıştay’ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği konusunda bir kural yer almamaktadır.” (s.548)

demektedir.

3. Doktrin

Öztek, yukarıda belirttiğim, Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarih ve 1985/23-2 sayılı kararı hakkındaki yazısında³⁷ kanun yoluna müracaat

³⁷ Öztek S., “HUMK m.427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.01.1986 tarihli Kararı”, Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi yayını 1987/II s. 62 ve son.

sınırlamasının caiz olup olmadığının temyiz kanun yolunun amacına göre tesbit edilmesi gerektiğini savunmaktadır (s.63). Özbek, “Türk hukukunda da Yargıtay’ın esas görevinin hukukun uygulanmasında birliği sağlamak” (bkz.s.66 dn.42), “hukuk kurallarının doğru ve bütün memleket içinde yeknesak bir şekilde uygulanması” (s.66 dn.49) şeklinde kabul etmektedir. Yazar içtihat birliği amacının sınırlama ile bağdaşmadığını ifade etmektedir (s.68 dn.63); mutlaka bir sınırlama getiriliyorsa içtihat birliği amacının mümkün mertebe az zedelenmesini sağlayacak tedbirler alınmasını önermektedir (s.68 dn.62)³⁸.

Yıldırım³⁹, Alman doktrini ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları ışığında kanun yoluna başvurma hakkının anayasal bir temeli olduğunu (s.23), adil yargılanma hakkı için istinaf kanun yolunun da gerekli olduğunu, ancak bunun da yeterli olamayacağını ifade etmektedir (s.146).

Üstündağ⁴⁰ Anayasa’nın Anayasal hak olan hak arama özgürlüğünün önünde aranacağı yargı mercilerinin kaç dereceli olması gerekeceğini yasama organına bıraktığını (s.73,74), son inceleme merciini (Yargıtay) “anmak gereğini duymakla beraber bu mahkemenin kuruluş amacına açıklık getirmediğini” (s.74), 20.01.1986 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının hak özgürlüğünün özüne dokunan bir kısıtlama olduğuna ilişkin muhalefet şerhinin isabetli olduğunun “söylenebileceğini” (s.91), “hak arama özgürlüğünü koruyucu bir takım tedbirler alınmaksızın getirilmiş olan bu katı temyiz yolunu kapama olgusu(nun), hak arama özgürlüğünü ağır şekilde zedelediğini (s.92) beyan etmektedir⁴¹; yazar temyiz hukukunun reforma tabi tutulmasının Anayasa’nın 10 ve 36’ncı maddeleri gereği olduğunu söylemektedir (s.93).

³⁸ Özbek, söz konusu kararla HUMK 427’nin Anayasaya aykırı olması sebebi ile iptal edilmemiş olmasının, kanun yolu konusunda Türkiye’de nihayet köklü, kalıcı ve çok yönlü bir reformu ertelediğini ifade etmektedir, s. 68.

³⁹ Yıldırım K., Hukuk Devletinin Gereği : İstinaf, 2000.

⁴⁰ Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtay’ı, Yargıtay Dergisi 1989 s. 73 ve son.

⁴¹ Üstündağ’da Anayasa Mahkemesinin HUMK 427’yi iptal etmemekle reformun ertelendiği görüşüne katılmaktadır, s. 93, yazar, tebliğin müzakereleri sırasında da istinaf mahkemelerinin Anayasa’nın bir gereği olduğunu söylemektedir, s. 151.

Ökçesiz⁴² 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı üzerine yaptığı anket çalışması ve gelir rakamları karşılaştırmasını esas alarak, Yargıtay'ın iş yükünün 1/8 oranında azalmış olabileceğini ifade etmektedir (s.77).

IV. ARA DEĞERLENDİRME

1. Mahkeme Kararlarının Kontrolü Talebinin Anayasal Hak Olduğu

Kanun yolunun anayasal temeli bakımından Alman Anayasa Mahkemesi ve doktrini ile özellikle Anayasa Mahkememizin 20.01.1986 tarihli kararının gerekçeleri arasında önemli benzerlikler mevcuttur. Türk Anayasa Mahkemesi de söz konusu kararında, Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir üst mahkemeden geçmesini zorunlu kılan bir hükmün mevcut olmadığını söyledikten sonra, yargı denetiminde sonsuzluğun söz konusu olamayacağı ifade etmiştir (bkz. III.2). Kanaatimce Anayasa Mahkemesi alman hukuku etkisinde bu sonuca varırken bazı noktaları dikkatten kaçırmış bulunmaktadır. Her hukuki ihtilafın bir sonucunun olması gerektiği yolundaki gerekçe alman hukuku bakımından gündeme gelebilmiştir. Buradaki düşünce tarzı yargı kuvvetinin de Art.19/IV kapsamında görülmesinin, “sonu olmayan bir kontrol spiriline yol açacağı” şeklindedir (bkz.dn.14); yani mahkeme kamu gücünün uygulayıcısı kabul edilirse, onun kararını kontrol eden üst derece mahkemesinin kararı da kamu gücü uygulaması olacak, kontrolü gerekecek ve bu böyle devam edecektir.

Voskuhle'nin de belirttiği gibi, burada Art.19 IV GG'nin temel konseptiyonu hakimi, anayasanın hukuki himaye ve kontrol sisteminin içine alma isteğidir; anayasal hukuki himaye talebi yanında, ikincil olarak bu kontrol talebi yer almaktadır⁴³.

Diğer taraftan, Art.95 hükmünde Yüksek Mahkemelerin belirtilmiş olması da baskın görüşün bu gerekçesini teyid etmemektedir. Yüksek mahkemelerin münhasıran kontrol için kurulmadıkları, bunun dışında başka görevlerinin de olduğu bu sebeple kontrol mahkemesi olarak kurulmuş

⁴² Ökçesiz H., “Yargıtay'ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı olarak HUMK'nun 427. Maddesi Üzerine” Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1987 Ocak-Nisan s. 75-79.

⁴³ Bkz. dn.31.

olduklarının kabulünün zorunlu bulunmadığı yolundaki görüş de tatminkar değildir, fevkalade istisnai olan bu görevlere dayanarak, Art.95'in bir kademelendirmeyi kabul etmiş olmadığı sonucuna varmanın isabetinden kuşku duyulmak gerekir⁴⁴.

Alman Hukuku bakımından dikkat çeken bir nokta da şudur : Alman Anayasa doktrininde, kamu gücü tarafından temel hakları ihlal edilen herkesin anayasa mahkemesine itirazda bulunabileceği (Verfassungsbeschwerde) yolundaki Art.93/4a hükmündeki “kamu gücü” kapsamına madde metninden de anlaşıldığı üzere mahkemelerin de dahil olduğu tereddütsüz kabul edilmektedir⁴⁵. Buna mukabil 19/IV hükmündeki “kamu gücü”ne mahkemeler, burada naklettiğimiz gerekçelerle, dahil görülmemektedir⁴⁶. Bir kavramın iki hükümde ayrı kapsamlarda kabul edilmesi için ya sarahat bulunmalı yada çok ciddi gerekçeler ileri sürülmelidir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Art 19/IV bakımından etraflı bir dogmatik gerekçeye rastlanmıyor⁴⁷

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Anayasa Mahkememizin kararlarında da mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından kontrol edilmesi gereğini gösteren bir anayasa hükmü mevcut bulunmadığı ve “esasen yargı denetiminde sonsuzluk hiçbir zaman söz konusu” olamayacağı kabul edilmektedir. Alman hukukunu takip ederek varılan bu sonuç kanaatimce Türk Anayasası bakımından hatalıdır. Gerçekten, Alman Anayasası Art.19/V ve Art.95'de ilk derece mahkemesi hükümlerinin bir üst derece mahkemesince kontrol edileceğine ilişkin bir lafzi sarahat bulunmamasına rağmen Türk Anayasasında bu sarahat mevcuttur. Anayasanın 154'üncü maddesinin I. Fıkrası :

“Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciüdür. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.”

şeklindedir⁴⁸.

⁴⁴ Gilles, s. 259.

⁴⁵ Maunz-Dürig, Art 93 Rd.No.64 ve son (69) (1997)

⁴⁶ Maunz-Dürig, Art 19/IV Rd.N.96 (1985); Schmidt/Bleibtrew/Klein, Grundgesetz, Komm. 5. Aufl. 1980 Art.19 Rd.N.25 s. 382.

⁴⁷ Vosskuhle, s. 1384.

⁴⁸ Aynı hüküm idari yargı için m.155'dedir.

Bu hüküm mahkeme kararlarının bir üst mahkeme tarafından kontrolünü sarıh olarak düzenliyor. Bu kontrolün bütün kararlar için Yargıtay tarafından yapılması da zorunlu görülmemiştir. Kanun koyucu bu kontrolü bir başka yargı merciine de bırakabilir. Bu düzenleme şekli de Anayasa'nın kontrol gereğini aradığının açık bir göstergesidir. İçtihat birliğinin sağlanması ve benzeri amaçlar bu düzenlemenin ratio legis'ine dahil değildir⁴⁹. Sonuç olarak mahkeme kararının kontrolü anayasal bir gerek olarak düzenlenmiş bulunmaktadır; Anayasa m.36 hükmündeki hak arama ve adil yargılanma hakkının bir unsuru da bu kontroldür. Diğer bir deyişle alman hukukundaki baskın görüşe karşı görüşün gerekçeleri, bizim anayasamızda pozitif bir mesnet bulmuştur. Bu bakımdan Anayasa Mahkememizin buna aykırı düşen kararlarında isabet görülemez⁵⁰.

⁴⁹ Bkz. Gilles, s. 259; bu çalışma dn.26; temyiz kontrolünün temel amacının hukuka uygunluğun kontrolü olacağı hususunda bkz. Alangoya, Esaslar 2.bası, s. 439 ve son.; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesinin 23.05.2001 tarihli kararı ile sonuçlanan Danıştay 10.Dairesi gerekçesine, s. 541, 542; pek tabiidir ki usul kanunları temyiz mahkemelerinin görevini bir ölçüde hukukun geliştirilmesi veya ülke çapında içtihat birliğinin sağlanması yönünde de vurgulayabilir; nitekim ZPO'da yapılan son önemli tadilde bu yola gidilmiştir, bkz. Paragraf 543, bu hükme göre temyize gidilmesi, istinaf mahkemesinin (Berufungsgericht) hükmünde temyiz yolunu açması veya reddi halinde temyiz mahkemesinin, itiraz üzerine (paragraf 544) bu yolu tanıması ile mümkün olacaktır (paragraf 543/I 1,2); hukuki meselenin temel önemi bulunması veya hukukun geliştirilmesi veya içtihat birliğinin gerçekleştirilmesi gerektirdiği hallerde temyiz yoluna izin verilmesi gereklidir, paragraf 543/II 1.1, 2. ancak hukuka uygunluğun kontrolü olmadan hukuk birliğinin sağlanması söz konusu olamaz, Hakimlerin "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri" (AY m.138/I) "adalet anlayışı içinde ... bir hukuk Devleti" (AY m.2) Anayasa'ya, hukuka kanuna aykırı ancak müstakar bir içtihat sağlanmasını amaç edinemez; bkz. dn.26'da Gilles'e; Anayasa Mahkememiz de" ... mahkeme kararlarına karşı ... bu kararların yeniden inceltirilmesi, bunlardan yanlış olanların bozulması, doğru olanların da doğru olduklarının belirtilmesi ve bunun sonucu olarak doğru kararlar üzerindeki yanlışlık kuşkusunun ortadan kaldırılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Yargıtay her şeyden önce, bu zorunluluğu karşılamak ereği ile ve özel kanunla kurulmuştur. Anayasa da bu niteliğini belirleyerek Yargıtay'ı Anayasa kanunları arasına almıştır" diyerek bu kontrol görevini ve bunun anayasal temelini ve gerekliliğini açıkça belirtmektedir, 24.12.1991 44/53 AMKD s. 27 c.2 s. 735.

⁵⁰ Gerek alman hukukunda (bkz. Maunz-Dürig-Herzog, Kom. GG Art.19/4Rd.N.96 (2002)) gerek 1986 tarihli Anayasa Mahkememizin kararında (2001 tarihli kararda temas edeceğim gerekçeye rastlanmıyor) bütün mahkeme kararlarının kontrolü şeklinde bir sonucun hangi derece ve yargıda olursa olsun bütün mahkemelere güven duyulması esasını ihlal edeceği gerekçesine de dayanılmaktadır. Kanaatimce bu gerekçe tatminkar değildir, zira bu anlayış

Türk Anayasasının bu düzenlemesi karşısında Alman hukukunda ileri sürülen “sonu olmayan kontrol spiral”i eleştirisi de⁵¹ söz konusu olamaz. Zira bu kontrolün sınırı AY 154/I de gösterilmiştir.

Türk Anayasasının kontrol esasına dayanan bu çözümü hukuk devletinin ve demokratik rejimin bir icabıdır⁵².

Anayasa Mahkememiz kararlarında, AY 36, 141 ve 154 üncü maddelerin birlikte değerlendirilmesinin kanun yolu tanınmış olması verilen kararların ve hükümlerin, Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygunluğunun güvenlik altına alınması olarak değerlendirmiş ve bunun hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa’ya kanuna ve vicdanlarına göre hüküm verecekleri yolundaki AY 138/I hükmünün “gerçekten uygulanması” amacın güttüğünü ifade etmiştir⁵³; Anayasa mahkememiz denetimin “hak arama özgürlüğü yönünden de güvenceyi pekiştir”diğini de kabul ediyor⁵⁴.

Anayasa Mahkememizin bu yoldaki kararları da mahkemelerden verilen kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesinin diğer bir deyişle iki dereceli

kanun yolu açık bulunan kararları veren mahkemelere güvensizlik duyulduğu sonucuna götürür; vatandaşın mahkemelerden verilen kararların doğruluğuna güvenmesi önemlidir ve anayasamızın kabul ettiği kontrol sistemi bu güveni kuvvetlendirecektir, bkz. dn.51, 52, 53; “Temyiz başvurusu yargıçlara güvensizlik değil, kararı tümleyici, doyurucu ve saygın olmasını sağlayıcı bir yasa yoludur”, Yekta Güngör **Özden**’in 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına yazdığı karşı oy yazısından. Mamafih Anayasa Mahkememizin yukarıda zikredilen kararlarında ve özellikle 23.05.2001 tarihli yeni kararında, temel hak ve özgürlüklerin, AY13’e göre kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğinden bahsediliyor ve yapılan sınırlama bu gerekçe ile caiz görülüyor; bkz.ileride (2) altındaki açıklamalara.

⁵¹ **Vosskuhle**’nin bu gerekçeyi eleştirisi için bkz. dn.31.

⁵² Bkz. **Gilles**, s. 259 ve bkz. bu çalışma dn.27; Yargıtay’ın kararlarının (veya kontrolü ile görevlendirilen diğer yargı mercilerinin kararlarının) kontrolü anayasal gereklilik değildir. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak, verdiği kararların, Yargıtay’ın ilgili Genel Kurulu’na incelenmesini de, Anayasa’ya aykırı bulmamıştır, bkz. dn 49’daki 24.12.1991 tarih ve 44/53 sayılı karara.

⁵³ 10.07.1990 1989/28-18 AMKD sayı 29 c.I s. 10 24.12.1991 44/53 AMKD sayı 27 c.II s. 735; bkz. bu yönde **Lorenz** s. 187-190.

⁵⁴ 21.06.1991 1/16, AMKD sayı 18, C.1, s. 74; gerek Anayasa Mahkememizin gerek Alman Anayasa Mahkemesinin kontrolün anayasal temeli olmadığı yolundaki kararları ve bunların gerekçeleri, bu yüksek mahkemelerin, yasakoyucuyu bu konuda serbest bırakmak düşüncesi ile hareket ettiklerini düşündürüyor.

bir sistemin bir anayasal hak olarak kabul edilmesinin isabetini göstermektedir⁵⁵.

AIHS'inde de kontrol unsuru başlangıçta yer almamıştı. Ancak daha sonra 1985'de 7 no'lu Ek Protokol ile (m.2) cezai kararlarda iki dereceli yargılama hakkı getirilmek durumunda kalınmıştır⁵⁶. Bunun adli yargının diğer bölümünde getirilmemiş olmasının da tatminkar bir gerekçelendirilmesi yapılmış değildir⁵⁷.

Sonuç olarak Türk Anayasasının mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun kontrolü hususunu hak arama özgürlüğünün bir unsuru olarak kabul etmiş olduğunu görüyoruz.

⁵⁵ Gerek 1986 tarihli kararda gerek Türk doktrininde mesele hemen sadece Yargıtay'ın yükünün azaltılması noktasından ele alınmıştır; belirtildiği üzere mesele ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararların hukuka uygunluğunun kontrolüdür, bunu kural olarak Yargıtay yapacaktır, ancak, Anayasa bu kontrolün başka yargı mercileri tarafından da yapılmasına olanak vermiştir, mesela bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri kararlarının bir bölümünü kontrol etmeleri, anayasal gereği yerine getirir; meseleye böyle bakılınca istinaf mahkemelerinin anayasa gereği olduğu savı bana doğru görünmüyor, eğer adil yargılama ve sonuçta verilen kararların kontrolü hususundaki anayasal gereklilik yerine getirilemiyorsa, devlet gereğini yapmalıdır, bölge adliye mahkemeleri bu vasitalardan biri olabilir; ancak başka yollar da söz konusu olabilir, mesela sulh mahkemelerinin kararlarının kontrolünü asliye mahkemelerine yaptırmak, asliye mahkemelerini, bugünkü yasal düzenlemeye uygun olarak toplu mahkemeler yapmak ve ilk derece mahkemelerini kuvvetlendirmek gibi. Alman usul kanununun son tadilinde (01.01.2002) ilk derece mahkemelerinin kuvvetlendirilmesi temel amaç olmuştur ve istinaf mahkemeleri ağırlıklı olarak yeniden inceleyerek karar veren değil ilk derece mahkemeleri kararlarının hukuki doğruluğunu inceleyen mahkemeler olma yoluna girmiştir. **Eberhard E.B.**, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu hakkında, 21. yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, derleyen Yıldırım N., C.I 2003 s. 64 ve son.

⁵⁶ Bkz. dn.5; 7 no.lu Ek Protokol, md.2:

“Cezai Konularda İki Dereceli Yargılama Hakkı

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet yada ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır...

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle ya az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.”

⁵⁷ 7 no.lu Protokol hükümlerinin hukuk yargılamasında da kıyasen uygulanması hakkında bkz. **Kalamaris**, s. 276; aksi takdirde tek ayağı olan bir adli kontrol sistemi söz konusu olur.

2. Sınırlama

a. Anayasal Hakkın Sınırlanması

İlk derece mahkemelerinden⁵⁸ verilen kararların hukuka uygunluğunun bir üst mahkemece kontrol edilmesi anayasal bir hak görülmediği takdirde sınırlama bakımından dogmatik bir güçlük söz konusu olmayabilir⁵⁹. Ancak bu hususun anayasal temelini kabul edince, anayasal hak ve hürriyetlerin sınırlanması meselesi ortaya çıkacak ve HUMK 427 bu çerçevede değerlendirilmek gerekecektir.

Alman doktrininde mahkeme kararlarının Alman Anayasası Art.19/IV kapsamında görülmesi gereğini savunan yani, ilk derece mahkemelerinden verilen kararların bir üst derece mahkemesi tarafından kontrolünü anayasa gereği gören hukukçular⁶⁰ hukuk devletinin temel şartı olan yargının fonksiyon yapabilirlığının korunmasının göz ardı edilemeyeceğini bu bakımdan ölçülü, uygun sınırlamalar getirilebileceğini kabul ediyorlar⁶¹. AIHS'in 7.

⁵⁸ İstinaf mahkemelerinin esasa ilişkin kararlarının ilk derece mahkemesi kararları olup olmadığı da ayrıca dikkate alınmak gerekir. Bu kararlar da kontrol edilmesi gerekli kararlardır kanaatindeyim, zira bunlar da ilk derece mahkemesi kararları niteliğindedir ve temyiz mahkemesince kontrol edilmeleri gereklidir, AY m.154; nitekim yukarıda I 'de belirttiğim tasarıda da Bölge İdare Mahkemelerinden verilen 2 Milyar TL. üstündeki kararları Yargıtay'ın kontrolüne tabi tutulmuştur; tasarıya göre ilk derece mahkemesinin kararı "usul ve esas" yönünden hukuka uygun görülürse istinaf talebi reddedilecektir (tasarıda m.426 M/II); burada Anayasa'nın aradığı hukuka uygunluk kontrolü gerçekleşmiştir, buna mukabil bölge adliye mahkemesi kararı hukuka uygun bulmayıp esas hakkında yeniden karar verirse (tasarıda m.426 M-T'deki hallerde ilk derece mahkemesince verilen karar "kaldırılarak" dosya yeniden ilk derece mahkemesine gönderilecektir) bu karar tasarıda 428/I 'deki değer sınırına tabi olarak temyiz edilebilecektir. Burada önemli mesele tasarıda 428/II hükmünde m.8'deki sulh mahkemesinde verilecek kararlar hususunda istinaf mahkemesince verilecek yeni kararlara karşı (kat mülkiyeti istisnası dışında) temyiz yolunun kapatılmış olmasıdır. Çok yüksek maddi değerlere ulaşabilecek olan bu istisnanın anayasal gereklilikler karşısında savunulması zordur. Anayasa Mahkemesinin incelenen kararlarında kontrollün Anayasa gereği olmadığı şeklinde vardığı sonuç bu sebeple yeniden gündeme de gelebilir (bkz. AY m.152/IV).

⁵⁹ Mamafih bkz. alman hukukunda dn.27 de belirtilen "Hukuki Himayenin etkinliği" ilkesine dayanan uygulamaya.

⁶⁰ Bkz. dn.33.

⁶¹ Alman Anayasası da Art.19/I'de temel hak ve hürriyetlerin kanunla kısıtlanabileceğini, ancak hiçbir suretle bir temel hakkın özüne dokunulamayacağını (19/II) düzenlemiştir, bu

protokolu da (bkz.aşağıda dn.56) bu hakka sınırlamalar getirilebileceğini ve bunların niteliklerini düzenlemiştir.

Türk Anayasası 03.10.2001 tarihinden evvel temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması hususunda genel bir hükmü ihtiva ediyordu (m.13). Bu hükme göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması genel ve özel sebeplerle olabiliyordu⁶². Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararları bu dönemde verilmiştir. 23.05.2001 tarihli karar, kısıtlayıcı hükmün Anayasa'nın 13üncü maddesinde yer alan kamu yararı amacına dayandığını ifade etmekte ve bu sebeple anayasaya aykırılık bulunmadığı sonucuna varmaktadır. 1986 tarihli kararda da kamu yararı gerektirdiğinde sınırlama yapılabileceği HUMK 427 bakımından belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yüksek mahkeme, bir üst derece mahkemesinin kontrolünü anayasal bir hak olarak görmemekle birlikte, sınırlama hükmünü eski 13. maddedeki genel sınırlama hallerinden birine, kamu yararına dayandırmaktadır.

1986 tarihli karara muhalif olan üyeler⁶³, temyiz yolunun hak arama hürriyetinin bir unsuru olduğunu, HUMK 427'deki sınırlamanın hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini, hukuk güvencesini zedelediğini, bu konuda bir kamu yararından söz edilemeyeceğini, getirilen parasal sınırın (o zaman 100.000.- TL, bkz. dn.3'e ilişkin metne) özellikle kırsal kesimde yaşayanlar bakımından ciddi bir denetimsizlik oluşturacağına işaret etmekte ve sonuçta bütün kararlara karşı temyiz yolunun açık olması gerektiğini, sınırlamanın anayasal hakkın özüne dokunduğunu savunmaktadırlar.

Alman Hukukçularının da belirttiği gibi, devletin yargı fonksiyonunu yapabilirliği korunmak gerekir. Bu fonksiyonun, söz konusu anayasal hakkın sınırsız hale getirilmesi ile aksama noktasına gelmesi mümkündür. Fiziksel ve maddi olanakların sınırlılığı gerekçesi ile kontrol hususundaki anayasal hak ancak bu çerçevede sınırlanabilir. Nitekim yukarıda değindiğimiz karşı

konudaki teoriler ve Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları için bkz. **Maunz-Dürig-Herzog**, 19/II Rd.No.1 ve son.

⁶² Bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Türk Anayasa Hukuku 2002 s. 137 ve son.; **Alifendioğlu Y.**, 2001 yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı Sayı 19 (Sempozyum), s. 141-176 (150 ve son).

⁶³ Necdet **Damcıoğlu**, Yekta Güngör **Özden**

oylarda da sınır yüksekliği ile, ferdin gelirinini karşılaştırması yapılmıştır⁶⁴. Üst mahkeme tarafından kontrolü da ihtiva eden adil yargılanma hakkı, kontrol edilen kararların çokluğu nedeni ile aksıyorsa ve bu aksama bir kısıtlama ile bertaraf edilebiliyorsa, kısıtlama bakımından kamu yararı gerçekleşmiş olur⁶⁵.

Ancak, söz konusu kısıtlama Anayasa'daki 03.10.2001 tadilinden sonra eski 13. maddedeki genel kamu yararı kısıtlamasına dayandırılmayacaktır. Zira bu tadilden sonra, eski 13'deki genel kısıtlamalar kaldırılmış, anayasal hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmaksızın yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Ne AY m.36'da ne de kontrol gereğini getiren m.154'de herhangi bir sınırlama mevcut değildir⁶⁶. Bu durum karşısında yargı fonksiyonu aksasa dahi bir sınırlama getirilmesi mümkün olmayacak mıdır?⁶⁷

⁶⁴ Bkz. dn.46; ancak bu gerekliliği “kasalar boşalınca kanun yolunun sınırlanmasına başvurulma” şeklinde bir tradisyon haline getirmemek lazımdır, bkz. **Vosskuhle**, s. 1377.

⁶⁵ Gerek eski gerek yeni hükümler bakımından hakkın özüne dokunma yasağı mevcuttur; Anayasa mahkemesi 1982 Anayasası döneminde, bu konuda “hakkın özüne dokunan” o hakkı “tümüyle kullanılmaz hale getiren”, “belli bir özgürlüğün kullanılmasını tüümüyle ortadan kaldıran” şeklindeki kriterleri kullanmıştır, bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 151; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, 1961 Anayasası zamanında kabul edilen kriterlerin daha liberal olduğunu ifade ediyorlar, aynı yer; “hakkın özü kavramı, genel olarak tanımlanamaz, her bir hak ve özgürlük için ayrı ayrı tanımlanabilir... hakkın özü, onun vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir” **Fendoğlu**, H.T, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Sempozyum, s. 178-213 (198); kanaatimce aşağıda belirtilecek sınırlar içinde kalmak kaydı ile yargının fonksiyonunu muhafaza etmek için bazı sınırlamalar getirmek hak arama özgürlüğünü tamamen bertaraf etmek anlamına gelmeyecektir, ilk derece mahkemeleri önünde adil yargılanma hakkı devam etmektedir.

⁶⁶ Sınırlama getirilmeyen diğer bir durum Sözleşme Özgürlüğüdür (m.48), bkz. dn.71'de anılan **Sağlam F.**, s. 240.

⁶⁷ Anayasa'nın başlangıç hükümlerindeki hususlar temel hak ve hürriyetlerin genel kısıtlamaları olarak kabul edilse bile (bkz. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 139, **Sağlam M.**, salt başlangıç hükümlerine dayanılarak Anayasa'ya aykırılık sonucuna ulaşamayacağı görülmektedir. “Ekim 2001 tarihinde yapılan Anayasa Değişiklikleri sonrasında düzenlendikleri madde de hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Sempozyum s. 233 ve son. (251, 252)), Anayasa'nın Başlangıcı'nda yer alan hususlar incelediğimiz konuya yabancıdır; görüldüğü üzere ilgili maddede sınırlama getirilmemiş olan hususlarda sınırlama meselesi anayasa hukukçularını meşgul eden bir boyuttadır.

Mesele tartışmalıdır. Maddelerde belirtilenlerin dışında hiçbir sınırlama getirilemeyeceğini savunan hukukçular vardır⁶⁸.

Sağlam F.⁶⁹ sınırlama sistemindeki bu değişiklik yapılırken, her bir hak ve hürriyetin nesnel alanının zorunlu kıldığı ölçüde ve o alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye konulması gereğinin yerine getirilmemesi dolayısı ile bu sorunların ortaya çıktığına işaret etmektedir (s.289, 290).

Anayasa doktrininde bir sınır belirtilmemiş bile olsa mutlak bir sınırsızlığın mevcut olmadığı aksine bir anlayışın kabul edilmez “abes” sonuçlara götüreceği ifade ediliyor⁷⁰. Burada doktrinin bütününe ele alınması söz konusu değildir⁷¹. Benim de katıldığım sınırlama esasını alman hukukunu etraflı bir şekilde inceleyen (bkz.dn.71) Sağlam F. Şöyle belirtiyor:

“Temel hak normunun geçerlik alanının belirlenmesinde özellikle göz önünde tutulması gereken nokta, temel hak kullanımı olarak gözükebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı içindedir yani burada normun koruduğu temel hak kullanımı yalnızca norm alanının sağladığı spesifik (özgül) eylem olanaklarıdır. Buna karşılık bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı (arızı bir ilişki) içinde gözüken eylem biçimleri o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar. Öte yandan her bir temel hak ve özgürlük, nesnel sınırları yanında, yine aynı anayasada güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlük alanıyla

⁶⁸ **Gözler K**, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, Ankara Barosu Dergisi 2001/Sayı 3-4, s. 53-67 (64 ve son), mesela yazar seyahat hürriyetinin ancak suç işlenmesini engellemek amacı ile sınırlanabileceğini, salgın bir hastalık dolayısı ile, karantina dolayısı ile bu hürriyetin kısıtlanamayacağını kabul ediyor.

⁶⁹ Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Sempozyum, s. 288 ve son.

⁷⁰ Bkz. **Sağlam F.**, s. 290, **Sağlam M.**, 254.

⁷¹ Geniş açıklamalar için bkz. **Sağlam F.**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü Ankara 1982, s. 49 vd., s. 129 vd.

çatıştığı oranda, pratik uyuşum ilkesinin sonucu olarak, yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya maruz kalmaktadır”⁷².

İşte HUMK 427’deki sınırlamayı da bu çerçevede ele almak gereklidir. Öncelikle bu “sınırlamanın sınırlamasının” temel hakkın norm alanı içinde olmadığı söylenemez. Zira kısıtlanan kontrol hakkı, hak arama hürriyetinin bir unsurunu teşkil etmektedir. Bu kısıtlama ile belirli kararların bir üst mahkemece kontrol imkanı kaldırılmaktadır ve sadece ilk derece mahkemeleri önündeki yargılama ile yetinilmektedir. Öyle ise sorulması gereken husus bu sınırlamanın bir temel hak ve özgürlüğün muhafazası için gerekli olup olmadığıdır.

Mahkemelerin bütün kararlarına karşı kanun yolu tanınması, bütün kararların kontrolünü olumsuz yönde etkilediği ve hak arama hak ve hürriyetinin uygulanmasında zayıflıklar yarattığı durumlarda, alman hukukçularının da belirttiği gibi⁷³ hukuk devletinin temel şartı olan yargının fonksiyon görülebilirliğinin muhafazası göz ardı edilemez. Bu durumda bir kısıtlamaya gidilmesi anayasal açıdan caiz görülme gerekir⁷⁴. Diğer bir deyişle bu hakkın özünü ortadan kaldırmamaktadır, zira ilk derece mahkemeleri önünde adil yargılama hakkı devam etmektedir.

*b. Sınırlamanın Sınırları*⁷⁵

AY m.13, sınırlamanın hangi sınırlar içinde yapılabileceğinin kriterlerini vermiştir. Anayasa’nın ilgili maddelerindeki bu kriterler, yukarıda (a) da açıklanan HUMK 427 için belirttiğimiz sınırlama gereği hususunda da geçerli

⁷² Sempozyum s. 291, mesela din hürriyetinin nesnel kapsamına cadde ortasında kurban kesmek dahil değildir (Karş. Gözler K. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliği, Sempozyum s. 326-354 (352), salgın hastalık dolayısı ile seyahat hürriyetinin sınırlanamayacağı görüşü Anayasa’nın yaşama hakkını düzenleyen 17 ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını düzenleyen 56. maddesi ile çatışmaktadır ve bu çerçevede salgın hastalık durumunda bu hürriyet kısıtlanabilecektir, bkz. **Sağlam M.**, s. 262 dn.57, karş. **Gözler**, s. 352.

⁷³ Bkz. dn.61.

⁷⁴ Bkz. dn.64, 65.

⁷⁵ Deyim Bülent **Tanör**’ündür, s. 145.

olmalıdır. İncelediğimiz mesele açısından 13. maddede yer alan hususlar, öze dokunmama ve ölçülülük olarak beliriyor⁷⁶.

Bu sınırlamanın öze dokunmadığı hususundaki görüşümü yukarıda açıkladım⁷⁷. Üzerinde durulması gereken, bu kısıtlamada ölçülülük ilkesine uyulmasıdır. Zira bu ilkeye aykırı sınırlamalar öze dokunmayı ifade eder. Getirilen sınırlama amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi⁷⁹, sınırlamanın amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, gerekli ya da zorunlu olması, amaçla araç arasında makul bir ölçü bulunması esaslarını belirtiyor.

Alman hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü gereğinin anayasal temele dayandığını savunan hukukçular, Kanun koyucunun serbest olmadığını⁸⁰ sınırlamadaki ölçü bakımından, “kamu menfaati, işin esasına uygun”⁸¹; “Yargının görev yapabilirliğini düşünme gereğini” belirtiyorlar; kanun koyucu mahkemelerin aşırı yükünün azaltılması için tedbirleri almak zorundadır, bu tedbirlerin genişletilmesi (mali ve personel açısından) mali bakımdan taşınamayacak ölçüde ise kanun koyucu bunu somut olarak ortaya koymak ve sınırlamada ölçü ve koruyucu dengeyi sağlamak zorundadır⁸².

Türk hukukunda Ökçesiz, yapılan kısıtlamada hakkını alamadığına inanabilecek olan kesimin dikkate alınması, kaybedilen ekonomik değerın “kolaylıkla” vazgeçilebilir olması, amacın hissedilebilir bir şekilde gerçekleşmesi koşullarının birlikte aranması görüşündedir⁸³.

⁷⁶ Diğerleri, kanunla sınırlama (sınırlama HUMK 427 hükmü ile yapılmıştır), anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, Demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyetin İlkeleri’dir; açıkladığımız sınırlama bu unsurları da karşılıyor (bkz.73).

⁷⁷ Bkz. ayrıca yukarıda dn.65, alman hukukunda da bu sınırlamanın öze dokunmadığını, yukarıda görüşlerini aktirdiğim hukukçular kabul etmektedir, bkz. dn.61.

⁷⁸ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi, **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 152-153’den naklen.

⁷⁹ 23.06.1989 1988/50-27 AMKD 25, s. 312; ölçüt kavramı ve kriterleri için ayrıca bkz. **Fendoğlu**, Sempozyum, s. 198 ve son.

⁸⁰ **Vosskuhle**, s. 1384.

⁸¹ **Gilles**, s. 260.

⁸² **Vosskuhle** aynı yer; **Lorenz**’de yargının fonksiyon yeteneğinin dikkate alınmasına işaret etmekte, sadece ihtilafın önemli olmaması niteliğinin (Bagatellicarakter), kısıtlamayı haklı göstermeyeceğine işaret etmektedir, s. 246.

⁸³ s. 77, 78.

Sonuç olarak, devletin hak arama özgürlüğünü bütün kapsamı ile gerçekleştirebilecek tedbirleri alması, sınırlamaların anayasal gerekleri tehlikeye düşürmeme esası dikkate alınarak yapılması gereğini ifade edebiliriz⁸⁴. Bu esaslar çerçevesinde HUMK'nun tadili tasarısının (bkz.I 1) sulh mahkemesinden verilen kararlar bakımından Bölge Adliye Mahkemesinin yeniden vereceği kararın değeri ne olursa olsun kesin olacağı yolundaki düzenlemesi (bkz.dn.58) kanaatimce bu gereği göz ardı etmiş görünüyor.

3. Ara Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar ve ara değerlendirmeye göre, bizim hukukumuz bakımından, a) Mahkemelerin kararlarının hukuka uygunluğu kontrolünün yargı içindeki bir üst mahkeme tarafından yapılması anayasal bir gerekliliktir (AY 154). Hak arama hürriyetine (AY 36) sahip olan ferdin bu konuda anayasal bir hakkı vardır; diğer bir deyişle, ilk derece mahkemeleri ve onların kararlarının hukuki doğruluğunu inceleyecek bir üst mahkeme şeklindeki iki dereceli bir sistem anayasamız icabıdır; buna mukabil, ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri, temyiz mahkemesi şeklinde üçlü bir derecelendirme anayasal bir zorunluluk değildir; b) Devlet anayasal gereği yerine getirmekle yükümlüdür ve bu konuda gereken tedbirleri almak zorundadır; c) Bu anayasal gereklilik ancak yargının fonksiyon yapabilirliğinin muhafazası amacı ile ve belirli ölçütlere uymak suretiyle kısıtlanabilir.

V. HUMK 427'DEKİ KISITLAMAYA RAĞMEN KANUN YOLUNA GİDİLEBİLİR Mİ?

1. Genel olarak

Alman Federal Mahkemesi (BGH) uzunca bir süredir, itiraz (Beschwerde) yolu kapatılmış kararlara (Beschluss) karşı, bunların "açıkça, elle tutulur şekilde kanuna aykırı" (greifbaresetzwidrig) olmaları halinde "fevkalade itiraz" yolu (ausserordentliche Beschwerde) tanımıştır⁸⁵. Bu

⁸⁴ Bu bakımdan kontrolün sınırını 500 milyon bazı hallerde 2 milyar TL.ye çıkaran tasarı hükmünün (bkz. dn.3'e ait metne) ciddi bir incelemeden sonra belirlendiğini ummak istiyorum.

⁸⁵ Alman İmparatorluk Mahkemesi (RG)nin de bu şekilde karar almış olduğu görülüyor, bkz. **Braun J.**, İçtihat Notu, ZZZ 106 236 ve son. (236); BGH'nın bu yoldaki kararlarına örnek olarak bkz. BGHZ 119, 372; 121, 397; Federal Mahkemenin bu yoldaki diğer kararları için

yolun uygulanması bakımından Alman Federal Mahkemesi kararlarında itiraz yolu kapatılmış olan kararın “her türlü yasal temelden yoksun ve muhteva olarak kanuna yabancı olma”⁸⁶, “kanunun lafzına ve ruhuna açıkça aykırı bir yoruma dayanması” “uygulanmasının, kanunun açıkça kapamış olduğu bir sonuca götürmesi”⁸⁷ kriterlerini belirtmektedir⁸⁸.

Alman doktrininde bu husus geniş ölçüde tartışılmaktadır⁸⁹. Alman Anayasasının, mahkeme kararlarının anayasayı ihlal etmeleri iddialarını inceleme yetkisinden sonra (Art.93 4a) özellikle dinlenilme hakkının ihlali (Alman Anayasası 103/I) iddiaları büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi önüne geldi. Alman doktrininde, bu durum karşısında bu yolun açıldığı ifade

bkz. **Zöllner/Gummer**, Zivilprozessordnung 22.Auflage 2001 paragraf 567 Rd.N.18a, yazar bu müracaatların büyük kısmının “kanuna açıkça aykırı” (greifbar gesetzwidrig) olmamaları sebebi ile reddedildiğini ifade etmektedir, aynı yer. İtiraz (Beschwerde), istinaf (Berufung) ve temyiz (Revision) kanun yolları yanında ZPO'nun tanıdığı bir yoldur, ZPO paragraf 567 ve son., bir kanun yolu niteliğindeki (bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, paragraf 147) bu yol kural olarak hükümler (Urteil) dışındaki kararlara (Beschluss) karşı tanınmıştır. Kararlar ve tasarruflar (Verfügung), hüküm formunda verilmeyen, hükümler dışında kalan mahkeme kararlarıdır (Entscheidung) (bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, paragraf 58 I 3; ZPO bazı kararlara karşı itiraz yolunu kapatmış bulunmaktadır, bkz. paragraf 281, paragraf 319 gibi, fevkalade itiraz yolunun tanıdığı diğer bazı haller için bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, paragraf 147/III.3.

⁸⁶ BGH NJW 1990 1794,1795; BGH NJW 2001 224; Wax bu imkanın çok büyük sertlikle uygulanması görüşündedir, Festschrift für Lüke 1997 s. 941; aynı yönde **Zöllner/Gummer**, Rd.N.19.

⁸⁷ BGHZ 119 372.

⁸⁸ **Schwarze**, formüllerin müphem ve çelişkili olduğunu ifade ediyor, s. 33,34. **Schneider**'de (bkz. dn 90) bu şekildeki genellemeci ifadelerle (öbersätzen) herhangi bir hususun ispatının mümkün olmadığını söylüyor, s. 992, **Schwarze**, BGH'un bu içtihadının tatminkar bir dogmatik temellendirilmesini yapmadığını söylüyor, s. 26 ve son.; dogmatik temellendirilmesinin yapılmadığı hususunda bkz. **Lotz M.**, Die “greifbare Gesetzwidrigkeit” - eine den Wertentscheidungen des Grundgesetzes rechnungstargende Rechtsschöpfung des BGH, NJW 1996 2130 (2132); **Grunsky**'de (**Stein/Jonas**, 21. Aufl.) böyle bir imkana mahkemenin kararı ile bağlı olmadığı hallerde lüzum olmadığını, zira kararın değiştirebileceğini, bağlı olduğu hallerde de, bariz durumlarda da bunun hükmün etkisizliğine götüreceğini ifade ediyor ve böyle bir yola gerek olmadığını söylüyor, paragraf 567 I 4, ancak bu gerekçe kuşku ile karşılanabilir, zira aynı mahkemenin kararını aynen tekrarlaması ihtimali kuvvetlidir ve açık aykırılığın her durumda etkisiz hüküm teşkil edeceğini söylemek mümkün değildir, bkz. Ayrıca bunun bir iadei muhakeme sebebi olmadığı hususunda **Schwarze**, s. 26.

⁸⁹ Bkz. Bu konu için **Zöllner/Gummer**, paragraf 567 Rd N.18a.

edilmektedir⁹⁰. Federal Mahkemenin içtihatlarında bu yolun tanınması için “gözebacıcı haksızlık” (krasses Unrecht) gerekli görülürken Oberlandesgericht’ler bu konuda daha geniş davranmaktadırlar⁹¹.

Bu konuda alman hukukunda tartışılan diğer bir mesele de, bu imkanın sadece kararlar (Beschluss) ile sınırlanamayacağı, fevkalade itiraz yolunun kabulü için ileri sürülen kriterlerin, hükümleri (Urteil) hariç bırakmaya müsait olmadığıdır⁹². Chlosta (bkz.dn.92) kararlar için bu yol açılıyorsa, bütün kanun yolu kısıtlamalarında da açılmak sonucuna varılır görüşünü ifade ettikten sonra, neden kanun yolu kapatılmış sulh mahkemesi kararlarında fevkalade kanun yolu olmasın diye soruyor (s.2161). Bu konuda Alman Federal Mahkemesi bir kararında⁹³ bu hususu “itiraz yargılamaları (Beschwerde verfahren) için geliştirilmiş esasların hüküm yargılamalarına (Urteilsverfahren) taşınmayacağı” şeklinde gerekçelendirmiştir, Schwarze’nin belirttiği gibi (s.27 dn.15) dikkati çeken önemli nokta BGH’nin bu gerekçeyi “bu husus -görüldüğü kadarı ile- şimdiye kadar taraflardan hiç birince de ileri sürülmemiştir” cümlesi ile tamamlamış olmasıdır⁹⁴.

Schwarze, söz konusu şekilde istikrar kazanmış içtihadın a) amaca uygun olmadığı, kaybedenin hemen daima bu yola başvuracağı b) “offensichtliche Gesetzwidrigkeit” (kanuna açık aykırılık) kararının, kanun

⁹⁰ **Schneider E.**, Grundrechtsverstöße als greifbare Gesetzwidrigkeit, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1997 991-994 (991); bu sebeple ZPO’nun son tadilinde 321/a hükmünde bir imkan düzenlenmiştir, bkz. dn.97.

⁹¹ **Zöller/Gummer**, Rd. N.18a, 19.

⁹² Bu imkana bütünü ile karşı çıkanlar özellikle bu hususa değiniyorlar, **Chlosta J.**, Zulässigkeit der ausserordentlichen Beschwerde NJW 1993 s. 2160 (2161), **Schwarze**, s. 27 ve son., **Braun**, s. 236, 238; **Schlosser**, ZZZ 106 (1993) (BGH Beschluss vom 4.3.1993-VZB 5/93-OLG München) hakkında not s. 533 ve son (537). **Zöller/Gummer**, ayırımı gerekçe göstermeden tasvip ediyor Rd N.21a, **Vosskuhle**, fevkalade itiraz yolunu kabul ederek, hükümlerin de dahil olması gerektiğini belirtiyor, NJW 95 1377, 1380.

⁹³ BGH NJW 1989 2758

⁹⁴ Yani, BGH bu karar ile bir mana’da bu husustaki kesin çözümü saklı tutmaktadır. **Schwarze** bu gerekçelendirmeyi hayret verici olarak nitelemektedir, s. 27 dn.15; **Lotz**, bu imkanın teamül hukukuna dayanarak da temellendirilemeyeceğini ifade ettikten sonra BGH’nun Kartel dairesinin yayımlanmayan bir kararında (BGH Beschl. V.10.10.1989 KZB 1, 2/89), bariz elle tutulur şekilde kanuna aykırı olan ve kanun yolu kapatılmış bulunan kararlara karşı kanun yolunun tanınabilmesinin ilgili usul kanununun hükümlerinin yorumunun bunu mümkün kılması halinde kabul edilebileceğini kabul etmiştir, s. 2133.

yollarındaki kanun yoluna müracaat şartları ile kanun yolunun haklılığı ayırımını ortadan kaldırdığını, zira bunun için bir çok halde esasa girilmesi gerekeceğini, bunun da kaynak tasarrufu amacı ile çeliştiğini c) bu sebebin potansiyel olarak bütün derece mahkemeleri için bu yolu açacağı d) ve nihayet bu yolun sadece adli yargı yolu için değil diğer yargı yolları için de söz konusu olacağını belirterek karşı çıkmakta (s.48 ve son.) ve bu yanlış gelişme istinaf ve temyize (Berufung, Revision) sirayet etmeden evvel bir “temizleme” (Bereinigung) yapılmasını zaruri görmektedir (s.50).

Schwarze, ZPO'nun son tadilinden evvel yazdığı makalesinde⁹⁵, yeni usul reformunun, dinlenilme hakkının ihlali için bir müracaat hakkı tanınması dışında (paragraf 321/a ZPO)⁹⁶, esasta bir şey değiştirmeyeceğini ifade etmektedir.

BGH (9. Hukuk Dairesi) 7 Mart 2002 tarihli kararında⁹⁷, Medeni Usul Reform Kanunundan sonra itiraz mahkemelerinin (Beschwerdegerichte) verdiği kararlara karşı münhasıran paragraf 574/I ZPO'da düzenlenen hallerde Federal Mahkemeye müracaat edebileceğini, itiraz edenin yargısal bir temel hakkının ihlal edilmesi veya kararın başka bir sebeple “açıkça, elle tutulur şekilde kanuna aykırı” olması halinde dahi böyle bir müracaatın yapılamayacağını kabul etmiştir⁹⁸.

Alman Federal Mahkemesinin son reform kanununa kadar “elle tutulur-sarih kanuna aykırılık” durumlarında yasa tarafından kapatılmış olmakla

⁹⁵ Bkz. yukarıda dn.22 s. 26 ve orada dn.10.

⁹⁶ Yeni paragraf 321a ZPO hükmünde, dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olduğu hususunda bir müracaat hakkı tanınmıştır.

⁹⁷ BGHZ 150 134.

⁹⁸ 9. Hukuk Dairesi (Senat), bu kararın diğer Dairelerin bazı kararları ile çelişmesine rağmen, meseleyi Genel Kurula götürmeye lüzum görmediğini, zira reform kanununun temyiz sistemini temelinden değiştirdiğini ve eski hukukun etkinliğini kaybettiğini ifade etmiştir (s. 137); buna mukabil BGH'nun daha sonraki bir kararında (11. Hukuk Dairesi) BGH NJW 2003 66 (BGH Beschluss v.1.10.2002- XI ZR 71/02 (Stuttgart)), paragraf 543 hükmü (bkz. dn49) gereği, temel öneme haiz olmayı açıklarken bunun dışında münferit durumlarda hukuki hatanın, kararı keyfi (willkürlich) kılacak şekilde bariz olması veya itiraz edenin yargısal temel haklarını ihlal etmesi ve ihlalin Anayasa Mahkemesince, bir anayasaya aykırılık itirazı yapılması halinde iptal edileceğinin kuşkusuz görüldüğü hallerde temyize başvuru müsaadesi bakımından bunun yeterli bir sebep (Zulassungsggrund) teşkil edeceğini kabul etmiştir.

birlikte kanun yoluna müracaat imkanı tanınmış olmasını, kesin hükmün maddi etkisinin sınırlarını dar tutma çabası kapsamında görmek kanaatimce doğru değildir⁹⁹.

Mesele daha çok ferdi hak arama hürriyeti kapsamında görülmek gerekir. Bir hüküm kanuna ne derecede aykırı olursa olsun, bu aykırılığa karşı kanun yoluna müracaatla bu aykırılık giderilebilir. Böyle olunca hak arama hürriyetinin özüne de dokunulmuş olmaz. Bir hükme karşı kanun yolu kapatılmış ise, kontrol amacı ile mahkemeler derecelendirmesi bir anayasal hak olarak kabul edilmiş olsun olmasın, kontrol imkanı olmayan bu hükmün aykırılık derecesi hak arama hürriyetinin özüne dokunma niteliğini gösterebilir¹⁰⁰.

Yukarıda bizim hukukumuzda, ilk derece mahkemesinin kararlarının bir üst mahkemece kontrol edilmesi anlamında hak arama hürriyetinin anayasal hak olduğunu savundum ve, kontrol imkanının sınırlanmasının belirli sınırlar içinde mümkün olabileceğini, burada hakkın özüne dokunulmadığını zira, ilk derece mahkemesinin yargısının açık olduğunu söyledim¹⁰¹. Ancak bu mahkemenin verdiği karar o ölçüde hukuka aykırılık gösterebilir ki¹⁰² fert bir anlamda ilk derece mahkemesinin yargısından da mahrum kalmış olur. İşte bu durumlarda sınırlamanın sınırları aşılmıştır ve böyle bir karara karşı da ikinci derece mahkemesinin kontrolü tanınmak gerekir, yani daha somut ifadesi ile HUMK 427'deki sınırlamaya rağmen bu kararlara karşı temyiz yoluna müracaat edilebilmesinin kabulü anayasal bir gereklilik olur. Bizim hukukumuzda Alman Anayasasının aksine, mahkeme kararlarına karşı anayasaya aykırılık dolayısı ile Anayasa Mahkemesine müracaat imkanı (Art.93) tanınmamış olduğundan bu husus daha büyük bir önem kazanmaktadır¹⁰³.

Alman Anayasa Mahkemesinin derecelendirilmiş bir mahkemeler sisteminin anayasa gereği olmadığını kabul etmesine, doktrinin büyük çoğunlu-

⁹⁹ Bkz. Chlosta, s. 2161.

¹⁰⁰ Alman hukukunda, itiraz yolu kapatılmış kararlar (Beschluss) ile hükümler (Urteil) arasında fark yapılmaması gereği bu bakımdan doğrudur.

¹⁰¹ Bkz. IV 2 a, b.

¹⁰² İhlalin ağırlığı hususunda bkz. VI.

¹⁰³ Kanun yolu kapatılmış olan kararlara karşı yargılamanın iadesi yolu açıktır (m.445/I); ancak HUMK 445 ve 446'daki yargılamanın iadesi sebepleri söz konusu halleri kapsamadığı gibi bu yol bir üst mahkemenin kontrolü niteliğinde de değildir, bkz. Alangoya, age paragraf 41.

ğunun da bu görüşü benimsemiş olmasına rağmen, BGH “açık aykırılık” hallerinde itiraz kanun yolu kapatılmış kararlara karşı fevkalade itiraz yolunu (ausserordentliche Beschwerde) kabul etmiştir. Bu yolun özellikle BGH kararlarında tanındığı durumlar¹⁰⁴ dikkate alındığında bu mahkemenin de meseleyi anayasal bir çerçevede değerlendirdiği müşahede edilebilir.

VI. “AÇIK AYKIRILIK”

1. Genel Olarak

BGH “fevkalade itiraz yolu”nun tanınmasını dogmatik olarak etraflı bir gerekçelendirmeye istinat ettirmemesine mukabil, bu yolun hangi hallerde tanınacağı hususunda kriterler oluşturmuştur.

Gelişen Alman içtihatlarında “fevkalade itiraz yolu” sebepleri, Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile Alman Anayasa’sı Art.3’den çıkarılan “keyfilik yasağı” (Willkürverbot)’a dayanmaktadır¹⁰⁵. Eğer hukukun uygulanması veya yargılama hiçbir mülhaza ile savunulabilir değilse Alman Anayasa Mahkemesine göre bir “yargısal keyfilik” (richterliche Willkür) söz konusu olur¹⁰⁶. Bu durumlarda BGH “açık, elle tutulur bir aykırılık” “gözle görülür haksızlık” (Greifbare gesetzwidrigkeit, krasses Unrecht) olduğunu kabul ile kararlara (Beschluss) karşı fevkalade itiraz yolunu açmıştır¹⁰⁷. BGH daha yenilerde bu imkanın “gerçekten göze batan bariz haksızlık olan istisnai durumlarda” söz konusu olabileceğini kabul ederken¹⁰⁸, yukarıda da belirtildiği üzere (bkz.dn.91) bölge mahkemeleri “adli yardım hükümlerine aykırılık”, “yeterli gerekçelendirilmemiş hakimin reddi kararları”, “açık yargılama hataları”, “hatalı tebligat” gibi hallerde¹⁰⁹ fevkalade itiraz yolunu tanımışlardır.

¹⁰⁴ Bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers**, paragraf 567 2 1 c Rd.N.6; Bölge mahkemelerinin (OLG) bu yolu daha geniş bir alanda tanıdığı hususunda bkz. dn.91.

¹⁰⁵ **Baumbach/Lauterbach/Albers**, aynı yer; **Zöller/Gummer**, paragraf 567 Rd.N.18

¹⁰⁶ BVerfGE 96 1531; 89 1917

¹⁰⁷ BGH NJW 1990 1794 (1795), BGH MDR 1996 845, BGH NJW 2001 224; BGHZ 119 372, yukarıda dn.85, 86, 87.

¹⁰⁸ BGH NJW 1715

¹⁰⁹ Bkz. **Zöller/Gummer**, Art 567 Rd.N.18a

BGH kararlarında “açık aykırılık” kriterleri arasında, hükmün hukuk düzeni ile mutlak şekilde bağdaşmaması ve muhteva itibariyle kanuna yabancı olması da yer alıyor¹¹⁰. Hukuk düzeninin tanımadığı kararlar şekli manada kesinleşseler de, maddi manada kesin hüküm teşkil etmezler. Etkileri, hukuk düzeni tarafından ön görülmüş değildir. Burada sarıh kanun hükmüne aykırılık değil, muhtevaları itibariyle yürürlükteki hukuka yabancı olmak söz konusudur¹¹¹. Etkisiz kararların temyizine gerek olmadığı, bu kararların etkisizliğinin tesbiti için müstakil bir dava açılabilceği gibi aynı dava yeniden açılabilir¹¹². Bu bakımdan incelenen mesele bu kararlar bakımından farklı bir durum gösteriyor.

Yukarıda belirttiğim üzere, yasa tarafından kapatılmış kanun yolunun tanınması için, hak arama özgürlüğünün özüne dokunacak bir “aykırılık” söz konusu olmak gerekir, diğer bir deyişle “açık kanun hükmüne aykırılık” da yeterli değildir¹¹³.

2. Hukukumuz Bakımından

Hak arama özgürlüğünün özüne dokunulması, kararın muhtevası veya yargılama bakımından söz konusu olabilir¹¹⁴.

¹¹⁰ Bkz. dn.107’de belirtilen kararlara

¹¹¹ Hak düşürücü süreyi dikkate almamak yasaya aykırı, yasada olmayan bir aynı hak ihdas etmek etkisiz hüküm vermek demektir, **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, paragraf 62 IV 2 s. 343, **Schwarze**, s. 38, **Alangoya**, Esaslar paragraf 38 I 1a.

¹¹² Bkz. dn.111’deki yazarlara, **Schwarze**, etkisizliğin hakim in problemin farkında olmadığı hallerde verdiği kararlarda söz konusu olabileceğini ancak hakim meselenin şuurunda ise etkisiz hükmün söz konusu olmayacağı kanaatindedir, s. 40, 41.

¹¹³ **Guldener**, bir hukuk kuralının veya kavramının anlamı, yerleşik bir yorum ve uygulama çerçevesinde açıkça anlaşılıyorsa veya kanun hükmünün tam anlamı lafızdan çıkarılmamakla birlikte, yerleşmiş doktrin ve uygulamadan açıkça anlaşılıyorsa “açık bir kanun hükmü”nün varlığını kabul ediyor. Ancak ona göre hakim yerleşik uygulama ile bağlı değildir, eğer sebebi varsa ondan ayrılabilir; yeni bir yorum getirme amacı olmaksızın, lafzı, yerleşik doktrin ve uygulamayı dikkate almamış veya yanlış anlamlandırmış ise sarıh bir hükme aykırılık vardır, *Schweizerisches Zivilprozessrecht 1979 3.* bası s. 158 dn.15.

¹¹⁴ Bkz. BGH NJW 2003 66, bu kararda, yüksek mahkeme temyiz sebeplerini, keyfilik ve anayasaya aykırılık teşkil eden usul hatalarını ilave etmek suretiyle genişletmiştir, bkz. dn.98.

a. Konu Bakımından

Bu konuda yukarıda (1) altında doktrin ve özellikle alman mahkemeleri içtihatlarındaki durumu açıkladım. Bizim hukukumuzda muhtevanın ne zaman göze batarcasına kanuna aykırı, diğer bir deyişle keyfi olduğu hususunda yararlanılabilecek pozitif bir mesnet mevcuttur:

HUMK m.573/2 hükmüne göre, hakim, sarıh bir kanun hükmüne karşı¹¹⁵ “kabili tevil ve izah olmayacak surette” aykırı bir hüküm vermişse tazminata mahkum edilebilecektir. Yani hakimin hukuku geliştirmesi veya benzeri bir durum değil “keyfilik” söz konusudur. Yargıtay’ın HUMK 573/2 hükmüne ilişkin kararları genellikle, “açık ve kesin” kanun hükmüne aykırılığı yeterli görüyor¹¹⁶. Ancak kanun burada mevsuf bir aykırılık aramaktadır (bkz. dn.115). Mamafih bu kararlarda incelediğimiz meseleye ışık tutabilecek bazı hususlar yer almaktadır. Mesela dosyadaki hususların müteaddit kereler belirtilmesine rağmen göz ardı edilmesi¹¹⁷ ve bunlar yokmuşçasına sarıh kanun hükmüne aykırı karar verilmesi keyfi bir karar verildiğini gösterebilir¹¹⁸.

b. Yargılama Kurallarına Aykırılık

Burada kanuna göze batıcı aykırılık, Anayasa’da yer alan yargısal temel hak ve hürriyetlere aykırılık halinde mevcut sayılmalı¹¹⁹, ve bu kararlara karşı temyiz imkanı tanınmalıdır.

¹¹⁵ Burada dn.113’deki **Guldener**’in açık kanun hükmü söz konusudur. Ancak aykırılık mevsuf bir aykırılıktır.

¹¹⁶ HGK 28.05.1997 tarih 4-2/33 sayılı kararında (yayınlanmamıştır) HUMK 573/2 için “Burada açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olması yeterlidir” denilmektedir; 4HD 16.11.2000 tarih ve 6402/10139 sayılı kararında da (yayınlanmamıştır) aynı ifade ile 573/2 uygulanmış ancak hüküm bölümünde kişilik değerlerinin saldırıya uğramasından bahsedilerek maddi tazminat talebi reddedilerek manevi tazminata hükmedilmiştir.

¹¹⁷ Bu husus yukarıdaki 4.HD kararında yer alıyor.

¹¹⁸ Bu durumlarda, tazminat davası açabilme imkanı kanun yolunun açılmasını engelleyici bir faktör olarak görülemez, zira ferdin anayasal hakkının özüne dokunulması yasağı tazminatla aşılamaz.

¹¹⁹ BGH dn.114’deki kararında, yargılamaya ilişkin anayasal temel haklara aykırılık iddiası halinde, bu iddianın anayasa mahkemesince de Anayasa’ya aykırılık itirazı halinde kabul edileceğinden kuşku duyulmayacağı şartını öngörmektedir.

BGH kararlarında Art.103'deki dinlenilme hakkının ihlalleri dolayısı ile fevkalade itiraz yolunun tanınmayacağını kabul ediyor¹²⁰. Ancak burada Alman Anayasa'sının, Anayasa'daki yargısal temel haklara aykırılık halinde anayasa itirazında bulunabileceğini kabul ettiğini (Art.93 4a) hatırlamak gereklidir (bkz. dn 34, 45, 46, 47). Bu bakımdan bizim hukukumuzda, dinlenilme hakkı (AY m.36'daki adil yargılanma hakkına dahildir)'nın ağır ihlallerinde dahi temyiz yolunun kapalı kalması "sulh mahkemelerini temyiz yolu kapalı olan kararlarında yargılama kurallarına aykırılık hususunda iş yükünün hafifletilmesi uğruna cesaretlendirme" anlamına daha çok gelecektir¹²¹. Bunun alternatifi ise anayasa hükümlerini mesnet alarak, söz konusu kararlara karşı, anayasal hakkın özüne dokunulmasına engel olma amacı ile temyiz yolunun açılması olmalıdır¹²².

VII. SONUÇ

Bu incelemede a) ilk derece mahkemesinin kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkeme tarafından kontrol edilmesi şeklindeki iki dereceli bir yargı sisteminin anayasal bir gereklilik olduğu b) istinafi içeren üç dereceli sistemin kanun koyucunun ihtiyarına bağlı bulunduğu c) iki dereceli sistemdeki üst mahkeme kontrolünün, Anayasamızın 2001 tadilinden sonra da bazı kararlar bakımından sınırlanabileceği (HUMK 427) d) ancak bu sınırlamanın da sınırları olduğu e) HUMK 427'deki sınır altında kalan kararlara karşı, bunların "keyfi" olmaları veya Anayasa'da tanınmış bulunan yargısal temel hakları ağır ihlalleri halinde, temyiz yolunun açılması aksi takdirde hak arama hürriyetinin özüne dokunulmuş olacağı sonuçlarına varılmaktadır.

¹²⁰ BGHZ 43 12-19, BGH NJW 90 838,840, BGH NJW 98 459 (BGH NJW 90 841'de bu husus açık bırakılmıştır), tasvip eder şekilde, **Bauubach/Lauterbach/Albers**, 567 Rd.N.6., **Zöller/Gummer**, 567 Rd.N.20.; aynı yönde BVerfGr NJW 1979 154 (155); BVerfG NJW 82 1454.

¹²¹ Alman hukuku için **Vosskuhle**, s. 1379.

¹²² **Vosskuhle** aynı yer.

İFLÂSIN ERTELENMESİ

*Doç.Dr. Oğuz ATALAY**

GİRİŞ

Pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı şahsi sorumluluklarının bulunmadığı sermaye şirketleri ve kooperatiflerde, alacaklılara karşı şirket veya kooperatif malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesi gereği, sermaye şirketi veya kooperatiflerin malvarlıklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi durumu, alacaklılar bakımından özel bir öneme sahiptir. Kanun koyucu da bu hususa önem vererek borca batıklık halini, sermaye şirketleri ve kooperatifler için zorunlu bir iflâs sebebi olarak düzenlemiştir. 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'uncu maddesinde yapılan değişiklikle borçların aktiften fazla olması (borca batık olma) durumunda, şirket ya da kooperatifin yetkili yönetim organı veya bir alacaklı tarafından doğrudan doğruya iflâs talebinde bulunulması durumunda, mahkemece iflâsa karar verileceği, ancak şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ihtimalinin bulunduğu hallerde, şirket veya kooperatif ya da bir alacaklı tarafından iflâsın ertelenmesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile daha önce sadece TTK m.324, II'de (anonim şirketler için) bulunan iflâsın ertelenmesi kurumu, tüm sermaye şirketleri ve kooperatifler için genel bir hükme kavuşturulmuştur. Bu çalışmada açıklamalar "şirket" (veya sermaye şirketi) terimi kullanılarak yapılmış olsa da, kural olarak kooperatifler hakkında da hüküm ifade etmektedir.

I. İFLÂSIN ERTELENMESİ KAVRAMI VE KOŞULLARI

A. KAVRAM VE AMAÇ

İflâsın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflâs kararı vermekten, belli koşullarla geçici olarak sarfınazar etme imkânını veren ve iflâsın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur¹.

İflâsın ertelenmesi, bir yandan sermaye şirketinin iç işlerine ve dolayısıyla malî durumuna yabancı olan alacaklıların, şirket tarafından yapılan borca batıklık bildirimine üzerine, beklenmedik bir anda ortaya çıkan iflâs sebebiyle uğrayabilecekleri zararlara karşı korunması², diğer yandan malî durumunun düzelmesi imkânı bulunan bir sermaye şirketinin iflâstan kurtularak varlığını sürdürebilmesi³ amaçlarına hizmet etmektedir.

İflâsın ertelenmesi kurumu, ilk planda şirkete ilişkin menfaatlere hizmet eder⁴. Zira iflâsın ertelenmesini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrası, "şirket durumunun ıslahı"ndan söz etmekle, bu kurumun amacını da ortaya koymaktadır. Keza 4949 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikle m.179'da da "şirket veya kooperatifin malî durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması" iflâsın ertelenmesi istenebilmesinin temel koşulu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun, alacaklıların menfaatlerini, borca batık olma halini zorunlu bir iflâs sebebi olarak düzenlemekle (m.179; TK. m.324, II) korumuştur. Oysa bu düzenleme şirketin infisahı sonucunu doğuracağından (TK. m.434, I/8) anonim şirket bakımından olağandışı bir durumdur. Borca batıklığın zorunlu

¹ **Bürgi**, Art.725, N.18; **Giroud**, s. 105; **Herold**, s. 145; **Kuru-Sermaye**, s. 627; **Kuru- C.III**, s. 2809; **Lanz**, s. 160; **Pekcanitez-İflâs** s. 48; **Schech**, s. 11; **Schmid**, s. 45; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18.

² **Zürich**, OG, SJZ 7(1910/11) s. 213; **Herold**, s. 145; karşı **Bürgi**, Art. 725, N.18; **Gentinetta**, s. 46; **Giroud**, s. 10; **Jaeger**, Art. 192, N.2; **Pekcanitez-İflâs** s. 49; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18.

³ **Baumann**, s. 126; **Bürgi**, Art. 725, N.18; **Giroud**, s. 106-107; **Henze**, s. 46; **Lanz**, s. 160; **Schech**, s. 4, 29, 45; Karş. **Kuru-Sermaye** s. 627; **Pekcanitez-İflâs** s. 49.

⁴ **Giroud**, s. 106; **Lanz**, s. 160; **Schech**, s. 4, 29, 45 (yazar, s. 31'de alacaklıların menfaatlerinin de dahil olduğu görüşündedir); **Henze**, s. 46. Karşı görüşte: **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18; karşı **Pekcanitez- İflâs** s. 49.

İflâs sebebi olması yoluyla korunan alacaklıların menfaatleri zedelenmemek koşuluyla kanun koyucu, sermaye şirketleri hakkındaki zorunlu iflâs sebebine ilişkin düzenlemeyi, iflâsın ertelenmesi imkânı ile yumuşatmak istemiştir⁵. Bu dengeleyici düzenleme doğal olarak şirketin ticarî faaliyetine devam etme, yani malî durumunun iyileşmesi ihtimalinin ve bu yönde bir isteğinin varlığı durumunda bir anlam ifade eder. Bu nedenle, iflâsın açılmasından başka bir sebeple zaten şirket sona erecek durumda ise (örneğin, genel kurul feshe karar verip, tasfiyeye başlandıktan sonra), iflâsın ertelenmesinin anlamı yoktur⁶.

Bu durum gösteriyor ki, iflâsın ertelenmesi ile öncelikle sermaye şirketinin faaliyetine devamını sağlamak amaçlanmıştır. Bunun yanı sıra alacaklılar da korunmuş ve daha iyi bir konuma gelmiş olacaktırlar. Ancak bu sonuç kural olarak, iflâsın ertelenmesinin temel amacı değil, bir yan etkisi olarak değerlendirilebilir⁷. Çünkü tüm alacaklılar aralarında anlaşsa ve bununla alacaklarına daha fazla kavuşma imkânları bulursa bile, anonim şirket varlığını sürdürme yeteneğine sahip değilse (yani malî durumunun iyileşmesi ihtimali yoksa), iflâsın ertelenmesi mümkün değildir⁸. Ancak iflâsın ertelenmesiyle, alacaklıların daha kötü bir duruma getirilmelerine de izin verilmemelidir⁹.

Bir sermaye şirketinin iflâsına karar verilmesi sonucu, malvarlığının cebri satış ile paraya çevrilmesi yerine, şirketin malî durumunun düzeltilerek alacaklıların alacaklarına kavuşması, bu kişiler bakımından da daha elverişli olduğundan, sonuç itibarıyla iflâsın ertelenmesiyle, şirket ve alacaklı menfaatlerine aynı oranda hizmet edilmiş olmaktadır¹⁰.

İflâsın ertelenmesi ile anonim şirkete ait işletmelerde çalışan işçilerin iş yerlerinin korunması kural olarak amaçlanmamış ise de, iflâsın ertelenmesinin bir sonucu olarak istihdam da korunacak ve ayrıca ticari faaliyetin devamı

⁵ Giroud, s. 106; Lanz, s. 108, 160; Schmid, s. 46.

⁶ Giroud, s. 106.

⁷ Giroud, s. 107; karşı görüşte: Üstündağ-Düşünceler, s. 18; Bürği, Art. 725, N.18; Jaeger, Art. 192, N.2.

⁸ Giroud, s. 107; Schech, s. 31.

⁹ Baumann, s. 126; Bürği, Art. 725, N.22; Herold, s. 147; Lanz, s. 169, 164. Karşı görüşte Schmid, s. 48-49.

¹⁰ Giroud, s. 107; karşı. Gentinetta, s. 47; Pekcamtez-İflâs s. 49; Schech, s. 30.

sonucu oluşacak gelir de vergilendirilebilecektir. Böylece kamuya ilişkin menfaatler de korunmuş olacaktır¹¹.

B. İFLÂSIN ERTELENMESİNİN KOŞULLARI

1. Şeklî Koşullar

a. Borca Batıklık Bildirimi

İflâsın ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi ve bu yönde karar verilebilmesi için, sermaye şirketlerinde idare ve temsille görevli kişiler veya bir alacaklı tarafından ticaret mahkemesine borca batıklığın bildirilmiş olması ve dolayısıyla bu sebeple iflâsın talep edilmiş olması zorunludur¹². Zira iflâsın ertelenmesi, anonim şirketin borca batık hale gelmesi üzerine, zorunlu olarak iflâsına karar verileceğini öngören hükmün istisnasını oluşturan bir düzenlemedir. Böylelikle kanun koyucu, sermaye şirketlerine, borca batıklık bildirimini sonucu iflâs ve infisah etmekten kurtulabilme imkanı tanımıştır. Bu nedenle mahkeme, şirketin aciz halinde bulunduğunu bildirerek kendi iflâsını istemesi veya bir alacaklı tarafından borca batıklık dışında bir sebeple şirketin iflâsının istenmesi durumunda, iflâsın ertelenmesine karar veremez¹³.

Bir alacaklı tarafından, takipli veya doğrudan doğruya iflâs yollarından biriyle şirketin iflâsının talep edilmiş olması, şirketi idare ve temsille görevli organın, borca batıklık halinde zorunlu olan iflâsı talep yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁴. Daha önce bir alacaklı tarafından şirketin iflâsının talep edilmiş olması durumunda ya da şirket, borca batıklık sebebiyle iflâsını talep etmekle birlikte, iflâsın ertelenmesini de istemiş ve bundan sonra bir alacaklı, iflâs davası açmış ise, bu durumda iflâsın ertelenmesine karar verilebilecek midir? Bu konuda doktrinde farklı görüşler savunulmuştur. Bir kısım

¹¹ **Bürgi**, Art. 725, N.18; **Giroud**, s. 107; **Pekcamtez-İflâs** s. 49; **Schmid**, s. 46.

¹² **SJZ** 80 (1984) s. 45; **Giroud**, s. 110; **Herold**, s. 146; **Lanz**, s. 47; **Schech**, s. 18; **Üstündağ-Düşünceler** s. 18; karş. **Franko**, s. 423; **Kuru-Sermaye** s. 627; **Kuru- C.III**, s. 2809.

¹³ **Giroud**, s. 110; **Pekcamtez-İflâs** s. 52.

¹⁴ **Giroud**, s. 77-78; **Godin/Wilhelmi**, § 92, Anm. 8; **Lanz**, s. 140; **Meyer-Landrut/Schilling/Barz**, § 92, Anm. 8.

yazarlar¹⁵ ve Zürich İstinaf Mahkemesi¹⁶ bu durumda, iflâsın ertelenmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, buna imkân tanımaktadır¹⁷. Zira bir alacaklı tarafından, şirketin iflâsının talep edilmiş olması durumunda, şirket yetkililerinin borca batıklık bildiriminde bulunmuş olması koşuluyla, iflâsın ertelenmesini talep etmesi üzerine, bu talebin incelenmesinde iflâs isteyen alacaklıların bir zarar görmesi de söz konusu değildir¹⁸. Ayrıca bir alacaklının iflâsı talep etmesi durumunda, şirkete (borca batıklık sebebiyle iflâsı talep etmiş olması koşuluyla) iflâsın ertelenmesini talep edebilme imkanı verilmediği takdirde, tüm alacaklıların menfaatleri yerine bir veya birkaç alacaklının menfaati doğrultusunda karar verilerek gerekecektir ki bu, kanunî düzenlemenin amacına ters düşen bir sonuç olur¹⁹.

Luzern İstinaf Mahkemesinin bir kararında²⁰ haklı olarak belirtildiği gibi, bu durumda mahkeme, öncelikle yönetim kurulunun iflâs talebini ve iflâsın ertelenmesi talebini incelemelidir. Mahkeme, borca batıklık halini tespit ettikten sonra, iflâsın ertelenmesi talebini reddederse, borca batıklık sebebiyle şirketin iflâsına karar verecektir. Bu karar kesinleştiğinde daha önce alacaklı tarafından açılan iflâs davası konusuz kalacak, fakat kendi talebi doğrultusunda anonim şirket hakkında iflâs kararı da verilmiş olacaktır. Sonuç bakımından alacaklının veya yönetim kurulunun talebi üzerine iflâsın açılması arasında hiç bir fark yoktur. Mahkeme iflâsın ertelenmesine karar verirse, bu karar ile birlikte takipler de duracağından alacaklının talebinin incelenmesi askıya alınır²¹. Yani iflâs davası bulunduğu aşamada durur. Ancak bu durma

¹⁵ **Bürgi**, Art. 725, N.20; **Herold**, s. 146; **Schech**, s. 18, 33 (yazara göre erteleme talebi, alacaklının iflâs talebinden önce ise, erteleme kararı verilebilmelidir).

¹⁶ SJK 29 (1932/33) s. 250.

¹⁷ **Baumann**, s. 127; **Brand**, SJK 993, s. 5; **Franko**, s. 426-427; **Fritzsche/Walder**, s. 101; **Gentinetta**, s. 47; **Giroud**, s. 124, 125; **Pekantez-İflâs** s. 51; **Schech**, s. 34 (alacaklının, takipsiz iflâs yoluna başvurması durumu için); **Schmid**, s. 51; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18, dn.4; Bern İstinaf Mahkemesi, SJZ 18 (1921/22) s. 73; **Luzern OG**, ZBJV 103 (1967) s. 200. **Luzern Schuldbetreibungs-und Konkurskommission**, ZBJV 103/1967, s. 200.

¹⁸ Bern İstinaf Mahkemesi, SJZ 18 (1921/22) s. 78; **Giroud**, s. 125, dn.140; **Pekantez-s. İflâs** s. 51; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18, dn.4.

¹⁹ **Pekantez-İflâs** s. 52; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18, dn.4.

²⁰ **Luzern OG**, ZBJV 103 (1967) s. 200.

²¹ **Giroud**, s. 126; karşı **Kuru-Sermaye** s. 630-631; **Kuru- C.III**, s. 2815.

sürekli olamaz; zira iflâsın ertelenmesi ile tanınacak süre içinde anonim şirketin malî durumu düzeltilemezse, borca batıklık sebebiyle iflâsına karar verilecektir. Böylece alacaklının iflâs davası konusuz kalır. Şirket, tanınan süre içinde malî durumunu düzeltirse, borç ödenecek ve eski iflâs davasının, dava sebebi ortadan kalkacağından dava reddedilecektir.

b. Talep

Borca batık haldeki bir sermaye şirketinin iflâsının ertelenmesi, bu yolda bir talebin varlığına bağlıdır. Mahkeme kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar veremez²².

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, iflâsın ertelenmesi, şirketi idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseler ve alacaklılar tarafından talep edilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre de iflâsın ertelenmesini talep yetkisi, sadece anonim şirket yönetim kurulu ve alacaklılara²³ tanınmıştır²⁴. Bunun dışında şirket genel kurulu, ortaklar, tasfiye memurları veya herhangi bir merci iflâsın ertelenmesini talebe yetkili değildir²⁵.

Anonim şirket yönetim kurulu, iflâsın ertelenmesi talebini, en az oy çokluğuyla alacağı bir karara dayandırmak zorundadır. Yani iflâsın

²² **Berkin-İflâs**, s. 42; **Bürği**, Art. 725, N.9; **Franko**, s. 419-420; **Gentinetta**, s. 46-47; **Giroud**, s. 108; **İmregün**, s. 472; **Kuru-Sermaye** s. 626-627; **Kuru- C.III**, s. 2809; **Lanz**, s. 161; **Öçal**, Sorunlar s. 16; **Pekcanitez-İflâs** s. 49; **Schmid**, s. 47; **Üstündağ-Düşünceler** s. 18; karşı görüşte: **Domanıç- II** s. 548; yazara göre, mahkeme re'sen de erteleme kararı verebilmeli veya en azından bir kayyım atayarak, kayyımın, erteleme koşullarının varlığı yolundaki raporuna göre karar vermelidir. Kanımızca bu mümkün değildir. Zira erteleme kararı açıkça talep koşuluna bağlanmıştır ve ayrıca iflâsın ertelenmesi kararı verilmeden önce bir kayyım atanmasına da karar verilemez.

²³ İflâsın ertelenmesini talep eden alacaklının alacağının ipotek veya başka bir şekilde teminat altına alınmış olup olmadığı önemli değildir (**Lanz**, s. 162; karşı görüşte: **Bürği** Art. 725, N.17).

²⁴ **Bürği**, Art. 725, N.19; **Giroud**, s. 108; **Kuru-Sermaye** s. 627; **Kuru- C.III**, s. 2809; **Lanz**, s. 161; **Pekcanitez-İflâs** s. 50; v. **Steiger**, s. 331, dn. 16; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 18.

²⁵ **Bürği**, Art. 725, N.19; **Franko**, s. 420; **Giroud**, s. 108; **Herold**, s. 145; **Pekcanitez-İflâs** s. 50; **Lanz**, s. 161; v. **Steiger**, s. 331, dn.17; **Üstündağ-Düşünceler** s. 18. Anonim şirketlerde intifa senedi sahipleri de iflâsın ertelenmesini talep edemezler (**Giroud**, s. 108, dn. 29; **Franko**, s. 422); tahvil sahipleri ise, şirket alacaklısı olduklarından, iflâsın ertelenmesini talebe yetkilidirler (**Giroud**, s. 110; **Franko**, s. 422).

ertelenmesi, organ olarak yönetim kurulunun iradesi ile olur. Tek imza yetkisine sahip olsa da, yönetim kurulu üyelerinden birinin talebi yeterli değildir²⁶.

Limited şirkette ise, iflâsın ertelenmesini talep yetkisi, müdür veya müdürler kurulundadır. Kooperatiflerde kooperatif yönetim kurulu; paylı komandit şirkette ise anonim şirketlerde olduğu gibi yönetim kurulu yetkilidir.

Borca batıklık halinde, iflâs talebinde bulunmanın aksine, koşulların varlığında şirketi idare ve temsille görevli organın iflâsın ertelenmesini talep etme yükümlülüğü söz konusu değildir²⁷; burada sadece bir haktan söz edilebilir

Bir görüşe göre, iflâsın ertelenmesini talep konusunda bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, anonim şirket yönetim kurulunun, gerekli koşulların varlığı durumunda iflâsın ertelenmesini talep etmesi yerinde olur. Aksi takdirde, iflâs açıldıktan sonra, bir sorumluluk davası ile karşı karşıya kalabilir (TK. m.336/5) (örneğin, koşulların uygun olmasına rağmen, iflâsın ertelenmesinin talep edilmemesi sebebiyle, ortaklar aleyhine bazı zararlar ortaya çıkabilir)²⁸. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, biraz önce belirtilen görüş hukukî dayanaktan yoksundur. Çünkü iflâsın ertelenmesini talep zorunluluğu yoktur; bu nedenle ertelemenin talep edilmemesi kanuna aykırılık teşkil etmez. Ancak yönetim kurulunun, anonim şirket yararına mevcut bir kanunî imkanı kullanmamakla, özen borcuna aykırı hareket ettiği söylenebilir²⁹. Fakat bu durumda da, yönetim kuruluna karşı ne alacaklılar ne de pay sahipleri tarafından sorumluluk davası açılabilir. Çünkü kanun, iflâsın ertelenmesi yetkisini alacaklılara da tanımıştır. Yönetim kurulunun ihmali durumunda, bu imkânı kendileri de kullanabilirler. Böyle bir imkânı kullanmayıp, yönetim kurulundan beklemek ve talepte bulunulmaması durumunda, özen borcuna aykırılık sebebiyle sorumluluk davası açmak bir çelişki olur. Pay sahipleri bakımından ise, iflâsın ertelenmesinin talep edilmemesi durumunda, doğrudan zararların ortaya çıkması mümkün değildir³⁰;

²⁶ Bürgi, Art. 725, N.19; Giroud, s. 108-109; Pekcantez-İflâs s. 50, dn.98;v. Steiger,s. 331; Üstündağ-Düşünceler s. 18.

²⁷ Giroud, s. 109; Lanz, s. 161; Pekcantez-İflâs s. 50.

²⁸ Giroud, s. 109.

²⁹ Lanz, s. 161.

³⁰ Lanz, s. 162.

dolaylı olarak zarara uğramaları da söz konusu olamaz³¹. Zira borca batıklık hâlinde, zaten anonim şirketin malvarlığı tamamen erimiş ve hisse senedi ile ifade edilen değer, o oranda varlığını yitirmiştir. Gerçi iflâsın ertelenmesi sonunda şirket malvarlığı yeniden oluşturulabilir, ancak bu tamamen varsayımsal bir sonuçtur. Malvarlığının ne ölçüde yeniden oluşacağı ve bunun, öngörülen erteleme süresinde ne ölçüde gerçekleştirilebileceği kesin olarak belirlenemez. Bunun gerçekleşebileceği kabul edilse bile, bu sonuç tamamen veya kısmen yönetim kurulunun etki alanı dışında, değişik faktörlere bağlı bir husustur (mahkemenin kararı, alacaklıların tutumu, gelecekteki iş ilişkileri vb.).

Şirketin borca batıklık sebebiyle iflâsı, o şirketin yetkili organı tarafından istendiğinde, bu inceleme sırasında alacaklılar veya bizzat şirket iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabileceği gibi, iflâsın aynı sebepten dolayı alacaklılar tarafından istenmesi durumunda da, şirket iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabilir (İİK m.179, I; TK. m.324, II, c.5). Alacaklılar, şirketin iflâsı yerine, iflâsın ertelenmesi sonucu daha avantajlı duruma gelebilirler. İflâsın ertelenmesinin, tüm alacaklılar veya alacaklıların belli bir çoğunluğu tarafından talep edilmesine gerek yoktur; bir tek alacaklının talebi de iflâsın ertelenmesi için yeterlidir³².

İflâsın ertelenmesi talebi, şirket tarafından, borca batıklık bildirimini ve iflâs talebiyle birlikte yapılabileceği gibi, iflâs talebi hakkındaki incelemenin sonuna dek her zaman yapılabilir³³. Alacaklılar da incelemenin sonuna dek her zaman iflâsın ertelenmesini talep edebilirler³⁴.

³¹ **Giroud**'a göre, ortakların sorumluluk davasını kazanma ihtimallerinin bu şekilde peşinen reddi doğru değildir. Örneğin, geleneksel bir müşteri çevresine sahip olan, hizmet sektörüne ait bir işletmede, bir çalışanın, suç teşkil eden bir davranışıyla şirket, kısa bir süre içinde borca batık hâle gelebilir. Bu durumda iflâsın talep edilmesi üzerine, anonim şirket yönetim kurulu, istenildiği takdirde borca batıklığın giderilmesi mümkün olmasına rağmen, iflâsın ertelenmesini talep etmemiş ise, bu durumda ortaklar sorumluluk davası açabilmelidirler (s. 109, dn.35 a).

³² **Giroud**, s. 109; **Lanz**, s. 162.

³³ **Bürgi**, Art. 725, N. 16; **Giroud**, s. 110; **Lanz**, s. 147; **Pekcanitez-İflâs** s. 52; **Üstündağ-Düşünceler** s. 18 dn. 4 (s. 19).

³⁴ **Üstündağ-Düşünceler** s. 18 dn. 4 (s. 19). İflâs talebinin ilânı üzerine alacaklılar da bu talepten haberdar olabilirler.

c. *Bilançonun Mahkemeye Verilmesi*

İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemenin, anonim şirketin mevcut durumu ve malî durumunun düzeltilmesi ihtimali (ümidi) hakkında bir karar verebilmesi için, iyileşme ümidinin varlığını gösteren diğer belgelerle birlikte, anonim şirket bilançosunun da mahkemeye verilmesi zorunludur³⁵. Aslında anonim şirket yönetim kurulunun, borca batıklık bildirimini ile iflâsı talep etmesi sırasında, şirket aktiflerinin satış değerleri üzerinden hazırlayacağı ara bilançosunu (borca batıklık bilançosu) mahkemeye verecektir. Mahkeme, bu bilanço sayesinde (gerekirse bilirkişiye başvurarak), anonim şirketin gerçekten borca batık olup olmadığını ve daha sonra iyileştirme projesinde belirtilen iyileştirme tedbirleri ile ticarî faaliyetine devam edebilmek için, malî durumunun düzeltilmesi ihtimalinin bulunup bulunmadığını tespit edecektir³⁶. Sonuç olarak anonim şirket yönetim kurulunun iflâs talebi sırasında mahkemeye verdiği borca batıklık bilançosu, iflâsın ertelenmesi talebinin incelenmesinde de göz önünde bulundurulacaktır. Ancak, borca batıklık bilançosunun doğruluğu hakkında bir şüphe varsa mahkeme, iflâsın ertelenmesi konusunda bir karar verebilmek için yeni bir bilançonun hazırlanmasını isteyebilir. Bu bilanço da borca batıklık bilançosu gibi, aktiflerin satış değerleri üzerinden hazırlanmalıdır.

d. *İyileştirme Projesinin Sunulması*

İflâsın ertelenmesi talebini inceleyecek olan mahkemenin, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin mevcut olup olmadığı konusunda bir kanaate varabilmesi için, uygulanacak iyileştirme tedbirlerinin neler olduğunu ve bu tedbirlerin ne şekilde mali durumun düzeltilmesini sağlayacağına ilişkin bilgileri içeren bir iyileştirme projesi ile bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu ispata yarayan bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması zorunludur (İİK m.179, I).

İyileştirme projesi, şirket veya kooperatifin, içinde bulunduğu borca batıklık halini hangi yöntemlere başvurarak aşmayı düşündüğünü açıklayan bir öngörüden ibarettir. Bu projede borçlu şirket (veya kooperatif), mali durumun iyileştirilmesi için hangi tedbirleri alacağını ve bu tedbirlerin

³⁵ **Bürgi**, Art. 725, N.21; **Herold**, s. 146; **Giroud**, s. 111; **Pekcantez-İflâs** s. 53; **Schech**, s. 18; **Üstündağ-Düşünceler**, s. 20.

³⁶ **Giroud**, s. 111.

erteleme süresi sonunda şirketi nasıl etkileyeceğini objektif verilere dayanarak açıklamalıdır. İyileştirme projesi, iflâsın ertelenmesi bakımından son derece önemlidir. İİK m.179, I, 3.cümleye göre, iflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesi, mahkemece bu projenin ciddi ve inandırıcı bulunması koşuluna bağlanmıştır.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, iflâsın ertelenmesi bir alacaklı tarafından istenmiş ise, şirket veya kooperatifin içi işlerine ve ticari sırlarına vâkıf olmayan bir kişinin, ciddi ve inandırıcı bir iyileştirme projesi sunmasını beklemek gerçekçi olmaz. Bu nedenle, iflâsın ertelenmesinin bir alacaklı tarafından talep edilmesi durumunda, iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması koşulunun yerine getirilebilmesi bakımından, bu projenin şirket tarafından hazırlanması için mahkemece uygun bir süre tanınması yerinde olacaktır. Erteleme, alacaklı tarafından istendiği durumda, şirket veya kooperatif yönetimi, bu talebin reddi yönünde açıkça görüş bildirmiş ve proje hazırlamaktan kaçınmış olabilir. Bu durumda kanaatimizce iflâsın ertelenmesine karar verilmemek gerekir. Zira, şirket (veya kooperatif) yönetiminin katılmadığı bir iyileştirme prosedüründen söz etmek hayalcilik olur; şirkete rağmen iyileştirme mümkün değildir.

e. Masrafların Peşin Olarak Ödenmesi

İflâsın ertelenmesinin kanunda açık olarak düzenlenmeyen, ancak talep üzerine yapılacak olan işlemlerin niteliğinden kaynaklanan diğer bir şekli koşulu da iflâsın ertelenmesi kararının ilanı (İİK m.179/a, IV), mahkemece alınacak tedbirlerin (m.179/a, I) uygulanması ve atanacak kayyımın (İİK m.179/a, II; TTK m.324, II) ücret avansı için gereken tutarda paranın mahkeme veznesine depo edilmesidir³⁷. Ayrıca m.179'a göre doğrudan doğruya iflâs yolunda uygulanacak usulü gösteren m.181, m.160'a da atıf yapmıştır. Buradan hareketle, iflâs talebi veya iflâs davasında, karar verilebilmesi için gereken masraf avansına ilişkin m.160'ın, m.179 (ve dolayısıyla TK. m.324, II)'daki iflâs sebebine dayanılması durumunda, kıyasen iflâsın ertelenmesi kararı için de uygulanabileceği kabul edilebilir³⁸. Borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâs davası sırasında verilebilecek bir karar olan iflâsın

³⁷ Giroud, s. 111; Lanz, s. 147, dn. 239, s. 164; Schech, s. 18-19, 89; Schmid, s. 47.

³⁸ Giroud, s. 111; Lanz, s. 164.

ertelenmesi kararı için, iflâs kararı hakkında öngörülen masraf avansına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması menfaatler dengesine de ters düşmez.

İflâsın ertelenmesini isteyen alacaklı veya şirket (ya da kooperatif), bu kararın ilanı, gerekli yerlere bildirim, atanacak kayyım için belirlenecek ücretin bir kısmı (örneğin üç aylık ücret gibi) ve alınacak erteleme tedbirlerinin uygulanabilmesini için gereken masrafları peşin olarak mahkeme veznesine yatırmadıkça, iflâsın ertelenmesine karar verilmeyecektir. Bunun için, talepte bulunan kişiye kesin bir süre tanınmalı ve bu süre içinde masraflar yatırılmadığı takdirde mahkeme, iflâsın ertelenmesi talebini reddederek iflâs kararı vermelidir.

Ancak bu koşul uygulamada pek sorun olmayacaktır. Zira, masraflar için gereken parayı bile bulmaktan aciz bir anonim şirketin, malî durumunun düzeltilmesi ihtimalinden söz etmek mümkün olamaz ve anonim şirketin iflâsına karar verilmek gerekir.

f. Fevkalade Mühletten Yararlanılmamış Olması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 329/a maddesine göre, "Bir sermaye şirketi veya kooperatif fevkalade mühlet elde ettiği takdirde, mühletin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve devamı maddeleri uyarınca iflâsın ertelenmesinden yararlanamaz".

Bu düzenleme, kanaatimizce iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşmayan bir düzenleme olmuştur. Zira fevkalade mühlet, Bakanlar Kurulu kararına göre, kapsama giren tüm borçlulara sağlanan bir imkandır ve bu imkandan faydalanmak isteyen bir şirketin borca batık halde olup olmadığı ile ilgili bir husus değildir. Fevkalade mühlet talep edilebilmesinin koşulu, Bakanlar Kurulunca belirlenen bölgelerde, "İİK m.317 de gösterilen haller sebebiyle" kusuru olmaksızın taahhütlerin ifa edilememesi ve mühlet sonunda borçların tamamen ödenebileceği ümidinin varlığıdır (İİK m.328). Fevkalade mühlet en çok altı ay için verilebilir.

Fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, bu mühletin bitiminden itibaren bir yıl içinde borca batık hale gelmesi ve fakat mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin yüksek olması ihtimali de her zaman mümkündür. Bu durumdaki bir şirketin iflâsın ertelenmesi kurumundan yararlanmasına hangi gerekçe ile izin verilmeyeceği anlaşılamamaktadır. Madde gerekçesinde sadece, "alacaklı ve borçlu arasındaki hak

ve menfaat dengesinin bozulmaması amacıyla” bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiş, ancak, bu dengenin hangi gerekçe ile böyle bir kısıtlamayı haklı gösterdiği konusunda açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Maddî Koşullar

a. Borca Batık Olma

Daha önce de belirtildiği gibi, iflâsın ertelenmesi kurumu, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borca batık olması halinde iflâsına karar verilmesi zorunluluğunun istisnasını teşkil etmektedir. Bu nedenle iflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesi için öncelikle, şirketin borca batık halde bulunduğu tespit edilmiş olması gerekir³⁹. Borca batıklık dışındaki doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin varlığı halinde ise, iflâsın ertelenmesine karar verilemez⁴⁰.

Aciz hali (m. 178) ile borca batıklık (m. 179; TK. m.324, II) kavramlarının birbiri yerine kullanılması sebebiyle özellikle belirtmek gerekir ki, bir şirket aciz halinde bulunduğunu bildirerek ihtiyarî iflâsını talep etmişse, bu durumda yönetim organı iflâsın ertelenmesini isteyemez. Zira bu durumda iflâs talebi zorunlu olmadığından, iflâs kararı verilmeye kadar, şirketin yönetim organı talebini geri alabilir veya daha baştan iflâs talebinde bulunmak yerine, şirketin malî durumunun düzeltilmesi için bazı tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

b. Malî Durumun İyileştirilmesi Ümidi

aa. İyileştirme Kavramı

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidi, iflâsın ertelenmesinin zorunlu koşuludur (İİK m.179, I). Bu husus, Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, “şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa...” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak kanunda, sözü edilen bu

³⁹ Mahkemece yapılacak inceleme sonucu, şirketin aktiflerinin, borçlarını karşılamaya yetecek düzeyde olduğu tespit edilirse, bu durumda iflâsın ertelenmesi kararı değil, iflâs talebinin reddi kararı verilmek gerekir. Bkz. 11. HD, 5.3.1986, 838/1173 (Eriş, İflâs, s. 942).

⁴⁰ **Bürgi**, Art. 725, N.22; **Herold**, s. 146; **Giroud**,s. 112; **Schech**, s. 19; **Pekcantez-İflâs** s. 52.

koşulun ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Doktrinde de malî durumun iyileştirilmesi kavramı konusunda bir görüş birliği yoktur⁴¹. Bir görüşe göre⁴² ekonomik ve hukukî olmak üzere iki tür iyileştirme kavramından söz etmek mümkündür. Bir görüşe göre ise, ekonomik ve hukukî iyileştirme kavramları arasında bir fark yoktur. İyileştirme ekonomik bir sorun olup, hukuk sadece bu işlem için belli usul ve kurallar düzenlemektedir⁴³.

Ekonomik açıdan iyileştirme kavramı, bir işletmenin içinde bulunduğu likit (nakit) yoksunluğu, zarar bilançosu hali veya borca batıklık halini bertaraf etmek ve aynı zamanda işletmenin kârlılığını tekrar kazandırmak amacıyla yönelik olan, gerekli tüm yapısal ve malî tedbirlerin alınmasını ifade eder⁴⁴. Burada üzerinde durulan obje, sadece ticarî işletmedir; hukukî açıdan bir kişilik söz konusu değildir⁴⁵. Belirtilen tedbirler sayesinde işletmenin içinde bulunduğu yapı olarak anonim şirket, hukukî yapısını (nevini) değiştirebilir⁴⁶, hukukî yönden varlığına, tasfiyesiz bir sona erme şekli olan birleşme yolu ile (TK. m.451, 452) son verebilir veya verimsiz bir işletme unsurunun ya da bir şubesinin faaliyetine son verebilir⁴⁷. Ticarî işletme, temel unsurunu koruduğu müddetçe, ekonomik anlamda iyileştirme her zaman mümkündür⁴⁸. Örneğin bir anonim şirket, malî sebeplerden dolayı bir limited şirkete dönüşme (TK. m.553-555) yoluna gittiğinde, hukukî açıdan bir nev'i değiştirme ve böylece anonim şirketin tasfiyesiz infisahı söz konusu iken, bu işlem ekonomik açıdan, teşebbüs için bir iyileştirme tedbiri olarak değerlendirilebilir.

Hukukî yönden iyileştirme kavramı, iki ayrı hukuk dalında kullanılmaktadır. Buna uygun olarak iflâs hukuku ve ticaret hukukuna özgü iki tür iyileştirme kavramından söz edilebilir.

Bir görüşe göre, iflâs hukuku açısından iyileştirme, konkordato gibi küllî bir tasfiye anlamına gelir; iyileştirme, teşebbüsün devamını değil, iflâsın

⁴¹ **Bürgi**, Art. 735, N.2; **Haeussermann**, s. 2; **Giroud**, s. 113; **Schmid**, s. 12.

⁴² **Bürgi**, Art. 725, N.2, 3; **Giroud**, s. 113.

⁴³ **Schmid**, s. 12.

⁴⁴ **Giroud**, s. 113; **Schmid**, s. 4.

⁴⁵ **Edelmann**, s. 19; **Hurter**, s. 26; **Giroud**, s. 113; **Schmid**, s. 4-5.

⁴⁶ **Edelmann**, s. 19; **Giroud**, s. 113.

⁴⁷ **Hurter**, s. 27.

⁴⁸ **Hurter**, s. 27; **Giroud**, s. 113.

önlenmesi veya tasfiye sonucunun hafifletilmesi ya da daha elverişli hale getirilmesini amaçlamaktadır⁴⁹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira konkordato ile iyileştirme özdeş kurumlar değildir. Öte yandan konkordato, iyileştirme niteliğinde olabileceği gibi (vade ve yüzde konkordatosunda), özellikle mevcudun terki suretiyle konkordatoda (İİK m.309/a-309/l) olduğu gibi iyileştirme değil, tasfiye niteliğinde de olabilir. Kısaca iyileştirme, konkordatonun bir unsuru değildir ve aynı nitelendirmeye tâbi tutulamaz⁵⁰. Bu yüzden mevcudun terki suretiyle konkordatoya bir iyileştirme tedbiri olarak başvurulamaz⁵¹.

Ticaret hukuku anlamında iyileştirme ise, bir görüşe göre, malvarlığının, borca batıklık bildiriminde bulunulması sırasındakine göre daha iyi bir duruma getirilmesidir⁵². Diğer bir görüş ise, ticaret hukuku anlamında iyileştirmenin söz konusu olabilmesi için, borca batıklığın bertaraf edilmesi⁵³ veya şirketin yeniden yapılanması⁵⁴ ya da her iki hususun birden bulunması⁵⁵ koşullarını aramaktadır.

Kanunda “ıslah” olarak adlandırılan iyileştirme kavramının Almancadaki karşılığı olan “Sanierung” (veya Sanieren), latince “Sanare” (sıhate kavuşturma, tedavi) kelimesinden gelmektedir⁵⁶. Bu nedenle ister ekonomik, isterse hukukî anlamda kullanılsın, iyileştirme kavramı her zaman, hasta sayılan bir yapının sıhate kavuşturulması, yani durumunun iyileştirilmesini anlatır. Ancak iyileştirilecek yapı, iyileştirmenin ekonomik kavram olarak ele alınması durumunda, hukukî biçimden soyut olarak işletme veya teşebbüs, hukukî bakımdan ise, tüzel kişilik olarak şirkettir⁵⁷. İyileştirmenin nasıl

⁴⁹ **Edelmann**, s. 21.

⁵⁰ **Giroud**, s. 114.

⁵¹ Ancak alacaklılara terk edilen mallar, şirketin tüm aktifleri değilse ve geriye kalan aktiflerle şirketin devamı mümkünse, bu yol, bir iyileştirme tedbiri olarak kabul edilebilmelidir (**Giroud**, s. 114; **Schmid**, s. 5-140).

⁵² **Bürge**, Art. 725, N.22; **Giroud**, s. 115; **Herold**, s. 147.

⁵³ SJZ 22 (1925/26) s. 67; ZBJV 61 (1925) s. 274.

⁵⁴ BGE 62 III, s. 25; BGE 99 II s. 289.

⁵⁵ **Henze**, s. 46; **Jaeger**, Art. 192, N.2; karşı. **Gentinetta**, s. 47.

⁵⁶ **DUDEN**, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 1983, “Sanieren” ve “Sanierung” maddeleri, s. 1066.

⁵⁷ **Hurter**, s. 26; **Giroud**, s. 116.

yapılacağı da, bu kavramın kullanılış alanına göre değişir. Ekonomik anlamda iyileştirme, kısaca işletmenin yeniden kârlılığa kavuşturulmasına hizmet edecek her türlü tedbir ile olabildiği halde, hukukî anlamda iyileştirme, ancak şirket tüzel kişiliğinin devamına hizmet edecek belli usullere uygun olarak gerçekleştirilebilir⁵⁸.

Hukukî anlamda daha iyi bir tasfiye sonucunun amaçlanması, iyileştirme için yeterli olamaz⁵⁹. Aksi takdirde şirket, iyileştirmenin objesi olmaktan çıkardı. Daha elverişli bir tasfiye ile, sadece alacaklıların kayıpları daha az bir düzeye indirilebilir; bu bakımdan bir iyileşme söz konusudur. Ancak bu durumda, iflâsın ertelenmesinin bir koşulu olan, şirketin malî durumunun iyileştirilmesi eksik kalmaktadır. İflâsın ertelenmesi, iflâs tasfiyesine alternatif bir küllî tasfiye usulü değildir. Bir sermaye şirketinin varlığını sürdürmeyeceği tespit edildiği takdirde, bu şirketin tasfiyesi gündeme gelir ki, burada kural olarak iflâs tasfiyesi söz konusu olur⁶⁰. Yani iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı, iflâssız bir tasfiyeyi sağlamak değildir⁶¹. Ayrıca, tüm ilgililer bu konuda anlaşmış olsalar dahi tasfiye aşamasına girmiş olan bir şirketin iflâsının ertelenmesi de mümkün değildir⁶². İyileştirme, sadece iflâsın açılmasının değil, genel olarak şirketin sona ermesinin önlenmesi amacını güder.

İyileştirmenin konusu şirket (veya kooperatif) olduğundan, bunun sonucu, şirketin mevcut malvarlığının ve aynı zamanda hukukî varlık olarak tüzel kişiliğinin sona erme tehlikesinden korunmasıdır. Bunlardan biri olmadan diğeri tek başına yeterli değildir⁶³. İcra ve İflâs Kanunu m.179 (ve TTK m.324, II) anlamında iyileştirme, ekonomik ve iflâs hukuku anlamındaki iyileştirme kavramından daha öte bir anlam ifade eder. Bu açıdan, mevcudun terki suretiyle konkordatonun bir türü olarak nitelendirilen, “yeni bir anonim şirket kurulması suretiyle konkordato”⁶⁴ da İsviçre doktrininde, ticaret hukuku anlamında bir iyileştirme olarak değerlendirilmemektedir. Zira burada mevcut

⁵⁸ Giroud, s. 116.

⁵⁹ Giroud, s. 117.

⁶⁰ Bürgi, Art. 725, N.18; Giroud, s. 117.

⁶¹ Schech, s. 77.

⁶² SJZ 10 (1913/14) s. 140; Brand, SJK 993, s. 5; Giroud, s. 117-118; Jaeger, Art. 192, N.2.

⁶³ Giroud, s. 118.

⁶⁴ Fritzsche/Walder, s. 668; Hurter, s. 60-62; Giroud, s. 118, 115; Lanz, s. 163; Schech, s. 163; karşı. SchKG Art. 316 h.

bir anonim şirketin elindeki malvarlığı sermaye oluşturmak koşuluyla, alacaklıların ortak olduğu ve konkordato mercii denetiminde kurulan yeni bir anonim şirket söz konusu olup, eski şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir⁶⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki iyileştirme, şirket alacaklılarının alacaklarının tamamen karşılanması anlamına gelmez⁶⁶. Çoğu kez alacaklılar bir zarara katlanmak zorundadırlar⁶⁷.

İflâsın ertelenmesinin amacı, şirketin yeniden ticarî faaliyetine devam edebilmesinin sağlanması, deyim yerinde ise sağlığına kavuşturulması olup, alacaklıların durumlarının iyileştirilmesi değildir⁶⁸. Bu yüzden iflâsın ertelenmesi sonunda, sadece tüm alacaklıların alacaklarının garanti altına alınması ve fakat şirket malvarlığı olarak geriye bir şey kalmaması durumunda, şirket bakımından bir iyileştirmeden söz edilemez ve bu nedenle erteleme kararı verilemez⁶⁹.

bb. İyileştirme Ümidi

Kanun, iflâsın ertelenmesi için şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunmasını aramaktadır (İİK m.179). Yani şirket borca batık olmasına rağmen, bu durumun bertaraf edilmesi ve şirketin normal faaliyetlerine devam edebilmesi ihtimalinin yüksek olduğu konusunda objektif gerekçelere dayalı bir kanaatin oluşmuş olması gerekir⁷⁰.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, iyileştirme ümidi, aynı zamanda alacaklıların, iflâsın ertelenmesinden sonra, erteleme olmaksızın iflâsın açılması durumuna nazaran daha yüksek oranda tatmin edilmelerinin mümkün olması veya en azından daha kötü duruma düşmeyeceklerinin beklenmesi yolunda yüksek bir ihtimalin bulunması anlamına da gelir⁷¹. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, iflâsın ertelenmesinde alacaklıların menfaatleri gözden uzak tutulamaz; ancak iflâsın ertelenmesi kurumu, ilk planda borca batıklık bildiriminde bulunma zorunluluğunun sonucuna istisna

⁶⁵ Giroud, s. 118.

⁶⁶ Giroud, s. 118; Pekcanitez-İflâs, s. 52-53.

⁶⁷ Duss, s. 70; Giroud, s. 118-119; Pestalozzi, s. 9; Schech, s. 29; Schmid, s. 48.

⁶⁸ Giroud, s. 119; Pekcanitez-İflâs s. 53.

⁶⁹ Franko, s. 423; Giroud, s. 119; Pekcanitez-İflâs s. 53, dn.107.

⁷⁰ Fritzsche/Walder, s. 102; Giroud, s. 120; Lanz, s. 163; Schmid, s. 48.

⁷¹ Bürgi, Art. 725, N.22; Giroud, s. 122-123; Herold, s. 147.

olarak düzenlenmiştir, bu nedenle anonim şirketin menfaati, en azından alacaklıların menfaatleriyle eş düzeyde düşünölmek gerekir⁷². Ayrıca, iflâsın hemen açılması durumuna nazaran, iflâsın ertelenmesi sonunda alacaklıların, daha kötü duruma gelip gelmeyeceklerinin belirlenmesi, oldukça zor ve tamamen sübjektif tahminlere dayalı bir incelemeyi gerektirir ki, sonuç çoğu kez doğru olarak objektif gerçeği yansıtmayacaktır⁷³.

Alacaklıların menfaatlerinin ayrıca, özel olarak kontrol edilmesine gerek de yoktur. Çünkü iyileştirme ümidi bulunduğunda, bu menfaatler kendiliğinden korunmaktadır ve şirketin malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlere mahkemece karar verilecektir (İİK m.179/a).

İflâsın ertelenmesini talep eden yönetim kurulu veya alacaklı, şirketin malî durumunun iyileştirilebilmesi için öngörölen tedbirleri içeren iyileştirme projesini, mahkemeye sunmak zorundadır (İİK m.179, I). Mahkeme, bu verilere göre anonim şirketin malî durumunun düzeltilip düzeltilemeyeceği konusunda karar verir.

İyileştirme projesinde belirtilen tedbirlerin gerçekten şirketin malî durumunu düzeltmeye elverişli olup olmadığının tespiti, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, mahkemenin, iflâsın ertelenmesi talebi hakkında karar vermeden önce bilirkişiyeye başvurması yerinde olur. Başvurulacak bilirkişinin öncelikle, şirketin ekonomik durumu ve borca batıklığın sebepleri konusunda bilgi edinmesi gerekir⁷⁴. Her ne kadar mahkeme, borca batıklık bildirimini ve iflâs talebi ile birlikte kendisine sunulan borca batıklık bilançosundan, şirketin malî durumu hakkında bilgi edinmiş ise de, bu bilanço statik bir bilanço olduğundan ve sadece bilanço günündeki durumu yansıttığından, tek başına şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidi hakkında yeterli bilgi içermez. Bunun için şirketin gelecekteki kârlılığı ve gelişmesi açısından bilgi vermeye elverişli, güncel bir bilançosunun çıkarılması gereklidir. Bu nedenle mahkeme, iflâsın ertelenmesi talebi hakkında karar vermeden önce, bilirkişi aracılığıyla, malî tablo ve verimlilik analizi hazırlatarak şirketin malî durumunun dinamik yönlerini de araştırmalıdır⁷⁵. Kuşkusuz bu araştırma

⁷² Schmid, s. 48-49.

⁷³ Schmid, s. 49.

⁷⁴ Lanz, s. 163; Schech, s. 27.

⁷⁵ Lanz, s. 163.

süresince şirket malvarlığını koruyucu tedbirlerinde alınması gerekir (İİK m.179/a).

Şirketin devamı için gerekli maddî koşulların bulunmaması, yani malî durumun düzeltilmesinin mümkün olmaması veya faaliyete devam etme iradesinin bulunmaması durumunda mahkeme, erteleme talebini reddeder. Şirketin ticarî faaliyetine devam etme iradesinin bulunması, özellikle iflâsın ertelenmesinin bir alacaklı tarafından talep edildiği durumlarda önem kazanır. Ertelene alacaklı tarafından istenmesine rağmen, şirketin yetkili organı, bu talebin reddi yönünde görüşünü açıkça bildirmiş olabilir. Böyle durumlarda teorik olarak mahkeme, şirketin bu iradesine rağmen, iflâsın ertelenmesine karar verebilir⁷⁶; ancak şirketin malî durumunun iyileştirilmesi, yönetim kurulunun katılımı olmaksızın fiilen gerçekleştirilemeyecektir⁷⁷.

c. Malî Durumun İyileştirilmesi Tedbirleri

aa. Genel Olarak

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için alınacak tedbirler çok çeşitli olabilir. Örneğin, sermaye artırımına gitmek, pay sahiplerinin veya üçüncü kişilerin, şirketin bazı borç ve taahhütlerini üstlenmesi, başarısı ile tanınmış kişilerden oluşan yeni bir yönetim kurulunun oluşturulması (yapısal değişiklik), bazı malî af kanunlarının çıkması nedeniyle şirketin vergi borçlarında önemli oranda azalma olması, alacaklılarla borç erteleme anlaşması yapılması, kazanılması kuvvetle muhtemel sorumluluk davalarının açılması vb. sebepler, iflâsın ertelenmesi için gerekçe oluşturabilir⁷⁸.

bb. İyileştirme ve Konkordato

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için başvurulacak yollardan biri de konkordato teklifidir⁷⁹. Şirket mahkemeye, alacaklılarla konkordato yapılabileceği konusunda yeterli kanaat vererek, iflâsın ertelenmesini sağlayabilir⁸⁰.

⁷⁶ Giroud, s. 121; Lanz, s. 164.

⁷⁷ Lanz, s. 164.

⁷⁸ Bürgi, Art. 725, N.22; Domaniç- II s. 547; Herold, s. 147; Kuru-Sermaye s. 627; Pekcamtez-İflâs s. 53; Schech, s. 27.

⁷⁹ Kuru-Sermaye s. 628; Kuru- C.III, s. 2811; Pekcamtez-İflâs s. 53; Schmid, s. 51.

⁸⁰ Pekcamtez-İflâs s. 53-54.

İflâsın ertelenmesi ve konkordato, birbirinden bağımsız ve tamamen farklı kurumlardır. İflâsın ertelenmesi, şirkete, her hangi bir yoldan malî durumunu iyileştirebilmesi için bazı tedbirlerin alınması amacıyla süre verilmesi şeklinde gerçekleşir. Buna karşılık konkordato ise kanunla öngörölmüş bir usul çerçevesinde (m.285-309), şirketin, alacaklılarıyla anlaşarak malî durumunu düzeltmesi veya en azından iflâstan kurtulması amaçlarına hizmet eden bir yoldur.

İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin malî durumunun iyileştirilmesi tedbiri olarak, bir konkordato yapılması söz konusu olabileceği gibi⁸¹, iyileştirmenin imkânsız olduğu sonucu da ortaya çıkabilir. İflâsın ertelenmesi, konkordato dışındaki iyileştirme tedbirlerine dayanılarak talep edilmiş ve mahkemece, bu yönde karar verilmiş olsa bile, erteleme süresi içinde şirket, konkordato talebinde bulunabilir⁸².

Şirketin konkordato talebinde bulunması üzerine, tetkik merciince konkordato mühleti (m.287-288) verilmesi durumunda, konkordatonun tasdikinin beklenmesine gerek olmaksızın kural olarak iflâsın ertelenmesi süresi kalkar, yani etkisiz hale gelir⁸³; iki süre yan yana birlikte bulunamaz. Zira konkordato mühleti verildiğinde, erteleme süresine gerek kalmaz. Ancak bazı istisnai durumlar söz konusu olabilir. Örneğin konkordato, mahkemeye önerilen kapsamlı bir iyileştirme tedbirleri paketinin sadece bir bölümünü oluşturuyorsa, bu durumda konkordato mühletinin sona ermesinden sonra da yeni alacaklılara karşı, erteleme süresinin devamında, iflâs talebinde bulunulmaması ve bununla bağlantılı işlemlerin yapılamaması yönlerinden önemli menfaatler söz konusudur⁸⁴.

Konkordato, bir iyileştirme tedbiri olarak kabul edildiğinde, anonim şirketin borca batıklık sebebiyle iflâsının istenmesi yerine konkordato talep etmesi ve fakat bu konkordatonun tasdik edilmemesi durumunda kanun koyucu tarafından bağımsız bir doğrudan doğruya iflâs sebebinin düzenlenmiş olması karşısında bazı tereddütler ortaya çıkabilir. Teklif edilen konkur-

⁸¹ **Bürgi**, Art. 725, N.8; **Giroud**, s. 149; **Herold**, s. 145, 150; **Pekcanitez-İflâs** s. 53-54; **Schech**, s. 27, 36; **Schmid**, s. 51-52.

⁸² BISchK 32 (1968), s. 95; ZR 75 (1976), N.20; **Giroud**, s. 148; dn.295; **Kuru-Sermaye** s. 628; **Kuru- C.III**, s. 2811; **Lanz**, S. 166; **Schech**, s. 63, 66; **Schmid**, s. 64.

⁸³ **Giroud**, s. 150; **Pekcanitez-İflâs**, s. 54; **Schech**, s. 52.

⁸⁴ **Schmid**, s. 52.

datonun tasdik edilmemesinden (veya konkordato mühletinin kaldırılmasından) itibaren yedi gün içinde alacaklılardan biri, m.301'e göre şirketin doğrudan doğruya iflâsını talep edebilir (m.177/3). Diğer taraftan borca batık hâldeki bir şirket, doğrudan doğruya iflâs yerine konkordato talebinde bulunmuş ve bu konkordatonun tasdik edilmemesi üzerine, borca batıklık bildiriminde bulunma ve iflâsı talep etme zorunluluğu tekrar gündeme gelmiştir. Böylece alacaklılardan birinin açtığı doğrudan doğruya iflâs davası ile, şirketin borca batıklık sebebiyle zorunlu olarak yaptığı iflâs talebi yan yana birlikte bulunacaktır. Bu durumda şirket, konkordato dışındaki başka tedbirlere dayanarak iflâsın ertelenmesini talep edebilir mi?

Buradaki durum, daha önce ele alınan, bir alacaklı tarafından şirketin iflâsının istenmesine rağmen, borca batıklık sebebiyle şirket tarafından doğrudan doğruya iflâs talebiyle birlikte istendiğinde, iflâsın ertelenmesinin mümkün olup olmadığı sorunu ile aynı niteliktedir ve kanımızca bu durumda iflâsın ertelenmesine karar verilmesi mümkün olmalıdır⁸⁵. Zira mahkeme iflâsın ertelenmesi kararını, bir tek alacaklının değil, tüm alacaklıların menfaatlerini göz önüne alarak vermek zorundadır. Ayrıca konkordato, malî durumun iyileştirilmesinin yegâne yolu olmadığından, şirkete diğer iyileştirme tedbirlerine başvurabilmesi bakımından imkân tanınması yerinde olur.

cc) Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Prosedürü

Hukukumuzda, 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı Kanun⁸⁶ ile kazandırılan ve "İstanbul yaklaşımı" olarak adlandırılan usul çerçevesinde, borca batık hale gelmiş olan bir sermaye şirketinin mali sektöre olan borçlarının yeniden yapılandırılması yoluna başvurulmuş olması da bir iflâsın ertelenmesi tedbiri olarak değerlendirilebilir. İyileştirme projesinde bu prosedürün başladığı ve sözleşme imzalanmasının kuvvetle muhtemel olduğu konusunda yeterli delil bulunduğu, mahkeme bu sebeple iflâsın ertelenmesi talebini kabul edebilir.

⁸⁵ Schech, s. 34; Schmid, s. 52; karşı görüşte: Baumann, s. 127; Giroud, s. 150.

⁸⁶ Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun RG: 31.01.2002 (24657 Mükerrer)

d. Alacaklıların Haklarının Korunması Koşulu

Borca batık bir sermaye şirketinin, malî durumunun iyileştirilmesi, çoğunlukla şirket alacaklılarının, alacaklarının belli bir bölümünü gözden çıkarmaları sonucunu doğurur⁸⁷. Diğer taraftan, borca batıklığın şirket için zorunlu bir iflâs sebebi olarak düzenlenmesi ilk planda alacaklıların korunmasına hizmet eder. Bu sebebe dayanılarak iflâsın istenmesiyle, alacaklıların başvurabilecekleri şirket malvarlığının tamamen yok olmaktan kurtarılması ve alacaklıların daha yüksek oranda alacaklarına kavuşabilmeleri sağlanmış olur. Bu yüzden iflâsın ertelenmesi kurumu her ne kadar şirketin menfaatleri göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de, alacaklıların kanunca korunan menfaatleri veya alacakları için sağlanan garantilerin ihlâlî söz konusu olmamalıdır. Yani iflâsın ertelenmesi, ancak alacaklıların hakları, iflâsın derhal açılmasına nazaran daha kötü duruma sokulmayacak ise mümkün olmalıdır⁸⁸. İflâsın ertelenmesi sonucu alacaklıların katlanmak zorunda kalacakları zarar, erteleme kararı verilmeden derhal iflâs kararı verilmesi durumunda katlanacakları zarara göre daha fazla ise, iflâsın ertelenmesi talebi reddedilmelidir⁸⁹.

II. İFLÂSIN ERTELENMESİ KARARININ SONUÇLARI

A. İFLÂSIN ERTELENMESİ KARARI

İflâsın ertelenmesi için gereken koşulların var olup olmadığına karar verme yetkisi, münhasıran iflâs talebini incelemekte olan ticaret mahkemesine aittir⁹⁰. Mahkeme, malî durumun iyileştirilmesi şekli ve usulü hakkında karar veremez⁹¹; sadece önerilen tedbirlerin, şirketin malî durumunu iyileştirmeye elverişli olup olmadığı ve alacaklıların, iflâsın derhal açılması durumuna göre

⁸⁷ Giroud, s. 122; Lanz, s. 164.

⁸⁸ Giroud, s. 122; Lanz, s. 164; karşı görüşte: Schmid, s. 48-49.

⁸⁹ SJZ 73 (1977) s. 290; Baumann, s. 126; Bürgi, Art. 725, N.22, Duss, s. 70; Herold, s. 147; Schmid s. 160, 164.

⁹⁰ Duss, s. 49-50; Giroud, s. 123; Kuru-Sermaye s. 633; Kuru- C.III, s. 2819.

⁹¹ Giroud, s. 120-121; Pekcanitez-İflâs, s. 54; Schmid, s. 49; karşı görüşte: Bürgi, Art. 725, N.28, 29; Üstündağ-Düşünceler s. 20, dn.5 (yazarlar, mahkemenin anonim şirkete ait iş yerlerinin işletilmesinin durdurulup durdurulmayacağı konusunda karar verilebileceği görüşündedir ki bu, iyileştirme tedbirinin şekli ve usulü hakkında karar vermek anlamına gelir).

daha az oranda tatmin edilip edilmeyeceklerini inceler⁹². Bu inceleme sonunda belirtilen tedbirlere göre malî durumun iyileştirilmesi mümkün görülüyorsa ve alacaklılar da daha kötü bir konuma gelmeyecek iseler, iflâsın ertelenmesine karar verilir⁹³.

İflâsın ertelenmesi talebini yerinde bulan mahkeme, kararında şirket hakkındaki iflâsın hangi süre için ertelendiğini de belirtmelidir. Kanun koyucu iflâsın ertelenmesi süresinin en çok bir yıl olarak belirlenebileceğini kabul etmiştir (İİK m.179/b, IV).

İflâsın ertelenmesi süresini, tüm durumlar için bir yıl olarak belirlemek, kanımızca yerinde bir düzenleme olmamıştır. Gerçekten bu süre, her somut olaya göre değişecek niteliktedir ve anonim şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için önerilen tedbirlerin hangi süre içinde sonuç verebileceği, en iyi biçimde talebi inceleyen mahkeme tarafından (bilirkişi aracılığıyla) tespit edilebilir⁹⁴. Bu süre konusunda hakime takdir yetkisi tanınması uygun olurdu.

İflâsın ertelenmesi süresi, mahkemece kayyımın verdiği rapor dikkate alınarak, bir yılı geçmemek üzere bir defa uzatılabilir. İflâsın ertelenmesi süresinin mahkemece uzatılabilmesi için alacaklı veya şirketin ya da kayyımın bu yönde bir talepte bulunması gerekir⁹⁵. Erteleme kararı verilebilmesi için gereken koşullar, aynen erteleme süresinin uzatılması kararı verilebilmesi için de geçerlidir⁹⁶.

Erteleme süresinin uzatılması konusunda mahkeme, erteleme kararı ile atanan kayyımın, o ana kadar uygulanan iyileştirme tedbirlerinin sonucu ve şirketin durumu hakkında vereceği rapora göre karar verecektir. İyileştirmenin gerçekleşemeyeceği kesinlik kazanmadıkça, başka bir deyişle iyileştirme ümidi yüksek bir ihtimalle devam ettiği ve alacaklıların haklarının da zarara uğramayacağı anlaşıldığı takdirde, erteleme süresinin en çok bir yıl daha uzatılmasına karar verilmelidir⁹⁷.

⁹² Giroud, s. 121.

⁹³ Giroud, s. 121; Pekcanitez-İflâs s. 54.

⁹⁴ Giroud, s. 137; Pekcanitez-İflâs, s. 55; Schmid, s. 54, 66.

⁹⁵ Herold, S. 150; Schech, s. 61; karşı görüşte: Giroud, s. 137, dn.221.

⁹⁶ Giroud, s. 137.

⁹⁷ SJK 73 (1977) s. 290-291; Giroud, s. 137; Schech, s. 61.

B. İFLÂSIN ERTELENMESİ TEDBİRLERİ (MUHAFAZA TEDBİRLERİ)

İİK m.179/a iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte alınabilecek tedbirleri düzenlemektedir. İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır (aynı yönde TTK m.324, II).

Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir.

İflâsın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir.

Mahkeme erteleme kararının hüküm fıkrasını 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilân eder ve gerekli bildirimleri yapar.

Ancak tedbir kararı, iyileştirmenin şekli ve usulü hakkında bir karar niteliğinde olmamalıdır. Mahkeme sadece anonim şirket yönetim kurulu veya bir alacaklı tarafından önerilen iyileştirilme şekli ve usulünün, anonim şirketi gerçekten sağlıklı bir malî yapıya kavuşturmaya uygun olup olmadığına karar verecektir⁹⁸.

Türk Ticaret Kanununda ise sadece envanter tanzimi ve kayyım⁹⁹ atanması gibi tedbirler örnek olarak sayılmıştır (TK m.324, II). Bu sayma sınırlayıcı olmadığından, mahkeme başkaca muhafaza tedbirleri alınmasına da karar verebilecektir¹⁰⁰.

⁹⁸ BİSchK 32 (1968) s. 95; Giroud, s. 126; Pekcantez-İflâs, s. 55; Schmid, s. 49, 59; karşı görüşte: Bürgi, Art. 725, N. 28; Duss, s. 70, dn. 139; Üstündağ-Düşünceler s. 20.

⁹⁹ 4949 s.K. İle getirilen İİK m.179/a daki düzenlemeden önce TK. m.324, II'de "yediemin" terimi kullanılmıştır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (OD) m. 725, IV de ise, almanca metinde, konkordatoda olduğu gibi "komiser" (Sachwalter), fransızca metinde ise "kayyım" (curateur) terimleri kullanılmıştır. Buradaki yediemin, icra hukukundaki, hacedilen malların muhafaza için kendisine teslim edildiği kişi anlamında olmadığından, İİK m.179/a'dan önce de "kayyım" teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı görüşü hakimdi (Berkin-Sermaye s. 173; Franko, s. 429; Kuru, Sermaye s. 629; Kuru, C.III, s. 2813-2814; Pekcantez-İflâs s. 56, dn. 116).

¹⁰⁰ Doğanay, s. 843; Eriş, TTK s. 936; İmregün, s. 473; Kuru-Sermaye s. 629; Kuru- C.III, s. 2812; Öçal-Sorunlar s. 16-17; Pekcantez-İflâs s. 56.

Kanunda belirtilenlerle birlikte, mahkemece alınmasına karar verilebilecek muhafaza tedbirlerin neler olabileceğini ayrı ayrı incelemek gerekir.

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararla birlikte verdiği tedbir kararlarını, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirket veya alacaklılar ya da diğer ilgililer (tedbirden etkilenebilecek olan kişiler) tarafından yapılabilecek talep üzerine, atanan kayyımca verilecek raporları da dikkate alarak ortadan kaldıracabileceği gibi, sonradan gereken bazı farklı tedbirlerin alınmasına da karar verebilir.

1. İflâsın Ertelenmesi Kararının İlanı

“İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararın hüküm fıkrasını İİK m.166,II'deki usulle ilan eder ve gerekli bildirimleri yapar”. 4949 sK. İle getirilen İİK m.179/a, IV deki bu düzenlemeden önce, hukukumuzda iflâsın ertelenmesi hakkındaki kararın ilan edilip edilmeyeceği yolunda bir hüküm mevcut değildi¹⁰¹. Kanunda bir hüküm olmadığı halde, İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰², konkordato mühletinin ilânını öngören hükümden (SchKG Art.296) hareketle, bu hükme kıyasen mahkemenin, iflâsın ertelenmesi hakkındaki kararı da ilan etmesi gerektiği görüşünde idi. Yeni düzenlemeye göre (OR.Art 725 a, III) üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından gerekli ise, iflâsın ertelenmesi kararı ilan edilmelidir. Ülkemizde de iflâsın ertelenmesi kararının ilan edilmesi gerektiği doktrinde de çoğunlukla kabul edilmekteydi¹⁰³.

Bir sermaye şirketinin borca batıklık sebebiyle doğrudan doğruya iflâsının talep edilmesi durumunda, bu iflâs talebi, m.178, II'ye kıyasen (m.166'daki usulle) ilan edilmesi gerektiğinden ve bu ilan ile şirketin üçüncü kişiler ve özellikle bankalar nezdindeki kredi itibarı olumsuz yönde etkileneceğinden, iflâsın ertelenmesi kararının ilanı, şirketin malî durumunun iyileştirilmesi yolundaki çabaların başarıya ulaşabilmesi açısından önemlidir. Diğer taraftan bu ilan, iflâsı ertelenen şirket ile ilişkiye girecek olan üçüncü kişilerin ve alacaklıların korunması amaçlarına da hizmet eder¹⁰⁴. Ayrıca mahkemece

¹⁰¹ İsviçre'de de 1991 değişikliğinden önce durum aynı idi.

¹⁰² BGE 101 III s. 105.

¹⁰³ Franko, s. 427; Giroud, s. 127; Kuru-Sermaye s. 632; Kuru- C.III, s. 2618; Lanz, s. 165; Pekcantez-İflâs s. 57; Üstündağ-Düşünceler s. 20.

¹⁰⁴ Franko, s. 428; Pekcantez-İflâs s. 57; Üstündağ-Düşünceler, s. 20.

karar verilecek muhafaza tedbirlerinin, erteleme amacı doğrultusunda etkili olabilmeleri bakımından, bu tedbirleri de içeren iflâsın ertelenmesi kararının ilân edilmesi yerinde olur¹⁰⁵.

Doktrinde, erteleme kararının etkilerinin, ilân ile işlemeye başlayacağı görüşü savunulmuştur¹⁰⁶. Kanunda bu yolda açık bir hüküm yokken, iflâsın ertelenmesi kararının tüm etkilerini ilâna bağlamak kanımızca mümkün değildir. Çünkü ilân, kural olarak üçüncü kişiler bakımından gereklidir. Bu etkilerin kural olarak, kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması daha yerinde olur. Zira İİK m.179/b'de erteleme kararının etkileri sayılmaya başlanırken, "erteleme kararı üzerine" ifadesi kullanılmıştır. Ancak erteleme kararını veren mahkeme, bu kararın bazı etkilerinin ilân ile başlayacağına hükmedebilir. Özellikle üçüncü kişiler (alacaklılar) bakımından kararın etkilerini, ilândan itibaren doğurmaya başlaması daha yerinde olur.

2. Defter Tutulması

TTK m.324, II'de iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, şirket mallarının muhafazası için gerekli tedbirlerden envanter tanzimi (şirket mallarının defterinin tutulması) açıkça belirtilmiştir. Doktrinde hakim olan görüşe göre, şirket mallarının defterinin tutulmasına karar verilebilmesi için, mahkemeye sunulmuş olan borca batıklık bilançosunun tamlığı ve doğruluğu hakkında bir şüphenin varlığı gereklidir¹⁰⁷. Böyle bir şüphenin varlığı durumunda mahkemenin defter tutulması ile birlikte, alacaklıları, alacaklarını bildirmeye davet etmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁰⁸.

İhtiyarî iflâs talebinde (m.178, I) anonim şirket, tüm alacaklıların isim ve adreslerini gösteren bir belgeyi mahkemeye sunmak zorunda olmasına rağmen, zorunlu iflâs talebinde (m.179) böyle bir belge aranmamaktadır. Bu konudaki düzenleme boşluğunun kapatılması bakımından, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte mahkemenin, alınmasına karar verebileceği muhafaza

¹⁰⁵ Kuru-Sermaye s. 632; Kuru- C.III, s. 2816.

¹⁰⁶ İmregün, s. 473; Pekcanitez-İflâs s. 57.

¹⁰⁷ Bürgi, art. 725, N.30; Giroud, s. 128; Lanz, s. 165; Schmid, s. 57; karşı Herold, s. 149. Böyle bir şüphenin gerekliliğinden söz etmeksizin, defter tutulması gerektiği görüşünde: Jaeger Art. 192, N.2; Schech, s. 69; karşı Kuru-Sermaye s. 630; Kuru- C.III, s. 2614; Pekcanitez-İflâs s. 56.

¹⁰⁸ Herold, s. 34; Schech, s. 71, 73; Giroud, s. 128.

tedbirlerinden biri olarak defter tutulması ile aynı zamanda alacaklılara, alacaklarını belli bir süre içinde bildirmeleri için ilân yolu ile bir davette bulunulmasına da karar verilmesi yerinde olur. Bu davetin, özellikle borca batıklık bilançosunun tam ve doğru bir şekilde düzenlenmediği yolunda bir şüphenin varlığı durumunda yapılması gerekir¹⁰⁹. Mahkemenin davetinde belirtilen süre içinde, alacaklarını bildirmeyen alacaklılar, konkordatoda olduğu gibi (m.292) sonradan yapılması mümkün olan bir alacaklılar toplantısına katılma haklarından mahrum kalmamalıdırlar. Buradaki davet üzerine alacaklıların yaptığı bildirimler, sadece şirketin gerçek malî durumunun tesbitinde ve uygulanacak olan iyileştirme tedbirlerine yenilerinin eklenmesinin gerekli olup olmadığının tesbitinde, kayyım bilgi verici ya da yönlendirici bir etkiye sahiptir¹¹⁰.

Şirket mevcudunun defterinin tutulması, tek başına malvarlığının korunmasına uygun bir tedbir değildir. Zira mevcut durumun tesbiti, bu durumun değişmesini engelleyemez¹¹¹. Şirket mallarının defterinin tutulması mahkemeye, anonim şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidinin var olup olmadığının tesbiti bakımından yardımcı olabilir¹¹².

Mahkeme, şirket mallarının defterinin tutulmasına karar verirse, bu defterin düzenlenmesinde en önemli dayanak, anonim şirketin ticarî defterleri olacaktır. Daha önce mahkemeye sunulmuş olan, borca batıklık bilançosunun, bu deftere esas alınıp alınmayacağı, defter tutmakla görevlendirilmiş olan kayyımın takdirine kalmıştır. Borca batıklık bilançosundaki değerlendirmenin gerçeğe uygunluğundan şüphe eden mahkeme, atayacağı kayyım tutturacağı defter sayesinde, işletmeye dahil unsurların gerçek değerini öğrenebilecek ve özellikle bu değerlerden hareketle, gerekli olan diğer tedbirlerin alınmasına sonradan karar verebilecektir. Defter tutulurken işletmeye dahil unsurların değerlendirilmesi, kayyım ve gerektiğinde onun başvuracağı bilirkişi tarafından yapılacaktır. Defter tutulması sırasında göz önünde bulundurulacak olan değerler, işletmedeki unsurların tasfiye değerleri değil, devam etmekte olan bir işletmedeki değerler olmalıdır¹¹³.

¹⁰⁹ **Bürgi**, Art. 725, N.30; **Giroud**, s. 128; **Lanz**, s. 160; **Schmid**, s. 57.

¹¹⁰ **Karş. Schech**, s. 72.

¹¹¹ **Schech**, s. 57.

¹¹² Basel İstinaf Mahkemesi, **BJM** 1964, s. 135-136.

¹¹³ **Schech**, s. 71.

3. Kayyım Atanması

a. Mahkemenin Atama Kararı

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararı ile birlikte bir (gerekirse birden çok) kayyım atanmasına da karar verir (İİK m.179/a, II; TK m.324, II; OR.Art.725 a, II). Kayyım atanması, ilgililerin talebine bağlı değildir. Zira mahkeme, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirket malvarlığının korunması için uygun ve gerekli olan her türlü tedbirin alınmasına kendiliğinden, yani her hangi bir taleple bağlı olmaksızın karar vermelidir¹¹⁴. Mahkemenin kayyım atanması konusunda, kanundan ötürü sahip olduğu bu yetki, atanacak kayyımın seçiminde de kendini gösterir. Yani kimin kayyım olarak atanacağı da tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır¹¹⁵. Ancak bu, mahkemenin ilgililerden bu yönde gelecek olan tekliflere tamamen kapalı olacağı anlamına gelmez.

Mahkeme bir tek kayyım atayabileceği gibi, anonim şirketin durumuna göre birden fazla kayyım atanmasına da karar verebilir¹¹⁶. İsviçre uygulamasında mahkeme, kayyım yanında bir de geçici ticarî vekil atamaktadır¹¹⁷. Bu ticarî vekil, kayyımdan farklı olarak sadece mahkeme tarafından belirtilen işler için ve şirket menfaatlerini gözetmek üzere atanır¹¹⁸. Geçici ticarî vekil ve kayyım ile anonim şirket organları arasındaki ilişki de, mahkemece açıkça belirtilir. Ancak doktrinde geçici ticarî vekilin, sadece ikinci bir kayyım olarak tayin edilebileceği ve yetkilerinin, şirkete ait belli bazı işlerin yürütülmesi ile sınırlandırılabilmesi savunulmuştur¹¹⁹. Zira ticarî vekil adı altında, anonim şirkete bu şekilde, geçici bir temsilci tayin etmek, mahkemenin yetkisi dışındadır¹²⁰.

¹¹⁴ Giroud, s. 129.

¹¹⁵ Giroud, s. 129; karşı görüşte (kural olarak, şirketin teklif ettiği kişinin atanması gerektiği görüşünde): Schech s. 66, 68.

¹¹⁶ BGE 104 III s. 1, Giroud, s. 129.

¹¹⁷ SJK 7 (1910/11) s. 213; SJZ 17 (1920/21) 216; ZR 69 (1970) s. 308; Giroud, s. 133; Schmid, s. 55.

¹¹⁸ Schmid, s. 56.

¹¹⁹ Giroud, s. 133-134.

¹²⁰ Giroud, s. 134.

Doktrinde tüzel kişilerin de kayyım olarak atanabilecekleri savunulmaktadır¹²¹. Kanaatimizce de hukukumuzda buna engel bir düzenleme bulunmamaktadır.

İflâsın ertelenmesi kararında mahkeme, kayyımın görev ve yetkilerini ayrıntılı olarak göstermek zorundadır (İİK m.179/a, III). Kayyımın görevi sırasında ortaya çıkacak bir tereddütün giderilebilmesi için, mahkemenin, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, kayyımın görev ve yetkileri konusunda, talep üzerine yeniden belirleme yapması, tavzihte bulunması mümkündür.

Kayyım atanmasına karar veren mahkeme, talep üzerine, kayyımı veya kayyımları görevden almak, yeni kayyım atamak ya da kayyımların yetkilerini yeniden düzenlemek konusunda tam takdir yetkisine sahiptir.

Mahkeme, iflâsın ertelenmesi kararında şirket yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alarak, şirketin atanmış kayyım (ya da kayyımlar) tarafından yönetilmesine karar verebileceği gibi, kayyımı sadece bazı işlemler bakımından tek başına yetkilendirebilir ve bu işlemler dışında şirket yönetim organının yetkilerini aynen muhafaza edebilir. Zira mahkemeye, atanmış kayyımı tamamen yetkilendirme imkanı tanıyan düzenlemenin, zımnen kısmi yetkilendirme imkanını da tanıdığı kabul edilmelidir (İİK m.179/a, II).

İkinci bir ihtimal olarak da kanun koyucu, mahkemenin, şirket yönetim organının iş başında kalması, ancak bu organın karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılınması yolunda da karar verebileceğini kabul etmiştir.

Kanaatimizce mahkeme, bazı işlemlerin sadece atanmış kayyım tarafından yapılabileceğine, diğer işlemlerin ve kararların geçerliliğinin ise kayyımın onayına bağlanmasına karar verebilecektir.

Kayyım, mahkemenin belirleyeceği sürelerde faaliyetleri ve işletmenin durumu konusunda düzenli olarak mahkemeye rapor vermekle yükümlüdür (İİK m.179/b, IV).

¹²¹ Giroud, s. 129.

b. Kayyımın Hukukî Durumu

Kayyım, İsviçre Federal Mahkemesi¹²² ve doktrin¹²³ tarafından genel olarak kabul edilen görüşe göre, “borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı ölçüde gözeten, devletin resmî bir organıdır”; ancak kayyım, bu resmî konumuna rağmen devlet memuru sayılmaz¹²⁴.

Kayyımın hukukî durumu, konkordato komiserine (m.287, II) benzetmesine rağmen kayyım, icra tetkik merciinin değil, kendisini atayan ticaret mahkemesinin denetimine tabidir¹²⁵. Bunun sonucu olarak, kayyımın kararlarına veya işlemlerine karşı şikâyet, tetkik merciine değil, atama kararını veren ticaret mahkemesine yapılır¹²⁶. Zira kayyım atama kararı (iflâsın ertelenmesi kararı) ile o mahkeme işten el çekmemekte, iflâsın ertelenmesi süresince bu prosedür ile ilgili olarak yapılacak her türlü talep konusunda karar verme yetkisi devam etmektedir.

Konkordato komiserinin kararlarına karşı olduğu gibi (m.287, 16 vd.), menfaatleri, iptali istenen işlem veya karardan zarar gören herkes, kayyımın karar ve işlemlerine karşı şikâyet hakkına sahiptir¹²⁷. Bu kişiler şirket veya şirket ortakları olabileceği gibi, alacaklılar da olabilir¹²⁸.

Kayyımın görevleri ve yetkileri kanunda belirtilmemiştir; bu husus tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle mahkeme, atadığı kayyımın görev ve yetkilerini ve şirket organları karşısındaki konumunu kararında açıkça belirtmelidir (İİK m.179/a, III). Mahkeme kararında bu belirleme yeterince ayrıntılı olarak yapılmamışsa, kural olarak, kayyıma geniş yetki tanındığı kabul edilebilir¹²⁹. Ancak bu yorumun, pratikte kayyım için

¹²² BGE 104 III s. 2-3; ayrıca karş. SJZ 73 (1977) 290.

¹²³ **Bürgi**, Art.725, N.31; **Forstmoser/Meier-Hayoz** § 15, N.4; **Giroud**, s. 130; **Herold**, s. 150; **Jaeger**, Art. 295, N.4; **Schech**, s. 78-80; **Schmid**, s. 54.

¹²⁴ **Schech**, s. 86. Yazara göre, burada bir kamu görevinin devri ilişkisi söz konusudur (s. 80).

¹²⁵ BGE 98 III s. 42; **Giroud**, s. 130; **Schmid**, s. 54; karşı görüşte: **Herold**, s. 150-151; **Schech**, s. 68, 83 (yazarlar kayyımın, tetkik merciinin denetimine tâbi olduğu görüşündedirler). Konkordato komiseri bakımından karş. **Tanrıver**, s. 261.

¹²⁶ BGE 98 III s. 42; **Giroud**, s. 130; **Schmid**, s. 55; karşı görüşte: **Herold**, s. 151; **Schech**, s. 84.

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez-Şikâyet**, s. 55-56, 98; **Tanrıver**, s. 261.

¹²⁸ **Amonn**, s. 435; **Herold**, s. 151; **Schech**, s. 68-69; **Schmid**, s. 54.

¹²⁹ **Schmid**, s. 54.

pek elverişli olduğu da söylenemez. Bu yüzden kayyımın, görevi kabul eder etmez mahkemeden görev ve yetkilerinin neler olduğu hususunun kendisine açıkça bildirilmesini talep etmesi yerinde olur; ilgililerin de bu yönde talepte bulunmaları mümkündür.

Mahkeme, şirketin yönetimini tek başına kayyıma bırakabileceği gibi, şirketi idare ve temsile yetkili diğer kişilerle birlikte de yetkili kılabilir veya yönetim organının kararlarının ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlayabilir (İİK m.179/a, II)¹³⁰.

Kanaatimizce mahkeme kayyıma, sadece şirket işlerine nezaret görevi de verebilir. Mahkemenin kayyımın yetkileri konusundaki kararının içeriğine ilişkin İİK m.179/a, II'deki sayma sınırlı değildir; örnek olarak tüm yetkileri kayyıma verme ve kararların geçerliliğini kayyımın onayına bağlama ihtimalleri sayılmıştır. Bu ihtimaller kısmen birlikte karma olarak kullanılabileceği gibi, iflâsın ertelenmesi kurumunun niteliği ve amacıyla bağdaşabilecek diğer ihtimaller de bulunabilir. Mahkeme kayyım ya da kayyımların görev ve yetkilerini belirlerken, işletmenin niteliğinin gerektirdiği şekilde karar verebilmelidir.

Kayyıma sadece şirket işlerine nezaret görevi verilmesi durumunda, kayyımın kararları bağlayıcı değildir ve işlemler için muvafakatinin alınmasına da gerek yoktur. Ancak yönetim kurulu kayyımın uyarı ve talimatlarına uymazsa, kayyım mahkemeye başvurarak iflâsın ertelenmesi kararının kaldırılıp anonim şirketin iflâsına karar verilmesini isteyebilir¹³¹.

Kayyımlık, mahkemenin bir kişiyi kayyım olarak atamasıyla birlikte (yani mahkeme kararı ile) değil, atanmış kişinin bu görevi kabul etmesiyle başlar. Dolayısıyla kayyımlığı kabul zorunluluğu yoktur¹³². Atanan kişi kayyımlık görevini reddedebileceği gibi, erteleme süresi içinde bu görevden istifa etmesi de mümkündür¹³³. Bu durumlarda mahkeme yeni bir kayyım atar. Diğer taraftan mahkemenin de erteleme süresi sona ermeden, gerektiğinde

¹³⁰ **Bürge**, Art. 725, N.28; **Gentinetta**, s. 48; **Giroud**, s. 130; **Herold**, s. 149; **Lanz**, s. 165; **Schmid**, s. 54; karşı **Schech**, s. 77 (yazara göre, kayyıma, anonim şirketi tek başına yönetme yetkisi tanımak doğru değildir).

¹³¹ **Franko**, s. 431-432; **Kuru-Sermaye** s. 631; **Kuru- C.III**, s. 2815.

¹³² **Giroud**, s. 131.

¹³³ **Giroud**, s. 131; **Schmid**, s. 55.

kayıyı bu görevden alması mümkündür¹³⁴. Görevden alma sebebi, atanmış olan kişinin yetersizliği veya anonim şirketin geleceği bakımından görevinin gereksiz hale gelmesi olabilir¹³⁵. Bunun dışında kayımlık görevi, erteleme süresinin sona ermesi veya erteleme kararının kaldırılması ile biter¹³⁶. Çünkü bu ihtimalde şirket eski durumuna dönmüş olur.

İflâsın ertelenmesi süresinin şirket açısından başarısızlıkla sonuçlanması, yani malî durumun düzeltilmesi ümidi kalmaması üzerine sona ermesi durumunda mahkeme şirketin iflâsına karar vereceğinden, erteleme süresince kayıym olarak görev yapan kişinin, iflâs idare memuru olarak atanması mümkündür¹³⁷. Kayıym, iflâsın ertelenmesi süresince sadece borçlu anonim şirketin temsilcisi değil aynı zamanda alacaklıların menfaatlerini gözeten bir organ olarak görev yaptığından, iflâs idare memurluğuna seçilmesinde bu yeni sıfatıyla bağdaşmayan bir durum söz konusu olmaz. Ayrıca iflâs idare memuru olarak seçilen eski kayıym, kayımlık görevi süresince edindiği bilgi ve tecrübe sayesinde zaman ve masraf bakımından da tasarrufa yardımcı olacaktır¹³⁸.

Ertelene süresi içinde şirketin teklifi üzerine, konkordato mühleti verilmesi durumunda da, erteleme süresi sona ereceğinden, görevi biten kayıymın bu kez konkordato komiseri olarak atanması mümkündür¹³⁹.

Kayıyı atayan ticaret mahkemesi, kararında kayımlık ücretini de tespit etmelidir¹⁴⁰. Kayıymın görevi süresince ücret ve alınan tedbirler sebebi ile ortaya çıkacak masraflar, erteleme masraflarından sayılır ve iflâsı ertelenen şirket tarafından karşılanması gerekir¹⁴¹. Bu masrafları garanti etmek üzere mahkeme, iflâsın ertelenmesini talep eden şirketten (veya alacaklıdan) muhtemel masrafların peşin olarak ödenmesini isteyebilir; hatta bu hususu iflâsın ertelenmesi için bir ön koşul olarak da değerlendirebilir¹⁴². Ertelene

¹³⁴ Giroud, s. 131; Schmid, s. 55; karşı Schech, s. 68, 85.

¹³⁵ Schmid, s. 55.

¹³⁶ Giroud, s. 131; Herold, s. 150; Schmid, s. 55; Schech, s. 84.

¹³⁷ BGE 104 III s. 3; Giroud, s. 131; Schmid, s. 55.

¹³⁸ Giroud, s. 131; Schmid, s. 55.

¹³⁹ Giroud, s. 131; Herold, s. 150; Schmid, s. 55.

¹⁴⁰ Schmid, s. 54.

¹⁴¹ SJZ 36 (1939/40) s. 349; Bürgi Art. 725, N.32; Giroud, s. 132; Schmid, s. 54.

¹⁴² Giroud, s. 132.

süresi içinde, yatırılan masraf avansının yetmeyeceği anlaşıldığı takdirde, mahkeme ek masraf avansı yatırılmasına karar verebilir¹⁴³.

İflâsın ertelenmesi kararı için yatırılan masraf avansı, kayyımın ücretini ve yaptığı harcamaları karşılamadığı takdirde kayyım, karşılanamayan miktar için devlete değil, sadece şirkete müracaat edebilir¹⁴⁴. Bu nedenle kayyımın, söz konusu masraflar için anonim şirketten teminat istemesi, hatta görevi kabul etmesini bu koşula bağlaması da mümkündür¹⁴⁵. İsviçre uygulamasında mahkemenin, kayyıma masraflar için gerekli avansı doğrudan şirketten talep etmesi¹⁴⁶ veya ücretini ve yaptığı masrafları karşılayacak meblağı bizzat idaresi kendisine bırakılan şirket kasasından doğrudan tahsil edebilmesi hususunda yetki verdiği görülmektedir¹⁴⁷.

Bir görüşe göre, iflâsın ertelenmesi süresi sonunda şirketin malî durumunun iyileşemeyeceğinin anlaşılması üzerine şirketin iflâsına karar verildiğinde, kayyım tarafından hak edilmiş ancak masraf avansı ile karşılanamamış olan ücret ve masraf alacağı, masa alacağı olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁸.

Kayyım, şirketin yönetimine ilişkin olarak yaptığı işlemler sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlardan dolayı anonim şirket ve alacaklılara karşı sorumludur. Kayyımın sorumluluğu hukukî sorumluluktur. İsviçre doktrininde hakim olan görüşe göre, kayyım için tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin hükümler (OR Art. 754, II = TK. m.450, m.224) uygulanmalıdır¹⁴⁹.

4. Anonim Şirketin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması

İflâsın ertelenmesi kararı ile iflâstakinin aksine (karş. İİK m.191) şirket kural olarak, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini tam olarak sürdürür¹⁵⁰. Ancak mahkeme, şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin

¹⁴³ Giroud, s. 132.

¹⁴⁴ SJZ 36 (1939/40) s. 350; Giroud, s. 132.

¹⁴⁵ Giroud, s. 132; Herold, s. 150.

¹⁴⁶ SZBK VII (1917) No:22 (Giroud, s. 132, dn. 182'den naklen).

¹⁴⁷ ZR 23 (1924) s. 222; SJZ 36 (1939/40) s. 349; Schech (s. 89-90) bu uygulamanın yerinde olmadığı görüşündedir.

¹⁴⁸ Bürgi, Art. 725, N.32; Giroud, s. 132; Schech, s. 90; Schmid, s. 54; karşı görüşte: Herold, s. 150.

¹⁴⁹ Bürgi, Art. 753-754, N.22; Giroud, s. 131-132; Guhl, SJK 404, s. 2; Schmid, s. 69.

¹⁵⁰ Franko, s. 431; Giroud, s. 134, 147; Kuru-Sermaye 631; Kuru- C.III, s. 2814.

korunması bakımından, bu yetkiyi tam olarak şirkette bırakmamalı ve gerektiği ölçüde kısıtlamalıdır¹⁵¹. Bu kısıtlama, şirket malvarlığının ve alacaklıların korunması amaçlarına hizmet edebilecek nitelikte olmalı ve bu sınırı aşmamalıdır¹⁵². Mahkeme, getireceği kısıtlamaların ölçüsünü her somut olayın özelliğine göre kendisi takdir edecektir¹⁵³. Bu çerçevede mahkeme yönetim organını, kayyım aracılığı ile kendi denetimine tâbi kılabilmesi gibi, yönetim organının şirket malvarlığı üzerindeki tasarruf ehliyetini kısmen veya tamamen kaldırarak bu yetkilerin kayyım devrine karar verebilir ya da karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlayabilir (İİK m.179/a, II). Ayrıca mahkeme, konkordatoda olduğu gibi (İİK m.190, I) bazı işlemlerin yapılmasını tamamen yasaklayabilmelidir .

Bir görüşe göre alacaklılar veya onların temsilcilerinin rızası olmaksızın şirket, yeni taahhütlere girememelidir¹⁵⁴. Kanımızca böyle bir sonuç, ne kanun gereğidir ne de mahkemece tedbir olarak kararlaştırılabilir. Zira iflâsın ertelenmesi süresi içinde, alacaklıların herhangi bir oy hakları yoktur. Alacaklılar, erteleme olmaksızın derhal iflâsa karar verilmesi durumuna nazaran, daha kötü bir konuma gelmeyecek oldukları takdirde, kayyımın muvafakati ile şirket yeni taahhütlerde bulunabilmelidir¹⁵⁵.

Mahkeme, vereceği kararda anonim şirketin tasarruf ehliyetine getirdiği kısıtlamaları açıkça ve ayrıntılı olarak belirtmelidir¹⁵⁶.

Anonim şirketin tasarruf ehliyetinin kısıtlanmasının etkisi, daha önce bu hususta yetkili olan kişilerin (yönetim kurulu üyeleri) şirket aktifini azaltıcı veya pasifini çoğaltıcı işlemlerde bulunamamasıdır. Kısıtlamaya rağmen bu tür işlemler yapılmış ise, bunun sonucu alacaklılara karşı geçersizlik olmalıdır¹⁵⁷. Yani bu tür işlemler alacaklıların menfaatlerini zedelediği ölçüde geçersiz sayılmalıdır.

¹⁵¹ Franko, s. 431; Giroud, s. 134, 147; Kuru-Sermaye 63; Kuru- C.III, s. 2814, 2815.

¹⁵² Franko, s. 431; Giroud, s. 134; Herold, s. 149; Kuru-Sermaye 631; Kuru- C.III, s. 2814; Schech, s. 45.

¹⁵³ Giroud, s. 134; Schech, s. 44.

¹⁵⁴ Herold, s. 149.

¹⁵⁵ Giroud, s. 134, dn.203.

¹⁵⁶ Bürgi, Art. 725, N.28; Giroud, s. 135; Schech, s. 45.

¹⁵⁷ Giroud, s. 135.

İşlemlerin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlandığı durumlarda (İİK m.179/a, II) da, bu onayın alınmamasının sonucu geçersizliktir. Ancak kanaatimizce buradaki geçersizlik, amaca göre yapılacak bir yorumla, alacaklılara karşı geçersizlik olarak kabul edilmelidir. Zira iflâs halinde dahi, müflisin masa malları üzerindeki tasarruf işlemlerinin alacaklılara karşı geçersiz olduğunu (İİK m.191, I) kabul eden bir sistemde, iflâsa nazaran daha hafif sonuçları olan erteleme halinde, mutlak butlan sonucunu kabul etmek aşırı bir yorum olur. Şayet onay alınmamasına rağmen yapılan işlem, şirket malvarlığını artırıcı ve şirket alacaklarının, muhtemel bir iflâs halinde alacaklarını tehlikeye sokucu nitelikte değilse, bu işlemin batıl sayılmasında korunmaya değer bir menfaat yoktur.

5. Diğer Muhafaza Tedbirleri

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, yukarıda belirtilen muhafaza tedbirleri dışında şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunması için gerekli gördüğü başkaca tedbirlerin alınmasına da karar verebilir.

Kanunda sayılmayan bir muhafaza tedbiri olarak mahkeme, şirkete ait taşınmazlar için tapu kaydına devir ve yeni mükellefiyetler yükleme yasağı şeklinde bir şerh konulmasına (MK m.920, II) karar verebilir¹⁵⁸.

Bazı yazarlara göre¹⁵⁹ mahkeme, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte alacaklıları toplantıya çağırmalı ve kayyımın görüşünü de alarak bir alacaklılar komitesi oluşturmaldır. Kanımızca buna gerek yoktur. Zira iflâsın ertelenmesi sürecinde, alacaklıların katılımı ve oy hakkı kural olarak söz konusu değildir¹⁶⁰. Bu nedenle bir "alacaklılar toplantısı" düzenlenmesi veya alacaklılar komitesi (bürosu) oluşturulması, erteleme masraflarının artmasından başka bir şey sağlamaz¹⁶¹. Alacaklıların erteleme sürecine katılımları, kanımızca kayyımın şikâyete konu olabilecek işlem ve kararlarına karşı şikâyet yoluna gitmek¹⁶² veya erteleme kararını temyiz etmek şeklinde

¹⁵⁸ Franko, s. 429; Giroud, s. 127-128; Herold, s. 149, 150; Jaeger, Art. 192, N.2; Kuru-Sermaye s. 631; Kuru- C.III, s. 2815.

¹⁵⁹ Bürgi, Art. 725, N.28; Herold, s. 149; Schech, s. 50-51.

¹⁶⁰ Bürgi, Art. 725, N.28; Giroud, s. 136; Schmid, s. 58.

¹⁶¹ Schmid, s. 58.

¹⁶² Konkordato komiserinin işlemlerine karşı şikâyet hakkında kıyasen bkz. Pekcanitez-Şikâyet s. 56; Tanrıver, s. 261-264.

gerçekleşebilir. Ayrıca, alacaklılar toplantısı ve komitesi oluşturmak şirket malvarlığını korumaya yönelik bir tedbir olarak da nitelendirilemez¹⁶³. Böyle bir oluşum, ancak bir “iyileştirme tedbiri” olarak nitelendirilebilir ki, mahkemenin iyileştirme tedbirlerinin şekli ve usulü hakkında karar vermesi mümkün değildir¹⁶⁴.

Diğer bir muhafaza tedbiri olarak, anonim şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulup durdurulamayacağı da tartışma konusudur. Mahkemenin, iflâsının ertelenmesiyle birlikte işletmenin faaliyetinin devam edip etmeyeceği hususunda da bir karar vermesi gerektiği savunulmuştur¹⁶⁵. Ancak böyle bir tedbir kararı ile mahkeme, iyileştirmenin usulü hakkında karar vermiş olacaktır. Diğer taraftan, ertelemenin amacı anonim şirketin tekrar sağlıklı bir malî yapıya kavuşturulması (malî durumunun iyileştirilmesi) olduğundan, şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulması veya azaltılması kural olarak bu amaçla bağdaşmaz¹⁶⁶. İşletmelerin kapatılması, ayrıca bu yerlerde çalışan kişilerin işlerini kaybetmesi ve kamuoyunda şirketin devamlılığı, güvenilirliği ve iş başarısına olan güvenin sarsılması gibi olumsuz sonuçların doğmasına da sebep olacağından, iyileştirme çabalarının başarısını engelleyecektir. Bu nedenle işletmelerin tamamen kapatılması, uygulamada daima anonim şirketin iflâsına yol açacaktır.

Sonuç olarak, kanımızca erteleme kararı ile birlikte şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilmesi, şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunmasına uygun bir tedbir değildir. Ancak, erteleme süresi içinde işletmelerin faaliyetleri devam etmesine rağmen sürekli zarar edilmekte ve böylece şirket malvarlığı gittikçe azalmakta ise bu durumda, iflâsın ertelenmesiyle amaçlanan iyileştirme ve alacaklıların menfaatleri tehlikeye girdiğinden (ertelemeden önceki duruma göre alacaklılarına daha az oranda kavuşmaları ihtimali söz konusu olduğundan) mahkeme, kayyımın da görüşünü alarak işletmelerin faaliyetlerinin durdurulmasına karar verebilmelidir¹⁶⁷.

¹⁶³ Schmid, s. 58.

¹⁶⁴ Giroud, s. 135-136; Schmid, s. 58.

¹⁶⁵ Bürgi, Art. 725, N.28; Duss, s. 70, dn. 139; Franko, s. 429; Üstündağ-Düşünceler s. 20.

¹⁶⁶ Schmid, s. 58.

¹⁶⁷ Schmid, s. 58-59.

C. İFLÂSIN ERTELENMESİ KARARININ ETKİLERİ

1. Genel Olarak

İflâsın ertelenmesi kararının ilk ve asıl etkisi, anonim şirket hakkındaki iflâs kararının ve bu kararın etkilerinin geçici bir süre için ertelenmesidir¹⁶⁸. Bunun yanında iflâsın ertelenmesi kararının diğer bir etkisi de, mahkemenin şirket malvarlığını korumaya yönelik tedbirler alabileceğidir (TK m.324, II)¹⁶⁹. Bu muhafaza tedbirlerinin tümü birden mutlaka iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte alınmak zorunda olmayıp, erteleme süresi içinde amaca hizmet ettiği ölçüde, başkaca muhafaza tedbirlerine de karar verilebilir. Bu muhafaza tedbirleri, iflâsın ertelenmesi kararından ötürü etkili olurlar¹⁷⁰.

İflâsın ertelenmesi kararının, takiplerin durması dışındaki etkilerinin kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu etkilerin neler olabileceğinin belirlenmesi doktrine kalmıştır. Doktrinde bu konuda bazı sistematik öneriler getirilmiştir¹⁷¹. Bunların bir bölümü, konkordato ve iflâs ile ilgili hükümlere kıyasen getirilen önerilerdir¹⁷². Ancak kanımızca, iflâsın ertelenmesi kararının etkileri bu iki kuruma kıyasla belirlenirken, aralarındaki önemli farklara dikkat edilmek gerekir. Öncelikle iflâs ve konkordato süreçlerinde, alacaklıların doğrudan katılımı ve etkisi söz konusu iken, iflâsın ertelenmesi sürecinde bundan söz edilemez¹⁷³. İkinci olarak iflâsın ertelenmesinin amacı, iflâs ve konkordatodan tamamen farklıdır. Bu yüzden kanunda iflâs ve konkordato için öngörülen hükümlerin (m. 184-229; m.285-308), iflâsın ertelenmesi kararının etkileri için kıyasen uygulanması her zaman yerinde olmayacaktır.

2. Takiplerin Durması (Tatil Etkisi)

İflâsın ertelenmesi kararının en önemli etkilerinden biri, şirkete karşı yapılan takipler bakımından, genel anlamda tatil etkisidir. İflâsın ertelenmesine karar verilmesiyle birlikte, daha önce başlamış olan 6183 sayılı Amme

¹⁶⁸ Gentinetta, s. 48; Giroud, s. 138; Henze, s. 138; Herold, s. 147; Lanz, s. 166; Müller, s. 36; Schech, s. 31-32; Schmid, s. 60.

¹⁶⁹ Giroud, s. 138; Schmid, s. 60.

¹⁷⁰ Giroud, s. 138; Herold, s. 147.

¹⁷¹ Bürgi, Art. 725, N.23; Giroud, s. 137; Herold s. 147-149.

¹⁷² Bkz. Bürgi, Art. 725, N.23 vd.; Giroud, s. 143-145; Herold, s. 147-149; Schech, s. 31-43.

¹⁷³ Schmid, s. 60.

Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılanlar da dahil olmak üzere tüm takipler kendiliğinden durur ve erteleme süresi içinde yeni bir takip de yapılamaz (İİK m.179/b, I).

Takiplerin durması ve yeni takip yasağı konusunda, kanun koyucu iki grup alacak için istisna tanımıştır. Bunlar rehinli alacaklar ile İİK m.206'nın birinci sırasında yazılı alacaklardır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 206ncı maddesinde düzenlenen, birinci sırada yazılı alacaklar için, iflâsın ertelenmesi kararına rağmen, yeni takip yapılabilir ve daha önce başlamış olan takiplere de devam edilebilir (İİK m.179/b, III). Bu alacaklar için yapılan takipler bakımından hiçbir kısıtlama getirilmemiştir; haciz ve satış işlemleri de yapılabilir. Bu düzenleme, kanaatimizce iflâsın ertelenmesi kurumunun düzenleme amacı ile çalışmaktadır. Şirket malvarlığının hacizler sonucu eksilmesine imkan veren bu hüküm, iyileştirme için gerekli olan malvarlığı unsurlarının haciz yoluyla takipler sonucu elden çıkarılmasına imkan verdiğinden, iflâsın ertelenmesi kararından beklenen faydanın sağlanamaması tehlikesi mevcuttur. Diğer taraftan, tüm alacaklıların menfaatleri gözetilerek verilen iflâsın ertelenmesi kararına rağmen sadece bir grup alacaklıya takip yapabilme yetkisi tanınması alacaklılar arasındaki eşitliği de bozmaktadır.

Ayrıca kanaatimizce takip yasağına getirilen istisna sadece icra takipler ile sınırlıdır. Bu alacaklıların, erteleme süresi içinde şirkete karşı iflâs yoluyla takip yapmalarına izin verilmemesi gerekir. Zira iflâsı ertelenen bir şirketin sadece belli alacaklılarının takibi sonucu iflâsına karar verilmesini kabul etmek mümkün olmamalıdır. Amaç 206ncı maddenin birinci sırasındaki alacakların alacaklılarına tahsil imkanı sağlamakla sınırlı ise, tüm alacakları etkileyen iflâs kararının verilmesine imkan sağlanması amacı aşan ve imtiyazlı alacağın alacaklısına da hizmet etmeyen bir sonuç olacaktır.

Erteleme süresi içinde takip yasağının diğer istisnası ise bazı rehinli alacaklar lehine kabul edilmiştir. Bu alacaklar, taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehni ile temin edilmiş alacaklardır (İİK m.179/b, II). İİK m.23 anlamında rehin, daha kapsamlı bir kavramdır. Kanun koyucu iflâsın ertelenmesinde, sadece taşınır, taşınmaz ve ticari işletme rehni ile temin edilmiş olan alacaklar için takip imkanı tanımıştır. Bu alacaklar için, erteleme sırasında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir ve daha önce başlamış olan takiplere devam edilebilir.

Söz konusu rehinli alacaklar için getirilen takip yapabilme imkanı kanun koyucu tarafından, şirket malvarlığının korunması amacıyla kısıtlanmıştır. Erteleme süresi içinde yapılacak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malların satışı gerçekleştirilemez.

Bu düzenleme iflâsın ertelenmesinden beklenen amaca uygun bir düzenlemedir. Ancak 179/b maddesinin ikinci fıkrasının sonuna, Adalet Komisyonunca eklenen bir cümle, bu düzenleme ile sağlanan uyumu ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Buna göre, “Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinele karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır”.

Erteleme süresi içinde işleyecek olup, mevcut rehinele karşılanamayacak faizler için teminat gösterme zorunluluğu üzerinde durmak gerekir. Öncelikle bu teminatın gösterile zamanı nedir? Başka bir deyişle, teminat gösterilmesi iflâsın ertelenmesi kararının bir koşulu mudur? Yoksa, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli malın satışının durdurulmasının koşulu mu?

Kanaatimizce, faiz için teminat gösterilmesi, iflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesinin koşulu olarak öngörülmemiştir. Zira iflâsın ertelenmesi kararını düzenleyen İİK m.179’da bu yolda bir hüküm bulunmamaktadır. Teminat koşulu, iflâsın ertelenmesi kararının etkilerini düzenleyen İİK m.179/b’de hükme bağlandığından ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehinli malların satışının gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin hükümden hemen sonra, “bu durumda” şeklindeki ifade ile kaleme alınmış olduğundan, “rehinli malın satışı işlemi aşamasına gelmiş olması durumunda”, satışın durdurulabilmesinin koşulu olarak ön görüldüğünü kabul etmek yerinde olur. Teminat gösterilemediği takdirde, rehinli malın satış işlemi dahi gerçekleştirilebilecektir.

Erteleme süresi içinde yapılan takipte, rehinli malın satış işleminin durdurulabilmesi için gösterilecek teminatın türü ve miktarı konusunda kanaatimizce erteleme kararını veren mahkemenin, alacaklının müracaatı üzerine bir karar vermesi gerekir. Teminatın türü konusunda bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak taraflar arasında gösterilecek teminat konusunda bir anlaşma varsa, mahkeme bu teminat türüne hükmetmelidir (HUMK m.96). Mahkeme teminatın miktarı konusunda karar verirken, tüm erteleme süresi boyunca işleyecek faizi değil, rehinli alacaklının, erteleme süresi içindeki satış

talebinden itibaren erteleme süresinin sonuna kadar işleyecek faizi esas almalıdır. Zira alacaklının Satış talebi, erteleme kararından önce yapılmış ise bu durumda sadece erteleme süresi boyunca işleyecek faiz miktarı dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce, teminat konusunda karar veren mahkeme, borçlu şirketin, söz konusu teminatı hangi süre içinde göstermek zorunda olduğunu da kararında belirtmelidir. Bu süre kararın borçlu şirkete tebliğinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

Mahkemece teminat hakkında karar verildikten sonra, bu karar takibin yapıldığı icra dairesi aracılığı ile borçlu şirkete tebliğ edilmeli ve verilen süre içinde hükmolunan teminat gösterilmediği takdirde, rehinli alacaklının talebi üzerine, icra dairesince rehinli malın satış işlemi gerçekleştirilmelidir.

İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirkete karşı iflâs yoluyla takip yapılabilmesi mümkün değildir. Takipli iflâs yollarında açılan iflâs davası, takibin doğal bir aşaması olduğundan, alacaklı tarafından başlatılan iflâs yoluyla takibin durması gerektiğinden, bu dava da bulunduğu aşamada durmalı ve erteleme süresi içinde iflâs kararı verilememelidir¹⁷⁴.

Takiplerin durması ile yakından ilgili diğer bir konu da iflâsın ertelenmesi süresi içinde alacaklılardan birinin borca batıklık dışındaki bir sebebe dayanarak dava açması üzerine, anonim şirketin doğrudan doğruya iflâsına karar verilip verilemeyeceğidir.

Doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, iflâsın ertelenmesi süresi içinde başka bir doğrudan doğruya iflâs sebebine dayanılarak, alacaklılar tarafından anonim şirketin iflâsının istenmesi ve buna karar verilmesi mümkün değildir¹⁷⁵. Gerçekten, iflâsın ertelenmesi kararı, tüm alacaklıların menfaatleri gözönüne alınarak verildiğinden, iflâs isteyen bir tek alacaklının menfaatini tüm alacaklıların menfaatlerinden daha üstün tutarak, erteleme süresi içinde anonim şirketin iflâsına karar verilmesi kabul edilemez¹⁷⁶.

Kamu alacakları için 6183 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde yapılan takiplerin de duracağına kanun koyucu tarafından özellikle vurgulanmış

¹⁷⁴ **Kuru-Sermaye**, s. 630-631; **Kuru- C.III**, s. 2814.

¹⁷⁵ **Baumann**, s. 127-128; **Bürgi**, Art. 725, N.24; **Herold**, s. 147; **Jaeger**, Art. 192, N.2; **Müller**, s. 36-37; **Pekcanitez-İflâs** s. 57; **Schech**, s. 32; **Schmid**, s. 51.

¹⁷⁶ **Pekcanitez-İflâs** s. 57.

olması da yerinde olmuştur. Zira, icra dairesi kanalıyla yapılan her türlü takip dururken, borca batık hâldeki bir şirket için çoğunlukla yüksek meblağlara ulaşan vergi ve sosyal sigorta prim borcu gibi kamu alacaklarının tahsili için yapılan takiplerin iflâsın ertelenmesi kararına rağmen devam etmesi, iflâsın ertelenmesi kurumunun düzenlenme amacı ile bağdaşmaz. İflâsın ertelenmesinin temel amacı şirket malvarlığının korunmasıdır. Şirketin malî durumunun düzeltilerek iflâstan kurtarılabilmesi için, bu korumanın niteliğine bakılmaksızın tüm alacaklılara karşı gerçekleşmesi gerekir. Aksi takdirde Devlet, kamu alacağı için iflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin mevcudunun önemli bir bölümünü haczederek paraya çevirecek ve böylece iflâsın ertelenmesi için temel koşul olan, şirketin malî durumunun düzelmesi ihtimali tamamen ortadan kalkacak veya oldukça önemli ölçüde azalabilecektir. Bunun sonucu olarak da şirketin iflâsı zorunlu hâle gelecektir.

3. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, konkordato mühleti verilmesinde olduğu gibi (m.289) kural olarak, bir takip işlemi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemesi durur (İİK m.179/b, I).

Hukukumuzda 4949 sayılı Kanunla kabul edilen bu hüküm, iflâsın ertelenmesi kararının niteliği ve amacına uygun bir düzenlemedir. Bu sonuç, iflâsın ertelenmesi kararının bir tatil etkisine sahip olduğu görüşünün benimsenmesiyle de uyum içindedir. Ayrıca, alacaklıları sırf zamanaşımını kesmek için bir takip talebinde bulunmaya zorlamak, gereksiz ve haksız bir biçimde onların durumunu ağırlaştırmak anlamına gelirdi¹⁷⁷.

4. İptâl Davasına Etkisi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 278-280'inci maddelerinde belirtilen iptâl tâbi tasarruflar için öngörülen süreler, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, erteleme süresi kadar uzayacak mıdır? Bu konuda kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷⁸. Alacaklıların korunması düşüncesiyle m.278-289'deki iptâl tâbi tasarruflar için öngörülen sürelerin, iflâsın ertelenmesi kararının

¹⁷⁷ Schmid, s. 62.

¹⁷⁸ İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (Art. 316 s) bu soruya olumlu cevap veren bir düzenleme vardır.

tatil etkisi nedeniyle erteleme süresi kadar uzaması yerinde olur¹⁷⁹. Ayrıca, m.284'deki iptâl davası açılması için öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre de iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte durmalıdır¹⁸⁰.

5. Anonim Şirket Organlarına Etkisi

İflâsın ertelenmesi kararı, iflâs ve onun sonuçlarının ortaya çıkmasını engellediğinden kural olarak, şirket organları da kendilerine kanun ve esas sözleşme ile verilen yetkilerini korumaya devam ederler¹⁸¹. Ancak mahkeme, bu yetkileri şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunması için gerekli gördüğü ölçüde kısıtlayabilir. Bunun dışında organlar, tüm yetkilerini kullanarak şirketin malî durumunun iyileştirilmesi amacı başta olmak üzere şirket faaliyetlerini sürdürebilirler¹⁸².

Bir görüşe göre, iflâsın ertelenmesi kurumunun niteliği gereği, erteleme kararı ile atanan kayyımın göreve başlaması ile birlikte denetçiler önemlerini yitirir. Zira anonim şirketin, erteleme süresi içinde denetimi, kayyım ve ticaret mahkemesi tarafından gerçekleştirilir. Denetçilerin, bu aşamada kayyımı denetleme gibi bir yetkileri de yoktur¹⁸³.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüş ise, denetçilerin yetkilerinin mahkeme kararıyla özel bir kısıtlama olmadıkça aynen devam edeceği şeklindedir¹⁸⁴. Denetçilerin görev ve yetkileri daha çok şirket hesaplarının kontrolü (TK m.353-354) çerçevesinde yoğunlaşmıştır. İflâsın ertelenmesi sürecinde ise anonim şirketin defter tutma ve bilanço düzenleme yükümlülüğünde bir değişiklik olmaz.

Erteleme süresi iflâsa karar verilmeden başarıyla sonuçlanırsa, anonim şirket yönetim kurulu yıl sonunda rapor ve bilanço düzenlemek zorundadır (TK. m.325). Bu bilanço ve yıllık raporun ise, genel kurulda görüşülerek red veya tasdik edilmesi gerekir (TK. m.369). Bunun için ise denetçilerin raporu

¹⁷⁹ **Bürği**, Art. 725, N.25; **Gentinetta**, s. 48; **Herold**, s. 148; **Pekcamtez-İflâs** s. 60; **Schech**, s. 37.

¹⁸⁰ **Giroud**, s. 141; karş. **Bürği**, Art. 725, N.25; **Herold**, s. 148; **Schech**, s. 35.

¹⁸¹ **Giroud**, s. 147; **Pekcamtez-İflâs** s. 60; **Kuru- C.III**, s. 2814.

¹⁸² **Bürği**, Art.725, N.28; **Giroud**, s. 147; **Herold**, s. 149; **Jaeger**, Art.192, N.2; **Lanz**, s. 166; **Pekcamtez-İflâs** s. 60; **Schech**, s. 46; **Schmid**, s. 64.

¹⁸³ **Giroud**, s. 147.

¹⁸⁴ **Lanz**, s. 167.

ön koşuldur (TK. m.354). Bu yüzden iflâsın ertelenmesi kararıyla atanan kayyımın varlığına rağmen denetçiler, kural olarak tüm yetkileriyle birlikte görevlerini sürdürmelidirler¹⁸⁵.

İflâsın ertelenmesi kararı, mahkemece aksi kararlaştırılmadıkça anonim şirket genel kurulunun yetkileri (TK. m.360-397) üzerinde de kısıtlayıcı bir etkiye sahip değildir.

TK.m.474'e göre, iflâs durumunda yönetim kurulu üyelerine karşı açılabilir olan iade davasındaki 3 yıllık sürenin hesabında erteleme süresi hesaba katılmamalıdır. Bu husus İsviçre'de 1991 değişikliği ile kanun koyucu tarafından benimsenmiştir (OR. Art. 679, II).

6. Diğer Etkileri

İflâsın ertelenmesi kararının, alacaklıların alacaklarının muacceliyetine ve faiz işlemesine hiçbir etkisi yoktur¹⁸⁶. İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, alacaklıların hukukî durumunda da kural olarak bir değişiklik olmaz¹⁸⁷. Mahkeme tarafından bir alacaklılar toplantısı düzenlense veya bir alacaklılar komitesi oluşturulsa bile, iflâsın ertelenmesi sürecine alacaklıların doğrudan katılımı mümkün değildir; sadece kayyım ve mahkemeye istişarî nitelikte görüş bildirebilirler¹⁸⁸. Alacaklıların doğrudan katılımı, ancak erteleme süresi sonunda yapılan bir konkordatoda mümkündür. İflâsın ertelenmesi süresi sonunda şirketin malî durumunun iyileştirilememesi sebebiyle iflâsının açılmasına karar verildiğinde, iflâsta imtiyazlı alacaklı olarak yer alması gereken alacaklılar (m.206), erteleme süresinden dolayı, iflâsın açılmasından itibaren geriye doğru hesaplanan birer yıllık sürelerin geçmesi sebebiyle yazılmaları gereken sıraya kayıt haklarını yitirebilirler. Bu sonucun önlenmesi bakımından m.206'nın ilk iki sırasına kayıt için aranan sürelerin hesabında, iflâsın ertelenmesi süresinin hesaba katılmayacağı hükme bağlanmıştır (İİK m.206, VI).

¹⁸⁵ Lanz, s. 167.

¹⁸⁶ Bürgi, Art. 725, N.27; Gentinetta, s. 48, dn.37; Giroud, s. 142; Herold, s. 148; Jaeger, Art. 192, N.2; Kuru-Sermaye s. 632; Lanz, s. 166; Müller, s. 39, dn.29; Pekcamtez-İflâs s. 60; Schech, s. 40, 43; Schmid, s. 64.

¹⁸⁷ Giroud, s. 147.

¹⁸⁸ Bürgi, Art. 725, N.28

İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin yapacağı kötü niyetli işlemler ile alacaklılarına zarar vermesini engellemek bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 200'üncü maddesi ile getirilen iflâsta takası kısıtlayıcı hükümlerin düzenleniş amacından hareketle, aynı kısıtlamaların iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte yürürlüğe girmesi ilkesi 4949 sayılı Kanun ile benimsenmiş ve konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarına ilişkin İİK m.289'da takasın, İİK m.200 ve 201'e tabi olduğu ve "bu maddelerin uygulanmasında konkordato mühletinin veya iflâsın ertelenmesi kararının ilanı tarihi esas alınacağı" hükme bağlanmıştır.

İflâsın ertelenmesi kararının kural olarak, şirketin daha önce yapmış olduğu sözleşmeler üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur¹⁸⁹. Bir görüşe göre bu genel kuralın bazı istisnaları vardır¹⁹⁰. Bu görüşe göre, şirket amacı dahilindeki bağışlama taahhüdünün, taahhüt edenin iflâsı durumunda iptal edilebileceğini öngören kanun hükmünden (BK. m.245, II) hareketle, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte bağışlama taahhüdünün geçersiz hâle gelmesi gerekir¹⁹¹. Aksi takdirde, özellikle karşılıksız bağışlamalarda şirket malvarlığının diğer alacaklılar zararına azalması söz konusu olur.

Alacaklıların ve şirket malvarlığının korunması için bu görüşe katılmaya gerek yoktur. Öncelikle bağışlama taahhüdünün geçerli olarak kalması gerekir; zira iflâs henüz açılmamıştır. Malvarlığının korunması için ise, borçluya kanun tarafından tanınan başka bir yetkinin kullanılması, bağışlama taahhüdünden rücu edilmesi (BK. m.245, 1/2) yeterlidir¹⁹². Gerçekten şirket, malî durumunun daha önce taahhüt ettiği bağışlamayı yerine getirmesi, kendisi için olağanüstü külfetli olacak derecede değiştiğini ileri sürerek, bağışlamadan rücu etme hakkına sahiptir (BK. m.245, 1/2). Böylece taahhüdün iflâs hâline kıyasen iptali yerine, erteleme süresi içinde malî durumunu düzeltmeye çalışan şirketin, bağışlama taahhüdünden rücu edebileceğini kabul etmek daha uygun olur.

Doktrinde ayrıca, iflâsın ertelenmesi kararının, vekâlet sözleşmesi gereği vekilin iktisap ettiği hakların müvekkile intikali konusunda da bir etkiye sahip

¹⁸⁹ Giroud, s. 143-144; Schmid, s. 63.

¹⁹⁰ Giroud, s. 144-146.

¹⁹¹ Giroud, s. 144.

¹⁹² Schmid, s. 63.

olduğu görüşü savunulmuştur¹⁹³. Bu görüşün hareket noktası, vekilin iflâsı durumunda müvekkilin haklarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 393'üncü maddesidir (OR Art. 401). Kanımızca kanunda (BK. m.393, II, III), açıkça iflâstan söz edilmesi ve iflâsın ertelenmesi kararının iflâsın sonuçlarına engel olması nedeniyle, söz konusu hükmün geniş bir şekilde yorumlanarak iflâsın ertelenmesi durumunda da uygulanması yerinde değildir (özellikle BK. m.393, III için)¹⁹⁴.

D. İFLÂSIN ERTELENMESİNİN SONA ERMESİ

İflâsın ertelenmesi, erteleme kararı ile başlayıp, aşağıdaki üç durumda sona erer:

1. Erteleme süresi içinde şirketin malî durumunun düzelmesi üzerine, mahkeme iflâsın ertelenmesi kararını kaldırır ve şirket tekrar iflâsın talep edilmesinden önceki normal durumuna döner¹⁹⁵.

2. İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin talebi üzerine icra tetkik merciince konkordato mühleti verilmesi durumunda (m.287) kural olarak, iflâsın ertelenmesi süresi kendiliğinden kalkar ve böylece iflâsın ertelenmesi sona erer¹⁹⁶.

3. Yukarıdaki iki ihtimalden birinin gerçekleşmemesi, yani anonim şirketin malî durumunun iyileştirilememesi ve iyileştirme ümidinin kalması nedeniyle erteleme süresinin uzatılmasında yarar bulunmadığı durumlarda, erteleme süresinin (veya uzatılmış sürenin) sona ermesi üzerine, ticaret mahkemesi şirketin iflâsına karar vermek zorundadır¹⁹⁷.

¹⁹³ Giroud, s. 144; Herold, s. 148; Lanz, s. 166.

¹⁹⁴ Schmid, s. 63.

¹⁹⁵ Giroud, s. 148; Henze, s. 139; Kuru-Sermaye s. 632; Kuru-C.III, s. 2816; Lanz, s. 166; Pekcanitez-İflâs s. 61; Schech, s. 62-63; Schmid, s. 64.

¹⁹⁶ Giroud, s. 148; Lanz, s. 166; Pekcanitez-İflâs s. 54; Schmid, s. 64; Kuru'ya göre (Sermaye s. 632; İflâs s. 140-141; Kuru- C.III, s. 2816-2817) konkordatonun tasdik edilmesi gerekir; oysa konkordato mühleti verilmesi, tasdikten önce olduğundan, bu durumda, erteleme süresi ile konkordato mühletinin birlikte işlemesi söz konusu olur ki, bu nedenle konkordato mühleti verilmesinin esas alınması daha yerinde olur.

¹⁹⁷ Giroud, s. 148; Henze, s. 139-140; Herold, s. 145; Kuru-Sermaye s. 632; Kuru- C.III, s. 2816; Lanz, s. 166; Pekcanitez-İflâs s. 61; Schech, s. 63; Schmid, s. 43, 64.

4. Erteleme süresi dolmamakla birlikte, mahkeme, kayyımın verdiği raporlardan şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa, erteleme kararını kaldırarak şirketin iflâsına karar verir (İİK m.179/b, V).

Belirtilen durumlarda, iflâsın ertelenmesi süresi ile birlikte erteleme kararının tüm etkileri de ortadan kalkar.

E. İFLÂSIN ERTELENMESİ TALEBİNİN REDDİ VE İFLÂS KARARI

Bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) iflâsının ertelenmesi talebi üzerine mahkeme, yapacağı inceleme sonunda erteleme için gerekli koşulların gerçekleşmemiş olduğu kanaatine varırsa, iflâsın ertelenmesi talebinin reddine ve şirketin iflâsına karar verecektir¹⁹⁸.

Mahkeme, borca batık olduğunu tespit ettiği ve malî durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunmadığına kanaat getirdiği şirketin derhal iflâsına karar vermelidir. İflâs kararı verilebilmesi için bir ön koşul teşkil eden, ilk alacaklılar toplantısına kadar olan masrafların peşin ödenmesi (m. 160) koşulu bu durumda da aranmalıdır¹⁹⁹. Ancak iflâsın ertelenmesi talebi ile birlikte şirket (veya bir alacaklı), erteleme masrafları için gereken parayı peşin olarak ödemiş ise, iflâs kararı verilebilmesi için gereken peşin masraflar (m. 160) bu avanstan karşılanabilir ve tekrar masraf avansı yatırılmasına gerek kalmaz.

İflâsın ertelenmesi talebini reddederek anonim şirketin iflâsına karar veren mahkeme, iflâs kararında şirketin borca batıklık hâlinin kesinleştiği ve malî durumunun iyileştirilmesi ihtimalinin bulunmadığı hususlarını, gerekçeleriyle birlikte açıklamalıdır.

¹⁹⁸ 11. HD, 26.10.1989, 6175/5728 (Eriş-İflâs s. 433 **Kuru-Sermaye** s. 627, 629, 634; **Pekcanitez-İflâs** s. 54-55. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi şirket tarafından talep edilmişse, alacaklının (alacaklı tarafından talep edilmişse, şirketin) iflâsın ertelenmesi talebinin reddini ve bununla birlikte şirketin iflâsına karar verilmesini istemesine gerek yoktur. Karş. 11.HD, 21.2.1989, 9757 /1030 (Eriş-İflâs s. 429).

¹⁹⁹ **Lanz**, s. 147, dn.239.

F. İFLÂSIN ERTELENMESİ TALEBİ ÜZERİNE VERİLEN KARARLARA KARŞI KANUN YOLLARI

İflâsın ertelenmesi talebinin reddi durumunda, mahkeme iflâs kararı vereceğinden bu kararın temyiz edilebileceği konusunda bir tartışma yoktur (İİK m. 181, 164). Ancak iflâsın ertelenmesi talebi üzerine, ticaret mahkemesinin vereceği iflâsın ertelenmesi kararına karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceği tartışmalıdır.

Yargıtay'a²⁰⁰ ve doktrinde hâkim olan görüşe göre, iflâsın ertelenmesi kararı temyiz edilebilir²⁰¹. Karşı görüşe göre ise, iflâsın ertelenmesi kararı mahkemenin işten el çekmesi sonucunu doğuran nihai bir karar değil, sadece bir tedbir kararı niteliğindedir ve bu nedenle temyizi mümkün değildir²⁰².

Kanımızca da iflâsın ertelenmesi kararının temyiz edilebilmesi gerekir. Çünkü iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte mahkeme davadan elini çekmekte ise de, bu kararla verilen erteleme süresi sonunda anonim şirketin malî durumu düzeldiğinde, mahkeme erteleme kararını kaldıracak²⁰³ ve anonim şirket iflâs talebinden önceki normal durumuna dönecektir. Bu niteliğinden ötürü iflâsın ertelenmesi kararı, sürenin olumlu sonuçlanması durumunda, sonuç bakımından "iflâs talebinin reddi" kararına benzetilebilir.

Alacaklıların, anonim şirketin malî durumunun düzelmesi ümidi bulunmamasına rağmen erteleme kararı verildiğini ve bu nedenle erteleme süresi sonunda gerçekleşebilecek bir iflâs hâlinde, erteleme olmaksızın derhal iflâsın açılmasına göre daha elverişsiz bir konuma geleceklerini ileri sürerek, iflâsın ertelenmesi kararını temyiz etmelerinde hukukî menfaatleri bulunduğu ortadadır. Alacaklılara böyle bir imkân tanınması, kanun koyucunun amacına da uygundur.

²⁰⁰ 11.HD, 1.10.1979, 4108/4306 (RKD 1980/7 s. 1003-1004; 11. HD. 26.10.1989, 6175/5728 (Eriş- İflâs s. 433). Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. SJZ 25 (1928/29) s. 138; SJZ 29 (1932/33) s. 183.

²⁰¹ Eriş- TTK s. 936; İmregün-s. 473; Kuru-İflâs s. 137, dn.9; Kuru-Sermaye s. 627, dn.19; Kuru- C.III, s. 2809; Pekcantez-İflâs s. 58; İsviçre'de de çoğunlukla iflâsın ertelenmesi kararının temyiz edilebileceği kabul edilmektedir bkz. **Baumann**, s. 139, dn.; **Bürgi**, Art. 725, N.17; **Giroud**, s. 151; **Henze**, s. 53, dn.2, s. 54; **Jaeger**, Art. 192, N.2; **Schech**, s. 92-93; **Schmid**, s. 59.

²⁰² **Domaniç**- II s. 548; **Franko**, s. 426.

²⁰³ **Kuru-Sermaye** s. 632; **Kuru- C.III**, s. 2816.

Belirtilen nedenlerle iflâsın ertelenmesi kararının temyiz denetimine tâbi tutulması, alacaklıların ve erteleme süresi içinde şirketle iş yapmaları sonucu zarara uğramaları muhtemel olan diğer üçüncü kişilerin korunması yönünden yerindedir.

İflâsın ertelenmesi kurumunun sadece Ticaret Kanununda düzenlendiği dönemde, ticaret mahkemesinin verdiği iflâsın ertelenmesi kararının temyiz süresi uygulamada onbeş gün olarak kabul edilmekte idi²⁰⁴. Bu görüşün dayandığı gerekçe, iflâsın ertelenmesi kararının İcra ve İflâs Kanunu'na göre değil, Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre verilmesi ve kural olarak, ticaret mahkemesi kararlarının temyiz süresinin onbeş gün olması idi (HUMK m.432). Artık 4949 sayılı Kanunla aynı zamanda bir iflâs hukuku müessesesi haline gelen iflâsın ertelenmesi kararının temyiz süresi bakımından kanaatimizce bir tartışma olmamalıdır. Bu süre tıpkı iflâs kararında olduğu gibi on gündür (İİK m.164'e kıyasen).

Doktrinde, İİK m.179'daki değişiklikten önce bizim de katıldığımız görüşe göre ise, iflâsın ertelenmesi kararının temyiz süresi genel hükümlere göre değil, İcra ve İflâs Kanunu'na göre belirlenmeli ve temyiz süresi onbeş gün değil, on gün olmalıdır (m.164)²⁰⁵. İflâsın ertelenmesi kurumu, her iki kanunda birlikte düzenlenen zorunlu iflâs sebebinin varlığında iflâs kararı verilmesi gerektiği kuralının bir istisnasıdır. İflâsın ertelenmesi talebi, iflâs talebi ile birlikte (veya daha sonra, iflâs kararı verilmeden) yapılabileceğinden, ticaret mahkemesi bu iki talebi birlikte inceleyecektir. Bu durum karşısında mahkeme iflâsa karar verdiğinde, temyiz süresinin madde 164'e göre (m.181'in atfıyla) on gün, iflâsın ertelenmesine karar verdiğinde ise, genel hükümlere göre (HUMK m.432) onbeş gün olarak kabul edilmesi bir çelişki olacaktır.

Ayrıca doğrudan doğruya iflâs hâllerinde uygulanacak hükümleri belirten m.181, ticaret mahkemesince verilen nihai kararların temyiz süresini on gün olarak belirleyen m.164'e de atıf yapmaktadır. Anonim şirketin borca batıklık hâli ise m.179'un yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu'nun 324'üncü maddesinin ikinci fıkrasında da düzenlenmiş ve iflâsın ertelenmesi kararı, ancak borca batıklık hâlinde verilebilecek bir karar olarak öngörülmüştür.

²⁰⁴ 11. HD, 1.10.1979, 4108/4306 (RKD 1980/7 s. 1003-1004). Karşı görüşte (10 gün olması gerektiği görüşü) bkz. **Pekcamtez-İflâs** s. 58-59.

²⁰⁵ **Pekcamtez-İflâs** s. 58-59.

Dolayısıyla, her iki düzenlemeye göre verilen iflâs kararının temyiz süresi m.164 gereği on gün olduğundan, aynı maddelerin uygulanmasında söz konusu olan iflâsın ertelenmesi kararının temyiz süresi de on gün olmalıdır.

İflâsın ertelenmesi kararına karşı temyiz süresi, alacaklılar için bu kararın ilanı tarihinden, şirket için ise tebliğinden itibaren işlemeye başlamalıdır²⁰⁶.

İflâsın ertelenmesi kararının temyizi, bu kararın sonuçlarını doğurmasına engel olmamalıdır²⁰⁷. Yani kararın temyizine rağmen, erteleme süresi işlemeye devam etmeli ve mahkemece alınan muhafaza tedbirleri de geçerliliklerini sürdürmelidir.

İflâsın ertelenmesi talebinde bulunan kişiye göre değişmek şartıyla, iflâsın ertelenmesi kararına karşı temyiz yoluna şirket veya alacaklılar başvurabilirler²⁰⁸.

İflâsın ertelenmesi şirket tarafından talep edilmişse, alacaklılar özellikle malî durumun iyileştirilmesinin mümkün olmaması sebebiyle erteleme kararı için gereken koşulların bulunmadığını ileri sürerek, iflâsın ertelenmesi kararını temyiz edebilirler²⁰⁹.

İflâsın ertelenmesi alacaklılardan biri tarafından talep edilmiş ise, bu durumda şirketin yönetim organı veya diğer alacaklılar, erteleme için gerekli koşulların bulunmadığını ve şirketin sağlıklı bir biçimde faaliyetine devam etmesinin imkânsız hâle geldiğini, bu nedenle erteleme kararının yerinde olmadığını ve sadece şirketin iflâsının bir süre daha geciktirilmesine yol açacağını ileri sürerek erteleme kararının temyizini isteyebilirler.

İflâsın ertelenmesi kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararına karşı m.366, III uyarınca on gün içinde “karar düzeltme” yoluna gidilebilmesi

²⁰⁶ **Pekcanitez-İflâs** s. 58; 11. HD, 1.10.1979, 4108/4306 (RKD 1980/7 s. 1003-1004).

²⁰⁷ **Pekcanitez-İflâs** s. 59.

²⁰⁸ **Baumann**, s. 142, dn.3; **Bürgi**, Art. 725, N.17; **Fellmann**, s. 82; **Gentinetta**, s. 82; **Giroud**, s. 151-152; **Henze**, s. 53, dn.2, s. 54; **Jaeger**, art. 192, N.2; **Pekcanitez-İflâs** s. 59; **Schech**, s. 93, dn.50; **Schmid**, s. 59; karşı 11. HD 10.51983, 2321/2462 (**Erış- TTK** s. 938-939); Zürich Yüksek Mahkemesine göre sadece alacaklıları, şirket aktifleri ile tam olarak karşılanamayan alacaklıların temyiz hakları vardır (ZR 34 (1935) s. 224).

²⁰⁹ Mahkemece alınan tedbirlerin yetersizliği, tek başına temyiz sebebi sayılmamalıdır (**Pekcanitez-İflâs** s. 58).

gerekir. Zira iflâsın ertelenmesi kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararı, m.366, III'de sözü edilen, “dairenin hukuka müteallik kararları”ndan biridir.

İflâsın ertelenmesi kararının temyiz incelemesi sonucu bozulması ve bu bozmanın kesinleşmesi üzerine, ticaret mahkemesi şirketin iflâsına karar verecek ve böylece iflâsın ertelenmesi kararının etkileri de son bulacaktır.

K A Y N A K Ç A

- AMONN, K.;** Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrechts, 3.Aufl. Bern 1983.
- BAUMANN, W.;** Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Diss.), Zürich 1979.
- BERKİN, N.M.;** İflâs Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1972 (**Berkin-İflâs**)
- BRAND, E.;** "Konkursgründe II; Konkurserkennnis-Rechtsmittel und deren Wirkungen-Nova", SJK 994 (**Brand-SJK 994**).
- BÜRGI, F.W.;** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5 Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2 (Art. 298-738), Zürich 1969.
- DOMANIÇ, H.;** TTK Şerhi-II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988 (**Domaniç-II**).
- DUSS, M.;** "Gedanken zu Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht", SAG 44 (1972), s.1-13 (**Duss-SAG 44**).
- EDELMANN, M.;** Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenssanierung (Diss.), Zürich 1976.
- FRANKO, N.;** "Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde-İflâs ve Tehiri", Tandoğan'a Armağan, Ankara 2990, s. 409-433.
- FRITZSCHE, H./WALDER H.U.;** Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1983.
- GENTINETTA, R.;** Die Konkursöffnung ohne vorgaengige Betreuung (Diss.), Fribourg 1928.
- GIROUD, R.;** Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl, Zürich 1986.
- GODIN/WILHELMI;** Aktiengesetz, 4. Aufl., Berlin/New York 1971.
- GUHL, T.;** "Aktiengesellschaft. XVI: I. Die Verantwortlichkeit bei der Aktiengesellschaft": Die verantwortlichen Personen", SJK 404 Ersatzkarte, s.2 (**Guhl-SJK 404**).
- HAESSERMANN, L.;** Sanierung der AG gemaess Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Code aus schweizerischer Sicht (Diss.), Zürich 1986.

- HENZE, E.**; Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss.), Bern 1923.
- HEROLD, H.**; “Das Konkursaufschubverfahren nach Art.657 und 704 OR”, SJZ 30 (1933/34), s.145-151.
- HURTER, H.**; Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung (Diss.), Luzern 1988.
- İMREGÜN, O.**; Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989.
- JAEGER, C.**; Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I-II, 3.Aufl. Zürich 1911-1912 (**Jaeger** Art.).
- KURU, B.**; - İcra ve İflâs Hukuku, C.III, Ankara 1993 (**Kuru-C.III**).
- KURU, B.**; “Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı”, AD, 1970-10, s. 623 (**Kuru-Sermaye**).
- LANZ, R.**; Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung (Diss.), Winterhur 1985.
- MEYER-LANDRUT/SCHILLING/BARZ**; Aktiengesetz Grosskommentar, Bd.I/2. Halbband: §§ 76-147, 3.Aufl., Berlin-New York 1973.
- ÖÇAL, A.**; “Anonim Şirketlerde Malî Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukukî Sorunlar”, ATOD 1975/6 (**Öçal-Sorunlar**).
- PEKCANITEZ, H.**; Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991 (**Pekcanitez-İflâs**).
- PESTALOZZI, A.**; “Skizzen zum Rangrücktritt des Gläubigers bei Forderungen” SAG 41 (1969), s.1.
- SCHECH, G.**; Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht (diss.), Zürich 1937.
- SCHMID, E.**; “Die konkursrechtliche Behandlung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe einer failliten Aktiengesellschaft”, BISchK 33 (1969), s. 65-76.
- SCHMID, M. L.**; Überschuldung und Sanierung (Diss.), Fribourg 1984.
- v. **STEIGER, F.**; “Zur rechtlichen Natur einer Aktiengesellschaft vor der Eintragung”, SAG 4 (1931/32), s. 11 vd.
- TANRIVER, Ü.**; Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul 1979 (**Tekinalp-Bilanço**).
- ÜSTÜNDAĞ, S.**; “Türk Ticaret Kanunu’nun 324’üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler”, Günümüzde Yargı, 1980, s. 17-20 (**Üstündağ-Düşünceler**).

HUKUKİ VE TİCARİ KONULARDA MAHKEMELERİN YETKİSİ İLE MAHKEME KARARLARININ TANIMA VE TENFİZİNE İLİŞKİN 44/2001 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ TÜZÜĞÜ'NÜN ÜÇÜNCÜ ÜLKELER BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

*Yrd.Doç.Dr. Murat ATALI**

GİRİŞ

Bu incelememizde, 44/2002 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün¹ üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisine dair hükümlerinin üçüncü ülkeler bakımından uygulanabilirliği sorununu ele almaya çalışacağız. Her ne kadar Ülkemiz Avrupa Birliği (Birlik) nezdinde “aday” statüsünü kazanmış ve bu nedenle de Birlik mevzuatı bizim için daha fazla bir önem kazanmış ise de, söz konusu mevzuat bakımından halen üçüncü ülke durumundayız. Bu itibarla, adı geçen Tüzük hükümlerinin içerik olarak incelenmesinden ziyade, bunun uygulama alanının sadece Birlik üyesi ülkeler bakımından yabancı unsur ihtiva eden olaylarla mı sınırlı olduğu, yoksa Birlik üyesi bir ülke mahkemesi önüne gelen ihtilafın üçüncü bir ülkeyle, bu arada ülkemizle irtibatlı bir yabancı unsur ihtiva etmesi halinde de kabili tatbik olup olmadığı, bizim için daha öncelikli bir önem taşımaktadır. Ülkemiz bakımından bir yabancı unsur ihtiva eden ihtilafın Birlik üyesi bir ülke mahkemesi önüne getirilmesi durumunda, bu mahkemenin milletlerarası yetkisi konusunda

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22 Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; ABl. (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften), L 012, 16.01.2001, s.1.

tereddümü bulunan tarafın öncelikle bilmesi gereken husus, hiç şüphesiz, mahkemenin bu yetkisinin hangi hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğidir. Birlik üyesi ülkelerle olan çok sıkı ekonomik ve sosyal ilişkilerimiz nazara alındığında, konunun önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki, bu çalışmamızda, doğrudan Tüzük hükümlerine dayanarak tarafımızdan yapılan değerlendirmeler dışında, Birlik üyesi ülkelere sadece Alman öğretisi ve uygulaması yansıtılmaktadır. Birlik üyesi diğer ülkelerdeki teori ve pratiği doğrudan inceleme imkanımız olmadı.

O zamanki adıyla “Avrupa Ekonomik Topluluğu”nun kurulmasına ilişkin 25.3.1957 tarihli sözleşmenin (EGV)², taraf devletlerin vatandaşları bakımından, hukuk ve ticaret mahkemeleri ile hakemlerce verilen kararların tanıma ve tenfizinde formalitelerin karşılıklı olarak basitleştirilmesini öngören 220 nci (2.10.1997’de imzalanıp 1.5.1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Sözleşmesi³ ile konsolide edilmiş şekliyle halen geçerli olan son metninde 293 üncü) maddesi doğrultusunda, 27.9.1968’de kurucu altı devlet⁴ tarafından imzalanan ve 1.2.1973’de yürürlüğe giren “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme” (EuGVÜ)⁵, her ne kadar sadece taraf devlet mahkemeleri bakımından milletlerarası yetki, geçici hukuki himaye, derdestlik ve mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi konularını düzenlemekte idiyse de, bu

² Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (BGBl. II Nr. 23 vom 19.8.1957, s. 766; Berichtigung BGBl II Nr. 35 vom 5.11.1957, s. 1678 ve Nr. 3 vom 5.2.1958, s. 64); sözleşmenin Almanca tam metni için ayrıca bkz. **Bieber**, R., Europarecht, Baden-Baden 2001, Nr. 2: EG-Vertrag.

³ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl., Nr. C 340 vom 10.11.1997; sözleşmenin Almanca metni için ayrıca bkz. **Bieber**, R., Europarecht, Baden-Baden 2001, Nr. 6: Vertrag von Amsterdam.

⁴ Federal Almanya, Fransa, İtalya ve Benelüks Ülkeleri (Belçika, Danimarka ve Lüksemburg).

⁵ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968, BGBl. 1972 II, s. 774, sözleşmenin Almanca tam metni için ayrıca bkz. **Jayme**, E./**Hausmann**, R., Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 10. Aufl., München 2000, Nr. 150, s. 279.

şekliyle dahi Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin Medeni Usul Hukuku Kodu olarak nitelendirilmekteydi⁶. Söz konusu bu Sözleşme, EGV m. 61/c ve 67, I hükümlerine dayanılarak⁷ Avrupa Birliği Konseyi (Rat der EU) tarafından, içeriğinde de bazı değişiklikler yapılarak, Tüzük (Verordnung der EU)⁸ şekline dönüştürülmüş bulunmaktadır. 1 Mart 2002'de EuGVÜ'nün yerini alarak yürürlüğe giren bu Tüzüğün içerik olarak EuGVÜ'den farklı olan hükümlerinin hazırlanmasına ilişkin çalışmalarda da -bu çalışmalar esas itibariyle EuGVÜ'de yapılması istenen reform hazırlıklarıdır⁹- burada ele almaya çalışacağımız konu önemli bir yer tutmuş, fakat öğreti ve uygulamadaki tereddüt ve tartışmaları tamamen gideren bir neticeye ulaşılamamıştır.

⁶ Bkz. **Prütting**, H., "Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung", FS. für G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln 1990, s. 457 vd.; **Benecke**, L., Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereiches von Art. 2 ff. und 17 EuGVÜ, Diss., Köln 1993, s. 1; **Kropholler**, J., Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1998, Einl., Rdnr. 16-17; **Micklitz**, H./**Rott**, P., Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, EuZW 2001, 325 vd.

⁷ Bu maddenin böyle bir yetkiyi Konsey'e tanıyıp tanımadığına ilişkin tartışmalar için bkz. **Adophsen**, J., "Revision des EuGVÜ und neues deutsches Schiedsverfahrensrecht", IPRax 2000, s. 176 vd.

⁸ Bkz. yuk. dn. 1.

⁹ Bu çalışmalar ve bunların değerlendirildiği 7.4.1999 tarihinde Berlin'de yapılan Sempozyum hakkında genel bir bilgi için bkz. **Adophsen**, IPRax 2000, s. 176 vd.; daha detaylı bilgi için bkz. **Kohler**, C., Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die Gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen - Generalia und Gerichtsstandsproblematik, Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht, Editör Peter Gottwald, Bielefeld 2000, s. 1 vd.; **Stadler**, A., Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens über die Gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen - Vollstreckbarerklärung und internationale Vollstreckung, Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht, Editör Peter Gottwald, Bielefeld 2000, s. 37; **Kerameus**, K., Erweiterung des EuGVÜ-Systems und Verhältnis zu Drittstaaten, Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht, Editör Peter **Gottwald**, Bielefeld 2000, s. 75 vd.; atif yapılan bu son üç makale, yazarların sözkonusu Sempozyumda sundukları tebliğlere dayanmaktadır. İlgili reform çalışmaları için teşkil edilen komisyonlarca hazırlanan metinler hakkında bkz. Revision des EuGVÜ - Neues Schiedsverfahrensrecht, Editör Peter **Gottwald**, Bielefeld 2000, s. 66 vd., 73 vd., 93 vd., 125 vd.

Birlik Üyesi Devletlerin Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tüzük Hükümlerine Yahut Otonom Hukuklarına Göre Belirlenmesinin Önemi

Mesele genel yetki kuralı bakımından ele alındığında, gerçek kişiler açısından netice itibariyle herhangi bir pratik anlam taşımamaktadır¹⁰. Zira, genel yetkinin düzenlendiği gerek Tüzüğün 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, gerekse otonom (milli) hukuklarda¹¹ (örneğin Alman Medeni Usul Kanununun - ZPO - 13 üncü paragrafı), tarafların vatandaşlığına bakmaksızın, davalının yerleşim yeri (Wohnsitz) esas alınmaktadır¹². Dolayısıyla, hangi görüşe itibar edilirse edilsin, neticede, gerçek kişi davalının yerleşim yerinin, mahkemenin ait olduğu devletin sınırları dahilinde bulunması yeterlidir¹³.

Bununla birlikte gerek genel yetkinin tüzel kişiler bakımından belirlenmesinde ve gerekse özel yetkiye ilişkin düzenlemelerin bazılarında,

¹⁰ **Coester-Waltjen, D.:** Die Bedeutung des EuGVÜ und des Luganer Abkommens für Drittstaaten, in: FS für Hideo Nakamura, Tokyo, 1996, s.106 vd.; MünchKommZPO/Gottwald, Art. 1 EuGVÜ, Rdn. 12-13; karşı. Stein/Jonas-Schumann (20. Aufl.), Einl., Rdn. 781 vd.; **Grolimund, P.:** Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts, Diss., Tübingen 2000, Rdn. 251 vd., 270 vd. ve 403 vd. Öğretideki görüşlerde kendisini oldukça sık atıf yapılan "*Jenard-Bericht*"de, EuGVÜ.m.2'ye ilişkin olarak şu açıklama yer almaktadır: "Taraflar devletlerden birisinde görülmekte olan dava sadece yerleşim yeri bu devlette bulunan kişileri ilgilendiriyorsa, Sözleşme esas itibariyle her hangi bir rol oynamaz; 2. madde bu durumda ilgili devlette yürürlükte olan yetki hükümlerine yönlendirme yapar. Buna rağmen, böyle bir ihtilaf dahi bir yabancı unsur ihtiva edebilir. Örneğin, davalı tarafta bir yabancıların yer alması ve bu nedenle de Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan eşit davranma ilkesinin söz konusu olması durumunda olduğu gibi. Aynı durum, dava konusu ihtilaf hakkında başka bir ülkede münhasır yetkinin (m. 16) söz konusu olması ve nihayet aynı davanın bir başka devlet mahkemesinde de derdest olması yahut başka bir devlet mahkemesi önünde görülmekte olan dava ile irtibatının bulunması (m. 21 ila 23) ihtimallerinde de mevcuttur.", (*Jenard-Bericht*, Kap. 3, Nr. I, abgedruckt in: **Bülow/Böckstigel/Geimer/Schütze**, Bd. 1, B I 1 a, EWG-Übereinkommen, s. 601.1 vd.).

¹¹ Otonom hukuktan maksat, herhangi bir uluslar arası anlaşma yahut doğrudan uygulanan (AB Tüzüğü gibi) hukuk kuralları dışında kalan ve ilgili ülkenin milli yasama organlarıncı oluşturulan hukuktur.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Grolimund**, Rdn. 445 vd.

¹³ **Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, s. 172; MünchKommZPO/Gottwald, Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 21; **Stein/Jonas-Schumann**, § 13 ZPO, Rdn. 18.

Tüzükte yer alan hükümler, otonom hukuklarda bunlara karşılık gelen hükümlerden farklılık gösterebilmektedir.

Örneğin, genel yetkinin tüzel kişiler bakımından değerlendirilmesinde karşımıza şöyle bir durum çıkmaktadır:

Bir tüzel kişinin davalı tarafta yer aldığı bir ihtilafta, Birlik üyesi bir ülke mahkemesinin milletlerarası yetkisinin Tüzük hükümleri çerçevesinde mevcut olup olmadığı araştırılırken, Tüzüğün 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının, 60 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasıyla (EuGVÜ m. 53) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüzüğün 60 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasına göre, “Tüzük hükümlerinin uygulanması bakımından şirketler ile tüzel kişilerin yerleşim yeri: a) kendi tüzüklerinde belirtilen yer (satzungsmäßiger Sitz), b) merkez idaresinin bulunduğu yer (Hauptverwaltung), c) işletme merkezinin bulunduğu yerdir (Hauptniederlassung)”¹⁴.

¹⁴ EuGVÜ m. 53 şirket ve tüzel kişilerin yerleşim yerini kendisi belirlememekte, bu konuda mahkemenin ait olduğu devletin kanunlar ihtilafı kuralları gereğince belirlenecek olan hukukun karar vermesini öngörmekteydi; bu konuda bkz. MünchKommZPO/Gottwald, Art. 53 EuGVÜ, Rdn. 6; **Stein/Jonas-Schumann**, § 17 ZPO, Rdn. 10; **Geimer R./Schütze**, R. A.: Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen, München 1997, Art. 53 EuGVÜ, Rdn. 3; **Schack**, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 1996, Rdn. 252; karş. **Basedow**, Hdb. IZVR I, Kap. II, Rdn. 38. Alman kanunlar ihtilafında tüzel kişilerin statüsünün belirlenmesinde geçerli olan prensip (bu prensip geleneksel olup yazılı bir kural değildir) tüzel kişinin fiili idare merkezinin (der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung - Sitztheorie), bkz. Staudinger-Großfeld, IntGesR, Rdn. 26; MünchKommZPO/Gottwald, Art. 53 EuGVÜ, Rdn. 6; **Kropholler**, EuZPR, Art. 53 EuGVÜ, Rdn. 2; **Schack**, IZVR, Rdn. 251-252; BayObLG, DB 1998, s. 2318 vd.; daha geniş bilgi için bkz. MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rdn. 358. Halbuki, bu alternatif § 17 ZPO'nun uygulanması bakımından sadece ikincil olarak gündeme gelir. EuGVÜ m. 53'deki düzenlemenin Tüzüğün 60 ıncı maddesinde tamamen farklı yer alması karşısında, artık söz konusu bu prensip ve buna ilişkin olarak Avrupa Toplulukları Mahkemesinin (EuGH/ATAD) bilhassa 27.9.1988 tarihli “Daily Mail”-kararı (EuGHE 1988, 5505 = NJW 1989, 2186 = IPRax 1989, 381) ile 9.3.1999 tarihli “Centros” kararının (NJW 1999, 2027 = JZ 1999, 669 = EWS 1999, 140 = RIW 1999, 447 = BB 1999, 809 = EuZW 1999, 216 = ZIP 1999, 438) konumuz bakımından önemi kalmamıştır. Söz konusu teori ve kararlara ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Puszkajler**, IPRax 2000, s. 80; **Nießen**, NJW 1986, s. 1408; **Behrens**, RabelsZ 52 (1988), 498 vd.; **Behrens**, IPRax 2000, s. 384; **Geyrhalter**, EWS 1999, s. 203, MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rdn. 368; **Behrens**, IPRax 1999, s. 323 vd.; **Ebke**, JZ 1999, s. 656 vd.; **Kindler**, NJW 1999, s. 2064 vd.; **Höfling**, DB 1999, s. 1206 vd.; **Roth**, ZIP 1999, s. 861 vd.; **BGH**, IPRax 2000, s. 423.

Oysa, aynı tüzel kişinin davalı tarafta yer aldığı bir ihtilafta, örneğin Alman mahkemelerinin milletlerarası (genel) yetkisinin bulunup bulunmadığı Alman otonom hukukuna göre değerlendirecek olursa, karşımıza § 17 ZPO çıkar ve bu paragrafta yer alan düzenleme bizi -duruma göre- farklı bir sonuca götürebilir.

Her ne kadar § 17 ZPO gereğince tüzel kişiler bakımından genel yetkinin belirlenmesinde de bunların -tabiyetine bakılmaksızın- yerleşim yeri esas alınırsa da¹⁵, Alman kanunlar ihtilafında genel kabul gören anlayış, bu yerin öncelikle (primär) tüzel kişinin tüzüğünde belirtilen yer olmasıdır. Tüzüğünde bir hüküm bulunmaması halinde ise (subsidiär) fiili/gerçek yerleşim yeri (tatsächlicher Sitz) esas alınır^{16,17}.

Öte yandan, bilhassa münhasır yetki (ausschließliche Zuständigkeit) ve milletlerarası yetki anlaşmalarına (Prorogation) ilişkin hükümler bakımından da, Tüzükte yer alan düzenlemelerle (Tüzük m. 22, 23) Alman otonom hukuku (ZPO §§ 24 vd.; § 29a, § 32a; §§ 38 vd.) arasında önemli farklar mevcuttur¹⁸.

¹⁵ **Kropholler**, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rdn. 278.

¹⁶ **Kropholler**, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rdn. 278; **Stein/Jonas-Schumann**, § 17 ZPO, Rdn. 9; **MünchKommZPO/Patzina**, § 17 ZPO, Rdn. 16; karş. **Schack**, IZVR, Rdn. 251; BAG, Urteil vom 20.01.1999, Az: 2 Sa 623/97, in: Bibliothek BAG, Juris unter der Nr.: KARE544800539; söz konusu bu kararda, tüzüğüne göre yerleşim yeri Türkiye'de fakat gerçekte (fiili yerleşim yeri) Almanya'da bulunan davalı şirket bakımından, Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin mevcut olmadığına karar verilmiştir.

¹⁷ Tüzüğün 2. maddesinin gerçek kişiler bakımından uygulanma alanı ile ilgili tartışmalar, aynı şekilde tüzel kişiler açısından da geçerlidir. Bu nedenle, bu tartışmaları tekrarlamaksızın burada Alman mahkemeleri tarafından verilen bir karara değinmek istiyorum: OLG Frankfurt, IPRax 1998, s. 35 vd.; Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesinin bu kararına konu olan olayda, davacı tarafta merkezi Antalya'da bulunan bir AŞ, davalı tarafta ise merkezi Hanau'da olan bir GmbH yer almaktaydı. Mahkeme, milletlerarası yetkisini §§ 12, 17 ZPO hükümlerine dayandırmıştır. Olayda, Antalya mahkemelerine ilişkin yetki anlaşmasının (şartının) münhasır olmadığı ve bu nedenle de davalının yerleşim yerinin bulunduğu Almanya'da da davanın açılabilmesine karar verilmiştir. Mahkeme, somut olayda Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından EuGVÜ'nün kabili tatbik olup olmadığını tartışmış ve bunun olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹⁸ Çalışmamızın amacının bu farkların ortaya konması değil, bilakis Birlik üyesi ülkelerde görülmekte olan bir davanın Türkiye ile ilgili bir yabancı unsur ihtiva etmesi ihtimalinde, ilgili ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin genel olarak ve bir bütün halinde,

İhtilafın Milletlerarası Unsur Taşımalarının Tüzüğün Yetki Hükümlerinin Genel Olarak Uygulanma Kabiliyeti Bakımından Rolü

Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre, Tüzüğün yetkiye dair hükümleri, milli hukuk düzenlerindeki yetki hükümlerini bertaraf ederek onların yerini almıştır. Birlik üyesi herhangi bir ülkede mahkemenin somut olay bakımından milletlerarası yetkisinin mevcut olup olmadığı araştırılırken esas alınması gereken hukuk kodu artık mahkemenin milli (otonom) kanunu değil, Tüzüktür. Bunun nedeni ise, milletlerarası yetkinin, taraflar yahut mahkemece açıkça tartışılmasa dahi, her somut olayda kendiliğinden söz konusu olmasıdır¹⁹. Ayrıca EuGVÜ (ve Tüzük) “milletlerarası unsurlu bir olay”ın mevcudiyetini kendisinin yetkiye dair hükümlerinin uygulanabilirliğinin genel şartları arasında zikretmemektedir. “Milletlerarası” unsur sadece ve genel anlamda dibacenin dördüncü maddesinde “milletlerarası yetki”den bahsedilmesi sadedinde geçmektedir. Buna karşılık milletlerarası unsur, yetkiye dair birçok hüküm bakımından özel uygulanabilirlik şartları içinde yer almaktadır. Milletlerarası yetki sorununun somut davada, bunun ne mahkeme ne de taraflarca gündeme getirilmiş olması hasebiyle hakkında karar verilmesi gereken bir husus olarak ortaya çıkmamış olması durumunda, Tüzük gereğince mi yoksa milli hükümlere istinaden mi mevcut olduğunu tartışmanın zaten pratik bir anlamı yoktur²⁰.

Bu görüş sahiplerinin ileri sürdükleri gerekçelerden birisi de, “yabancı unsur”un belirsiz ve sınırlarının muğlak bir kavram olmasıdır. “Yabancı unsur” ve “yabancı bir hukuk düzeniyle bağlantı”nın tanım ve tesbiti, içinden

Tüzük hükümlerine göre mi yoksa o ülkenin milli kanununa (otonom hukukuna) göre mi belirleneceği sorusu olduğundan, Tüzük hükümlerinin Birlik üyesi ülkelerin milli kanunlarında yer alan hükümleriyle karşılaştırılması yapılmayacaktır.

¹⁹ **Kropholler**, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rdn. 637; **Kropholler**, EuZPR, vor Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 7-8; **Geimer/Schütze**, EuZVR, Einl. EuGVÜ, Rdn. 122; **Geimer**, NJW 1976, s. 446; **Geimer**, IPRax 1991, s. 31; karş. **Linke**, IZPR, Rdn. 123.

²⁰ **Kropholler**, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rdn. 637; daha ayrıntılı olarak **Aull**, M. J.: Der Geltungsanspruch des EuGVÜ: “Binnensachverhalte” und Internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäischen Union, Zur Auslegung von Art. 17 Abs. 1 S. 1 EuGVÜ, Diss., Frankfurt a.M. 1995, s. 80 vd., 86.

çıkılmaz zorluklara yol açmaktadır²¹. Nitekim Tüzüğün kendisinin bu hususta bir tanım ihtiva etmemesinin yanında, amaçsal (teleologisch) yorum taraftarları da, kendisi ölçüt alındığında artık Tüzüğün mü yoksa ilgili milli hukuk düzeninin yetki hükümlerinin mi uygulanması gerektiğinin tesbitinde tatmin edici bir formül bulmaya yahut bir tanımlama yapmaya muvaffak olamamışlardır. Kaldı ki, Tüzüğün yetki hükümlerinin milletlerarası unsur taşımayan olaylara uygulanmayacağına dair herhangi bir dayanak da mevcut değildir²².

Buna karşılık hakim görüş, Tüzüğün yetki hükümlerinin milletlerarası unsur taşımayan olaylar bakımından uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Dibacenin, Birlik üyesi ülkelerde mukim kimselere daha iyi bir hukuki koruma sağlama amacının vurgulandığı 4. maddesi nazara alındığında, Tüzüğün yetki hükümlerinin birlik üyesi ülkelerin milli hukuklarındaki yetki hükümlerini ancak olayın milletlerarası unsur taşıması durumunda bertaraf ettiğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, örneğin davanın taraflarından her ikisinin ikametgahının da aynı Birlik üyesi ülkede bulunması durumunda genel yetkinin dayanağı tesbit edilirken, artık Tüzük hükümleri değil, ilgili mahkemenin milli hukuku esas alınacaktır²³.

Kanımcı hakim görüş taraftarlarının ileri sürdükleri gerekçeler daha tutarlıdır. Zira, Tüzüğün amacının “birlik üyesi ülkeler arasında *milletlerarası yetkinin* düzenlenmesi”²⁴ olduğu dikkate alındığında, bu yönden bir sorun taşımayan ve salt iç yetki bakımından önem arzeden olayların Tüzüğün yetki hükümlerinin uygulama alanına girdiğini söylemek zordur. Burada iki hususu birbirinden ayırt etmek gerekmektedir: (Alman Hukukunda)²⁵ bir dava şartı

²¹ Daha detaylı bilgi için bkz. **Aull**, s. 87 vd.; müellif bu konuda ayrıca, “yabancı unsurlu olay” kavramının göreceliliğinden ve nedenle de bakış açısına göre farklı değerlendirelebileceğinden söz etmektedir.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Geimer/Schütze**, I/1, s. 218 vd.; **Aull**, s. 85 vd.

²³ **Benecke**, s. 51; **Piltz**, NJW 1979, s. 1071; **Schack**, IZVR, Rdn. 238, 239; **Samleben**, NJW 1974, s. 1590.

²⁴ Bu amaç, dibacenin 4. fıkrasında açıkça vurgulanmaktadır.

²⁵ Milletlerarası yetkinin mevcudiyeti Alman Hukukunda bir dava şartıdır; bkz. **Pagenstecher**, RabelsZ 11 (1937), s. 337 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 536; buna karşılık Türk Hukukunda milletlerarası yetkinin, bunun ancak münhasır yahut kamu düzenine ilişkin yetki olması durumunda dava şartı teşkil edeceği kabul edilmektedir, bkz. **Ekşi**, N.: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 1996, s. 147 vd.

teşkil eden milletlerarası yetki her ne kadar salt teorik olarak her davada ortaya çıkarsa da, milletlerarası yetkinin mevcut olup olmadığının araştırılması gereğini doğuran olgular ile bir yetki sisteminde belli bir hukuki ihtilaf bakımından ilgili ülke mahkemesinin yetkisinin kendilerine istinaden tesis edildiği bağlama noktaları birbirinden farklı hususlardır. Yabancı bir hukuk düzeniyle irtibat (Auslandsbezug - Auslandsberührung), örneğin taraflardan birisinin yabancı bir ülkenin vatandaşı olması, somut davada milletlerarası yetkinin -hatta duruma göre kişi yönünden yargı hakkının- mevcut olup olmadığının araştırılmasını gerekli kılabilir. Buna karşılık, sözkonusu irtibatın milli yahut yabancı yetki sistemini işaret edebilmesi, onun ilgili yetki sistemi bakımından bir “bağlama noktası” (Anknüpfungspunkt) teşkil edip etmediğine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, yabancı bir hukuk düzeniyle irtibat sadedinde Tüzüğün yetki hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmadığı, işte bu ölçütten hareketle değerlendirilmelidir. Buna göre; örneğin, taraflardan birisinin yabancı olması durumunda, davanın görülmekte olduğu mahkemenin milletlerarası yetkisinin mevcut olup olmadığının araştırılması için ortada bir sebep bulunmaktadır. Böyle bir durumda, ilgili mahkemenin milletlerarası yetkisinin mevcut olup olmadığı, bu yetkiyi kurmaya elverişli bir bağlama noktasının bulunup bulunmadığına göre tespit edilecektir. Dolayısıyla, ihtilafın bir yabancı unsur taşıyor olması, Tüzüğün yetki hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından zorunlu bir koşul teşkil etmektedir.

Konumuz bakımından bu görüşün önemi şu noktadadır: Eğer bu görüş kabul edilirse, artık Birlik üyesi ülkelerin mahkemeleri, üçüncü ülkeler bakımından bir yabancı unsur ihtiva etsin etmesin, önlerine gelen dava konusu olay hakkında milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığını Tüzük hükümleri çerçevesinde tesbit edecektir. Bunun anlamı, Tüzüğün yetkiye dair hükümlerinin üçüncü ülkeler bakımından da (dolaylı bir) uygulanma kabiliyeti kazanmasıdır.

Tüzük Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bakımından İhtilafın Birden Fazla Birlik Üyesi Ülke ile İrtibatının Bulunmasının Gerekli Olup Olmadığı Tüzük hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından ihtilafın yabancı unsur taşımasının gerekli olup olmadığı meselesi kadar, bu soruya olumlu yanıt verenler arasında da, bu kez yabancı unsurun mutlaka (ve en az) iki Birlik üyesi ülke bakımından mı olması gerektiği, yoksa Birlik üyesi ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisini Tüzük hükümlerine göre belirlemek

için ihtilafın herhangi bir üçüncü ülkeyle irtibatının bulunmasının yeterli olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Amaçsal yorum teorisinin (teleologische Reduktionstheorie) taraftarları, Tüzük hükümlerinin uygulanabilmesinin öncelikli şartının, ihtilafın en az iki Birlik üyesi ülke ile irtibatının bulunması olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş taraftarlarına göre, EuGVÜ'nün hemen dibacesinde, Sözleşmenin amacının "Topluluk içinde oturan kişileri korumak" olduğu açıkça belirtilmiştir. Bundan hareketle Sözleşme sadece Topluluk içindeki ilişkileri düzenlemeyi hedef almıştır²⁶. Nitekim Avrupa Toplulukları Anlaşmasının (EGV) 220 nci (Anlaşmanın en halen yürürlükte olan metninde 293 üncü) maddesi de, taraf devletlere, taraf devlet vatandaşları bakımından, mahkeme ve hakem kararlarının karşılıklı olarak tanınma ve tenfizinde formalitelerin basitleştirilmesi yükümlülüğünü getirmektedir²⁷.

Buna karşılık hakim görüş taraftarları²⁸, EuGVÜ'nün (bugün itibariyle Tüzük bakımından düşünülmesi gerekir) uygulanma alanını, kendisinin açıkça ifade etmediği bir şarta bağlayarak sınırlandırmanın doğru olmadığı kanaatindedirler. Zira, EuGVÜ'nün amacı, her şeyden önce, Birlik üyesi ülkelerde mümkün olduğunca yeknesak bir yetki sistemi kurmaktır. Kaldı ki, birden fazla Birlik üyesi ülke ile irtibatın arandığı hallerde, bu husus münferit hükümlerde ayrıca ve açıkça belirtilmiştir (örneğin Tüzük m. 5 vd, 15 vd). Her ne kadar Tüzük birinci hedef olarak (primär) birden fazla Birlik üyesi devlet arasındaki milletlerarası yetkiyi düzenlemekteyse de, bazı

²⁶ EuGVÜ'e ilişkin olarak söylenenler, Tüzük bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Zira, EuGVÜ'nün dibacesinde yer alan ifadeler Tüzüğün başlangıcında, biraz genişletilerek de olsa, en azından anlam itibariyle muhafaza edilmiştir.

²⁷ **Schack**, IZVR, Rdn. 241 ve 103 vd.; **Piltz**, NJW 1979, s. 1072; **Benecke**, s. 113 vd.; **Thomas/Putzo-Hübstege**, ZPO, Vorb. EuGVÜ, Rdn. 14, Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 2; **Wieczorek/Schütze-Hausmann**, ZPO, Bd. 1, Teilbd. 1, 3. Aufl. (1994), Vor Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 10; karş. **Heß**, IPRax 1992, s. 358; BGHZ 109, s. 29, 34 = IPRax 1990, s. 318; **Lorenz**, IPRax 1990, s. 292, 295; OLG München, IPRax 1991, s. 47; **Geimer**, IPRax 1991, s. 32.

²⁸ **Coester-Waltjen**, FS Nakamura, s. 106 vd.; **Kropholler**, EuZPR, vor Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 6 vd.; **Kropholler**, FS Ferid (1988), s. 239 vd.; **Geimer/Schütze**, EuZVR, Einl. EuGVÜ, Rdn. 124, Art. 2, Rdn. 73; **Geimer**, IPRax 1991, s. 31; **Zöller/Geimer**, Anh. I, Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 15; **Schlosser**, Vorbem. Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 5 vd.; **Grolimund**, s. 103, 151 vd., 165 vd.; **Aull**, s. 90 vd; karş. **Killias**, L., Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss., Zürich 1993, s. 63.

maddelerinde (örneğin Tüzük m. 2, 22, 23) üçüncü ülkelerle olan ilişkiyi de sekonder olarak düzenlemektedir²⁹.

Hakim görüş taraftarlarının gerekçeleri bazen birbirinden farklıdır. Örneğin *Kropholler*, *Geimer/Schütze* ve *Aull*, genel yetki bakımından “yabancı unsur”un (Auslandsberührung) zaten bir şart olmadığından hareket etmektedirler. Dolayısıyla, eğer Tüzük zaten iç hukuktaki genel yetki bakımından geçerli ise, üçüncü ülkeler bakımından bunu tartışmanın bir anlamı yoktur³⁰. Buna karşılık *Coester-Waltjen* ve *Gottwald*, Tüzüğün, münferit hükmünde aksini açıkça öngörmemişse, yabancı unsur ister Birlik üyesi ülkeyle isterse üçüncü bir ülkeyle irtibatlı olsun, uygulama alanı bulacağı fikrindedirler. Dolayısıyla, her bir somut hükmün uygulanma şartları sırf kendisi bakımından ve ayrıca değerlendirilmelidir³¹.

Öğretideki bu görüş farklılığı mahkeme kararlarında kendisini göstermektedir. Burada, Alman mahkemelerinden verilmiş olup, ihtilafta yabancı unsurun Türkiye ile irtibatlı olduğu birkaç karar örnek olarak verilecektir:

Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi (Kammergericht - KG)³² tarafından karara bağlanan bir olayda davanın her iki tarafı da Türk vatandaşı idiler, davacıların yerleşim yeri Türkiye’de, buna karşılık davalının yerleşim yeri ise Berlin’de bulunmaktaydı. Olayda KG, milletlerarası yetkisini, şu gerekçeyle EuGVÜ m. 2/I hükmüne dayandırmıştır: Tarafların tabiyeti nedeniyle davanın her aşamasında re’sen araştırılması gereken Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, davalının Berlin’de bulunan yerleşim yerinin yer itibarıyla yetkiyi tesis etmesi karşısında, EuGVÜ m. 2/I gereğince mevcuttur. EuGVÜ’nün uygulanabilmesi bakımından Türkiye’nin EuGVÜ’ye taraf devlet olmasına bağlı değildir. Bilakis, EuGVÜ’nün yabancı unsurlu

²⁹ **Lorenz** (DAR 1991/4, s. 126) ve **Baumann** (IPRax 1994, s. 435-436) EuGVÜ’nün 2. maddesinin Alman mahkemeleri önünde görülmekte olup Türkiye bakımından yabancı unsur ihtiva eden olaylarda da uygulanabileceğini açıkça ifade etmektedirler.

³⁰ **Kropholler**, EuZPR, vor Art. 2 EuGVÜ, Rdn. 8; **Geimer/Schütze**, EuZVR, Einl. EuGVÜ, Rdn. 122 vd., Art. 2, Rdn. 73 vd.; **Geimer/Schütze**, I/1, s. 227; **Geimer**, IPRax 1991, s. 31; **Aull**, s. 85 vd., 93-94, 143; karş. **Kohler**, FS Matscher (1993), s. 275; **Schmidt**, ZZP 103 (1990), s. 92.

³¹ **Coester-Waltjen**, FS Nakamura, s. 106 vd.; MünchKommZPO/**Gottwald**, Art. 1 EuGVÜ, Rdn. 12-13; karş. **Stein/Jonas-Schumann** (20. Aufl.), Einl., Rdn. 781; karş. **Grolimund**, Rdn. 251 vd., 270 vd., ve 403 vd.

³² KG, IPRax 1994, s. 455 vd. = FamRZ 1993, s. 976 vd.

ihtilaflarda uygulanabilmesi için, davalının yerleşim yerinin bir taraf devlette -olayımızda Almanya'da- bulunuyor olması kafidir. Ayrıca, ZPO § 12 ve § 13 gereğince de davalının yerleşim yeri ülke içinde bulunmaktadır. Başvurulan mahkemenin yer itibarıyla yetkisi aynı zamanda Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de tesis etmektedir³³.

Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Frankfurt) de benzer bir olayda EuGVÜ'nün 2 inci maddesinin uygulanmasını isabetli bulmuş, ancak bu arada EuGVÜ'nün üçüncü ülkeler bakımından uygulanırlığı konusundaki tartışmalara da dikkat çekmiştir³⁴. Aynı Mahkeme, tarafların her ikisinin de tüzel kişi olduğu ve davalının yerleşim yerinin Almanya'da, davacının ise Türkiye'de bulunduğu bir başka olayda ise, Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisini EuGVÜ m. 2'ye değil, aksine ZPO § 17 ve § 12 hükümlerine dayandırmıştır³⁵.

Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Karlsruhe)³⁶ ise, tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olduğu bir nafaka davasında, Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisini EuGVÜ m. 2, 5 Nr. 2 hükümlerine dayandırmıştır. Mahkemenin kanaatine göre, söz konusu anlaşma, tarafların vatandaşlığına bakmaksızın, taraf devletlerde mukim olan şahıslar bakımından, bu devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemektedir. Dolayısıyla, Türkiye'nin taraf devlet olmamasının herhangi bir önemi yoktur³⁷.

Buna karşılık, taraflardan her ikisinin de Türk vatandaşı olduğu, bunlardan davacının Türkiye'de yaşadığı bir davada, Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Köln)³⁸, Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisini § 13 ZPO hükmüne dayandırmıştır. Mahkemenin bu kararı *Henrich*³⁹ tarafından

³³ KG bu kararının gerekçesinde BGH'nın bir kararına (bu karar FamRZ 1992, 1060, 1061'de yayımlanmıştır) yollama yapmaktadır. Ancak, BGH söz konusu bu kararında üçüncü ülkeler meselesini açık bırakmıştır; ayrıca karşı. OLG Saarbrücken, FamRZ 1994, s. 579.

³⁴ OLG Frankfurt, FamRZ 1990, s. 748.

³⁵ OLG Frankfurt, IPRax 1998, s. 35-37.

³⁶ OLG Karlsruhe, FamRZ 1986, s. 1226 vd.

³⁷ Karşı. OLG München, IPRax 1991, s. 46 vd.

³⁸ OLG Köln, IPRax 1989, s. 53.

³⁹ *Henrich*, IPRax 1989, s. 53 (karar eleştirisi: OLG Köln, Urteil v. 22.6.1988, aynı yerde).

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (OLG Hamm) 11.7.1988 tarihli kararına⁴⁰ işaret edilerek eleştirilmiştir.

Nihayet Avrupa Toplulukları Mahkemesi (EuGH/ATAD) 13.07.2000 tarihli kararında⁴¹, bütün bu tartışmalara son vermesi beklenen görüşünü açıklamıştır⁴². Öğretideki hakim görüşü benimseyen mahkeme, bununla EuGVÜ (bugün için Tüzük) bakımından genişletici (extensiv) yorum yapmıştır⁴³. Mahkemeye göre, EuGVÜ'nün milletlerarası yetkiye ilişkin olarak getirmiş olduğu sistem, davalının vatandaşlığına bakmaksızın, Sözleşmenin 2 nci maddesinde açıkça davalının yerleşim yeri esasına (actor sequitur forum rei) dayanmaktadır. Ayrıca, EuGVÜ, birden fazla taraf devletle irtibat şartını (Berührungspunkte zu verschiedenen Vertragsstaaten) aramamaktadır. Bilakis, sadece davalının yerleşim yerinin EuGVÜ'nün (bugün için Tüzüğün) yer itibariyle uygulama alanında bulunuyor olması yeterlidir⁴⁴.

Sonuç ve Değerlendirme

Kanımcı, 44/2001 sayılı Tüzüğün genel uygulanırlık şartı olarak, davalının yerleşim yerinin Birlik üyesi ülkelerden birisinde bulunması yeterlidir. Bu şartın mevcudiyeti, Birlik üyesi bir ülke mahkemesinin önüne gelen bir ihtilafta milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit için, öncelikle Tüzük hükümlerini dikkate almasını gerektirir⁴⁵. Bu noktada,

⁴⁰ OLG Hamm, IPRspr. 1988, Nr. 203, s. 447-449. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı çok ilginçtir. Zira, bu karara konu olan olayda tarafların her ikisi de Fas vatandaşı idiler; ancak, davalının yerleşim yeri davacının ise mutad meskeni Almanya'da bulunmaktaydı, hatta ihtilafa uygulanacak olan hukuk da Alman Hukuku idi. Olayda tarafların vatandaşlıkları dışında herhangi bir yabancı unsur bulunmamasına rağmen, mahkeme milletlerarası yetkisini EuGVÜ m. 2'ye dayandırmıştır.

⁴¹ EuGH von 13.07.2000 (Rs. C-412/98 - Group Josi Reinsurance Company SA/Universal General Company), IPRax 2000, s. 520 (bu kararın eleştirisi için bkz. **Staudinger**, IPRax 2000, s. 483 vd.); karşı. EuGH vom 9.11.2000, Rs. C- 387/98 (Coreck Maritime GmbH/Handelsveem BV).

⁴² Bu yönde **Staudinger**, IPRax 2000, s. 483.

⁴³ **Staudinger**, IPRax 2000, s. 483; karşı. **Geimer**, IPRax 1991, s. 32, **Jayme/Kohler**, IPRax 1994, s. 411.

⁴⁴ Erwägungsgründe 47, 53, 56, 57, 59, 61.

⁴⁵ **Aull**, s. 144.

Tüzükte yer almayan herhangi bir başka şartı öne sürerek, Tüzüğün genel anlamda uygulanırlığını sınırlandırmak amaca da uygun düşmez.

Amaçsal yorum taraftarlarının çıkış noktasını oluşturan gerekçelerin başında, Tüzüğün amacının bir üye ülke ile üçüncü bir ülke mahkemeleri arasındaki milletlerarası yetkinin sınırlarının tespiti değil, aksine birden fazla üye ülke mahkemeleri arasındaki milletlerarası yetkinin sınırlarının tespiti olması gelmektedir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, hangi ülke mahkemeleri arasındaki milletlerarası yetkinin sınırlarının belirleneceği meselesinden ziyade, Tüzüğün mü yoksa ilgili ülkenin “lex fori”sinin mi geçerli olacağı meselesidir. Öte yandan, Tüzüğün Birlik hukuku bakımından yeri ve onun otonom hukuku sınırladığı da nazara alınmalıdır. Kaldı ki, Tüzüğün doğrudan uygulanırlığı dikkate alındığında da lex fori prensibi neticede Tüzüğün (artık iç hukukun bir parçası olmakla) uygulanmasını gerektirir. İster otonom hukuka üstünlüğü isterse otonom hukukun bir parçası olmakla lex fori prensibi gereği uygulanırlığı kabul edilsin, her halde sonuç değişmeyecektir⁴⁶.

Diğer taraftan, Tüzüğün amaçlarından birisinin de Birlik ülkelerin tamamında mümkün olduğunca yeknesak bir milletlerarası yetki sisteminin oluşturulması olduğu gerçeği⁴⁷ nazara alındığında da, Birlik üyesi ülkelerin tamamında, üçüncü ülkelerle irtibatlı ihtilaflar bakımından milletlerarası yetkinin aynı esaslara göre tespit edilmesi gerekir. Bunu sağlamanın tek yolu ise, Tüzüğün bir bütün olarak -somut ihtilaf bakımından uygulanması söz konusu olan hüküm aksini açıkça düzenlemiş olmadıkça- üçüncü ülkeler için de geçerli olmasıdır. Dolayısıyla, somut ihtilaf bakımından Birlik üyesi bir ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin Tüzük hükümlerine göre tesisinde uygulanması söz konusu olan özel hüküm eğer ihtilafın birden fazla Birlik üyesi ülkeyle irtibatlı bir yabancı unsur ihtiva etmesi koşulunu aramaktaysa, mahkeme buna göre hareket edecektir⁴⁸. EuGH'nın yukarıda işaret edilen 13.07.2000 tarihli kararının da bu yönde olması karşısında⁴⁹, artık Birlik üyesi ülke mahkemelerindeki uygulamanın aynı doğrultuda birleşmesi beklenmektedir.

⁴⁶ Aull, s. 144.

⁴⁷ Coester-Waltjen, FS Nakamura, s. 109.

⁴⁸ Coester-Waltjen, FS Nakamura, s. 109.

⁴⁹ Bkz. yuk. dn. 41.

Bu uygulamanın bizim açımızdan şu andaki önemi iki noktadadır. Bunlardan birincisi, ülkemiz mahkemeleri önünde görülmekte olan bir ihtilafta Birlik üyesi herhangi bir ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tartışma konusu olması halinde, bu Birlik üyesi ülke mahkemeler bakımından öncelikle başvurulması gereken kod, Tüzük olmaktadır. İkincisi ise, yerleşim yeri ülkemizde bulunan kişilerin Birlik üyesi bir ülke mahkemesine başvururken (örneğin, Birlik üyesi bir ülke mahkemelerinin mevcut olmayan milletlerarası yetkisini yetki anlaşmasıyla tesis ederken) ilk önce Tüzük hükümlerini göz önünde bulundurmaları gerekir. Yerleşim yeri herhangi bir Birlik üyesi ülkede bulunan vatandaşlarımız bakımından, bu ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde Tüzük hükümlerinin uygulanacağı ise kuşkusuzdur (Tüzük m. 2).

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE PAY HACZETTİREN ALACAKLININ USULDEN ve ESASTAN YARARLANMA YÖNTEMLERİ

*Av. Şakir BALCI**

I. GENEL AÇIKLAMA

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu; Dördüncü Kitap - Eşya Hukuku - Mülkiyet Bölümünde “Birlikte Mülkiyet Hukuku”nu düzenlemiş olup; Birlikte Mülkiyet’in; “Paylı Mülkiyet” ve “Elbirliği Mülkiyeti” şeklindeki ayırımına ilişkin esasları da belirlemiştir.

Buna göre; paylı mülkiyete ilişkin, paydaşların hak ve ödevleri MK.688.md.den itibaren ele alınmış olup; belirtilen mülkiyet türünde pay; “devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir” (MK.688/III).

Kanun ya da kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan elbirliği mülkiyeti türünde ise; “ortakların belirlenmiş payları olmayıp, herbirinin hakkı; ortaklığa giren malların tamamına yaygındır” (MK.701/II).

Elbirliği mülkiyetinde, ortağın kendi payı üzerinde tasarruf (rehin, ipotek, haciz, satış, vb.) hakları; paylı mülkiyetten farklı olup, elbirliği devam ettiği sürece, ortakların elbirliğiyle hareket etmeleri öngörülmektedir.

II. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE ORTAKLAR DIŞINDAKİ 3. KİŞİLERİN PAY HACZETTİRMELERİ

İİK.121.md.de; elbirliği mülkiyetinde pay haczedilmiş olması halinde, ilgili icra müdürlüğü kanalıyla İcra Tetkik Mercinden “satışın nasıl yapılacağıının sorulması” öngörülmüştür.

* Salihli Barosu Avukatı

İcra Tetkik Mercii; ikametgahları malum olan ilgilileri davetle, gelenleri dinledikten sonra;

- Açık arttırma yaptırabileceği gibi,
- Satış için memur tayin edebilir, yahut
- İktiza eden diğer bir tedbir alabilir. (İİK.121/son)

Uygulamada; görüşü sorulan mercii; -yaygın olarak- elbirliği mülkiyeti şeklindeki malların ortaklığının giderilmesi yolunda dava açmak üzere, alacaklıya yetki vermektedir¹.

Yetki belgesini icra dairesi düzenleyemez².

Elbirliğine tabi malda, paydaş olmayan alacaklının; “Ortaklığın Giderilmesi Davası” açarak, borçlu/paydaşın payını sattırmak suretiyle alacağını tahsil yoluna giderken karşılaştığı usul sorunları ile, borçlu/paydaş ve diğer paydaşların hukuku; irdelenmeye değer niteliktedir.

III. ALACAKLININ KARŞILAŞTIĞI USUL SORUNLARI

“Yetki Belgesi” ile “Ortaklığın Giderilmesi Davası” açan alacaklı; elbirliği mülkiyetinin paydaşı gibi hareketle dava açarak, paydaş olmadığı halde; “ortaklığın giderilmesini” sağlayıp; muhtemel satış kararı ve satış işlemi sonucu alacağına kavuşmaktadır.

Alacaklının; tüm paydaşları davaya dahil ederek, davayı usulden ve esastan çözümlenmesinde uzun bir süreç yaşanmaktadır.

Davanın devamı sırasında borçlunun kayıp olması ya da adres değişiklikleri kuvvetle olanaklı olup; beklenen sonucun gerçekleşmesi zorluklar içermektedir.

En tipik örneği miras mallar olan elbirliği mülkiyetinde; eski Medeni Kanununun 588.md.si; “miras payı haczettirmiş alacaklının mirasçı yerine kaim olarak hakim’in taksime iştirakini” olanaklı kılmışken; maddenin yeni Medeni Kanunda karşılığı olan 648.md.si ile farklı bir düzenleme öngörülmüştür.

¹ 14.4.1943 Tarih, 48/15 Sayılı İcra Birlik Kararı uyarınca; yetki belgesi İT.M.çe düzenlenebilir. İcra dairelerince düzenlenemez.

² Bknz. 6.HD.18.1.1989 T. 16032-313 E-K vd. Şakir Balci, Birlikte Mülkiyet Hukuku, Güncel Yayınları, 2003 İzmir.

Buna göre; “miras payı haczettirmiş alacaklı; Sulh Hukuk Hakiminden; mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir” (MK.648).

Yeni MK.648.md.sinin düzenlenmesinde yapılan bu değişiklik sonucu; borçlu/paydaşın yerine hakim değil, atanacak kayyım geçecektir.

Kayyımın atanması, madde metninde zorunluluk olarak belirtilmemiştir. Öte yandan; Medeni Kanunun Miras Hukuku bölümünde kalan 648.md.si; miras payından söz ederken; miras hukukunun kendine özgü koşullarını esas alarak; mirasın paylaşımını da sağlamayı hedeflemiştir.

Sonuçta, 648.md. ile; “kül halinde” bir miras hissesi haczinde (taşınır, taşınmaz, hak, alacak, vd. kapsayan bir malvarlığı payı) esas alınacak yöntem belirlenmiştir.

Ne var ki; Yargıtay 6.HD.si; yeni Medeni Kanunun 648.md.sine farklı bir yorum getirerek; “elbirliği şeklindeki payı haczettirmiş alacaklının, mutlaka Sulh Hukuk Mahkemesinden, kayyım tayini suretiyle; atanmış kayyım eliyle “ortaklığın giderilmesi davası açılması ve neticelendirilmesini” öngörmüştür^{3 4}.

6.HD. 'si kararında;

“...Türk Kanunu Medenisinin 588.md.sinde elbirliği mülkiyetine tabi mallarda bir ortağın hisselerini haczettiren alacaklının, hakim ortak yerine kaim olarak, taksime iştirakini isteyebileceği hükmü yer almakta iken, 1.1.2002 Tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunda anılan maddenin karşılığı olan 648.md.si yukarıda belirtilen hallerde alacaklının, sulh hakiminden mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebileceği hükmünü getirmiştir. Yasanın gerekçesinde de vurgulandığı gibi, eski metinde hakimin mirasçı yerine kaim olarak taksime iştirak edeceği belirtilmiştir. Ancak hakim, mirasçılar uyuşmadığı zaman paylaştırmayı gerçekleştirmekle de görevlidir. Aynı hakimin hem paylaştırmayı gerçekleştirmesi, hem de mirasçılardan biri yerine

³ 6.HD.21.1.2003 T. 197/301 E.K. kararı vd.

⁴ Karşı oy yazısı için; 6.HD.19.12.2002 T.,7745-8000 E-K (Şakir Balcı, Birlikte Mülkiyet Hukuku, 2003 Baskı, Güncel Yayınevi, İzmir).

onun (dolayısıyla alacaklının) yararlarını korumak için paylaştırmaya katılması uygun bir çözüm değildir. Bu sebeple maddede, Sulh hakiminden, koşullar gerçekleştiğinde paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasının istenebileceği kabul edilmiştir.

Yeni yasal düzenleme karşısında elbirliği mülkiyetine, elbirliği mülkiyeti ile birlikte paylı mülkiyete tabi mallarda borçlu-mirasçının alacaklısı olan kişinin paylaşırma davası açabilmesi için alacaklı veya borçlunun yararlarını da korumak amacı ile Medeni Kanununun 648.md.si gereğince kayyım atanması istemesi, kayyım atandığında davanın kayyım tarafından açılıp, kayyım huzuru ile davaya devam edilmesi gerekir.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmadan, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.” denilmiştir.

Önceki uygulama uyarınca; “yetki belgesi” üzerine dava açarak, “ortaklığın giderilmesi” ne girişen alacaklının zorunlu olduğu usule ek olarak; yukarıda anılan 6.HD’nin kararı ile yeni usul zorlukları öngörülmüştür.

Usul açısından; “yetki belgesi” tanzimini öngören 1943 Tarihli İçt.Bir.Kararı olanaksız bir durumun⁵ aşılması için zorunluluk olarak kabul olunmalıdır.

Oysa; 6.HD.’nin anılan yeni kararındaki zorunluluk, yasa metni ve usul ekonomisi ilkeleri açısından yerinde değildir.

Herhangi bir elbirliği mülkiyetine tabi mal hissesinin haczi halinde; “alacaklının, kayyım atanmasını sağlaması” için yasal zorunluluk bulunmadığı kanaatindeyiz.

Mirasın açılmasıyla mirasçı olan kişi; terekenin “ölüm anındaki” şekline göre (MK.md.575) payı oranında ortak olur.

MK.648.md.de, “açılmış mirasta bir mirasçının payını ... haczettirmiş ... alacaklı” deyimini kullanılmıştır.

İİK. 121.md. ise; “...taksim edilmemiş bir miras” deyimini kullanılmıştır.

⁵ MK.642: Ortaklığın Giderilmesi Davasını sadece paydaş açabilir (karş.EMK.583-aynı içerikte).

Yasa koyucunun kullandığı deyimlere göre yorum yapılacak olursa; “miras’a özgü” “terekedeki hissesi” haczolunan paydaş/ortak; MK. 646 vd. maddelerde öngörülen haklarla paylaşmaya katılacaktır.

Şu halde; eski şekliyle alacaklının “yetki belgesi”yle doğrudan Sulh Hukuk Mahkemesinde dava açarak; ortaklığın giderilmesini istemesi şeklindeki usul, özellikle İİK.121.md.nin yürürlükte bulunduğu da nazara alınırsa⁶; uygulanmaya devam edilmelidir.

Ancak; borçlu ortağın; önceden,kısıtlılığı, gaipliği, tebligat yapılamaması, davayı takip etmeyeceğini beyan etmesi, küçüklüğü gibi genel nedenler altında “kayım atanması” yolu öngörülmalıdır.

Uygulamada; yeni MK.648.md.nin; Yargıtay 6.HD.’nin yukarıda anılan kararı uyarınca işletilmesi halinde ortaya çıkabilecek bir dizi soruna ayrıca değinmek gerekirse;

⁶ Bknz. Karş.oy yazısı. **Şakir Balcı**, Birlikte Mülkiyet Hukuku, s. 68, Güncel Yayınları, İzmir 2003.

“Açılmış mirasta bir mirasçının payı alacaklısı tarafından haczettirilmişse, alacağın tahsil edilebilmesi için paydaş olmayan ve dava açması mümkün bulunmayan alacaklının hukuk açısından ne yapması gerekir sorusunun çözümlenmesi icap eder. 1.1.2002 Tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununun 648.md.sinde iştirakli mirasçının borcundan dolayı alacaklısının, bu borçlunun yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayıyımın atanmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Alacaklının kanunun bu hükmünden yararlanmak suretiyle alacağını tahsil etmesi mümkündür.

Diğer yönden iştirakli mirasçının alacaklısı önceden olduğu gibi İcra İflas Kanunu’nun 121.md.si gereğince ve İTM’den alacağı yetki belgesine göre; borçlu mirasçının da iştirakli payı bulunan (taşınır-taşınmaz) malın ortaklığının giderilmesini isteyebilecek midir? 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu 9.6.1932, Türk Medeni Kanunu ise 1.1.2002 Tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk medeni Kanununun 648.md.si, İcra İflas Kanununun 121.md.sini yürürlükten kaldırmış değildir. Başka bir ifade ile, İİK. md.121 işlevini sürdürmektedir .Kaldı ki; Türk Medeni Kanununun 648 md.si emredici bir kural niteliği taşımaktadır. Kayıyım tayin edilmesi tamamen alacaklının iradesine bağlı kılınmıştır.

Sonradan yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununun, İcra İflas Kanununun 121.md.sini yürürlükten kaldırmadığına, 648.md.nin emredici nitelik taşımadığına göre,iştirakli borçlunun alacaklısı,alacağını tahsil için Sulh Hakiminden,mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere kayıyım atanmasını isteyebileceği gibi,bunun dışında Tetkik Merciinden alacağı yetki belgesine dayanarak “ortaklığın giderilmesi davası” açmasına da hiçbir engel bulunmamaktadır. Alacaklının İTM’den almış olduğu yetki belgesine göre; davanın açılıp yürütülmesinde yasaya aykırı bir durum görülmediğinden, sayın çoğunluğun bozma görüşüne katılmıyorum. 19.12.2002” (6.HD.7745-8000 E-K).

a) Borçlu/hissedarın; icra takibinde ve ortaklığın giderilmesi davası sırasında, vekille temsil ediliyor olması halinde ayrıca kayyım atanırsa; vekilin durumu ne olacaktır?

HUMK'da ve BK'da; vekaleti sona erdiren haller belirli olup⁷; MK'da; "kayyımın daha özel ve dar bir alanda yetkili olduğu"⁸ açıktır. Buna göre; daha geniş yetkili "vekil" in görevi devam etmektedir.

b) Aleyhinde yürüten dava ve takiplerde, usulünce vekil eliyle temsil edilen borçlu/hissedarın; ayrıca, olası kayyım giderlerinden de sorumlu tutulması hukuki değildir.

c) Borçlu/hissedarın; doğrudan ve aktif olarak davayı takip etmesi halinde "kayyım" zorunluluğu öngörülmesi; "taraf ehliyeti bulunan asil" in iradesini hükümsüz kılma anlamına geleceğinden hukuki bir yaklaşım olamaz⁹.

Görüleceği üzere; alacaklı bakımından lehe bir uygulama gibi yorum yapılarak öngörülen "kayyım" kurumu; alacaklı zararına (zaman ve masraflar yönünden) sonuçlara yolaçabilecektir.

IV. BORÇLU/ORTAK DIŞINDAKİ PAYDAŞLARIN ESASA İLİŞKİN DURUMU

Elbirliği mülkiyeti payı haczolunmuş ortağın payının satışı yoluna gidilirken; borca yeter miktarda¹⁰ malın satışına karar verilecektir.

Uygulamada, elbirliği mülkiyetine konu malların aynen taksimi genellikle olanaklı olmadığından, bütün halinde satışa çıkarılması sözkonusudur.

Borçlu ve alacaklı ile ilişkisi olmadığı halde, elbirliği mülkiyetine ortak olan paydaşların; alacaklının "satış talebine" karşı koymalarının hukuken hiçbir yolu yoktur. Borçlu/ortağın icraen takibi sonucu, diğer paydaşların

⁷ Bknz. BK.396.md. vd. (istifa, azil, ölüm, ehliyetsizlik, iflas), HUMK.67, 68.

⁸ HUMK.59 vd., MK.426 vd.karş.

⁹ Bknz. Kayyımlığı öngören koşullar, MK.426.md. vd.

¹⁰ Şakir Balci, Elbirliği Mülkiyeti, Güncel Yayınları, 2003, İzmir, s. 57 (Yarg. 6.HD.21.10.988 T., 9487/15009 E-K).

itirazına rağmen, malın bütün olarak satılacak olması haksızlık içereceğinden, diğer paydaşların yararlarını korumanın bir yolu olmalıdır.

MK.644.md.de; her mirasçının; elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürmeyi isteyebileceğini amirdir.

Alacaklının talebi üzerine ortaklığın giderilmesi davası ile karşılaşan borçlu/paydaş dışındaki paydaşların; paylı mülkiyete dönüştürme davası açmaları halinde, ortaklığın giderilmesi davasında “bekletici mesele” yapılacak bu istemin kabulü ile paylı mülkiyete geçildiğinde alacaklı sadece borçlu/paydaşın payını satışa çıkarabilecektir¹¹.

Böyle bir yol; geçici bir çözüm olarak, borçlu/paydaş dışındakilerin paylarının satılmasını engelleyecek bir yoldur.

Bu yol, alacaklı bakımından da; yetki alarak ortaklığın giderilmesi davası açması, kayyım ataması, vd. zorlukları ortadan kaldıracaktır.

Daha pratik ve uygun bir yol ise, alacaklının; İTM’den yetki alırken, MK.644.md. uyarınca; elbirliğinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi konusunda dava açmaya yetki talep etmesi suretiyle; Sulh Hukuk Mahkemesinde doğrudan “dönüştürme davası” açarak, paylı hale gelecek elbirliği mülkiyeti payının satışını sağlamasıdır. MK.644 uyarınca; dava açabilmek üzere alacaklıya yetki verilmesinin dayanağı tıpkı 1943 Tarihli İçt.Bir.Kar.’daki zorunluluk gibi kabul olunmalıdır.

Anılan yoldan; bir yandan alacaklının doğrudan; borçlu/ortak payına ulaşması ve satış ve diğer işlemlerle alacağına daha hızlı kavuşması yolu açılmakta; öte yandan; borçlu ortak dışındaki ortakların mülkiyet paylarının -istemedikleri halde satılmaktan- kurtulması sağlanmaktadır.

Böylece; eski MK.584/a md. ile getirilen ve sonradan yeni MK.644.md.yle düzenlenen “dönüştürme davasıyla”¹² elbirliği mülkiyetinin ortaklarının -kısmen de olsa- bağımsız hareket edebilmelerini amaçlayan anlayış işlerlik kazanacaktır¹³.

¹¹ MK.688/III: “Paylı mülkiyette, pay haczolunabilir”.

¹² Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davası

¹³ MK.644 md.gerekçesi (Bknz. Şakir Balcı, Birlikte Mülkiyet Hukuku, s. 30, Güncel Yayınları, İzmir 2003).

SONUÇ

Elbirliği mülkiyetine tabi pay haczettirmiş alacaklının; borçlu/ortak hissesinden (usul ekonomisine uygun şekilde) alacağını tahsil yoluna gidebilmesinin (korunmasının) yanı sıra; borçlu/ortak ve diğer ortakların da hukuken mağdur edilmemesi amaç olmalıdır.

Bu görüşün egemen kılınması halinde; yukarıda arzolunan sakinca ve tereddütler ortadan kalkmış olacaktır.

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: A Supranational Court

*Yrd.Doç.Dr. Kemal BAŞLAR**

Özet :

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği şimdiye kadar daha çok politik ve ekonomik bir süreç olarak algılandı. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın içtihatlarıyla oluşturulan hukuk sistemi yeteri kadar ilgi çekmedi. Politikacılar bu hukuksal entegrasyonun iç hukukta ortaya çıkacak yasal sonuçlarına yeteri kadar dikkat etmediler. Bu makale, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın ilk kurulduğu andan itibaren ortaya koyduğu içtihat hukukunu incelemektedir. Makalede, Topluluğun Avrupa Birliğine dönüşmesi sürecinde Divan'ın içtihat hukukunun önemine işaret edilmekte;. Mahkemenin yargısal aktivizmi yoluyla üye ülkelerin egemenlik sahalarına nasıl müdahale ettiğine işaret edilmektedir. Makalede ayrıca federal bir sistemde faaliyet gösteren Amerikan Yüksek Mahkemesi ile Supranasyonel bir sistemde çalışan Avrupa Toplulukları Adalet Divanlarının içtihatları arasındaki fark gösterilerek, Avrupa Topluluklarının kendine özgü bir hukuk sistemine sahip olduğuna işaret edilmektedir.

Keywords: European Court of Justice, judicial activism, supranationality, operation of European Community Law, Turkish accession to the EU, direct effect and supremacy principles

Anahtar kelimeler: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, yargısal aktivizm, ulusüstülük, Avrupa Toplulukları Hukukunun uygulanması, Türkiye'nin AB'ne katılımı, doğrudan etki ve üstünlük ilkeleri

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

1. INTRODUCTION

This article focuses on the need for better understanding of the power, judicial activism and analysis of the case law of the European Court of Justice. This is due to the fact that ever since the beginning of a long march to Europe, Turkey's membership to the EU has largely been conceived largely of in political and economic terms. Legal integration through the case law of the Court of Justice has not received the attention it deserved so far. Therefore, on the way to becoming a full member in the EU, the Turkish governments have not so far paid considerable heed to what the Luxembourg judges articulate about European integration. Politicians appear to ignore the domestic legal consequences of this unification. This is apparent in the following statements laid down in the Turkish National Programme for the Adoption of the *Acquis Communautaire*:

“The Turkish Government regards EU membership as a new step forward, a milestone confirming the founding philosophy of and Atatürk's vision for the Republic...

For the Turkish nation, conforming to contemporary values is a way of life and an ideal to be pursued. Therefore, the Turkish nation is able and willing to assume the significant duties and responsibilities entailed by the ideal of European unification, drawing upon its centuries-old historical heritage and respect for civilization. In this context, Turkey is fully resolved to adopt and implement the EU *acquis*...

Therefore, membership in the EU is a conscious choice for Turkey, promising new horizons in the nation's progress towards the highest contemporary standards...

Turkey will accede to all relevant international conventions and take the necessary measures for their effective implementation for further alignment with universal norms manifest in the EU *acquis* and the practices in EU Member States, particularly in the areas of democracy

and human rights. In fact, Turkey has already acceded to a majority of the international conventions in these areas..."¹.

In line with this understanding, Turkey's accession to the EU is largely confined to issues of human and minority rights, democracy, the rule of law and liberal and market economy. These statements give the impression that the EU is as if an organisation similar to the Council of Europe. As a matter of fact, what makes European integration unique is how legal integration plays a distinctive role in the European Community. EC legal system requires the transformation of an entire domestic legal system. Therefore, judicial aspect of integration should not be neglected. It should be born in mind that the EC law "represents, more evidently perhaps than most other academic law subjects, an intricate web of politics, economics and law. It virtually calls out to be understood by means of a political economy of law"².

As the decision to set up the community was a political act overwhelmingly motivated by economic reasons, the law was the agent of cohesion. Although, in Turkey, only the first two prongs, namely politics and economy, are appreciated, in this paper we are going to dwell on the last prong of the integration.

2. THE EC LAW: 'A NEW LEGAL ORDER'

The European integration represents a *sui generis* structure and a new legal order in international law. In 1991, the ECJ pointed out that "the EEC Treaty, albeit concluded in the form of an international agreement, none the less constitutes the constitutional charter of a Community based on the rule of law"³. In order to understand the jurisprudence of the ECJ and to what extent

¹ The Turkish National Programme for the Adoption of the Acquis/Introduction and Political Criteria (unofficial translation) downloaded from 'Ulusal Program' Section. [<http://www.mfa.gov.tr/grupa/asd/adc/EUintroduction.htm>] (20 June 2001).

² SNYDER, F.: *New Directions in European Community Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990, p. 5.

³ Quoted in, SPIERMANN, O.: "The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order", *European Journal of International Law* (1999) vol. 10(4) pp. 763-789, p. 763.

it differs from the jurisprudence of the national and federal courts⁴, one must stress on the unique nature of the European Community within which the ECJ finds itself a legal abode. There are certain characteristics of this legal integration model. These are as follows:

2.1. Supranational System

To start with, the European Union at best is a *sui generis* structure which cannot be compared easily with existing political entities. Indeed, if any traditional model were to be applied, neither system would resemble this kind of entity that most politicians and jurists have in mind⁵. The Union is neither a super state, nor a quasi-state, nor a federal state; neither is it an “extra-national” system⁶ Though some argue that Maastricht created “at least a nascent federal system of government”, in fact, the federalist model is inapplicable to the EU⁷. Federalism alone fails to grasp the complexity of the interest-based relations which currently prevail in the Community⁸. Just as the German Constitutional Court held:

⁴ For an introductory view see, **BENGOETXEA, J.**: “*The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*” (Book review), **Michigan Law Review** (1994) vol. 92(6), pp. 1966-1976.

⁵ **WOHLFAHRT, J.**: “*The EEC: Expectations and Realities of Integration*” in **HAYWARD, J. & BERKI, R.N.** (eds.): *State and Society in Contemporary Europe*, Martin Robertson Publication, London, 1979, p. 206.; **LENEARTS, K.**: “Some Reflections on the Separation of Powers in the EC” **Common Market Law Review** (1991) vol. 28, p. 11.

⁶ **STUART, M.**: *The European Communities and the Rule of Law*, Stevens & Sons Publication, London, 1977, p.14.; **LADEUR, H.**: “*The European Community Institutional Reform: Extra-territorial Management*” **Legal Issues of European Integration**, (1990) p.21. Ladeur here points out the disappearance of states and the development of EC bureaucracy.

⁷ **MONAGHAN, Sean C.**: “*European Union Legal Personality Disorder: The Union’s Legal Nature Through the Prism of the German Federal Constitutional Court’s Maastricht Decision*” **Emory International Law Review** (1998) vol. 12(3) [<http://www.law.emory.edu/EILR/eilrhome.htm>] (10 July 2001).

⁸ **KEOHANE, R. & HOFFMANN, S.**: “*Conclusions: Community Politics and Institutional Change*” in **WALLACE, W.** (ed.): *The Dynamics of European Integration*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1990, p. 278.

“Community law is neither a component part of the national legal system nor international law, but forms an independent system of law flowing from an autonomous legal source; for the Community is not a State, in particular not a federal State, but a “sui generis community in the process of progressive integration,” an “inter-State institution” within the meaning of Article 24(1) of the [German] Constitution”⁹.

We hold that the notion of supranationalism is the best label to be stuck to the Union¹⁰. What do we imply when we speak of such a supranational system? So far as political scientists are concerned, supranationalism is a process of decision-making. We can call this facet of supranationality as decisional (political/institutional) supranationalism, according to which the Member States abstain from vetoing proposals and try to achieve agreement by way of downgrading their national interests. Nevertheless, they fail to express the whole nature of supranational Community system¹¹.

Unlike political scientists who have focused merely on the structures and procedures of decision-making within the Community, there is a second prong of supranationalism which has different connotation relating to operational and dynamic facet of integration process. Weiler calls this, in his seminal article, as “normative supranationalism”¹². Indeed, what makes the European Community a supranational organisation is not only how the Community decisions are prepared, discussed and finally accepted, but how the Community policies and Community law are implemented.

According to Weiler, the supremacy of community law and its penetration into national systems, gives rise to a high degree of normative

⁹ **MONAGHAN**, *supra*, note 7: See famous *Maasricht Decision of the in Brunner and Others v. The European Union Treaty*, BverfG decision of 12 October 1993, 2 BvR 2134/92 and 2 BvR 2159/92: published in CML Reports, January 1994, pp. 57-108. With this case, the German Constitutional Court took a decisive step to curb the ECJ’s activist judicial policy.

¹⁰ There are a number of views supporting this conviction see e.g. **ALTER, K.J. & MEUNIERAITSAHALIA, S.**: “*Judicial Politics in the European-Community European Integration and the Pathbreaking Cassis-de-Dijon Decision*” **Comparative Political Studies** (1994), vol. 26(4), pp. 535-561.

¹¹ See e.g. **STEINER, J.**: *The EC Law*, 4th ed., Blackstone, London, 1994, pp. 6-7.

¹² **WEILER, J.**: “*The Community System: Dual Character of Supranationalism*”, **Yearbook of European Law** (1981), p. 271.

(legal or judicial) supranationalism¹³. The main difference between decisional and normative supranationalism is that while the first one came into being by the Treaty of Rome (the EC Treaty) and is subject to modifications by way of formal amendment procedure, the second aspect of supranationalism was created by the European Court of Justice as of the 1960s and it has dynamic nature in it.

Legally speaking, normative supranationalism shows an absolute hierarchy in which the Community norms take effective precedence over national ones. That is to say, in this hierarchy Community legislation is both directly applicable in the Member States and is of supremacy over national laws¹⁴.

As both supremacy and direct applicability of the Community law were invented by means of the case law of the ECJ, our intention, to a certain extent, is to analyse the case law and jurisdiction of the Court concerning normative supranationalism. The ECJ, akin to constitutional courts found in typical federations, is the guardian of the supranational element in the Community¹⁵. Its principal functions of ensuring observance with Community law irrespective of political considerations, of ruling on the interpretation of the Treaties and determining the validity of acts and decisions of Community Organs and preventing unconstitutional interference with the rights of individuals, are of vital importance for the protection of the democratic element, which in many ways still weak in the Community¹⁶.

2.2. A Supranational Court

The ECJ is the *European* Community's supreme legal authority whose "writ runs as far as there are laws to be obeyed or to be challenged"¹⁷. Hence, the Court of Justice plays an essential role in the institutional system set up by the Treaties. In particular, it is responsible for maintaining the balance, on the one hand, between the respective powers of the Community institutions and,

¹³ *Ibid.*, pp. 292-96.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 267 *et. seq.*

¹⁵ SIOURTHAS, *infra*, p. 280.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ OSBORN, A.: "European Court Comes into its Own" *Europe*, (1999) vol. 383, pp. 39 *et seq.*

on the other, between the powers transferred to the Community and those retained by the Member States. In exercising its powers of judicial review, the Court is often called upon to settle questions of a constitutional nature or of major economic significance.

Here are some examples showing the scope of jurisdiction of the ECJ¹⁸: In a case, the Court held, without explicit provisions, that the Parliament could challenge acts of the other institutions if they compromised the institutional balance (*Chernobyl Judgment*, (1990)). In another case, the ECJ dealt with whether Denmark is entitled to prevent golden bees from entering the island of Laeso in order to protect the Laeso brown bee for the protection of species within the free movement of goods provisions¹⁹. In another case concerning *Ireland* (1982) (*Buy the Irish case*), the Court held that measures having no binding effect, such as a commercial campaign, could nevertheless influence the conduct of traders and consumers and thereby were capable of distorting the goals of the Treaty.

The Court found against the French Republic (1997) for failing to take the measures necessary to prevent certain French farmers from obstructing the free passage over French territory of agricultural products from other Member States. Moreover, in the *Decker* case (1998) directly concerning the health of its citizens, the Court concluded that national rules which amounted to refusing to reimburse to an insured person the cost of spectacles on the ground that they had been purchased in another Member State constituted an unjustified barrier to the free movement of goods.

A European worker who decides to settle in another Community country, and who may at times suffer direct or indirect discrimination, now enjoys the same rights and benefits as regards conditions of work and employment as those given to national workers. In that connection, the Court has held that a social benefit guaranteeing minimum means of subsistence or a special old-age allowance guaranteeing a minimum income for old people are social advantages to which migrant workers are entitled under the same conditions as national workers.

¹⁸ Unless otherwise indicated the examples have been borrowed from the official website of the ECJ, see [<http://europa.eu.int/cj/en/pres.htm>].

¹⁹ OSBORN, *supra*, note 17.

In the *ex parte Perkins* case (Case 233/94), the Court dealt with equal treatment issue in the case of gays and lesbians in the army, and in the *Grant* case (Case 249/96) the policy of a railway company to provide travel benefits to heterosexual families, but not to homosexuals were challenged²⁰.

In that context, the conditions of access to vocational training also fall within the bulwark of the Treaty. It became evident in the *Gravier* judgment (1985) that, the Court held that a French student who wanted to study strip cartoon art in Belgium should not have to pay a higher enrolment fee than Belgian students. In the famous *Bosman* judgment (1995), the Court ruled on the compatibility of football federation rules with the principle of freedom of movement for workers. Applying well-established case-law, it held that sport at professional level constitutes an economic activity, the exercise of which may not be limited either by rules on the transfer of players or when inter-club matches are played by limits on the number of players from other Member States. In a 1989 judgment, *Cowan*, a British tourist, assaulted and badly injured in the Paris tube was said to be entitled as a recipient of services to the same compensation as the French could expect.

The Court of Justice has stressed the importance of environmental protection, which it has held to be one of the essential objectives of the Community and, as such, capable of constituting grounds for certain restrictions on the principle of the free movement of goods. For example, the Court has accepted (in 1988) that it is lawful for *Denmark* to impose on distributors of beers and soft drinks an obligation to set up a deposit-and-return system for empty containers, despite its effect on trade between States.

In the *Franchovic* case (1991), the Court conjured up the principle of State liability for damage caused to individuals by breaches of Community law, giving rise to an obligation to make good such damage. As to the *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame* judgement (1996), this principle was further solidified, touching all cases of infringement and all State bodies responsible for the breach. In *Hedley Lomas* (1996), the Court recognized that an exporter of live animals was entitled to reparation from the Government which had unlawfully impeded its trading activities.

²⁰ ARMSTRONG, K.A.: "Legal Integration: Theorizing the Legal Dimension of European Integration" *Journal of Common Market Studies* (1998) vol. 36(2), pp.164-165.

Subsequently, in *Dillenkofer* (1996), which concerned a directive aimed at protecting tourists purchasing package travel, the Court held that failure to implement the directive in question constituted a serious breach of Community law sufficient to give rise to an obligation on the part of the State to compensate consumers who had suffered injury as a result.

As it is seen in all these examples, the scope of jurisdiction of the Court is exceptionally wide. As will be explained in the forthcoming pages, the ECJ has far wider competence than the US Supreme Court of the ECourtHR.

2.3. Common Law Tradition

Another feature of this new legal order is its common law nature. That is to say, For five centuries the history of European jurisprudence has been a history of the science of Roman law which for more than 500 years has influenced and stamped the legal concepts in all European languages²¹. All the same, at the beginning of the 1950s, the six original Member States whose legal systems were based on Continental law set up the Community whose Constitution was, to a great extent, under the influence of European (continental) civil law, namely French and German law. Four grounds of annulment in Article 173, for example, were adopted directly from French administrative law²². The overall model of the ECJ was modeled on the French Conseil d'Etat which holds the French government accountable to correctly implementing laws passed by Parliament. Preliminary ruling mechanism was adapted from Italian and German legal systems adopted to facilitate national courts reviews of EU decisions and laws²³.

Nevertheless, as Rasmussen, a continental scholar, confesses in his book *The European Community Constitution*, The "Community law ... is as much a case system as that of, say, the United States of America, or perhaps even as that of England²⁴. The ECJ developed a case-law which is the largest and

²¹ SCHMITT, C.: "*The Plight of European Jurisprudence*" *Telos* (1990), vol. 83, pp. 35-70.

²² STEINER, *supra*, note 11, pp.299-300.

²³ ALTER, K.: "*The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash?*" *International Organization* (2000), vol. 54(3), pp. 489-518, p. 491, fn.6.

²⁴ See also Moen's for the same view, in MOENS, G.: "*Free Movement of Goods in the EC*" *Melbourne University Law Review* (1990), vol. 17, p. 733.

comprehensive in international law and differs from classical international law cases²⁵.

Therefore, any consideration of EC law necessitates a study of the ECJ's jurisprudence²⁶. Even though this is the case, teaching EC law in many continental legal systems have still been confined to a study of the legal rules. It is seldom being touched on as to how law is made by the Court²⁷. Continental textbooks do not mention about the process of law-making through institutional actors²⁸.

A new methodology and understanding is needed when approaching to the EU membership in all countries of Continental legal systems. Turkey, too, has to change its approach to EC law education. We have only become cognisant of how important the case law is through the case law of the Strasbourg Court. In order for Turkey-related cases be well defended before the European Court, Turkey needs advocates who have been trained in common law tradition. Hence, Turkish legal education should make room for EU case-law in the Anglo-Saxon sense.

In the following pages, the jurisprudence of the Court will be explained on case-law basis in order to portray the power and judicial policy of the ECJ. Before highlighting some significant rulings of the ECJ, it is pertinent to remind that an exhaustive overview of the case law would reach far beyond the limited scope of this paper.

3. JUDICIAL ACTIVISM AND THE COURTS

The term "judicial activism"²⁹ is a phrase of common law terminology seen in the Anglo-Saxon Countries where the Courts make the law³⁰. For

²⁵ SPIERMANN, O.: "*The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*", *European Journal of International Law*, (1999), vol. 10(4), 763-789, p.763.

²⁶ *ibid.*, 733.

²⁷ HARLOW, C.: "*Teaching the Political Context of EC Law*" *European Law Journal* (1999) vol. 5(2), vol. 127-134, p. 127.

²⁸ *Ibid.*, p. 128.

²⁹ Judicial activism means "the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit"; See for the US Supreme Court's activism e.g. GRAGLIA, L.A.: "*It's not Constitutionalism*,

countries of Roman law tradition this is an exceptional matter. When it comes to the ECJ, one witnesses that the Court successfully constitutionalised the EU legal order by exercising an unprecedented judicial activism. The judicial activism of the ECJ has not been the subject of detailed analysis in most Continental countries. Admittedly, only a small group of lawyers and political scientists of the Western universities have brought this issue to our attention³¹.

By judicial activism, it is implied that the ECJ has used politics and policy goals to further European integration. As Rasmussen put it: “the Court has overstepped the boundaries of legal reasoning in pursuit of a political agenda of its own”³². While doing this, it did use such a power that had not been conferred on it. This type of illegal use of its authority raises the problem of legitimacy in that unelected judges are seen as usurping the powers of a properly elected government³³. Unelected judges, regardless of ideology, are increasingly confusing their role with that of elected legislators. This type of misuse of power has been criticized in many countries.

it's Judicial Activism”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, (1996), vol. 19(2), pp. 293-299.

³⁰ **BUCKLEY, J.L.**: “*The Constitution and the Courts: A Question of Legitimacy*”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, (2000), vol. 24(1), pp. 189-203.

³¹ In the 1980s and early 1990s, legal scholars, such as Eric Stein, Francis Snyder, Martin Shapiro, Hjalte Rasmussen, and, notably, Joseph H.H. Weiler, made use of an interdisciplinary approach to EC law to examine of EC law in political, economic, and social contexts: There are also some political scientists who have recently discovered the importance of the judicial activism of the ECJ. E.g Mattli, Walter & Anne-Marie Slaughter (neofunctionalists), Geoffrey Garrett (neo-realist) Martin Shapiro, Alec Stone, and James Caporaso (comparative judicial political analysts), Karen Alter, Bernadette Kilroy, and Amy Richmond (comparative judicial analysts) Daniel Wincott, Sophie Meunier-Aitsahalia (case law analysts). See **WALTER, M. & SLAUGHTER, A-M.**: “*Revisiting the European Court of Justice*”, **International Organization** (1998), vol. 52(1), pp. 177-209.

³² **RASMUSSEN, H.**: *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policy Making*, (1986) (quoted in **SCHEPEL, H.**: “*Reconstructing Constitutionalization: Law and Politics in the ECJ*”, **Oxford Journal of Legal Studies** (2000) vol. 20/3, pp. 457-468.

³³ **VERBURG, P.**: “*Power to the People, not the Judges*”, **Alberta Report/News magazine**, 3/11/96, pp.20-26.

We remember also “judicial activism” from case law of the Strasbourg Court. In cases pertaining to minority rights and unitary state structure, The Court overstepped its borders and this raised serious concerns about the powers of Justices. Prof. Gündüz criticises the Strasbourg Court’s judicial policy and says that no country has been treated so aggressively as Turkey by the organs of the Convention. The Court places itself as if it is a court of first instance. The composition of the Court is formed in such a way that in all cases chambers are occupied with judges of high national biases³⁴. Thus, the Strasbourg Court’s judgements are not purely legal; rather it is mixed with politics, policy and national concerns.

Gündüz goes on saying that “For many years, however, applications originating from the districts of Southeastern Turkey stricken by terrorism have gone directly to the ECourtHR before applicants have exhausted legal channels within Turkey. In other words, the ECourtHR has been functioning as a court of first instance with respect to such cases, on the grounds that the local remedies in the Southeast are not effective. Moreover, the Commission and the ECourtHR have virtually reversed the principle of the burden of proof in Turkish cases, in particular where the commission itself established the facts. Applicants were not required to prove their allegations against the government; instead, the Turkish government was in effect required to prove its innocence. A glance at numerous recent cases immediately reveals the weaknesses in that legal process. In one typical case, a judgement was entered against the government (in spite of a host of exculpatory evidence) on the basis of allegations from applicants whose spouses were fighting on the side of the PKK against Turkish security forces. Thus, the resulting condemnation of Turkey was based solely on allegations by individuals with links to the PKK. Indeed, the ECourtHR seems to have formed an a priori opinion of Turkish culpability. On one notable day, it decided fifteen cases and gave the government’s counsel only thirty minutes to defend the first eleven of them”³⁵.

However, as it will be seen below, the ECJ’s activism is far greater than that of the European Court of Human Rights. Below, it will be cast some light

³⁴ GÜNDÜZ, A.: “*Human Rights and Turkey's Future in Europe*” *Orbis*, (2001), vol. 45/1, pp. 15-30.

³⁵ *ibid.*

on the fact that the ECJ possesses immense legal and political power to safeguard the principles enshrined in the EC Treaty. In this vein, unlike the Turkish Constitutional Court, it has far greater authority and determinism in the protection of fundamental pillars of the Community law enshrined in the 1957 EC Treaty, 1992 Treaty on European Union and the 1997 Amsterdam Treaty, than those of constitutional courts.

An analysis of the jurisprudence of the ECJ is hoped to illustrate that had not the ECJ played a dynamic role to force Member States to comply with the law and policy of the European Union ever since the genesis of the EEC in the late 1950s, no one would have seen the European Union to veer towards an ever closer union as we see today.

Among other things, this paper concludes that on the way to becoming a full-member, Turkish policy and law makers should question whether Turkey is ready for abiding by the decisions of the ECJ readily even in cases where national interests are severely at stake.

4. THE EMERGENCE OF THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE ECJ

The emergence of the judicial activism of the ECJ could be explained at three stages wherein Community institutions, primarily, the Commission and the Council enjoyed different levels of powers in all these stages³⁶.

The first period started with the establishment of the Community in 1957 and ended with the Luxembourg Accords of 1966. At this stage, the Community and Council were predominant institutions. Establishment of Customs Union, the elaboration of the provisions of four freedoms and defining Common policies were all undertaken by the Commission and the Council. At this stage there was a high level of institutional supranationalism. Nevertheless, the Member States reacted to these developments with the signing of the 1966 Luxembourg Accords aiming to bring about an intrusion of diplomatic control at all levels of the decisional process³⁷.

³⁶ See e.g. TSEBELIS, G. & GARRETT, G.: *"The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union"*, **International Organization**, (2001), vol. 55(2), pp. 357-390.

³⁷ See HEATHCOTE, *"The Crisis of European Supranationality"* **Journal of Common Market Studies** (1966), vol. 5, p. 140.

The second stage commenced thereafter and went on until the 1986 Single European Act. The characteristic of the second stage is that there was a gradual diminution in the decision making process. This was partly because, according to the Accords, the Member States might insist on unanimous decision, where vital national interests were at risk. Although the Accords did not have the force of law, in many cases the Council accepted it as a Community norm. In this period, there were also other reasons for decline in the decision-making procedure: The independence and autonomous policy and decision-making role of the intergovernmental institutions and the weight of non-intergovernmental institutions in pluri-institutional decision-making process were declining and in the execution or detailed legislative implementation of Community policies there had been a shift to Member State domination.

The Third Stage was ushered in by the 1986 Single European Act, which was an impressive revival of a strong decisional supranationalism forgotten after the 1966 Accord. The gradual increasing pressure of the jurisdiction of the Court in the formulation and elaboration of supranationalism in the fields of, *inter alia*, free movements of goods and persons forced the Member States to come up with new solutions to set up an ever closer union. The most meaningful originality of the SEA was that it enlarged the sphere of areas in which the majority of legislation being essential to complete the internal market, are to be enacted by qualified majority.

There are also some institutional novelties strengthening decisional supranationalism: the Parliament, for example, increased its influence in the decision-making process as well as its role concerning the Community budget; the members of the Commission were chosen among independent figures and the Commission's recommendations, after the SEA could hardly be amended by the Council. Before the SEA, the guardian of the Treaties was the Court, but the Act entitled the Commission to act as a 'watch-dog' of the Community. In the end, what the SEA has achieved was no more than a structural 'perestroika' in institutional and political frameworks of the Community.

In the fourth period, the 1992 TEU has been a watershed for European integration in that it represents a significant further step towards ever closer

union³⁸. The Maastricht Treaty, however, contemplated a political union with legal consequences profoundly different from the economic community³⁹. The TEU, though increases the powers of the Parliament, takes certain policy areas out of the hands of the EC institutions altogether, which this illustrates the continuing ambivalence of the direction of European integration⁴⁰.

Even though the TEU is a *par excellence* of institutional and decisional supranationalism, it generally leaves the range of the Court's jurisdiction untouched. Instead, its powers and procedures are considerably modified and extended, (Art E-L) excludes [A-F, J, K] including the power to impose a fine on a member state which has not complied with a Court judgement where it had failed to fulfil a Treaty obligation, thereby reinforcing a recent Court judgement⁴¹.

In conclusion, initially, member states intended to devise a court that could not significantly compromise national sovereignty or national interest, but the ECJ changed the EU legal system, fundamentally undermining member state control over the Court⁴². This is because the political inertia occurred in the early 1960s, shortly after 'the euphoria of the first confident years after the Treaties of Rome' and after 'the deadlock over de Gaulle's challenge to the Commission's supranational presentations and Community method'⁴³. The diminution in the decision-making process and the impossibility of getting closer by means of political integration led to the emergence of the Court's activism. Starting from the mid-1960s, a growing

³⁸ The Treaty on European Union, signed on 7 February 1992, introduced substantial amendments of the EEC Treaty and renamed it the EC Treaty. Though the TEU which was due to enter into force at the beginning of 1993, became effective only as of 1 November 1993.

³⁹ MONAGHAN, *supra*, note 7.

⁴⁰ CHARLESWORTH, A. & CULLEN, H.: *European Community Law*, Pitman Publishing, 1994, p. 41.

⁴¹ See *Franchovic and Bonifaci v. Italian Republic* (Case 11/91) (Cases 6/90 and 9/90) [1991] ECR I-5403; [1992] IRLR p. 85.

⁴² ALTER, K.J.: "Who are the 'Masters of the Treaty'?": *European Governments and the European Court of Justice* International Organization (1998), vol. 52(1), pp. 121-147.

⁴³ WALLACE, W.: "Introduction: The Dynamics of European Integration", in Wallace, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, The Institute of International Affairs, London, 1990, p. 3.

gap between the reality of economic integration and the conceptual and political framework brought the principals of direct effect, supremacy and preemption as adhesive elements to fill this gap in the political façade of the Community.

National governments paid insufficient attention to the Court's behaviour during the 1960s and 1970s when the Court developed a powerful set of legal doctrines and co-opted the support of domestic courts for them. By the time member governments finally realised that the ECJ was a powerful actor, reining in the Court's power had become very difficult in the 1980s⁴⁴.

In the end, even though the European integration process has undergone remarkable and radical changes ever since 1951, unlike other institutions, the role of the ECJ has remained unchanged⁴⁵.

All these cases reminds us of the fact that some three hundred years ago, Thomas Hobbes came up with an idea to do away with all political strife and inertia in Britain. He imagined a super and absolute state or 'Commonwealth' called as 'Leviathan'. In his book, *Leviathan*, a huge and formidable power, was illustrated as a giant having two arms made of individuals who are the source of its power. Hobbes hoped that only could absolute state unite different political views under one authority. Hobbes and his 'mortal god' Leviathan were severely criticised by the jurists of his time, and, in the end, Leviathan was weakened.

Similarly, some three decades ago, the judges of the European Court of Justice saw that there was a diminution in decisional supranationalism after the euphoria of the first years of the Community. The only way to realise 'an ever closer union', the Judges thought, was to create a 'Leviathan' to eliminate the adverse effects of political inertia and expanding intergovernmentalism, and to support decisional supranationalism on the way of, not Commonwealth perhaps, but 'the Common market'. Ironically, Neo-Leviathan symbolising normative supranationalism had two arms made of the case law of the Court; one is the principle of direct effect and the other is

⁴⁴ GARRETT, G. & KELEMEN, R. D. *et al*: "*The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union*" **International Organization** (1998), vol. 52/1, pp. 149-177.

⁴⁵ By virtue of Article 164 of the EEC Treaty, it is the Court's task to ensure that the law is observed in the interpretation and application of the Treaty.

supremacy. Starting from *Van Gend en Loos* case, these arms were strengthened in the such cases as the *Costa v. ENEL*, *ERTA*, *Reyners Lutticke*, *Simmmenthal*, *Defferenne* etc. so much so that the Member States started thinking of new ways to get rid of the increasing pressure of these arms.

In the 1970s, Leviathan grew up in different dimensions as the reluctance of the Member states towards more economic and political integrity increases. The legal reasoning of the Court in inventing and improving the principle of supremacy was to provide uniform application of Community law and to prevent 'the Common Market' from being transferred into a fragmented and regionalized Market and to prevent a drift towards a more intergovernmental model.

The principle of direct effect was also extended in three dimensions; first, the expansion from negative to positive obligations; second, the expansion to the provisions prohibiting discrimination on grounds of sex and nationality; and finally, the expansion of the principle from regulations to other Community legislation. Most of the provisions of the EEC Treaty, the acts of institutions, Treaties concluded by the Community were held by the Court as directly applicable. However, as happened Hobbes' Leviathan, severe criticisms were made by politicians and some community lawyers on the activism of the Court which emerged during the second stage of European Integration. During this time, the Court was called as 'running wild' and a number of books and articles were written to canvass the integrationalist philosophy of the Court. Consequently, the 'mortal Leviathan' was confined in its original dimensions.

5. TWO OUTCOMES OF JUDICIAL ACTIVISM

5.1. The Principle of Direct Effect

Although the principle is very well known by jurists, it is worth recalling once again that it would be impertinent if *Van Gend en Loos* case was not mentioned.⁴⁶ Thanks to it, the Community law became directly applicable within the domestic legal systems during the early stages of the integration process. The Court held that Article 12, which required the Member States to

⁴⁶ *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (Case 26/62) [1963] ECR 1.

refrain from increasing custom duties on imports from other Member States, was directly effective.

The principle can be seen as a response to the first erosions occurred in decisional supranationalism in the early 1960s. In the 1963 crisis, resulted from France's veto on British membership, the Court saw the possibility of the Member States' intrusion and diplomatic control at different levels of the decision-making process. The Court also realised that the Commission, alone, was not able to resist in front of the Member States' national policies. In the *Van Gend* case, while the Belgian, Dutch, and German Governments were reluctant to relinquish their national sovereignty, the Commission supported the most advanced pro-Community posture⁴⁷ preferring a post closer to the opinions of the Member State governments. If the Court had not originated the principle of direct effect and refused the governments and the Commission's views, the Community law would not have been a supranational legal system; may be, it would have survived as an abstract skeleton⁴⁸.

The Court, starting from 1963, carried forward the principle far more than one could estimate. Most of the provisions of the EEC the acts of institutions, Treaties concluded by the Community with third states were held by the Court directly applicable, in the sense of conferring rights and, in some cases, imposing obligations upon individuals which are enforceable in the domestic courts⁴⁹.

After *Van Gend* case, the Court expanded the impact of the direct effect principle in three important dimensions. In the first dimension, direct effect was extended from negative to positive obligations in *Lutticke*⁵⁰. This was also reiterated in *Reyners*, *Van Binsbergen* and *Van Duyn* cases⁵¹.

⁴⁷ STEIN, E: "*Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*", *American Journal of International Law* (1981) vol. 75, p.4.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ LASOK, D. & BRIDGE, J.W.: *Law and Institutions of the European Communities*, 5th ed., Butterworths, London, p.122.

⁵⁰ *Lutticke v. Commission* (Case 57/65) [1966]: See Art.95's interpretation in, STEIN, *supra* note 47, p.16.

⁵¹ *Reyners v. Belgian state* (2/74) [1974] ECR 631; *Van Binsbergen (JHM) v. Bestuur Van de Bendijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* (33/74) [1974] ECR 1229; *Van Duyn v. Home Office* (41/74) [1974] ECR 1337.

In the second phase of the decisional supranationalism, the most important steps in relation to the direct applicability of Community law took place in the mid-1970s during which member states were suffering from severe economic crises. In these years, the Member States endeavoured to disregard Community policies when they felt their detrimental effects on national economies. Despite treaties, the Member States have often behaved as though the Community was an instrument for the furtherance of national policies rather than an independent legal and political system⁵².

During this period, the Court expanded direct effect to the provisions prohibiting discrimination on grounds of sex and nationality in the cases *Defrenne (No.2)* (Case 43/75)⁵³ and *Walrave and Koch* (Case 36/74) respectively. This is the second dimension of direct effect. The third dimension relates to the direct applicability of Community legislation, apart from regulations cited in Article 189. The Court held in *Grad* (Case 9/70)⁵⁴ that directives had direct effect. In sum, in the 1960s and 1970s the aim of the Court was to establish an autonomous legal order to be distinguished from the national legal orders⁵⁵.

5.2 The Principle of Supremacy

In *Van Gend* case, the Court might have said that a treaty provision which is given direct effect must at the same time prevail over any national law. In the case, the Court restrained from mentioning supremacy issue since the direct effect principle was sufficient for the first steps of normative supranationalism⁵⁶. After the Case, the Court kept on watching the Member States' reluctance towards more economic and political integrity. The legal reasoning of the Court of Justice in inventing and improving the supremacy

⁵² WEILER, J.: "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal* (1991), vol. 100, pp. 2403 *et seq.*, p. 2449.

⁵³ *Defrenne v. SA Belge de Navigation Aerienne SABENA(No.2)* [1976] ECR 455.

⁵⁴ *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein* (9/70) [1970] ECR 825.

⁵⁵ VAN HAMME, A.: "The European Court of Justice: Recent Developments", in HURWITZ, L. & LEQUESNE, C.: *The State of European Community: The Policies Institutions and Debates in the Transition Year*, Lynsee Reinner Publishers, Longman, 1991, pp. 45-63.

⁵⁶ STEIN, *supra*, note 47, p.10.

principle was to provide the uniform application of Community law and to prevent 'the Common Market' from being transferred into a fragmented and regionalised market as well as to prevent a drift towards a more intergovernmental model.

It was in the *Costa v. ENEL* (Case 6/64), the ECJ inferred the supremacy of EU law from the Treaty, which did not explicitly pronounce the supremacy of EU law. In doing so, the ECJ characterized the Treaty as the constitution of the EU. The Court set up a clear hierarchy of norms according to which in the case of a conflict between Community law and national law, the first should take precedence even if the latter is subsequently enacted and of a constitutional nature⁵⁷. Having stated that supremacy was an integral part of the Community system, not an addition, the Court spelled out in the *Simmenthal* case⁵⁸, the implications of supremacy clearly not only for prior but also for future legislation.

As known, though the Court's constitutional principle caused some problems in Italian and German Constitutional courts, the Constitutional courts of the Member States appear to have recognised the principle of supremacy on condition that they deem it as directly applicable⁵⁹.

As for the UK, accepting the supremacy of the Community law has not been as easy as in other Member States. The *Factortame* case⁶⁰ is a good example to reflect as to how the Member States approach the supremacy of Community law when their national interests are really at stake. This case, which is a further extension of the principle of direct effect and supremacy of

⁵⁷ **TOTH, A.G.:** *The Oxford Encyclopaedia of the European Community: vol.1- Institutional Law*, Clarendon Publ., Oxford, 1990, p. 501; **WEILER**, *supra*, note 12, p. 274.

⁵⁸ *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal* (106/77) [1978] ECR 629.: see also **CHARLESWORTH & CULLEN**, *supra*, note 40, p. 52.

⁵⁹ See e.g. **LENEARTS, K.:** "The Application of Community Law in Belgium", **Common Market Law Review** (1986), vol. 23, p. 253; **ROTH, W.:** "The Application of Community Law in West Germany: 1980-1990", **Common Market Law Review** (1991), vol. 28, p. 137; **GORMLEY, L.:** "The Application of Community Law in the United Kingdom, 1976-1985" **Common Market Law Review** (1986), vol. 23, p. 287.

⁶⁰ (Case 213/89) *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited and others* [1990] ECR I-2433; [1990] 3 CMLR 1. The issue finally was settled on 22 December 1994 by the European Community.

Community law⁶¹, illustrates to what extent Community law is really a supranational system⁶².

The background of the case is that EEC regulations establishing common fishery policy allocated fishing quotas to each member state. Although the applicants were English companies, they were predominantly owned by Spanish nationals. According to the Merchant Shipping Act 1988, and subsequent regulations, ships owned by British companies controlled by foreign nationals were no longer eligible for registration as British ship.⁶³ The Spanish fishermen sought to challenge the legality of the legislation by invoking interim relief, because the Act contravened Community law and it infringed rights concerning the common fisheries policy.

The Secretary of State for Transport said that the Community law did not restrict the sovereign rights of Member States as to granting licences, and the 1988 Act was completely in agreement with the Community's common fisheries policies. As for the House of Lords, it referred the case to the European Court whether Community law gave a right to interim relief under Article 177 of the EEC Treaty. The interim relief was granted on 11 October 1990⁶⁴.

However the crux of the case as to whether the 1988 Act conflicted with Community law remained in the British agenda until 25 July 1991⁶⁵. As Lord Bridge and the other Law Lords estimated, the Court held that Community law had supremacy over the Acts of Parliament, corollary the sovereignty of

⁶¹ See also parallel cases *Fratelli Costanzo v. City of Milan* (Case 103/88) and *Foster e.a.v. British Gas Plc.* (Case 188/89), in HAMME, A.V.: "The European Court of Justice: Recent Developments" in HURWITZ, L. & LEQUESNE, C.: *The State of the European Community: Policies Institutions and Debates in Transition Years*, Lynce Reinner Publishers, London, 1991, 45-64, p.53.

⁶² CHALMERS, D.: "The European Communities- Towards Supranationalism at Last?" *The Liverpool Law Review* (1992), vol. 15(1), pp. 93-102.

⁶³ The 1988 Act repudiated the Merchant Shipping Act 1894 (see for more Akehurst, M.: "Supremacy of Community Law", *British Yearbook of International Law* (1989), vol. LX, p. 351.

⁶⁴ "Interim Restraint on Enforcement of Fishing Law Granted", Law Report Section, *The Independent* 12 October 1990, p. 26.

⁶⁵ *The European Newspaper* 26-28 July 1991, 1-2: HILL, A: "Spanish Fishermen", *Financial Times* 26 June 1991, pp. 1, 7.

the British Parliament was rejected. The Court ruled that the UK government could not refuse to register a fishing vessel as part of the British fleet simply because its owner was not British⁶⁶.

As shown in the *Factortame* case, the Court held upon the failure of the UK to provide any form of interim relief against the Crown pending a preliminary reference to the Court of Justice that first brought about a change in the Court's attitude. In the instance, the absence of any remedy would have been tantamount to a complete loss of the rights of fish in British waters that the applicants, hence there was consequently little doubt that they would have suffered irreparable damage.

This approach of the Court of Justice is in accordance with the principle of *Simmenthal* case that "a national court which is called upon ... to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the [national] court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means"⁶⁷.

In English courts, the principle of supremacy seems to have been accepted as a general rule. In *Macarthy Ltd. v. Smith* case Lord Denning said "it is part of our law which overrides any other part which is inconsistent with it"⁶⁸. Nevertheless, the supremacy principle is accepted so long as national interests are satisfied under the supranational umbrella of the Community. In the same case, Lord Denning articulated this pragmatist view:

"If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament"⁶⁹.

⁶⁶ *Ibid.*, p.2.

⁶⁷ See *Simmenthal SpA v Commission* (92/78) [1979] ECR 777, [1980] 1 CMLR 25.

⁶⁸ *Macarthy Ltd. v Smith* [1979] 1 WLR 1189, [1979] ICR 785, [1979] 3 All ER 32.

⁶⁹ It was reported in *Financial Times* 26 June 1991, 7.: See contrary statements of Lord Bridge accepting the principle of supremacy in *Factortame v. Secretary of State for Transport (no.2)* [1991] All ER 106 at 108 (HL).

Consequently, if Parliament expressly states that it is intended to violate or repudiate a rule of Community law or limit the application of the Community Act, English courts will apply related Act of Parliament and naturally normative supranationality of Community law will be significantly weakened.

The principle of supremacy has another dimension strengthening normative framework called as the principle of preemption. As a response of the Member States' active national policies, the Court carried the principle of preemption, twin concept of supremacy, from a "conceptualist-federalist approach", which refers to preemption in its purest and more substantial form, to "pragmatic approach" which sets free the Member States parallel competence with the Community⁷⁰.

The pure form of preemption implies that the Member states are not only precluded from enacting legislation opposite to Community law, as happened in the *Factortame* case, but they are also preempted from acting contrary to Community policies, as applied in most federal systems⁷¹. The Court, firstly presented this rule in *ERTA* (Case 22/70) by holding (in the context of a challenge of an international road transport agreement) that

"[T]he Community, with a view to implementing a common policy envisaged by the Treaty, adopts provisions laying down common rules, whatever form these may take, the Member States no longer have the right, acting individually or even collectively, to undertake obligations with third countries which affect those rules. As and when such rules come into being, the Community alone is in a position to assume and carry out contractual obligations towards third countries affecting the whole sphere of application of the Community legal system"⁷².

The *ERTA* case represents the Court's integrationalist aspirations at the beginning of the 1970s. Nonetheless, only in federal systems whose institutions are powerful enough to overcome the difficulties of implementation of federal law, can "pure preemption" successfully be

⁷⁰ WEILER, *supra*, note 12, p.278.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² STEINER, *supra*, note 11, p.37.

applied. Thus, in the 1970s, ideal preemption principle might have “resulted in a backward integration inclination, had the Court insisted on it when the Community institutions were not ready for their task because of low level of decisional supranationalism”⁷³. As a result of this pragmatist philosophy of the Court, in the *Kramer* (Case 6/76), the Court withdrawn from the reasoning of the *ERTA* case; the Member States were assumed to have had power for commitments within the area of their jurisdiction⁷⁴.

In the *International Agreement on Natural Rubber* (Case 1/78) the Court has emphasised that institutional balance established by the Treaty should be preserved⁷⁵. In this balance, the Member States were given the right to finance the agreement, and the Community’s competence was delimited as a result of increasing intergovernmental activities and diminishing institutional effectiveness.

The supremacy of the EC law was further strengthened in *Demirel v. Stadt Schwibisch Ginrind* (1987) (treaties made by the Council under Articles 228 and 238 of the EEC Treaty were acts of Community institutions and therefore subject to *Court* review); *Re Regional Aid Plans: Germany v. E.C. Commission* (1987) (Article 92 of the EEC treaty applied to German Lander as well as to the central government); *Barra v. Belgium* (1988) (Community law overruled national legislation regarding students from other Member States and national courts had no discretion in the matter)⁷⁶.

6. THE EVOLUTION OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT

We shall summarise the progress made by the Court in eleven significant cases at the second stage of European integration in which normative supranationalism was begotten by the Court.

⁷³ WEILER, *supra*, note 12, p. 278.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ LASOK & BRIDGE, *supra*, note 49, p. 206.: See *International Agreement on Natural Rubber* Case (1/78)[1979] ECR 2871.

⁷⁶ AUSTIN, E.C: “*The European Court of Justice: Last Hope for 1992*” *Brigham Young University Law Review* (1990), vol. 4, pp. 1631-1648.

In the *Van Gend* case, the Advocate General was under the influence of traditional “self-executing” doctrine, an international law concept, but the Court invented the “direct effect” principle which was the first milestone in the separation from classical international law concepts⁷⁷. In the *ERTA* case, again, the Court did ignore the Advocate General’s views by prohibiting the treaty-making power of the Member States.

As to the attitudes of the Member States, excluding the positive approaches of Germany and the Netherlands in the *Reyners* case, the Member states always opposed to the expansion of the powers of the Judges of the Court. This opposition towards development is an increasing problem for the Community. According to reports of the Commission to the European Parliament on the monitoring of the application of Community law⁷⁸, the number of the cases of the Court of Justice’s judgements which have not been acted by the Member States have risen from 33 to 82 between 1985 and 1990.

As for the Commission, in all these cases it has always thought that it could rely on the Court’s support when its case was most probably to strengthen the European integration⁷⁹. Apart from two important exceptions (in *Walvrave* and *Sabena* cases) the Court has tacitly been asked for help by the Commission for the purpose of establishing a more legal integration web and more Community power⁸⁰.

The close cooperation stemmed from the fact that the Commission was not able to conduct Community policies by itself. The alliance between the Court and the Commission, the executive-political organs of the Community, has most likely diminished the scepticism of the judges of the Court regarding the legitimacy and acceptance of the jurisprudence of the Court⁸¹. Assuredly, such understanding has also been supported by the constant opposition of the Member States to an elevated integration process.

⁷⁷ STEIN, *supra*, note 48, p.24.

⁷⁸ See, The European Commission, “*Seventh annual Report to the Parliament on Commission Monitoring of the Application of Community Law*”, (1990) (90/C 232), 40-60; Fifth Report (1988) (88/C 310), p. 46.

⁷⁹ KOOPMANS, T.: “*The Role of Law in the Next Stage of European Integration*” *International Comparative Law Quarterly* (1986), vol. 35, p. 931.

⁸⁰ STEIN, *supra*, note 48, p.25.

⁸¹ *Ibid.*, p.24.

Nevertheless, at the present stage of the integration, the Commission can only rely on the Court's support so long as it shows a solid legal basis to proceed integration period, since the role and willingness of the Court to establish such a basis on its own initiative diminished after the SEA.

In the *Factortame* case, the power of the Commission and its consistent pressure to prevent non-implementation of Community legislation, which has become an increasingly acrimonious issue, were predominant criteria for the Court's decision⁸². The Court and the Advocate General Mr. Jean Mischo were affected by the determination and the power of the Commission in relation to forcing Britain to accept the supremacy of Community law over national law. Nowadays, hundreds of existing directives drafted by the powerful EC Commission laying down standards covering everything are good illustration of the Commission's activism.

As long as the Commission is powerful enough to realise the Single Market, the Court is willing to carry on cooperating, as happened in this case, to help Brussels. Koopmans says that the role of the Court, at this level of the integration, is to try to identify areas in which its activism may be helpful and then it exercises "strict minimum standards" to issues, for instance, discrimination on grounds of nationality or sex, the treatment of aliens, or technical requirements for commodities⁸³. As a result, judging from the *Factortame* decision (Case 48/93), we may say that, unlike what the Court did in the previous stages of the integration, the backbone of the European Union hinges upon the activism of the Commission.

Therefore, in the second stage of European integration, the solidarity and the integrity of the Community system was supported by the normative structure, but today we are bound to say that the activism of the Court, which was no doubt necessary in the early years of the Community, in moulding this normative structure, has somewhat faded away after the mid-1980s as a result of more dynamic role played by the other Community institutions⁸⁴.

⁸² "Spanish Fishermen: 1 British Sovereignty: 0", *The European* 26-28 July 1991, p.2.

⁸³ KOOPMANS, *supra*, note 80, p. 926.

⁸⁴ STEINER, *supra*, note 11, p. 262.: See the same view in MATTILI, W. & SLAUGHTER, A.-M., "Revisiting the European Court of Justice" *International Organization* (1998) 52(1), 177-209, footnote 90 and accompanying text..

As a matter of fact, the first sign for the Court's diminishing judicial activism appeared in the early 1980s in the cases *Foglia v. Novello (No.1)* (Case 104/79) and *Foglia v. Novello (No.2)* (Case 244/80)⁸⁵. The Court for the first time refused its jurisdiction to give a ruling in both cases. The questions were related with the legality of an import duty imposed by the French authorities on the import of wine from Italy. The Court stated that the function of Article 177 was not to give advisory opinions on general or hypothetical questions, instead to participate to the administration of justice in the Member States. This statement was recapitulated in *Bertini v Regione Lazio* (Cases 98, 162 & 258/ 85)⁸⁶.

But even after the SEA, the Court reverted back to its activist policy when it saw that there is need to increase European integration: For example, In 1989 the EC Commission brought a legal action against the EC Council objecting the use of Article 130(s) (which requires unanimity in decision making) in stead of Article 100a (which requires qualified majority). In the case the Council wanted to use Article 130s as a legal basis for the adoption of a Directive on the disposal of titanium dioxide waste, where as the Commission proposed the use of Article 100a, which was supported by the Parliament⁸⁷. As Article 100a, which is concerned with removing barriers to trade, used to create the chance for environmental legislation to be adopted by qualified majority, the Court relied on it rather than Article 130s upheld the standing of the Commission. This was rather a blatant activism inasmuch as while there was an explicit provision on the issue, the Court said, *inter alia*, that environmental protection measures affected the conditions of production in a given industry with the aim of eliminating distortions of competition⁸⁸. After this decision, the Commission evaded from "protracted negotiations and watered-down provisions" and from "institutional foot-dragging"⁸⁹. Ironically enough, the Court gave up its activist policy and decided on the contrary

⁸⁵ *Foglia v Novello (no.1)*(104/79)[1980] and *Foglia v Novello(no.2)* (24/80) [1981].

⁸⁶ STEINER, *supra*, note 11, p. 263.: see *Ministre Public v Auer* (136/78) [1979].

⁸⁷ SANDS, P.: *Principles of International Environmental Law-I*, Manchester University Press, Manchester, 1995, pp. 547-48.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

judging that it was Article 130s rather than Article 100a should be used in adopting Directive 91/156 on waste⁹⁰.

Another remarkable judgement is on the effectiveness of EU directives that primarily grant individuals legal recourse before national courts, if governments had failed to transpose them into national law. But direct effect did not apply to all directives, and member governments continued to evade their obligation to abide by them. In the *Franchovic v. Italian State* case, a group of employees were seeking compensation against Italian State for its failure to implement a Directive (80/987) guaranteeing the payment of arrears of wages to employees in the event of their employer's insolvency. 1991 *Franchovic* decision the ECJ ruled that governments must compensate individuals for the loss caused to them resulting from the non-implementation of directives, even those without direct effect. Therefore, where the conditions set out by the Court are fulfilled there will be no need to rely on the principles of direct and indirect effects.

After the *Franchovic* case, the Court reiterated its policy in the following cases: *Brasserie du Pêcheur*, *Factortame III*, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas and Dillenkofer* in 1996. The Court said in the last case that "it applies to all breaches of all Community law, regardless of whether they result from the legislative, executive, or judicial branches of government, and regardless of whether or not the Community provisions have direct effect"⁹¹.

The *Franchovic* decision was so significant that some saw it a move towards "European Federalism"⁹². Member States are now liable for breaching Community law, if they fail to implement directives when that failure allows individuals to commits harmful acts against another. As the *Franchovic* case is part of the *Acquis*⁹³, thanks to the Court, failure to implement directives would cause billions of dollars for recalcitrant states.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ TALLBERG, J., "Supranational Influence in EU Enforcement: The ECJ and the Principle of State Liability", *Journal of European Public Policy* (2000), vol. 7(1), 104-121, p.110.

⁹² SWAINE, E.T.: "Subsidiarity and Self Interest: Federalism at the European Court of Justice", *Harvard International Law Journal* (2001), vol. 41(1), 1-128, p.4.

⁹³ *ibid.*, p. 77

7. THE OPERATION OF THE EC LAW

Theoretically speaking, the abovementioned points are not unique principals of supranational Community; they can be seen in federal states as well. For this reason the Community is often thought as a sort of quasi-federal state. In reality, this is not the case. When we look at how Community law is made and operated, and these principles are applied in practice, we will see that EC law supplies only a loose skeleton into which substantive rules and policies should be placed⁹⁴.

The Member States do always want these rules and Community policies to be in favour of them. Thus, the governments interfere with the preparation of Community law by means of numerous committees. If they manage to provide a parallelism between their national policies and Common Market policies, they will be willing to abide by the supremacy of Community law. The operation of Community law shows that, in case of conflicting national interests among the Member States, the Court is faced with grave difficulties in constituting the hierarchy of Community legislation.

Before explaining these cases, it should be remembered that the Court's activism did not come about out of the blue. To put more clearly, the 1958 Treaty of Rome demanded as part of the effort to create a common market that extant trade quotas among member states be abolished during a transitional period ending on 31 December 1969 (Articles 8 and 32). The treaty spelled out a detailed timetable for the progressive elimination of these quotas (Article 33). The treaty also required that the establishment of a Common Agricultural Policy among the member states (Article 38 (4)) accompany the development of the common market. Thus domestic deregulation was combined with re-regulation at the EU level: national marketing regimes for agricultural products that restricted trade among member states were to be replaced with EU-wide marketing organizations.

The 1958 Treaty of Rome demanded as part of the effort to create a common market that extant trade quotas among member states be abolished during a transitional period ending on 31 December 1969 (Articles 8 and 32). The treaty spelled out a detailed timetable for the progressive elimination of these quotas (Article 33). The treaty also required that the establishment of a

⁹⁴ WEILER, *supra*, note 12, p. 280.

Common Agricultural Policy among the member states (Article 38 (4)) accompany the development of the common market. Thus domestic deregulation was combined with re-regulation at the EU level: national marketing regimes for agricultural products that restricted trade among member states were to be replaced with EU-wide marketing organizations⁹⁵.

Six distinctive examples were chosen to illustrate how Community norms are made in the Common Agricultural Policy (CAP), most problematic common policy of the Community because of competing interests both on national and regional levels. A good illustration of this point is shown by the developments of Community law relating to lawfulness of maintaining national market organisations for agriculture products⁹⁶.

All the issues concerning lawfulness of conducting national market policies for agriculture products happened from the mid-1970s to the early 80s during which the principles of Common Market were threatened with that of dual-market regimes of the Member States, a situation which constitutes the antithesis of market unity⁹⁷. However, as Community legislation, a supranational umbrella over national laws, applies to the whole of the Community, different regimes cannot occur. The Community can solely threaten the market unity if it applies different regimes to equal situations on the Common Market⁹⁸. The unity of the Common market can only be guaranteed by preventing the Member States from any interference with intra-Community trade and competition⁹⁹.

One of the cases of this kind is the *Mr. Charmasson v. Minister for Economic Affairs and Finance* (Case 48/74) on a French market organisation for bananas. The Charmasson case involved a requested annulment of a quota for banana imports imposed by the French government on 28 October 1969. The important problem was whether or not a number of provisions forming an internal part of national market organisations for agricultural products not

⁹⁵ GARRETT & KELEMEN, *et al.*, *supra*, note 45.

⁹⁶ RASMUSSEN, H.: *On Law and Policy in the ECJ*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, p.281.

⁹⁷ BARENTS, R.: "The Community and the Unity of the Common Market" *German Yearbook of International Law* (1990), vol. 32, pp.10, 21.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

subject to Common market organisations would really do away with obstacles to inter-State trade in that product¹⁰⁰. In 1974 the French Conseil d'Etat referred the first such case to the ECJ. In its reference to the ECJ, the Conseil d'Etat asked whether the preexistence of such a national marketing organization for an agricultural product precluded the application of Article 33 to that product.

In these respects the judgement appeared to support the French government's position. The Court added, however, that such marketing organisations could suspend the application of Article 33 only during the transitional period. After 31 December 1969 Article 33 would have to be applied, regardless of whether or not the member states had established a community-wide marketing organisation. The Court, casting a pro-integration ruling, held that "after the expiration of the transitional period ending 31 December, 1969, the Treaty did prohibit unilateral prohibitions for the free movement of (agricultural) good"¹⁰¹. Since the banana sector did not have significant marginal importance on the Member States and important economic social consequences on Community life, the unity of Common Market easily prevailed in this case.

The second important case of "dual-market regime" is the *Potato case* (*Commission v. UK*) (Case 231/78) wherein the *Charmasson* precedent was subsequently tested. In the case, the legal issue was the interpretation of Articles 2, 9, 42 and 60(2) of the 1972 Act of Accession of the UK concerning forbidding existing national market organisation for potatoes. France, the Netherlands and the UK had important economic interests in potato case. In the Potato case, the Commission challenged the United Kingdom's national market organization, which restricted imports. The Court held that the UK was in breach of Article 30 of the Treaty, since it did not abrogate the national market provisions before the beginning of 1978. The British restrictions on potato imports have been removed. The unity of the Common Market was again strengthened by refusing the wording of Article 60(2) of the 1972 Act legalising new Member States to sustain national market units in force for agricultural products after *Charmasson* decision¹⁰².

¹⁰⁰ RASMUSSEN, *supra*, note 97, p. 281.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 282.

¹⁰² *Ibid.*

Starting from the *Charmasson* and the *Potato case*, France kept on supporting national market organisations. Ironically, at the beginning of the 1980s, France did support the Commission in the *New Castle Disease (Commission v. UK (Case 40/82))* and in the *U.H.T. milk case (Commission v. UK) (Case(124/81))* when the Commission was striving to set up a Common policy versus national market policies. The French support for terminating diverse national policies was not, of course, meaningless, because the UK was acting protectively and this protection was of harmful effects on, *inter alia*, French poultry farmers and livestock breeders in the last two cases mentioned above. However, in the *Banana* and *Potato* cases, the benefits of French importers and potato farmers were at stake.

As Rasmussen said “France has earned the greatest reputation for safeguarding national interests even when it might entail a breach of Community law”¹⁰³. The best examples to be shown in relation to the recalcitrant attitude of France and its consistent policies versus increasing integration process are sheepmeat and wine markets. Because of their importance, we will explain them separately.

a. The Sheepmeat Market: Community Law as a Coordinating Device

The background of this turbulent history goes back to the accession of two great lamb-producing countries, the UK and Ireland in 1973. Before that time France, one of the main sheepmeat producing and consuming countries, was unwilling to accept the accession of the UK, because, *inter alia*, there was a possible danger on her national interests and policies in this market in the mid-60s.

The establishment of sheepmarket regime also coincides with the resurgence of national interests in the 1970s’ recession in particular, the European and international food and agricultural economy, such as butter-mountains¹⁰⁴. The first change was of important shifts in peasants and agricultural union politics in France; the second was related with the reestablishment of French national food marketing system; the third one involved numerous important macro-economic processes in the international

¹⁰³ *Ibid.*, p. 285.

¹⁰⁴ SNYDER, *supra*, note 2, p. 15.

meat trade¹⁰⁵. After the accession of the UK and Ireland, the need to set up “the first agricultural commodity regime since the heady 1960s’ resulted in a proposal made by the Council to encourage inter-State trade and to protect Community producers, even more importantly to make use of ‘supranational law as a potentially potent symbol of Western Europe’s continuing economic unity’”¹⁰⁶.

During the late 1970s, the trade dispute, known as the 1978-80 lamb war”, emerged between France and the UK. The French government argued that a number of poor regions largely dependent on sheep rearing could suffer serious socioeconomic dislocations as a result¹⁰⁷. Three formal Commission proposals and cases between the parties could not solve the dispute¹⁰⁸. The case originated from France’s imposition of levies and import quotas (and measures having equivalent effects) of lamb and mutton from the UK¹⁰⁹. When the Court held in 25 September 1979, that France’s national sheepmarket organisation was in violation of her obligations stemming from the provisions of Articles 12 and 30, France refused to abide by the Court’s decision on socio-economic grounds¹¹⁰, which this was the exceptional instance as of the first years of the Common Market. The French system was based on isolation from the world market in order that France maintain over-priced lamb market for producers, whereas the UK system applied a deficiency payments system¹¹¹. Due to the fact that there was an over-production, the UK had a considerable deficit which was principally secured by imports from New Zealand¹¹².

¹⁰⁵ *ibid.*, p.16.

¹⁰⁶ *ibid.*

¹⁰⁷ **GARRETT & KELEMEN**, *et al*: *supra* note 45.

¹⁰⁸ See Joined cases 181, 182 and 218/88 *Jean-Francois Deschamps, Groupment agricole d,exploitation en commun des Champs Fleuris, and Groupment agricole d’exploitation en Commun(GAEC) Lambert v Office National Interprofessionnel des viandes, de l’elevage et de l’aviculture* ECR not yet reported (cited in Snyder, *supra*, note 2, p.16).

¹⁰⁹ RASMUSSEN, *supra*, note 97, p. 338.

¹¹⁰ *Ibid.* p.338: **SNYDER**, *supra*, note 2, p. 17.

¹¹¹ **BARENTS**, *supra*, note 97, p.32.

¹¹² *ibid.*

Thus, the conflict which involved in two vital national interests on agriculture sector was not resolved before the Court. France refused to open its borders to British exporters. When the French government did not comply with the Court's decision, the authority of Community law was clearly challenged by a member state, which this led to invisible adverse effects on the solidarity of the Community¹¹³. Until the mid-1980s, the problem remained as an abscess on the legal structure of the Community's Common Market organisation for sheepmarket was established as a result of political compromises. This market regulation was planned as a transitional manoeuvre to develop the progressive development of market framework.

This regime was tantamount to a continuation of both the French and British systems in "a Community law jacket"¹¹⁴. In spite of the fact that the regulation supported a common price system for the Community as a whole, this system allowed regionalised reference prices in a period of four year. Rasmussen argues that, in this crucial issue, the French government appeared to have conceived that the *Charmasson* rule be applied, according to which national restrictions are allowed in a national market organisation. The French government, however, did not attempted to comply with the *Charmasson* rule. As to the position of the UK, while it was for the existence of national market organisations in Potato case; in the sheepmarket dispute, it was strongly supporting what she refused six month before in the *Commission v. UK* (Case 231/78)¹¹⁵.

The sheepmarket regime illustrates some important features of Community law. To begin with, this regime symbolises most of contemporary Community legislation. Its aim is not to unify the European economy by way of unified law. As Snider says, "it serves as a supranational umbrella, beneath which the European Community increasingly recognise the validity of diverse national policies. Common Market law, in a fragmented Europe, is thus mainly a coordinating device"¹¹⁶. As the Court realised in the case *UK v. Commission* (Case 61/86) and the *Livestock Sales Transport v. Intervention*

¹¹³ *ibid.*, p.33.

¹¹⁴ *ibid.*

¹¹⁵ RASMUSSEN, *supra*, note 97, pp. 287-88.

¹¹⁶ SNYDER, *supra*, note 2, p.18.

Board for Agricultural Produce (Case 162/86)¹¹⁷, it was only possible to abolish the regionalised reference prices rather than to provide the complete unification of the market regime for sheepmeat, although this had been projected for 1984.

The sheepmarket regime also illustrates how European Community law is made. A number of differentiated interests play an important role in making of supranational law. Economic units at local, national supranational and even in international levels are intermingled and all have certain degree influence, albeit not to the same extent, in the formulation of Community law¹¹⁸. Various economic and political criteria often show very contrasting conceptions of law-making procedure and shape the several proposals for legislation and finally outcome¹¹⁹. Moreover, as shown above, the making of a specific regulation is interrelated other concurrent economic politic issues during the same period.

Having seen the potential power of the Court, the then President Valéry Giscard d'Estaing of France proposed that the member states should jointly constrain the ability of the ECJ to deliver "illegal decisions"¹²⁰. He advised an institutional reform that would have given the "big four" members an extra judge on the Court. At the end of the day, however, such changes could not be made due to political reasons¹²¹.

b. The Common Market Organisation for Wine: The Wine War

In the establishment of Common market organisations for agricultural products, France agreed with the Commission and was against the UK in *the Commission v. UK (Re imports of Poultry Meat)* (Case 40/82) and *Commission v. UK (Re UHT milk)* (Case 124/81) in relation to derogation from Articles 30-4 on the grounds of the health and life of humans and animals. The hypocrisy of France was disclosed in *Commission v. France (Re*

¹¹⁷ *Livestock Sales Transport v. Intervention Board for Agriculture Produce* (61/86), nyr., Judgements of 2.2.1988 (cited in Barents, *supra*, note 98, p. 34).

¹¹⁸ SNYDER, *supra*, note 2, p.17.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ GARRET & KELEMEN *et al:* *supra*, note 45.

¹²¹ *Ibid.*

Italian Table Wines) (Case 42/82)¹²². In this “Italian-French wine-war case” the Court opposed France as it ruled against the UK in the *New Castle* case and *UHT milk* case.

As noted in the previous cases, the principle of market unity to protect uniform application of Community law, as a supranational blanket, imposes the prohibition of discrimination upon Community legislation¹²³. Starting from 1977, the Court came up against the problem of integration of the two major wine markets. The legal outline of the regime was made after the transitional period in 1970 France scared that the opening of the markets would risk immense Italian wine imports which could bring about an interference to the French wine market, since Italy had unbeatable competitive advantage in this sector¹²⁴. As a result, the 1970 regime allowed the Member States to limit the imports until the completion of the common regime for wine.

In 1975-76 vintage, this clause was invoked by France to manage to eliminate over imported Italian wine on the French market because of economic disadvantages. The duty imposed on Italian wines was found invalid by the Court in Cases 80 and 81/77, *Henri Ramel Sarl v. Administration des Douanes*, since it was contrary to the principles of market unity and Articles 30-4 of the Treaty. The Court said “the powers... granted to the Community must be exercised from the perspective of the unity of the market”¹²⁵.

After five years, the consistency of France on the protection of her internal market for wine, was again revealed in *Commission v. France (Re Italian Table Wines)* (40/82) (Article 169 proceedings). The French requirement that Italian wine was to be inspected if it complied with French quality standards gave rise to excessive delays in custom clearance. The Court of Justice found that systematic checks greatly in excess of those made on domestically produced wine were in breach of Article 30 and amounted to “measures having equivalent effect”. Nevertheless, the Court added that some

¹²² SNYDER, *supra*, note 2, p.85; RASMUSSEN, *supra*, note 58, p. 285.

¹²³ BARENTS, *supra*, note 98, p.22.

¹²⁴ *ibid.*, p.23.

¹²⁵ *Henri Ramel Sarl v. Administration des Douanes* (80-81/77) [1978] ECR 927.

analyses as random checks resulting short delays might be justified on ground of Article 36 of the Treaty¹²⁶.

As can be seen from the six cases, namely, *the Banana case*, *the Potato case*, *the Sheepmeat case*, *the New Castle' Disease case*, *the UHT Milk case* and *the Wine War*, there are some constitutional issues on the real nature of Community law. The Member States are rather unwilling to relinquish their national market policies when the Community institutions, particularly the Commission, are so weak as not to provide uniform application of Community law.

Nonetheless, the Court always endeavoured to eliminate the weaknesses of decisional supranationalism. Hence, the role of the Court of Justice in the process of integration has been a crucial subject to debate so far. In what way and to what extent has the reasoning of the Court been important in formulating the principles of direct effect, supremacy and preemption in the 1960s-70s and early 1980s as a response to the diminishing decisional supranationalism until the Single European Act?

8. THE US SUPREME COURT VS. THE ECJ

In analysing the nature of Community law, we have chosen the US Supreme Court as an example since firstly the United States was the largest and the earliest common market in the world before the accessions of Spain and Portugal to the Community¹²⁷. Additionally, the ECJ is more similar to the U.S. Supreme Court than to the International Court of Justice or the dispute panels of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the World Trade Organization (WTO). The Court reads EU treaties as though they represent a *de facto* constitution for Europe and exercises judicial review over laws and practices within member states¹²⁸.

Secondly, when the founding fathers of the Treaty suggested establishing a judicial watch-dog, the Supreme Court was the unique example in their

¹²⁶ See *Commission v. France (Re Italian Table Wines)* (Case 42/82) [1983] ECR 1013.: Steiner, *supra*, note 11, p. 85.

¹²⁷ STUART, M.: "The Problems of the EC: Transatlantic Parallels" *ICLQ* (1987) vol., 36, p. 185.

¹²⁸ GARRETT & KELEMEN *et al*, *supra*, note 45.

mind. The fact that Article 177 (now 234) procedure appears to have been based on Italian and German Constitutional preliminary ruling procedure, if one scrutinises these systems, one can easily see that Germany and Italy extensively duplicated the American model¹²⁹. Accordingly, the Community was set up as a federal experiment, albeit different, and the Court was modelled on unitary state system¹³⁰.

The efforts of US Supreme Court to strengthen the Nation's federalism process is a vivid example to show how its judicial activism helped to create "more perfect union"¹³¹. The parallel line between the US Supreme Court's endeavours and the centralising case-law of the Court of Justice to back up "an ever closer union" is the central theme of the foregoing part.

When we look at the substantial differences between these Courts, we could see that the Supreme Court has universal jurisdiction within the US federal system and has the power to select cases which it accepts important enough to hear¹³². The position of the Court of Justice is quite different; it can only act within the jurisdiction given by the Treaty; it has no discretion to select among cases¹³³, nor has it power to refuse the decisions of the national courts on appeal and it has not gained the power to nullify as 'unconstitutional' items of national legislations. Moreover, the Supreme Court has struggled, during the constitutional evolution of federalism, with the political organs of the government and protected its prestige and authority in American society after all the confrontations it made¹³⁴. As regards the Court of Justice's confrontations with other Community institutions and intergovernmental agencies, we must accept that the Court was weakened from the efforts made against its activism after the Single European Act. The

¹²⁹ RASMUSSEN, *supra*, note 96, p. 155

¹³⁰ *ibid.*

¹³¹ See SBRAGIA, A.M.: "The European Community - a Balancing Act", **Publicus- the Journal of Federalism**, (1993), vol. 23/3, pp. 23-38. However, the author emphasises the balance between the representation of territorial and non-territorial interests in the Community and argues that concepts drawn from federalism can be useful in analytically understanding the Community as long as the American model of federalism is not viewed as the necessary federal referent.

¹³² STUART, *supra*, note 127, p.186.

¹³³ *Ibid.*, p.187.

¹³⁴ RASMUSSEN, *supra*, note 96, p.30.

establishment of the Court of First Instance might be seen as response to this activism to limit the functions of the ECJ¹³⁵.

The weight of comparison should be centred on free movement provisions of the Treaty of Rome since the European Community is an experience of economic integration through pecuniary motivations. There are parallel lines between the problems that both the Supreme Court and the Court of Justice faced in the evolution of federalism and normative supranationalism. As will be seen, there is no complete correlation between institutional and substantive integration models¹³⁶. Although the American federal system is more centralised and institutionally integrated than the European Community, but in some respects Community norms impose more obligations limiting the Members States' sovereignty than federal laws do on the States of Union.

8.1. The Free Movement of Goods

The context of free movement provisions in the US and the EC systems are very similar. The US Constitution states that Congress shall have the power ...to regulate commerce... among the several states (Art.I, s.VIII)¹³⁷. As for the Treaty of Rome, there are three provisions dealing with the issue; Articles 9, 30 and 36 creating a customs union; and prohibiting quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect; and allowing restrictions on imports or exports on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans or animals or plants; the protection of national treasures. ... ; or the protection of industrial or commercial property.

The US Supreme Court's case-law is very parallel to that of the Court of Justice on the way of establishing economic unity; in *McLeod v. J.E Dilworth*

¹³⁵ On the other hand, the CFI which was established under the Single European Act in 1986 to relieve the heavy workload of the ECJ which heard 4,265 cases until the CFI took up its duties in October 1989. see. e.g. **TOTH, A.G.**: "The Court of First Instance of the European Communities" in **WHITE, R. & SMYTHE, B.** (eds.), *Current Issues in European and International Law*, Sweet & Maxwell, London, 1990.

¹³⁶ **DEHOUSSE, R. & WEILER, J.**: "The Legal Dimension" (Chapter 14), in **WALLACE** (ed.) *The Dynamics of European Integration, supra*, note 8, p.252.

¹³⁷ **STUART, supra**, note 128, p.187.

case (1944) the Supreme Court held that “The very purpose of commerce close was to create an area of free trade among the several States”¹³⁸. It is interesting that it was only in 1976 that the Supreme Court clearly expressed in the *Great Atlantic and Pacific Tea Co. v. Cottorrell* that the idea of common market was created by the framers of the Constitution. The Court of Justice, however, starting from the early years of the Community expressly stated and established the foundations of the Common Market. In other words, while the primary aim of the European Court was to do away with all barriers in front of the Common Market, the aim of the founding fathers of the United States and the US Supreme Court were to “form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquillity, provide for the common defense, promote the general welfare and secure the Blessings of Liberty ... and ... posterity”¹³⁹.

In the supranational Community law, the integration process started with economic integration, whereas the American federal experience reveals that the US integration commenced with the protection of human rights and elimination of racial attitudes.

The Supreme Court has also tried to use ‘police power’ to provide for Safety, health, morals and general welfare of their citizens¹⁴⁰. In *Gibbons v. Oqden* case in 1824, the Supreme Court played an activist role to balance between the competing sources of powers within the federation¹⁴¹. In *Pike v. Bruce Church Inc*, the problem was the protectionist attitude of Arizona authorities towards free movement of cantaloupes, to be transported for packing, from Arizona to California. The Supreme Court defined the criteria to be considered in weighing the interests of centripetal solutions against centrifugal ones¹⁴². The Supreme Court held that “the commerce clause did not permit a state to require a person to go into a local packing business solely for the sake of enhancing the reputation of the products within its barriers”¹⁴³.

¹³⁸ *McLeod v J.E.Dilworth* 322 US 327, 330 (1944) (cited in *ibid.*, p. 188). (cited in **STUART**, *ibid.*)

¹³⁹ *Great Atlantic and Pacific Tea Co. v. Cottorrell* 424 US 366, 380 (1976). (*ibid.*)

¹⁴⁰ **STUART**, *supra*, note 127, pp.128-129.

¹⁴¹ *Gibbon v. Oqden* 22 US. (9 Wheat) 1. (cited in *ibid.*)

¹⁴² *Ibid.*, p.189.

¹⁴³ *Ibid.*

Similar issues emerged in Community law in relation to the free movements of goods were solved in the same vein by the Court of Justice. At the second stage of integration in which law was aiming at realising policy ends¹⁴⁴, the Court of Justice developed its ever increasing activist role. In 1974, the Court said in the case of *Procureur du Roi v. Dassonville* (Case 8/74) that “All trading rules enacted by member States which are capable of hindering ... intra-Community trade are to be considered as measures having equivalent effect to quantitative restrictions”¹⁴⁵.

In *Cassis de Dijon* case, the Court ruled invalid a national law on the basis that it created a non-tariff barrier, which was a straight application of the jurisprudence established in the *Dassonville* decision. In the case, the Court strengthened free movement provisions by allowing that certain measures, albeit in the sphere of *Dassonville* formula, would not breach Article 30, if they are necessary to satisfy mandatory requirements¹⁴⁶. In the *Cassis de Dijon* case, the ECJ was asked to rule indirectly on the legality of a German law that required spirits to have a minimum alcohol content of at least 25%. The effect of this law was that the French liquor *Cassis de Dijon*, which has an alcohol content of 15% to 20%, could not be marketed in Germany. It was asked from the German court that the German regulation on minimum alcohol contents which was an illegal non-tariff barrier be abolished. The ECJ took the matter in hand through Article 177 provisions.

It was understood from the *Cassis* case that the European Court of Justice was a key actor in the “relaunching” of European integration in the rejuvenation EC harmonization policy and the development of the Single

¹⁴⁴ KOOPMANS, *supra*, note 80, p.927.

¹⁴⁵ *Procureur du Roi v. Dassonville* (8/74) [1980]: STEINER, *supra*, note 11, p.74.

¹⁴⁶ See especially ALTER, K.J. & MEUNIERAITSAHALIA, S.: “Judicial Politics in the European Community-European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* decision” *Comparative Political Studies* (1994), vol. 26(4) 535-561. Contrary to the orthodox view, they argue that the *Cassis* verdict acted as a catalyst, provoking a political response by the Commission, which attempted to capitalize on the verdict to create a “new approach to harmonization”. This political entrepreneurship by the Commission triggered the mobilization of interest groups that lobbied their national governments for and against mutual recognition. Generalizing from the case, they conclude that the Court performs three crucial roles in the EC policy-making process: opening political access to self-interested individuals, launching ideas into the policy-making arena, and provoking political responses through bold argumentation and unpopular verdicts.

European Act. The Cassis verdict acted as a catalyst, provoking a political response by the Commission, which attempted to capitalize on the verdict to create a “new approach to harmonization”. This political entrepreneurship by the Commission triggered the mobilization of interest groups that lobbied their national governments for and against mutual recognition. Generalizing from the case, it can be concluded that the Court performs three crucial roles in the EC policy-making process: opening political access to self-interested individuals, launching ideas into the policy-making arena, and provoking political responses through bold argumentation and unpopular verdicts.

During the same period, the US courts invented policy ends in ambiguous constitutional premises such as equal protection and due process; the Supreme Court legalised abortion, and to a great extent abolished capital punishment. The Judges of the US courts could do what they wanted to impose ways of achieving predetermined ends on American society, and while doing this they did not need politics, but in the area of foreign policies. The American federal case law and judicial policy became an important inspiration for the ECJ’s judicial activism in the era of *Cassis de Dijons*, Weiler says in his article “the ECJ on trial” that “[this judicial activism] is the result of a more general societal change towards an institutional and instrumental approach to law, which predominated largely in the post war period and which sought to plan society and make the future through law”¹⁴⁷.

8.2. The Free Movement of Persons

The problems the Courts faced in this area are quite different. The US system is certainly more unified than the EC system, but the Community system shows its originality in this area as well. For example, in *United Steelworkers of America v. Weber* case (1979), the Supreme Court turned the 1964 Civil Rights Act the other way round, allowing private employers to establish racial preferences and quotas in hiring¹⁴⁸. This is inconceivable solution for the EC law. The ECJ in many cases blatantly refused any form of discrimination based on race, religion or nationality.

¹⁴⁷ WEILER, J.: “*The ECJ is on Trial*” CMLR (1987) vol. 24, p.555, p. 581.

¹⁴⁸ BRESLER, Robert J.: “*The Courts vs. the People*”, USA Today Magazine (1997), 125 (2622), 17-18.

In 1978, the issue that the Supreme Court had to solve was not a citizenship problem, because there is a notion of “US citizenship”, rather than that of New York or Texas. In the case *University of California v. Bakke* (1978), the Supreme Court could not give a satisfactory answer to a complaint by a Jewish student whose right to equal protection had been ignored by the University of California, School of Law which refused his admission and accepted other less qualified applicants belonging to certain ethnic groups like blacks benefiting from quota system¹⁴⁹.

As to the European Court, it took decisive steps to eliminate discrimination on grounds of nationality. Whilst it is quite acceptable for, say, the University of California to charge higher fees to residents of another state, in the case *Gravier v. City of Liege* (Case 293/83), the Court of Justice held that “vocational training fell within the scope of the Treaty.. it was discriminatory to charge higher prices to EEC nationals [by the virtue of Article 7] who were not Belgian citizens or resident in Belgium. The *Gravier* decision showed that many courses, including university level education, often backed up from public funds would have to be offered on equal terms to all EEC nationals¹⁵⁰. After this judgement, Belgian legislation abolished the discriminatory fees excluding limited the opportunity to claim refunds to the students who had proceedings before the judgement in 1985. British government decided to change grant rules in order that nationals of the Member States resident in other Community members are designated to a grant to cover their fees for a first degree course at a recognised institution¹⁵¹.

The free movement of members of professions points out some difficulties. The principal explanation for the Court of Justice’s view is that the worker is not only a “literal worker” but also “he is an embryonic Community citizen”¹⁵². The Court in 1974 held in the case *Reyners v. Belgium*

¹⁴⁹ *University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978) (cited in **KOOPMANS**, *supra*, note 80, p.929.)

¹⁵⁰ **STEINER**, *supra*, note 11, p.198.

¹⁵¹ **STUART**, *supra*, note 127, p.196.

¹⁵² **HANDOL, J.**: “Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment”, **ELR** (1987) 12, 223, p. 240.

(Case 2/74)¹⁵³ that Article 52 was directly effective. In the case of *Reyners*, a Dutchman who was fully qualified to practice as avocet before the Belgian Courts was refused on the ground of nationality. The Court emphasised that the Belgian Bar's rule restricting the profession of avocet to Belgian nationals was contrary to Articles 7 and 52¹⁵⁴.

In the United States, the problem has different facet in that each state has a separate Bar. However, a law degree from a recognised law school will be accepted by all the Bars, since each individual is a citizen of the US¹⁵⁵. Nevertheless, the US system does not represent a perfect scene. There are some barriers to free movement of lawyers, free provision of services, and starting practising in different states at the same time because of state licensing rules. The Supreme Court held in *Rose v. Bondurant* (1972) that a six-month durational residence requirements were lawful¹⁵⁶. The Court of Justice, on the other hand, held in the case *Klopp v. Ordre des Avocats au Barreau de Paris* (Case 107/83) that "a requirement imposed on members of the Paris Bar to have only one office could not be used to refuse an otherwise qualified German lawyer admission to the Bar he already had an office in Dusseldorf which he did not wish to close"¹⁵⁷.

After the Single European Act, the instrumentalist role of the European Court¹⁵⁸ turned into minimal approach. There is a decline in relative terms in the case law of the Court as happened in the US Supreme Court after the *Bakke* case¹⁵⁹. However, the distinguishing features of the Community show that the diminution in normative level of integration has not slowed down the integration process. Decisional supranationalism has managed to drag along the Community on the way of the Single Market. To this end, the Council

¹⁵³ COLLINS, L., *European Community Law in the United Kingdom*, 4th ed., Butterworths, 1990, 124.

¹⁵⁴ STEINER, *supra*, note 11, pp. 188, 196.

¹⁵⁵ STUART, *supra*, note 127, p. 193.

¹⁵⁶ *Rose v Bondurant* (1972) 409 US 925.

¹⁵⁷ *Klopp v. Ordre des Avocats au Barreau de Paris* (Case 107/83) [1984] ECR 2791

¹⁵⁸ KOOPMANS, *supra*, note 78, p.930; WEILER, "The ECJ on Trial", *supra*, note 147, p. 581.

¹⁵⁹ *University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978) (cited in KOOPMANS, *supra* note 80, p. 929).

Directive of 21 December 1988 on free movement of qualifications did “what *Cassis de Dijon* [had done] for free movement of goods and what the *Insurance Cases* has done for the free movement of services”¹⁶⁰. The Directive, on a general system for the recognition of higher- education diplomas awarded on completion of professional education and training of minimum three years’ duration aims to eliminate the problem of admission to professional activity in the whole Community¹⁶¹. Refusal of recognition under the relating provisions of the Directive became exception, not norm. In the same vein, after the second banking directive¹⁶², the Member States have reached a compromise according to which, say, British banks are allowed to operate more freely in France than New York state banks would do in neighbouring New Jersey¹⁶³. In sum, the jurisdiction of the Court of Justice, in these limited examples, show that there is no absolute correlation between the US federal system and the EC supranational system¹⁶⁴.

9. THE ECJ AND TURKEY

In spite of the fact that full-EU membership is years ahead, Turkey with the Customs Union Agreement of 31 December 1995 (Decision 1/95 of the EC-Turkey Association Council), became part of the EC legal order. For example, according to Article 39 of the Decision, Association Council is entitled to take issues on government subsidies to the ECJ. Again, according to Article 66 of the Decision 1/95, the interpretation of the ECJ will be taken into account in relation to the interpretation of the provisions of the Decision. Years before this Decision, Decisions Nos. 1/80 and 3/80 of the Turkey-EU Council laid down the procedures related to the entry of Turkish workers and their families to the EU employment market and their wages and working

¹⁶⁰ *Insurance Cases* (220-252/83 and 205-206/84) *Commission v. France, Denmark, Germany and Ireland* [1986] ECR 3663 ff. Directive 89/18/EEC, OJ 1989, 119/16.

¹⁶¹ Editorial Comments, “*Free Movement of Qualifications*” 14 *European Law Review* 66.

¹⁶² Second Banking Directive 89/646/EEC, 15 December 1989 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institution and amendment of Directive 77/780/EEC (OJ 1386 30.12.1989, 1).

¹⁶³ **DEHOUSSE & WEILER**, *supra*, note 136, p.252.

¹⁶⁴ *Ibid.*

conditions, according to which the interpretations of the European Court of Justice would be taken into consideration¹⁶⁵.

Even though Turkey makes strenuous efforts to harmonise and approximate its legal system to the *acquis communautaire*¹⁶⁶, in the Turkish National Programme for the Adoption of the *Acquis*, one does not notice a section in the Programme as to on how the Turkish legal system will be restructured so as to take into account the case law of the European Court of Justice. The fact that the case law or jurisprudence of the ECJ is a part of the *Acquis* appears to have somewhat underscored in the National Programme. As a matter of fact, the case law of the ECJ is as important as the primary and secondary sources of the Community. No matter how well national laws are reformulated in parallel with the *Acquis*, candidate countries should take into account the fact that the ECJ decisions may bring about many unforeseen problems after full membership is attained. Therefore, the jurisprudence of the ECJ should be studied years before full accession to the EU. Needless to say, it takes decades, so to speak, to nurture judges with EC law pedigree.¹⁶⁷

Should not this be done, the cost of integration might be far more expensive than one could imagine. For example, in 1995 the ECJ once ordered the British government to change its prescription charge laws--a ruling that threatened to cost up to £500 million due to reimbursing all men between the ages of sixty and sixty-four for charges dating back five years¹⁶⁸. Similar injunctions could be given by the Court to Turkey, should not the *Acquis* be wholly adopted and implemented. Article 171, amended by the

¹⁶⁵ Executive Summary of the Turkish National Programme for the Adoption of the *Acquis* <http://www.abgs.gov.tr/>

¹⁶⁶ "This means that any regulations, directives or policy initiatives become locked into the system and cannot be repealed in the way that legislation can in conventional parliamentary regimes; all new countries that join are bound to accept everything that has gone before them.. Only a new treaty, which is subject to unanimity, can change them and treaties", quoted from NORMAN B. P.: "*The European Union: A Free Order?*" **Liberal Düşünce Dergisi**, [<http://www.liberal-dt.org.tr/idd/m18/normanbarry.htm>].

¹⁶⁷ BAYDAROL, C.: "*Tam Üyelik Sürecinde Topluluk Müktesebatına (Acquis Communautaire) Uyum*" [Adoption of the *Acquis Communautaire* in the Process of Full Membership], **Yeni Türkiye** (2000), vol. 35, 310-337, p. 320.

¹⁶⁸ See, the rest of the case is in GARRETT & KELEMEN, *et al: supra*, note 45, footnote 69 and accompanying text.

Maastricht Treaty, allows the Court to impose penalties on member governments that failed to comply with its judgements. Accordingly, provided Turkey does not comply with the ECJ judgments, the Court may impose a fixed or a periodic penalty. And these penalties will be far more excessive than those decided by the European Court of Human Rights.

Turkish judiciary and administration is aware that they are bound to get accustomed to unfamiliar development and practice of EC law. Turkish judges should be trained to work well under this supranational umbrella. Becoming part of a new legal order will result in many radical transformations in Turkish legal system. It is sad to state that the Strasbourg Court example has been a litmus test as to how excruciatingly the European public order has been internalised. The acceptance of the Strasbourg Court's competence was a political act. Its legal reverberations were not paid heed to at the outset. And in the end Turkey pays very heavy price for the preferences of the government. In other words, Turkey ratified the 11th Protocol of the EConvHR without discussing seriously its legal reverberations. Turkey subjected itself to the highest standards without taking necessary measures. Therefore, Turkey should have modified its human rights mechanisms so as to be fully in line with the EConvHR long before accepting the competence of the European Court of Human Rights¹⁶⁹ and should have instructed judiciary to take into account of the case law of the Strasbourg Court.

It was only after the recognition of compulsory jurisdiction of the Strasbourg Court that the Turkish authorities paid attention to how influential and threatening its case law is. Only after the path-breaking judgements of the Strasbourg Court were released, Turkey started questioning the real nature of the European public order.

Before Turkey becomes a full-member in the EU, not only the *Acquis* of the EU should be worked on, but also how the EC law operates within a supranational framework should be studied. It should be born in mind that due largely to political, ideological and social reasons, Turkey faces serious difficulties to implement the EConvHR and its protocols which are not more

¹⁶⁹ GÜNDÜZ, A.: "*Strasbourg'daki İnsan Hakları Mahkemesi Bizim Anayasa Mahkememiz mi oldu?*" [Has the European Court of Human Rights in Strasbourg been our Constitutional Court?], *Yeni Türkiye* (1998), vol. 22, pp.1367-1373, p.1372.

than 40 pages. One really wonders how Turkey will fully implement the provisions of the *Acquis*, which is more than 120.000 pages.

Surely, there will be a number of areas where Turkish legislation and practice fall short of satisfying EC standards. Should this be the case, Turkish nationals will seek remedies for the failure of Turkish authorities in providing for European standards before national courts. Then, the number of cases to be taken to the Luxemburg Court through preliminary ruling mechanism will mushroom. As the EC law allows individuals to challenge EC law in national courts¹⁷⁰. Thousands of cases will be heard by the ECJ and billions of dollars will be given to those who sue the cases. It is likely that infringement suits against Turkey will come to the fore. Litigants can have recourse to favourable ECJ interpretations. They can invoke EU law to advance their policy objectives before national courts.

It was only after observing the operation of the Strasbourg Court that we learnt that judges, who are inundated with the number of case files, could be easily misinformed and manipulated by the staff of the registry.. For example, a Turkish advocate who filed more than 140 applications alone to the Strasbourg Court complained to the Court that his applications have been manipulated in the registry of the Court. In the *Akçay* case (No 19641/92), in the decision of the Commission dated 10 January 1994 where the application was declared 'partially admissible', the advocate of the applicants claimed that the demands of the applicant were falsified and misrepresented; and statements which were not made in the original application were inserted in order to protect manifestly the defendant Government. Having done so, the judgement was based on these falsified and alleged demands.

Having seen this, we are not sure whether the Luxembourg judges and *référendaires* (law clerks) will be biased against Turkey¹⁷¹, just as those of the Strasbourg Court. Therefore, as the real workload of the Court rests on

¹⁷⁰ ALTER, *supra*, note 43, footnote 5.

¹⁷¹ For this touchy issue, see BRUINSMA, F.J. & de BLOIS, MATTHIJS, "Rules of Law from Westport to Wladiwostok: Separate Opinions in the European Court of Human Rights" *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1997), vol. 15(2), 175-186.

référéndaires¹⁷², Turkish judiciary should study the role of référéndaires (preliminary lawyers) who have the power to misinform the contents of the applications and influence judges. This conviction roots in the fact that cases are abridged in the Registries of the Courts so as not to exceed two pages in French and in the shortened and translated form are presented to the judges.

Due to the Strasbourg Court's partial and biased judgements, Turkey is afraid of relinquishing its sovereign powers so as to give way to the supremacy of European public order. When one looks at the judgements of the Strasbourg Court one would yield to the fact that these hesitations and fears are not ill-founded. For example, in the case of applications filed by Greek-cypriots the Strasbourg Court exceeded its powers and dared to settle the case even if the issue, which is of political nature, was before the UN. Independence and impartiality of the judiciary are a *conditio sine qua non* for confidence in, and the authority and success of, any judicial procedure¹⁷³.

The Loizidou case illustrates the superficial nature of the proceedings of the Strasbourg Court and its inability to refrain from meddling in areas where it does more harm than good¹⁷⁴. In the Loizidou case, Judge Pettiti said: "The United Nations not having designated Turkey's intervention as aggression in the international law sense, negotiations have been conducted with a view to mediation. The Court did not examine the question whether that intervention was lawful." Judge Jambrek (Slovenia) in another dissenting judgement said 'It seems beyond this court's abilities and competence to assess with the required certainty whether Turkey's interference (in Cyprus) was inconsistent with international agreements, and whether or not it was inconsistent with general principles of international law¹⁷⁵.

¹⁷² cf. KENNEY, S. J., "Beyond Principals and Agents: Seeing Courts as Organizations by Comparing Référéndaires at the European Court of Justice and Law Clerks at the U.S. Supreme Court" *Comparative Political Studies* (2000), vol. 33/5, pp. 593-625, p.595.

¹⁷³ KUIJER, M.: "Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law* (1997) vol. 10(1), 49-67.

¹⁷⁴ STEPHEN, M.: "The European Court of Human Rights and Cyprus", *Contemporary Review* (1997), 270 (1574) 118-124.

¹⁷⁵ *Ibid.*

In conclusion, we observe that there is a widespread disappointment on the legal impartiality of the Court. A few retain their faith in Strasbourg. The Strasbourg Court made many people renegades. One even ventures to say that the European Convention of Human Rights is seen by some quarters as a canonical law and a crusade against Turkish national sovereignty. Having seen that impartiality has turned out to be partial subjectivity, we appreciate 'acourtist' accounts¹⁷⁶. The reason why this paper attaches special importance to the judicial policy and interdisciplinary analysis of the jurisprudence of the ECJ is that since Turkey failed to take into account the dynamics of the European Human Rights mechanism, today it faces immense problems in the ECHR system. Since the jurisprudence of the ECJ is not purely 'legal', and is crammed with socio-economic overtones and political considerations, this should be taken into account.

Turkey should yield to the fact that the EC legal system is so intermingled with those of national systems that the ECJ will be one way or other part of our supreme courts. Our judges are to apply EC law *ex officio*. In cases involving Community law, national courts, if in doubt as to the interpretation or validity of that law, may, and in some cases must, seek a preliminary ruling from the Court of Justice on the relevant questions. A ruling on interpretation by the Court also serves as a guide for other national courts dealing with a substantially similar problem or a question on which a preliminary ruling has already been given. By way of preliminary ruling system, national courts become the guardian of Community law. The courts of each of the Member States are also Community courts inasmuch as: they have jurisdiction to review the administrative implementation of Community law, for which the authorities of the Member States are essentially responsible; and many provisions of the Treaties and of secondary legislation - regulations, directives and decisions - directly confer individual rights on nationals of Member States which national courts must uphold.

Judges with national overtones are likely to avoid referring a case to the ECJ. If the supreme courts refuse to take the case to the Court for reference, they have no chance to have it heard by the ECJ. Turkish courts will be reluctant as the case law of the ECJ is likely to undermine national

¹⁷⁶ *Acourtism* is a neology I dubbed, like atheism, which denotes that some have no faith in courts.

sovereignty. In addition to this, national courts will include preliminary opinions with reference questions to increase the likelihood that the ECJ decision reflects the interpretation advanced by the national courts and that the latter does not lose control of certain areas of national law to the ECJ¹⁷⁷.

It is unlikely that Turkish judges set aside conflicting national laws and award penalties for the non-implementation of EU directives so long as internationally-minded judges are encouraged. Because should they set aside national legislation, they may be feared of being construed as betraying Turkey. Nevertheless, domestic courts are charged with the responsibility to implement EC law, and the Executive organ must help courts to fulfil this function¹⁷⁸.

There are some unanswered questions in the relationship between the ECJ and Turkish courts. For example, if judges refer to the ECJ in order to escape from the scrutiny of the Court of Cassation as a last instance Court and settles a matter in accordance with the ECJ. In the appeal process, the Court of Cassation will be constrained with the interpretation of the ECJ. That is, the ECJ takes the place of the Court of Cassation. It may be true to say that in countries where Euro-scepticism hold sway, "The supreme courts will likely to restrain from referring to the ECJ as they see European law as a source of disruption and a process of perforation of national sovereignty"¹⁷⁹.

As the supremacy of the EC law is part of the *Acquis*, national courts are supposed to overwhelmingly abide by the decisions of the ECJ. Nevertheless, if they are faced with a ruling that they either cannot or do not want to implement, national courts can evade such a decision through re-referral and re-interpretation of the facts of the case. Strategies of this nature are not exercised by courts in every case, but rather, are a function of the legal system¹⁸⁰.

¹⁷⁷ **NYIKOS, S.A:** *The European Court of Justice and National Courts: Strategic Interaction within the European Union Judicial Process*, Ph.D. Thesis, University of Virginia, 2000.

¹⁷⁸ **TALLBERG, J:** "Supranational Influence in EU Enforcement: the ECJ and the Principle of State Liability" *Journal of European Public Policy*, (2000), vol. 7(1), pp. 104-112, p.115.

¹⁷⁹ *Ibid:* 505.

¹⁸⁰ **NYIKOS,** *supra*, note 177.

Last but not least, it should not be left untouched that even though Turkey attempts to enter in the EU ever since the Ankara Treaty of 1963, Turkey has not so far amended the provisions of the Constitution so that the abovementioned legal interaction between the ECJ and national courts through Article 177 (new 234) procedure could be possible. Ever since the formulation of Article 65 of the 1961 Constitution (which was reiterated in Article 90/5 of the 1982 Constitution), Turkey has been quibbling over supremacy dichotomy. Article 90 of the Constitution which equates treaties with national laws is against the spirit of EU membership¹⁸¹. Article 9 of the Constitution which vests juridical power in only national courts and Article 11 of the Constitution, which lays down the supremacy of the Constitution over the organs of the Republic, prevent national judges to refer to the ECJ through preliminary ruling mechanism. In Poland, Slovenia, Slovakia, just to name a few, and in other candidate countries, constitutional provisions have been amended so that the *Acquis* be taken into account. In some countries, even constitutional courts were instructed, through legal provisions, to consider EC Treaties when ruling on constitutionality of legal texts. Again, Article 138 of the 1982 Constitution, which instructs judges, when adjudicating, to take into account national legislation and the Constitution is against EU membership. New formulation should give way to supremacy of the EC law as well¹⁸². Alas, although Turkey has a four-decade-experience, unlike any other candidate country, and is under obligation to make necessary changes due to *pacta sunt servanda* principle, no concrete step has been taken in fundamental matters. Even in almost all law faculties, EC law is still not a compulsory subject in the law schools' curricula. To conclude briefly, the ECJ's competence, jurisprudence, and its impact on national sovereignty should no longer be neglected and be thought the judiciary and the undergraduates. Suffice it to conclude in a single sentence: not only should EU integration be conceptualised as a matter of civilisation or institutonalisation, but as a matter of "judicialisation".

¹⁸¹ **ARSAVA, F:** *Avrupa Topluluğu Hukukunun bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, AÜSBF yayınları, Ankara, 1985, p. 438.

¹⁸² *Ibid.*, p.440.

Note :

Pursuant to the renumbering of the articles of the Treaty on European Union (EU) and of the Treaty establishing the European Community (EC), brought about by the Treaty of Amsterdam, a new method of citation of the articles of the EU, EC was started to be used as of 1 May 1999. Here is the list of Articles are referred to in this work. For full list of the new citation see <http://europa.eu.int/cj/en/jurisp/remce.htm>

Article 7 of the EC Treaty (repealed by the Treaty of Amsterdam)

Article 8 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 17 EC)

Article 9 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 23 EC)

Article 12 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 25 EC)

Article 30 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 28 EC)

Article 32 of the EC Treaty (repealed by the Treaty of Amsterdam)

Article 33 of the EC Treaty (repealed by the Treaty of Amsterdam)

Article 36 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 30 EC)

Article 38 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 32 EC)

Article 39 of the EC Treaty (now Article 33 EC)

Article 52 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 43 EC)

Article 66 of the EC Treaty (now Article 55 EC)

Article 92 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 87 EC)

Article 100a of the EC Treaty (now, after amendment, Article 95 EC)

Article 130s of the EC Treaty (now, after amendment, Article 175 EC)

Article 169 of the EC Treaty (now Article 226 EC)

Article 171 of the EC Treaty (now Article 228 EC)

Article 173 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 230 EC)

Article 177 of the EC Treaty (now Article 234 EC)

Article 189 of the EC Treaty (now Article 249 EC)

Article 228 of the EC Treaty (now, after amendment, Article 300 EC)

Article 238 of the EC Treaty (now Article 310 EC)

İNTERNETTE ESER SAHİPLİĞİ HUKUKU SORUNUNA GETİRİLEN TEKNİK ÇÖZÜMLER: STEGANOĞRAFİ (Data Hiding; Veri Gizleme) ve DIGITAL WATERMARKING (Dijital İşaretleme)

*Yrd.Doç.Dr. Leyla KESER BERBER**

GENEL OLARAK

Yüzyılımızda bilgiyi paylaşmanın global aracı internettir. Bugün artık bireyler istedikleri her türlü bilgiye internet üzerinden kolaylıkla ulaşabilmektedir. Bir besteci yaptığı bir besteyi, bir fotoğrafçı çektiği bir fotoğrafı ya da bir yazar yazdığı bir makaleyi ya da kitabı internet üzerinde tüm dünyaya takdim edebilmektedir. Ancak bu paylaşım beraberinde, eser, başkaları tarafından sahibinin izni olmadan kopyalandığında, kullanıldığında bir takım sorunları gündeme getirmektedir. Yasak teşkil eden bu kullanım karşısında, eser sahibinin hakları nasıl korunacaktır? Bir çok ülkede olduğu gibi Ülkemizde de İnternette *Eser Sahipliği Hukuku*¹ sorununa ilişkin olarak,

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ İnternette Telif Hakları sorunu ile ilgili bazı eserler için bkz. **Öngören** Gürsel; İnternet Hukuku, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/index.htm>; **Topaloğlu** Mustafa; İnternette Fikri Haklar Sorunları, <http://www.turkhukusitesi.com/faq/internetfikri.shtml-16k>; **Bengi** Hilmi; İnternet Gazeteciliği ve Telif Hakları Sorunu, <http://www.inet-tr.org.tr/inetconf8/sunum/36.ppt>; **Gün** Mehmet; İnternet ve FSEK'da Mali Haklara İlişkin Sözleşmeden Doğan Kanıt Sorunları, <http://www.bilisimhukuku.net/-35k>; **Eroğlu** Sevilay; İnternette Telif Hakkı, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 65-88; **Arıkan**, A. Saadet; İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 89-110; **Bone**, Robert G.; Linking, Aggregating and Innovating: The Role of Property, Contract and Tort in Regulating Access to Websites and Their Content, Uluslararası İnternet Hukuku

özellikle 4630 Sayılı “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun*”² ile önemli ölçüde değişikliğe uğrayan 5846 Sayılı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda* yer alan hükümlerle koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. 4630 Sayılı Kanunun, özellikle *yazılım telif hakkı* ihlallerini azaltmak amacıyla getirdiği önemli yeniliklerden bazılarını şöyle özetlemek mümkündür:

Bilgisayar programı, ara yüz ve ara işlerlik gibi teknik kavramların tanımlarına, ilk defa bir Yasa içerisinde yer verilmiştir (4630 Sayılı Kanun md. 1; FSEK md. 1/A).

Bir eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını umuma yayma hakkını eser sahibine veren hüküm kapsamına “dijital iletim yoluyla yayma hakkı” dahil edilmiştir (4630 Sayılı Kanun md. 15; FSEK md. 25).

Fikir ve sanat eserlerinin kaydedildiği işaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarının, girişi ücretli veya ücretsiz ticari amaç güden umuma açık yerlerde kullanılmak üzere bandrollenmesi zorunlu hale getirilmiştir (4630 Sayılı Kanun md. 20; FSEK md. 41).

Mali haklara tecavüz durumunda para ve hapis cezaları eylemin niteliğine göre 2 yıldan 6 yıla kadar hapis ve 10 milyar TL’den 150 milyar TL’ye kadar para cezasına yükseltilmiştir. Hapis cezaları artık para cezasına çevrilemeyecektir (4630 Sayılı Kanun md. 27, 28; FSEK md. 72, 73).

Yeni Yasada kurulması öngörülen Fikri haklar Komisyonu’nun kararı ile çoğaltmada kullanılan araçlara zabıta tarafından el konulması ile izinsiz çoğaltma yapan yerlerin savcılık istemi ile dava başında kapatılmasının yolu açılmıştır (4630 Sayılı Kanun md. 29, 30, 31, 33; FSEK md. 75, 76, 77, 81).

FSEK dışında, internette eser sahipliği hukuku bakımından dikkate alınması gereken diğer mevzuat ise: 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu; Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait Eserlerden Faydalanma Usul ve Esasları Hakkında Tüzük; Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’dir³.

Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 3-63.

² Kabul Tarihi: 21.2.2001, <http://www.yargitay.gov.tr>.

³ Tüm Mevzuat için bkz. <http://www.hukukcu.com>; <http://www.yargitay.gov.tr>.

Ancak, bilgisayar teknolojisi eser sahiplerinin haklarının internette korunması konusunda, biz Hukukçulara iş düşmeden önce, teknik bazı çözümler sunmaktadırlar. Bunlardan ilki hepimizin artık adını sıkça duymaya alıştığımız *şifreleme yöntemleridir*. Diğeri ve bu çalışmamızın konusunu teşkil eden çözüm ise: *Dijital Watermarking* (dijital işaretleme) ve *Steganografi* (veri gizleme) teknikleridir. Aşağıda görüleceği üzere örneğin; hazırlanan bir makalenin bir başka yazı veya resim içerisine gizlenmesi ve ayrıca bir de şifrelenmesi halinde, eser sahibinin hakları ağ üzerinde iki kat daha fazla korunmuş olmaktadır.

A. STEGANOGRAFİ (Data Hiding; Veri Gizleme)

I. TARİHÇE

Tarih boyunca insanoğlu gerek birbiri ile haberleşmek gerek gizli mesajlar iletebilmek için çeşitli metotlar kullanmıştır. Bu metotlar incelendiğinde aslında steganografinin yüzyıllardır bilinen bir uygulama olduğu görülecektir. Dolayısıyla steganografi de kriptografi gibi, bilgisayar çağından çok çok daha yaşlıdır. Yunan tarihçisi Herodot'un (MÖ. 490-425) naklettiği bilgilere göre; tarihte ilk şifreli haberleşme örneğine eski Yunan'da rastlanmaktadır. M.Ö. 5. Yüzyılda Susa kralı Darius tarafından göz hapsine alınan Histiaeus Milet'teki oğlu Aristagoras'a gizli bir mesaj göndermelidir. Histiaeus kölelerinden birinin saçlarını kazıtır ve mesajını dövme şeklinde kölenin kafasına işletir. Kölenin saçları tekrar uzayınca onu Milet'teki oğlunun yanına gönderir⁴.

Özellikle askeri alanda gizli bilgiler uzun yıllardan beri, bir şekilde saklanmış olarak iletilmiştir. Örneğin; yukarıda bahsettiğimiz yöntem ile, ilk haberleşme Çinliler tarafından yapılmıştır. Gönderilecek mesaj, saçı tamamen kazınan bir habercinin kafasına kolay silinmeyecek bir yöntemle yazılmış, daha sonra saçı yeterince uzayan haberci alıcı makama gönderilmiştir⁵.

⁴ Bkz. **Tunçkanat Mehmet**; Steganography: Veri Gizleme, <http://www.olympus.org/index.php/article/articleprint/951/-1/2>, s. 1; Privacy Guide: Steganography, <http://www.all-nettools.com/privacy/stegano.htm>, s.1.

⁵ "Başa Kazınan Şifreden Siber Terörizme", <http://www.ntvmsnbc.com/news/203253.asp>, s.1.

Yine Herodot'un naklettiği diğer bir olayda, üzerine o zamanlarda yazı yazılan balmumu tahtalar söz konusudur. Önemli bir mesajın gönderilmesi gerektiğinde, gönderici balmumunu sıyırıp yollayacağı metni ağaç üzerine kazıyıp, üzerini tekrar balmumu ile kaplardı. Herhangi bir kontrolde tahta boşmuş gibi görünürdü⁶.

Görünmez mürekkebin kullanılması da daha Romalı Yazar Pilius zamanından beri bilinmektedir. İdrar, süt, sirke veya meyve sularıyla kağıt veya parşömen üzerine yazılan mesaj, sıvı kuruduktan sonra artık gözle görünmez hale gelmekteydi. Mesajı alan kişi ise, belgeyi öncelikle bir mum ışığı ile ısıtır ve ancak bu suretle yazıyı tekrar okuyabilirdi. İkinci dünya savaşında Alman casusları benzer bir teknikle çalışmışlardır. Bakır sülfat çözeltisi ile bir eldiven üzerine yazılan mesaj, ancak amonyak buharı ile temas ettirildiğinde okunabilmekteydi. Aynı şekilde nasyonal sosyalistler tarafından geliştirilen Mikro nokta olarak adlandırılan, bir nokta büyüklüğündeki mikrofilmleri de unutmamak gerekir. Bu mikrofilmler, teknik resimler ve fotoğraflar da dahil olmak üzere son derece büyük kapsamdaki verileri taşıyabiliyordu.

Bunun dışında yine; normal bir mektubun satırları arasına limon asidi ile gizlenmek istenen mesaj yazılabilir. Bu şekilde hazırlanan gizli mesaj, daha sonra mektup ısıtıldığında gözle görülür hale gelmektedir. Ya da yine normal bir mektubun belirli sözcükleri toplu iğne ile işaretlenir, daha sonra mektup ışığa tutulduğunda asıl mesajın ne olduğu anlaşılacaktır. Diğer bir yöntem ise Charles Dickens'ın "*İki Şehrin Hikayesi*" adlı romanında yer verilmiştir. Romandaki kadın, gizli bilgileri ilmiklerle örgüye dokumaktadır⁷.

Casusların gizli bilgileri transfer etmelerini zorlaştırmak için, 2. Dünya savaşında Amerika ve Büyük Britanya hükümetleri, uluslar arası posta gönderme işini yönetmeliklerle tahdit etmişlerdir. Satranç sorularının, çapraz kelime bulmacasının, gazete küpürlerinin, örgü örneklerinin, aşk mektuplarının ve çocuk resimlerinin gönderilmesi yasaklanmıştı. Çiçeklerden mesaj-

⁶ **Koehntopp** Marit; "Sag's durch die Blume" Steganographie als Verschlüsselungstechnik, <http://123.koehntopp.de/marit/publikationen/steganographie/index.html>, s.2; <http://pd1010.pl.pagedesign.de/TschiTschi/steganographie.htm>, s. 1.

⁷ **Weikert** Alexandra; Steganographie, <http://www.fitug.de/bildung/kongress/stegano.html>, s.1.

lardan yollamak, radyodan şarkı istemek ve şifre ilanı yapmak şüpheli görünüyordu ve sınırlandırılmıştı⁸.

Gizli mesaj gönderme konusundaki en basit *elektronik yöntem*⁹ ise; yazı tipi rengi olarak beyaz renk ile mesajı yazmaktır. Beyaz renk ile yazılan yazı, ilk bakışta kolaylıkla fark edilememektedir. Ancak yazının tamamı seçilip, daha koyu bir renk metne uygulandığında fonda ne yazılmış olduğu anlaşılabilir.

Verilerin şifrenmesi, kötüye kullanma dolayısıyla (çocuk pornografisi, terörizm veya genel olarak kanunlara aykırı hareketler için) git gide daha çok mercek altına alınmaktadır. Ancak bu durum şifrelemeden vazgeçmek için bir neden olmamalı, aksine şifrelenmiş dataları bir de gizlemek için iyi bir neden teşkil etmelidir.

İşte yüzyıllardan beri bildiğimiz bu şifreli haberleşme yöntemleri, dijital teknolojinin giderek hakimiyetini artırdığı günümüzde steganografi gibi yeni yöntemler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İnternet ortamında fazlasıyla yararlandığımız bu yeni yöntemler, bazen teröristlere hizmet eden bir araç olarak da kullanılabilir. Bilgi çağıyla birlikte daha “akıllı” hale gelen teröristler bir yandan “siber terörizm” sınıfına terfi ederken öte yandan bilgi

⁸ **Koehntopp** Marit; “Sag’s durch die Blume” Steganographie als Verschlüsselungstechnik, <http://123.koehntopp.de/marit/publikationen/steganographie/index.html>, s. 2.

⁹ Bu konudaki basit diğer bir elektronik yöntem ise şudur: *WordPad* programını başlatın ve yeni bir belge oluşturun. Göndermek istediğiniz gizli mesajınızı yazın ve bir ad vererek kaydedin. İkinci bir belge oluşturup içine normal bir mesaj yazın. Daha sonra gizli mesajınızı içine saklayacağımız bir resim yapmak için *Paint* programını kullanın. Resmi seçmek için *Selection* (seç) aracını kullanın ve *Edit* (Düzen) menüsünden *Copy*’ye (kopyala) tıklayın. Mektubunuzu açın ve imleci resmin görünmesini istediğiniz yere getirin. *Insert* (ekle) menüsünden *Object*’i’(nesne) seçin. *Object Type* (nesne türü) listesinden *Package*’ı (paket) seçin ve *OK*’e (tamam) tıklayın. *Object Packager* adlı bir pencere görünür. Bu pencerede sol bölümün üst kısmındaki *Appearance* (görünüş) sözcüğünü seçin. Resminizi bu bölüme yapıştırmak için *Edit* menüsünden *Paste*’e (yapıştır) tıklayın. Sağ bölümün üst kısmındaki *Content* (içerik) sözcüğünü seçin. Şimdi buradaki *File* (dosya) menüsünden *Import* (veri al) seçeneğine tıklayın. Gizli mesaj dosyanızı bulun ve *Open*’a (aç) tıklayın. Paketlenen dosyayı belgenize eklemek için *File* menüsünden *Update*’i (güncelle) seçin. Bu şekilde hazırladığınız dosyayı artık e-maile istediğiniz kişiye gönderebilirsiniz. Karşı taraf gizli mesajı okumak istediğinde resmin üzerine çift tıklaması yeterli olacaktır. Bkz. Bilgisayarda 101 Proje, *Gillian Doherty*, Ankara 2001, 2. Basım, s. 19 (TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları).

teknolojilerinin olanaklarından yararlanmak için çeşitli yöntemler geliştirmektedirler. Bu nedenle “*Geleceğin Carlos’u*”nun VZ61 makineli tabanca yerine, PC veya laptop ile donatılacağını düşünmek yanlış olmayacaktır. Sosyal, özellikle ekonomi ve savunma alanlarında hizmet veren bilgi merkezleri “*siber terörist*”ler için cazip hedefler arasında yer almaktadır. Bir taraftan bu merkezlere saldırılar düzenleyen teröristler, aynı enstrümanı kullanırken kendilerini gizlemek ve faaliyetlerini örtmek amacıyla bilgi teknolojisinden yararlanma gayretlerine her gün bir yenisini ekleme çabası içindedirler. Bu yeni tekniklerden biri de “*steganografi*”dir¹⁰.

Steganografi, bilgi dosyalarını resim, yazılı metinler veya bir müzik eseri içinde saklama tekniğidir ve bu tekniğin amacı PC, internet ve intranet gibi vasıtaları kullanarak yapılan haberleşmenin gizliliğini sağlamaktır. Steganografi, mesajların web dünyasında başkalarının dikkatini çekmeden alınıp, gönderilmesi için bir alternatif oluşturmaktadır. Bilgisayar ortamında sıkıştırılmış resim formatı olan JPEG üzerine metin, resim veya sesli mesaj (müzik dahil) dikkati çekmeyecek biçimde saklanabilmektedir. Her ne kadar bilgisayar ve internet dünyasında “*çözülmecek şifre, kırılmayacak kriptonun olmadığı*” bir kural olarak benimseniyor ve bu kural steganografi içinde kabul ediliyorsa da; uzmanların bile bu tür resimleri tespit edip, çözebilmelerinin hiç de kolay olmadığı iddia edilmektedir.

II. KAVRAM

Kavram olarak Steganografi = Yunanca: stegano (gizli), grapheim (yazmak); yani bir yazıyı veya bir bilgiyi saklamak anlamını taşımaktadır. Diğer bir ifade ile Steganografi, saklanmış bilgileri gizlice, başkalarına fark ettirmeden ilgili kişiye ulaştırma sanatıdır. Burada veriler sadece saklandığı, aksine şifrelenmediği için Kriptografiden farklıdır. Steganografi, kriptografi’yi ikame etmemekte, aksine kriptografinin bir tamamlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹. Kriptografi kullanımının yasak olduğu ve özel e-mail trafiğinin devlet tarafından denetlendiği durumlarda, bu yasakları aşma şeklinde bir olanak sunmaktadır.

¹⁰ Argun, M./Karakoçan, M.; Siber Terörizmin Resmi “Steganografi”, Silahlı Kuvvetler Dergisi, S. 375, Ocak 2003, Yıl: 122, s. 5-6 (naklen); bkz. ayrıca BÜKE Ahmet; Bilgi Çağının Karanlık Yüzü: Siber Suçlar, <http://www.izto-org.tr/rapor/sibersuc.html>.

¹¹ <http://www.tursign.com/products/steganography.htm>, s. 1.

Steganografi, verilerin diğer taşıyıcı datalar içerisine göze çarpmayacak şekilde saklanması ile uğraşan uzmanlık alanıdır. Veriler, taşıyıcı data olarak dijital metinlerin, resimlerin veya müzik eserlerinin içine saklanabilir. Gizlenmiş olan dataların fark edilmemesi için, taşıyıcı datalarda çok az değişiklik yapılabilir. Bu sırada gizlenmiş olan datalar gönderilme işlemi sırasında (hatta olası bir sıkılaştırma da -compression- dahil olmak üzere) tahrif edilmiş olmamaktadır¹².

III. KRİPTOLOJİ'DEN FARKI VE İŞLEYİŞ ŞEKLİ

KRİPTOLOJİ

Kriptografi

Steganografi

Verilerin Gizlenmesi

Dijital Watermarking

Mahremiyet

Mahremiyet

Gerçeklik

Gerçeklik

Bütünlük

Bütünlük

İnkâr edilemezlik

Bilindiği üzere kriptoloji, matematiğin hem şifre bilimi (kriptografi) hem de şifre analizini (kriptanaliz) kapsayan bir alt dalıdır. Kriptoloji sözcüğü, Yunanca “gizli kelime” anlamına gelen “kryptos logos” kelimelerinden oluşmaktadır. Şifreleme biliminin amacı, gönderilen veya alınacak olan veri güvenliğini sağlamaktır. Şifre analizinin amacı ise varolan şifreleri çözmektir¹³.

Steganografi ise son yıllarda yeni bir yaklaşım metodu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yaklaşım az önce de tanımladığımız üzere, kısaca bir nesnenin içerisine bir verinin gizlenmesi işlemidir. Gizlenecek bu veriler

¹² <http://www.t-lan.de/GLOSSAR/begriffe/steganographie.htm>.

¹³ **Sağiroğlu Ş./Tunçkanat M.**; “Gizli Bilgilerin İnternet Ortamında Güvenli Olarak Aktarımı İçin Yeni Bir Yaklaşım”, Bilgi Teknolojileri Kongresi, 6-8 Mayıs 2002, Pamukkale Üniversitesi, Denizli; **Sağiroğlu Ş./Tunçkanat M.**; TürkSteg, <http://mf.erciyes.edu.tr/turksteg>, s. 1-2.

metin dosyası olabileceği gibi, herhangi bir görüntü içerisine başka bir görüntü de gizlenebilmektedir¹⁴.

Steganografi temel olarak iki prensibe dayanmaktadır: İlk olarak, verinin (resim, ses, görüntü, metin dosyaları) fonksiyonlarını değiştirmeden içeriğine bir şeyler gizlemek. İkinci olarak da, insanların duyu organlarının yapılan değişiklikleri algılamamasını sağlamaktır. Diğer bir ifade ile steganografi de, verilerin, bu konu hakkında bilgisi olmayan herhangi bir kişi için önemsiz görüneceği, ancak tecrübeli kişiler için ise gerçek mesajın elde edilebileceği şekilde gizlenmesi söz konusudur. Orijinal mesajın gizlenmesi konusunda aşağıda görüleceği gibi, bir çok yöntem mevcuttur. En çok kullanılan yöntem, bir metindeki orijinal mesajı başka bir metnin içine gizlemektir. Diğer bir olanak ise; veriyi sıkılaştırmak ve daha sonra bu sıkılaştırılmış objeyi, önemsiz görünen diğer bir obje içine yerleştirmektir. Bu yöntem örneğin; yukarıda bahsettiğimiz nasyonal sosyalistler tarafından kullanılan Mikronokta (Mikrodot) yöntemidir¹⁵.

Yazı dosyalarında kullanılan bilgi saklama teknikleri; satır aralıklarının, kelime aralıklarının ve harf özelliklerinin değiştirilmesidir. Satır aralıklarının milimetrenin onda biri kadar farklılaştırılması, basit ölçümler yapılarak en kolay yakalanabilen bir yöntemdir. Kelime aralıklarındaki farkları yakalayabilmek için, metnin aynı font ve puntoda yeniden yazılması ve karşılaştırılması gerekmektedir. “b, p, h” gibi kuyruklu harflerin uzunluklarını değiştirmek, metin üzerinde yoğun bilgi saklamakta kullanılan, fark edilmesi güç bir tekniktir.

IV. STEGANOGRAFI TÜRLERİ

İki tür steganografiden bahsetmek mümkündür. Birinci türde elimizde gizli mesajın içerisine saklanabileceği taşıyıcı bir dosya mevcut değildir. Gizlenecek mesaja özel, rastgele bir resim, ses dosyası oluşturulur.

İkinci türde ise, elimizde önceden oluşturulmuş bir ses, resim dosyamız mevcuttur ve mesaj bunlardan birinin içine saklanacaktır. İşlem sonunda, orijinaline ayırt edilemeyecek kadar çok benzeyen, içinde saklanmış mesajımızı taşıyan bir dosya elde edilecektir. Ortaya çıkacak olan örneğin; bir

¹⁴ Sağıroğlu Ş./Tunçkanat M.; TürkSteg, <http://mf.erciyes.edu.tr/turksteg>, s. 2-5

¹⁵ Computer-Sicherheit, <http://home.t-online.de/home/walter.tietz/cs.htm>, s. 13.

*.bmp dosyası, sıradan, her gün karşılaştığımız resim dosyalarından olduğu için dikkat çekmeyecektir. Bu yüzden ikinci tür steganografi uygulamaları daha çok tercih edilmektedir. Bu ikinci türdeki steganografi programları işleyecekleri dosya türlerine göre ayrılmaktadır. Örneğin; bir jpeg dosyasının orijinalinden ayırt edilmemesi isteniyorsa, bu sadece o formata özel bir programla; orijinal dosyanız mp3 formatında ise, bunu da o formata özel, çok küçük kalite değişikliklerine neden olan bitlerin üzerine gizli mesajınızı yazarak yapabilirsiniz.

Steganografi uygulanmış dosyalar, ancak orijinalleri ile karşılaştırıldığında fark edilebilmektedir. Başarılı bir uygulama için bu nedenle, herkesin iyi tanıdığı resimlerin kullanılmaması, daha çok yarım tonların belirgin olduğu görüntülerin tercih edilmesi tavsiye edilmektedir¹⁶.

V. MEVCUT PROGRAMLAR

Bugün piyasada birçok steganografi programı mevcuttur¹⁷. Bunların çoğu LSB¹⁸ esasına dayanmakla birlikte, ilave olarak kendilerine has algoritmaları veya bit-transformasyonlarını da kullanmaktadırlar¹⁹. Bilgiyi saklamak için gereğinden fazla detay taşıyan 16-bit ses veya daha da detaylı 24-bit görüntü dosyalarından kolaylıkla faydalanılmaktadır. Görüntü dosyalarında

¹⁶ Bu konudaki en meşhur örnek Mona Lisa'nın imaj dosyasıdır. Almanlar tarafından Mona Lisa'nın kirpikleri arasına şifrelenmiş bir mesaj saklanmıştır ve kimse tarafından fark edilmemiştir. Seçen Turgay; Mailler Sadece Türkiye'de mi Dinleniyor-Echelon, 4.4.2003, <http://www.turk.internet.com>; Çakmak Erdal; Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 2.

¹⁷ Örneğin; DiSi-Steganograph EZStego; Romana Machado; Gif-It-Up v1.0; Gifshuffle (Matthew Kwan); Hide and Seek; JPEG-JSTEG; MandelSteg and GIFExtract; MP3Stego; Nicetext; Pretty Good Envelope (Robert G. Durnal); OutGuess (Niels Provos); SecurEngine; Stealth (Adam Back); Snow (Matthew Knaw); Steganography Tools 4 (Andy Brown); Steganos (Demcom); Steghide; Stegodos; Stegonosaurus (John Walker); wbStego (Werner Bailer); diğer programlar için bkz. Steganography Info and Archive.

¹⁸ Least Significant Bit (En Az Öne Sahip Bit): Bir sayının en düşük basamaklı bitine verilen isimdir.

¹⁹ Bilgiyi saklamak için gereğinden fazla detay taşıyan 16-bit ses veya daha da detaylı 24-bit görüntü dosyalarından kolaylıkla faydalanılmaktadır. Görüntü dosyalarında piksel renklerinin en az değerli bit'lerinin (LSB) değiştirilmesi görüntü üzerinde gözle görülebilir bir değişiklik yapmamaktadır.

piksel renklerinin en az değerli bit'lerinin (LSB) değiştirilmesi görüntü üzerinde gözle görülebilir bir değişiklik yapmamaktadır.

1. TEXT Steganografi

Texto, text türünde steganografi yapan bir programdır. Kısaca pgp mesajlarını ve encode edilmiş mesajları sıradan ingilizce metinlere dönüştürmektedir. Paketin içindeki dil dosyaları ile oynayarak, sonuç dosyasını türkçe yapmak da mümkündür²⁰.

Demo: Steganography with Texto

The screenshot shows a web-based interface for the Texto steganography tool. At the top, there is a text input field with the text "merhaba herkese". Below the input field, there are four buttons: "encode", "decode", "reset form", and "empty form". The interface is simple and functional, designed for demonstrating the tool's capabilities.

CAUTION:

Never use this form for real encoding. Please use it just for demonstrating what texto does. Imagine where the uncoded text is passing by when submitting this form insecurely!

Instead, download the software (written by Kevin Maher) and read the README-File therein.

More Info about Steganography at Yahoo.com:

²⁰ Texto adlı bu program için bkz. ftp.ntua.gr/pub/crypt/cypherpunks/steganography/texto.tar.z

2. JPEG Steganografi

Grafik dosyalarıyla oynayan steganografi programları genel olarak dosya değiştirildiğinde çok az görsel farka neden olan bitleri (Least Significant Bits) kullanırlar. Jpeg, ppm, pnm formatlı dosyalarla çalışabilen Outguess adlı programın da, benzer diğer programlar gibi ilk yaptığı şeylerden biri jpeg dosyasında kullanabileceği bit'leri aramaktır. Daha sonra saklanmak istenen mesaj, bu bit'lerin üzerine yazılmaktadır²¹.

3. HYDAN

Hydan adı verilen program ise, hazırladığımız metni, çalıştırılabilir bir dosya içine gizlice yerleştirme olanağı sunmaktadır. Sonuç olarak ortaya çıkan dosya orijinali ile aynı boya sahip ve aynı şekilde çalışır bir dosya olmaktadır. Steganografi konusunda önemli bir gelişme olan bu yazılım programı, benzer diğer yazılımların aksine gizli mesajı saklamak için, JPEG gibi görüntü dosyalarını ya da MP3 gibi ses dosyalarını değil, doğrudan çalıştırılabilir dosyaları kullanmaktadır. Mesaj gizlemenin yanı sıra bu program ile uygulamaların dijital olarak imzalanması ve dijital olarak işaretlenmesi de (virtual watermark) mümkündür²².

4. TextHide

Ayrıca Compris Text Technologies GmbH'nin geliştirdiği, metinlerin otomatik olarak şeklini değiştiren TextHide adlı programdan da bahsetmek gerekir. Otomatik olarak yapılan bu transformasyon işlemi sırasında metnin gerçek anlamı, içeriği muhafaza edilmektedir. Bu işlemden sonra datalar artık herhangi bir metin içerisine gizlenebilecektir, ancak bu gizlediğimiz mesajın başkaları tarafından elde dilmesi tehlikesi hala mevcuttur. O yüzden TextHide, gizli mesajı metin içerisine saklamadan önce, RSA şifreleme

²¹ Outguess isimli program için bkz. <http://www.mailprivately.com/mailpriv/outguess-0.2.tar.gz>

²² Columbia Üniversitesi'nde master yapan Rakan El-Halil tarafından geliştirilen bu yazılım programı, şu platformları desteklemektedir: {Net, Free} BSD i386ELF; Linux i386 ELF; Windows XP PE/COFF, <http://www.securityfocus.com>.

programlarını kullanarak ayrıca şifrelemektedir. Böylece datalara ikili bir koruma sağlanmaktadır²³.

5. S-Tools

S-Tools Windows95/98/NT için yazılmış en çok kullanılan programlardan biridir. Bu program ile .gif, .bmp veya .wav dosyaları için bilgi saklanabilmektedir. Ek olarak S-Tools saklanacak olan verileri şifreleme özelliğine de sahiptir. Simetrik anahtarlı şifreleme yöntemlerinden 3-DES veya IDEA algoritmaları kullanılmaktadır²⁴.

6. Steganos Security Suite

İyi hazırlanmış diğer bir steganografi ürünü de Steganos Security Suite'dir. Bu paketin içinde şifrelenmiş sanal sürücü, internet iz silici, şifreleyici gibi güvenlik araçları bulunmaktadır. Saklamak istenilen bilgiler AES veya Blowfish şifreleme algoritmaları kullanılarak şifrelenip .bmp ve .wav dosyalarına yerleştirilebilmektedir. Normalde internette sörf yaparken ziyaret ettiğimiz bilgiler bilgisayarımızda saklanmakta ve üçüncü kişilerin internetteki faaliyetlerimizi izlemesine olanak vermektedir. Steganos Suite içinde yer alan İnternet İz Silici ile bu bilgilerin bilgisayardan silinmesi mümkündür. Yine Suite içinde yer alan Shredder programı ile silinen alanları bozarak bu bilgilere başkalarının erişimi imkansız hale getirilmektedir²⁵.

7. Scramdisk

Scramdisk, steganaografik özelliklere sahip olan diğer bir şifreleme programıdır. Bu program ile .wav dosyalarını şifrelenmiş sanal sürücü haline getirip, saklamak istediğimiz bilgileri bu dosyalara kaydetmemiz söz

²³ TextHide-Beliebige Daten in Texten verbergen, <http://www.compris.com/TextHide/de/Overview.html>, s.1-3.

²⁴ Çakmak Erdal; Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 2.

²⁵ http://www.tursign.com/products/steganography_suite.htm; <http://www.steganos.com/>; bkz. ayrıca aynı web sitesinde Steganos Safe 5 ve diğer ürünler.

konusudur. Şifrelenmiş partiyon, orijinal dosyanın %25'i ile %50'si arasında yer kaplayabilmektedir²⁶.

8. Steganos'95

En iyi steganografi programlarından birisi Windows '95 ve Windows NT'ler için Steganos 95'dir. Metin (Text) datalarını farklı formatlarda şifreleme ve gizleme olanağının yanı sıra, sadece data gizleme imkanı da mevcuttur. Bu durumda bizzat kullanıcının gizleyeceği datayı, güvendiği bir şifreleme programı ile (örneğin; PGP) şifrelemesi ve daha sonra gizlemesi gerekecektir. Steganos '95 ile sadece *.BMP-dosyaları gizlenebildiği için, Netscape kullanıcısı olmak gerekmektedir²⁷.

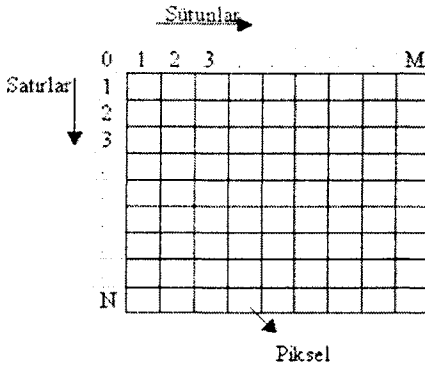
9. TürkSteg

Türkiye'nin ilk Türkçe veri gizleme programı ise "Türksteg"dir²⁸. Bu çalışmadaki yaklaşım, sayısal resimlerin içerisine bir verinin nasıl gizlenebileceği üzerinedir. Şekil 1'de tipik bir sayısal resim görülmektedir. Bu resim N satır ve M sütunluk bir dizi ile temsil etmektedir. Genellikle satır ve sütun indisleri y ve x veya r ve c olarak gösterilebilir. Çoğunlukla (tamamı değil) resim dizisi kare şeklindedir. Yani $N = M$ tipik N ve M değerleri: 128, 256, 512 veya 1024 dür.

²⁶ Çakmak Erdal; Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 2-3.

²⁷ <http://pd1010.pl.pagedesign.de/TschiTschi/steganographie.htm>, s. 1.

²⁸ Erciyes Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyelerinden Doç. Dr. Şeref Sağıroğlu ve Master öğrencisi Mehmet Tunçkanat tarafından hazırlanan "Türksteg" veri saklama programı <http://mf.erciyes.edu.tr/turksteg> adresinden download edilebilmektedir; Veri Gizleme ile ilgili olarak bkz. ayrıca Sağıroğlu Şeref; <http://mf.erciyes.edu.tr/orggor/index.asp?bolum=51&id=13>.



Şekil 1 : Sayısal Resmin Temel Yapısı

Resim dizisinin elemanlarına piksel denir. Diğer bir ifade ile piksel satır ve sütunların kesiştiği minyatür alana verilen isimdir²⁹. En basit durumda pikseller 0 veya 1 değerini alırlar. Bu piksellerden oluşan resimlere binary (ikili) resim denir. Genellikle 1 ve 0 değerleri sırasıyla aydınlık ve karanlık bölgeleri veya nesne ve zemini (nesnenin önünde veya üzerinde bulunduğu çevreyi) temsil ederler. Video resimlerinin ışık seviyelerini daha iyi derecelendirebilmek için piksel başına 1 bayt kullanılmaktadır. Bununla 0 (siyah) ile 255 (beyaz) arasında tam sayılar elde edilebilir. Bu uçtaki sayılar arasındaki değerler “gri” (grey) dir ve bundan dolayı bir piksele ait tam sayı gri ton seviye (grey level) olarak isimlendirilir.

Renkli resimlerde ise; bir resim kırmızı, yeşil ve mavi gibi temel renklerin her biri için $N \times M$ lik bir diziye ihtiyaç duyar. Yani sayısal görüntülere renk bilgisini de ilave etmek mümkündür. Bunun için üç ana renk esas alınmaktadır: kırmızı, yeşil ve mavi. Böylece her dizinin “gri seviyeleri” belirli bir pozisyondaki pikselin kırmızı, yeşil ve mavi resimlerinin bileşenlerinin şiddetini belirler. Gerçek renkleri işleme, orijinali gri olan resimlerin gösteriminde kullanılan sahte renk (pseudo- colour) ile karıştırılmamalıdır³⁰.

²⁹ Argun, M/Karakoçan, M; Siber Terörizmin Resmi “Steganografi”, Silahlı Kuvvetler Dergisi, S. 375, Ocak 2003, Yıl: 122, s. 8.

³⁰ Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım, <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>.

Her rengin maksimum değeri 256'dır ve her piksel bu üç rengin karışımı oranında bir değer almaktadır. Bu üç rengin karışımı gözle ayırt edebileceğimiz bütün renkleri içermektedir³¹.

Tipik olarak sayısal bir resim 500 satır ve sütundan oluşmaktadır. Bunun anlamı $500 \times 500 = 250.000$ piksel'dir. 250.000 piksel içeren siyah-beyaz bir resim için 2.000.000 adet bit kullanılacaktır. Hızla gelişen teknoloji sayesinde, bu tür bir resmi internet ya da intranet ortamında gönderebilmek için veri sıkıştırması kullanılmaktadır³².

Burada yapılan işlemi anlayabilmek için, en az öneme sahip bit (LSB: Least Significant Bit) kavramını iyice bilmek gerekir. İkili sayı sistemine göre 10110111 sayısını ele alalım. Bu sayı onluk düzende 183 sayısının karşılığıdır. Sondaki bit'in 1 veya 0 olması bu değeri çok fazla değiştirmeyecektir. Sondaki bit değeri eğer 0 olsaydı, bu değer 182 olacak ve renk üzerinde gözle görülecek büyük bir değişikliğe neden olmayacaktı. Bu sondaki bit'e LSB denir ve fazlaca etkisi olmadığı ortadadır. Türksteg yaklaşımı, bu bit yerine saklamak istenilen dokümana ait bilgilerin, sırasıyla bu bitlerin yerine yerleştirilmesi ve daha sonra yerleştirilen bu bitlerin tekrar elde edilmesiyle şifreleme ve deşifreleme işlemlerini gerçekleştirerek verilerin gizlenmesini sağlamaktadır³³.

Örnek Uygulama

Burada içerisine doküman gizlemek istenilen resim olarak ulu önderimiz Atatürk'ün resmi seçilmiştir³⁴. Şekil 2'de bu resim görülmektedir. Bu resim BMP formatındadır. Resim içerisine gizlenmek istenilen doküman ise Atatürk'ün Gençliğe Hitabesidir.

³¹ Örneğin; kırmızı, yeşil ve mavinin karışımı ile $(256 \times 256 \times 256 = 16777216)$ yaklaşık 16,8 milyon farklı renk elde edilmektedir. **Argun/Karakoçan**, Siber Terörizmin Resmi (Steganografi), Sıhahlı Kuvvetler Dergisi, S. 375, Ocak 2003, Yıl: 122, s. 8.

³² **Argun/Karakoçan**, Siber Terörizmin Resmi (Steganografi), Sıhahlı Kuvvetler Dergisi, Ocak 2003, Yıl: 122, Sayı: 375, s. 8; <http://www.densifier.de>; <http://www.compris.com/Densifier/de/Overview.html>, s. 1-3.

³³ Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım, <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>.

³⁴ Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım, <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>.



Şekil 2 : Orijinal Resim




Şekil 3 : Doküman Gizlenmiş Resim

Türksteg adlı yazılım programı ile belirtilen doküman Şekil 3'te verilen resim içerisine gizlenmiştir. Burada gizlenen dokümanın formatında herhangi

bir değişiklik olmamaktadır. İçerisine doküman gizlenmiş olan resim incelendiğinde, farkın gözle görülemeyecek boyutta olduğu ortadadır. Bu resim e-posta veya başka bir elektronik iletişim yoluyla karşı tarafa gönderildiğinde, mesajı izleyen veya elde eden herhangi bir kişi sadece Atatürk'ün resmini görebilecektir. Dikkat edilse bile, bu resmin herhangi bir gizli doküman içerdiği anlaşılamayacaktır. Bu resim üzerinde dokümanımız gizlendikten sonra, beklendiği gibi, boyutlar arasında değişim gözlenmemektedir. Boyut değişikliğinin olmaması şifreleme işleminin başarısının ayrı bir göstergesidir. Gizlenen dokümanın tekrar elde edilmesi için yine geliştirilen program ile işlemi tersine gerçekleştirmek ve LSB bitlerini okuyarak dokümanı otomatik olarak geri elde etmek mümkündür. Geliştirilmiş olan yazılımda takip edilen adımlar için dokümanın gizlendiği ve gizlenen verinin tekrar okunduğu örnek ekran çıktıları Şekil 4'te verilmiştir³⁵.

.P VERİ GİZLEME
🔍 🗑️ 📄



Resim Seç

Metin Seç

Veri Gözle

Resim Kaydet

Resim Boyutu	208 x 105 59488
Veri Boyutu	1370

ATATÜRK'ÜN GENÇLİĞE HITABESİ

Ey Türk gençliği! Birinci vazifen, Türk istikbalini, Türk Cumhuriyetini, İnkılabı, muvafak ve müdafaa etmektir.

Hercüdayetinin ve şikâyetinin sevgisine temel budur. Bu ferah, senin, eri kıymetli hazinedir. İstikbalde dâim, seni bu hazineden mahrum etmek isteyecek, dâhil ve hânsî bedhahkârları vâcaktır. Bir gün istikbal ve Cumhuriyetin müdafiası için bu hazineden ayrılacak, vâcibine atılmayacağı için, içinde kırılmayacağı vâcibinin imân ve şevkine dayanmayacaktır. Bu imân ve şevk, gönlü müstakim bir mânevîyle tesellih edilmiş istikbal ve Cumhuriyetine kâst edecek düşüncüler, bütün dünyada ancak görülememiş bir gâlibiyetin hükmetsiz olabilecektir. Cebren ve hile ile eziz vatanını, bütün iktisadî, zaptedilmez, bütün ferahlanmalarını, bütün okulunu dağıtmaz; ve memleketini her kuzeyi İnkilâp edilmemiş olabilecektir. Bunun bu gerâkten daha olfın.

a) Doküman Gizleme Ekranı

³⁵ Sağıroğlu, Ş/Tunçkanat, M; (Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım), <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>;
<http://www.tk.gov.tr/tkokseni2/kripto000.HTM>.

veri bitleri üzerinde çalışmakta ve internette bulunan resimlerde steganografiyi otomatik olarak teşhis etmeye yaramaktadır³⁷.

B. DIGITAL WATERMARKING (Dijital İşaretleme) ve Mevcut Bazı Programlar

İnternet iki tarafı keskin bir kılıç gibidir. Bir yandan pek çok sanatçıya örneğin; ressamalara, bestecilere, ayrıca yazarlara eserlerini dünya çapında yayınlama, sergileme ve satma olanağını sunarken; öte yandan bu eserlerin başkaları tarafından haksız olarak yayımlanması ve çoğaltılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Eserini internette yayınlayan hiç kimse, eser üzerindeki haklarının kaybolmasını arzu etmemektedir. Ancak hukuk bilimi tek başına, fikri hakların internet üzerinde korunması konusunda yeterli olamamaktadır. Bu nedenle internetteki data korsanlarına karşı, teknik araçların kullanılması kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmiştir.

Dijital Watermarking teknikleri, aslında bir çoğumuzun uzun yıllardan beri aşına olduğumuz bazı uygulamaların modernleştirilmiş versiyonlarıdır. Örneğin; yüzyıllarca insanlar kütüphanelerine sahip çıkmak için çeşitli yollara başvurmuştur. Kimi yaptırdığı mührü kullanmış kimi ise dolmakalemle imzasını atmıştır. Exlibris ise “*bu benim kitabım*” demenin en *sanatsal* yöntemidir. Kitabın iç kapağına bir sanatçı tarafından yapılarak yapılandırılan özel resim, çizgi ya da grafiğe verilen isimdir. İlk ve en eski exlibris örneğine M.Ö. 1400 yıllarında rastlanmaktadır. Açık mavi renk bir fayans üzerine yapılan bu örneğin Firavun III. Amenofis’in kitaplığına ait olduğu sanılmaktadır. Ancak o tarihlerde ciltli kitaplar yoktu, papirüs ruloları vardı. Bu ilk exlibris levha halindeydi ve muhtemelen papirüs rulolarını korumak için kullanılan ağaç sandıklara takılıyordu. Gerçek anlamda exlibrisler matbaanın icadıyla yapılmaya başlanmıştır. Zaten ancak o zaman exlibris’e ihtiyaç duyulmuştur. Çünkü; kitaplar matbaa sayesinde yaygınlaşmaya ve birbirinin aynı sayısız kopyalar halinde dağıtılmaya başlanmıştır. Kitapları hırsızlardan korumak, kaybolmalarını önlemek için özel bir mülkiyet işareti gerekiyordu. Böylece exlibris gelişti. Bu anlamdaki ilk örnekler 15. Yüzyılda Güney Almanya’da görüldü. Bunlardan biri, 1450 yıllarında “İgel-kirpi” takma

³⁷ Araştırmacının seyir defteri-Garanti Teknoloji; <http://www.garantiteknoloji.com.tr/asd/asd20-26-10-2001.html>, s. 3-4.

adıyla bilinen Alman Papaz Johannes Knabenberg için yapılmıştı. 19 santim boyundaki bu exlibris'te çayırdaki bir çiçeği ısırarak kirpi resmedilmiştir. Osmanlı döneminden kalma el yazması ve basılı kitaplarda mülkiyet işareti olarak kullanılan mühürler, exlibris türüne girmese de özgün kaligrafik yapılarıyla bir tür exlibris işlevi görmüştür³⁸.

Bunun dışında yine örneğin; lazer yazıcılar, hatta fotokopi makinaları yaygınlaşmadan önce, kırtasiyelerden aldığımız ithal dosya kağıtları ışığa tutulduğunda seçilen gizli damga baskılarının veya kağıt banknotlar üzerinde yer alan filigranların ancak ışığa tutulduğunda görülebilmesi gibi hepimizin aşına olduğumuz watermarking uygulamaları mevcuttur. Modern dijital watermarking teknikleri de, görüntü ve ses dosyalarında kopyalanmayı önlemek amacıyla damgalar bırakmaktadır. Özel programlar kullanılarak okunabilen bu damgalardan dosyanın üretildiği tarih, copyright sahibi, üreticiye nasıl ulaşılabileceği gibi bilgiler elde edilebilmektedir³⁹.

Dijital watermarking özellikle resimleri, fotoğrafları başkaları tarafından görülemeyecek bir şekilde işaretlemek için kullanılan yazılım programlarıdır. Bu sayede resimler internetten kopyalanacak olsa bile, watermark yardımıyla gerçek hak sahibinin kim olduğu tespit edilebilmektedir⁴⁰. Watermark edilmiş bir resme bakıldığında gözle fark edilmeyen, ancak resmin yasa dışı olarak ele geçirilmesi söz konusu olduğunda faili ele veren bir yazılım programı söz konusudur. Örneğin; Digimarc adlı Firma tarafından geliştirilen ImageBridge adlı dijital watermarking yazılımı, plug-in olarak piyasadaki tüm fotoğraf veya resim işleme programlarının içerisine entegre edilebilmektedir⁴¹. Digimarc'ın websitesinden, Photoshop veya CorelDraw ile birlikte plug-in olarak kullanılabilen ReadMarc'ı ücretsiz olarak indirmek mümkündür. Ayrıca Digimarc, internette yayınlayacağımız görüntülere watermark yerleştirmek için Creator ID isimli ürününü bir yıl için ücretsiz olarak kullanıma sunmaktadır. Firmanın diğer bir ürünü ise; watermark koyduğunuz ürünlerin

³⁸ Kayar Ayda; "EXLIBRIS, Kitap Hırsızına Dur Diyen Sanat", Hürriyet Gazetesi Cumartesi Eki, 8.3.2003, s. 11.

³⁹ Çakmak Erdal; Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 3.

⁴⁰ Digitales Wasserzeichen, <http://www.mdr.de/einfach-genial/erfindungen/3335.html>; Dem Bilderklau den Riegel Vorschieben, http://www.ch-forschung.ch/alt/pd/0010/art_2.htm.

⁴¹ <http://www.digimarc.com>.

internet üzerinde ne zaman nereye taşındığını ya da kopyalandığını tespiti yarayan MarcSpider'dır⁴².

İnternette yayınlanan resim veya fotoğrafların çalınmasını engellemeye yarayan diğer bir yazılım programı da İsviçreli bir Araştırma Gurubunun geliştirdiği DCT (Digital Copyrigt Technologies)'dir. DCT yöntemi, resmin yada fotoğrafın içine yerleştirilen, insan gözü tarafından görülemeyen ek datalardan oluşmaktadır. Her bir piksel kolayca değiştirilebilen bir resim değerine sahiptir. Bu değiştirilen pikseller, orijinal resim ile herhangi bir farkın mevcut olmadığı konusunda insan gözünü doğrular. Dijital Watermarking'in resmin kalitelisine verdiği zarar bu yüzden görülemez. Ayrıca kullanıcı, orijinal resimden ne kadar büyük olması gerektiğini seçme şansına sahiptir. Telif Hakkını mahkeme önünde ispatlayabilmek için, Watermarking tek başına tek başına yeterli değildir. Resmin sahibinin de belli olması gerekmektedir. Bunu ise kriptografik anahtarlar sağlayacaktır. Bu sayede telif hakkı sahibinin talebini ona istinaden ileri sürebileceği kişisel bir kod yaratılmış olacaktır. Watermarking resmin arkasında yer alacağı için, resmin her kesitinde mevcut olacaktır. Bu yüzden resmin parçalanması Watermarking'e zarar vermeyecektir. Bunun dışında yapılabilecek diğer değişikliklere karşı da Watermarking dayanıklıdır. Resim işleme programları Watermarking'i kaldırmak, tarayıcıdan geçirmek, üzerinde oynamak konusunda işe yaramamaktadır. Şüphesiz bir resmi daha sonra diğer bir Watermarking ile işaretlemek ve o şekilde kullanmak imkanı da mevcuttur. Burada da Eversign⁴³ bir çözüm sunmaktadır: *Dijital Hak Sahipliği (telif hakkı) Sertifikası*. Bu sertifika Watermarking'in doğum tarihini ihtiva etmektedir ve resmin gerçek sahibine bizi götürmektedir⁴⁴.

Bunun dışında internette yayınlanmak istenen kitap, makale vb. metinlerin de korunmasına yarayan dijital watermarking programları mevcuttur: Örneğin; TextMark gibi. Dijital Watermarking'de kullanılan prensip az önce belirttiğimiz gibi, kağıt para (banknot)'dan beri bilinen bir kuraldır: Çıplak gözle görülemeyecek değişiklikler hak sahipliğinin ispatına ve yapılan sahteciliklerin tespit edilebilmesine hizmet etmektedir. Modern dijital watermarking

⁴² <http://www.tursign.com/products/watermarking.htm>.

⁴³ <http://www.eversign.com>.

⁴⁴ Dem Bilderklau den Riegel Vorschieben, http://www.ch-forschung.ch/alt/pd/0010/art_2.htm, s. 1-2.

teknikleri, günümüzde yayınlanmış bir eseri taklit edilemez kılmak için yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu teknikler sayesinde eserin haksız olarak yayınlanması veya çoğaltılması durumlarında, eser sahibinin hakkını ispatlayabilmesi kolaylaşmaktadır. TextMark, dijital watermarking'i (örneğin; yazarın adını veya yayınevinin adını veya bu tür diğer kısa açık bir rumuzu, parolayı) doğrudan doğruya metnin içerisine saklamaktadır. Dijital watermarking, çok küçük transformasyonlar yapılarak metnin içine kodlanmaktadır. Bu şekilde elde edilen metnin ikinci versiyonu, artık TextMark-Watermark korumalı olarak internette (basılı eser ya da CD-ROM olarak, şeklinde) yayınlanabilir⁴⁵.

Yine CD, DVD gibi tüm müzik ve audio datalarının da, korsan kopyalarla mücadele amacıyla⁴⁶ dijital watermark ile korunması son derece yaygın bir uygulamadır. Bu konuda Sony, IBM, Hitachi, NEC ve Pioneer DVD'lerin dijital watermark'la korunması konusunda bir anlaşma imzalamışlardır. Böylelikle Firmalar Copyright ihlallerinin önüne geçmeyi, kötü niyetli kullanıcıları engellemeyi hedeflemektedir⁴⁷.

Ancak sanatçı veya şirketlerin internette yayınladıkları görüntü ürünlerini watermarking uygulayarak tam olarak koruyabileceklerini düşünmek ne yazık ki mümkün değildir. Her ne kadar watermarking ile korunmuş görüntüler parlaklık ve kontrast ayarlarının değiştirilmesi, özel filtrelerin kullanılması, kağıda baskı veya tarama gibi bir çok yöntemle karşı koyabiliyor ise de; StirMark ve UnZign gibi, watermarking teknolojisinin internette uygulanmasından kısa bir süre sonra ortaya çıkan bazı programlar kullanılarak damgalar bertaraf edilebilmektedir. Aslında, kullanıcıların watermarking algoritmalarının etkinliğini değerlendirmeleri için hazırlanan bu programlar maalesef

⁴⁵ TextMark-Schützen Sie Ihre Texte mit digitalen Wasserzeichen, <http://www.compris.com/TextMark/de/Overview.html>, s. 1-4.

⁴⁶ Örneğin; İspanya, Avrupa'nın en büyük korsan kopya üretilen merkezidir. Yapılan araştırmalara göre İspanya'da satılan CD'lerin yaklaşık % 40'ı korsan üretdir. Ancak yakın zamanda İspanya polisi, Avrupa'nın en büyük korsan kopya üretici guruplarını ele geçirdi. Bu baskınlarda imalat değeri yaklaşık 2 milyon Euro olan, 240.000 korsan kopyaya el konulmuştur. Raubkopierer-Ring zerschlagen, <http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/espraukopierer.shtml>, s. 1.

⁴⁷ Klostermeier Johannes, Firmen einigen sich auf digitales Wasserzeichen bei DVD's, ZDNetweek, <http://news.zdnet.de/story/0,,t101-s2046441,00.html>, s. 1.

aynı zamanda resim kalitesine pek zarar vermeden watermarking izlerini de yok edebilmektedir⁴⁸.

Piyasadaki dijital watermarking programlarının çoğu kez pahalı olduğunu iddia eden bir gurup programcı ise, kendi geliştirdikleri ve kişilerin ücretsiz olarak download edip kullanabilecekleri programları internette hizmete sokmuşlardır⁴⁹.

Yakın bir gelecekte dijital filmler, TV'ler ve DVD-playerlar tarafından tanınacak olan watermark'larla gösterime girecektir. Bu suretle dijital filmlerin özel kopyalarının yapılmasına izin verilirken, örneğin; internet üzerinden elden ele dolaşması mümkün olmayacaktır⁵⁰.

Bunun dışında Sony Müzik tarafından yapılan bir açıklamada, Firmanın bundan böyle Online-CD'lerini sadece dijital anahtarlı olarak kullanıma sunacağı belirtilmiştir. Bu yeni dijital anahtar ile müzik CD'leri illegal kopyalama ve internette yapılacak değiş tokuş gibi işlemlere karşı daha iyi bir koruma sağlamaktadır. Buna göre; alıcının bilgisayarında müzik dinleyebilmesi için, öncelikle bu dijital anahtarı download etmesi gerekmektedir. İlk PC için deşifre işlemi sırasında ücret alınmazken, diğer tüm durumlarda için her bir şarkı için 1,60 Euro ücret alınmaktadır⁵¹.

⁴⁸ **Çakmak** Erdal; Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 3.

⁴⁹ Örneğin; Das Fraunhofer Institut für Graphische Datenverarbeitung (IGD)'un geliştirdiği ACWA VST-Plugin. Bu yazılım programı <http://www.wedelmusic.org> adresinden ücretsiz olarak download edilebilir. Digitales Wasserzeichen für Audiodaten frei Verfügbar, <http://www.golem.de/0211/22653.html>, s. 1-2; http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/wasserzeichen_frei.shtml; <http://www.wissenschaft-online.de/artikel/611309>.

⁵⁰ TV Digitales Waasezeichen, <http://www.web-media.at/231983.htm>.

⁵¹ Digitaler Schlüssel gegen Raubkopierer, Sony geht den ersten Schritt, <http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/digitalkey.shtml>, s. 1.

SONUÇ

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de gündemi oldukça meşgul eden “*İnternette Eser Sahipliği Hukuku*” sorunu üzerinde, biz hukukçular her gün farklı bir yaklaşım, farklı bir teori ile meşgul olup, çözümler ararken; her geçen gün yeni bir değişiklikle karşımıza çıkan *Bilgisayar Teknolojisi*, farkında olmadan ortaya çıkardığı bazı hukuki sorunlara, hukukçulardan daha önce ve hızlı bir şekilde teknik bir takım çözümler sunmaktadır. Daha sonra yine aynı hızla, bulduğu bu çözümleri de etkisiz kılacak programları devreye sokup, mevcut sorun için hiçbirimizin hayal bile edemeyeceği yeni teknik çıkış yolları üretecektir. Eser sahibinin internette haklarının korunması bakımından önerilen Dijital Watermarking ve Steganografi teknikleri bakımından da durum böyledir. Çalışmamızdan da anlaşılacağı üzere, bu yazılım programları daha ortaya çıkar çıkmaz, kullanımlarını engelleyecek diğer yazılım programları da derhal piyasaya sürülmüştür. Bu nedenle Dijital Watermarking ya da Steganografi tekniklerinin, güvenlik amacıyla mutlaka *şifreleme yöntemleri* ile birlikte kullanılması gerekmektedir. Bu çifte güvenliğe rağmen, eser sahibinin hakları ihlal edilirse, ancak bu aşamadan sonra hukukçulara iş düşmektedir. O halde ister internette Eser Sahipliği Hukuku ister diğer herhangi bir hukuk dalı alanında olsun, Yasalarımızda yer alacak kurallar açısından unutulmaması gereken bir husus: “*Kendi kendisi ile yarışan ve son derece değişken bir yapıya sahip olan bilgisayar teknolojisinin yeni sürprizlerine açık, esnek hükümlere yer vermektir*”.

K A Y N A K L A R

- Argun, M./Karakoçan, M.;** Siber Terörizmin Resmi “Steganografi”, Silahlı Kuvvetler Dergisi, S. 375, Ocak 2003, Yıl: 122, s.4-11.
- Arıkan, A. Saadet;** İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 89-110.
- Bengi Hilmi;** İnternet Gazeteciliği ve Telif Hakları Sorunu, <http://www.inet-tr.org.tr/inetconf8/sunum/36.ppt>
- Bone, Robert G.;** Linking, Aggregating and Innovating: The Role of Property, Contract and Tort in Regulating Access to Websites and Their Content, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 3-63.
- Büke Ahmet;** Bilgi Çağının Karanlık Yüzü: Siber Suçlar, <http://www.izto-org.tr/rapor/sibersuc.html>.
- Çakmak Erdal;** Bir Bilgi Saklama Sanatı: Steganografi, <http://www.netpano.com/erdalcakmak.html>, s. 2.
- Eroğlu Sevilay;** İnternette Telif Hakkı, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s. 65-88.
- Gillian Doherty;** Bilgisayarda 101 Proje, , Ankara 2001,2. Basım, s. 19 (TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları).
- Gün Mehmet;** İnternet ve FSEK’da Mali Haklara İlişkin Sözleşmeden Doğan Kanıt Sorunları, <http://www.bilisimhukuku.net/-35k>
- Kayar Ayda;** “EXLIBRIS, Kitap Hırsızına Dur Diyen Sanat”, Hürriyet Gazetesi Cumartesi Eki, 8.3.2003, s. 11.
- Klostermeier Johannes;** Firmen einigen sich auf digitales Wasserzeichen bei DVD’s, ZDNetweek, <http://news.zdnet.de/story/0,,t101-s2046441.00.html>, s. 1.
- Koehntopp Marit;** “Sag’s durch die Blume” Steganographie als Verschlüsselungstechnik, <http://123.koehntopp.de/marit/publikationen/steganographie/index.html>, s. 2.
- Öngören Gürsel;** İnternet Hukuku, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/index.htm>;
- Sağiroğlu Ş./Tunçkanat M.;** “Gizli Bilgilerin İnternet Ortamında Güvenli Olarak Aktarımı İçin Yeni Bir Yaklaşım”, Bilgi Teknolojileri Kongresi, 6-8 Mayıs 2002, Pamukkale Üniversitesi, Denizli

Sağıroğlu Ş./Tunçkanat M.; TürkSteg, <http://mf.erciyes.edu.tr/turksteg>, s. 1-2.

Seçen Turgay; Mailler Sadece Türkiye’de mi Dinleniyor-Echelon, 4.4.2003, <http://www.turk.internet.com>;

Topaloğlu Mustafa; İnternette Fikri Haklar Sorunları, <http://www.turkhukuksitesi.com/faq/internetfikri.shtml-16k>

Tunçkanat Mehmet; Steganography: Veri Gizleme, <http://www.olympus.org/index.php/article/articleprint/951/-1/2>, s. 1.

Weikert Alexandra; Steganographie, <http://www.fitug.de/bildung/kongress/stegano.html>, s. 1.

Linkler ve Diğer Yazılar

Privacy Guide: Steganography, <http://www.all-nettools.com/privacy/stegano.htm>

<http://pd1010.p1.pagedesign.de/TschiTschi/steganographie.htm>

<http://www.tursign.com/products/steganography.htm>

<http://www.t-lan.de/GLOSSAR/begriffe/steganographie.htm>.

Computer-Sicherheit, <http://home.t-online.de/home/walter.tietz/cs.htm>

<ftp.ntua.gr/pub/crypt/cypherpunks/steganography/texto.tar.z>

<http://www.mailprivately.com/mailpriv/outguess-0.2.tar.gz>

<http://www.securityfocus.com>.

<http://www.compris.com/TextHide/de/Overview.html>.

http://www.tursign.com/products/steganography_suite.htm

<http://www.steganos.com/.en>

<http://pd1010.p1.pagedesign.de/TschiTschi/steganographie.htm>

<http://mf.erciyes.edu.tr/turksteg>

Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım, <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>.

<http://www.densifier.de>; <http://www.compris.com/Densifier/de/Overview.html>

Güvenli İnternet Haberleşmesi İçin Bir Yazılım, <http://www.teknoturk.org/docking/Yazilar/tt000106-yazi.htm>.

<http://www.tk.gov.tr/tkokseni2/kripto000.HTM>.

<http://www.outguess.org/stegdetect-0.5.tar.gz>.

Araştırmacının seyir defteri-Garanti Teknoloji; <http://www.garantiteknoloji.com.tr/asd/asd20-26-10-2001.html>,

Digitales Wasserzeichen, <http://www.mdr.de/einfach-genial/erfindungen/3335.html>;

Dem Bilderklau den Riegel Vorschieben, http://www.ch-forschung.ch/alt/pd/0010/art_2.htm.

<http://www.digimarc.com>.

<http://www.tursign.com/products/watermarking.htm>.

<http://www.eversign.com>.

<http://www.compris.com/TextMark/de/Overview.html>, s. 1-4.

Raubkopierer-Ring zerschlagen, <http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/espraupkopierer.shtml>, s. 1.

<http://www.wedelmusic.org>

<http://www.golem.de/0211/22653.html>,

http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/wasserzeichen_frei.shtml;

<http://www.wissenschaft-online.de/artikel/611309>.

TV Digitales Wasserzeichen, <http://www.web-media.at/231983.htm>.

Digitaler Schlüssel gegen Raubkopierer, Sony geht den ersten Schritt, <http://www.mp3-world.net/d/news/copyprotect/digitalkey.shtml>, s. 1.

KISALTMALAR CETVELİ

FSEK : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

md. : madde

S. : Sayı

s. : sayfa

İNTERNET ÜZERİNDEN İŞLENEN YABANCI UNSURLU HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN DAVALARDA YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ (*Türk, Amerikan ve Fransız Hukuk Sistemleri*)

Av. Haluk BİLGİÇ*

Bilgi iletimi için mevcut ve gelişen telekomünikasyon ağını kullanan, böylelikle ulusal sınırların dışına çıkarak, sermaye piyasaları, basın ve bilgisayar uygulamaları gibi bilgi-merkezli endüstrilerin globalleşmesini sağlayan İnternet, kendisinden önceki iletişim teknolojilerinin hepsinden daha hızlı gelişerek yaygınlaşmaktadır.

Ancak, her yeni teknolojide olduğu gibi, İnternet de beraberinde kendine özgü bir takım hukuki sorunlar getirmiştir. İnternet kullanımında hukuk kurallarının ihlali sonucunda, “bilişim suçları” olarak adlandırılan, bilgisayar veri sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik eylemler haricinde, sahtecilik ve dolandırıcılık eylemleri, pornografik eylemler, şiddete yönlendiren eylemler, hakaret, fikri ve sınai mülkiyet haklarına aykırı eylemler ve haksız rekabet gibi yeni sorumluluk yaratan haller gündeme gelmiştir¹. Dolayısıyla, İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerden kaynaklanan ihtilaflara ilişkin olarak hangi mahkemenin yetkili olacağı cevaplanması gereken önemli bir hukuki soru olarak ortaya çıkmıştır. Zira, İnternet aracılığıyla işlenen haksız fiiller her geçen gün artmaktadır. Bu artışın en önemli sebebi ise, günümüzde oldukça geniş bir kesimin, şirketlerin

* İstanbul Barosu Avukatı

¹ Bkz. İÇEL, Kayıhan, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında “Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, İHFM, 2001, C. LIX, S. 1-2, s. 3 vd.

ve kişilerin, bilgi iletimi, alımı ve korunmasında dijital teknolojiye olan bağımlılıklarıdır.

Bir davanın görülmesinde hangi mahkemenin yetkili olduğunun bilinmesi büyük önem taşır. Çünkü, ilk olarak, İnternet'i kullanan kişi ve şirketlerin İnternet üzerinden gerçekleşen eylemlerinden dolayı nerede ve hangi hukuka göre yargılanabileceklerini bilecek konumda olmaları gerekmektedir. Bunu bilmedikleri müddetçe belirsiz bir durumda kalacaklar ve bu belirsizlik de hem iletişim teknolojisinin kitlelerin kullanımına sunduğu en önemli yeniliğin yaygınlaşmasına engel olacak, hem de elektronik ticaretin (*e-commerce*)² gelişimini engelleyecektir. Nitekim, İnternet üzerinden haksız fiil ika eden bireylerin yanı sıra, *e-commerce* yapan şirketler de bu faaliyetlerinden kaynaklanan imalatçının sorumluluğu (*products liability*) ya da diğer fiillerinden dolayı uzak ülkelerdeki mahkemelerde yargılanabilecekler ve bu durum ise genellikle küçük ve orta ölçekli olup da kendilerini uzak ülkelerdeki mahkemelerde savunabilecek ekonomik güce sahip olmayan kişi ve kuruluşları olumsuz yönde etkileyecektir.

Uluslararası *e-commerce*, daha geleneksel olan ticari uygulamalarda olduğu gibi, sadece özel hukuk altında değil (örneğin Avrupa Topluluğu Elektronik Ticaret Direktifi- "*EC Electronic Commerce Directive*")³, ama

² Basitçe "elektronik aygıtlar aracılığı ile yapılan ticaret" ya da daha ayrıntılı bir şekilde "İnternet, digital TV, mobil sistemler ya da online erişim noktaları gibi, herhangi bir bilgi ya da iletişim teknolojisi aracılığı ile gerçekleştirilen satış işlemleri" olarak tarif edilen e-ticaretin çeşitli tanımları vardır; bkz. Dolanbay, Coşkun, **E-ticaret, Strateji ve Yöntemler, Yeni Ekonomide Başarımın Anahtarı**, Ankara 2000, s. 33. Porter ve Cauffiel, *e-commerce*'i "ortaya çıkan yeni ekonomide rekabet bakımından avantajlar sağlamak için stratejiler getiren işlemlerin, insanların, teknolojilerin ve ölçümlerin toplamı" olarak tanımlamıştır. *E-commerce*, sonuç olarak ticari muamelelerin -büyük ölçüde- kağıtsız bir ortamda otomasyonunu sağlayan geniş kapsamlı teknolojileri, işlem ve uygulamaları içinde barındırmaktadır (bkz. Porter, A.L./Cauffiel, D.A., "**Poll Finds Electronic Future Bright**", 10 EDI Forum No. 3, 13 (1997) <http://web2.westlaw.com/result/text.wl?RecreatePath=/Search>.) En son ziyaret edildiği tarih 10 Temmuz 2002. *E-commerce*'in daha önce elde edilmiş olan, telefon, televizyon, faks ve nispeten yeni elektronik ödeme, para transferi sistemleri, ve Elektronik Bilgi Değişimi ("Elektronik Data Interchange") gibi başka iletişim ve bilgi elde etme metodlarını da içerdiğini söyleyebiliriz.

³ "**EC Electronic Commerce Directive**", EC Directive No. 2000/31, OJ L 178/1, 17 Haziran 2000, direktif, Avrupa Parlamentosu tarafından 4 Mayıs 2000 tarihinde kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. "**Common Position Adopted by the Council with a View to the Adoption of a Directive of the European Parliament and the Council on Certain**

aynı zamanda ceza hukuku altında da hukuki düzenlemeye tabidir. Buna örnek olarak online sahtekarlık konusunu gösterebiliriz⁴. Bununla beraber, yetkiyle ilgili mukayeseli hukuk kuralları⁵ öncelikle uluslararası hukukun uygulanmasının tartışmasız olduğu ceza hukuku ile ilgili meselelerde bir devletin yargı yetkisini tanımlamak üzere gelişim göstermiştir⁶. Bazı hukukçular özel hukuk alanında milletlerarası yetki kurallarının gelişme safhasında olduğunu söylemektedirler⁷.

Kıtalararası çeşitli hukuk sistemlerinde yerleşmiş bir genel prensip olarak bir devletin kanunları ülkesellik ilkesi (*territoriality principle*) uyarınca ancak o devlet sınırları dahilinde uygulama alanı bulur. Bu prensibin uygulanması nispeten sorunsuzdur; bahse konu şahıs ya da nesnenin belli bir zamanda belli bir coğrafi noktada olduğu objektif olarak tespit edilebilir ve dolayısıyla yetkili mahkeme ve ilgili yerel hukuk buna göre belirlenebilir.

Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market"14263/1/99 REV (Feb. 28, 2000).

⁴ Bkz. "Internet 'Free Stock' Offerings Mostly Illegal, SEC Walker says" 4 Electronic Commerce & Law 305-6 (1999) (burada, internette sahtekarlık şekilleri ile ilgili örnekleri verilmektedir). Ayrıca bkz. UK Computer Misuse Act 1990, 29 Ağustos 1990, kanun metni için bkz. <http://safety.ngfl.gov.uk/ukonline/pdf/d10.pdf>. En son ziyaret edildiği tarih 10 Ocak 2003.

⁵ Bkz. Born, G.B., **International Civil Litigation in the United States Courts**, 3d ed. Boston 1996, s. 512. Ayrıca bkz. Vermilya- Brown Co. v. Connell, 69 S.Ct. 140, 142 (1948). En son görüntülediği tarih 7 Temmuz 2002. Bu kararda "*Kongre'nin ABD dışındaki Amerikan vatandaşlarının yaptığı ve cezaya tabi olan hareketlerinin yabancı bir devlet sınırları içinde gerçekleşip gerçekleşmediğini düzenleme yetkisi olduğunda -bu Mahkemenin- şüphe(si) yoktur*" denerek devletlerin sergilediği aşırı yetki örneklerinden birisine işaret edilmiştir." Ayrıca bkz. Steele v. Bulova Watch Co., 73 S.Ct. 252, 255 (1952). En son görüntülediği tarih 7 Temmuz 2002. "*Bu Mahkeme daha önce de defalarca belirtmiştir ki, Kongre'nin yasama yetkisi, kanun koyucu tarafından aksi belirtilmedikçe, ABD sınırları dışına taşmayacaktır*".

⁶ Bkz. Bowett, D.W., "Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources", Brit. Y.B. Int'l L. 1, 3 (1982), s. 53; Brownlie, I., **Principles of Public International Law**, 5th ed. New York 1998, s. 303-309; **Jurisdiction with Respect to Crime**, Harvard Research in International Law, 29 Am. J. Int'l L. Supp., (1935) s. 435-651.

⁷ Bkz. Henkin, L., et al, **International Law: Cases and Materials**, 3rd ed., St. Paul, Minnesota 1993, s. 822.

Oysa, İnternet'in coğrafyası tamamen sanaldır. Çalışması sırasında, İnternet coğrafya ya da sınır kavramlarına önem vermez. Nitekim, İnternet'in iletişim sırasında kullandığı altyapının dünya üzerinde nerede konumlandığı da tamamen rastlantısal olacaktır. İnternet üzerinden gerçekleştirilen fiillerde yargı yetkisi çatışmalarının ve bu fiillerin kısmen yerel hukuklara tabi kılınması yönündeki girişimlerin çözüm bekleyen problemler olduğu açıktır. Oysa fiziksel dünyada, bu tür çatışmalar yok denecek kadar az olup haklarında yasal takibat yapmayı gerektirmeyecek kadar önemsizdir⁸. İnternet'te ise, bu tür çatışmalar yaygın olarak görülmekte ve kanuna uygun işlemlere karşı hukuka aykırı olanları bilinçli olarak teşvik edici nitelikte bulunmaktadır⁹.

Bu çalışmanın amacı Türk, ABD ve Fransa örneğinde Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelerin ışığında İnternet üzerinden ika edilen yabancı unsurlu haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin belirlenmesi hususuna eğilerek bu konunun nasıl düzenlendiğini incelemek ve mevcut boşlukların doldurulması konusunda öneriler getirmektir. Hangi eylemlerin haksız fiil teşkil ettiği, İnternet üzerinden işlenen haksız fiillere uygulanacak hukuk, imalatçının sorumluluğu (*products liability*) ya da ABD hukukunda yetki meselesinin ele alınmasının gerektirdiği durumlar dışında, *e-commerce* ve İnternet'te akdedilen sözleşmelerle ilgili ihtilaflarda yetkili mahkemenin saptanması konuları bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Bağımsız eyaletlerden meydana gelen ve İnternet'in ana vatani olan ABD'deki içtihatların yarattığı zenginlik ve kaynak Türk ve Fransız hukuku başlığı altında bulunamadığı için, bu çalışmada ABD Hukuku başlığı altında incelenen bazı hususlar Türk ve Fransız Hukuku başlıkları altında aynı kapsam ve ayrıntıda incelenememiştir.

⁸ Örneğin, finansal hizmetlerle ilgili reklamlar bir çok ulusal hukuk mevzuatınca sıkı hukuki denetimlere tabidir, bununla beraber, ilgili ülkede yayınlanmayan ancak bir şekilde dağıtılan bir yabancı dergideki bu tür reklamlarla ilgili olarak yasal takibat yapıldığına rastlanmamıştır.

⁹ **Reed, Christopher, Internet Law, Text and Materials**, London/Edinburg/Dublin 2000, s. 187 vd.

İNTERNET'İN KULLANIM ALANLARI, TEKNİK YAPISI VE İŞLEYİŞİ

I. İNTERNET'LE İLGİLİ BAZI KAVRAMLAR

Bu çalışmanın konusu olan İnternet kendine ait bir terminolojiyi de beraberinde getirmektedir. Bu terminoloji dahilindeki teknik terimler ve kavramları kullanmadan konuyu irdelemek mümkün olmadığı için, aşağıda bu kavramlara kısaca açıklık getirilmeye çalışılacaktır. Kullanılan teknik terminoloji dahilinde bazı kelimelerin Türkçe'de yerleşmiş karşılığı bulunmadığından, bu gibi durumlarda İngilizce orijinali kullanılacaktır.

A. SUNUCU (*Server*)

Server belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya bir programdır¹⁰. *Server* kullanıcıların İnternet'e bağlanabilmelerine, yani İnternet üzerinde bulunan içeriklere ulaşılmasına yardımcı olur. *Server* dijital bilgilerin saklandığı (depo edildiği) bir manyetik ortamdır ve başka bilgisayarlara ve manyetik ortamlara hizmet/destek sağlama fonksiyonunu ifa eder.

B. ELEKTRONİK POSTA (*e-mail*)

İnternet'e bağlı çok sayıdaki kullanıcının birbirleriyle haberleşebilmek için kullandıkları elektronik mesaj iletim sistemi olan *e-mail*, İnternet hizmetleri içinde en fazla kullanılan hizmet türüdür¹¹. İnternet ve diğer ağlar üzerinde kullanılan ve aynı işlevi gören birbirinden farklı çok sayıda *e-mail* hizmetleri vardır. Bunlardan başlıcaları STMP (Simple Mail Transfer Protocol, TCIP/IP) IBM PROFS (Professional Office System), SNADS (SNA Distributed Systems) ve VaxMail'dir¹².

¹⁰ Güran et. al., İnternet ve Hukuk Forumu, (<http://www.superonline.com/hukuk/>). En son görüntülediği tarih 7 Eylül 2002.

¹¹ Kırçova, İ./Öztürk, P., İnternet'te Ticaret ve Hukuksal Sorunlar, İstanbul Ticaret Odası Yayını 2000, s. 9.

¹² Bkz. Kırçova, İ./Öztürk P., s. 10.

C. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARI - İSS (*Internet Service Provider-ISP*)

İnternet servis sağlayıcıları (İSS) bireylerin ve tüzel kişilerin İnternet'e bağlanmalarını, İnternet üzerinden iletişim kurmalarını ve İnternet'in sağladığı olanakları kullanmalarını temin eden aracı unsurdur¹³. Servis sağlayıcılar bilgiyi sunucularında (server) bir süre saklar ve bunlara ağ vasıtasıyla ulaşılmasını sağlarlar.

D. HOST

Host, bilgilerin saklandığı ve İnternet'e bağlı bulunan bilgisayardır. Bünyesinde belli dijital bilgileri saklayan ISS şirketleri de -yaptıkları hosting işleminden gelerek- *host* olarak anılmaktadır. ISS'nın, bir abonesine ait web sayfasını kendi bilgisayarında saklaması ve bu sayfaya İnternet'ten girilmesine olanak vermesi *hosting* denmektedir. Reklam verenlerin reklamlarının manyetik ortamda tutulması da *hosting* işlemidir¹⁴.

E. IP ADRESİ (*Internet Protocol Adress*)

İnternet'e doğrudan bağlı her bilgisayarı tanımlayan bir IP numarası bulunmaktadır. Bu numara aynı zamanda IP adresi olarak da tanımlanabilir ve birbirinden ayrılmış 4 rakam kümesinden oluşur. Örneğin 193.140.1.1. Bu rakam kümesi İnternet'in hiyerarşik yapısını tanımlar. İnternet hiyerarşisinde ilk adım birinci rakam olan "*domain*" basamağıdır.

Her rakam daha alt basamaklara inerek İnternet'e doğrudan bağlı bilgisayarları ya da *host*'u tanımlar. Bu, tek bir bilgisayar ya da kullanıcı anlamını anlamına gelmez. *Host*, bir firmanın bir çok terminalinin veya ticari bir İnternet servis sağlayıcı firmanın, çok sayıda müşterisini, buldukları işyeri, ev ve benzeri yerlerden İnternet'e ulaştıran sunucu (*server*) denilen büyük bilgisayarların geçici olarak belirledikleri ortaklaşa kullanılan bir IP adresi de olabilir¹⁵.

F. ALAN ADI (*Domain Name*)

¹³ Güran et. al., İnternet ve Hukuk, s. 18.

¹⁴ Bkz. ibid, s. 21.

¹⁵ Bkz. Kırçova, İ./Öztürk P., s. 6. Bkz ibid, s. 6-9.

İnternet bağlantılarında rakamların zaman zaman sorun yaratması nedeniyle, aynı basamak ve sözcükleri gösteren ve sözcükler bilgisayara girildiğinde doğru adresi bulan işlemlerin yapılmasını sağlayan, bir yazılım geliştirilmiştir. İnternet erişimini kolaylaştıran bu yazılıma “Alan Adı Sistemi” (Domain Name System) denmektedir. Örneğin 198.105.232.6 gibi çok basamaklı ve birbirinden farklı rakamlar yerine www.microsoft.com yazılarak aynı işlem yapılabilirken microsoft sayfalarına ulaşılabilir.

“Alan Adı Sistemi”ne göre, bir alan adı noktalarla ayrılan dört ana bölümden oluşur. Soldan sağa doğru ilk bölüm kullanılan TCP/IP alt protokolünü gösterir. Buna göre www, ftp, irc, gopher alanlar anlaşılır. İkinci kısım ise ilgili bilgisayarın adıdır. Sonraki bölüm ise bilgisayarın bağlı olduğu kurumun hangi türden bir kurum olduğunu gösterir. Örneğin “com” ticari kuruluşları gösterirken, “edu” kısaltması eğitim kuruluşları/üniversiteleri gösterir. En sondaki kısaltma ise bilgisayarın bulunduğu ülkeyi gösterir. Örneğin “uk” İngiltere’yi, “tr” Türkiye’yi gösterir.

Ülke kısaltmaları açısından ortaya çıkan özel bir durum da İnternet’in ilk olarak A.B.D’ de ortaya çıkması ve yayılmasının düşünülmemesi nedeniyle bu ülkedeki alan adlarının sonlarına “us” konulmaması durumudur. Bunun yanı sıra ülke adı kısaltması olmadan A.B.D dışından da bu ülkedeymiş gibi alan adı almak mümkündür. Özellikle çok uluslu şirketlerin uluslararası web adresleri böyle alınmıştır (örneğin www.sony.com).

G. İNTERNET ERİŞİM SAĞLAYICILARI -İES (Internet Access Provider -IAP)

İnternet erişim sağlayıcılar sadece İnternet’e bağlanma imkanı tesis eden ve başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına aracılık eden şirketlerdir.

H. İÇERİK SAĞLAYICILAR (Content Providers)

İçerik sağlayıcılar, fonksiyonlarını birkaç değişik yöntem ile yürütmektedirler. Esasında, içerik sağlayıcı kişi veya kuruluş, belli bir bilgiyi İnternet ortamına aktarmaktadır; örneğin bir web sayfasının sahibi içerik sağlayıcıdır. Aynı zamanda bilgi yükleme (*downloading*) yolu ile elde edilecek nitelikteki bilgileri (dosyaları) hazırlayıp sunanlar da içerik sağlayıcı

durumundadır. İnternet ortamında erişilebilen *serverler* da doğal olarak birer içerik sağlayıcı konumundadır¹⁶.

I. USENET

“*User’s Network*” ün (Kullanıcı’nın Ağı) kısaltılmış hali olan *Usenet* bir “tartışma grupları sistemi/*Newsgroup*” tur. *Usenet* ileti trafiği, İnternet hatlarının yanı sıra, UUCP¹⁷, BITNETT¹⁸ gibi hatlar üzerinden de gerçekleşebilir. *Usenet* üzerindeki haber akışı kimse tarafından kontrol edilemese de, yerel *Usenet* servis sağlayıcılar, *Usenet* tartışma gruplarını sistemine alıp almayacağına karar verir. Bazı *Usenet* grupları *moderated*’dir, yani iletilen haber gruptan sorumlu bir kişiye gönderilmekte, bu kişi de bu haberleri toplu olarak dağıtıma sokmaktadır. *Unmoderated usenet* gruplarında ise böyle bir denetleme mekanizması mevcut değildir¹⁹.

II. İNTERNET’İN KULLANIM ALANLARI

Günümüzde İnternet hayatımıza hemen her alanda girmektedir. Şirketlerin toplam cirosunun her geçen yıl daha da artan bir yüzdesi *e-commerce*’den kaynaklanmakta, bireysel girişimcilerden küçük ve orta ölçekli şirketlere kadar İnternet’ten yararlanmayan kitle giderek azalmaktadır. *E-commerce* yolu ile her türlü mal ve hizmet satışı artık mümkün iken, *e-commerce* dışında, eğitim alanında da İnternet’ten yararlanılmakta, çeşitli üniversiteler İnternet üzerinden başvuru olarak kayıt yapmakta ve hatta bazıları ders ve sınavları İnternet üzerinden yapabilmektedir. Bütün bankaların ağırlık vererek teşvik ettiği bankacılık işlemlerinin ücretsiz olması,

¹⁶ Bkz. Güran et. al., İnternet ve Hukuk, s. 21.

¹⁷ Unix-to Unix copy: İnternet dışında yaygın olarak kullanılan bir ağıdır ve UUCP protokolü ile haberleşen sistemleri bünyesinde barındırır. Bu protokolde, iki sistem belirli aralıklarla birbirlerine bağlanır ve bu iki sistemden biri üzerinde birtakım planlı programlar çalıştırılır (posta aktarımı, dosya aktarımı), İnan, Aslan, *İnternet El Kitabı*, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 530.

¹⁸ Because It’s Time Network: Birbirlerine NJE protokolü ile bağlı sistemlerden oluşur. BITNET ağaç şeklinde bir yapıya sahiptir. Posta, sınırlı şekilde FTP ve Telnet desteği vardır, İnan, Aslan, s. 502.

¹⁹ İzin verilmeyen içerikler (özellikle pornografik ve ırkçı yayınlar) bu yolla geniş kitlelere iletilmektedir.

şubeye para çekmek dışında gitmeyi gereksiz kılması ve 24 saat boyunca kullanılabilmesi nedeniyle müşterilerin tercih ettiği İnternet bankacılığı oldukça popülerdir. Günümüzde Türkiye’de kamu kuruluşları dahi İnternet’i yaygın olarak kullanmakta, tapu, nüfus, vergi işlemleri kısmen de olsa İnternet üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.

III. İNTERNET’İN TEKNİK YAPISI VE İŞLEYİŞİ

İnternet “*yerel bilgisayar ağlarının bölgesel ağlara bağlanarak ulusal ve uluslararası yüksek kapasiteli sistemleri oluşturduğu global bir ağ*” olarak tanımlanmaktadır.²⁰ İnternet üzerinden bilgisayarların birbiriyle olan iletişimleri “İnternet Protokolleri” olarak da bilinen makine dilleri ile gerçekleşmektedir.²¹ İnternet üzerinden gerçekleşen iletimler, ağın kapasitesine göre iletişimi farklı bilgi paketlerine ayırarak bireysel olarak iletilbilir hale getiren bir paket anahtar ağın kullanılmasıyla yapılabilmektedir. Tek bir iletim bilgisayarlar arasında birden fazla rota izlemek suretiyle, nihai varış yeri olan ve bu paketlerin tekrar bir araya getirileceği alıcı bilgisayar sunucusuna ulaşmaktadır.²² İki bilgisayar arasındaki bir kanal üzerindeki paketler aynı ülkedeki bir alıcıya gönderilen bir e-mail parçalarını taşırlarken, bir başka ülkedeki bir bilgisayar tarafından yüklenmiş yazılım programının parçalarının üzerlerine serpiştirilmesi sayesinde ve iletişimin parçalarını oluşturan diğer paketlerle beraber gönderildiği ülkeden alıcı ülkeye bir e-mail taşınabilmektedir.

İnternet mimari olarak “akıllı iletişim”i (*smart communications*) kullanmaktadır. Bilgisayar ağındaki her bağlantı bilgisayar zekasını kullanarak ve ağdaki paket trafiğini gözlemleyerek paketleri alıcı bilgisayara en az yoğun rota üzerinden yönlendirebilecek zeka kapasitesine sahiptir. Bu süreç genel olarak tekrar edilir.²³ Her bir bilgisayar, söz konusu “paket”leri bir

²⁰ Burk, Dan L., “Federalism in Cyberspace”, 28 Conn. L. Rev. s. 1095-1097 (1996).

²¹ “A close-up of Transmission Control of Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP)”, DATAMATION (1 Ağustos 1988); Krol, Ed-Fergusson, Paula Ferguson, *The Whole Internet For Windows 95* (1995).

²² Bu adres bir sokak adresi gibi coğrafi bir adres olmayıp, dünyanın herhangi bir yerinde olan bir bilgisayar sunucusuna bağlanan kurmaca bir adrestir. Supra 11.

²³ “Is the Internet Ready for Prime Time? Skeptics Have Field Day With Shut Down”, ELECTRONIC MESSAGING NEWS. 6 Ağustos 1997. Burada, insan hatası nedeniyle bir

kanal aracılığıyla gönderme, trafiğin azalmasına kadar göndermeyerek alıkoyma ya da başka kanallara yönlendirerek İnternet'in maksimum taşıma kapasitesini en iyi şekilde kullanarak gönderileri nihai varış yerine yollama konusunda kendisi karar alır.

Özet olarak, tek bir iletişim farklı paketlere bölünerek, nihai varış yerine ulaşmadan önce farklı ülkelerden geçme potansiyeline sahiptir. Bununla beraber, gönderilen iletişimin tamamı sadece iletişimin gönderildiği ve alındığı ülkeler üzerinden geçer, yani gönderilen iletişimin tamamı değil de sadece parçaları diğer ülkeler üzerinden geçer.

İnternet, aktif (*proactive*) ve tepkisel (*reactive*) hizmetlerden oluşmaktadır. Aktif hizmetler e-mail, *Usenet* haber grupları ve *Telnet*'ten ibarettir. İnternet'teki en temel hizmet olan *e-mail* ile, bir kullanıcı diğer bir kullanıcıya mesaj yollayabilir. Haber grupları ortak ilgi alanları olan insanların birbirine *e-mail* aracılığıyla mesaj yollayabildiği forumlardır. Günümüzde, üye olunabilecek on binlerce haber grubu mevcuttur. Sistemin işleyişine göre, İnternet kullanıcısı *e-maillerini* isterse belli bir kişiye ya da belli bir haber grubuna yönlendirebilmektedir. *Telnet* ile ise, kullanıcı uzakta olan bir bilgisayara sanki şebeke içindeki bilgisayarımış gibi fiziksel olarak giriş yapabilmektedir.

Tepkisel hizmetlere örnek olarak ise, "Dosya Transfer Protokolü" (*File Transfer Protocol*) ve *www*'yu gösterebiliriz. Bu hizmetler aracılığıyla, kullanıcı İnternet'te bilgi arayarak uzaktaki bir sunucudan bu bilgiyi alabilmektedir. Web sunucusunu "Yüksek Metin İletim Protokolü" (*Hyper Text Transport Protocol* HTTP) uyarınca paketlenmiş bilgiler için gelen talepleri kabul eden bir program" olarak tanımlayabiliriz. Buna göre, sunucu, gelen talepleri işleyerek talep eden kişiye yollamaktadır²⁴. İnternet'e bağlanan bir kullanıcı ("*Client*") merkezi bilgi bankalarına (Yahoo, Alta Vista, vs.) erişerek ve anahtar kelimeleri girmek suretiyle talep ettiği bilgiyi barındıran sunucuların listesini elde edebilir. Böylece, *Client* listelenmiş sunuculardan aradığı bilgiyi talep eder ve eğer bu talep geçerli bir talep ise, bilgi *Client*'e sunulur yada yüklenilir ("*download*"). Kullanıcının bir talebi mevcut

sunucunun kapatılması sonucunda o sunucu İnternet'teki en az yoğun sunucu olarak algılanmak suretiyle mesajlaşmaya yol açmış ve diğer sunucular paketlerini bu kapalı sunucuya göndererek inanılmaz bir mesaj trafiğine neden olmuşlardır.

²⁴ Que's Computer and Internet Dictionary, 6th ed., w. place 1995, s. 554.

olmadıkça, sunucuların yaptığı hiç bir faaliyet yoktur. Yani izleyici ya da dinleyicinin var olup olmamasına rağmen bilginin (yayın) mevcut olduğu televizyon ya da radyo yayınlarının aksine, *www*'den gelen, her yerde mevcut ve hazır bir sinyal yoktur. Şayet İnternet'e bağlanan kimse olmazsa, İnternet sessizdir. Bu sebeple, bilginin "uyuyor" olması gerçeğinin yargılama yetkisinin kullanılması bakımından dikkate alınması gerekmektedir.

Genel olarak, İnternet üzerinden yapılan bilgi iletimi için merkezi olarak bir kontrol sistemi yoktur. Her bilgisayar, otonom bir şekilde, ancak İnternet üzerindeki milyonlarca eylemin birbirine bağlanmasıyla meydana gelen "görünmez el" in rehberliğinde, bilgi akışını en yakın bağlı bilgisayarlara doğru koordine eder. Yine de, günümüzde bazı ülkeler sınırları içinde İnternet'i kontrol altına almak için çalışmalar yürütmektedirler²⁵. Oysa, totaliter bir rejimin özgür bilgi akışını kontrol etme konusundaki başarısı İnternet'in "tele varlığı"na da bağlıdır. Tele varlık, coğrafi konumları ne olursa olsun dağınık bilgilerin dünya çapında kullanıcılara ulaşmasını sağlayan bir IP yöntemidir. İnternet topluluğu orijinal sitelerde mevcut olan bilgilerin birebir kopyasını taşıyan ve "ayna site" diye adlandırılan bilgisayar bilgi bankaları kurmak suretiyle mevcut ulaşılabilir kaynakları genişletmektedir. Yerel trafik ağına bağlı olarak, uzaktaki bir ayna siteye ulaşmak coğrafi olarak daha yakın olan orijinal siteye bağlanmaktan daha hızlı olabilmektedir²⁶. Böylece, İnternet'i kontrol ederek rejime zararlı olarak addedilen siteleri karartma çabasındaki hükümetlerin aynı bilgiyi muhafaza eden ayna siteleri de tespit ederek karartması gerekmektedir²⁷.

²⁵ Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti bu tür çalışmalar yürütmektedir. Bkz. Caessi, G., "China Begins", ASIA COMPUTER WKLY., 1 Eylül 1997; Gilster, P., "Internet Regulation Won't Come from Top", News & Observer, 11 Kasım 1997, D2.

²⁶ Ayrıca, İnternet sunucularının sık sık girilen kaynakları kısmen ya da tamamen kopyalama yöntemi olarak "caching" den (saklama/muhafaza etme anlamında) de burada bahsedilebilir. Bilgisayarlarda "cache storage" denen, komutları yerine getirmek için kullanılan küçük, çok hızlı ancak yeri tespit edilemeyen hafızalar mevcuttur. Orijinal ve "cache" edilmiş materyalleri ayırt etmek günümüzde mümkün değildir. Bkz. American Library Ass' v. Pataki, 969 F. Supp. 160, 171 (S.D.N.Y. 1997).

²⁷ "China Holds Centralized Control of Internet: Interview", NIKKEI ENG. NEWS, 12 Mart 1997. "The Cutting Edge; Testing the Boundaries; Countries Face Cyber Control in their Own Ways", L.A. Times, 30 Haziran 1997, D1.

İNTERNET ÜZERİNDEN İŞLENEN YAYGIN HAKSIZ FİİL TÜRLERİ²⁸

I. DOMAIN TİCARETİ (DOMAIN GRABBING/ CYBERSQUATTING)

İngilizce’de *Domain Grabbing* (Alan adı Kapmak) veya *Cybersquatting* (*Sanal İşgalcilik*) olarak ifade edilen deyimler, *domain* tescilinde bulunan kişinin, başkasına ait marka, isim, ticaret ünvanı, işletme adı ve vb., ileride gerçek hak sahibine yüksek miktarda para karşılığında satmak amacıyla, İnternet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmasını ifade etmektedir²⁹. Bu şekilde alan adı olarak tescil edilen isim, genelde bir gerçek kişi veya şirket adı, ünlü bir marka veya bir gazete, dergi veya televizyon adı olabilmektedir. Alan adını tescil ettirmeyi ihmal eden bu tür kuruluşlar ya istenilen meblağı ödeyip alan adlarına kendi adlarına tescil ettirebilecekler veya hukuki yollara başvuracaklardır. Hukuki yollara müracaat ise, İnternet’in yapısı gereği çok zor olmaktadır. Hakkı tecavüze uğrayan kişinin, Amerika’daki tescil makamına karşı dava açıp onu sonuçlandırması, dava açıp kazansa bile bu kararın örneğin Antiller’deki tescil sahibine karşı icra edilmesi neredeyse imkansızdır.

Domain ticareti ise, bir kişi veya kuruluşun alan ismi olmaya elverişli ve ifade gücü yüksek olan cins ve meslek isimlerini kendi adlarına tescil ettirerek ilgililenlere bunları satma veya kiralamalarıdır. Bu hususun hukuki açıdan caiz olup olmadığı henüz tartışmalıdır.

Türkiye’de İnternet alan adları ODTÜ bünyesinde oluşturulan bir birim tarafından verilmektedir³⁰. Alan adları verilmesinde uygulanan politika ve

²⁸ Bu çalışmanın konusu internet üzerinden işlenen haksız fiillerin ne olduğu değildir. *Lex fori*’nin hakimiyetinde olan “haksız fiil” tanımı her ülke hukuku tarafından farklılıklar göstermektedir. Bununla beraber internet üzerinden işlenen haksız fiillerin dava konusu edilebileceği mahkemeleri tartışmadan önce, internete özgü başlıca haksız fiillere değinmenin yararlı olacağını düşündük.

²⁹ Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü, Bozbel, S., www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar. En son görüntülediği tarih 12 Ocak 2003.

³⁰ Bkz. <http://dns.metu.edu.tr>

kuralların çok sıkı olması neticesinde³¹, .tr adı altındaki alan adlarının sayısı çok sınırlı kalmıştır³². Bu katı uygulama *domain grabbing* denilen haksız *domain* tescillerine engel olmuşsa da, bu uygulama nedeniyle Türkiye’den yapılan tescillerin daha serbest tescil sisteminden yararlanmak için “.com, .net, .org, .info, .biz’e doğru kaydığı gözlemlenmektedir. Türkiye’deki İnternet alan adı verilmesi sistemi sayesinde Türkiye alt alan adlarının (.com.tr vs.) *domain grabbing* veya *domain* ticaretine konu olması çok nadir ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, şu ana dek bu konuda herhangi bir yüksek mahkeme kararına rastlamak mümkün olmamıştır.

II. HACKING

Hacking, yani bilgisayar sistemine girerek sistemi tahrif etme yolu ile işlemez duruma sokma bilgisayar sisteminin çökmesi sonucuna yol açacak bir eylemdir. Hacking işleminin failine “hacker” denmektedir.

III. VİRÜS YÜKLENMESİ

İnternet’e yüklenen virüsler, verilere ve dolaylı olarak mallara yapılan haksız bir tecavüz teşkil etmektedir. İnternet üzerinde sisteme enjekte edilen virüsler İnternet aracılığıyla yayılmaktadır ve sistemde saklanan bilgilere, sistemin donanımlarına ait bilgileri tutan ve ana donanımın bir parçası olan BIOS’a zarar vermektedir.

IV. COOKIES

Cookie, kullanılan İnternet gezginine (Microsoft Explorer, Netscape Navigator v.b. *browser*’lara) gezinilen web sitelerinin sunucuları tarafından gönderilen bilgi paketleridir. Bu bilgiler gezinen kişinin hangi ülkeden İnternet’e bağlandığından, hangi tarihte hangi sayfaları o sunucu aracılığıyla ziyaret ettiğine kadar çeşitli verileri içermektedir. *Cookie*’ler aracılığıyla, daha

³¹ Alan adlarının verilmesinde uygulanan kurallar ve politika için bkz. <http://dns.metu.edu.tr/v21.html>

³² 24 Şubat 2003 tarihi itibarıyla tescil edilen alan adı sayısı toplam 8472’dir. Bkz. <http://dns.metu.edu.tr/domcount.html>

önce ziyaret edilen bir siteye tekrar giriş yapan gezgin site tarafından tanınabilir.

VI. SPAM/SPAMMING

Özellikle reklam ya da diğer içeriklere sahip, alıcının istememesine rağmen, bilgi bankalarından, tartışma ortamlarından ya da bir başka yoldan elde edilen *e-mail* adreslerine gönderilen iletilere *spam*, bu tür e-maillerin gönderilmesi eylemine de *spamming* denmektedir³³. Bu tür *e-mailler*, sadece alıcısının kişilik haklarına değil, İnternet servis sağlayıcılarına karşı da bir tecavüz teşkil etmektedirler. Zira, *spamler* çok sayıda adrese gönderildiği için İnternet servis sağlayıcılarının işleyişini ve hızını aksatmaktadır³⁴. İnternet Kurulu Temmuz 2000’de bir bildirme yayınlarak *spam*’in kamu suçu oluşturduğunu belirtmiştir. Aynı bildiri “*kişi ve kuruluşların e-mail adresleri kişisel bilgileridir. Bu gibi bilgilerin kişinin izni olmaksızın ticarete konu olması kişilik haklarına açık bir tecavüzdür...*” açıklamasında bulunmuştur³⁵.

VI. WEB SİTELERİNDEKİ YAYINLAR YOLU İLE KİŞİLİK HAKLARINA TECAVÜZ

Web sitelerindeki yayınlar kişilik hakkına tecavüz oluşturan mahiyette olabilir. Kişiye yönelik hakaret, karalama, gizli bilgi ve sırların açıklanması, küçük düşürücü ya da alay edici açıklamalar ve izin almadan kişinin resminin yayınlanması bu tür yayınlara örnek olarak verilebilir. Bu tür bir haksız fiil gerek İnternet gazeteciliğinde ve gerekse özel veya ticari web sitelerinde yer alan yayınlar yoluyla gerçekleşebilmektedir. Bu tür fiiller *Link* veya *Frame* yoluyla da meydana gelebilir. *Link*, bir web sitesinden İnternet’teki başka sitelere veya o sitelerin bazı bölümlerine ulaşmayı sağlayan noktalardır. Kullanıcı, *Link*lerin üzerine *mouse* ile tıklayarak başka bir web sitesine erişebilir. *Frame* ise, başka bir web sitesinin içeriğinin kısmen bilgisayar ekranı üstünde görülmesi, kalan kısmın asıl site üzerinde bulunmasıdır. *Link*

³³ Kirçova I./Öztürk P., s. 79.

³⁴ Ibid, s. 79.

³⁵ <http://www.ubak.gov.tr/kurul/spam-dek.html>

ya da *Frame* aracılığıyla kişilik haklarına tecavüz eden bir web sitesine erişilmesi de haksız fiil kapsamında değerlendirilebilir³⁶.

İNTERNETTE HAKSIZ FİİLİN İŞLENDİĞİ YERİN BELİRLENMESİ

I. GENEL OLARAK

Sınır ötesi fiillerle ilgili olarak yetkili mahkemenin tespitine dair prensipler bilgisayarların ve dijital iletişim şebekelerinin keşfinden çok önce benimsenmiştir. Milletlerarası özel hukuk kuralları bu meseleyi ilgili bir unsurun söz konusu devlette yerinin belirlenip belirlenmemesine göre bir çözüme kavuşturmaktadır. Bu nedenle, İnternet üzerinden yapılan fiilin nerede meydana geldiğini, bir başka deyişle bu tür bir eylemle ilgili her bir unsurun nerede oluştuğunu tespit etmek gerekmektedir.

Dolayısıyla, İnternet üzerinden ika edilen haksız fiillere ilişkin ihtilaflarda yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için, haksız fiilin nerede işlendiğinin tespiti gerekmektedir. Bu ise, çalışmamızın giriş kısmında değinildiği gibi, çok kolay ve açıklıkla yapılamamaktadır. Genel olarak hukukumuz ve yabancı hukuklar mevzuatlarının konu üzerinde sessiz kalması karşısında, bu hususta bir çok kuram ve öneri ortaya atılmıştır. Bu kuram ve öneriler çalışmamızda kısaca özetlenmiştir:

II. SIBERUZAY KAVRAMI

Bu kavram savunucularına göre, İnternet yeni ve ayrı bir devlet (yetki alanı) olduğundan dolayı, fiziksel dünyanın kuralları ve kanunları “*küresel, ekonomik sınırları olmayan ve düzenlemeye tabi kılınamayacak bu bölgeye*” uygulanamaz³⁷. Bu görüşün sahibi ve savunucularına göre de siberuzayda suç

³⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Doğan M., “İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması”, <http://www.bilimsurasi.org.tr/dosyalar/89.doc>. En son görüntülediği tarih 2 Ocak 2003; Sirabaşı, V., “İnternet Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz Türleri”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Aralık 2002, s. 20 vd.

³⁷ Barlow, J. P., “Thinking Globally, Acting Locally”, Time dergisi, 15 Ocak 1966 sayısı.

mahallini içerebilecek ulusal ya da yerel sınırlara ve suçun işlenme şekline karar verilemeyeceği gibi, neyin suç teşkil ettiğine dair açık bir kültürel anlaşma da mevcut değildir³⁸. Buna göre, İnternet fiilleri fiziksel dünyanın herhangi bir yerinde değil, ancak “siberuzay” denen yerde meydana gelmektedir. Şayet bu kuram kabul görseydi, yukarıda bahsi geçen problemlerin hiçbiri ortaya çıkmayacaktı. Ulusal hukukların yarışması fiilin siberuzayda gerçekleşmesi nedeniyle reddedilecek ve ihtilaf siberuzayın yasa ve teamüllerine göre çözülecekti³⁹.

Oysa, siberuzayı oluşturan tüm unsurlar, yani gerçek ve tüzel kişiler, söz konusu fiilin gerçekleştirilmesinde kullanılan bilgisayar ve iletişim araçları, fiziksel dünya varlıkları olarak mevcuttur ve fiziksel dünyada bir ya da daha fazla ülke mekanlarında konumlanmış durumdadırlar. Siberuzayı oluşturan bu maddi varlıklar İnternet fiilleri ile ilgili olarak devletlere ulusal hukuklarının uygulanmasına ya da mahkemelerinin yetkilerine dayanak sağlamaya yeterlidir.

III. FİZİKSEL DÜNYADA FİİL YERİNİN BELİRLENMESİ

Faaliyetlerin yerini belirlemek için kullanılan milletlerarası özel hukuk prensipleri nispeten basittir. Fiziksel dünyada, bu saptamanın en yaygın yapılabilmek yolu ilgili kişinin söz konusu fiili yaptığında nerede olduğunun belirlenmesidir. Aynı anda birden çok ülkede faaliyette bulunabilen çokuluslu tüzel kişiler için, milletlerarası özel hukuk uyarınca, söz konusu tüzel kişinin merkez ofisinin, şubesinin ya da irtibat bürosunun nerede bulunduğuna bağlı olarak bir takım kriterler söz konusudur.

Haksız fiillerde ise, uygulanacak kurallar daha basittir. Şöyle ki, genel olarak, haksız fiil sonucunda zararın meydana geldiği yer mahkemesi yetkilidir⁴⁰. Bununla beraber, haksız fiil nedeniyle zararın oluştuğu yer

³⁸ Barlow, J.P., “Selling Wine Without Bottles: The Economy of Mind on the Global Net”, http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/idea_economy.article. EN son görüntülendiği tarih 7 Eylül 2002.

³⁹ Johnston-Post, “Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford Law Review* 48 (1996), s. 1367.

⁴⁰ Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, 22 Aralık 2000, EC No 44/2001, Official Journal L 12,

mahkemesinde sadece meydana gelen zarar nedeniyle dava açmak mümkün olacaktır⁴¹. Türkiye’de açılacak davalar bakımından ise, bu aşağıda incelendiği üzere, davalının Türkiye’deki ikametgahı, en son oturduğu yer, malvarlığı veya teminatının bulunduğu yerin tespiti de yetkili mahkemenin saptanması için önemlidir.

III. İNTERNET DÜNYASINDA FİİL YERİNİN BELİRLENMESİ

İnternet üzerinden işlenen haksız fiilden doğan ihtilaflarda yetkili mahkeme ya (i) potansiyel olarak dünyadaki her ülke mahkemesi ya da (ii) söz konusu fiil ve taraflarla hiçbir gözle görülür bağlantısı olmadan, tamamen rastlantısal olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, haksız fiillerde, genel kurala göre haksız fiilin işlendiği ülke ve haksız fiilden kaynaklanan zararın meydana geldiği ülke mahkemesi yetkili kabul edilmektedir. İnternet söz konusu olduğunda ise, haksız fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği yer dünya üzerinde her yer olabilir. Bununla beraber, iletişim altyapısının İnternet kaynaklarına her yerden ulaşılabilirdiği için esnek bir yapıya sahip olması nedeniyle, haksız fiilin işlendiği yerin tespitinde, İnternet ile ilgili olarak genellikle bir çözüm getirilemediği ortadadır.

Yukarıda açıklandığı gibi, İnternet üzerinden iletişim ağı aracılığıyla meydana gelen her bir fiili gerçekleştirirken yapılan her bir işlem sabit altyapının (sunucular ve bunların iletişim bağlantıları) başka bir bölümünü kullanır ve bu sabit altyapı da ne ticari kullanıcılara aittir ne de onlar tarafından kullanılmaktadır. Bu nedenle, İnternet ortamında yapılan eylemlerin tam olarak nerede gerçekleştiğinin tespit edilmesi mümkün olamamaktadır.

16.01.2001 (“Hukuki ve Ticari Meselelere ilişkin Yetki, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Konsey Tüzüğü”- “Konsey Tüzüğü”), m. 5(3).

⁴¹ Shevill v. Presse Alliance (ECJ Case C-68/93) (1995) 2 AC 18

**GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDEN VE
ÖZELLİKLE İNTERNET ÜZERİNDEN İŞLENEN
HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN İHTİLAFLARDA
YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ**

I. TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukuku İnternet üzerinden ika edilen haksız fiillerle ilgili özel düzenlemeler içermemektedir. Bunun yerine, hukuk düzenimizin sıradan haksız fiillere uygulanan genel kurallarının İnternet aracılığıyla gerçekleşen haksız fiillere uygulanması söz konusudur ki, bu uygulama çıkan sorunların çözümünde yetersizdir. Zira İnternet'te işlenen bir haksız fiilin gündelik hayatta meydana gelen alelaide bir trafik kazası ile aynı hukuki düzenlemeye tabi tutulması kaydedilen teknolojik gelişime ve buna bağlı olarak gündelik hayatlarımızın uğradığı değişime cevap verememektedir. Halbuki, hukuki düzenlemelerin teknolojik gelişmelerle beraber genişlemesi ve değişime uğraması gerekir. Nasıl ki posta, telgraf ve telefonun hayatımıza girmesiyle beraber bunları düzenleyen hukuki düzenlemeler yapılmış ise, İnternet gibi gündelik hayatı ve ticareti çığır açacak şekilde değiştiren bir teknolojinin özel hukuki düzenlemeler olmaksızın veya mevcut düzenlemeler bu yeni teknolojiye uyumlandırılmaksızın kullanılması düşünülemez.

Yukarıdaki açıklama çerçevesinde, Türk hukukunda İnternet üzerinden ika edilen haksız fiillere uygulanabilecek genel düzenlemeleri aşağıdaki açıklamalar çerçevesinde ele alacağız.

**A. MÖHUK m. 27'YE GÖRE TÜRK MAHKEMELERİNİN
MİLLETLERARASI YETKİSİ**

Dava şartlarından sayılan yargı yetkisinin bulunmaması, Türk mahkemelerinin önlerine gelen davayı esas bakımından inceleyip karar vermelerini engeller. Oysa, milletlerarası yetki dava şartlarından sayılmadığı için, yargı yetkisi var ise, milletlerarası yetkinin mevcut olup olmadığı araştırılabilir. Böylece, her devletin kendi mahkemesinin milletlerarası yetkisini bizzat tayin etmesi ile belirlenen milletlerarası yetki, Türk hukuku

bakımından, yargı yetkisinin varlığı kaydıyla bir davaya hangi mahkemenin bakabileceğini gösterir.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesine göre, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*”⁴². Bu şekilde, milletlerarası yargı yetkisine sahip bir mahkemenin mevcudiyeti usul hukukuna göre yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığına bağlı olacak ve yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulunmazsa genel kural olarak milletlerarası yetkili bir mahkeme de bulunmayacaktır.

Haksız fiillerle ilgili olarak iç hukukun yer itibariyle özel yetki kuralları ise, HUMK’da ve sair düzenlemelerde yer alan kurallardır.

B. YER İTİBARIYLA YETKİ KURALLARINA GÖRE YETKİLİ MAHKEMELER

1. HUMK m. 21

HUMK m. 21 uyarınca, haksız fiilden (BK m. 41 vd) doğan davalar, haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinde açılabilir. Ancak, HUMK m. 21’de yer alan “*haksız fiilin vuku bulduğu yer*” deyiminin haksız fiilin gerçekleştiği yer olarak mı yoksa zararın meydana geldiği yer olarak mı yorumlanması gerektiği açık değildir. Doktrinde, HUMK 21. maddeye göre haksız fiilin ne olduğu ve haksız fiilin vukuundan ne anlaşılması gerektiğine *lex causae* tarafından değil ancak *lex fori* tarafından karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³. Buna göre, milletlerarası yetkiyi tesis edecek olan “haksız fiilin işlendiği yer”, Türk hukukuna göre belirlenmelidir. Doktrinindeki hakim görüşe göre⁴⁴, “haksız fiilin vuku bulduğu yer” deyimini fiilin esaslı

⁴² Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak bkz. 11. HD’nin E.983/3997, K.983/4487, T. 17.10.1983 tarihli kararı. Karar için bkz. Sakmar, A., et. al., *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları*, 3. bası, İstanbul 2001, s. 185.

⁴³ Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku*, 11. bası, İstanbul 2002, s. 365; Aysel Çelikel, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bası, İstanbul 2000, s. 282.

⁴⁴ Gürdoğan, B., “Selahiyet-Haksız Fiilin Vuku Bulduğu Yer”, 5 *Jurisdictio* (Kazai İçtihat), 1957, s. 490-491; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. bası, İstanbul 2001, s. 483; Necip, B., *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 2.bası, Ankara 1967, s.184; Nomer, E., s. 364-365; Ekşi, N., *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. bası, İstanbul 2000, s. 104.

unsurlarının gerçekleştiği yer olarak anlaşılmalıdır. “Fiil” ve “zarar” unsurları haksız fiil davalarında esaslı unsurlar olduğundan, bunlardan birinin gerçekleştiği bir yerde dava açılabilir⁴⁵. Yargıtay “vuku bulunduğu yer” deyimini “zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer” olarak anlamaktadır⁴⁶. Yayın ile maddi ve manevi kişilik haklarına saldırı haksız fiil olduğundan, fiile ilişkin dava HUMK’nun 21. maddesi gereğince haksız fiilin işlendiği veya sonucun ve zararın gerçekleştiği yerde açılmalıdır. Şayet haksız fiil bir gazetede veya gazetede yayımlanan bir ilan ile işlenmiş ise, gazetenin yayımlandığı ve satıldığı (dağıtıldığı) yerlerdeki mahkemelerin bu haksız fiilden doğan dava için yetkili olduğu Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir:

“Davacı, davalı sendikanın yayın organı olan (ve Ankara’da yayımlanan) gazetede çıkan yazı ile aynı sendika tarafından yazılıp dağıtılan bildiri dolayısıyla maruz kaldığı hakaret ve tehditten dolayı tazminat talep etmektedir. Hakaret ve tehdit fiilini ihtiva eden gazete ve beyannamenin (bildirinin) İstanbul’da da dağıtıldığında taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. O halde tazminat davasına konu olan haksız fiilin İstanbul’da işlenmiş olduğunun kabulü zorunludur. HUMK m. 21 gereğince haksız fiilden mütevellit dava o fiilin vuku bulunduğu mahal (İstanbul) mahkemesinde de açılabilir”⁴⁷.

“Davacı yayın yolu ile yapılan hakaret nedeniyle doğan manevi tazminatın ödetilmesini istediğinden, yetki konusunun Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu yönünden de incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Anılan Kanunun 8/4. maddesinde “takibi şikayetname verilmesine bağlı olup hakaret ve sövme suçlarından matbu tecavüze uğrayan kimsenin ikamet ettiği veya sakın olduğu yerde tevzi olunmuşsa oradaki mahkeme dahi salahiyetlidir” denilmektedir. Bu şekilde, takibi şikayete bağlı hakaret ve sövme suçlarında, mağdura seçimlik bir hak tanınmış, davasını neşir merkezi, ikametgah veya sakın olduğu mahallerde açmak olanağını kabul etmiştir. - HUMK’nun 21. maddesinde, haksız eylem zararından doğan davaların, eylemin vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Fiilin işlendiği yer deyiminin, fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı, sonucunun

⁴⁵ Ekşi, N., s. 104.

⁴⁶ 3. HD 24.12.1956, 8766/6523. Ayrıca bkz. Kuru, B., s. 483.

⁴⁷ 4. HD 13.2.1976, 1117/1477, naklen, Kuru, B., s. 483-484.

meydana geldiği yer olarak kabulü gerekmektedir. Gerçekten de, genellikle yurt çapında adı bilinenler dışında bir kimse, en çok oturduğu yerde tanınır. O kişiye ilişkin yayın organı nerede basılırsa basılsın, yayının konusu olay nerede geçerse geçsin, bu yayının sonunda daha çok onu bilenlerin ve tanıyanların çoğunlukla bulunduğu yer çevresinde kötü tanınmasına yol açma sonucunu doğurabilirler. Kişinin bu yolda halele uğrayan kişilik hakları da yayın sonucunda onun bulunduğu yerde zararı meydana getirmiş olur. Ayrıca bu yerde ceza davası açılabilmesi, kural olarak o suçun o yerde işlenmiş olması durumuna bağlıdır. Ceza mahkemesinin yetki sınırları içinde suçun işlenmiş olduğunun kabulü zararlandırıcı haksız eylemin o yerde işlendiğinin kabulünü zorunlu kılar. Az yukarıda değinildiği gibi, ceza davası davacının sakın olduğu ve gazetenin dağıtılmış bulunduğu Ankara Ceza Mahkemesinde de açılabilir. Uygulamada ve Öğretide kabul olunan kural budur (Prof. Necip Bile, Doç. Dr. Ergun Önen Medeni yargılama Hukuku Dersleri-1978-Sayfa 199-Prof. Dr. Baki Kuru-Hukuk Muhakemeleri Usulü 1979-Sayfa 319-320, Prof. Dr. Çetin Özek, Türk Basın Hukuku 1978-Sayfa 671, 4.Hukuk Dairesi 27.4.1971 gün 1971/4762, Esas 3915 Karar sayılı ilamı). O halde mahkemenin İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesini (davalılar vekili 9.3.1979 tarihli dilekçesinde İstanbul Zeytinburnu Kazası Hukuk Mahkemesini yetkili mahkeme olarak göstermiştir) yetkili kabul etmesi yasaya aykırıdır. Yapılacak iş, yetki itirazının reddi ile, işin esasının incelenmesinden ibarettir⁴⁸”.

Bu yetkinin, sadece haksız fiili işleyen yanı sıra, birlikte faillere, onların yardımcılarına ve bunların kanuni haleflerine karşı açılacak davalar için de geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.1957 tarihli ve 4/64-63 sayılı kararına göre:

“Haksız fiilden zarar gören işçiye zararını ödeyen ve ona kanunen halef olan Sosyal Sigortalar Kurumu, haksız fiili işleyene karşı haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde dava açabilir. -Çalıştırmanın (istihdam edenin), yanında çalıştırdığı kimsenin başkasına verdiği zarardan dolayı (mahkeme kararı ile) zarar görene, (başkasına) ödemiş olduğu paranın tahsili için, yanında çalıştırdığı kimseye (müstahdemine) karşı açacağı rücu davası (BK m. 55/II), haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de görülebilir⁴⁹.”

⁴⁸ 4. HD, 21.9.1979, 8610/10172, naklen, **Kuru**, B., s. 483-484.

⁴⁹ HGK'nın 9.10.1957 tarihli ve 4/64-63 sayılı kararı, naklen, **Kuru**, B., s. 485.

Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin ya da kesin değildir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 24.4.1967 tarihli 4033/3760 sayılı kararında bu hususu açıkça belirtmiştir:

“Usulün 21 nci maddesinde yazılı yetki kuralı tali bir kuraldır. Tali yetki kuralları davalının ikametgahı mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Davacı dilerse davalının ikametgahı mahkemesinde, dilerse haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açabilir”⁵⁰.

2. HUMK m. 9

Yukarıda belirtildiği gibi, HUMK m. 21 ile yetkilendirilen haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi kesin değildir. Genel yetki kuralı çerçevesinde ve aksine kanuni düzenleme bulunmadığı sürece her dava açıldığı tarihte davalının ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür (HUMK m. 9/I, c.1). HUMK m. 21’de belirlenen özel yetki kuralı, yani haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kural olarak genel yetkiyi kaldırmaz fakat genel yetki kuralı ile birlikte uygulanır. Böylece, davacı isterse genel yetki kuralına giderek davalının ikametgahındaki mahkemede isterse de özel yetki kuralı uyarınca yetkili olan haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde davasını açma imkanına sahiptir. Bu durum Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin ve Hukuk Genel Kurulu’nun kararlarında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Davalı davacıların desteğini (babalarını) Çatalzeytin’de öldürmüştür. Bu yönden taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı ikametgahının İstanbul’da bulunduğundan söz ederek yetki itirazında bulunmuş, mahkemece de yetki itirazı benimsenerek dava yetki yönünden reddedilmiş ise de, Usulün 21. maddesi hükmüne göre haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin de davaya bakmaya yetkili olduğuna ve dava da haksız fiilin işlendiği Çatalzeytin Mahkemesinde açıldığına göre, işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yetki yönünden davanın reddedilmesi, anılan 21. madde hükmüne aykırıdır”⁵¹.

⁵⁰ Naklen, **Kuru, B.**, s. 486. Ayrıca 3.HD’nin 21.5.1964 tarih ve 3861/2899 sayılı kararında ise *“Her ne kadar HUMK’nun 21 inci maddesinde haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabileceği belirtilmiş ise de, bu maddedeki yetki meselesi amme intizamı esasına dayanmamaktadır”* demek suretiyle yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. Güran et. al., İnternet ve Hukuk.

⁵¹ 4. HD 9.6.1983, 5049/6028, Yasa 1983/7, s. 1035.

“Usulün 21. maddesi hükmünce, haksız eylemden doğan tazminat davaları haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde de görülebilir. Ancak, anılan maddede öngörülen yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olmadığı gibi, kesin bir yetki kuralı da değildir. Hal böyle olunca haksız eylemden kaynaklanan bu davanın davalının ikametgahı mahkemesinde dahi görülmesine yasal bir engel yoktur. O halde, Usulün 9. maddesi hükmünce, davalının ikametgahında açılmış olan bu davanın görülmesi gerekir⁵²”.

Türkiye’de ikametgahı olanlara karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesi olduğundan, Türkiye’de ikametgahı olmayanlara karşı açılacak davaların da aynı prensip çerçevesinde davalının Türkiye’de oturduğu yer mahkemesinde açılması gerektiği belirtilmektedir⁵³. Buna göre, davalının ikametgahı belli değilse, davaya Türkiye’de en son oturduğu yer mahkemesinde bakılacaktır.

3. HUMK m. 16

İnternet üzerinden ika edilen haksız fiillerde haksız fiili işleyen kişinin fiilin mağdurunun bulunduğu coğrafyadan çok farklı bir yerde olması ve Türkiye’de ikametgahının olmaması çok sık karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu tür bir fiil karşısında dava yoluyla davalıdan istenecek başlıca taleplerden biri de tazminat olduğuna göre, tazminat davalarının nerde açılacağı önemli bir husus olarak karşımıza çıkar. HUMK’a göre, gayrimenkulün aynına ilişkin davalar hariç olmak üzere, Türkiye’de ikametgahı olmayanlara karşı açılacak malvarlığına ilişkin davalarda (her türlü mal ve alacak davaları), (i) davalı Türkiye’de oturmakta ise, dava davalının oturduğu yer mahkemesinde bakılır (HUMK m. 9/1, c.2; m. 16); şayet davalı Türkiye’de oturmuyorsa, (ii) davalının Türkiye’de malı varsa, malın bulunduğu yerde dava açılabilir⁵⁴. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 24 Mart 1995 tarihli kararında bu durum şu şekilde teyit edilmiştir:

“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 27. maddesi Türk Mahkemeleri’nin yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki

⁵² HGK 28.12.1983, 3/644-1408, YKD 1984/11 s. 1637-1639.

⁵³ Kuru, B., s. 406.

⁵⁴ Davalının Türkiye’de menkul veya gayrimenkul bir malı, hisse senedi, poliçe veya bono gibi bir kıymetli evrakı, telif hakkı veya ihtira beratı gibi bir hakkının olması ona karşı bu mal, senet veya hakların bulunduğu yerde dava açılması için yeterlidir.

kurallarının tayin edeceğini belirlemiş bulunmaktadır. Davacısı Türk, davalısı yabancı olan somut olayda, Türk Mahkemeleri'nin yetkisini düzenleyen İç Hukuk hükmü H.U.M.K.'nin 16. maddesi hükmü olup, davalı Türkiye'de ikamet etmemekte ve malum meskeni yoksa da, davanın konusunu oluşturan münazaalı şeyin (mal bedelinin) Demirbank T.A.Ş. İstanbul Şubesi nezdinde açılan akreditif tutarı olup, davalının dava açılmasından önce akreditif tutarının kendilerine ödendiğine dair bir delil ikame etmeyip kanıtlanmamış olmamasına ve mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı ile ödenmesinin dava sonuna kadar önlenmiş bulunmasına, böylece Türkiye'de bulunduğu kabulü gerekmesine göre, yukarıda anılan yasa hükmü icabı olarak mahkemenin uyuşmazlığın çözümünün yetkisi dahilinde kaldığını gözeterek, işin esasını inceleyip bir karara varması gerekir⁵⁵”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7 Nisan 1978 sayılı bozma kararında bozma gerekçesini aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

“Usulün 16. maddesi hükmünce Türkiye dahilinde malum ikametgahı olmayanlar aleyhindeki mal davaları Türkiye’de mukim oldukları mahal mahkemesinde ve Türkiye’de malum meskeni yoksa emvalinin veya münazaalı şeyin veya teminat varsa o teminatın bulunduğu mahal mahkemesinde bakılır. Olayda, dosyadaki kağıtlardan davalının T.C. Merkez Bankası’nda bloke edilmiş parası bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davaya bakılmak gerekirken yetki yönünden reddine ilişkin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır⁵⁶”.

Buna ilaveten, HUMK m. 16 uyarınca Türkiye’de oturmayan davalının Türkiye’de rehin, ipotek veya hapis hakkı gibi bir teminatı varsa, ona karşı teminatın bulunduğu yerde de dava açılabilir. Böylesi bir teminatın davalıya ait olması da şart değildir, üçüncü kişilerin davalı için göstermiş oldukları teminat da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁷.

Ancak, Türkiye’de ikametgahı olmayan davalı Türkiye’de oturmuyorsa, Türkiye’de malı veya teminatı da mevcut değilse ve dava konusu

⁵⁵ 19. HD kararı, E. 1994/6589, K. 1995/2726, T. 24.03.1995, Mevbank, mk:@MSITStore:contents.kho::19hd-1994-6589.htm.

⁵⁶ HGK kararı, E.1977/2-587, K. 1978/308, T. 07.04.1978, Mevbank, mk:@MSITStore:contents.kho::hgk-1977-2-587.htm.

⁵⁷ Kuru, B., s. 409.

Türkiye'deki bir mala ilişkin değilse, davalıya karşı m. 16'ya göre Türkiye'de dava açılması mümkün değildir.

4. MK 25

Eski Medeni Kanun'un 3444 sayılı yasa ile değişik 24/a maddesi ile beraber, şahsiyet (kişilik) haklarına tecavüz nedeniyle açılacak davalar için ek bir yetki kuralı getirilmiştir. Bu madde 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'da 25. madde olarak vücut bulmuş olup, buna göre, davacı, şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı ya da davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilir. Davacı, aynı zamanda maddi manevi tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca tecavüzden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmişse, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde açabilecektir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin sırasıyla 17 Haziran 1999 tarihli, 4866/5833 sayılı ve 3 Kasım 1999 tarihli, 7133/9341 sayılı kararlarında davacıya tanınan bu seçimlik hak teyit edilmiştir.

“Davacı kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı maddi manevi tazminat davasını kendi ikametgahı mahkemesinde açmıştır. Haksız fiile dayalı davalarda davacı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 21. maddesi uyarınca fiilin işlendiği yerde dava açabileceği gibi Medeni Kanunun 3444 sayılı Yasa ile değişik 24/1-IV maddesinde düzenlendiği gibi oturduğu yer mahkemesinde de açabilir. Davacı anılan yasal düzenlemeye göre oturduğu yer olan Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açtığına göre yerel mahkemece yetkisizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir⁵⁸”.

“Dava yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. - Davalı, süresi içinde oturduğu yerin Nevşehir olduğunu belirterek yetki itirazında bulunmuştur. Mahkemece dava yetki yönünden reddedilmiştir. - Yukarıda da açıklandığı üzere dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanmaktadır. Davacı, davayı açtığı ilçe sınırları içinde oturmaktadır. Davaya konu edilen yayının bölgesel bir televizyon kanalından yapıldığı kabul edilmiş olsa dahi, Medeni Kanun'un 3444 sayılı yasa ile değişik 24/a maddesinin 4. bendinde ifade edildiği üzere,

⁵⁸ 4. HD, 17.6.1999, 4866/5833 sayılı kararı, İKİD 1999/466, s. 14459.

kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, anılan madde ile HUMK'nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözüm yeri ile ilgili bulunan ve yedek kural niteliğindeki aynı yasanın 21. maddesine bir ayrıcalık getirilmiş bulunmaktadır. - Şu durumda, kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir. Bu seçeneklerden herhangi birisini kullanmak, bu tür davalarda davacıya tanınmış bir haktır. - Somut olayda davacı, bu seçimlik hakkını oturduğu yer mahkemesinde kullanmıştır. Bu hakkını kullanmanın yasal dayanağı da yukarıda belirtilmiştir. - Bu bakımdan işin esasının incelenerek karar vermek gerekirken yasa hükümlerine aykırı olarak yetkisizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir⁵⁹”.

5. Fikri ve Sınai Haklar Mevzuatı

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda özel bir yetki düzenlemesi mevcut değildir. Dolayısıyla, bu Kanunun uygulama alanına giren davalar bakımından yetkili mahkeme, HUMK'taki genel hükümlere göre belirlenecektir. Bununla beraber, bu Kanunun 66. maddesine 4110 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile, eser sahiplerinin tecavüzün ref'i ve men'i davalarını, kendi ikamet ettikleri (davacının ikametgahı mahkemesi) yer mahkemesinde de açabilecekleri öngörülmüştür.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 137. maddesinde⁶⁰; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 63. maddesinde⁶¹; 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 49. maddesinde⁶² birbirine paralel olarak yetkili mahkemeler saptanmıştır⁶³. Saptanan bu mahkemeler, MÖHUK m. 27 hükmü itibariyle aynı zamanda

⁵⁹ 4.HD'nin, 3.11.1999 tarihli ve 7133/9341 sayılı kararı, YKD, 2000/2, s. 201-202. Bu konuda diğer emsaller için bkz. Uyar, T., **Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) “Kişiler Hukuku”**, Ankara 2002, Cilt II, s. 1344 vd.).

⁶⁰ 551 sayılı KHK, RG. 27.6.1995, 22326.

⁶¹ 556 sayılı KHK, RG. 27.6.1995, 22326.

⁶² 555 sayılı KHK, RG. 27.6.1995, 22236.

⁶³ KHK'ler için bkz. 27.6.1995 tarihli ve 22326 sayılı RG.

uluslararası yetkiye sahip mahkemelerdir. KHK'lerin anılan maddelerine göre: patent sahibi, marka sahibi, işaret sahibi ve endüstriyel tasarım hakkı sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, "davacının ikametgahının bulunduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemeler"dir. Davacının Türkiye'de ikametgahı yoksa (veya davacı Türk vatandaşı değilse-554 ve 555 S.lı KHK'ler), yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Türk Patent Enstitüsü merkezinin bulunduğu yerdeki (Ankara) mahkemedir.

Patent, marka, coğrafi işaret veya tasarım sahibi ya da başvuru sahibinin davacı değil de davalı konumunda bulunduğu hallerde, yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesi olacaktır. Davalının Türkiye'de ikametgahının olmaması durumunda ise yetkili mahkeme; sicilde kayıtlı vekilin işyerindeki, eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitü merkezinin bulunduğu Ankara mahkemesidir. Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda ise, ilk davanın açıldığı mahal mahkemesi yetkili olacaktır.

Türkiye'de ikametgahı olan patent, marka, coğrafi işaret veya tasarım sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılacak davalar bakımından davacının; kendi ikametgahı mahkemesi ve eğer dava konusu fiil suç teşkil ediyorsa, suçun işlendiği mahal mahkemesi veya zararın meydana geldiği yer mahkemeleri arasında seçim hakkı vardır. Ancak, davacının Türkiye'de ikametgahı yoksa, yetkili mahkeme öncelikle sicilde kayıtlı olan vekilin işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitü merkezinin bulunduğu Ankara mahkemelerinde dava açılabilir.

Şanlı, MÖHUK m. 27 uyarınca aynı zamanda uluslararası yetkiyi de gösteren fikri ve sınai haklarla ilgili mevzuatta yer alan yer itibarıyla yetki kurallarının, marka, patent, tasarım veya coğrafi işaretlerin tescil, terkin, iptal veya tashihine ya da tecavüzün önlenmesi veya tespitine veya haksız olarak söz konusu haklara konu yapılan mallara el konulmasına ilişkin davalar bakımından, tazminat davaları hariç olmak üzere, MÖHUK m. 31 ve m. 38/b anlamında Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili mahkemeler oldukları kanaatindedir⁶⁴. Buna göre, bu hususlarda nihai yerel ve uluslararası yetkili

⁶⁴ Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 2. bası, İstanbul 2002, s. 127.

mahkeme, Türk Patent Enstitüsü'nün merkezinin bulunduğu Ankara mahkemeleri olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında durumu özetlersek, Türk hukukuna göre, İnternet üzerinden bir haksız fiil işlendiğinde hem haksız fiilin işlendiği yer hem de zararın meydana geldiği yer mahkemesi yetkilidir. Anılan yerlerden birisinin Türkiye'de olması durumunda Türk mahkemelerinin yetkisi söz konusu olacaktır. Genel yetki kurallarına göre, davalının ikametgahı mahkemesinde, davalının Türkiye'de ikametgahı yoksa, davalının Türkiye'de oturduğu, malının ya da menkul/gayrimenkul mallar üzerinde teminatının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. Şahsiyet haklarına bir tecavüz olması halinde ise, davacı ister kendi isterse de davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilir. Fikri ve sınai haklar mevzuatı çerçevesinde ise, yetkili mahkeme davacının ikametgahının bulunduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yer mahkemeleridir. Davacının Türkiye'de ikametgahı yoksa, sicilde kayıtlı vekilinin iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi ve vekillik kaydı silinmişse de Türk Patent Enstitüsü merkezinin bulunduğu Ankara mahkemesi olacaktır. Türk Patent Enstitüsü'nde kayıtlı şahıs davacı değil de davalı ise, yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesi, Türkiye'de ikametgahı yoksa, sicilde kayıtlı vekilinin iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi ve vekillik kaydı silinmişse de Türk Patent Enstitüsü merkezinin bulunduğu Ankara mahkemesi olacaktır.

C. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü gibi, Türk hukukunun İnternet üzerinden işlenen bir haksız fiil karşısında sunduğu çözüm önerisi herhangi bir haksız fiil karşısında uygulanacak kurallardan ibarettir. Alelade bir trafik kazası ile İnternet üzerinden işlenen bir haksız fiil arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu durumda, haksız fiilin ika edildiği ya da zararın meydana geldiği yer Türkiye'de ise, haksız fiilin mağduru Türkiye'de dava açabilecektir. Oysa bu durum, pratikte, haksız fiili işleyen failin dünyanın hiç bilmediği ve mağdurun bulunabileceğini tahmin edemeyeceği bir yerinde yargılanabilmesine yol açabilecektir. Örneğin, Kenya'nın bir kasabasında yaşayan bir kişinin İnternet üzerinden bir haksız fiil işlediğini, aynı kasabada yaşayan bir tanıdığı ile ilgili hakaretler içeren bir açıklamayı bir web sitesine yollayarak yayınladığını varsayalım. Şayet web sitesindeki açıklamalarla hakarete uğrayan bu kişi web

sitesini Türkiye'ye yaptığı bir seyahat sırasında ya da başka bir ülkeye giderken sadece bir kaç saat kalacağı İstanbul'da görüntülense, maruz kaldığı hakaretler Türkiye toprakları içinde görüntülenecek ve Türk mahkemelerini yetkili kılacak unsurlardan birisi, yani zararın Türkiye'de oluşması unsuru, teknik olarak gerçekleşmiş olacaktır. Türkiye'de ikamet etmeyen ve hatta Türkiye ile hiçbir bağlantısı olmayan bir kişinin Türk hukukunun kendisine tanıdığı dava açma hakkını kullanması durumunda ve buna benzer davaların artmasıyla, Türk mahkemelerinin iş yükünün gereksiz bir şekilde artacağına şüphe yoktur. Bu durum, haksız fiili işleyen kişinin de hiç bilmediği, fiili yöneltmediği, farklı bir kıtada yer alan bir ülkede yargılanması anlamına gelecektir ki, yargılandığı ülkede kendini savunması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Böylece, İnternet üzerinden işlenen haksız fiillere sıradan haksız fiillerden farklı davranılmaması hak ve nesafet ilkelerine aykırı durumların doğmasına ve Türk mahkemelerinin zaten yeterince dolu olan iş yükünün daha da artmasına sebep olabilecektir.

Türk hukukunda, yabancı unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmamışsa ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku ya da sözleşmenin en yakın irtibatla bulunduğu yer hukuku ve bir haksız fiil söz konusu olduğunda da haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile en yakın irtibat halinde olan ülkenin hukuku uygulanabiliyor⁶⁵. Bu durumda, yabancı unsurlu bir haksız fiilden doğan ihtilaf söz konusu olduğunda da yetkili mahkemenin haksız fiilden doğan borç ilişkisinin en yakın irtibat halinde olduğu yer mahkemesi olması, özellikle İnternet üzerinden işlenen haksız fiiller düşünüldüğünde, yerinde ve hak ve nesafet kurallarına uygun olacaktır.

Türkiye'de İnternet kullanan kitle ve dolayısıyla İnternet'in kullanım alanı her geçen gün genişlemektedir. Hayatımızda giderek daha önemli bir alan kaplayan İnternet'in ve getirdiği kendine özgü sorunların hukuk sistemimiz tarafından tanınması ve mevcut hukuki düzenlemelerimizin bu kapsamda revize edilerek zenginleştirilmesi karşılaşılabilecek sorunların kalıcı olarak çözülmesi için gereklidir.

II. ABD HUKUKUNDA

⁶⁵ Bkz. MÖHUK m. 24 ve 25.

Federal bir devlet olan ABD’de, uluslararası yetkiden önce, eyaletler arası yetkili mahkeme hususu tartışılmalıdır. Dolayısıyla, çözülmesi gereken mesele İnternet bağlantılı faaliyetler yürüten bir kişi ya da kurum aleyhinde, herhangi bir eyalet ya da ülkede, özellikle de fiziki varlığının olmadığı bir eyalet ya da ülke sınırları içerisinde dava açılıp açılmayacağı sorusu ile ilgilidir. Örneğin, eğer bir şirketin merkezi Delaware’de iken aynı şirketin, ABD’de herhangi bir yerden ulaşılabilecek bir web sitesi var ise, bu şirket aleyhinde herhangi bir eyalette dava açılabilir mi? Bu soruyu cevaplandırabilmek için Amerikan Mahkemelerince karara bağlanmış farklı davaları incelemek gerekmektedir.

ABD hukukunda, federal bir mesele olması halinde davanın federal mahkemelerde açılması dışında, daha çok haksız fiillerle ilgili eyalet bazında farklı yetki düzenlemeleri [*long-arm* yasaları, bkz. aşağıda (B)] vardır, ancak, yetki ile ilgili genel prensip davanın açıldığı mahkemenin dava konusu ile ilgili olarak yetkisinin ve davalı üzerinde kişisel yargılama yetkisinin (*personal jurisdiction*) mevcut olması gereğidir⁶⁶. Belirtmek gerekir ki Amerikan mahkemelerinin önüne gelen ve aşağıda incelenecek olan davaların birçoğu, telif hakları yasasının çiğnenmesi⁶⁷, pornografik materyallerin satışı⁶⁸ ve İnternet üzerinden kumarhane işletmeciliği⁶⁹ gibi konularla ilgilidir. Bu nedenle, İnternet ile ilgili meselelerde uygulanabilir çözümlerin birçoğu, başta belirtilen diğer emsallerden esinlenerek ortaya çıkarılmıştır.

A. KİŞİSEL YARGILAMA YETKİSİ (*Personal Jurisdiction*)

⁶⁶ Bkz. Ruhrgas AG v. Marathon Oil Co., 526 U.S. 574, 577 (1999); **The Barbri Bar Review Conviser Mini Review NY, Sections on Federal Jurisdiction and Procedure and Multi-State Torts**, NY 2000.

⁶⁷ Inset Systems, Inc., v. Instruction Set, Inc., 937 F. Supp. (D. Conn. 1996), Bensusan Restaurant Corp. v. King, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), aff’d 126 F.3d 25 (2d D., 1997), Zippo Manufacturin co .v. Zippo Dot Com .Inc., 952 F. Supp. 1119, 1123 (W.D. Pa. 1997), Hasbro, Inc., v. Clue Computing, Inc., 994 F. Supp. 34 (D. Mass. 1997), Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc., 960 F. Supp. 456 (D.Mass. 1997), Cybersell, Inc., v. Cybersell, Inc., 130 F.3d 414, 418 (9 D., 1997), Millennium Enterprises, Inc. v. Millennium Music, LP, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Ore. 1999).

⁶⁸ United States v. Thomas, 74 F.3d 701, 706-707 (6. Cir., 1996).

⁶⁹ Minnesota v. Granite Gate Resorts, Inc., 1996 WL 767431 (Minn. State Court, 1996). aff’d , 568 N.W.2d 715

ABD’de, genelde bir mahkemenin, yabancı bir kişi veya kurumu ilgilendiren faaliyetlerde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözüme kavuşturabilmesi ve karar alabilmesi için, söz konusu kişi veya kurum hakkında kişisel yargı yetkisine sahip olması gerekir. Mahkemeler, ancak buldukları eyalette fiziki olarak var olan bir kişi veya kurumu yargılayabilirler⁷⁰. Ancak eyalette bulunma, oldukça lafzı değerlendirilerek, geçici de olsa, herhangi bir nedenle fiziksel olarak o eyalette bulunma olarak anlaşılmaktadır. Buna, aktarılan (“*transient*”) ya da kovalayan (“*tag*”) yetki denmektedir⁷¹.

Ancak *Burger King* davasında⁷² mahkeme, “*davalı, mahkemenin yapıldığı eyalette fiziki olarak bulunmadığı*” gerekçesiyle mahkemenin yetkili olmadığını söyleyemeyeceğine karar vermiştir⁷³.

Bu nedenle mahkemeler, buldukları eyalette fiziki olarak var olmayan bir davalı ile ilgili karar alabilirler, ancak bunun için de davalının söz konusu eyalet ile mutlaka bir bağlantısı bulunmalıdır⁷⁴. Belirtilen kararlarda, kişinin söz konusu eyalet ile bağlantısının sürekli ve sistematik (fiziki varlığın bulunması veya söz konusu ülkenin vatandaşı olmak gibi) veya daha aralıklı olabileceği ortaya konmuştur.

Birinci durumda mahkemeler, davalı hakkında genel bir karar, ikinci durumda ise, davaya özgü belirli bir karar alabilirler. Genel yargılama yetkisi bir mahkemeye, davanın açıldığı eyalette ikamet etmeyen ancak bu eyalette “*sürekli ve sistematik faaliyetler*”de bulunmuş bir davalı hakkında, söz konusu eyalet/ülke dışındaki faaliyetlerinden dolayı, kişisel yargılama hakkını vermektedir⁷⁵.

Genel yargılama yetkisinin olmadığı durumda davalara özgü belirli kararlar ise bir mahkemeye, davanın açıldığı eyalette ikamet etmeyen ancak bu eyalet ile *International Shoe*’ya göre “*ilişkisi, minimum koşullara uygun*”

⁷⁰ Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878).

⁷¹ Bkz. Fed. R. Civ. P. 4(e)(2); Glannon, J.W., *Civil Procedure: Examples and Explanations*, 3. ed. Gaithersburg, MD 1997, s. 15.

⁷² Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985).

⁷³ Bkz. ibid, s. 470

⁷⁴ International Shoe v. Washington, 326 U.S. 310, (1945).

⁷⁵ Helicopteros Nacionales De Columbia, S.A. v. Hall, 466 U.S. 408, (1984)

bir davalı hakkında, söz konusu eyalet faaliyetlerinden dolayı, kişisel yargılama hakkını vermektedir⁷⁶.

Bir web sitesi veya İnternet bağlantılı faaliyetin yürütülmesine dayanılarak genel bir yargı yetkisinin bulunduğu herhangi bir dava yoktur. McDonough kararında, California Mahkemesi, ihtilafa ilişkin olarak genel yargı yetkisini kullanmaktan kaçınmıştır⁷⁷. Mahkeme, buna neden olarak, “İnternet üzerinden bilgisayar ile kurulacak enteraktif bağlantıların yargılama yetkisinin kullanımına neden olmasının, şahsi yetki müessesinin içini boşaltacağını” göstermiştir⁷⁸.

Bundan dolayı mahkemeler, İnternet üzerinden yapılan fiillerle ilgili meselelerde, davalara özgü belirli yargılama yetkilerini kullanacaklardır.

Bundan sonra cevabı bulunması gereken soru, mahkemelerin kişisel yargılama yetkilerini, İnternet bağlantılı faaliyetler ile ilgili davalılar üzerinde ne zaman kullanacaklarıdır. Bu hususu ve International Shoe davası⁷⁹ ile ortaya çıkan ‘asgari ilişkiler’ teorisini aşağıda inceleyeceğiz.

B. KİŞİSEL YARGILAMA YETKİSİNİN UYGULANMASI

Önceki paragraflarda belirtildiği gibi, bir davalının kişisel yargılamaya tabi olması için söz konusu davalının, mahkemenin yapıldığı bölgede fiziki olarak bulunması zorunlu değildir⁸⁰. Ancak, eyalet dışındaki bir davalı üzerinde kişisel yargılama yetkisinin olup olmadığını belirlemek için şu iki sorunun cevabını bulmak gerekir: birinci soru, mahkemenin yapıldığı eyaletin “uzun kol” diye adlandırılan (*long arm*)⁸¹ yasalarının, yargılama yetkisinin

⁷⁶ Bkz., International Shoe, 326 U.S., sayfa 310, ve Zippo 952 F. Supp, sayfa 1123. Bu dava ile sabit olmuştur ki, yabancı bir şirket aleyhine bir eyalette dava açılabilmesi için, söz konusu bu şirketin kendisine karşı dava açılan bu eyalette asgari düzeyde de olsa bir faaliyette bulunarak “mevcut” olması gerekmektedir.

⁷⁷ McDonough v. Fallon McElligott, Inc. 40 U.S..P.Q.2D 1826 (S.D.Cal. 1996).

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Bkz. International Shoe, 326 U.S. 310

⁸⁰ Ibid. , s. 311.

⁸¹ “Long arm” yasaları çeşitli eyaletlerin o eyalette ikamet etmeyen ancak bizzat ya da vekil aracılığıyla o eyalette bulunan ve çeşitli faaliyetlerde bulunan kişi ve şirketleri şahsi yetkiye dayanarak yargılayabilmelerini sağlayan yasalardır. Bkz. International Shoe supra 48.

uygulanmasına imkan verip vermediği; ikincisi ise, kişisel yargılama yetkisinin kullanımının federal yasalara uygun olup olmadığıdır⁸². *Long arm* yasaları eyalet mahkemelerine, yabancı şahıs ve kurumları mahkemeye celbetme yetkisini vermektedir⁸³. Ancak bu yetki sınırsız değildir. Çünkü aksi taktirde, hakimlerin isteği üzerine bireyler mahkemelere celbedilerek, kamusal hak ve özgürlüklerde ciddi ihlaller söz konusu olabilirdi. Bu nedenle, yabancı şahıslar üzerinde kişisel yargılama yetkisinin kullanımında ikinci bir engel vardır. Bu engel, yargılama yetkisinin federal düzenlemelere ve kanuni prosedüre uygunluk göstermesi gerekliliğidir.

Bir davanın hukuk kurallarına göre yürütülmesi için davalının (eğer mahkemenin yapıldığı eyalette değil ise), geleneksel hak ve nesafet ve gerçek adalet normlarına ters düşülmeyecek şekilde, söz konusu eyalet ile asgari seviyede ilişkisinin bulunması gerekir⁸⁴. Bu bağlamda, Hukuka Uygun Usul (*Due Process Clause*⁸⁵), potansiyel davalılara yapacakları eylemleri sonucunda nasıl bir sorumlulukla karşı karşıya kalacaklarına dair güvence

⁸² Fireman's Fund Ins. Co. v. National Bank of Cooperatives, 103 F.3d 888, 893 (9. Bölge Mah. 1996); Chan v. Society Expeditions, Inc., 39 F.3d 1398, 1404-05 (9. Bölge Mah. 1994).

⁸³ Bkz., **Baicker**, Steven; **McKee**, William Janssen; **Corr**, John B., Federal Civil Rules Handbook, § 2.5, St. Paul, Minnesota 2000 ed.

⁸⁴ International Shoe, 326 U.S., 311.

⁸⁵ ABD Anayasasında biri "5th Amendment" olarak federal hükümete diğeri de "14th Amendment" başlığı altında kişilerin devletin eylemlerine karşı korunmasına ilişkin olmak üzere iki adet "*due process clause*" vardır. Bu maddelerle ilgili olarak usuli ve esas bakımından iki hususiyet vardır. Bu maddelerle kişilere, usuli bakımdan, adil bir muhakeme usulüne tabi olacaklarına ve esas bakımından ise, kişilerin mülkiyet haklarına hükümet tarafından haksız bir müdahale ya da mülkiyete el koymanın gerçekleşmeyeceğine dair bir güvence verilmektedir. Benzer maddeler bir çok eyalet anayasasında mevcuttur. Bkz. **Black's Law Dictionary**, Centennial Edition, 11th Reprint 1997, s. 500. Her ne kadar sözlük tanımı "*due process*"i usuli bir kavram gibi gösterse de, uygulamada ve doktrinde, "*due process*"in "derin ahlaki inançlar çerçevesinde neyin adil olup neyin olmadığına ve temelde hakkaniyete" ilişkin bir kavram olduğu, kongrenin keyfi düzenlemeleri yasalaştırmak suretiyle "*due process*" haline getiremeyeceği, ve anayasadaki bu maddelerin yürütme üzerinde olduğu kadar yasama gücü üzerinde de [bu organlara verilen yetkinin kullanılması konusunda] bir sınırlama getirdiği söylenmektedir. Bkz. U.S. Constitution: Fifth Amendment: Annotations, History and Scope of Dur Process, s. 11 vd., <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/11.html>. En son ziyaret edildiği tarih 7.3.2003.

sunarak onlara eylemlerini buna göre şekillendirme şansı vermek için hukuk sistemine dahil edilmiştir⁸⁶.

Eyalet dışındaki bir davalı üzerinde kişisel yargılama yetkisinin varlığını saptamak için mahkemeler, davalının bulunduğu eyalette bilinçli bir şekilde faaliyette bulunup bulunmadığı ve kendisinin de bu eyaletteki bir mahkemeye sevk edilmesini doğal bir durum olmasını sağlayıp sağlamadığını, incelemeye çalışmışlardır⁸⁷. Eğer davalı bu şekilde faaliyette bulunmuşsa, söz konusu kişi üzerinde kişisel yargılama yetkisinin uygulanması adil ve *Due Process Clause*'a göre yasal açıdan geçerli olacaktır, çünkü davalı, söz konusu ülkenin yasalarına göre yargılanabileceği gerçeğini yaptığı faaliyetlerden dolayı kabul etmektedir⁸⁸.

İnternet üzerinden yapılan *e-commerce* ile ilgili meselelerde ortaya çıkan problem ise, İnternet bağlantılı faaliyetlerde bulunan bir kurumun, davanın görüldüğü eyalette yürüttüğü faaliyetler aracılığıyla ticari yarar sağlamışsa, söz konusu eyalet ile yeterli düzeyde ilişkisi bulunup bulunmadığını ve var ise, bu ilişkinin ne zaman ortaya çıktığını belirlemektir. Bir web sitesinin idaresi, kişisel yargılama yetkisinin kullanımını için yeterli midir yoksa bundan daha fazlası mı gereklidir? Problemin ana kaynağı budur, çünkü mahkemeler henüz yabancı bir şahıs veya kurum için kişisel yargılama yetkisinin kullanımına ilişkin belirli standartlar üzerinde uzlaşmamışlardır. Bir yazarın belirttiği gibi, “*karmaşık durumdaki günümüz içtihat hukuku, tutarlı, rasyonel ve uzlaştırmacı değildir.*”⁸⁹.

C. WEB SAYFALARINDAN KAYNAKLANAN YARGILAMA YETKİSİ

Sadece bir web sitesine sahip olmanın yargılama yetkisinin kullanılması için o eyalette “mevcut olma” kıstasını tatmin edip etmeyeceği ya da gerekli olan “asgari temas” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önemli bir

⁸⁶ U.S.C.A. Const. Amends.5; U.S.C.A. Const. Amends. 14.

⁸⁷ World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 (1980), Burger King, 471 U.S., 465, International Shoe, 326 U.S., 311.

⁸⁸ Bkz. yukarıda sözü geçen tüm davalar.

⁸⁹ Stravitz, H.B., “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Something more is Required on the Electronic Stream of Commerce”, 49 S.C.L.Rev. 925, 939 (1998).

sorudur. Bu soruyu anlayabilmek için, İnternet'in teknik işleyişinin tekrar hatırlanması gerekmektedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi, eyalette ikamet etmeyen bir davalı üzerinde kişisel yargılama yetkisinin kullanılabilmesi için, davalının ya (1) davanın açıldığı eyalette "esaslı, sürekli ve sistematik" varlığı olmalı -ki mahkemenin davalı üzerinde genel dava yetkisi oluşabilsin- ya da (2) davanın açıldığı eyalette belli "asgari temaslar"ı mevcut olmalı -ki "davanın açılması ile hak ve nesafet ve hukukun genel prensipleri zarar görmesin"⁹⁰. Bu çerçevede, bir kişi ya da işletmenin web sayfası aracılığıyla sürekli ve sistematik bir şekilde bir eyalette mevcut olduğuna karar verilebilmesi için, mahkemenin sadece [davanın açılması tasarlanan eyaletten] web sayfasının aldığı vuruşların ya da ziyaretçi müşterilerin sayısına bakması yeterli olmayacak ve "şartların bütününe" bakarak, davalı, mahkeme ve dava arasındaki ilişkiyi değerlendirmesi gerekecektir. ("Vuruş" web sayfasında yapılan bir yüklemidir. Pratikte, web sayfası tarafından spesifik olarak talep edilmediği sürece bir "vuruş"un nereden kaynaklandığını belirlemek imkansızdır)⁹¹. Bir dergi yayıncısının durumuna benzer olarak, bir işletmenin web sayfası nedeniyle belli bir eyaletten kayda değer oranda müşteri elde etmesi halinde bu müşterilerin ikamet ettiği eyalette açılacak bir davada kendini savunmak durumunda kalabileceğini öngörebilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹².

Genel yetkiye sebebiyet verecek belli bir vuruş sayısı olmamakla beraber, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin (*the United States Supreme Court*) verdiği bir karara göre, bir eyalette 10-15 bin dergi satan bir yayıncının dergide yazan bilgilerin doğruluğuyla ilgili olarak söz konusu eyalet mahkemesinde hesap vermek durumunda kalacağını makul olarak tahmin edebilmesi gerekmektedir⁹³. Zira, web sayfasına koyulan bilginin

⁹⁰ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

⁹¹ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984).

⁹² **Hernandez, D.F./May, D.**, "Personal Jurisdiction and the Net: Does Your Website Subject You to the Laws of Every State in the Union?" *Los Angeles Daily Journal*, 15 Temmuz 1996.

⁹³ *Keeton v. Hustler*, 465 U.S., 770. 780-781 (1978).

“uyuyan” doğası, web sayfasının üyelere değil de üyelerin web sayfasına “gittiğine” işaret etmektedir⁹⁴.

Yargılama yetkisinin daha sınırlı “asgari temaslar”a dayalı olduğu hallerde ise, yabancı kişi davalının (1) “kasti olarak faaliyetlerini davanın açıldığı eyalet ya da eyalette yaşayanlara yöneltmesi/burada bir takım muameleler gerçekleştirmesi”, (2) davanın davalının söz konusu eyalette yaptığı faaliyetlerden kaynaklanması, ve (3) yargılama yetkisinin kullanılmasının adil ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir⁹⁵.

California Software, Inc. v. Reliability Research davasında⁹⁶, mahkeme, bir bülten tahtası servisine koyulmuş bir ifadeyle ilgili olarak verdiği kararında “*eyaletler arası iletişim araçları kullanılarak sadece bilgi iletiminde bulunulması yargılama yetkisinin tesis edilmesi için yeterli değildir*” demiştir.

Bununla beraber, şayet web sayfasına koyulan mesaj yabancı bir eyalet vatandaşına yönelik karalama ya da hakaret içeriyorsa, bu kişinin ikamet ettiği yer mahkemesi bu tek mesaja istinaden yargılama yetkisi olduğunu iddia ederek davaya bakabilir. *Calder* davasında, Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), *National Enquirer*’ın oyuncu Shirley Jones ile ilgili bastığı bir yazı ile ilgili aldığı kararında, gazeteciler Jones’un Kaliforniya’da oturduğunu ve çalıştığını ve haksız fiil teşkil eden yayınlanan yazı nedeniyle zarara da Bayan Jones tarafından burada maruz kalınacağını bildikleri için “*yazılarının doğruluğu ile ilgili beyanda bulunmak üzere mahkemeye çağırılacaklarını tahmin etmeleri gerektiğini*” ifade etmiştir⁹⁷.

Brainerd v. Governors of the University of Alberta davasında⁹⁸ da görüldüğü gibi, bilginin davalı tarafından aktif olarak “*yayılmadığı*” gerçeği bir fark yaratmayacaktır. Bu davada mahkeme, University of Alberta’nın başkan yardımcısının eski bir fakülte görevlisine ilişkin yaptığı telefon

⁹⁴ Bu konuda bkz. *Thomas P. Gonzalez v. Consejo Nacional de Produccion de Costa Rica*, 614 F.2d 1247, 1254 (9th Cir. 1980) davası. (burada mahkeme sadece posta, telefon ve diğer uluslararası iletişim araçlarının kullanılmasının genel yargılama yetkisine sebebiyet verecek bir aktivite olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir).

⁹⁵ Bkz. *Core-Vent v. Nobel Industries AB*, 11 F.3d 1482, 1485 (9th Cir. 1993).

⁹⁶ 631 F. Supp. 1356, 1361 (C.D. Cal. 1986).

⁹⁷ 465 U.S. at 789.

⁹⁸ 873 F.2d 1257 (9th Cir. 1989).

görüşmesinde yapılan (bu görevli hakkında) “karalama” iddiası, başkan yardımcısı ve üniversitenin Arizona mahkemesinde yargılanarak ifadelerinin doğruluğu hakkında savunmalarının alınmasına yetmiştir. Bu davada ilginç olan nokta, telefon görüşmesinin Arizona’dan Alberta’ya yapılmasına rağmen, davalının yaptığı “karalayıcı” ifade Arizona’ya “yöneltilmişti”, ki bu da davaya bakan mahkemenin bulunduğu eyalete “*kasti olarak yöneltilmiş bir eylem*” olarak değerlendirilerek yargılama yetkisini doğurmak için yeterli bulunmuştur. Web sayfası ile ilgili olarak ise, bilgi alıcıya doğru akmamakla beraber, web sayfasında asılı durarak izleyicinin görmesi mümkündür. Böylece, New York kaynaklı bir web sayfasında bir Kaliforniya vatandaşı ile ilgili “karalayıcı” bir açıklama yer alırsa, ama web sayfasını izleyebilecek tek kişi Florida’da ikamet ediyorsa, yargılama yetkisini kullanma konusunda karar verecek olan mahkemenin web sayfası sahibi üzerinde yargılama yetkisini kullanırken çok dikkatli olması gerekir çünkü bu örnek ile yukarıda verilen örnekler arasında önemli farklar vardır.

Telif hakkı, marka ya da özel hayata tecavüz davaları söz konusu olduğunda, web sayfasının içeriğine bakarak Calder testi uyarınca yargılama yetkisi bakımından aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak nispeten kolaydır⁹⁹.

Belirtildiği gibi, yargılama yetkisine karar verirken mahkemenin “asgari temas” testine ek olarak yetkiye karar vermenin hakkaniyet ve gerçek adalet prensiplerine aykırı olmadığını belirlemesi gerekmektedir. *Core-Vent Corp.* davasında¹⁰⁰, mahkeme iki İsveçli doktor üzerinde uygulanan yargılama yetkisinin adil olup olmadığını belirleyebilmek için yedi unsur belirlemiştir. Bunlar: (1) davalıların yetkili mahkemenin bulunduğu eyaletin işlerine bilinçli olarak müdahale derecesi; (2) davalıların yetkili mahkemedeki ispat mükellefiyetleri; (3) davalının eyaletinin ihtilafı bağlantısı; (4) yetkisi tartışılan mahkemenin davayı yargılamadaki menfaati; (5) ihtilafı çözmenin en etkili yargısal yol oluşu; (6) davacının menfaati bakımından uygun ve etkili çare olarak önemli bir yargılama zemini teşkil etmesi; ve (7) alternatif bir

⁹⁹ Bkz., örneğin, *Thomas Jackson Publishing, Inc. v. Buckner davası*, 625 F. Supp. 1044, 227 U.S.P.Q. 1048 (D. Neb. 1985). Bu davada, Nebraska mahkemesi davalının davacının kullanımı telif hakkına tabi şarkısını izinsiz kullanmasının “bilinçli olarak davacıya yöneltilmiş” belirterek yargılama yetkisini kullanmaya karar vermiştir.

¹⁰⁰ 11 F.3d at 1487-88.

mahkemenin varlığı. Tüm bu unsurların birbiri karşısında nasıl bir dengeye oturduğuna bakan mahkeme yetkisi hakkında bir karara ulaşmalıdır.

Her halükarda, yetki konusunda yapılacak tahlillerin tahlili yapan kişiyi kesinliği olmayan bir sonuca götüreceği kuvvetle muhtemel olmakla beraber, İnternet'in kendine özgü yapısı göz önüne alınınca, mahkemelerin sadece bir web sayfasının varlığına dayanarak yargılama yetkilerinin olduğuna karar vermekte acele etmemelerinde yarar görmekteyiz. Web sayfasının içeriğinin, iftira davalarında olduğu gibi, bir eyaletin vatandaşıyla ilgili olduğu davalarda dahi, mahkemenin web sayfasındaki bilginin davacıya mı yöneltildiği yoksa siberuzayda dolaşan bir bilgidен mi ibaret olduğu konusunda bir sonuca ulaşmadan yargılama yetkisinin mevcudiyeti hakkında karar almaması gerektiği savunulmaktadır.

İnternet üzerinden yapılan faaliyet ve fiillerde konumuza ilişkin olarak Amerikan mahkemelerince benimsenen farklı yaklaşımları daha iyi anlayabilmek için, mahkemenin üzerinde yargılama yetkisini kullanmasının söz konusu olduğu 3 farklı davalı tipi üzerinde durmakta fayda görüyoruz. Bunlar: (i) sadece *web* sitesi reklamcılığı yapan bir davalı; (ii) İnternet üzerinden faaliyet gösteren, iş ve ticaret yapan bir davalı; ve son olarak, (iii) enteraktif bir *web* sitesi işleten ve kullanıcılarına ana bilgisayar ile enteraktif bir şekilde veri alışverişine imkan veren davalı.

Zippo davasından anlaşıldığına göre bu 3 farklı durum, bir "hareketli skala" ile incelenebilir¹⁰¹. Söz konusu davada alınan karara göre, "*kişisel yargılama yetkisinin anayasal olarak uygulanabilirliği, kişi veya kurumun İnternet üzerinden yaptığı faaliyetlerin içeriği ve kalitesi ile doğrudan ilişkildir*"¹⁰². Her bir durum ayrı olarak incelenmiştir:

1. Web Sitesi Reklamcılığı

Bir web sitesinin veya genel kabul gören deyişle "broşür siteleri" veya "iş kartları"nın İnternet üzerinden yayınlanması ile ilgili olarak çıkan sorunlar her geçen gün daha da artmaktadır. Bu tip web siteleri sadece, bunları işleten kurumlar hakkında bilgi verirler ve herhangi bir hizmet vermek amacıyla tasarlanmamışlardır.

¹⁰¹ Zippo, 952 F. Supp, 1124.

¹⁰² Ibid.

Inset davası¹⁰³, bu tip siteler ile ilgili kişisel yargılama yetkisinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevaplandırıldığı birkaç davadan biridir. Bu davada davacı, kendisine ait ticari markanın, İnternet domain adresi olarak kullanılmasından dolayı davalıya marka ihlaline dayanan dava açmıştır. Davalının mahkemenin yapıldığı eyalette herhangi bir çalışanı veya ofisi yoktur ve davalı söz konusu eyalette düzenli olarak bir faaliyet göstermemiştir.

Mahkeme kararını verirken, davacının iddialarını dinlemiş ve davalının “reklamcılık faaliyetlerini, web sitesi ve ücretsiz telefon hattı ile sadece Connecticut değil tüm eyaletlerde yaptığı” gerçeğini göz önünde bulundurmıştır¹⁰⁴. Mahkeme, Connecticut’taki kişilerin bu siteyi kullanıp kullanmadıklarını veya davalının, bu eyaletteki kişileri web sitesini kullanmaları için teşvik edip etmediğini dahi öğrenmek ihtiyacı hissetmemiştir. Bunun yerine mahkeme, “İnternet üzerinden yapılan reklamların, Connecticut eyaleti sınırları içerisinde 10,000 kişiye ulaşabileceğini” ifade etmiştir¹⁰⁵. Ayrıca mahkeme, İnternet üzerinden yapılan reklamların, radyo ve televizyon reklamcılığının aksine, sürekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bu değerlendirmesi, sadece bir web sitesini işletmenin bile *Federal Due Process Clause*’a göre, kişisel savunma ve dava açma hakkının ortaya çıkması için yeterli olduğunu göstermeye yeterlidir.

Bu çözüm pek mantıklı görünmemektedir. Çünkü bu şekilde, bir anlamda eyalet mahkemelerinin web sitesi işleten kurumlar üzerindeki yargılama haklarının sınırları genişlemektedir. Bu nedenle ve bu tip bir karar alındığı için eğilim, sadece web sitesi reklamcılığına dayalı yargılama yetkisinin uygulanmaması yönünde değişmiştir. Bunun yerine, davalının mahkemedeki faaliyetlerini bilinçli olarak yaptığını göstermek için “*daha fazlasına*” gerek vardır¹⁰⁶.

Cybersell davasında mahkeme, telif hakkı yasasının ihlali şeklindeki iddiayı, kişisel yargılama yetkisinin olmayışından dolayı temyiz etti çünkü mahkeme, İnternet web sitesi isminin davalı tarafından kullanımını pasif bir

¹⁰³ Inset, 937 F. Supp, 165.

¹⁰⁴ Bkz., Ibid.

¹⁰⁵ Bkz., Ibid.

¹⁰⁶ Bkz., *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.* 130 F. 3d 414, 418 (9th Cir. 1997).

aktivite olarak nitelendirdi ve eyalet sınırları içerisinde anayasal açıdan ticari bir faaliyet olmadığına karar verdi. Buna göre, davalılar mahkemenin yargılama yetkisine tabi olacak şekilde bir faaliyette bulunmamışlardı¹⁰⁷. Ayrıca mahkeme, web sitesi hazırlamanın, piyasaya yeni bir ürün sürmek gibi, ulusal ve hatta uluslararası çapta değerlendirilebileceğini, ancak, daha fazla unsur olmadan bunun davanın görüldüğü eyalete yönelik olarak yapılmış bir faaliyet olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁸.

Bu durum, ticari marka ve telif hakkı ihlaline ilişkin (*Bensusan Restaurant Corp. v. King*¹⁰⁹) bir davada da teyit edilmiştir. Nitekim, bu davada, mahkeme davalının “web sitesi hazırladığında ve herkesin bu siteyi ziyaretine izin verdiği zaman New York eyaleti ticari ortamından faydalanmadığına” karar vermiştir¹¹⁰. Bu nedenle günümüzde bir web sitesinin hazırlanması ve işletilmesi, mahkemenin davalı üzerinde belirli bir yargılama yetkisi kullanması için yeterli değildir.

Biz İnternet üzerinden bir web sitesinin işletilmesinin farklı bir aktivite olarak düşünülmesi için herhangi bir neden görmüyoruz, özellikle de söz konusu faaliyet basit bir katalogla yapılan bir reklam kadar pasif ise. Nitekim, kataloglarla yapılan reklamlarla kıyasladığımızda bu çözüm mantıklı görünmektedir. Bu tip reklamlarda şirketler, ülkedeki müşterilere broşürlerini gönderirler. Hiçbir mahkeme bunu herhangi bir ülke ya da eyaletin yasalarından faydalanmaya neden olacak bir faaliyet olarak değerlendirmemiştir..

2. İnternet üzerinden Faaliyet Gösterme

İnternet üzerinden faaliyette bulunulmasından kaynaklanan olaylarda, birçok davada kişisel yargılama hakkı kullanıldığı için ciddi problemler ortaya çıkmamaktadır. En belirgin örnek olan *Zippo* davasında¹¹¹, mahkeme “bir kurum, yabancı kişi ve kurumlarla birlikte iş yapmak için faaliyet sahasının

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), aff'd 126 F. 3d 25 (2nd Cir. 1997).

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ *Zippo*, 952 F. Supp., 1123.

ötesine geçerse, kişisel yargılama hakkının kullanılmasının uygun olacağı” şeklinde karar vermiştir¹¹².

Bu çözümün altındaki mantık şudur: bir şirket, İnternet üzerinden müşterilerine düzenli olarak ürünlerini satıyorsa bu durum, söz konusu şirketin müşterilerine kadar gidip ürünlerini satması gibi değerlendirilir. Bu nedenle şirket, ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar nedeniyle faaliyetlerini yürüttüğü eyalet/ülkenin mahkemelerince yargılanabileceği olasılığının farkında olmalıdır.

Ancak *World-Wide Volkswagen* davasında ortaya çıkan prensiplere göre, “davanın hukuk kurallarına göre yürütüleceği düşüncesi açısından önem taşıyan bu öngörü, ürünün eyalet sınırları içerisinde müşteriye ulaşabileceği anlamına gelmez. Daha çok davalının söz konusu eyalette faaliyet göstermesi ve bu eyalet ile bağlantısının olması, davalının yargılanabileceği gerçeğini kabul etmesi için yeterli nedenlerdir¹¹³”.

Bu nedenle söz konusu olasılık ispat edilmelidir. Yoksa, peşinen mevcut olduğu kabul edilmemelidir. Yani belirli bir eyaletin vatandaşı, bir şirket ile İnternet üzerinden bir anlaşma yapmış ise, bu anlaşma tek başına, kişisel yargılama hakkının uygulanması için yeterli bir gerekçe değildir. Mahkemeler, bunun yerine, şirketin sadece ürününün belirli bir eyaletteki müşterilerine ulaşabileceği olasılığını değil aynı zamanda yaptığı tüm faaliyetleri ve söz konusu eyalet ile olan ilişkileri açısından yargılanabileceği gerçeğini önceden görüp göremediğine bakmalıdır.

¹¹² Bu davada, Dot Com Corporation bir web sitesi işleticisi ve İnternet haber servisi işleticisi olarak taraftı ve şirket’in Pennsylvania’da 3000 aboneli olması ve bu abonelerin haber sitesine girebilmeleri için 7 adet internet servis sağlayıcısı ile anlaşması bulunmasını gerekçe olarak gösteren Pennsylvania Bölge Mahkemesi, şirket üzerinde şahsi yargılama yetkisini kullanmıştır. İlgili başka bir davada (*Compuserve v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996) davalı, bilgisayar kullanma yazılım ile beraber bilgi hizmetleri de sunan CompuServe’e abone olmuştu. Ayrıca, Compuserve ile Compuserve’in abonelerine Patterson’ın yarattığı yazılıma girmelerini sağlayan bağımsız müteahhit ilişkisi içine de girmişti. Sözleşme hükümlerine göre, sözleşme Ohio’da akdedilmişti ve uygulanacak hukuk da Ohio hukukuydu. Mahkeme, Patterson’ın bilinçli ve kasti olarak CompuServe’ün bulunduğu eyalette ticari faaliyette bulunduğunu ve bu yüzden de Ohio mahkemelerinin yetkisine tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir.

¹¹³ *World-Wide Volkswagen*, 444 U.S., 286.

Diğer bir deyişle mahkemeler, yabancı kişi veya kurumun faaliyet gösterdiği eyaletin yasalarına göre yargılanabileceği gerçeğini kabul edecek şekilde, söz konusu eyaletin vatandaşlarına ulaşmak için ne kadar faaliyet gösterdiği, satış yaptığı, hizmet sunduğu ve ticari temaslarda bulunduğunu hesaplamalıdır¹¹⁴.

Bazı davalarda bu problemle karşılaşmıştır. Bir olayda Yüksek Mahkeme bir *franchise* sahibini (*franchisee*), uzun-dönemli bir acentelik anlaşması yapmak ve bunun getireceği avantajlardan faydalanmak amacıyla, Florida'da bir şirket ile yaptığı görüşmelerle kendi eyaleti dışında iş anlaşması yapmış olması nedeniyle, yabancı bir eyaletin yasalarına tabi olacağını belirlemiştir¹¹⁵. Mahkeme, merkezi Florida'da bulunan imalatçı firma ile bu firmanın yönetmelik ve kurallarına tabi *franchise* sahibi arasındaki acentelik sözleşmesinin, davanın görüldüğü eyalette tesadüfi veya zayıf herhangi bir ilişki oluşturmadığına karar vermiştir¹¹⁶.

Diğer bir olayda Yüksek Mahkeme, davanın görüldüğü eyalette “*düzenli olarak ayda binlerce dergi satan*” bir dergi yayımcısının söz konusu eyalet mahkemelerinde gelen yargılama yetkisi çerçevesinde yargılanabileceğini belirlemiştir¹¹⁷. Ancak mahkeme, düzenli olarak yapılan satışların kişisel yargılama yetkisinin kullanılmayacağına ve tesadüfi veya farklı ilişkiler olarak sınıflandırılmayacağına karar vermiştir¹¹⁸.

Son olarak Millennium davasında¹¹⁹, Oregon Bölge Mahkemesi bu eyalette yapılan tek bir kompakt disk satışının, davalının Oregon mahkemelerince yargılanabileceği olasılığını önceden görebilmesine imkan vermeyen bir ilişki olması nedeniyle, davalı üzerinde kişisel yargı yetkisinin uygulanmasına karşı çıkmıştır. Yani, davalı Oregon eyaletinin yasalarına göre yargılanabileceği gerçeğinin farkında değildir.

Bu olayları incelerken, mahkemelerin eyalet ile olan ilişkilerin miktarını değil “içeriği ve kalitesi”ni göz önünde bulundurdıkları gerçeğine dikkat

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Burger King, 471 U.S., 462.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Keeton v. Hustler Magazine, 465 U.S. 770, 774 (1984).

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Millennium, 33 F. Supp.2d, 907.

etmek gerekir¹²⁰. Yüksek Mahkeme, tek bir ilişkinin dahi kişisel yargılama yetkisinin uygulanması için yeterli olacağını açıkça belirtmiştir¹²¹. Benzer olarak 3. Bölge Mahkemesi (3d District Court), *CompuServe v. Patterson* davasında ilişkilerin “önceden düşünülmüş olduğunu ve küçük karlar getirirse de tekrarlandığını” belirterek kişisel yargılama yetkisini kullanmıştır¹²².

3. Enteraktif Web Siteleri

Burada, davalının enteraktif web sitesi işlettiği ve kullanıcılarına ana bilgisayar ile veri alışverişi yapmalarına imkan verdiği enteraktif kategoriye giren olaylar incelenecektir. Bu konu son derece tartışmalıdır çünkü mahkemeler, *Zippo* davası ile ortaya çıkan “*enteraktif kategori*” ye giren davalarda birbirinden farklı kararlar almışlardır. Bu davalarda bazı mahkemeler, (i) enteraktif bir web sitesinin minimum düzeyde ilişkilerin oluşturulması açısından yeterli olacağına karar vermişlerdir. Bazı mahkemeler ise, (ii) minimum seviyede ilişkilerin davanın görüldüğü eyalette ek birtakım İnternet dışı faaliyetler (bu faaliyetlerin öne sürülen iddia ile bağlantısı olsun veya olmasın) ile kurulabileceğine karar vermişlerdir. Son olarak bazı mahkemeler de, (iii) bir ilişkinin var olduğunun ispatı olarak davacının dava açmasına neden olan ilave bazı faaliyetler aramışlardır¹²³.

Sadece enteraktif bir web sitesinin işletildiği kategoriye giren olaylar için kesin bir çözüm yoktur, çünkü bazı mahkemeler, sırf *web* sitesi enteraktif olduğu için kişisel yargılama yetkisinin uygulanmasından yanayken, diğerleri bunun aksini savunmaktadırlar¹²⁴.

Kişisel yargılama yetkisinin uygulandığı davalardan biri, davalının İnternet kullanıcılarını hizmetleri hakkında bilgi almaları için bir *e-mail* listesine katılmaya davet ettiği bir *web* sitesi ile ilgili olan *Maritz, Inc., v. Cybergold, Inc.*¹²⁵ davasıdır. Mahkeme, İnternet kullanıcılarının *e-mail* listesine katılabileceklerini ve *web* sitesi aracılığıyla bilgi alabileceklerini belirterek, davalının *Web* sitesini “*pasif*” bir faaliyet olarak nitelendirmesine

¹²⁰ International Shoe, 326 U.S., 310.

¹²¹ McGee, 355 U.S., 223.

¹²² Bkz., *CompuServe v. Patterson*, 89 F.3d, 1257.

¹²³ Bu yöntem, *Millennium* davası ile ortaya çıkmıştır.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996)

karşı çıkmıştır. Mahkeme, davalının “söz konusu bilgilerin tüm dünyaya ulaşacağını bilerek reklam ve promosyonlarını, bilinçli bir şekilde tüm İnternet kullanıcılarına ulaştırmaya karar verdiği” gerçeğine dayanarak yargılama yetkisini kullanmıştır¹²⁶. Mahkeme, yargılama yetkisini kullanırken, davanın görüldüğü eyaletten herhangi bir kişinin listeye katılıp katılmadığını veya davalıdan herhangi bir bilgi alıp almadığını inceleme ihtiyacı dahi duymamış, kişilerin davalının web sitesini ziyaret ettiği ve ticari hizmetlerinden faydalandığını farz etmiştir¹²⁷.

*Vitullo v. Velocity Powerboats*¹²⁸ davasında ise, davalılar Web siteleri aracılığı ile kendi yerel yat fuarına katılmaları ve yatları görmeleri için insanlara çağrı yapmışlar ve yine Web sitelerinde, davanın görüldüğü eyalet sınırları içerisinde düzenlenecek bir yat fuarı hakkında bilgilerin bulunduğu bir hiperlink açmışlardır. Mahkeme, web sitesinin açıkça yerel vatandaşları hedef aldığına ve bu nedenle kişisel yargılama yetkisinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹²⁹.

Son olarak, *GTE New Media Services Inc., v. Ameritech Corp.*¹³⁰ davasında, davalılar İnternet üzerinden ulusal çapta “Sarı Sayfalar” hizmeti sunan şirketlerdi. Mahkeme, web sitesini son derece enteraktif bulmuş ve sitenin kalitesi ve içeriği yönünden kişisel yargılama yetkisinin kullanımının uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davalıların rehber sitelerinden büyük reklam gelirleri elde ettiklerini ve davanın görüldüğü ülke/eyaletteki bireylerin davalıların İnternet’teki Sarı Sayfalarını ziyaret ettiklerini ve kullandıklarını belirtmiştir¹³¹.

Ancak GTE¹³² ile ilgili başka bir davada *Columbia Bölgesi Yüksek Mahkemesi (Court of Appeals for the District of Columbia)* ise, kişisel yargılama yetkisinin sadece söz konusu bölgede yaşayan bireylerin davalının web sitelerini ziyaret etmelerine bağlı olamayacağını belirterek bu yetkinin,

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ 1998 WL 246152 (N.D.Ill.1998)

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ 21 F. Supp.2d 27 (D.D.C. 1998)

¹³¹ Ibid.

¹³² GTE New Media Services Incorporated v. BellSouth Corporation, 199 F.3d 1343 (D.C. Cir., 2000).

aynı web sitelerinin dava konusu olduğu bir başka davada uygulanmasına karşı çıkmıştır. Bunu yaparken mahkeme, davacının web sitelerinin “yoğun enteraktif” içeriğine dayanarak kişisel yargılama yetkisinin uygulanmasına ilişkin talebini reddetmiştir¹³³.

Ayrıca diğer birçok davada farklı mahkemeler, sadece enteraktif web siteleri nedeniyle davalılar üzerinde kişisel yargılama yetkisini kullanmayı reddetmişlerdir¹³⁴. Mahkemelerin yargılama yetkisini uygulamayı reddetmelerinin temel nedeni, davalının faaliyetlerinin, yargılandığı eyaletteki bireylere yönelik olmadığına karar vermiş olmalarıdır. Bu durum özellikle, mahkemenin “*davalılar Oregon Eyaleti’nde yaşayan bireylerle ‘maddi bir ilişki’ kurmak için herhangi bir çaba göstermemişler veya Oregon Eyaleti sınırları içerisinde, ‘esaslı herhangi bir faaliyette’ bulunmamışlardır...*” şeklinde karar aldığı *Millennium* davasında¹³⁵ açıkça görülmektedir¹³⁶.

Enteraktif web sitesine ek olarak İnternet harici faaliyetlerde bulunulması halinde ise, mahkemeler, davalılar üzerinde enteraktif bir Web sitesine ek olarak İnternet dışı bazı faaliyetlerden dolayı kişisel yargılama yetkilerini kullanmaktadırlar. Bu faaliyetler, davanın görüldüğü eyalette herhangi bir şirket adına hizmetlerin sunulması¹³⁷ veya geleneksel yöntemlerle söz konusu eyalette satış yapılması olabilir¹³⁸.

Enteraktif web sitesine ek olarak İnternet bağlantılı faaliyetlerin varlığı halinde ise, mahkemeler, davalılar üzerinde İnternet bağlantılı bazı faaliyetlerden dolayı kişisel yargılama yetkilerini kullanmaktadırlar. Bu faaliyetler, *web* sitesi aracılığıyla otel rezervasyonlarının yapılması¹³⁹ veya İnternet üzerinden verilen hizmetlere abone olmak veya web sitesi üzerinden

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Bakınız, *Millennium*, 33 F. Supp.2d at 907; *Edberg v. Noegen*, 17 F.Supp.2d 104 (D.Conn. 1998); *E-Data Corp. v. Micropatent Corp.*, 989 F.Supp. 173 (D.Conn.1997); *Scherr v. Abrahams*, 1998 WL 299678 (N.D. Ill. 1998); *CD Solutions v. Tooker*, 965 F.Supp. 17 (N.D. Teksas. 1997).

¹³⁵ Bakınız, *Millennium*, 33 F. Supp.2d, 907.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ *Hasbro, Inc. v. Clue Computing, Inc.*, 994 F. Supp. 34 (D.Mass.1997).

¹³⁸ *Mieczkowski v. Masco Corp.*, 997 F. Supp. 782 (E.D.Teksas.1998).

¹³⁹ *Park Inns International v. Pacific Plaza Hotels, Inc.*, 5 F.Supp.2d 762, 764-65 (D.Ariz.1998).

anlaşmaların yapılması ve bunların yerine getirilmesi gibi faaliyetler olabilir¹⁴⁰. Bu faaliyetler dışında, *Digital Equipment Corp. v. AltaVista Technology, Inc.* davasında görüldüğü gibi ürünlerin davalılara satışı da söz konusu olabilir¹⁴¹.

Bu davadan yola çıkarak, bu tip faaliyetlerin İnternet üzerinden iş ve ticaret yapmak için gerçekleştirildiği ve bu nedenle yargılama yetkisinin, sitenin enteraktif olup olmadığına bakılmaksızın uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak bu olayda sadece bir satış söz konusu olduğu için mahkeme, bu gerçeği İnternet üzerinden iş veya ticaret yapılması olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme sadece *web* sitesinin enteraktif oluşu nedeniyle kişisel yargılama yetkisini kullanmıştır.

Alien Tort Claims Act (Yabancılara İlişkin Haksız Fiil Davaları Yasası) ve Torture Victim Protection Act (İşkence Mağdurlarını Koruma Yasası)

ABD, nerede meydana geldiğine bakmaksızın, insan hakları ihlallerine maruz kalmış kişilere belli dava yetkileri tanımıştır. Bu bağlamda, *Alien Tort Claims Act*¹⁴² (ATCA)'da ifade edildiği gibi, “*bir yabancıнын açtığı ve uluslararası hukukun ya da ABD'nin taraf olduğu bir antlaşmanın ihlali sonucunda ika edilen haksız fiillerden kaynaklanan davalarda bölge mahkemeleri yetkilidir*”¹⁴³. *Torture Victim Protection Act*¹⁴⁴ (TVPA) uyarınca ise, “*resmi ya da gayri resmi yetkiye sahip, herhangi renk ya da milletten bir kişinin bir başka kişiye işkence yapması halinde, (işkenceyi yapan) bu kişi meydana gelen zararlardan dolayı (işkence yapılanaya karşı) sorumlu olacaktır*”¹⁴⁵. Farklı milliyetten insan hakları ihlallerine ve işkenceye maruz kalmış bir çok kişi ATCA ve TVPA'ya dayanarak ABD'de dava açmıştır¹⁴⁶.

¹⁴⁰ American Network, Inc. v. Access America/Connect Atlanta, Inc., 975 F.Supp.494 (S.D.N.Y.1997).

¹⁴¹ 960 F.Supp.456 (D.Mass.1997).

¹⁴² 28 U.S.C. Paragraph 1350 (1994)

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid. Paragraph 1350(2)(a)(1).

¹⁴⁶ ATCA davalarını içeren kapsamlı liste için bkz. Zimic, D.L., “Foreign-Sovereign Immunity-Exceptions to Foreign-Sovereign Immunity-The Foreign-Sovereign

TVPA yetkiye ilişkin bir yasa olmadığı için, uygulanabilmesi için ATCA ya da diğer federal yetki kurallarına ihtiyaç vardır¹⁴⁷. Bu davalara örnek verecek olursak, *Filartiga v. Pena-Irala*¹⁴⁸ davasında, bir Paraguay vatandaşı Asuncion Genel Polis Amirine karşı, oğlu Joelito Filartiga'yı kaçırdığı ve işkence sonucu ölümüne sebebiyet verdiği için Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi'nde [Doğu New York Bölgesi] (*United States District Court for Eastern District of New York*) dava açmıştır. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi İkinci Dairesi (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*), davacı ve davalı tarafların Paraguaylı olduğu ve tamamen Paraguay'da ika edilen bu haksız fiillerle ilgili yerel mahkeme kararını onamıştır¹⁴⁹. Başka benzer bir kararla ilgili bir eleştiride, uluslararası hukukun tüm insanlara kendi hükümetlerine karşın bir takım temel haklar bahsettiğini ve bu haklar arasında işkenceye maruz kalmamanın da yer aldığı belirtilmiştir¹⁵⁰. *Filartiga v. Pena-Irala* davasında, meydana geldiği yer dikkate alınmaksızın uluslararası hukukun ihlali olarak değerlendirilen haksız fiillerin ABD mahkemelerinde dava konusu yapılabileceği kararını veren bölge mahkemesi aktarılan haksız fiiller (*transitory torts*) doktrinini esas almıştır. Bu doktrine göre, "*belli haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluk haksız fiil failini izler ve böylece fail ika ettiği fiil nedeniyle herhangi bir mahkemede dava edilebilir*"¹⁵¹. ATCA ve TVP'ye dayanarak açılan davalardan en güncel olanı, otonom Bosna-Hersek'in savaş zamanı lideri olan Radovan Karadzic'e karşı, savaş sırasında işlediği/işlettiği çeşitli barbarca ve

Immunities Act Does Not Prohibit Invocation of the Alien Tort Claims Act to Exercise Federal Court Jurisdiction over a Foreign Nation's Non-Commercial Tort in Violation of International Law, 28 VA. J. INT'L L. 221, 223 n. 9 (1987).

¹⁴⁷ Bkz. "Senate Comm. On the Judiciary, The Torture Victim Protection Act of 1991", S. Rep. No. 102-249

¹⁴⁸ 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

¹⁴⁹ Bkz. *ibid.* S. 887.

¹⁵⁰ **Kim, S.T.**, "Adjudicating Violations of International Law: Defining the Scope of Jurisdiction Under the Alien Tort Statute-Trajano v. Marcos", 27 Cornell Int'l L.J. 387-392

¹⁵¹ Transitory torts doktrinine göre fiil nerede işlenirse işlensin, fail herhangi bir ülkenin mahkemesinde dava edilebilir. Bu konu ile ilgili bkz. **Dodge, W.S.**, "The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A response to the "Originalists" 19 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 221- 234.

insanlık dışı fiillerden kaynaklan *Kadic v. Karadzic* davasıdır¹⁵². *Kadic* davasında üç kişilik bir heyetten oluşan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi İkinci Dairesi (*U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*) davacıların ATCA ve TVPA uyarınca ABD’de dava açma ve iddiaların doğru bulunması halinde tazminat alma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir.¹⁵³ ATCA ve TVPA’ya dayanarak *Karadzic* aleyhine açılan davalar sonucunda verilen kararlar ile, *Karadzic* toplamda 5 milyar doları aşan miktarda tazminat ödemeye mahkum edilmiştir¹⁵⁴.

III. AB TÜZÜĞÜ VE FRANSIZ HUKUKU

Kıta Avrupası’nın medeni hukuku, ve özellikle de Avrupa Birliği üyelerinin medeni hukukları, birbirleriyle benzerlikler göstermektedir. Bu nedenle bu bölümdeki açıklamalar, aşağı yukarı tüm Kıta Avrupası ülkeleri ile ilişkilidir. İncelenecek sistem olarak Fransız hukukunun seçilmesinin sebebi, Kıta Avrupası’nın önde gelen hukuk sistemlerinden biri olması ve Avrupa ülkeleri arasında imzalanan antlaşmaların hazırlanmasında önemli bir etkiye sahip olmasıdır.

Fransız hukukunda İnternet üzerinden yapılan haksız fiillere uygulanmak üzere çıkartılmış belirli kural veya yasalar yoktur. Daha çok mahkemeler, Türk hukukundaki gibi, normal bir davada yani İnternet’in olmadığı davalarda kullandıkları yasal prensipleri uygulamaya çalışmaktadırlar.

Bu tip davalarda mahkemelerin belirli bir iddia ile ilgili olarak bir karar verebilmesi için, söz konusu mahkemenin böyle bir yetkiye sahip olup olmadığını belirlenmesi gerekir. Bunu yapabilmek için de her mahkeme, anlaşmazlıkların çözümünde kendi iç hukukunun yetki kurallarını uygulayacaktır. Mahkeme, yargılama yetkisine sahip olduğuna karar verirse, bu sefer de söz konusu dava için uygulanması gereken hukukun neler olduğunu belirlemek zorundadır ve bu da kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile gerçekleştirilir.

A. YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

¹⁵² 70 F.3d 232, 237 (2d Cir. 1995).

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Rohde, D., “Jury in New York Orders Bosnian Serb to Pay Billions”, N.Y. Times, 26 Eylül 2000.

1. Genel Olarak

Fransız Medeni Kanunu'nun 14 ve 15. maddelerine göre, Fransız mahkemeleri davacı veya davalının bir Fransız vatandaşı olduğu tüm davalara bakabilir¹⁵⁵. Oysa pratikte, bu maddelere dayanarak yargılama yetkisinin uygulanması, hemen hemen hiçbir zaman gerçekleşmez. Bu durum, hiçbir Fransız mahkemesinin söz konusu maddelere göre karar almadığı, İnternet faaliyetleri ile ilgili davalarda da geçerlidir. Bu nedenle bu konulardan, yargılama yetkisinin Fransız mahkemelerince uygulanması ile ilgili bölümde bahsetmedik. Ancak eğer bir mahkeme, İnternet bağlantılı bir hukuki meselede yargılama yetkisini kullanmak için bu maddeleri uygulamaya karar verirse, uluslararası arenada böyle bir kararın nasıl değerlendirileceği, örneğin bir Amerikan mahkemesinin böyle bir kararı tenfiz edip etmeyeceği bilinmemektedir. Muhtemelen, bu tür bir karar aşırı yetki kuralı sayılması sebebiyle ABD'de kamu düzenine aykırı bir karar olarak değerlendirilecektir.

2. Konsey Tüzüğü

Hukuki ve ticari konularda yargılama yetkisi ile mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin Brüksel Antlaşması¹⁵⁶ 2000 yılı sonunda, revize edilmek suretiyle Konsey Tüzüğüne dönüştürülmüştür¹⁵⁷. Konsey tarafından çıkarılan tüzüklerin kabulününün 20. günü yürürlüğe girmesi kural iken, konunun karmaşık yapısı nedeniyle daha uzun bir yürürlük tarihi belirlenmiş ve Tüzük 1 Mart 2002 tarihinde, Danimarka hariç olmak üzere, yürürlüğe girmiştir. Hukuki ve ticari konularda "yargı yetkisi" bakımından Avrupa'yı kapsamak amacıyla düzenlemede bulunan Brüksel Antlaşması'nın Konsey Tüzüğüyle beraber "AB hukukunun ayrılmaz bir parçası" haline geldiği ifade edilmiştir¹⁵⁸. Nitekim, davalının Konsey Tüzüğü'ne tabi olmayan bir Üye

¹⁵⁵ Bkz. Delaume, R.G., "The Rules of Adjudicatory Jurisdiction in the Civil Law Countries of the EC", *Transnational Contracts Applicable Law and Settlement of Disputes- A Study in Conflict Avoidance*, Chapter VIII, Booklet 10, Release 86-1, Columbia, Nisan 1986, Bölüm 8.01, s. 2. Fransa ve diğer aşırı yetki prensibine sahip ülkelerle ilgili detaylı bilgi için bkz. Ekşi, N., s. 51 vd.

¹⁵⁶ Brüksel Konvansiyonu, 27 Eylül 1968. Official Journal C 189, 28.07.1990.

¹⁵⁷ Bkz. supra 40.

¹⁵⁸ Özsunay, E., "E-ticaret, Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Komisyonu Toplantısı", Milletlerarası Ticaret Odası Milli Komitesi Yayını, Ağustos 2002, s. 19 vd.

Devlette ikamet ettiği durumlar hariç olmak üzere (ki bu durumda Brüksel Antlaşması uygulanacaktır), yargılama yetkisinin belirlenmesi ile ilgili olarak Konsey Tüzüğü uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁹. Genel olarak, gerek Brüksel Antlaşmasında ve gerekse Konsey Tüzüğünde, “yargılama yetkisi, davalının ikamet ettiği bölgenin mahkemesine aittir¹⁶⁰”. Ancak anlaşma ve haksız fiiller ile ilgili davalarda bazı özel hükümler mevcuttur¹⁶¹.

Genel kurala göre, yetki davalının ikamet ettiği bölgenin mahkemesine aittir. Yetkiyle ilgili bu genel kuraldan ayrılan özel durumlardan başlıcaları haksız fiillerle ve tüketici haklarının korunması ile ilgili davaların açılmasında görülmektedir.

Buna göre, haksız fiiller ile ilgili davalarda yargılama yetkisine sahip mahkeme, davalının ikamet ettiği bölgedeki veya zarar veren haksız fiilin meydana geldiği ya da gelebileceği yerdeki mahkemedir¹⁶².

B. ANTLAŞMA VE TÜZÜK HÜKÜMLERİNİN İNTERNET BAĞLANTILI HUKUKİ MESELELERE UYGULANMASI

Konsey Tüzüğü uyarınca, örneğin bir şirket, İnternet üzerinden telif hakkı yasasını çiğnerse söz konusu şirket, telif hakkının tescil edildiği yer mahkemesi veya haksız fiilin gerçekleştirildiği yer mahkemesi tarafından yargılanabilir¹⁶³. Bu durum, Amerikan Mahkemelerinin uyguladığı bir çözüm şekli değildir çünkü Amerikan Yargı Sistemi’nde başka bir seçenek yoktur: Telif hakkı yasasını çiğneyen kurum ve kuruluşlar, daima davacının ikamet ettiği eyalette yargılanırlar¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Konsey Tüzüğü, Recitals.

¹⁶⁰ Brüksel Konvansiyonu ve Konsey Tüzüğü, m. 2.”1. Subject to this Regulation, persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State.2. Persons who are not nationals of the Member State in which they are domiciled shall be governed by the rules of jurisdiction applicable to nationals of that State.”

¹⁶¹ Ibid. m.5.

¹⁶² Konsey Tüzüğü, m. 5(3).”[A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued]’in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur”

¹⁶³ Konsey Tüzüğü, m. 22(4).

¹⁶⁴ Bakınız, Inset, 937 F. Supp., 161; Bensusan, 937 F. Supp., 295; Zippo, 952 F. Supp., 1119.

Konsey Tüzüğü'nün 16. maddesi uyarınca, “tüketici”, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafı kendi ikamet ettiği yer mahkemesine ya da sözleşmeyi öneren tarafın yerleşim yeri mahkemesine götürebilir. Tüketiciye malı satan taraf için ise yetkili mahkeme sadece tüketicinin ikamet ettiği yer mahkemesidir. Bununla beraber, açılan bir davanın görüldüğü mahkemede davalının karşı dava açma hakkı saklıdır¹⁶⁵.

Bu çözüm, Amerikan mahkemelerinde uygulanan yöntem ile benzerdir çünkü ABD’de İnternet üzerinden satış sözleşmeleri yapan şirketler, tüketicinin ikamet ettiği eyalette yargılanırlar. Her bir sistemde izlenen yöntem farklı da olsa sonuç aynıdır.

Yargılama yetkisinin uygulanmasına ilişkin kurallar ile ilgili bu kısa değerlendirmeden sonra, her iki yargı sisteminin (Avrupa ve Amerika) de İnternet ile ilgili hukuki meselelerde geleneksel yöntemleri kullandığı fark edilebilir. Ancak iki sistemde kural ve yöntemler farklıdır ve yargılama yetkisinin kullanımında bazen birbiriyle çelişen sonuçlar doğabilir.

Bu bağlamda, Fransız mahkemelerinin İnternet üzerinden işlendiği iddia edilen bir haksız fiille ilgili olarak aldığı bir kaç karardan biri olan ve aynı zamanda son yıllarda İnternet bağlantılı faaliyetlerle ilgili olarak karşılaşılan en ilginç davalardan birisine, Yahoo davasına değinmek istiyoruz. Amerikan kökenli arama motoru Yahoo, açık arttırma sayfalarında (ki Yahoo’nun web üzerinde bir çok ülkeye uyarladığı açık arttırma sayfaları vardır), Fransız hukukuna göre satın alınması yasak olan Nazi hatıra eşyaları satmaktaydı. Yasağa uymak amacıyla, Yahoo Nazi hatıra eşyalarının Fransız açık arttırma sayfasından çıkartmıştır. Ancak Fransız vatandaşlarının Yahoo’nun Amerikan açık arttırma sayfasına girerek bu eşyaların satışını görmeleri sonucunda hukuki problemler ortaya çıkmıştır. Fransız ırkçılık karşıtı derneği LIRCA (*the League Against Racism and Anti-Semitism*) ve yahudi Fransız öğrenciler derneği UEJF (*the Union of Jewish Students of France*), Yahoo’ya

¹⁶⁵ Bkz. Konsey Tüzüğü m. 16:”1. A consumer may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled.2. Proceedings may be brought against a consumer by the other party to the contract only in the courts of the Member State in which the consumer is domiciled.3. This Article shall not affect the right to bring a counter-claim in the court in which, in accordance with this Section, the original claim is pending”.

yolladıkları şikayet mektuplarına rağmen satışların devam etmesi üzerine, açık arttırmayla ilgili Yahoo sayfası Fransa'da görülebildiği için kendini yetkili gören Paris Bölge Mahkemesi'ne şikayette bulunmuşlardır. Mahkeme, şikayet üzerine açılan davada verdiği 22 Mayıs 2000 tarihli kararında, Yahoo'ya "hakaret" niteliğindeki açık arttırmalara Fransızlar tarafından erişimin imkansız hale getirilmesi için gerekli tedbirleri almasını emretmiştir¹⁶⁶. Açık arttırmayı izleyen kişilerin buldukları yeri tayin etmenin imkansız olduğunu belirten Yahoo, mahkemeden kararını değiştirmesini istemiş, ancak mahkeme bu talebi reddederek, 20 Kasım 2000 tarihli kararını vermiştir. Bu kararda, mahkeme Yahoo'nun Şubat 2001 tarihine dek karara riayet etmesini aksi takdirde her bir gün için 13,000 Amerikan Doları ceza ödeyeceğini ifade etmiştir. Bunun üzerinde, Yahoo karara kısmen uymuş ve Naziler ve Ku Klux Klan gibi nefret ve şiddete dayalı eylemleri ile bilinen grupların reklamını yapan, yücelten ya da bu tür gruplarla direkt bağlantısı olan ürünleri açık arttırma sayfalarından çıkartmıştır. Ancak, hükümetler tarafından çıkartılan pul, para ya da ifade özgürlüğü çerçevesinde üretilen kitap, film gibi ürünlerin Yahoo'nun takdirinde satışa sunulabileceği belirtilmiştir. Her ne kadar bu yasaklamayı yapsa da, Nazilerle uzaktan ilgili ürünlerin dahi satışının yasak kapsamında olacağından endişe eden Yahoo, Fransız mahkemesinin kararına karşı hukuki mücadelede bulunmaya karar vererek ve Fransız mahkeme kararının tenfizinin Amerikan Anayasası'nın ihlali anlamına geleceği iddiası ile Birleşik Devletler Kuzey Kaliforniya Bölgesi Bölge Mahkemesine (*United States District Court's Northern District of California*) şikayette bulunmuştur. Yargıç James Fogel, 7 Kasım 2001 tarihli kararında "Yahoo'nun anayasal haklarına karşı gerçek bir tehdidin söz konusu olduğuna" karar vererek Yahoo'nun başvurusunu kabul etmiştir¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Mahkemenin kararı için bkz. www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm. En son görüntülediği tarih 5 Eylül 2002.

¹⁶⁷ Yahoo davası ile ilgili olarak bkz. "Regulating the Net", Guardian, 11 Ağustos 2000; Barlow, J., "Jurisdiction and You—Yahoo!", Internet Law Journal, 8 Mart 2001, www.internetlawjournal.com/content/litigationarticle03080102.htm; Kanoho, P., "A victory for Yahoo- The United States Cannot Enforce French Censorship of Auctions", Internet Law Journal, 2 Şubat 2002, www.internetlawjournal.com/content/litigationheadline01300201.htm. İnternet sayfalarının en son görüntülediği tarih 5 Eylül 2002.

Bu örnekte de görüldüğü gibi, her ne kadar evrensel bir web sayfasına istinaden Paris mahkemesi kendini yetkili görerek yapılan “*hakaret*”in sona erdirilmesine ve aksi halde ağır para cezası uygulanacağına ilişkin karar olsa da, bu şekilde alınan bir kararın aleyhine karar alınan web sayfası sahibinin ülkesinde tenfiz edilmesi bambaşka bir sorundur. Amerikan mahkemelerine gelince, bu mahkemeler bilinçli olarak istifade etme ilkesi ve kişisel yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili benimsedikleri tüm kuralları uygulayabilirler. Ancak, gerçek şu ki eğer Amerikan mahkemeleri, aldıkları kararların yabancı ülkelerde tenfiz edilebilmesini istiyorlar ise onlar da yargılama yetkilerini, kendileri ile uzaktan bağlantısı olan diğer davaları kapsayacak şekilde genişletmek konusunda son derece dikkatli olmalıdırlar.

Bu çözüm, bir *web* sitesinin işletilmesi ile ilgili kişisel yargılama yetkisinin kullanımında uygulanabilir. Söz konusu web sitesini örneğin bir Fransız şirketi işletiyor ise ve New York’ta bir mahkeme bu şirketin, New York eyaletindeki bir kişinin ticari markasını, telif hakkını almadan kullandığına ve daha da ileri giderek şirketin davacıya tazminat ödemesine karar verir ise, muhtemelen söz konusu kişi Paris’e gidip parasını alırken büyük zorluklarla karşılaşacaktır. Aslında Fransız mahkemeleri muhtemelen, bu olayda Fransız yasalarının uygulanabileceğini belirteceklerdir, çünkü şirket Fransa’dadır ve ABD ile herhangi bir bağlantısı yoktur. Ayrıca şirketin yaptığı, pasif durumdaki bir *web* sitesini işletmekten öte bir şey değildir.

Bu çalışmanın konusu mahkeme kararlarının tenfizi değilse de, çeşitli hukuki dayanaklar çerçevesinde belirlenen yetkili mahkemelerin alacağı kararların tenfiz edilememesi halinde pratik bir değeri olmayacağı için, bu konunun öneminin vurgulanması gerekmiştir.

YETKİ MESELESİ İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR VE ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

I. GENEL OLARAK

Yabancılık unsuru içeren haksız fiillerden kaynaklanan davalarla ilgili yetkili mahkemenin belirlenmesi için, ülkelerin işbirliği içinde katılacağı milletlerarası hukukun birleştirilmesi çalışmaları sonucunda, İnternet aracılığıyla işlenen haksız fiillerle ilgili standart ve ortak normlara ulaşılması gerekmektedir. Bu standart ortak normları, daha global anlamda, uluslararası antlaşmalar sayesinde elde edebiliriz

Bu bölümde, ulusal, ve global düzeyde elde edilebilecek sonuçların bir analizi yapılarak, söz konusu problemin giderilmesi için, yapılan çalışmalara değinilecektir.

II. YARGI ORGANLARININ ROLÜ

İnternet aracılığıyla kurulan ilişkilerin düzeyinin belirlenmesinde, mahkemelerin birbirlerinden farklı analiz yöntemleri kullanmaları ve uygulanan standartlardaki bu farklılık, yargılama yetkisinin kullanılması hususunda belirsizliklere neden olmaktadır. Bu durumu çözümlmek için, mahkemelerin kendi uygulayacakları standartları ve yargılama yetkilerini kullanacakları sözleşme çeşitlerini önceden belirlemeye çalışmak gerekmektedir.

Web üzerinden kurulan ilişkilerden kaynaklanan hukuki meselelerde yargılama yetkisini kullanmak isteyen mahkemeler bunu, söz konusu temasların içerik ve adedini değerlendirerek gerçekleştirmelidir¹⁶⁸. Bu öneri, bu çalışmada açıklanan birçok davada ortaya çıkan çözümlere paralel görünmektedir. Ancak sözü edilen makalenin yazarı, basit bir web sitesinden, İnternet aracılığıyla gerçek bir ticari işlemin gerçekleştirildiği davalara kadar farklı çeşitlerdeki temasların altı-aşamalı bir şekilde kategorize edilmesini

¹⁶⁸ Schneiderman, E./Kornreich, R., "Personal Jurisdiction and Internet Commerce", New York Law Journal, 4 Haziran 1997, s. 4.

önermiştir¹⁶⁹. Buna göre, her bir kategori için, yargılama yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı belirtilmiştir. Böylece mahkemelerin yapmaları gereken tek şey, inceledikleri davanın hangi kategoriye girdiğini ve söz konusu davada yargılama yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağını belirlemek olacaktır.

Bu yaklaşım, şeffaflık açısından bazı avantajlar getirirse de, iki potansiyel problem mevcuttur: İlk olarak, bazı davalar kategoriler arasındaki sınırlarda kalabilir ve bir davanın hangi kategoriye girdiğini belirlemek mümkün olmayabilir. İkinci olarak, piyasaların inanılmaz hızdaki gelişimi ile, yeni faaliyet alanları ortaya çıkabilir. Bu gelişme, altı kategoriden hiçbirine uymayan olaylara neden olabilir. Bu nedenle söz konusu yöntem, İnternet üzerinden kurulan ilişkilerde ortaya çıkabilecek meselelerin çözümü için yeterli görünmemektedir.

Aslında bizim görüşümüze göre, bir meselenin çözümünü mahkemelere bırakan her türlü öneri, başarısız olmaya mahkumdur. Mahkemeler, yargılama yetkisinin kullanımına neden olacak sözleşme hükümlerinden kaynaklanan hukuki meseleler üzerinde uzlaşmaya varsalar bile, bağlayıcı bir kanuni otoritenin olmaması nedeniyle, yani bağlayıcı hukuk kurallarının olmadığı durumlarda, üzerinde anlaşmaya varılan modeli uygulamak zorunda kalmayacaklardır.

Bu nedenle, yargılama yetkisinin kullanımı ile ilgili probleme ulusal düzeyde bulunacak çözümler, yasama organından gelmelidir.

III. ABA PROJESİ

İnternet aracılığıyla kurulan ilişkilerde ortaya çıkan hukuki meselelerde yargılama yetkisinin kullanımına ilişkin problemin çözümlenmesinde iki önemli komite çalışmaktadır. Bunlardan biri Amerikan Barosu, *American Bar*

¹⁶⁹ Altı kategori şunlardır: (a).İş Kartı Siteleri (b) Kullanıcı web sitesinde gezinir. (c) Bilgi alışveriş yapan web siteleri (d) İnternet üzerinden web sayfaları aracılığıyla belirli bir ücret karşılığında bilgi alışverişi (e) (d)'ye benzer olarak, ancak bu sefer Web sitesi üzerinden bilgi yerine bir bilgisayar yazılımının alışverişi söz konusu . (f) İnternet üzerinden gerçek bir ticari işlem yapılmıştır. 4, 5 ve 6. seviyeler için yargılama yetkisi uygulanmalıdır. İlk üç seviye için yargılama yetkisini uygulamak son derece zordur.

Association'dur (ABA), ikincisi de Elektronik Ticaret alanında Global İş Diyalogu'dur (GBDe)¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Global Business Dialogue on Electronic Commerce, Elektronik Ticaret alanında Global İş Diyalogu grubu, İnternet sanayiini temsil eden CEO'ların 14 Ocak 1999 yılında New York'ta düzenledikleri bir toplantıda resmen kurulmuştur. Bu grup, e-commerce'in düzenlenmesine ilişkin global iş dünyasının sesi olarak düşünülmüştür. Katılımcılara göre GBDe bu işlevini, ihtilaf yaratan politikaların ve gelişigüzel hazırlanmış yasaların uygulanmasını önlemek ve yasa ve düzenlemelerden kaçışın olmadığı durumlarda, iş dünyasında güven ve etkinlik yaratacak, üretime yönelik ve kendi kendini düzenleyici sistemler geliştirmek için hükümetler ile ortak hareket etmek suretiyle, global seviyede iş birliği sağlayarak gerçekleştirecektir. GBDe, kendi hedefine ulaşmak için, her biri farklı konular ile ilgilenen dokuz alt grup oluşturmuş ve İnternet endüstrisi ile ilgili konulara öncelik vermiştir. Bu alt gruplardan biri, Yargılama Yetkisi konusu ile uğraşan bir komiteydi ve bu komitenin amacı, "yargı yetkisinin belirlenmesi ile doğrudan alakalı ana konular üzerinde bir fikir birliğine varmak ve global çapta e-commerce'i destekleyecek tutarlılığı sağlamak"tı." Bu grup henüz nihai bir raporu hazırlamamıştır ancak 1999 tarihinde, raporunun son şeklinde uygulamak istediği hususların ana hatlarının bir özetini yayınlamış ve 2000 senesinde de taslak bir metin ortaya çıkarmıştır. Grup ilk olarak, yargılama sistemindeki belirsizlikleri azaltmak amacıyla, hükümetlerin kendi yargı organlarını bir düzen içerisine yerleştirmeleri gerektiği hususuna dikkat çekmiştir. Aynı zamanda grup, hükümetleri Uluslararası Anlaşmalar ile uyulması zorunlu kurallar üzerinde uzlaşmaya varmaları ve özel sektör organizasyonlarının kendilerine özgü serbest rekabet kurallarına göre iş yapmalarına imkan verilmesi hususlarında teşvik etmiştir. GBDe grubunun belirttiği gibi bu prensibin altında yatan motivasyon, grubun üyelerinin dünyanın en güçlü şirketlerinin temsilcileri olmalarıdır. Bu nedenle grubun üyeleri, kendi yasalarının İnternet faaliyetlerinden kaynaklanabilecek tüm anlaşmazlıklara uygulanabilmesini istiyorlardı. Ayrıca farklı kanun ve kuralların, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ürünlerini dünya çapında satmalarına engel olacağını düşünüyorlardı çünkü bu işletmeler, böyle bir durumda, birçok ülkenin yasalarına uygun hareket etmek durumunda kalacaklardı. Yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda GBDe komitesinin, pasif ve aktif tüketiciler arasındaki ayrıma dayanan ilginç bir bakış açısı vardır. GBDe'ye göre pasif bir tüketici, İnternet üzerinden faaliyet gösteren web sitesine direkt olarak yönlendirilen veya çağrılan tüketicidir; aktif bir müşteri ise, başka bir ülkenin hukukuna tabi olan bir kişinin web sitesini, herhangi bir çağrı olmaksızın ziyaret eden tüketicidir. Davacı pasif bir müşteri ise bu müşteri, yetkili mahkemeyi belirlerken, işin yapıldığı ülkenin mahkemesi veya kendi ikamet ettiği ülkenin mahkemesi arasında seçim yapma özgürlüğüne sahip olmalıdır. Diğer taraftan davacı eğer aktif bir müşteri ise, yetkili mahkeme davalının bulunduğu ülkenin yani işin yapıldığı ülkenin mahkemesi olmalıdır. Son olarak tüketici, ister aktif ister pasif olsun, davalı durumunda ise, kendi ikamet ettiği ülkenin yasalarına göre yargılanmayı talep etme hakkına sahip olmalıdır. Bu yaklaşım yeni bir eğilimdir ve A.B.D. ve Avrupa'da uygulanan çözümlerden farklıdır. Aslında "it" ve "çek" teknolojisi ile ilgili benzer bir yaklaşım, United States v. Thomas davasında 6. Bölge Mahkemesi

İnternet aracılığıyla kurulan ilişkilerde ortaya çıkan hukuki meselelerde yargılama yetkisinin kullanımına ilişkin probleme bazı çözümler getiren ilk birkaç organizasyondan biri ABA'dır. ABA, 1998 yılında, altı ayrı bölümün sponsorluğunda ve İşletme Hukuku Bölümü'ne (*Business Law Section*) ait Siberuzay Hukuku Komitesi'nin (*Cyberspace Law Committee*) kontrolü altında, "Uluslararası Yargılama Yetkisi Projesi"ni (*Transnational Jurisdiction Project*) geliştirmiştir. Bu komite 25 ülkeden yaklaşık 130 avukattan oluşmaktadır ve bu avukatlar, 2000 yılının Temmuz ayında Londra'da gerçekleştirilen toplantı sonrasında taslak bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda, yargılama yetkilerinin kullanımına ilişkin kuralların günümüze kadar nasıl işlediği, İnternet dünyasının bu kuralları nasıl etkilediği ve piyasaların, (a) vergilendirme, (b) mal ve hizmetlerin satışı, (c) mali hizmet ve menkuller, (d) özel mülkiyet, (e) kamu hukuku ve kumarhane işletmeciliği, (f)

tarafından reddedilmiştir. Bu davada davalı, Tennessee eyaletinde ikamet eden bireylere pornografik materyaller "it"mediği için bu eyaletin yasalarına göre yargılanacağını bilmediğini iddia etmiştir. Davacıya göre davalı, kendisinin Los Angeles'taki bilgisayarına bağlanmış ve bu materyalleri, oradan "çek"mistir. Mahkeme bu görüşten tatmin olmamış ve Mr. Thomas'ın Tennessee eyaleti yasalarına göre yargılanmasına karar vermiştir. ("Çek" teknolojisi, bir İnternet kullanıcısının web tarayıcısı ile yabancı bir kişinin web sitesinden kendi bilgisayarına bilgilerin aktarılması için aktif olarak bir şeyler yapmasına denir. "İt" teknolojisi ise, kullanıcının herhangi bir bilgi talebi olmaksızın, zorunlu olmayan e-mail iletişimi ve reklamcılık faaliyetlerinde olduğu gibi veri ve diğer iletişim araçlarını İnternet aracılığıyla bilgisayarına indirmesidir. Bu tanımlar, Vartanian, T.'nin 26-27 Temmuz 1999'da Montreal Kanada'da Jurisdiction: Building Confidence in a Borderless Medium başlıklı konferansta da sunulan "A US Perspective on the Global Jurisdictional Checkpoints in Cyberspace" adlı makalesinde belirtilmiştir. Makale için bkz. <http://www.ilpf.org/events/jurisdiction/presentations/vartanianpr.htm>. Makalenin en son görüntülediği tarih 21 Eylül 2002) Ancak GBDe bu "it" ve "çek" teknolojisi fikrini benimsemiş görünmektedir çünkü grup, aktif ve pasif müşterileri arasında bir ayırım yapmaktadır. Ancak komite içerisinde dahi, Amerikan ve Avrupalı birçok şirketin bu yaklaşıma karşı çıktığı unutulmamalıdır. Peki bu yaklaşımın grubun raporunun son halinde yer alıp almayacağı rapor hazırlanıncaya dek belirsizliğini koruyacaktır. Ayrıca, Milletlerarası Ticaret Odası'nın, International Chamber of Commerce, E-Ticaret, Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Komisyonu'nun, Commission on Electronic Business, Information Technologies and Telecommunications ("EBITT") "E-Ticarette Yargılama Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Çalışma Grubu"nun bildirdiğine göre, "Elektronik Ticarete Yetkili Mahkeme ve Uygulanacak Hukuk" a ilişkin La Haye'de bir Konvansiyon Tasarısına ilişkin yoğun çalışmalar yapılmaktadır. Ancak, Tasarının içeriği ile ilgili bilgi edinilememiştir. Konuyla ilgili bkz. EBITT Türkiye temsilcisi olan Özsunay, E., s. 21-22.

tüketici haklarının korunması ve (g) veri ve bilgilerin korunması alanlarında yaşanan değişikliklere nasıl uyum sağlayacağı konularında bilgiler vardır¹⁷¹.

ABA, bu taslak raporda¹⁷², yargılama yetkisinin kullanımına ilişkin birtakım örnekler vermiş ve bunları değerlendirmiştir¹⁷³.

ABA tarafından önerilen bir mekanizma da, Global Protokol Standartları'nın (GPS) geliştirilmesidir. Bu standartlar, elektronik istihbarat birimlerinin İnternet kullanıcılarına anlaşma yaptıkları kurumun bulunduğu ülkeyi, söz konusu ülkede uygulanan yasaların neler olduğunu ve diğer bazı yararlı bilgileri vermelerini sağlayacak elektronik protokollerdir. Böylece bir web sitesini kullanan bir kullanıcı, çıkacak bir ihtilafta hangi mahkemenin yetkisine ve hangi ülkenin hukukuna tabi olduğunu bilecektir.

ABA tarafından değerlendirilen üçüncü bir yaklaşım da, hedefleme yöntemidir. Bu yöntem, web sitesi işleten bir kişinin, belirli bir ülke veya eyalet ile iş veya ticaret yapmayacağını açıkça belirtmesi ilkesine dayanmaktadır. Bunu sağlamanın en iyi yolu, posta kodlarının kullanılmasıdır. Diyelim ki A şirketi, Florida eyaletinde yaşayanlar ile iş yapmak istemiyor olsun. Eğer bir kullanıcı Florida eyaletinin posta kodunu girerse, o kişinin siteye giriş yapması engellenecektir. Ancak söz konusu eyalette yaşayan bir kişi bu durumda, başka bir eyaletin posta kodunu girebilir. Böyle bir çelişki söz konusu ise mahkemeler, muhtemelen kişisel yargılama yetkisini kullanmayı reddedeceklerdir çünkü şirket, Florida eyaletinde ikamet edenler ile iş yapmak istemediğini açıkça belirtmiştir. Hedefleme yöntemi özellikle, belirli bir ülke/eyaletin mahkemesine dava edildiklerinde kendilerini düzgün bir şekilde koruyamayacak olan küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için önemlidir çünkü bu yöntem, bu işletmelerin söz konusu ülke/eyaletin yasalarına tabi olmak istemediklerini önceden belirtmelerine olanak sağlamaktadır.

¹⁷¹ Burada belirtilen bilgiler, Amerikan Baro'sunun Siberuzay Hukuk Komitesi ve buna bağlı Uluslar arası Yargılama Yetkisi Projesi'nin Başkanı Mr. Vartanian'ın 13 Mart 2000 tarihinde George Mason Üniversitesi'ne sunulan rapordan alınmıştır.

¹⁷² Bkz. <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/draft.rtf>. En son görüntülediği tarih 17 Eylül 2002.

¹⁷³ Bu konudaki gelişmeler için ayrıca bkz. "**Jurisdiction Over Internet Disputes: Different Perspectives Under American and European Law In 2002**", Rice, D.T., ABA Section on International Law & Practice Annual Spring Meeting, New York City, May 8, 2002, www.howardrice.com/newsstand/articles/jurisdiction_internet.pdf. En son görüntülediği tarih 16 Eylül 2002.

Son olarak ABA, kişisel yargılama yetkisinin kullanımını haklı çıkaracak kontrol sistemlerinin kullanımı olasılığını araştırmaktadır. Bu araştırmanın sonunda, kredi kartları, otomatik takas odaları, merkez bankaları ve banka sponsorluğundaki ödeme sistemleri ile alışveriş yapılıyor ise, bu olaylarda ortaya çıkabilecek İnternet fiillerinde kişisel yargılama yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı konusundaki belirsizliğin giderilmesi beklenmektedir.

IV. YETKİ VE HUKUKİ VE TİCARİ MESELELERE DAİR MAHKEME KARARLARININ HUKUKİ SONUÇLARINA DAİR TASLAK LA HAYE KONVANSİYONU TASARISI (LA HAYE KONVANSİYONU TASARISI)

La Haye Konferansı'nın Hazırlık Belgesi'nde ifade edildiğine göre, "30 yıl öncesine kıyasla uluslararası ticaretin ve beraberinde getirdiği kompleks sorunların yeni bir dava ve tahkim mekanizmasına ihtiyacı olduğu açıktır. Buna ilaveten, imalatçının sorumluluğu (products liability), çevre ve bankacılıkla ilgili meseleleri içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan, hemen her gün karşımıza çıkan karşılaştığımız toplu haksız fiil davalarının ciddi anlamda uluslararası çözümler gerektirdiği bilinmektedir. Nitekim, günümüzde sık sık aynı meseleden ve fiillerden dolayı eşzamanlı olarak farklı mahkemelerde dava açıldığına tanık olmaktayız. Aynı zamanda, bir çok mahkeme kendi uluslararası yetkisini oldukça geniş kapsamlı olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda, La Haye Konferansı bazında anılan meseleleri ele almak ve Devletler bazında hukuki standart normlar getirmek en iyi çözüm olarak görünmektedir"¹⁷⁴.

La Haye Konvansiyonu'nun dünya çapında gerçekleştirmeye çalıştığı yetki ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin taslak Konvansiyon (Taslak Metin)¹⁷⁵ ticari faaliyetleri bir çok bakımdan etkileyecek yapıdadır. Fikri ve sınai mülkiyet, patent ve markalar, e-commerce sözleşmeleri ve İnternet üzerinden yapılan tüketici sözleşmeleri La Haye Konvansiyonu'ndan etkilenecek alanların başında gelmektedir. Bununla

¹⁷⁴ Hague Conference Preliminary Document No.7, 1997 s. 10.

¹⁷⁵ Special Commission tarafından hazırlanan ve 1999 tarihli taslak metni revize eden 2001 tarihli Ara Metin (Interim Text) için bkz. www.cptech.org/ecom/jurisdiction/interim_text.rtf ve www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html. En son görüntülendikleri tarih 5 Eylül 2002.

beraber, bizi asıl ilgilendiren husus haksız fiillerle ilgili Taslak Metin’de yer alan düzenlemelerdir.

Taslak Metin’in 10. maddesinin birinci fıkrasına göre, haksız fiile ilişkin dava, sayılacak şartlardan birisinin meydana geldiği akit devlette açılabilecektir. Buna göre, dava, (i) zararın meydana gelmesine yol açan fiil ya da ihmalin meydana geldiği, veya (ii) davalı işlediği fiilin ya da ihmalinin bahse konu Devlet’te böyle bir zarara yol açacağını öngöremeyeceğini ispat etmedikçe, zararın meydana geldiği, akit devlette açabilir. 10. maddenin 2. fıkrasına göre, haksız fiil mağduru davacı, davalı aleyhine, davalının önemli ya da mutad faaliyetlere girdiği ya da bu şekildeki faaliyetlerini kanalize ettiği akit devlette de dava açabilir, şu kadar ki, davanın konusu söz konusu faaliyetten kaynaklansın ve davalının bu Sözleşme Devleti ile arasında kurulan bağlantı davalının bu devlette dava edilmesini makul kılacak mahiyette olsun. Bununla beraber, maddenin 3. fıkrası uyarınca, yukarıda değinilen hükümler, davalının söz konusu Sözleşme Devleti’nde faaliyette bulunma ya da bu faaliyetleri kanalize edilmesini önlemek için makul önlemleri aldığı durumlara uygulanmayacaktır. Ayrıca, maddenin 4. fıkrasına göre, fiil, ihmal ya da zararın meydana gelme tehlikesinin mevcudiyeti dahi, birinci fıkradaki yerlerden birinde davacının dava açabilmesi için yeterlidir. 10. maddenin son fıkrası uyarınca ise, zararın meydana geldiği ya da gelme tehlikesinin olduğu akit devlette açılacak davanın kapsamına sınırlama getirilmektedir. Buna göre, davacının ikametgahı bahse konu Devlette değil ise ve sadece zararın meydana geldiği ya da gelme tehlikesinin olduğu yer olduğu için bu akit devlette dava açılacaksa, söz konusu devletin mahkemeleri sadece orada meydana gelen ya da gelme tehlikesi mevcut olan zararlar bakımından yetkili olacaklardır.

Fikri ve sınai haklarla ilgili ise, Taslak Metninde getirilen alternatif önerilerden en dikkate değerine göre, patent ya da marka ile ilgili “tescil, izin, geçerlilik, terkin, iptal ya da ihlale” ilişkin davalarda tescilin yapıldığı ya da izin verildiği Sözleşme Devleti yetkili olacaktır (m. 12/4). Taslak Metin m. 12(5)’e göre ise, tescil edilmemiş marka ya da desenle ilgili davalar ise, hakkın doğduğu Sözleşme Devleti mahkemelerinde açılacaktır.

SONUÇ

- Çalışmamızda İnternet üzerinden işlenen ve yabancı unsurlu haksız fiillerden kaynaklanan davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesi hususu, Türk, Amerikan ve Fransız hukukları ışığında incelenmiştir.

- İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerin yeni yeni tartışıldığı hukukumuzda, İnternet üzerinden işlenen yabancı unsurlu fiillerle ilgili özel bir düzenleme yoktur. Bunun yerine, meseleyle ilgili olarak MÖHUK m. 27 çerçevesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve dolayısıyla iç hukukta düzenlenmiş yetki kurallarına başvurulması söz konusudur. Buna göre, haksız fiillerle ilgili iç hukuk yetki kuralı olan HUMK m. 21’de “*haksız bir fiilden kaynaklanan dava o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir*” denmekle beraber “vuku bulduğu mahal” kavramı açıklıktan uzaktır. Bu çalışmada da belirtildiği üzere, doktrindeki hakim görüşe göre, bu kavram hem haksız fiilin işlendiği yeri hem de zararlı sonucun meydana geldiği yeri ifade etmektedir. Yani her iki yer mahkemesi de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından yetkilidir. Bu bağlamda, İnternet üzerinden ikame edilen haksız fiillerde, fiil yerinin veya zararlı sonucun meydana geldiği yerin Türkiye’de olması durumunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu olacaktır.

- Fiilin işlendiği yer meselesine gelince, bunun failin mi yoksa mağdurun mu bulunduğu yer sayılması gerektiği konusunda ikna edici bir görüş olmamakla beraber, kanımızca, fiil her iki yerde de ika edilmiş sayılmalıdır. Bununla beraber, zararın oluştuğu yer her yer olabilecektir. Bu da demektir ki, İnternet üzerinden işlenen haksız fiilin bilgisayar ekranının görüldüğü her yerde zarar gerçekleşmiş sayılabilecektir. Mağdurun ikamet ettiği yerde olmasa da, diğer yer mahkemeleri tesadüfi de olsa zararın meydana geldiği yer olarak sayılmalıdır. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin ya da kesin olmadığından, HUMK m. 21, HUMK m. 9 uyarınca yetkili olan davalının ikametgahı mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacak ve davacı dilerse davalının ikametgahı mahkemesinde, dilerse haksız eylemin işlendiği yer mahkemesinde dava açabilecektir.

- HUMK m. 16’ya göre, Türkiye’de ikametgahı olmayanlara karşı açılacak malvarlığına ilişkin davalarda (her türlü mal ve alacak davaları); (i) davalı Türkiye’de oturmakta ise, dava davalının oturduğu yer mahkemesinde bakılır (HUMK m. 9/I, c.2; m. 16) (gayrimenkulun aynına ilişkin davalar

hariç; şayet davalı Türkiye’de oturmuyorsa, davalının Türkiye’de malı varsa, malın bulunduğu yerde dava açılabilir. Buna ilaveten, HUMK m. 16 uyarınca Türkiye’de oturmayan davalının Türkiye’de rehin, ipotek veya hapis hakkı gibi bir teminatı varsa, ona karşı teminatın bulunduğu yerde de dava açılabilir. Böylesi bir teminatın davalıya ait olması da şart değildir, üçüncü kişilerin davalı için göstermiş oldukları teminat da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak, Türkiye’de davalının Türkiye’de ikametgahı yoksa, Türkiye’de oturmuyorsa, Türkiye’de malı veya teminatı da mevcut değilse veya dava konusu Türkiye’deki bir mala ilişkin değilse, davalıya karşı HUMK m. 16’ya göre Türkiye’de dava açılması mümkün değildir.

-4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 25. maddesine göre, davacı, şahsiyet haklarının himayesi için kendi ikametgahı ya da davalının ikametgahı mahkemesinde dava açabilir. Davacı, aynı zamanda maddi manevi tazminat ile vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca şahsiyet haklarının tecavüzünden elde edilen kazancın kendisine verilmesini birlikte talep etmişse, bu davaları da kendi ikametgahı mahkemesinde açabilecektir.

- Fikri ve Sınai Haklar Mevzuatına göre ise; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 137. maddesinde; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 63. maddesinde; ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 49. maddesinde öngörüldüğü gibi, patent sahibi, marka sahibi, işaret sahibi ve endüstriyel tasarım hakkı sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, “*davacının ikametgahının bulunduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemeler*”dir. Davacının Türkiye’de ikametgahı yoksa (veya davacı Türk vatandaşı değilse-554 ve 555 S.lı KHK’ler), yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Türk Patent Enstitüsü merkezinin bulunduğu (Ankara) yerdeki mahkemedir. Patent, marka, coğrafi işaret veya tasarım sahibi ya da başvuru sahibinin davacı değil de davalı konumunda bulunduğu hallerde, yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesi olacaktır. Davalının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde ise yetkili mahkeme; sicilde kayıtlı vekilin işyerindeki, eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Türk Patent Enstitüsü merkezinin bulunduğu (Ankara) yerdeki mahkemesidir. Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda ise, ilk davanın açıldığı mahal mahkemesi yetkili olacaktır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda

özel bir yetki düzenlemesi mevcut olmamakla beraber, bu kanunun 66. maddesine 4110 sayılı kanunla eklenen fıkra ile, eser sahiplerinin tecavüzün ref'i ve men'i davalarını, kendi ikamet ettikleri (davacının ikametgahı mahkemesi) yer mahkemesinde de açabilecekleri öngörülmüştür. MÖHUK m. 27 uyarınca aynı zamanda uluslararası yetkiyi de gösteren fikri ve sınai haklarla ilgili mevzuatta yer alan yer itibarıyla yetki kurallarının, marka, patent, tasarım veya coğrafi işaretlerin tescil, terkin, iptal veya tashihine ya da tecavüzün önlenmesi veya tespitine veya haksız olarak söz konusu haklara konu yapılan mallara el konulmasına ilişkin davalar bakımından, tazminat davaları hariç olmak üzere, MÖHUK m. 31 ve m. 38/b uyarınca, yani Uluslararası Usul Hukuku yönünden de münhasıran yetkili oldukları doktrinde belirtilmektedir. Buna göre, bu hususlarda nihai yerel ve uluslararası yetkili mahkeme, Türk Patent Enstitüsü'nün merkezinin bulunduğu Ankara mahkemeleri olacaktır.

- Türk hukukunun İnternet üzerinden işlenen bir haksız fiil karşısında sunduğu çözüm önerisi herhangi bir haksız fiil karşısında uygulanacak kurallardan ibarettir. Haksız fiilin ika edildiği ya da zararın meydana geldiği yer Türkiye'de ise, haksız fiilin mağduru Türkiye'de dava açabilecektir. Oysa bu durum, pratikte, haksız fiili işleyen failin dünyanın hiç bilmediği ve mağdurun bulunabileceğini tahmin edemeyeceği bir yerinde yargılanabilmesine yol açabilecektir. Türkiye'den çok uzak bir yerde bir web sitesine asılan açıklamalarla hakarete uğrayan bu kişi web sitesini Türkiye'ye yaptığı bir seyahat sırasında ya da başka bir ülkeye giderken sadece bir kaç saat kalacağı İstanbul'da görüntülense, maruz kaldığı hakaretler Türkiye toprakları içinde görüntülenecek ve Türk mahkemelerini yetkili kılacak unsurlardan birisi, yani zararın Türkiye'de oluşması unsuru, teknik olarak gerçekleşmiş olacaktır. Türkiye'de ikamet etmeyen ve hatta Türkiye ile hiçbir bağlantısı olmayan bir kişinin Türk hukukunun kendisine tanıdığı dava açma hakkını kullanması durumunda ve buna benzer davaların artmasıyla, Türk mahkemelerinin iş yükünün gereksiz bir şekilde artacağına şüphe yoktur. Bu durum, haksız fiili işleyen kişinin de hiç bilmediği, fiili yöneltmediği, farklı bir kıtada yer alan bir ülkede yargılanması anlamına gelecektir ki, yargılandığı ülkede kendini savunması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Böylece, İnternet üzerinden işlenen haksız fiillere sıradan haksız fiillerden farklı davranılmaması hak ve nesafet ilkelerine aykırı durumların doğmasına ve Türk mahkemelerinin zaten yeterince dolu olan iş yükünün daha da artmasına

sebeplere olabilecektir. Yabancı unsurlu bir haksız fiilden doğan ihtilaf söz konusu olduğunda da yetkili mahkemenin haksız fiilden doğan borç ilişkisinin en yakın irtibat halinde olduğu yer mahkemesi olması, özellikle İnternet üzerinden işlenen haksız fiiller düşünüldüğünde, yerinde ve hak ve nesafet kurallarına uygun olacaktır. Gündelik hayatımızda giderek daha önemli bir alan kaplayan İnternet'in ve getirdiği kendine özgü sorunların hukuk sistemimiz tarafından tanınması ve mevcut hukuki düzenlemelerimizin bu kapsamda revize edilerek zenginleştirilmesi karşılaşılabilecek sorunların kalıcı olarak çözülmesi için gereklidir.

- Uluslararası temelde incelenen örneklerde görüldüğü gibi, İnternet'in ana vatanı olan Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin getirdiği çözümleri inceledikten sonra bu değerlendirmeden iki önemli sonuç çıkarabiliriz: Hukuki düzenlemeler henüz bu alan için yeterli ve kesin çözümler getirici nitelikte değildir. Bununla beraber, mahkemeler de İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerle ilgili olarak ortak bir yaklaşım benimsememişler, ancak davaları kişisel yargılama yetkisi (*personal jurisdiction*) ve bağlı buldukları eyaletin *long-arm* yasaları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmişlerdir. Bu da, bu çalışmada açıklandığı gibi, benzer durumlarda zaman zaman çelişkili çözümlere neden olmuştur.

Bu çalışmamızda da belirttiğimiz üzere üçüncü şahıslar üzerinde kişisel yargılama yetkilerini uygulayan mahkemeler aslında, var olan anlaşmazlığa kendi kurallarını uygulamaktadırlar. Ancak kanunları iyi bir şekilde organize edilmiş Uluslararası Hukuk'a göre, iki taraf arasında ortaya çıkan yabancı unsurlu bir anlaşmazlığı çözüme kavuşturmaya yetkin mahkemeler, kendi kurallarını uygulamak zorunda değildir. Söz konusu anlaşmazlık, farklı bir yargı organının kurallarına göre çözümlenebilir. Ancak günümüz ortamında mahkemeler, davalının İnternet bağlantılı faaliyetlerinden dolayı bulunduğu eyaletin yasalarına göre yargılanabileceğini ve bu nedenle mahkemeye sevk edildiği gerçeğini bildiğini kabul ederek yargılama yetkisini kullanmaktadırlar. Bu nedenle Amerikan mahkemeleri, önlere gelen davaların konusu İnternet fiillerini, bu fiiller kendi eyaletlerinde ya da ülkelerinde meydana gelmiş gibi değerlendirmektedirler. Hatta iç hukuklarına göre bazı insan hakları ihlali teşkil eden haksız fiillerin faillerini fail ve mağdur yabancı olsa dahi ve hatta fiil ya da zarar ABD'de meydana gelmese bile, ABD mahkemelerinde yargılabilmektedirler.

- Fransız Hukukunda da İnternet ile ilgili özel bir düzenlemeyle karşılaşılmamış ancak İnternet ortamında işlenen haksız fiillere Brüksel Konvansiyonu'nu revize eden ve 1 Mart 2002'de Danimarka hariç olmak üzere yürürlüğe giren Konsey Tüzüğü'ndeki esasların uygulanacağı görülmüştür. Buna göre, haksız fiiller ile ilgili davalarda yargılama yetkisine sahip mahkeme, davalının ikamet ettiği bölgedeki veya zarar veren haksız fiilin meydana geldiği ya da gelebileceği yerdeki mahkemedir.

- İnternet'in sınır tanımayan, şu ana dek kullandığımız teknolojilerin hepsinden daha karmaşık ve benzersiz karakteristik özellikleri dikkate alınınca, geleneksel yetki kurallarının İnternet üzerinden işlenen haksız fiillere uygulanması, İnternet'le ilgili diğer hususlarda da olduğu gibi (örneğin *e-commerce*) tatmin edici sonuçlar vermeyecektir. İnternet kullanıcılarının fiillerinden dolayı hangi mahkemede yargılanabileceklerini [ve aynı şekilde İnternet üzerinden işlenen haksız fiiller sebebiyle zarara uğrayanların nerede dava açabileceklerini] bilmeye hakları vardır. Hem iş dünyasının hem de İnternet kullanan bireylerin beklediği belirlilik ve tutarlılık, iç hukuktaki düzenlemelerden destek alarak tüm dünya mahkemelerinin İnternet üzerinden işlenen fiillerle ilgili yetki iddia edebileceği günümüz hukuki ortamında ne yazık ki mevcut değildir. Bu belirliliğin ve tutarlılığın elde edilebilmesi için, Yetki Meselesi ile İlgili Yaklaşımlar ve Uluslararası Çalışmalar başlığı altında değinildiği gibi, yüksek sayıda katılımlı ve *e-commerce* gibi İnternet üzerinden yürütülen faaliyetlerde büyük hakimiyete sahip devletlerin dikte ettirmediği düzenlemeleri içeren uluslararası konvansiyonlarda mutabakat sağlanmalı ve mahkemelerin uluslararası yetkisinin saptanması için standart normlar oluşturulmalıdır.

PROF. DR. BAKİ KURU’NUN
“NİZASIZ KAZA” İSİMLİ ESERİNDEN BERİ
ÇEKİŞMESİZ YARGI ALANINDA MEYDANA GELEN
BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER

*Doç.Dr. Ali Cem BUDAK**

I. GİRİŞ

Türk hukukunda çekişmesiz yargı konusunu kapsamlı şekilde inceleyen ilk eser Prof. Dr. Baki Kuru’nun 1961 yılında yayımlanan “*Nizasız Kaza*” isimli eseridir¹. O tarihe kadar, ilmi içtihatlar alanında konu ile ilgili ayrıntılı çalışmalar yapılmadığı gibi, çekişmesiz yargı konusu, sistematik eserlerde de çok kısa şekilde ele alınıyordu².

Çekişmesiz yargının uygulamada taşıdığı öneme ve Kuru’nun eserinin dikkatleri bu konu üzerine çekmiş olmasına rağmen, doktrinin çekişmesiz yargıya olan ilgisi daha sonraki yıllarda ve günümüze kadar da fazla olmamıştır. Sistematik eserler çekişmesiz yargıyı giriş bölümlerinden birinde kısaca ele almakta, çekişmesiz yargının çekişmesiz yargıdan farklarına ve çekişmeli yargıya (davaya) kıyasla gösterdikleri özelliklere değinmekle yetinmektedirler. Türk hukukunda çekişmesiz yargı konusunda, yazılmış

* Yeditepe Üniversitesi ve Koç Üniversitesi Hukuk Fakülteleri

¹ Baki Kuru, *Nizasız Kaza* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961).

² Ezcümle bkz. İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1952), s. 18-20; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961), 27-31.

Nizasız Kaza'dan başka monografik çalışma yoktur. Çekişmesiz yargıyı ele alan usul hukuku makalelerinin sayısı ise birkaç tanedir³.

Bundan önce, Değerli Hocamız Prof. Dr. Baki Kuru'ya ithaf ettiğim bir monografide çekişmesiz yargı konusunu "üçüncü kişilerin haklarının korunması" bakımından incelemeye çalıştım. O çalışmanın dört ana bölümünden birinde çekişmesiz yargı konusu, gerek ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında, gerekse hükme karşı başvurulacak hukuki çareler bakımından gösterdiği özellikler açısından ele alınmıştı. *Nizasız Kaza*'dan geniş şekilde yararlanılarak yazılan o kitap bölümünde, Kuru'nun eserinden sonra yayımlanan önemli yargı içtihatlarına değinilmiş ve ("üçüncü kişilerin haklarının korunması" hareket noktası olmak üzere) çekişmesiz yargı ile ilgili bazı görüşlerim açıklanmıştı⁴.

Hocamız Prof. Dr. Baki Kuru'nun tekrarlardan kaçınan sade üslubunu örnek almaya çalışırım. Kendisine armağan ettiğim bu makalede de, daha önce başka yerde yazmış olduğum görüş ve açıklamaları tekrar etmekten kaçınacağım. Bunun yerine, Kuru'nun eserinin yayımlandığı tarihten sonra Alman çekişmesiz yargı usulünde ortaya çıkan değişikliklere değineceğim ve Türk Hukukunun çekişmesiz yargı işleri ile ilgili hükümlerinde 1961 yılından sonra (özellikle yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle) meydana gelen başlıca değişiklikleri incelemeye çalışacağım. Amacım, çekişmesiz yargı

³ Kuru'nun *Nizasız Kaza*'sının iyi birer özeti niteliğinde Türkçe ve Almanca dillerinde iki makale bulunmaktadır: Baki Kuru, "Freiwillige Gerichtsbarkeit im türkischen Recht", Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1983), s. 401-410; Mustafa Bilgiç, *Türkiye'de Çekişmesiz Yargı Sorunu - Türkiye Barolar Birliği'nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971). Bunlardan başka, çekişmesiz yargıya ilişkin usul hukuku konularını ele alan (tespit edebildiğim) şu üç makale vardır: Nihat Yavuz, "Nizasız Kaza Hukuku Açısından Uygulamada Tapu Miktarının Artırılması Davaları (İşleri)", *Adalet Dergisi* Yıl 75, sayı 1(1984), s. 62-86; Hüseyin Ali Sadruleştari, "Devletler Özel Hukukunda Yabancılık Ögesi İçeren Çekişmesiz Yargı (İhtilafsız Kaza) ve Buna İlişkin Bir Olay ve Kararlar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 14, sayı 1-2 (1994), s. 63-81; Nihat Yavuz, "Nizalı ve Nizasız Kazada Usule Ait Müktesep Hak İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İki Kararı ile İlgili Notlar", *Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1997, sayı 95, s. 10-16.

⁴ Bkz. Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması* (İstanbul: Beta, 2000), s. 111-153.

konusunda temel eser olan *Nizasız Kaza*'dan yararlanan okuyucuya, oradaki bilgilerin güncelliğini sağlamakta yardımcı olmaktan ibarettir.

II. ALMAN ÇEKİŞMESİZ YARGI USULÜNDE 1961 YILINDAN BERİ YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda yapılan değişiklikler

Kuru'nun eserinin yayımlandığı tarihte olduğu gibi bugün de, Alman Hukukunda çekişmesiz yargıyı düzenleyen temel kanun 1898 tarihli "Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun"dur ("Alman ÇY Kanunu")⁵ Alman Hukuk Yargılaması Kanunu ("Alman HUMK") gibi, Alman ÇY Kanunu da sık sık değişikliğe uğrayan kanunlardan biridir⁶. Bu kanun, *Nizasız Kaza*'nın yayımlandığı 1961 yılından bugüne kadar yetmişbir kez değişikliğe tabi tutulmuştur⁷. Bu değişiklikler bazan kanunun belirli maddelerine özgü kalmış, bazan da bir Bölüm'ün tamamen değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması şeklinde olmuştur.

Alman ÇY Kanunu'nda 1961 yılından beri meydana gelen başlıca değişiklikler aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Daha önce "Vesayet" başlığını taşıyan İkinci Bölüm, 1 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı bir değişiklikle "Küçükler Hakkında Vesayet, Aile, Korunmaya Muhtaç Ergin Kişiler Hakkında Vesayet ve

⁵ Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

⁶ Alman ÇY Kanunu hakkında kapsamlı güncel kaynak olarak şu şerh kitabına başvurulabilir: Theodor **Keidel**/Joachim **Kutze**/Karl **Winkler**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit - Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 15. Bası (Münih: Beck, 2003). Daha kısa bir şerh olarak bkz. Ursula **Bumiller**/Karl **Winkler**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit - Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 7. Bası (Münih: Beck, 1999). Çekişmesiz yargı ile yakından ilgili olan Alman "Yardımcı Adalet Memurları Kanunu" hakkında da şerh içeren bir eser için bkz. Peter **Bassenge**/Gerhard **Herbst**/Herbert **Roth**, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechtspflegengesetz - Kommentar*, 9. Bası (Heidelberg: C. F. Müller, 2002). Kısa sistematik eserler olarak Wolfgang **Brehm**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Bası (Stuttgart: Boorberg, 2002) ve daha eski tarihli olan Walther J. **Habscheid**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Bası (Münih: Beck 1983)'ten yararlanılabilir.

⁷ Bkz. **Keidel**/**Kutze**/**Winkler**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s. 1-9'daki kanun değişiklikleri tablosu. Başlıca kanun değişiklikleri hakkında özet bilgi ve atıflar için ayrıca bkz. **Bumiller**/**Winkler**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Einleitung, Kenar no. 5-42.

Özgürlüğün Kısıtlanması İşleri” başlığını almıştır. Bu değişiklik aynı tarihte yürürlüğe giren bir Alman Medeni Kanunu (“Alman MK”) değişikliği ile bağlantılıdır. Alman MK’deki bu değişiklik daha önce hem küçükler hem de kısıtlılar için uygulanan vesayet usulünü kaldırarak, üç ayrı vesayet usulü yaratmıştır: “Küçükler Hakkında Vesayet”⁸, “Korunmaya Muhtaç Ergin Kişiler Hakkında Vesayet”⁹ ve “Özgürlüğü Kısıtlanan Kişiler Hakkında Vesayet”¹⁰. Bu değişikliklerle birlikte, Alman HUMK’nun kısıtlama (hacir) usulünü düzenleyen ve niteliği gereği¹¹ çekişmesiz yargıya tabi olması gereken kısıtlama işlerinin dava şeklinde görülmesini öngördüğü için eleştirilen¹² eski 645-687. maddeleri de yürürlükten kaldırılmıştır¹³.

Evlat Edinme hakkındaki Üçüncü Bölüm, 31 Aralık 1976 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman MK’nun evlat edinmeye ilişkin hükümlerini bütünüyle değiştiren kanun¹⁴ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Dernek ve Mal Rejimi Sicilleri hakkındaki Sekizinci Bölüm’e “kişi ortaklıkları”¹⁵ sicillerinin tutulması hakkında bir madde (m. 160b) eklenmiş ve başlık “Dernekler, Kişi Ortaklıkları, Mal Rejimi Sicilleri” şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddeye konu olan “Kişi Ortaklıkları”, 25 Temmuz 1994 tarihli Kişi Ortaklıklarının Kurulması Hakkında Kanun¹⁶ tarafından yaratılan yeni bir ortaklık türü ile ilgilidir. Alman hukukundaki bu yeni ortaklık türü,

⁸ Vormundschaft.

⁹ Betreuung.

¹⁰ Unterbringung.

¹¹ İhtilaf yokluğu, sübjektif hakkın yokluğu, re’sen harekete geçme ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri gereği; bkz. **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 84.

¹² **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 82, dipnotu 47’ye bağlı kısım; karşı. **Habscheid**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s. 25 (Habscheid, kısıtlama işlerinin çekişmeli yargıya tabi tutulmasının, Alman HUMK’nun ilgililerin haklarının himayesi bakımından Alman ÇY Kanunu’na göre daha teminatlı hükümler içermesi nedeniyle haklı görülebileceği kanaatini belirtmiş idi).

¹³ Bugün, Alman HUMK m. 645-660’ta küçüklere nafaka ödenmesi talepleri hakkındaki hükümler yer almakta; m. 661-687 ise kanun metninden çıkmış bulunmaktadır.

¹⁴ Evlat Edinme Kanunu (Adaptionsgesetz). Bu kanun ile Alman MK’nun m. 1719-1740 yürürlükten kaldırılmıştır. Evlat edinmeye ilişkin hükümler m. 1741-1772’de yer almaktadır.

¹⁵ Partnerschaftsgesellschaften.

¹⁶ Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften (Alman Federal Resmi Gazetesi 1994 I, s. 1744).

avukatlar, hekimler, mali müşavirler gibi serbest meslek sahiplerine ticari işletme niteliğinde olmayan işler için ortaklıklar kurmak olanağını vermektedir¹⁷.

Mahkeme ve Noterlerce Düzenlenen Belgeler hakkındaki Onuncu Bölüm 20 Ağustos 1968 tarihinde yürürlüğe giren Belge Düzenleme Hakkında Kanun¹⁸ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu değişikliklere göre Alman ÇY Kanunu bugün aşağıdaki bölümlerden oluşmaktadır¹⁹:

1. Bölüm: Genel Hükümler (m. 1-34).
2. Bölüm: Küçükler Hakkında Vesayet, Aile, Korunmaya Muhtaç Ergin Kişiler Hakkında Vesayet ve Özgürlüğün Kısıtlanması İşleri (m. 35-70n).
3. Bölüm: Evlat Edinme (Yürürlükten kaldırıldı).
4. Bölüm: Şahsi Hal (m. 71).
5. Bölüm: Miras ve Mirasın Paylaştırılması İşleri (m. 72-99).
6. Bölüm: Gemi Rehni (Yürürlükten kaldırıldı).
7. Bölüm: Ticari İşler (m. 125-158).
8. Bölüm: Dernekler, Kişi Ortaklıkları, Mal Rejimi Sicilleri (m. 159-162).
9. Bölüm: Mal Beyanı Yemini, Eşyaların Muayenesi, Rehin Satışı (m. 163-184).
10. Bölüm: Mahkeme ve Noterlerce Düzenlenen Belgeler (Yürürlükten kaldırıldı).
11. Son Hükümler (m. 185-200).

¹⁷ Bkz. Keidel/Kutze/Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, m. 160b, Kenar no. 1.

¹⁸ Beurkundungsgesetz.

¹⁹ Karş. Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 47.

2. 1969 Tarihli Alman Yardımcı Adalet Memurları Kanunu

1961 yılından sonra Alman hukukunda meydana gelen önemli değişikliklerden biri de, 1970 yılında yürürlüğe giren yeni Yardımcı Adalet Memurları Kanunu'ndan sonra²⁰, çekişmesiz yargı alanındaki işlerin büyük çoğunluğunda sulh mahkemesi hakimleri yerine, aynı mahkemelerde görev yapan yardımcı adalet memurlarının²¹ görevlendirilmiş olmasıdır²². Esasen Almanya'da daha yirminci yüzyılın ilk senelerinden beri, hakimlere ait (ilamsız icra ödeme emirlerinin düzenlenmesi, yargılama giderlerinin hesaplanması, mal beyanı hakkındaki yeminli ifadelerin alınması gibi) bazı görevlerin, ayrı ayrı kanun hükümleri ile yazı işleri görevlilerine²³ verilmesi usulü uygulanmakta idi. Mahkemelerin iş yükünün azaltılmasını amaçlayan ve daha çok eyalet kanunları arasında yer alan bu düzenlemeler 1957 yılında federal bir kanununla birleştirilmiştir²⁴.

1957 tarihli bu kanun ile yardımcı adalet memurlarına verilen görevler, 1969 yılında yayımlanarak 1957 tarihli kanunun yerine geçen (ve halen yürürlükte olan) Yardımcı Adalet Memurları Kanunu ile önemli ölçüde genişletilmiş ve bu değişiklikler kapsamında, çekişmesiz yargıya ait işlerin büyük bölümünde yardımcı adalet memurları görevlendirilmiştir²⁵.

Bugün itibarıyla Alman yardımcı adalet memurları, en az onsekiz ayı belirli mesleki eğitim programlarının tamamlanması ile geçirilen üç yıllık adalet hizmeti kıdemi olan kişilerin katılabildikleri bir "yardımcı adalet memuru işe alınma sınavı ile" bu göreve tayin edilmektedirler²⁶. Yardımcı

²⁰ 5 Kasım 1969 tarihli "Rechtspflegergesetz".

²¹ "Rechtspfleger".

²² Alman hukukundaki "yardımcı adalet memuru" hakkında bkz. Volker Lessing (çev. Bilge Öztan/Fırat Öztan), "Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Yardımcı Adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 40 (1988), sayı 1-4, s. 347-366.

²³ "Gerichtsschreiber"; daha sonra kullanılan terimle "Urkundsbeamten".

²⁴ "Das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts".

²⁵ Bkz. Bassenge/Herbst/Roth, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechtspflegergesetz*, Einleitung RPFiG, kenar no 1-11 ve Lessing, "Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Yardımcı Adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir?", s. 352-364'teki tarihi bilgiler.

²⁶ Alman Yardımcı Adalet Memurları Kanunu m. 2.

adalet memurlarının görevlendirildiği çekişmesiz yargı işleri arasında Alman ÇY Kanunu'nun 2., 5., 7., 8. ve 9. Bölümlerinde düzenlenen “Küçükler Hakkında Vesayet, Aile, Korunmaya Muhtaç Ergin Kişiler Hakkında Vesayet ve Özgürlüğün Kısıtlanması İşleri”, “Mal Beyanı Yemini, Eşyaların Muayenesi, Rehin Satışı”, “Miras ve Mirasın Paylaştırılması İşleri”, “Dernekler, Kişi Ortaklıkları, Mal Rejimi Sicilleri İşleri” ve “Ticari İşler” yer almaktadır²⁷.

Yardımcı adalet memuruna verilen işlerin bazıları tamamen hakimlerin görev alanı dışına çıkarılmakta; bazılarında ise, önem derecesine göre, belirli kararlar hakimlerin görev alanında bırakılmaktadır. Örneğin, Alman ÇY Kanunu'nun 2. Bölümünde yer alan “Küçükler Hakkında Vesayet, Aile, Korunmaya Muhtaç Ergin Kişiler Hakkında Vesayet ve Özgürlüğün Kısıtlanması İşleri” arasında yer alan (Alman Medeni Kanunu m. 1666'da öngörülen) velayet hakkının kötüye kullanılması halinde alınacak tedbirler, yardımcı adalet memurunun değil, hakimin görev alanı içinde yer almaktadır²⁸. Alman ÇY Kanunu, yardımcı adalet memuru ile hakim arasındaki görev ayırımına ilişkin kuralları ve istisnaları gösteren ayrıntılı hükümler içermektedir²⁹.

1969 tarihli Yardımcı Adalet Memurları Kanunu ile yapılan bu değişikliklerden beri, yardımcı adalet memurunun, Alman hukukunda çekişmesiz yargının temel organı haline geldiği ifade edilmektedir³⁰.

3. Alman Çekişmesiz Yargı Usulünde Yapılan Değişikliklerin Önemi

Burada Alman hukukundaki kanun değişikliklerinin ayrıntısı üzerinde durulmayacaktır. *Nizasız Kaza* da Alman hukukundaki çekişmesiz yargı

²⁷ Alman Yardımcı Adalet Memurları Kanunu m. 3.

²⁸ Bkz. Alman Yardımcı Adalet Memurları Kanunu m. 64 ve m. 14, fıkra 1, bent 8.

²⁹ Bkz. Alman Yardımcı Adalet Memurları Kanunu m. 3-4'te yer alan kurallar ve m. 14-19b, m. 20-24a ve m. 29-31'de yer alan istisnalar; Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* s. 72-76. Anayasa hükümlerine göre ve olması gereken hukuk bakımından yardımcı adalet memurlarının görevlerinin hangi hallerle sınırlı olması gerektiği hakkındaki tartışmalar için bkz. Manfred Wolf, “Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren”, *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Cilt 99 (1986), sayı 4, s. 361-406.

³⁰ Bkz. *Bassenge/Herbst/Roth, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechtspflegergesetz*, Einleitung RPfIG, kenar no 10. Bkz. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, s. 52.

işlerinin her biri üzerinde ayrıntısı ile durmamış; Alman hukukunda bütün çekişmesiz yargı işlerini düzenleyen (ve bu bakımdan, Türk hukuku için de uygulanabilir olan) ortak usul ilke ve kurallarını ele almıştır. Şu kadarı belirtilmelidir ki, Alman ÇY Kanunu'nda yapılan çok sayıda değişiklik, çekişmesiz yargı alanının uygulama açısından ne kadar önemli ve değişikliklere ne kadar açık olduğunu göstermektedir. Özellikle aile hukuku alanında ortaya çıkan (örneğin, evlat edinme ve vesayet konusundaki) modern görüşler, maddi hukuk hükümlerindeki değişikliklere paralel olarak, çekişmesiz yargı alanında da değişikliklere yol açmıştır. Diğer taraftan, bu değişikliklere rağmen, Alman ÇY Kanunu'nun tüm çekişmesiz yargı işlerinde uygulanan genel hükümleri içeren Birinci Bölüm'ünün temel yapısı, daha önce olduğu gibi, 1961 yılından beri de değişmeden kalmıştır. Özellikle kanunun çekişmesiz yargı organları, ilgililer ("tarafklar"), çekişmesiz yargıda uygulanan usul hukuku ilkeleri, ispat ve çekişmesiz yargı kararlarına karşı kanun yolları hakkındaki temel sistemi değişmemiştir³¹. Bu bakımdan, *Nizasız Kaza*'da Alman hukuku hakkında verilen karşılaştırmalı hukuk bilgileri ve Alman Hukukuna yapılan atıflar bugün için de büyük ölçüde geçerliliğini korumaktadır.

III. TÜRK HUKUKUNUN ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİ İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNDE 1961 YILINDAN SONRA MEYDANA GELEN BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER

Kuru, hukukumuzdaki çekişmesiz yargıya tabi işlerin başlıcalarını *Nizasız Kaza*'nın Üçüncü Bölümünde "Nizasız Kazaya Tabi İşler" başlığı altında ele almaktadır³². Eserin yayımlandığı 1961 yılından beri kanunlarımızda çekişmesiz yargı işleri ile ilgili bazı değişiklikler yapılmış ve bazı yeni hükümler yürürlüğe girmiştir. Aşağıda bu yenilik ve değişiklikler açıklanacaktır.

Belirteyim ki, Kuru'nun eski Medeni Kanun'da³³ yer alıp, 4721 sayılı Medeni Kanun'da esaslı bir değişikliğe uğramayan (çoğu halde yalnızca

³¹ **Keidel/Kutze/Winkler**, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Einleitung, Kenar no. 8. 2001 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu Reformu da Alman ÇY Kanunu'nda önemli bir değişiklik yapmamıştır; bkz. age. Einleitung, Kenar no. 10.

³² **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 65-113.

³³ Aşağıda "EMK" diye kısaltılmıştır.

ifadesi sadeleşen ve madde numarası değişen) hükümlerde yer alan çekişmesiz yargı işleri hakkında yapmış olduğu açıklamalar bugün için de geçerliliğini korunmaktadır. Bu nedenle aşağıda, 4721 sayılı Medeni Kanun bakımından, sadece eski Medeni Kanun'da muadili bulunmayıp da yeni yürürlüğe giren veya Eski Medeni Kanun'da da bulunmakla birlikte esaslı yenilik taşıyan hükümler hakkında açıklamalar yapılmıştır.

A. AİLE HUKUKUNDA

1. Aile Hukukuna İlişkin Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yapılan Değişiklikler

a. Evlendirme Memurunun, Evlenme Başvurusunu Red Kararına Karşı Yapılan İtiraz

Eski Medeni Kanun'un 97-104. maddelerinde yer alan evlenme kararının ilanı ve evlenme akdine itiraz hakkındaki hükümler 4721 sayılı (yeni) Medeni Kanun'na alınmamıştır. Bunun yerine, kendisine başvuruda bulunulan evlendirme memurunun, evlenmeye engel bir hukuki durumun varlığı halinde evlenme başvurusunu reddedeceği öngörülmüştür (MK m. 134-137). Evlendirme memurunun bu red kararına karşı da, evlenme talebinde bulunan kişilerin her birinin mahkemede itiraz hakkı vardır. Mahkeme bu itirazı evrak üzerinde inceleyip kesin olarak karara bağlar (MK m. 138, fıkra 1). Red kararının mutlak butlan sebeplerinden birinin bulunduğu gerekçesine dayanması halinde, itiraz talebi Cumhuriyet Savcısının hazır bulunması ile karara bağlanır (MK m. 138, fıkra 2).

Evlendirme memurunun red kararına karşı yapılan bu itiraz, kanımca, hasım yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işlerindedir³⁴. Bu nedenle, MK m. 138, fıkra 1, 2. cümle'deki "itiraz evrak üzerinde incelenip kesin karara bağlanır" ifadesi, mahkemenin kararının şeklen kesin olduğu

³⁴ Bkz. ve karşı Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku - Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış - Aile Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Beta, 2002), s. 85-86; Akıntürk, MK m. 138, fıkra 2'ye göre yapılan itirazların çekişmeli yargıya dahil olduğunu belirtmektedir. Kanımca, MK m. 138, fıkra 2'deki halde yargılamaya "kanuni hasım" olarak Cumhuriyet Savcısının katılması, bu itirazı çekişmesiz yargı işini olmaktan çıkmış saymak için geçerli bir neden değildir; bkz. Kuru, *Nizastız Kaza*, s. 21-23.

(temyizinin mümkün olmadığı) şeklinde anlaşılmalıdır. Bu karar maddi bakımdan kesin hüküm oluşturmaz³⁵.

b. Yeniden Evlenmede Bekleme Süresinin Hakim Tarafından Kaldırılması

Medeni Kanun'un 132. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bekleme süresinin hakim tarafından kaldırılması işi (Eski Medeni Kanun sürenin "kısıtılması"nı öngörüyordu) çekişmesiz yargı işi niteliğini korumaktadır. Fakat, daha önce sulh hukuk mahkemesinin görevinde olan bu iş, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ("Aile Mahkemeleri Kanunu")³⁶ hükümleri dolayısıyla artık "asliye hukuk mahkemesi derecesinde" bir mahkeme olan aile mahkemelerinin görevine girmiştir³⁷.

c. Anlaşmalı Boşanma

"Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması" başlıklı MK m. 166, fıkra 3'te (EMK m. 134, fıkra 3)³⁸ düzenlenen, "anlaşmalı boşanma" talebi de, kanımca, ihtilaf yokluğu ve yenilik doğuran etki ölçütlerine göre takibi talebe bağlı³⁹ bir çekişmesiz yargı işidir⁴⁰.

Bu nedenle, kanımca, MK m. 166, fıkra 3, cümle 1'de "davanın kabulü"nden ve aynı fıkranın son cümlesinde "ikrarın hakimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağı"ndan bahsedilmiş olmasına rağmen, kanun hükmünde kullanılan bu ifadeler yanıltıcı olup, Kanunkoyucu'nun hukuk terimlerini kullanmaktaki özensizliğinin bir sonucudur. Çünkü, çekişmesiz yargı işi olan anlaşmalı boşanma işinde ilgililerin yargılama malzemesi

³⁵ Bkz. **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 180 vd. "İlan" usulünü terkederek İsviçre'de, evlenme başvurusunun evlenme memuru tarafından hangi hallerde reddedileceğini öngören İsviçre MK m. 99'da benzer bir "red kararına itiraz" usulü yer almamaktadır.

³⁶ RG 18 Ocak 2003, sayı 24937.

³⁷ Bkz. Aile Mahkemeleri Kanunu m. 4, bent 1 ve m. 9.

³⁸ EMK m. 134, yeni Medeni Kanun'a, madde numarası değiştirilerek ve üçüncü fıkrada EMK m. 150'ye yapılan atıf açık hale getirilerek, aynen alınmıştır.

³⁹ Bkz. **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 150-153.

⁴⁰ Bkz. Nevzat **Özdemir**, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma* (İstanbul: 2003), yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi katalog numarası Tt 902, s. 141-146; karş. **Akıntürk**, *Aile Hukuku*, s.262.

üzerinde tasarruf yetkileri olmadığı için, teknik anlamı ile “davayı kabul”den (HUMK m. 92) söz etmek olanağı yoktur⁴¹. Yine, anlaşmalı boşanma işinde re’sen araştırma ilkesi uygulanacağından, talebini karara bağlayan mahkemenin, ilgililerin beyanlarına (“ikrar”larına) bağlı kalmaksızın araştıracağı olgular bulunmaktadır; şöyle ki:

Anlaşmalı boşanma talebini ele alan hakim ilk olarak, eşlerin boşanma isteklerini açıklarken serbestçe davranıp davranmadıklarını tespit edecektir (MK m. 166, fıkra 3, cümle 2). Hakimin bu tespiti yaparken ilgililerin beyanları ile bağlı olmayacağı kendiliğinden anlaşılan bir husustur. Buna göre hakim, öncelikle, boşanma talebinde bulunan veya diğer eşin talebine rıza gösteren eşin bu beyanının rızayı sakatlayan hallerle sakatlanıp sakatlanmadığını araştıracaktır⁴². Ancak, burada rızayı sakatlayan haller Borçlar Kanunu m. 23 ve devamı hükümlerinde tanımlandığı şekilde anlaşılmalıdır; örneğin, boşanma beyanının Borçlar Kanunu m. 30 anlamında ikrah tanımı içine girmeyecek (daha hafif) bir baskı altında yapılmış olması halinde dahi, yapılan beyan sonuç doğurmayacaktır⁴³.

Bundan başka, hakim, boşanmak istediğini beyan eden ilgililerin bir tereddüd hali içinde olup olmadıklarını ve kararlarını değiştirmek ihtimalinin

⁴¹ Bkz. **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 171.

⁴² Bkz. Bilge **Öztaş**, “3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, *Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990), s. 111-137, s. 131-132.

⁴³ “Davalı 14.4.1994 tarihli duruşmada imzasıyla onayladığı beyanında, ‘kocasının açtığı davayı kabul ettiğini’ belirterek çocuğun velayeti ve mali konular hakkında beyanda bulunmuş, mahkeme de davalının açıklaması ve kabulüne dayanarak hüküm kurmuştur. Ne var ki, kabul beyanının yapıldığı duruşmayı takiben davalı vekili 1.6.1994 tarihli dilekçesini vermiş, hem de 29.4.1994 tarihli duruşmada ‘davalının evden atılma durumu olduğu için, istemeyerek boşanma isteğinde bulunduğunu’ söylemiştir. Bu iddia ‘Medeni Kanun’un 134/3. maddesine göre davalının yaptığı kabulün, rızayı bozan hukuki nedenle malül olduğu iddiasıdır. ... O halde makemece, ... ileri sürülen konuda tarafların açıklamaları alınmalı, gerekirse göstereceği delilleri sorulup toplatılmalı, deliller Medeni Kanun’un 134/3. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmelidir. / Eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” 2. HD 3 Ekim 1994, 8139/8957; Talih **Uyar**, *Türk Medeni Kanunu - «Aile Hukuku»*, Cilt 6 (Ankara: Feryal Matbaacılık, 2002), s. 1168-1170.

bulunup bulunmadığını dahi tespit etmeli ve böyle bir ihtimalin varlığı halinde, boşanma yerine MK m. 170 uyarınca ayrılığa karar vermelidir⁴⁴.

Anlaşmalı boşanma talebini karara bağlayan hakim, ayrıca, eşler arasında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında varılan anlaşmayı da inceleyecek ve ancak, bu anlaşmanın amaca uygun olduğuna kanaat getirmesi halinde boşanmaya karar verecektir (MK m. 166, fıkra 3, cümle 2). Hakimin bu konuda bir sonuca varılabilmesi için de olguları re'sen araştırması ilkesine göre araştırması gerekir.

İlmi ve kazai içtihatlarda, eşlerin anlaşmalı boşanmaya yönelik ortak beyanlarının, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı olgusu hakkında bir kesin karine teşkil ettiği şeklinde yapılan açıklamalar⁴⁵ yukarıdaki özellikler dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁴⁶.

⁴⁴ Bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?", *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1990), s. 113-121, s. 118; karş. Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan**, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1993), s. 238.

⁴⁵ Bkz. **Öztaş**, "3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", s. 127; **Kocayusufpaşaoğlu**, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?", s. 113; Kemal **Oğuzman/Mustafa Dural**, *Aile Hukuku*, 2. Bası (İstanbul: Filiz, 1998), s. 128. Yargıtay kararlarında bu "kesin karine" görüşünü açıklamak için kullanılan (birçok Yargıtay kararında aynı şekilde tekrar edilen) formül şöyledir: "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla değişik 134/1 maddesine göre, eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi, evlilik birliğinin temelden sarsıldığına karinesi sayılır. Başka bir ifadeyle böyle bir durumda hakimin takdir hakkı, sonuca etkili olmamakta ve delillerin toplanmasına da gerek bulunmamaktadır. İşte Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla değişik 134/1 maddesi, boşanma hukuki sebebinin ["hukuki sebep" terimi yerinde olmayıp, kastedilen maddi olgulardır] varlığı konusunda takdir hakkını ortadan kaldırmış, hakime, boşanmaya karar verilebilmesi için zorunlu üç unsurun varlığını kendiliğinden (re'sen) araştırma yetkisi vermiştir. Bunlardan herhangi birinin yokluğu halinde açılan davanın reddi zorunludur. Aranacak hususlar evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, boşanmaya ilişkin olmak üzere tarafların iradelerinin serbestçe açıklanmış bulunması ve boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olmak üzere taraflarca bir anlaşma (düzenleme) metninin sunulması veya bu husustaki anlaşmanın tutanağa geçirilmiş olmasıdır. Bu yön kamu düzeninden olup re'sen gözetilmesi gerekir." 2. HD 11 Eylül 1990, 2006/8171, Talih **Uyar**, *Türk Medeni Kanunu - «Aile Hukuku»*, Cilt 6, s. 1236-1237; aynı şekilde ezcümle bkz. 2. HD 16 Kasım 1992,

Olguların toplanmasına ilişkin bütün bu hususlar dikkate alındığında, eşlerden birinin diğer eşin boşanma talebini kabulünün, HUMK m. 92 anlamında “davayı sona erdiren usul işlemi” şeklinde nitelenebilecek (boşanmaya karar vermek için yeterli) bir sebep olmadığı kendiliğinden anlaşılır. Aksi görüşün kabulü, ilgililerin MK m. 166, fıkra 3 cümle 2’de yer alan olgu araştırmalarını yapmasını engelleyebilmeleri sonucunu doğurur ki, bu da kanun hükmünün amacı ile bağdaşmaz⁴⁷.

Nitekim, doktrinde, haklı olarak, diğer eşin boşanma talebini kabul eden ya da birlikte boşanma talebinde bulunan eşin yargılama sırasında bu talebinden vazgeçebileceği ve bu halde, diğer eşin davaya MK m. 166, fıkra 1’e göre (evlilik birliğinin temelden sarsıldığını ispat için deliller göstererek) devam edebileceği belirtilmiştir⁴⁸. Kural olarak, kabulün veya ikrarın geri alınması mümkün değildir⁴⁹. Anlaşmalı boşanmada HUMK m. 92’deki anlamıyla “kabul” veya HUMK m. 236’daki anlamı ile “ikrar” söz konusu

11104/11317, age, s. 1239; 2. HD 21 Kasım 1991, 10499/14491, age, s. 1239-1241; 2. HD 22 Şubat 1990, 1989-10796/2176, *YKD*, Cilt 16 (1990), sayı 9, s. 1295-1296.

⁴⁶ Bu nedenle **Tekinay**, eşlerin boşanmaya yönelik ortak beyanlarının, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı olgusu hakkında sadece adi karine teşkil ettiğini belirtmekte ve MK m. 166, fıkra 3, son cümle hükmünü şu şekilde eleştirmektedir: “[B]ir taraftan, karşılıklı rıza ile boşanma isteyen tarafları hakimin bizzat dinlemesi ve onların, iradelerini serbestçe açıklayıp araştırması şart kılınırken, öbür taraftan ikrarın hakimi bağlayacağı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek, kanımızca açık bir çelişkidir”. Bkz. Selahattin **Sulhi Tekinay**, *Türk Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1990), s. 195; aynı yönde (eşlerin boşanmaya yönelik ortak beyanlarının, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı olgusu hakkında sadece adi karine teşkil ettiği hakkında) bkz. **Aküntürk**, *Aile Hukuku*, s. 261 ve 263; **Hatemi/Serozan**, *Aile Hukuku*, s. 237.

⁴⁷ “İlk oturumda davalı bizzat davayı kabul ettiğini beyan etmiştir. Bu beyan üzerine davacı asilin dinlenmek üzere hazır bulundurulması ve mali konularda, çocukların durumları hakkında düzenlemede bulunmaları için taraflara imkân tanınmak gerekirken, toplanan delillerle evlilik birliğinin temelden sarsıldığı ve bir taraf için birliği devam ettirmenin beklenmeyeceği ispatlanmadığından söz ederek davanın reddi doğru bulunmamıştır.” 2. HD 8 Mart 1991, 1262/4268, Ömer Uğur **Gençcan**, *Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tahminat - Nafaka*, Cilt 1 (Ankara: Yetkin 2000), s. 677-678.

⁴⁸ **Öztan**, “3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, s. 129.

⁴⁹ Bkz. HUMK m. 95 ve m. 236, fıkra 2 ve ezcümle Baki **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Bası (İstanbul: Demir Demir, 2001), s. 2049; Baki **Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, 6. Bası (İstanbul: Demir Demir, 2001), s. 3727.

olsa idi, anlaşmalı boşanma talebinden bu şekilde vazgeçmek mümkün olmazdı.

d. Eşlerden Birinin, Aile Konutu ile İlgili Tasarruf İşlemlerini Tek Başına Yapmasına Hakim Tarafından İzin Verilmesi

Aile konutu ile ilgili tasarruf işlemleri yapmak veya kira sözleşmesini sona erdirmek isteyen (fakat diğer eşin rızasını sağlayamayan) eşe, bu işlemleri yapmak için hakim tarafından izin verilmesi işi (MK m. 194, fıkra 2), kanımca, önleyici - yenilik doğuran etki ölçütüne göre çekişmesiz yargı işidir.

Aksi görüşte olan Şıpka, eşlerden birinin aile konutu ile ilgili tasarruf işlemlerini tek başına yapmasına izin verilmesinin çekişmeli yargıya ait olduğunu; rıza vermekten kaçınan eşe husumet yöneltilmesi gerektiğini; bu kişinin “adres bırakmadan gitmiş olması halinde” ise kendisine kayyım tayin etmek gerekeceğini belirtmektedir. Yine Şıpka’ya göre, yapılmak istenen (aile konutu ile ilgili) hukuki işlemin karşı tarafı olan kişiye husumet yöneltilemez; fakat, bu kişinin yargılamaya davacı eş yanında müdahil olarak katılması mümkündür⁵⁰.

Kanımca, yapılmak istenen hukuki işleme rıza vermeyen eş, karara bağlanacak çekişmesiz yargı işinde “maddi anlamda ilgili” olduğu için, dinlenilmelidir. Yapılmak istenen hukuki işleme rıza vermeyen eşin dinlenilmesi, çekişmesiz yargı işlerinde re’sen araştırma ilkesine göre araştırma yapan hakimin yargılama ile ilgili malzemeyi eksiksiz olarak toplamasının⁵¹ gereği olduğu gibi; hakimin aydınlatma ödevinin (HUMK m. 75, fıkra 2 ve 3) ve nihayet, verilecek karardan etkilenen eşin Anayasa m. 36 ile güvence altına alınmış olan hak arama hürriyetinin gereğidir⁵². Ancak, bütün çekişmesiz yargı işlerindeki maddi anlamda ilgililer için geçerli olan bu “dinlenilme hakkı”, niteliği (önleyici - yenilik doğuran etki ölçütü) dolayısıyla

⁵⁰ Bkz. Şükran Şıpka, *Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile ilgili İşlemlere Diğer Eşin Rızası* (İstanbul: Beta, 2002) s. 161.

⁵¹ Bkz. Murat Doğan, “Medeni Kanun’un Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6 (2002), sayı 1-4, s. 285-300, s. 293-294.

⁵² Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 111-112.

tipik bir çekişmesiz yargı işi olan bu işin, dava olarak nitelendirilmesini gerektirmez.

Yine kanımca, yapılmak istenen hukuki işlem için rızası alınamayan eşin “adres bırakmadan gitmiş olması halinde”, kendisine derhal kayyım tayin etmek yerine; tebligat mevzuatının ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir⁵³.

Nihayet, çekişmesiz yargıda fer’i müdahale hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığı için, yapılmak istenen hukuki işlemin karşı tarafı olan kişinin yargılamaya katılması halinde, kanunumuzdaki fer’i müdahale hükümleri doğrudan doğruya değil, kıyas yoluyla (çekişmesiz yargının niteliğine uygun düştüğü ölçüde) uygulanacağı kanısındayım⁵⁴.

e. Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğini Tek Başına Temsil Etmek Konusunda Yetkili Kılınması

Evlilik birliğini “ailenin sürekli ihtiyaçları için” eşlerden her biri temsil edebilir. Eşlerden birinin, evlilik birliğini “ailenin diğer ihtiyaçları için” tek başına temsil etmesi ise istisnai hallerde mümkündür. Bu istisnai hallerden biri de eşlerden birinin “haklı sebeplerle hakim tarafından” yetkili kılınmasıdır (MK m. 188). Hakimin bu konuda karar vermesi, önleyici - yenilik doğuran etki ölçütüne göre çekişmesiz yargı işidir. Aynı şekilde, eşlerden birinin temsil yetkisinin hakim tarafından kaldırılması ve gereği halinde geri verilmesi işleri de (MK m. 190-191), çekişmesiz yargı işlerindedir⁵⁵.

f. Paylaşmalı Mal Ayrılığında Boşanma veya Evliliğin İptali Halinde, Aile Konutu ve Ev Eşyasını Hangi Eşin Kullanmaya Devam Edeceği Hakkında Karar Verilmesi

Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali halinde, hakimin aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında re’sen karar vermesi (MK m. 254, fıkra 2) önleyici - yenilik doğuran etki ve re’sen harekete geçme ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir.

⁵³ Bkz. Tebligat Kanunu (4829 sayılı Kanunla değişik) m. 28-31.

⁵⁴ Bkz. Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 113-116.

⁵⁵ Eski MK’daki benzer işlerin çekişmesiz yargı işi sayılması hakkında bkz. Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 72-73.

g. Soybağının Evlenme Yoluyla Kurulmasına İtirazın (Eski “Nesebin Tashihine İtiraz”dan Farklı Olarak) Çekişmesiz Yargı Alanına Ait Olmaması

4721 sayılı Medeni Kanun, “sahih nesep - gayrisahih nesep” ayırımı ile birlikte nesebin tashihine ilişkin hükümleri de kaldırmıştır. Eski Medeni Kanun, gayri sahih nesebin ana babanın birbiriyle evlenmesi halinde veya (nişanlılardan birinin ölümü veya evlenme ehliyetini kaybetmesi nedeniyle evlenmenin gerçekleşmediği hallerde) mahkeme kararı ile “tashihi”ne imkân veriyordu (EMK m. 247-250). Nesebin bu iki şekilde tashihi halinde, ana babanın yasal mirasçıları veya savcı, mahkemeye başvurarak nesebin tashihine itiraz edebiliyor idi (EMK m. 251). Gerek nesebin mahkeme kararıyla tashihi gerekse nesebin tashihine itiraz, sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işlerinden idi⁵⁶.

4721 sayılı Medeni Kanun’da nesebin tashihi kurumu varlığını kaybetmiş olmasına rağmen, yeni kanunda da EMK m. 247-250’ye benzer hükümler yer almaktadır; şöyle ki: MK m. 293 evlilik dışında doğmuş olan çocukların, eşlerin evlenme sırasında veya evlenmeden sonra nüfus memuruna başvurması ile nüfus kütüğüne eşlerin ortak çocuğu olarak kaydına imkân vermektedir. İşte, Eski Medeni Kanun’daki nesebin tashihine itiraz halinde olduğu gibi, Yeni Medeni Kanun’un sisteminde de “soybağının evlenme yoluyla kurulması”na⁵⁷ mahkemede itiraz hakkı tanınmaktadır (MK m. 294).

Yeni Medeni Kanun, nesebin tashihine itiraz halinden farklı olarak, “soybağının evlenme yoluyla kurulmasına itiraz” hakkını (ana babanın yasal mirasçıları ve savcı yanında) çocuğa da tanımıştır (MK m. 294, fıkra 1). Bundan başka, yine eski kanundaki nesebin tashihine itiraz halinden farklı olarak, soybağının evlenme yoluyla kurulmasına itirazda, tanınmanın iptaline ilişkin hükümlerin (MK m. 297) kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür (MK m. 294, fıkra 3). Bu son farklılık dolayısıyla, yeni Medeni Kanun’un sisteminde soybağının evlenme yoluyla kurulmasına itiraz çekişmesiz yargı işi

⁵⁶ Bkz. **Kuru**, *Nizastız Kaza*, s. 73-75; Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 137-139.

⁵⁷ Aslında soybağı evlenme yoluyla kurulmamakta, çocuk ile baba arasında zaten mevcut olan soybağının nüfus kütüğüne tescili evlenmeden sonra, eşlerin bildiri ile yapılmaktadır.

olmayıp; bu itiraz, eşlere ve çocuğa karşı açılan bir dava şeklinde görülecektir (MK m. 297, fıkra 2'ye kıyasen).

h. Evlat Edinme Kararı

Eski Medeni Kanun'daki evlat edinmeye izin işi gibi (EMK m. 256)⁵⁸, 4721 sayılı Medeni Kanun'daki evlat edinme kararı da (MK m. 315) ihtilaf ve sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki⁵⁹ ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir. 4721 sayılı Medeni Kanun yürürlüğe girinceye kadar, HUMK m. 8, fıkra II, bent 5 hükmüne göre, evlat edinmeye izin işleri sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giriyordu. Yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay verdiği ilk kararlarda, evlat edinme kararını eski kanundaki evlat edinmeye izin işleminden farklı görerek bu konuda asliye hukuk mahkemelerini görevli saymıştır⁶⁰.

Kanımcıca, HUMK'nun yürürlükten kalkan m. 8, fıkra II, bent 5 hükmündeki “evlat edinmeye izin” ifadesinin yeni Medeni Kanun

⁵⁸ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 77.

⁵⁹ Mahkemenin MK m. 315'e göre vereceği evlat edinme kararının kurucu nitelikte olduğu hakkında bkz. **Akıntürk**, *Aile Hukuku*, s. 374.

⁶⁰ “Mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği Anayasa'nın 142. maddesinde yer almıştır. 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Yasası'nda 743 sayılı Türk Medeni Yasası'na göre evlatlık bağının kurulabilmesi için sulh hakiminden “evlat edinmeye izin kararının alınması” sonra “resmi senet düzenlenmesine” ilişkin ikili yapı kaldırılarak evlat bağının “mahkeme kararıyla kurulacağı” hükmüne bağlanmıştır. Yukarıda sözü edilen ikili yapı nedeni ile HYUY'ın 8/5. maddesindeki yetki kuralı getirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Yasası'na göre evlat edinme ilişkisinin kurulacağı “mahkeme kararı” eski yasadaki “izin” kararından farklıdır. Anılan yasada hakim evlat edinmeye karar vermeden önce “... esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından , evlat edinen ile edinilenin dinlenilmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada evlat edinen ile edinilenin kişiliği, sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları”nın açıklığa kavuşturulması, evlat edinenin alt soyu varsa onların evlat edinme ile ilgili tavrı ve düşüncelerinin değerlendirilmesi (m. 316), ayrıca Yasada gösterilen diğer koşulların araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Yeni yasada evlatlık ilişkisinin düzenlendiği maddelerde “mahkeme”, “hakim” sözcüklerinin kullanılmış olması karşısında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu anlaşılmalıdır.” 20. HD, 13 Haziran 2002, 4345/5881, *YKD* Cilt 28 (2002), sayı 11, s. 1708-1709; aynı yönde bkz. 2. HD, 2 Mayıs 2002, 4860/5701, *YKD* Cilt 29 (2003), sayı 2, s. 180-181.

hükümlerine göre “evlat edinme kararı” şeklinde anlaşılması mümkün idi⁶¹. Çünkü, her iki halde de mahkemenin evlat edinmeyi mümkün kılan, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur. Fakat bugün için konu, pozitif hukuk bakımından tartışmalı olmaktan çıkmıştır. Çünkü, HUMK m. 8, fıkra II, bent 5 hükmü de Aile Mahkemeleri Kanunu (m. 9) tarafından yürürlükten kaldırılmış; evlat edinmeye karar verme işi aile mahkemelerinin görevleri arasına girmiştir (Aile Mahkemeleri Kanunu m. 4, bent 1).

1. Ana Babaya Çocuğu Mallarından Bir Kısmını Çocuğun Bakım ve Eğitimi İçin Sarfetme İzninin Verilmesi

Ana babaya çocuğu mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarfetme izninin verilmesi işi (MK m. 327) ve çocuk ile ana baba arasındaki hukuki işlemlere izin verilmesi işi (MK m. 345), eskiden olduğu gibi (EMK m. 261 ve m. 271) çekişmesiz yargı işleridir. Bir yenilik olarak, daha önce sulh hukuk mahkemesinin görevinde olan bu işler de, Aile Mahkemeleri Kanunu tarafından aile mahkemelerine verilmiştir⁶².

i. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Göre Aile Mahkemesi Hakimi Tarafından Karar Verilecek Tedbirler

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a göre⁶³ “eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması” halinde Aile Mahkemesi Hakimi tarafından⁶⁴ karar verilecek tedbirler, öncelikle önleyici etki ölçütüne⁶⁵ göre çekişmesiz yargı işlerindedir.

Ayrıca, Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un 1. maddesi, Aile Mahkemesi Hakiminin aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin tedbirlere şiddete

⁶¹ Örneğin bkz. Ahmet Cemal **Ruhi**, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile ilgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması* (Ankara: Seçkin, 2002), s. 41.

⁶² Bkz. Aile Mahkemeleri Kanunu m. 4, bent 1 ve m. 9.

⁶³ Bkz. Fatma Akyüz **Öztürk**, “4320 sayılı Ailenin Koruması Kanunu”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 29, sayı 3 (Temmuz 2003), s. 263-268.

⁶⁴ Bkz. Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Aile Mahkemeleri Kanunu ile değişik 1. maddesi.

⁶⁵ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 27-29.

maruz kalan kişinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının talebi halinde “re’sen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak” karar vereceğini öngörmektedir. Kanunun ifadesi açık olmamakla birlikte, kanımca, hakimın Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da yer alan tedbirlere karar vermesi için ilgilinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının talebini beklemesi zorunlu olmayıp, olay hakkında başka bir şekilde bilgi sahibi olması da yeterlidir. Bu yorum tarzı, kanunun şiddete maruz kalan aile bireylerini en üst düzeyde korumak şeklindeki amacına uygundur. Buna göre, kanımca, Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a göre tedbirlere karar verilmesi, “re’sen harekete geçme” ölçütüne⁶⁶ göre de çekişmesiz yargı işlerindedir.

j. Korunmaya Muhtaç Küçükler Hakkında Alınan Tedbirler

Benzer şekilde, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 10. ve 14. maddelerine göre, “veli, vasi, bakmakla mükellef olan kimse veya Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine” çocuk mahkemeleri tarafından korunmaya muhtaç küçükler hakkında alınacak tedbirler de subjektif hakkın yokluğu ve önleyici etki ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir. 2253 sayılı Kanun, Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un 1. maddesindeki gibi uygun bir ifade içermediği halde, kanımca, olması gereken hukuk bakımından, bu çekişmesiz yargı işinde de re’sen harekete geçme ilkesi uygulanması doğru olurdu.

2. Aile Hukukuna İlişkin Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görevli Mahkeme

Aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinin önemli bir bölümü, aile mahkemelerinin kurulmasına kadar, HUMK m. 8, bent 4 ve 5 hükümleri ile sulh hukuk mahkemelerinin görevine verilmiş idi. Aile Mahkemeleri Kanunu’nun 2. maddesi ile, Adalet Bakanlığınca Hakimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak nüfusu yüzbin kişinin üzerindeki ilçelerde “tek hakimli ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde olmak üzere” aile mahkemeleri kurulması hükme bağlandı⁶⁷. Kurulan aile mahkemelerinin görevi aynı Kanun’un 4. maddesinde belirlenmiştir.

⁶⁶ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 34, 154.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahir **Büyüktanır**, “Aile Mahkemeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 61 (2003), sayı 1, s. 29-39.

Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 2. maddesine göre aile mahkemeleri, kanunlarla verilebilecek diğer görevler dışında,

- (1) Medeni Kanun'un Aile Hukuku başlıklı İkinci Kitabına ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a göre "aile hukukundan doğan" dava ve işlerde,
- (2) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi

konularında görevlidir.

Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 9. maddesi de, aile hukukuna ilişkin çeşitli çekişmesiz yargı işlerini sulh mahkemesine veren HUMK m. 8, bent 4 hükmünün ilgili bölümünü ve HUMK m. 8, bent 5 hükmünün tamamını yürürlükten kaldırmış; Ailenin Korunmasına Dair Kanun m. 1, fıkra 1'de geçen "sulh hakimi" sözcüğünü de "Aile Mahkemesi hakimi" olarak değiştirmiştir.

Yeni düzenlemeye göre, daha önce sulh mahkemesinin görevine giren aile hukukuna ilişkin bazı çekişmesiz yargı işleri, asliye mahkemesi derecesinde olan aile mahkemelerinin görev alanına girmiştir. Bu çekişmesiz yargı işleri şunlardır:

- Kadının yeniden evlenmesinde bekleme süresinin kaldırılması (MK m. 132),
- Evlat edinme kararı (MK m. 315),
- Ailenin Korunmasına Dair Kanun m. 1'e göre hakim tarafından alınmasına karar verilecek tedbirler,
- Çocuğun mallarının, çocuğun bakım ve eğitimi için harcanmasına izin verilmesi (MK m. 327),
- Çocuk ile ana baba arasında yapılan hukuki işlemle çocuğun borç altına girmesine onay verilmesi (MK m. 345).

Buna karşılık, Medeni Kanun'un Aile Hukuku başlıklı İkinci Kitabında yer almakla birlikte istisna olarak aile hukukundan doğmayan çekişmesiz yargı işlerinde eskiden olduğu gibi sulh ve asliye hukuk mahkemeleri görevli olmakta devam etmektedir. Çünkü, Aile Mahkemeleri Kanunu, Medeni

Kanun'un İkinci Kitabında yer alan bütün dava ve işleri değil, bu dava ve işler içinde "aile hukukundan doğan"ları aile mahkemelerinin görev alanına sokmuştur⁶⁸. Bu nedenle, Yargıtay, Aile Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda da, sulh mahkemelerinin kendilerine Medeni Kanun'un 397. maddesi ile (karş. EMK m. 347) verilen "vesayet makamı" sıfatını, aile hukukundan doğmayan "yönetim kayyımlığı" işleri (MK m. 427) bakımından taşımaya devam ettiğini kabul etmektedir⁶⁹.

Görev konusundaki değişikliğin sonucu olarak, aile hukukuna ilişkin yukarıdaki çekişmesiz yargı işleri, artık sulh mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usulü yerine (HUMK m. 507, bent 1) asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usulüne göre (HUMK m. 178 vd) görülecektir. Dolayısıyla, bu çekişmesiz yargı işleri örneğin adli tatilde görülemeyecek (HUMK m. 176, bent 10) ve (uygulamada bir dava şekline bürünen işler bakımından) cevap verme süresi kural olarak dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün süre ile sınırlı olacaktır (HUMK m. 195).

Aile Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde, aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerini sulh mahkemesinin görev alanından çıkararak asliye mahkemesinin görev alanına dahil eden bu değişikliğin nedeni hakkında açıklama yer almamaktadır⁷⁰. TBMM'nde yapılan görüşmelerde de konu ile

⁶⁸ Ali Karagülmez/Sami Sezai Ural, *Açıklamalı - Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu* (Ankara: Seçkin, 2003), s. 30-31.

⁶⁹ "... (yeni) Türk Medeni Kanunu, eski kanunun 421. maddesini karşılayan 477. maddesi "... yönetim kayyımlığının, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona ereceğini ..." hükme bağlamıştır. / Yasanın 397/2. maddesinde "vesayet makamının Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu ..." belirtilmiştir. / O halde yönetim kayyımlığının kaldırılmasında görevli mahkeme, vesayet makamı olan sulh mahkemesidir." 2. HD 13 Mart 2003, 2167/3512 (Karagülmez/Ural, *Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu*, s. 31-32). Aynı şekilde, sulh hukuk mahkemelerinin vesayet makamı sıfatının Aile Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiği hakkında bkz. 2. HD 13 Mart 2003, 2180/3547 (age., s. 32-33).

⁷⁰ Aile Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesi (genel gerekçe bir sayfa ve madde gerekçeleri de bir sayfa olmak üzere) toplam iki sayfadır. Aile hukukuna ilişkin bazı çekişmesiz yargı işlerini sulh mahkemelerinin görevi alanından çıkararak ve yazılı usule tabi hale getiren m. 2 hükmü hakkındaki gerekçe şu şekildedir: "Aile mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin esaslar açıklanmıştır". (T. C. Başbakanlık Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na 13.5.2002 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-438/2600 sayılı yazı ekinde gönderdiği gerekçe için bkz. <www.tbmm.gov.tr>.)

ilgili bilgi bulunmamaktadır⁷¹. Kanımca, yapılan değişiklik, çekişmesiz yargı işlerinin gerektirdiği çabukluk ve şekilden uzak ve basit yargılama ihtiyacına uygun düşmediği için, yerinde olmamıştır⁷².

B. MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN BİR ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİNDE (MİRASÇILIK BELGESİ KONUSUNDA) YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Mirasçılık belgesi verilmesi işi, eskiden olduğu gibi (EMK m. 538) ihtilaf yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işidir. Eski Medeni Kanun mirasçılık belgesini sadece atanmış mirasçılara verilmesini öngörmüş iken, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 598. maddesi, uygulamaya ve doktrindeki görüşlere uygun olarak⁷³, mirasçılık belgesinin bütün mirasçılar tarafından talep edilebileceğini açıklığa kavuşturmuştur⁷⁴.

C. EŞYA HUKUKUNA İLİŞKİN BİR ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİNDE (TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI İLE KAZANILMASI KONUSUNDA) YAPILAN DEĞİŞİKLİK

1. Kuru'nun Taşınmaz Mülkiyetinin Olağanüstü Zamanaşımı İle Kazanılması Konusundaki Görüşü ve 96-4/98-3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

Eşya Hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinin belki uygulama bakımından en önemli ve ilmi içtihatlar bakımından en ilgi çekici olanı, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin taleplerdir.

⁷¹ Bkz. *T.B.M.M. Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Cilt 2, Yasama Yılı 1, 20. Bileşim (9.1.2003).

⁷² Bkz. **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 165-166.

⁷³ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 86-87.

⁷⁴ Lehine belirli bir mal vasiyet edilen kişi ise mirasçı değil, sadece vasiyet alacaklısıdır. MK m. 598, fıkra 2 vasiyet alacaklısına da vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilmesini öngörmüş ise de, bu belge "mirasçılık belgesi" değildir. Vasiyet alacaklısı bu belge ile, örneğin tapu sicile başvurarak vasiyet konusu taşınmazın kendi adına tescilini talep edemez; yalnızca, mülkiyet hakkının kendisine devri için vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişiye karşı talepte bulunabilir. Bkz. Zahit **İmre/Hasan Erman**, *Miras Hukuku*, 4. Bası (İstanbul: Der, 2003), s. 314-315.

Nizasız Kaza'nın 89-96. sayfaları taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin EMK m. 639 hükmünün incelenmesine ayrılmıştır. Kuru, eserinin bu bölümünde, konuya ilişkin çeşitli görüşleri özetleyip tartıştıktan sonra, taşınmaz mülkiyetinin EMK m. 639 uyarınca kazanılmasının, mahkemenin vereceği yenilik doğuran hükümlerle ve ileriye etkili olarak meydana geleceği sonucuna varmaktadır⁷⁵.

Bu görüşe göre, EMK m. 639'a göre talepte bulunan taşınmaz zilyedi, bir sübjektif (mülkiyet) hakkına dayanmamaktadır; yalnızca, mahkemeye başvurarak mülkiyet hakkının yenilik doğuran bir hükümlerle kendisine tanınmasını istemek hakkına sahiptir⁷⁶. EMK m. 639'a dayanan tescil talebi sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya aittir.

Yine bu görüşe göre, tescili talep eden kişi ancak mahkemenin kararı ile mülkiyet hakkını kazanacağından, olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanmaya ilişkin bütün şartlar gerçekleşmiş olsa bile, EMK m. 639, fıkra 3'e göre yapılan ilan üzerine mahkemeye itirazda bulunan üçüncü kişi, tescil talebinin reddini sağlamak için, talep konusu taşınmazın kendisine ait olduğu şeklinde bir istihkak iddiasında bulunabilir⁷⁷.

Kuru'ya göre, EMK m. 639, fıkra 3 yapılan ilan üzerine mahkemeye itirazda bulunulması halinde, mahkeme önündeki iş, çekişmesiz yargı alanından çıkıp çekişmeli yargı alanına girer⁷⁸. EMK m. 639'un bu aşamadan önce, daha tescil talebi ile birlikte, Hazinesinin ve ilgili kamu tüzel kişisinin hasım gösterilmesini öngören hükmü ise, çekişmesiz yargının niteliği ile bağdaşmadığı için isabetsiz görülmektedir⁷⁹.

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin tartışma ve gelişmeler, Kuru'nun yukarıda özetlenen görüşlerini yayımlandığı 1961 yılından beri de devam etmiştir. 1961 yılından günümüze

⁷⁵ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 93-94.

⁷⁶ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 92.

⁷⁷ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 93.

⁷⁸ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 95.

⁷⁹ **Kuru**, *Nizasız Kaza*, s. 89 ve 95.

kadar EMK m. 639 hakkında biri doktora tezi olmak üzere⁸⁰, çok sayıda bilimsel çalışma⁸¹ ve üç içtihadı birleştirme kararı yayımlanmıştır⁸².

Yayımlanan içtihadı birleştirme kararları içinde, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması taleplerinin hukuki niteliği bakımından önem taşıyanı 4 Aralık 1998 tarih ve 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Yargıtay, bu içtihadı birleştirme kararında, MK m. 639'a göre verilen mahkeme kararlarının yenilik doğuran hüküm niteliğinde olduğuna ve mülkiyet hakkının kararın kesinleştiği anda kazanıldığına karar vermiştir. Bu karar, Kuru'nun *Nizasız Kaza* kitabında savunduğu görüşlere uygundur.⁸³

2. Yeni Medeni Kanun'un Taşınmaz Mülkiyetinin Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması Konusunda Benimsediği Sistem

96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı hakkındaki tartışmalar sürerken, 4721 sayılı (yeni) Medeni Kanun'un 713. maddesi, EMK m. 639 hükmünü, o tarihe kadarki gelişme ve tartışmaları dikkate alarak yeniden düzenlemiştir. Yeni hüküm, EMK m. 639'u çeşitli hususlarda değişikliğe tabi tutarken⁸⁴, mahkemenin taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile

⁸⁰ Saibe Oktay, *Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması* (İstanbul: Kazancı, 1990).

⁸¹ Ezcümle bkz. Oktay, *age* s. 153-156'daki bibliyografya; Saibe Oktay, "Türk İsviçre Hukukunda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin Kazanılma Anına İlişkin Görüşler Işığında 4.12.1998 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan* (İstanbul: Beta, 2000), s. 626-661; İsmet Sungurbey, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 'Kazandırıcı zamanaşımı yoluyla tapusuz taşınmazların edinilmesine ilişkin Medeni Kanun'un 639/1. maddesine göre verilen tescil kararlarının kurucu yenilik doğuran kararlar niteliğinde olduğu, mülkiyet hakkının bu kararları kesinleştiği anda kazanıldığı, tescil kararlarının ileriye etkili olduğu' yolundaki 4.12.1997 gün, esas 1996/4, karar 1998/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının Eleştirisi", *Yasa Hukuk ve Mevzuat Dergisi*, Cilt 28, sayı 209/4 (Nisan 1999), s. 445-462 ve orada anılan eserler.

⁸² 26 Aralık 1966 tarih , 10/12 sayılı (RG 11 Nisan 1967, sayı 12570), 23 Aralık 1994 tarih ve 92/2-94/5 sayılı (RG 26 Şubat 1995, sayı 22214) ve 4 Aralık 1998 tarih ve 96-4/98-3 sayılı (RG 6 Mayıs 1999, sayı 23687) içtihadı birleştirme kararları.

⁸³ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, s. 1482, dipnotu 164.

⁸⁴ Bu değişiklikler için ezcümle bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Turhan, 2003), s. 311-313.

kazanılması talebi üzerine (talep sahibi lehine) verdiği kararın, mülkiyetin talep için aranan kanuni şartların gerçekleştiği tarih itibarıyla kazanılması sonucunu doğuracağını öngörmüştür⁸⁵: “Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur” (MK m. 713, fıkra 5, cümle 2)⁸⁶. MK m. 713, bu noktada, 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının çözümünden ayrılmış olmaktadır.

Ne var ki, MK m. 713’ün lafzı, 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında çözüme bağlanan diğer hususa, yani, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması talebini kabul eden mahkeme kararının, yenilik doğuran hüküm niteliğinde mi, yoksa eda hükmü niteliğinde mi olduğu hususuna açıklık getirmemiştir⁸⁷. MK m. 713’ün, ilgili 5. fıkrası şöyledir:

“Son ilandan başlayarak üç ay içinde yukarıdaki koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden bulunmaz ya da itiraz yerinde görülmez ve davacının iddiası ispatlanmış olursa, hakim tescile karar verir. Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur.”

Kanımca, bu fıkrada kullanılan “... hakim tescile karar verir. Mülkiyet, birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olur” ifadesi, MK m. 713’e göre verilen kararın eda hükmü olduğu şeklinde değil, “geçmişe etkili yenilik doğuran bir hüküm” olduğu şeklinde anlaşılmalıdır; şöyle ki:

İlk olarak, Kanunkoyucu, MK m. 713, fıkra 5’te *kazanılmış* olan mülkiyet hakkının tescil edilmesinden bahsetmemektedir. Anılan fıkranın ilk

⁸⁵ Bu görüş için ezcümle bkz. Oktay, *Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması*, s. 134-136; Sungurbey, *agm* s. 448-457.

⁸⁶ Bu fıkranın gerekçesi şöyledir: “Maddenin beşinci fıkrasında, yürürlükteki maddenin dördüncü fıkrasından farklı olarak, mülkiyetin birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda kazanılmış olacağı ifade edilmiştir”. (*T.B.M.M. Tutanak Dergisi*, Sıra Sayısı 723, 5 Kasım 2001 tarihli 222. Birleşim.) Oysa, EMK m. 639, fıkra 4’te ne bu yönde ne de aksi yönde bir açıklık vardır.

⁸⁷ Yeni Medeni Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten sonra yazılan bir makalede (konu hakkındaki tartışmalara değinilmeksizin), MK m. 713’e sisteminde “kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluşması ile taşınmaz üzerindeki zilyetliğin kendiliğinden mülkiyet hakkına dönüşmeyeceği” ve koşulların oluşmasının sadece “tescili talep hakkı” vereceği belirtilmiştir; bkz. Erol Karaaslan, “Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinimi (TMY md. 713)”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 29 (2003), sayı 4, s. 451-503, s. 493-494.

cümlesi, verilecek hükmün ya da yapılacak tescilin açıklayıcı mı yoksa kurucu mu olduğu konusunda bir işaret vermeden, sadece zilyed adına “tescile karar verileceği” belirtmektedir. İkinci cümlelerin amacı ise, kanımca, tescil edilen mülkiyetin hangi an itibariyle “kazanılmış olduğu”nu (bu tescilin hangi andan itibaren hüküm doğuracağını veya geçerli sayılacağını) açıklamaktan ibarettir. Böyle olmayıp, mülkiyetin olağanüstü zamanaşımı süresinin dolduğu anda kazanıldığı ve yapılan tescilin açıklayıcı olduğu öngörülmek istense idi, bu husus açıkça belirtilirdi.

Nitekim, taşınmaz mülkiyetinin olağan zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin m. 712’de ve taşınır mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin m. 777’de, mülkiyet hakkının zamanaşımı süresinin dolması ile kazanıldığı açık şekilde belirtilmiştir. MK m. 712’de kullanılan “(zilyedin) kazanmış olduğu mülkiyet hakkı” ve MK m. 777’de kullanılan “(zilyed) ... taşınırın maliki olur” ibareleri tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır.

İkinci olarak, Kanunkoyucu, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı süresinin dolduğu anda kazanıldığı ve yapılan tescilin açıklayıcı olduğunu öngörse idi, olağanüstü zamanaşımı ile kazanma haline m. 705’te (EMK m. 633) sayılan tescilsiz kazanma halleri arasına yer verirdi. Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması konusunda yıllardan beri yapılan tartışmalar ve bu tartışmalar kapsamında EMK m. 633’e sık sık değinildiği dikkate alınınca, Kanunkoyucunun hem 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının “yenilik doğuran hüküm” çözümünü terk etmek istediği, hem de MK m. 705 hükmünü kaleme alırken olağanüstü zamanaşımı ile kazanmayı tescilsiz kazanma halleri arasına eklemeyi unutmuş olduğu düşünülemez.

Nihayet, 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kabul edilen tescil kararlarının yenilik doğuran hüküm niteliğinde olduğu görüşü, m. 713’e göre yapılacak ilan üzerine itirazda bulunan üçüncü kişilerin istihkak iddialarını ileri süremelerine olanak verdiği için, mülkiyet hakkının düşürücü zamanaşımına tabi olmadığı ve istihkak davasının zamanaşımına uğramıyacağı ilkelerine uygundur. Yine yıllardan beri yapılan tartışmalar dikkate alındığında, kanımca, Kanunkoyucunun, MK m. 713’ün lafzında veya gerekçesinde hiçbir açıklığa ve açıklamaya yer vermeden, bu ilkelere ayırdığını kabul etmek mümkün değildir.

Özet olarak, kanımca, 4721 sayılı Medeni Kanun, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması hakkındaki kararların yenilik doğuran hükümlerden olduğunu öngören 96-4/98-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının bu çözümünü değiştirmemiş; fakat, mahkeme kararının geçmişe etkili olduğunu kabul ederek, aynı içtihadı birleştirme kararının çözümünden (bu ikinci noktada) ayrılmıştır: Mülkiyet mahkeme kararı ile kazanılacak, fakat bu kazanılma, geçmişe etkili olarak sonuç doğuracaktır.

Kanımca, buradaki geçmişe etkinin de, ancak zamanaşımı süresinin dolduğu tarihe kadar geri götürülmesi mümkündür; zamanaşımının başlangıcına kadar geri götürülmesi mümkün değildir⁸⁸. Aksi yöndeki bir yorum, geçmişte (“birinci fıkrada öngörülen koşulların gerçekleştiği anda”) meydana gelen kazanmanın bir defa daha geçmişe (zamanaşımı süresinin başlangıcına) etkili olduğunu kabul etmek anlamına gelir ki, bu yorum tarzı kanun metnini fazla zorlamak olur.

Bunun sonucu olarak, kanımca, tescil talebi ile ilgili olarak yapılan ilan üzerine (MK m. 713, fıkra 4) itirazda bulunan üçüncü kişinin, taşınmaza veya zilyetliğe ilişkin şartların gerçekleşmediği iddiasında bulunabileceği gibi, tescil talebine istihkak iddiası ile de karşı çıkabileceğini kabul etmek gerekir⁸⁹. Diğer taraftan, karar geçmişe etkili olacağı için, mülkiyet hakkını mahkemenin kararı ile kazanan talep sahibi, mesela mülkiyetin kazanılmış olduğu tarih ile mahkeme kararının kesinleştiği tarih arasında taşınmazı kötüniyetle kullanan üçüncü kişilerden, kararın kesinleşmesinden önceki dönem için de ecri misil isteyebilecektir.

⁸⁸ Mülkiyetin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasında kazanmanın hangi anda gerçekleştiği hakkındaki tartışmalar ve mülkiyetin zilyetliğin başladığı tarih itibarıyla kazanılmış sayılacağı görüşü için bkz. ezcümle Oktay, “Türk İsviçre Hukukunda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin Kazanılma Anına İlişkin Görüşler Işığında 4.12.1998 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi”, s. 652-659.

⁸⁹ MK m. 713, fıkra 5’te yer alan “... yukarıdaki koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek itiraz eden bulunmaz (ise) ... hakim tescile karar verir.” ifadesi, kanımca, istihkak iddiasına dayalı itirazların dinlenmeyeceği şeklinde bir açıklık taşımamaktadır. Karş. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, 9. Bası (İstanbul: Filiz, 2002), s. 336-337.

3. Taşınmaz Mülkiyetinin Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması Konusunda *Nizasız Kaza*'nın Yayımlandığı Tarihten Sonraki Dönemde Yürürlüğe Giren Kadastro Hükümleri

Nizasız Kaza'nın yayımlandığı tarihten sonraki dönemde, olağanüstü zamaşaşımı yoluyla kazanılan taşınmazların tesciline ilişkin kadastro hükümleri de çeşitli değişikliklere uğramış; sırası ile ("şehir kadastro"na ilişkin 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ile birlikte uygulanan) 1964 tarihli ve 509 sayılı Tapulama Kanunu; 509 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, aynı hükümleri içerecek şekilde çıkarılan 1966 tarihli ve 766 sayılı Tapulama Kanunu ve halen yürürlükte olan (gerek 766 sayılı gerekse 2613 sayılı kanunları yürürlükten kaldıran) 1987 tarihli 3402 sayılı Kadastro Kanunu yürürlüğe girmiştir⁹⁰.

Yukarıdaki kanun değişiklikleri karşısında, bugün itibarıyla taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamaşaşımı yoluyla kazanılmasına ilişkin durum, tapuya kayıtlı ve tapusuz taşınmazlar arasında ayırım yapılarak, şöyle özetlenebilir:

- a) Tapusuz taşınmazların zamaşaşımı ile kazanılması (ki uygulama bakımından daha fazla önem taşıyan hal budur), MK m. 713 hükmü yanında, Kadastro Kanunu'nun özel hükümlerine (m. 14) tabidir. Kadastro Kanunu'nun özel hükümlerinin uygulanması bakımından, zamaşaşımı ile kazanma iddiasının ne zaman ileri sürüldüğü önem taşımaz. Çünkü, Kadastro Kanunu m. 33'e göre, Kadastro Kanunu m. 14, gerek kadastro sırasında gerekse kadastro işleminden önce veya sonra yapılan bütün olağanüstü zamaşaşımı ile kazanma iddialarında uygulanır⁹¹.
- b) Tapuda kayıtlı taşınmazlar bakımından, olağanüstü zamaşaşımı ile kazanma iddiasının ne zaman ileri sürüldüğü önem taşır. Kadastro sırasında (yani taşınmaz hakkındaki kadastro tutanağının

⁹⁰ Kadastro mevzuatındaki değişikliklerin bir özeti için bkz. Okay **Durman**, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama* (İstanbul: Beta, 2002), s. 4-7.

⁹¹ **Oktay**, *Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamaşaşımı ile Kazanılması*, s. 19-23; **Durman**, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama*, s. 44.

düzenlendiği tarih⁹² ile kadastro tutanağının kesinleştiği tarih arasında⁹³) yapılan zamanaşımı ile kazanma iddiaları, MK m. 713 hükmü yanında, Kadastro Kanunu'nun özel hükümlerine (m. 13) tabidir. Kadastro tutanağının düzenlendiği tarihe kadarki dönemde ve kadastro tutanağının kesinleştiği tarihten sonra ileri sürülen olağanüstü zamanaşımı ile kazanma iddiaları ise yalnızca MK m. 713'deki genel hükme tabidir⁹⁴.

Kadastro Kanunu'nun taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin hükümleri (Kadastro Kanunu m. 13 ve 14), olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmaya elverişli taşınmazın büyüklüğü ve zilyetliğin ispatı bakımından önem taşınmakta; talep üzerine yapılan yargılamanın ve mahkeme kararının niteliği bakımından MK m. 713 için ileri sürülen görüşler, Kadastro Kanunu'na kapsamına giren taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması talepleri bakımından da geçerliliğini korumaktadır⁹⁵. Bu bakımdan, kanımca, Kuru'nun taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasına taleplerinin çekişmesiz yargıya ait olduğu ve tescile ilişkin kararların yenilik doğuran hüküm niteliğinde olduğu hakkındaki görüşleri, yeni kadastro hükümlerinin kapsamına giren işler bakımından da geçerliliğini korumaktadır.

⁹² Bkz. Kadastro Kanunu m. 26, fıkra 4.

⁹³ Bkz. Kadastro Kanunu m. 12, fıkra 1.

⁹⁴ Bkz. **Oğuzman/Seliçi**, *Eşya Hukuku*, s. 322, 340-342; Sermet **Akman**, *3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun İncelenmesi ve Eleştirisi* (İstanbul: Filiz, 1990), s. 113; **Durman**, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama*, s. 42.

⁹⁵ Bkz. **Oktay**, *Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması*, s. 22; **Durman**, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama*, s. 44. MK m. 713, fıkra 4 ve 5'teki ilan ve itiraz usulü de Kadastro Kanunu kapsamındaki taleplerde uygulanmayıp; üçüncü kişilerin, itirazlarını Kadastro Kanunu m. 9 veya m. 11'e göre itiraz şeklinde (**Oğuzman/Seliçi**, *Eşya Hukuku*, s. 322, 339, 341-342) veya m. 26/D bendi uyarınca asli müdahale şeklinde yapmaları gerekir.

IV. ADALET MESLEK YÜKSEK OKULU MEZUNLARININ ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞLERİNDE GÖREVLENDİRİLMESİ OLANAĞI

Yukarıda, 1969 tarihli Alman Yardımcı Adalet Memuru Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden beri Alman Hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinin önemli bölümünün yardımcı adalet memurları tarafından karara bağlandığına açıklanmıştır.

Alman hukukunda bu gelişme olurken, ülkemizde de, hukuk eğitimi alanında önemli bir gelişme yaşanmıştır. *Nizasız Kaza*'nı yayımlandığı dönemde, yurdumuzda hukuk alanındaki öğretim kurumları yalnızca hukuk fakülteleri idi. 1979 yılında ilk olarak Ankara ve İstanbul'da, daha sonra da 1980 yılında İzmir'de kurulan Adalet Meslek Yüksek Okulları, iki yıllık öğretim programları ile adalet hizmetlerinde görev alabilecek öğrenciler yetiştirmeye başladılar⁹⁶. Ankara, Gümüşhane ve Afyon-Bolvadin'de, aynı amaca yönelik olarak Adalet Meslek Liseleri açıldı. Bütün bu öğretim kurumlarından, mahkemelere yardımcı adalet hizmetlerini nitelikli olarak sunabilecek çok sayıda öğrenci mezun oldu.

Adalet meslek yüksek okulu mezunlarımız, ülkemizde de yardımcı adalet memurluğu mesleğinin kurulmasına olanak verecek yetişmiş insan kaynağını sunmaktadır. Kanımca, ülkemizde de, bazı çekişmesiz yargı işlerinin, Alman hukuku örneğinden yararlanarak ihdas edilecek "yardımcı adalet memurları"na bırakılması yararlı olacaktır.

V. SONUÇ

Prof. Dr. Baki Kuru'nun "*Nizasız Kaza*" isimli eserinin yayımlandığı 1961 yılından beri, gerek Türk hukukunda gerekse Kuru'nun eserinde başlıca karşılaştırmalı hukuk kaynağı olarak kullandığı Alman hukukunda, çekişmesiz yargı alanını ilgilendiren kanun hükümlerinde bir çok değişiklik yapılmıştır. Yapılan kanun değişikliklerinin çokluğu, çekişmesiz yargının uygulama açısından ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Özellikle aile hukuku alanında ortaya çıkan (örneğin, evlat edinme, vesayet ve boşanma

⁹⁶ Bir süre "Adalet Yüksekokulu" adı ile anılan ve isimleri 2001 yılında "Adalet Meslek Yüksek Okulu" olarak değiştirilen bu kurumlar, halen Ankara, İstanbul ve Dokuz Eylül Üniversitelerinin Hukuk Fakültelerine bağlı olarak çalışmaktadır.

konusundaki) modern görüşler, maddi hukuk hükümlerindeki değişikliklere paralel olarak, çekişmesiz yargı alanında da değişikliklere sebep olmuştur.

Diğer taraftan, gerek Türk gerekse Alman Hukukunda tek tek çeşitli çekişmesiz yargı işlerinde yapılan çok sayıda ve önemli kanun değişikliklerine rağmen, tüm çekişmesiz yargı işlerinde geçerli olan ilkeler ve uygulanan genel hükümler 1961 yılından beri değişmeden kalmıştır.

Bu bakımdan, *Nizasız Kaza*, çekişmesiz yargı alanındaki temel başvuru kaynağı olarak bugün için de güncelliğini büyük ölçüde korumaktadır.

Nizasız Kaza'nın "Sonuç" bölümü, ülkemizde çekişmesiz yargıyı düzenleyen genel bir kanun yapılması ihtiyacını vurgulamakta ve bu kanunun ana hatlarının ne olması gerektiği konusunda önerilerde bulunmakta idi⁹⁷. Yapılacak Çekişmesiz Yargı Kanunu'na ihtiyaç halen de vardır ve *Nizasız Kaza*, bu kanunun yapılmasına ışık tutmak bakımından da geçerliliğini ve değerini korumaktadır.

⁹⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 231-234.

K A Y N A K L A R

- Akıntürk**, Turgut, *Türk Medeni Hukuku - Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış - Aile Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Beta, 2002).
- Akman**, Sermet, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun İncelenmesi ve Eleştirisi (İstanbul: Filiz, 1990).
- Ansay**, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961).
- Bassenge**, Peter/**Gerhard** Herbst/**Herbert** Roth, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Rechtspflegengesetz - Kommentar*, 9. Bası (Heidelberg: C. F. Müller, 2002).
- Bilgiç**, Mustafa, *Türkiye'de Çekişmesiz Yargı Sorunu - Türkiye Barolar Birliği'nin Düzenlediği Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1971).
- Brehm**, Wolfgang, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Bası (Stuttgart: Boorberg, 2002).
- Budak**, Ali Cem, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması* (İstanbul: Beta, 2000).
- Bumiller**, Ursula/**Karl** Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit - Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 7. Bası (Münih: Beck, 1999).
- Büyüktanır**, Tahir, "Aile Mahkemeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 61 (2003), sayı 1, s. 29-39.
- Doğan**, Murat, "Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6 (2002), sayı 1-4, s. 285-300.
- Durman**, Okay, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama* (İstanbul: Beta, 2002).
- Gençcan**, Ömer Uğur, *Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tazminat - Nafaka*, Cilt 1 (Ankara: Yetkin 2000).
- Habscheid**, Walther J., *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Bası (Münih: Beck 1983)'ten yararlanılabilir.
- Hatemi**, Hüseyin/**Rona** Serozan, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1993).
- İmre**, Zahir/**Hasan** Erman, *Miras Hukuku*, 4. Bası (İstanbul: Der, 2003), s. 314-315.

- Karaaslan**, Erol, “Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinimi (TMY md. 713)”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 29 (2003), sayı 4, s. 451-503.
- Karafakih**, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1952).
- Karagülmez**, Ali/Sami Sezai Ural, *Açıklamalı - Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu* (Ankara: Seçkin, 2003).
- Keidel**, Theodor/Joachim Kutze/Karl Winkler, *Freiwillige Gerichtsbarkeit - Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 15. Bası (Münih: Beck, 2003).
- Kılıçoğlu**, Ahmet, *Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Turhan, 2003), s. 311-313.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, “Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?”, *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1990), s. 113-121.
- Kuru**, Baki, “Freiwillige Gerichtsbarkeit im türkischen Recht”, *Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1983), s. 401-410.
- Kuru**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Bası (İstanbul: Demir Demir, 2001).
- Kuru**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, 6. Bası (İstanbul: Demir Demir, 2001).
- Kuru**, Baki, *Nizasız Kaza* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961).
- Lessing**, Volker (çev. Bilge Öztan/Fırat Öztan), “Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Yardımcı Adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 40 (1988), sayı 1-4, s. 347-366.
- Oğuzman**, Kemal/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2. Bası (İstanbul: Filiz, 1998).
- Oğuzman**, Kemal/Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, 9. Bası (İstanbul: Filiz, 2002), s. 336-337.
- Oktay**, Saibe, “Türk İsviçre Hukukunda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin Kazanılma Anına İlişkin Görüşler Işığında 4.12.1998 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan* (İstanbul: Beta, 2000), s. 626-661.
- Oktay**, Saibe, *Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması* (İstanbul: Kazancı, 1990).

- Özdemir**, Nevzat, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma* (İstanbul: 2003), yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi katalog numarası T1 902.
- Öztan**, Bilge, “3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, *Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990), s. 111-137.
- Öztürk**, Fatma Akyüz, “4320 sayılı Ailenin Koruması Kanunu”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 29, sayı 3 (Temmuz 2003), s. 263-268.
- Ruhi**, Ahmet Cemal, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile ilgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması* (Ankara: Seçkin, 2002).
- Sadrüleşrafi**, Hüseyin Ali, “Devletler Özel Hukukunda Yabancılık Ögesi İçeren Çekişmesiz Yargı (İhtilafsız Kaza) ve Buna İlişkin Bir Olay ve Kararlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 14, sayı 1-2 (1994), s. 63-81.
- Sungurbey**, İsmet, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun ‘Kazandırıcı zamanasımı yoluyla tapusuz taşınmazların edinilmesine ilişkin Medeni Kanun’un 639/1. maddesine göre verilen tescil kararlarının kurucu yenilik doğuran kararlar niteliğinde olduğu, mülkiyet hakkının bu kararları kesinleştiği anda kazanıldığı, tescil kararlarının ileriye etkili olduğu’ yolundaki 4.12.1997 gün, esas 1996/4, karar 1998/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının Eleştirisi”, *Yasa Hukuk ve Mevzuat Dergisi*, Cilt 28, sayı 209/4 (Nisan 1999), s. 445-462.
- Şıpka**, Şükran, *Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile ilgili İşlemlere Diğer Eşin Rızası* (İstanbul: Beta, 2002).
- Tekinay**, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1990).
- Uyar**, Talih, *Türk Medeni Kanunu - «Aile Hukuku»*, Cilt 6 (Ankara: Feryal Matbaacılık, 2002).
- Wolf**, Manfred, “Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren”, *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Cilt 99 (1986), sayı 4, s. 361-406.
- Yavuz**, Nihat, “Nizalı ve Nizasız Kazada Usule Ait Müktesep Hak İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun İki Kararı ile İlgili Notlar”, *Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1997, sayı 95, s. 10-16.
- Yavuz**, Nihat, “Nizasız Kaza Hukuku Açısından Uygulamada Tapu Miktarının Artırılması Davaları (İşleri)”, *Adalet Dergisi* Yıl 75, sayı 1(1984), s. 62-86.

TEBLİGAT GİDERİNİN (ZAMANINDA) YATIRILMAMASININ SONUÇLARI

*Yrd.Doç.Dr. Seyithan DELİDUMAN**

I. GENEL OLARAK TEBLİGAT VE ÖNEMİ

Tebliğat kavramı, bildirim, yazılı bildirim ifade eden tebliğ¹ sözcüğünün çoğulu olup², bir bilgi veya haberin ilgisine bildirim veya ulaştırılması anlamına gelir³.

Yargılamanın hızlanması ve adaletin gerçekleşmesi şartlarından biri ve belki de en önemlisi olan tebliğat kavramının⁴ tanımını şu şekilde yapmak mümkündür: Tebliğat, yetkili makam veya onun aracılığı ile birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemlerin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere (örneğin, bir davada davanın taraflarına) kanuna uygun bir biçimde

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Yılmaz, E.**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s. 794. Karş. **Ruhi, A.C.**, Tebliğat Hukuku, Ankara 2004, s. 19.

² **Afşaroğlu, O.**, Yurtiçi ve Yurtdışı Tebliğat Hukuku, Ankara 1990, s. 17.

³ **Moroğlu, E./Muşul, T.**, Tebliğat Hukuku, İstanbul 1990, s. 19; **Erdem, B.**, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebliğat, İstanbul 1992, s. 5; **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 5, İstanbul 2001, s. 5511; **Alangoya, Y.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s. 195; **Ruhi, s. 19.**

⁴ “Türk yargı sistemiyle ilgili en önemli şikayetlerden biri de yargının yavaş işlemesidir. Yargının yavaş işlemesi ise toplumda hukuk sistemine duyulan güveni önemli ölçüde zedelemektedir. Gerek ceza ve gerek hukuk davalarında davanın bir an önce sonuçlanması gerek toplum ve gerekse bireyler açısından son derece önemlidir. -Yargılamanın hızlanması ve adaletin gerçekleşmesi şartlarından biri ve belki de en önemlisi tebliğat müessesesinin tam ve hızlı çalışmasıdır.” (19.3.2003 tarih ve 4829 sayılı Kanunun Genel Gereğinden)

yazı veya ilan yoluyla bildirim ve bildirimde usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir⁵.

Buna göre, bir hukuki işlemin tebligat olarak nitelendirilebilmesi için, yazılı bildirim ve bu bildirimde belgelendirilmesi şeklinde iki unsura ihtiyaç vardır. Bu iki unsurun veya birisinin mevcut olmaması halinde, tebligatın usulsüzlüğünden değil, yokluğundan söz edilir. Belirtilen her iki unsur bulunmakla birlikte kanuna uygun değilse, tebligat var fakat usulüne uygun olmadığı için usulsüz tebliğ söz konusudur⁶.

Tebligat, davada taraf olan gerçek yada tüzel kişilerle, taraf olmamakla birlikte (tanık, bilirkişi gibi) yargılamaya çağrılmalarına, görgü ve bilgilerine müracaat edilmesine gerek görülenlerin davadan haberdar edildiklerinin belgelenebilmesi⁷ işlemi, olarak da tanımlanmaktadır⁸.

Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle davalının kendisine karşı açılmış olan davadan ve tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur⁹. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların

⁵ Afşaroğlu, s. 11; Yılmaz, E./Çağlar, T., Tebligat Hukuku, C. I, Ankara 1999, s. 37. Yılmaz, E., Noterlik ve Tebligat Hukuku, Noterlik Hukuku Sempozyumu III-IV-V (Noterlik Hukuku İle İlgili Bazı Sorunlar, Türk Hukuk Dili, Noterlik ve Tebligat Hukuku), Ankara 1999, s. 101; Muşul, T., Gereğçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2002, s. 39. Tebligatın bir başka tanımı ise şu şekilde yapılmıştır: Tebligat, hukuksal bir eylemden, ilgili kişinin haber almasını sağlamak için yetkili makamın yasal biçimde, yazı ya da duyuru (ilan) ile yapacağı belgeleme eylemidir (Alpdündar, R., Hukuk Sözlüğü, İstanbul 1977, s. 287). Bu yönde bir tanım için bkz ayrıca: Danıştay 6. Daire, 27.3.1968, 461/838 : Kuru, s. 5511).

⁶ Muşul, s. 39.

⁷ Ruhi, s. 19. "Tebligat, bilgilendirme yanında, belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir" (1. HD 7.6.2000, 7264/7421 : YKD 2001/2, S. 174-175).

⁸ Oskay, M., Tebligat Hukuku İle İlgili Sorunlar, Yargıtay Dergisi, 1995/4, s. 500.

⁹ Ruhi, s. 22. "... Dava dilekçesinin ve duruşma gününün karşı tarafa tebliği ile duruşma yapılmasının zorunlu olduğuna ve davalıya tebliğ yapılmadan evrak üzerinde inceleme yapıp karar verilmesinin doğru olmadığına karar verilmiştir..." (2. HD 16.3.1987, 710/2120 : YKD 1988/1, s. 23).

nelerden ibaret olduğunu bilmesi, usulüne uygun olarak (Tebliğat Kanunu ve Tüzüğüne uygun) tebliğat yapılması ile sağlanabilir¹⁰.

Usule ilişkin (özellikle taraflarca yapılan) işlemlerin, kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi, çoğu kez bunların bildirimden etkilenecek olan muhatabına bildirilmesine bağlıdır. Tebliğat, Anayasa ile güvence altına alınan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılmasını ve bu suretle adil bir yargılamanın yapılmasını sağlayan çok önemli bir araçtır¹¹. Örneğin, bir davada, davalının davacının açmış olduğu davadan haberdar olması ve davaya cevap vermesi ve hatta cevap süresinin işlemeye başlaması için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi gerekir¹².

Tebliğatın, sadece davada iddia ve savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi açısından değil, aynı zamanda, kamu hukuku alanında da önemi büyüktür. Özellikle vergi ve idare hukuku¹³ alanında birtakım kamusal yetkilerin kullanılabilmesi, yetkili makam veya mercilerin ilgisine usulüne

¹⁰ **Turan, A.U.**, Tebliğat Hukuku, Tebliğat Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara 1998, s. 9. "... Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların yargılama gününden haberdar edilmesi ile mümkündür. Kişinin hangi yargı merciinde duruşmasının bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilebilmesi, usulüne uygun olarak tebliğat yapılması ile sağlanabilir. HUMK'nun 73. maddesi hükmünde çok açık bir şekilde vurgulanan temel kurala göre, mahkeme, tarafları dinlemeden, onları iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. ..." (1. HD 7.6.2000 : YKD 2001/2, s. 174).

¹¹ "... TBMM tarafından onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Anayasamızın 4709 sayılı Kanunla değişik 36'ncı maddesi kapsamında, adil yargılanma hakkının kullanılması bakımından büyük önem taşıyan bahse konu usul hükümlerine uyulmamış olunması, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir..." (Askeri Yargıtay 4. Dairesi, 28.01.2003, 115/111 : **Ruhi**, s. 23 dn. 24).

¹² **Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2002, s. 876; **Kuru, s. 5511**. "... Kamu davasının 3167 sayılı Yasanın 13/1 maddesinin uygulanmasına ilişkin olmasına, sanığın elindeki çek karnelerinin iadesi için tebliğat yapılmadığı süreç üzerine atılan çek karnelerinin iade edilmeme kastından dolayısıyla şekil suçunun oluştuğundan söz edilemeyeceğinden ..." (10. CD 1999/1212 E, 1999/2500 K : YKD 2000/3, s. 487). Aynı şekilde : 9. CD 2000/3109 E, 2000/3057 K (YKD 2001/4, s. 629) ; 17 HD 1996/4020 E, 1996/4309 K (YKD 1996/11, s. 1775-1776). Tebliğ olunmayan bir mahkeme kararının hukuki sonucu da olamayacağı için, mahkeme kararı şekli anlamda kesinleşmez de. Bu yönde bkz. 16. HD., 15.07.1991, 1990/12819, 1991/10931 (YKD 1992/5, 741-742).

¹³ Bkz. örneğin: 18. HD 1997/11912 E, 1998/144 K (YKD 1998/3, s. 397 vd.).

uygun olarak tebligat yapmış olmaları koşuluna bağlıdır. Bu öneminden¹⁴ dolayı, kanun koyucu tebligat konusunu özel olarak düzenlemiş ve tebligatın yapılışını ve bu yapılışın usulüne uygun olduğunun belgelenmesini özel (sıkı) birtakım şekil şartlarına bağlamıştır¹⁵.

19.03.2003 tarih ve 4829 sayılı Kanun¹⁶ 7201 sayılı Tebligat Kanununu önemli ölçüde değiştirmiştir¹⁷.

¹⁴ Yargıtay'ın tebligatın önemini belirten bazı kararlarına örnek olarak: 1. HD 10.3.1997, 2693/3095 : YKD 1997/7, s. 1053; 1. HD 7.6.2000, 7264/7421 : YKD 2001/2, s. 174-175.

¹⁵ **Deliduman, S.**, Tebligat Hukuku Bilgisi, Ankara 2002, s. 13-14. "... tebligat, bilgilendirme yanında, belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir. Bu nedenle 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tüzüğü hükümleri tamamen şeklidir. Kanun ve Tüzüğün, tebliğin muhatabına ulaşması, konusu ile ilgili olarak kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususun belgeye bağlanmasıdır. Hal böyle olunca, kanun ve tüzük hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur." (1. HD 7.6.2000, 7264/7421 :YKD 2001/2, s. 174).

¹⁶ Bkz. RG 27.3.2003.

¹⁷ Toplam 22 maddeden müteşekkil bu Kanunun Tebligat Kanununda meydana getirdiği bazı değişiklikleri çok genel bir şekilde sıralamak mümkündür: Kanun değişikliğiyle, PTT işletmesi memurlarının kusur ve ihmali aranmaksızın tebliğ evrakının ziyayı halinde meydana gelen masraflardan PTT işletmesinin (4829 sayılı Kanunun 19. maddesiyle yapılan değişiklikle Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğünün) sorumlu olması esası getirilmiştir. Buna göre; tebliğ evrakının kaybı halinde, mücbir haller dışında herhangi bir sebeple ziyaa uğrayan tebliğ evrakının yeniden tanzim ve tebliği için gerekli masraflar Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğüne karşılanacaktır. Değişiklikten önce sorumluluk için tebliğ memurunun kusuru aranmakta idi. Hizmetiçi dışında aynı konutta oturan diğer kişilere de tebligat yapılabilmesi imkanı getirilmiştir. Buna göre: Kendisine tebliğ yapılacak şahıs, adresinde bulunmazsa tebliğ kendisi ile birlikte oturan ailesi efradından veya hizmetçilerinden birine yapılır. Ayrıca belli bir yerde devamlı olarak meslek veya sanatını icra edenler, o yerde bulunmadıkları takdirde, tebliğ aynı yerdeki daimi memur veya müstahdemlerinden birine, meslek veya sanatını evinde icra edenlerin memur ve müstahdemlerinden biri bulunmadığı takdirde aynı konutta oturan kişilere veya hizmetçilerinden birine yapılır. Değişiklikten önceki şeklinde aynı konutta oturan kişiler yerine "birlikte oturan ailesi efradından" ibaresi vardı. Yeni Kanunla muhtar, ihtiyar heyeti azası ve zabıtaya tebliğ evrakını alma zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre: Kendisine tebligat yapılacak kimse veya Tebligat Kanunu gereğince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbirini gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memuruna imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır. Bu maddenin yeni şeklinde "zabıta amir ve memuruna" ibaresi "zabıta amir veya memuruna" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye

II. TEBLİGAT GİDERİ

Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün yapacağı tebliğat faaliyeti ücretsiz değildir. Çünkü yapılan bu faaliyet sırasında çeşitli harcamalar yapılmaktadır¹⁸.

Tebliğat, bir gider yapılması sonucu gerçekleştiğinden, her tebliğat için, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından bir tebliğat ücreti alınmaktadır.

Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün Tebliğat Kanunu'na göre yapacağı işlerden dolayı alacağı ücretler, ayrı bir tarife ile tespit ve tayin edilir (Tebliğat Kanunu m¹⁹. 3; Tebliğat Tüzüğü²⁰ m. 3). Tebliğat yapılmasını isteyen kişi, tebliğat ücretini (giderini) peşin olarak öder (m. 5, I; Tüz, m. 6; Postada Tebliğat İşlemleri Rehberi²¹, m. 4)²²

Tebliğat, resen veya talep üzerine, uçak veya postada kullanılan diğer seri veya hususi vasıtalarla ya da muhtelif işaretli telgraflarla yapılması halinde, bunlara ait ücretler Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü ücret tarifesine göre tebliği isteyen tebliğ ücretinden ayrı olarak (ilaveten) alınır (m. 7, II; Tüz. m. 9; Rehber, m. 6).

“Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki fıkra uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar” fıkrası eklenmiştir. Yapılan bir diğer değişiklik de muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kimsenin yaşıyla ilgilidir. Bu değişikliğe göre, muhatap yerine, kendisine tebliğ yapılacak kimsenin görünüşüne nazaran onsekiz yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması lazımdır. O halde değişiklikle on beş olan yaş sınırı on sekize çıkarılmıştır. 4829 sayılı Kanun, tebliğ mazbatasında tebliğ memurunun adı ve soyadının da bulunması zorunluluğu getirilmiştir.

¹⁸ **Yılmaz/Çağlar**, s. 267.

¹⁹ Yalnızca “m”, Tebliğat Kanunu'nun hükümlerini gösterir. Tebliğat Kanunu'ndan başka bir hükümden söz ediliyorsa, bu husus ayrıca belirtilmiştir.

²⁰ 20.08.1959 tarihli (RG 10303) Tebliğat Tüzüğü'nün 3. maddesi şu şekildedir; Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, bu Tüzüğe göre yapacağı işlerden dolayı alacağı ücretleri, ayrı bir tarife ile tespit eder. Tebliğat Tüzüğünü ifade etmek üzere Tüz. Kısaltılması kullanılacaktır.

²¹ Postada Tebliğat İşlemleri Rehberini ifade etmek üzere “Rehber” kısaltılması kullanılacaktır

²² İş davalarında tebliğat ücreti ödenmeyeceğine ilişkin hüküm olan İş Mahkemeleri Kanununun m. 11, I hükmü, 21.11.1980 tarih ve 2345 sayılı Kanun m. 3 ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan (**Günay, C.**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 301), iş mahkemelerinde açılan davalarda da tebliğat ücretinin ödenmesi gerekecektir.

Yabancı ülkelerde yapılacak tebligatlar²³ için alınacak olan tebligat ücretleri Tebligat Tüzüğü m. 37, III hükmü²⁴ gereğince hazırlanan Adalet Bakanlığı Tebliğinde²⁵ gösterilir ve tebligatı çıkaran merci tarafından alınır (Tüz. m. 6, V)²⁶.

III. TEBLİGAT GİDERİNİN YATIRILMAMASININ SONUÇLARI

Tebligat Kanunu'nun 5. maddesine göre, tebliği çıkaran makam tarafından belirlenen süre içinde tebligat giderini vermeyen, talebinden sarfınazar etmiş sayılır (m. 5, II). Tebligat Kanununun bu hükmü teori ve uygulamada farklı görüşlerin savunulmasına sebebiyet vermiştir. Bu husus aşağıda ele alınacaktır.

Adli yardımdan (HUMK m. 465 vd.) yararlananların tebligat masraflarını peşin verme zorunlulukları bulunmamaktadır (HUMK m. 466/4). Adli yardımdan yararlananların vermeleri gerekli tebligat giderleri, ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere tebligatı çıkaran merci tarafından ödenir (Tüz. m. 6, III)²⁷.

²³ Yabancı ülkelerde yapılacak tebligat usulü için bkz. **Kılıç, A.**, Uluslararası Tebligat, Noterlik Hukuku Sempozyumu III-IV-V (Noterlik Hukuku İle İlgili Bazı Sorunlar, Türk Hukuk Dili, Noterlik ve Tebligat Hukuku), Ankara 1999, s. 165 vd..

²⁴ Bu hükmü göre, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ile istişare ederek, her takvim yılı başında, tebligat işleri ile ilgili anlaşmalar hükümlerini, karşılıklılık esaslarını ve hangi ülkeler için avans olarak ne kadar tebligat masrafı gerekli olduğunu bir cetvel ile yayın ve ilan eder ve ayrıca temsilciliklere bildirir (Tüz. m. 37, III).

²⁵ Tebliğ evrakının yabancı ülkeye gidiş ve gelişinden doğan giderler hazine tarafından karşılandığından, bu giderlerin tebliğ isteyene yansımaları sağlamak amacıyla, tebliğ istemlerinde alınacak gider miktarı Tebligat Tüzüğü'nün 37. maddesi uyarınca, her takvim yılı başında (Ocak veya Şubat aylarında) belirtilerek Bakanlık Tebliği şeklinde duyurulmaktadır (**Kılıç**, s.167).

²⁶ 1954 La Haye Sözleşmesinin 7. maddesine göre yapılacak tebliğler ne mahiyette olursa olsunlar vergi veya masrafa yol açmayacaklardır. Ancak aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, başvuru Devlet, başvuru Devlettten, tebliğe noterin aracılık etmesi yüzünden veya sözleşmenin 3. Maddesinde öngörülen özel bir tebliğ şeklinin kullanılması sebebiyle ortaya çıkan masrafların ödenmesini istemek hakkına sahiptir (Erdem, s. 76).

²⁷ "...Adli müzaharete nail olanların vermeleri icabeden ücretler, ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere adli müzaharet tahsisatından ödenecektir..." Adalet Bakanlığı'nın 11.12.1959 tarih ve 78/25-20679 sayılı Genelgesinden : **Yılmaz/Çağlar**, s. 268, dn 2).

Kanundaki düzenlemeye paralel olarak, tebligat giderinin yatırılmamasının sonuçlarının dava dilekçesi ve diğer haller bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

1. Dava Dilekçesini Tebliğ Giderinin Yatırılmaması

Yukarıda ifade edildiği üzere, yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi, öncelikle tarafların duruşma gününden haberdar edilmesi ile mümkün olur. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilmesi gerekir. Bu bağlamda, dava dilekçesinin, usulüne uygun olarak, davalıya tebliğ edilmesi gerekir. Zira mahkeme, tarafları dinlemeden, onları, iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez (HUMK m. 73)²⁸.

Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Bir davada, aleyhine dava açılan kişilere usulüne uygun biçimde dava dilekçesiyle duruşma gün ve saatinin tebliğ edilip davadan haberdar edilmeleri yasa gereği olup, bu husus davanın görülebilme koşullarındandır. ...”²⁹.

Dava dilekçesi tebliğ edilmeden, dolayısıyla taraf teşkil edilmeden davaya bakılmadığından³⁰ davacı, (harca tabi olsun olmasın) bütün davalarda, dava dilekçesinin davalıya tebliği için gerekli posta giderini peşin olarak ödemekle yükümlüdür (m. 5, I, Tüz. m. 6, I).

Davalıya dava dilekçesi ile birlikte duruşma günü de tebliğ ediliyorsa, o zaman, davacı kendisine duruşma gününün tebliği giderini de peşin ödemelidir. Davalıya dava dilekçesi ile birlikte duruşma günü tebliğ edilmi-

²⁸ “Yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi; iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanıp tartışılabilmesi, davanın süratle sonuçlandırılabilmesi öncelikle tarafların yargılama gününde haberdar edilmesi ile mümkündür. Kişinin hangi yargı merciinde duruşması bulunduğunu, hakkındaki iddia ve isnatların nelerden ibaret olduğunu bilebilmesi, usulüne uygun olarak tebligat yapılması ile sağlanabilir. HUMK’nun 73. maddesi hükmünde çok açık bir şekilde vurgulanan temel kurala göre, mahkeme; tarafları dinlemeden, onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. Bu bakımdan davetin ve bunun yazılı şeklinin (davetiyenin) davadaki önemi büyüktür” (1. HD., 10.03.1997, 2693/3095 : YKD 1997/7, s. 1053).

²⁹ 17. HD., 26.09.1996, 4020/4309 (YKD 1996/11, s. 1775-1776).

³⁰ Afşaroğlu, s. 11.

yorsa, o zaman davacı, dava dilekçesi ve duruşma gününün (iki tarafa) tebliği ücretini (toplam üç adet tebliğ ücretini) peşin ödemelidir³¹.

Davacı gerekli posta giderini ödemezse, mahkeme, davacıya posta giderini ödemesi için bir süre verir. Zorunlu sebeplerden dolayı bu süre uzatılabilir (m. 5, II, c. 2)³². Süre uzatımı söz konusu değil ise (veya uzatılan süre içinde), tebliği çıkaracak olan merci tarafından tayin olunan süre içinde gerekli ücreti (gideri) yatırmayan talebinden sarfınazar etmiş sayılır (m. 5, II, c. 1; Tüz. m. 6, II).

Bir görüş³³, yukarıdaki maddelerdeki “talebinden sarfınazar etmiş sayılır” hükmünü, tarafın sadece “tebliğden sarfınazar etmesi”, yani dosyanın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 409. maddesi çerçevesinde, işleminden kaldırılması şeklinde anlamakta idi. Bu görüşe göre, tebligat giderini yatırmayan taraf (davacı) bunu yapmakla davasından vazgeçmiş sayılamaz. Tebligat Kanunu m. 10/f.2 uyarınca kendisine tebliğ yapılacak şahsın başvurusu veya kabulü şartıyla adresi dışında herhangi bir yerde de tebliğ yapılması caizdir. Bu yüzden, davacı, dilekçenin tebliğ masrafını yatırmamış olsa bile, davalının başvurusu üzerine dava dilekçesinin mahkeme kaleminden kendisine tebliği mümkün olacaktır. Davacı, mahkemenin vereceği süre içinde, tebliğ masrafını yatırmadığı gibi, davalı da bu arada mahkeme kalemine başvurup dilekçenin kendisine tebliğini istemediği takdirde ise artık bu faraziye, dosyanın yenileme talebine kadar işleminden kaldırılmış olduğu kabul edilebilecektir³⁴.

³¹ **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1627, dn. 205.

³² “... Tebligat ücretini alacaklısı peşin olarak ödeyemezse, tebligatı çıkaracak merci münasip bir mehil verir. Bu mehil içinde de gerekli masrafı vermeyen, Tebligat Kanununun 5 inci maddesinin 2 inci fıkrası mucibince talebinden sarfınazar etmiş addolunur; ancak zaruri sebeplerden dolayı bu mehile riayetsizlik hali, müstesnadır. Zaruri sebebin takdiri, tebliği çıkaracak mercie aittir. Bu merci icabı halinde zaruri sebebin tevsikini isteyebilir. Maksat, her halde işlerin sürüncemede kalmasına mani olmaktır. Tebligat Kanununun bu hükmü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 414 üncü maddesindeki ‘Hakim tarafından tayin olunan müddet içinde masrafı vermeyen taraf, talebinden sarfınazar etmiş addolunur’ şeklindeki hükme mütenazırdır...” (dn. 23’te belirtilen Adalet Bakanlığı Genelgesinden).

³³ **Postacıoğlu, İ.E.**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 380 ; **Bilge, N/Önen, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 436-437; **Moroğlu/Muşul**, s. 53-54; **Muşul**, s. 51.

³⁴ **Moroğlu/Muşul**, s. 53. Bu gerekçenin eleştirisi için bkz. **Yılmaz/Çağlar**, s. 276, dn. 13.

Diğer bir görüş³⁵, bu durumda davacı davasını takipten vazgeçmiş sayıldığı; yani davasını geri aldığını kabul etmekte idi. Bu görüşe göre, Tebliğat Kanununun m. 5, II hükmü, HUMK m. 185/1'e göre özel bir hükümdür; dolayısıyla HUMK m. 185/1'in aradığı gibi, davanın takibinden vazgeçilebilmesi için karşı tarafın muvafakatinin alınmasına gerek bulunmamaktadır³⁶.

Bir başka görüş³⁷ ise, tebliğat giderinin yatırılmaması ile yalnızca tebliğattan vazgeçildiğini; bu nedenle dosyanın işlemde kaldırılması görüşü de benimsenemeyeceğini kabul etmekte idi. Bu görüşe göre, burada dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin koşulların (HUMK m. 409) gerçekleştiğinden pek söz edilemez. Dosyanın hangi hallerde işlemde kaldırılacağı HUMK m. 409'da belirtilmiştir. Dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği için gerekli giderlerin ödenmemesi bu sebepler arasında yoktur ve 409 uncu maddede sayılan sebepler de genişletilerek, tebliğ giderinin verilmemesi bunlar arasına sokulamaz. Tebliğ giderinin ödenmemesi hali, belki, eksik harç ödenmesi haline benzetilerek sonuca varılmaya çalışılabilir³⁸. Kaldı ki, Tebliğat Kanunu'nun 5. maddesinin Hükümet Gerekçesinde açıkça "masrafı peşin vermeyen, tayin edilen müddet içinde de ödemeyen ve hiçbir makul mazaret de ileri sürmeyen kimse, tebliğata müteallik talebinden, işin esası tebliğatsız halledilemeyecekse bundan dahi sarfınazar etmiş addolunacağı" ifade edilmiştir. Davacının dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmemesi halinde, davacının, tebliğat talebinden vazgeçtiği gibi, davayı takipten de vazgeçmiş sayılmasına karar verilmelidir. Çünkü, Hükümet Gerekçesindeki "işin esası tebliğatsız halledilemeyecekse bundan dahi sarfınazar etmiş addolunur" ibaresindeki "... bundan ..." kelimesi, davayı amaçlamaktadır³⁹.

Danıştay ise, verdiği bir kararında, tebliğ giderini yatırmayan davacının davasından feragat etmiş sayılacağını kabul etmiştir. Danıştay'ın konuya

³⁵ Kuru, s. 1628; Üstündağ, s. 452; Çağlar/Yılmaz, s. 275.

³⁶ Üstündağ, s. 452.

³⁷ Yılmaz/Çağlar, s. 275.

³⁸ Bu görüşe göre, tebliğ gideri ile eksik kalan harcın birbirinden farklıdır. Kaldı ki, Harçlar Kanununun eksik harç ödenmesi halinde yapılacak işlemleri düzenleyen 30 uncu maddesinde HUMK'nun 409 uncu maddesine göre işlem yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Oysa tebliğ gideri açısından Tebliğat Kanunu (m. 5) ve Tebliğat Tüzüğünde (m. 6) dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin HUMK m. 409 sayılmamıştır (Yılmaz/Çağlar, s. 275).

³⁹ Kuru, s. 1628; Çağlar/Yılmaz, s. 275-276.

ilişkin kararı şu şekildedir; “7201 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca adresi bilinmeyene yapılacak ilan tebligat masraflarının ilgiliden peşin olarak alınması gerektiği hükmüne bağlanmış olup, davalı idareye ilan yapılacak tebligat masraflarının ödenmesi için 30 günlük süre verildiği ve bu süre içinde adı geçen masrafların ödenmediği ve ödemeyi taahhüt etmediği takdirde 7201 sayılı Yasanın 5. maddesi ve adı geçen Tüzüğün 6. maddesi uyarınca feragat etmiş sayılacağı tebliğ edildiği halde verilen süre içinde gerekli ödemede veya ödeme taahhüdünde bulunmayan idarenin davasından feragat etmiş sayılmasına...”⁴⁰.

Danıştay’ın varmış olduğu feragat sonucu doktrinde, haklı olarak, eleştirilmiştir⁴¹. Çünkü, feragat davaya son veren bir usul işlemidir ve feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Yani, feragatla sonuçlanan dava daha sonra açılmaz. Oysa tebliğ giderinin yatırılmaması bu kadar önemli bir sonucu ortaya çıkarmamalıdır⁴².

4829 sayılı Kanun teori ve uygulamadaki bu görüş farklılığını gidermek amacıyla⁴³ Tebligat Kanunu’nun 34. maddesine bir fıkra ilave ederek sorunu gidermeyi amaçlamıştır. Buna göre:

Verilen süreye rağmen ödenmeyen tebligat gideri dava dilekçesinin tebliğine ilişkin ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesi uyarınca işlem yapılır⁴⁴.

Yapılan düzenleme ile varolan görüş ayrılıkları ortadan kaldırılmış olmakla birlikte, esasında bu düzenlemenin yerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu olması gerekirdi. Çünkü dosyanın işleminden kaldırılması HUMK m. 409’da düzenlenmiştir.

⁴⁰ Danıştay 9. D. 9.10.1971, 534/2438 (Danıştay 9. D. Kararları, s. 208).

⁴¹ Bkz. Kuru, s. 1628; Moroğlu/Muşul, s. ; Yılmaz/Çağlar, s.275; Muşul, s. 50.

⁴² Yılmaz/Çağlar, s. 275.

⁴³ Bu amaç madde gerekçesinde şöyle formüle edilmiştir; “Maddeyle kazai tebligatlarda verilen süreye rağmen tebligat giderleri ödenmemesi durumunda karşılaşılan farklı uygulamaların giderilmesi ve ödenmeyen gideri dava dilekçesinin tebliğine ilişkin ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi imkanı getirilerek, talepten vazgeçmiş gibi daha ağır bir sonuç yüklenmesine engel olunması amaçlanmıştır” (Gerekçe m. 10).

⁴⁴ Tebligat Kanunu İle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4829 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi.

Yeni düzenleme ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesine yollamada bulunduğu göre, bu maddede düzenlenmiş olan, sonuçların ortaya konulması gerekir.

Tebliğat giderinin verilen süre içinde yatırılmaması durumunda dosyanın işlemde kaldırılması gerekir. Bunun için dosyanın işlemde kaldırılması kararının verilmesi gerekir.

Mahkemenin, tebliğat giderinin yatırılmaması sebebiyle, dosyanın işlemde kaldırılmasına ilişkin kararı belirtici nitelikte bir karar olup, mahkemenin böyle bir karar vermemiş olması dosyanın işlemde kaldırılmamış sayılmasını gerektirmez. Buna göre, mahkeme, sadece dosyanın işlemde kaldırılmış olması halini vurgulamaktadır. Şayet mahkeme, tebliğat gideri süresi içinde yatırılmadığı için dosyanın işlemde kaldırılması kararı vermemiş olsa bile, dosya işlemde kaldırılmış sayılır⁴⁵.

2. Diğer Hallerde Tebliğ Gideri Yatırılmamasının Sonuçları

Verilen süreye rağmen ödenmeyen tebliğat gideri dava dilekçesinin tebliği dışındaki bir hususa ilişkin ise, tebliğat konusu talepten vazgeçilmiş sayılır. (m. 34, II c. 2).

Buna göre, dosyanın işlemde kaldırılması sonucu yalnızca davacının dava dilekçesinin davalı tarafa gönderilmesi için gerekli tebliğ giderinin yatırılmaması haline özgü olup, dava dilekçesinin tebliği dışındaki bir hususa ilişkin tebliğ giderinin yatırılmaması dosyanın işlemde kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır.

Tebliğat Kanununda yapılan değişiklikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bir çok hükmü ile de paralellik sağlanmış oldu. Bazı örnekler verilmek gerekirse:

Dinletilmek istenen tanıkların mahkemeye çağırılması için gerekli olan tebliğat giderinin yatırılması gerekir⁴⁶. Gerekli tebliğat giderinin yatırılma-

⁴⁵ **Postacıoğlu**, s. 521; **Kuru**, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 670; **Üstündağ**, s. 610; **Bilge/Önen**, s. 629; **Ulukapı**, Ö., Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya 1997, s. 120; **Alangoya**, s. 427; HGK 3.4.1985, 83/4-652-267 (**Erdemir**, İ., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1998).

⁴⁶ Taraf, davetiye tebliğ edilmeden de gösterdiği tanıkları mahkemede hazır bulundurabilir; fakat, taraf buna zorlanamaz ve tanıklarını mahkemede hazır bulundurmadığı için onların dinlenmesinden vazgeçmiş sayılamaz (**Kuru/Arslan/Yılmaz**-Usul, s. 506).

ması durumunda tanık dinletilmesinden vazgeçilmiş sayılır (HUMK m. 414⁴⁷)⁴⁸. Tanık gösteren taraf, gösterdiği (dinlenmesini istediği) tanıkların davetiyelerinin tebliği için gerekli olan tebligat giderini mahkeme veznesine (peşin) vermek (ödemek) zorundadır. Hakim tarafından verilecek (kesin) süre içinde bu gideri ödemeyen taraf, tanık dinletme isteğinden vazgeçmiş sayılır⁴⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararında bu husus şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkemece 14.7.1970 günlü oturumda davalı A’ya savunmasını ispat için tanık listesi ve tanıkları için ücret ve posta gideri yatırmak üzere mehil vermiştir. Oturumda getirmediği tanık için ücret ve davetiye giderini yatırmaması için kesin mehil verildiği halde davalı tarafından gereğine uyulmadığı gibi tanık da getirmediğinden dinlenilmesinden sarfinazar etmiş sayılmasına karar verilmiştir. ...”⁵⁰.

Keşif kararı verilirken taraflar hazır değil iseler, keşif için iki tarafa da davetiye gönderilir. (HUMK m. 364, c. 1). Keşif yapılmasını isteyen taraf, keşif kararı verilirken hazır ise, keşif kararının ve keşif gününün diğer tarafa (bilirkişi ve tanıklara) bildirilmesi için gerekli olan tebligat giderini yatırmaması gerekir. Yatırmazsa talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m. 414)⁵¹. Keşif

⁴⁷ HUMK m. 414 hükmü şu şekildedir: “İki taraftan her biri istimamı talep eylediği şahit ve ehlihibrenin veya talebine mebni icra kılınacak keşif ve sair muamelenin masrafını tediye ve buna kifayet edecek meblağı mahkeme veznesine tevdi mecburdur. Hakim tarafından tayin olunan müddet içinde masrafı vermeyen taraf talebinden sarfinazar etmiş addolunur”.

⁴⁸ Ancak bu sonucun doğabilmesi için tanık dinletmek isteyen tarafa, sürenin kesin olduğunun ve bu süre içinde gerekli giderini yatırılmaması halinde tanık dinletmek isteğinden vazgeçmiş sayılacağına ihtaren bildirilmesi gerekir (Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 437)

⁴⁹ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001, s. 2597. Bkz. ayrıca: 2. HD 27.6.1974, 3694/4217 (YKD 1975/12, s. 18-19).

⁵⁰ HGK 29.11.1974, 8-834/1238 : ABD 1975/4, s. 557-558; Kuru, s. 2597-2598).

⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 442-443. “HUMK’nun 414. maddesi uyarınca, mahkemece verilen keşif kararında ve keşif giderlerinin yatırılması için aynı Yasanın 163. maddesi gereğince ilgili tarafa verilen önel ve kesin önele ilişkin ara kararında yapılması gereken işlerin neler olduğunun tam bir açıklıkla belirtilmesi, tanınan sürenin yeterli ve elverişli olması keşif giderlerinin (hakim ve mahkeme personelinin yol tazminatını, taşıt giderlerini, tanık ve bilirkişi ücretlerini ve bunlara çıkarılacak davetiye giderlerini kapsayacak biçimde) ayrıntılı olarak ve yeterli miktarda saptanması ve tarafların önele uymamasının doğuracağı sonuçları açıklanması gerekir. ...” (HGK 25.3.1987, 11/150-234 : YKD 1989/3, s. 316-318; İKİD 1989/337, s. 6201-6203).

isteyen taraf, keşif kararında belirtilen süre içinde tebligat giderini ödemezse, mahkeme, bi gideri ödemesi için tarafa ikinci bir süre verir; bu süre kesindir (HUMK m. 163 c. 4-6)⁵². Taraf, bu kesin süre içinde de keşif tebligat giderini mahkeme veznesine ödemezse, keşif talebinden vazgeçmiş sayılır⁵³.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 414'deki "ve sair muamele" kavramına isticvap'da dahil olduğundan⁵⁴, maddedeki düzenleme isticvap için de geçerlidir. Buna göre, hakim tarafların talebi üzerine isticvaba karar vermiş ise, bu takdirde isticvabın gerçekleşebilmesi için gerekli olan, isticvap davetiyesinin tebliğ giderlerinin, isticvabı talep eden tarafça ödenmesine karar verir. Her iki taraf birlikte başvurmuşsa, mahkeme, gerekli tebligat giderinin (ve varsa diğer giderlerin) taraflarca ne şekilde paylaşılacağını veya tek tarafa yükletilecekse, hangi tarafa yükletileceğini belirtir. Eğer, ilgili taraf (veya taraflar) hakimın tespit ettiği süre içinde tebligat giderini ödemezse, kendisine ikinci kez kesin olarak süre verilir, bu süre içinde de söz konusu gideri yatırmazsa talebinden vazgeçmiş sayılmalıdır⁵⁵.

⁵² Mahkeme, keşif kararında, gideri yatırılması için verdiği birinci sürenin de kesin olduğuna karar verebilir (HUMK m. 163 c. 3). Bu halde, taraf bu (birinci) kesin süre içinde tebligat giderini yatırmazsa, keşif talebinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m. 414 c. 2).

⁵³ **Kuru**, s. 2840. "14.10.1965 günlü oturumda mahallinde keşif yapılmasına, masrafların davacı tarafından yatırılmasına dair verilen kararda, keşif günü ve yatırılacak paranın miktarı belirtilmiş, 18.11.1965 günlü oturumda masrafların yatırılmadığı anlaşıldığından bu hususta davacıya 7 günlük kesin süre verilmiş, bu ikinci kararda da keşfin hangi gün yapılacağı açıklanmıştır. Buna rağmen, davacının keşif masraflarını yatırmadığı için keşfin yapılmadığının anlaşılması üzerine, mahkemece duruşmaya son verilerek (davacı tarafın keşif yaptırmaktan vazgeçmiş sayılmasına ve kamulaştırılan parça hakkındaki davanın reddine) karar verilmiştir. Hakim tarafından belli edilen süre içinde masrafı yatırmayan tarafın, isteğinden vazgeçmiş sayılacağı HUMK m. 414 hükmü gereğidir. Aynı Kanununun 163' üncü maddesinde de kesin süre içinde yapılması gereken bir işlem yapılmazsa, o hakkın düşeceği açıklanmıştır. Mahkemenin verdiği kesin süre içinde davacının gerekli keşif masraflarını yatırmadığı için bu konudaki isteğinden vazgeçmiş sayılmasına karar verilmesi usul hükümlerine uygundur" (HGK 19.11.1969, 5-310-825 : İKİD 1970/111, s. 8464-8465). Bkz. ayrıca: 1.HD 10.03.2003, 1826/2549 (İBD 2003/3, s. 726-727).

⁵⁴ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 414'de belirtilen düzenleme, isticvabın niteliği ile bağdaştığı ölçüde isticvap için de uygulanır (**Tercan**, E., Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 221).

⁵⁵ **Tercan**, s. 221. Eğer hakim, isticvaba re'sen başvurmuşsa, tıpkı diğer delillerde olduğu gibi, gerekli tebligat giderinin hangi tarafça (veya taraflarca) ödenmesi gerektiğini tespit eder. İlgili taraf gerekli giderleri yatırmazsa, ileride haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere, gerekli tebligat giderinin hazine tarafından karşılanmasına karar verebilir.

Kendisine yemin teklif edilen tarafın, yemin teklif edilen oturumda bulunmaması⁵⁶ veya davasını bir vekil aracılığıyla takip etmesi⁵⁷ durumunda⁵⁸, durumun yemin teklif edilen tarafa bildirilmesi için kendisine yemin davetiyesinin tebliğ edilmesi gerekir (HUMK m. 337)⁵⁹. Buna göre, yemin teklif eden tarafın, yemin teklif ettiği tarafa yemin davetiyesinin tebliği için gerekli olan gideri yatırması gerekir. Aksi takdirde, yemin teklifi talebinden vazgeçmiş sayılır⁶⁰.

Taraflardan biri, iddiasını ispat için (HUMK m. 241, II) bilirkişiye başvurulmasını hakimden talep edebilir. Hakim, tarafın bilirkişi incelemesi yapılması istemini kabul ederse, bu tarafa bilirkişiye tebligat yapılması için gerekli olan giderini yatırması için bir süre verir. Mahkeme, bilirkişi incelemesi yapılmasına ilişkin kararı ile verilen sürenin de kesin olduğuna karar verebilir (HUMK m. 414 c.2). Mahkeme, kararında bu sürenin kesin olduğunu bildirmemişse ve taraf öngörülen süre içerisinde tebligat giderini yatırma-

⁵⁶ Tahkikat (veya yargılama) karşı tarafın yokluğunda karşı tarafın yokluğunda yapılmakta olsa bile, kendisine (karşı tarafa) yemin teklif edilebilir ve yemin davetiyesi gönderilebilir (Yılmaz, s. 122; Kuru, s. 2492).

⁵⁷ Yemin, ancak kendisine yemin teklif edilen (veya yemin reddedilen) tarafın kendisi tarafından edilir; yani eda olunur (HUMK m. 353, c. 1). Vekil, müvekkili adına yemin edemez (Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 894).

⁵⁸ Eski davalar bakımından kendisi hakkında gıyap kararı -HUMK eski m. 398 vd.-nedeniyle gıyapta yargılama yapılması durumunda yemin davetiyesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yılmaz, s. 122.

⁵⁹ "Davacı, iddiası hakkında 15.2.1985 tarihli oturumda davalıya yemin teklif etmiştir. Davalı davayı vekil aracılığı ile takip ettiğinden, yemin teklif edilen oturumda hazır bulunmamıştır. Bu durumda davalının HUMK'nun 337. maddesi uyarınca yemin için muayyen celse tayin edilerek davet edilmesi gerekir" 13. HD 31.1.1986, 7696/469 : YKD 1986/11, s. 1665-1666; Yasa 1986/7, s. 1011-1012; Kuru, s. 2522).

⁶⁰ Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu dolaylı bir şekilde şöyle ifade etmiştir: "... -Bir hakkın kesin mehil sebebiyle ortadan kalkması için, kararın kanuna uygun olması gerekir. Aksi halde buna riayetsizlik hukuki sonuç doğuramaz. Az önce açıklandığı gibi davalı, mahkemenin kaza çevresi dışında oturduğu için bulunduğu yer mahkemesine istinabe yazılarak yemine ait usul hükümlerinin uygulanması lazım gelirken, davacının ... lira depo etmesi halinde davalının Almanya'dan Türkiye'ye gelerek yemin etmesi için davetiye tebliğine karar verilmesi kanuna aykırıdır. Öyle ise davacı tarafın bu karar gereğini yerine getirmemiş olması, dayandığı delilden kesin mehil dolayısıyla sarfınazar etmiş sayılmasını icap ettirmez. ..." (Yılmaz, E., Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 129).

mışsa, hakim ikinci bir süre verir ve bu ikinci süre kesindir⁶¹. Bu ikinci ve kanundan dolayı kesin sayılan süre (HUMK m. 163 c.4-6) içerisinde de gideri yatırmayan taraf, bilirkişi incelemesinden vazgeçmiş sayılır (HUMK m. 414 c. 2)^{62 63}.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434. maddesine göre, temyiz eden kimse, gerekli harç ve giderlerin tamamını ödemek zorundadır⁶⁴. Bu giderler ödenmez veya eksik ödenme halinde yargıç tarafından verilen süre içinde de tamamlanmaz ise, mahkeme kararın temyiz edilmemiş sayılmasına, bir başka ifade ile, temyiz isteminden vazgeçildiğine karar verir (m. 434, III)⁶⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği yeni tarihli bir kararında⁶⁶ bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "...- Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 343/3. Maddesi, temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödeneceğini; bunların eksik olduğunun tespit edilmesi halinde, kararı veren hakim veya mahkemenin başkanı tarafından verilecek yedi

⁶¹ **Kuru**, s. 2654.

⁶² **Taşpınar**, S., Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişi Ücreti, Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 388. "Türk yargı sistemine göre hakim kendiliğinden bir davayı inceleyip, uyuşmazlığı çözemez. Bunun kaçınılmaz sonucu olarak da, tarafların istekleri ile bağlı tutulmuştur (HUMK m. 72, 75). İşte "delillerin taraflarca hazırlanması" prensibinden hareket olunarak ilgililer diledikleri bilirkişilerin keşif ve benzeri incelemelerin gerektirdiği masrafları karşılamakla yükümlü tutulmuşlar, buna uymamaları halinde de isteklerinden vazgeçmiş sayılacakları öngörülmüştür (HUMK m. 414). ...". (**Ulukapı, Ö/Akcan**, R., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2002, s. 410).

⁶³ Mahkemenin, bilirkişiye tebliğat yapılması için gerekli olan giderin yatırılması için kesin süre vermesi halinde, bu kesin süreye uyulmamasının müeyyidesinin de (kendisine kesin süre verilen tarafın bilirkişi incelemesi yapılması talebinden vazgeçmiş sayılacağını da) aynı ara kararında belirtmesi gerekir; aksi halde, bu kesin süre içinde bilirkişiye tebliğat giderini yatırmamış olan taraf bilirkişi incelemesi yapılması talebinden vazgeçmiş sayılamaz (bu yönde bkz.: Danıştay 8. D. 7.3.1973, 4470/939 : **Kuru**, s. 2655).

⁶⁴ Bu giderler, dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi, dosyanın bozma üzerine gönderildiği mahkemece, tarafları çağırarak (HUMK m. 432, II) için gerekli tebliğat giderleri ve temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliği (HUMK m. 433, I) giderleridir.

⁶⁵ "Hakim tarafından verilen süre içinde posta ücretinin ödenmemesi, temyiz isteminden vazgeçmiş sayılmayı gerektirir" (İBK 24.12.1941, 32/1 : RG 20.04.1942, sa. 5088; **Kuru**, B./**Arslan**, R./**Yılmaz**, E., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2003, s. 148, dn. 33). Aynı şekilde: HGK 13.12.1995, 14/760-1110 (**Alangoya**, s. 490); 2. HD 7.2.2000, 747/1334 : YKD 2000/9, s. 1350;

⁶⁶ HGK 22.1.2003, 11-10/19 (YKD 2003/5, s. 671).

günlük kesin süre içerisinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususunun temyiz edene yazılı olarak bildirileceğini ve verilen süre içerisinde tamamlamadığı takdirde kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verileceğini hükme bağlamıştır. Somut olayda, Mahkemece davalı vekiline çıkartılan muhtıradaki eksik giderin tamamlanması değil, “gönderilmesi” istenilmiş; böylece, Yasanın aradığı biçimde ihtar yapılmamıştır... ”.

Yargıtay bu durumda, HUMK m. 434, III hükmünü ihmal ederek⁶⁷, dosyanın mahalline gönderilmesine karar vermektedir⁶⁸.

Tebliğat gideri verilmemişse, duruşma isteği dikkate alınmaz. Bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun m.438, I/c. son hükmünde açıkça düzenlenmiştir⁶⁹. Duruşmaya isteyen taraf, duruşma davetiyesinin kendisine ve karşı tarafa tebliği için gerekli posta giderini ödemekle yükümlüdür; ödememişse, duruşma isteği dikkate alınmaz⁷⁰.

⁶⁷ Alangoya, s. 490.

⁶⁸ “Temyiz olunan 22.1.1985 tarihli merci kararı davacı vekilinin (mümeyyizin) yüzüne karşı verilmiş, davacı vekili süresinde 25.1.1985 tarihinde havale olunan dilekçesi ile kararı temyiz etmiş, temyiz dilekçesi, verildiği Kuyucak İcra Tetkik Mercii vasıtası ile Nazilli merciiine gönderilmiştir. Bu husustaki içtihadı birleştirme kararına göre HUMK.nun 434 üncü maddesi hükmü dairesinde harcın yatırılması için mümeyyize tebligat yapılması gerekmiş olup bu cihet yerine getirilmediğinden tashihi isteğinin kabulü ile 11.11.1985 tarih ve 3709/9258 sayılı temyiz dilekçesinin süre yönünden reddine dair olan Yargıtay Kararının kaldırılmasına, harcın ödettilmesi zımında İcra İflas Kanununun 364 üncü maddesi yoluyla uygulanması gerekli HUMK. nun 434 üncü maddesi gereğince işlem yapıp iadesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesine, ...” (12. HD 29.1.1986, 15496/950; Yasa Hukuk Dergisi 1986/6, s. 845-846; Yılmaz/Çağlar, s. 283). Aynı yönde: 4. HD 17.11.1981, 11746/12336 : YKD 1982/4, s. 487.

⁶⁹ “... -Dosyanın temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasının istenmesi üzerine dosya gerekli gider alınarak Dairemiz’e gönderilmiş ise de; PTT idaresi tarafından tebligat ücretlerinin artırılması nedeniyle mevcut pulların tebligat yapılması için yeterli olmayacağı anlaşıldığından gerekli tebliğ pullarının eklenmesinden sonra ve şayet murafaa isteyen taraf murafaa isteminden vazgeçerse, bu durumun imzası ile saptanmasından sonra dosyanın Dairemiz’e gönderilmesi için mahalline iadesine, 7.9.1992 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (11. HD 7.9.1992, 5081/8772 : Yılmaz/Çağlar, s. 284).

⁷⁰ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, İstanbul 2001, s. 4640. “Boşanma kararının iptali davasının yapılan muhakemesi sonunda verilen hükmün temyizden murafaa icrası suretiyle tetkiki davalı tarafından istenilmişse de duruşma davetiye pulu olmadığından duruşma talebi reddedilerek, ...” 2. HD 18.10.1982, 7003/7502 : Yasa 1983/1, s. 92; Kuru, s. 4640).

İCRA VE İFLAS HUKUKU BAKIMINDAN YABANCI PARA İPOTEĞİ

Adnan DEYNEKLİ

I. YABANCI PARA İPOTEĞİ İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEME

743 sayılı Medeni Kanunun 766. maddesinde taşınmaz rehninin ancak muayyen bir alacak için miktarının Türk Parasıyla gösterilerek karşılanabileceği hükmüne bağlanmıştı. 14.11.1990 tarihinde kabul edilen 3672 sayılı Yasa¹ ile ipoteğin Türk Parası üzerinden kurulması kuralına bir istisna getiren 766/a maddesi yürürlüğe konulmuştur. Özellikle yabancı sermayeyi çekmek için yabancı finans kurumlarının alacaklarını teminat altına almak amacıyla bu yönde bir düzenlemeye gidilmiştir.

743 sayılı Medeni Kanunun yürürlükten kaldırılan 22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanunun 851. maddesi ile yabancı para üzerinden ipotek konulmasına ilişkin düzenleme genişletilmiştir. Maddenin gerekçesinde 743 sayılı Medeni Kanunun 766 ve 766/a maddelerinde değişiklik yapılmadığı belirtilmişse de yeni hükümlerle yabancı para ipoteği konusunda bazı değişiklikler yapılmıştır.

II. YABANCI PARA İPOTEĞİNİN KOŞULLARI

Yabancı para ipoteği kurulabilmesinin koşulları MK'nun 851/2 maddesinde belirtilmiştir. Hükmüne göre yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca, yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Görüldüğü gibi yabancı para ipoteği kurulmasını

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

¹ RG. 23.11.1990, sa. 20704.

kanun bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu şartların oluşmaması halinde yabancı para ipoteği kurulamaz. Ancak şartların oluşması halinde yabancı para yerine Türk lirası üzerinden ipotek kurulmasına bir engel bulunmamaktadır.

Yabancı para ipoteği kurabilmek için gerekli şartlar şunlardır:

- 1- Kredi verilmiş olmalı
- 2- Bu kredi yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsüyle verilmiş bulunmalı
- 3- Krediyi yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan bir kredi kuruluşunca verilmiş olmalıdır.

Şimdi sırasıyla bu şartlar üzerinde ana hatlarıyla duracağız.

1. Kredi Verilmiş Olması

İpotek kural olarak bir alacağa teminat teşkil etmek üzere kurulur (MK. m. 851/1). Yabancı para ipoteği yönünden alacak kavramından daha dar bir kavram olan kredi kavramı kabul edilmiştir. Bu nedenle kredi niteliğinde olmayan herhangi bir alacak için yabancı para ipoteği kurulamayacaktır.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 11/1. maddesine göre;

“Bir bankanın vereceği nakdi krediler ile teminat mektupları kefaletler, aval, ciro ve kabuller gibi gayrinakdi krediler, satın alacağı tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette vereceği ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler ve gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler ve ortaklık payları izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.”

Görüldüğü gibi Bankalar Kanunu nakdi krediler, gayrinakdi krediler, ve ortaklık paylarını kredi saymıştır. Maddede aynî krediler (mal verilmesi şeklinde) sayılmamıştır.

Ayrıca MK'nun 851. maddesi kredinin süresi yönünden bir sınırlama yapmayarak 743 sayılı MK'nun 766/a maddesi bakımından ayrılmıştır.

2. Kredinin Yabancı Para Üzerinden veya Yabancı Para Ölçüsüyle Verilmiş Bulunması

Yabancı para ipoteği kurulabilmesi için kredinin yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile (döviz endeksli) verilmesi gerekir.

3. Kredinin Yurt İçindeki veya Yurtdışındaki Bir Kredi Kuruluşunca Verilmesi²

Yabancı para ipoteği kurulabilmesi için gerekli bir diğer şart da kredinin yurt içindeki veya yurt dışında faaliyette bulunan bir kredi kuruluşunca verilmiş olmasıdır.

Yurt içindeki ve yurt dışındaki gerçek kişiler ile kredi verme amaç ve yetkisi bulunmayan kuruluşların verdiği krediden dolayı yabancı para ipoteği tesis edilemez.

Yurt dışındaki kredi kuruluşu lehine yabancı para ipoteği tesis edilebilmesi için Tapu Sicil Müdürlüğüne ibraz edilen belgelerden yurt dışındaki kredi kuruluşunun kredi verme faaliyetinde bulunduğu anlaşılmalıdır³.

Yurt içindeki kredi kuruluşlarının Türkiye'deki gerçek ve tüzel kişilere hangi hallerde döviz kredisi verebileceği 32 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kararın 17. maddesine göre saptanmalıdır⁴.

Döviz endeksli Türk Lirası kredileri ise 32 sayılı Karara tabi bulunmamaktadır.

III. YABANCI PARA İPOTEĞİNİN KURULMASINA İLİŞKİN ESASLAR

1. İpoteğin Kurulabileceği Yabancı Para Birimi

MK'nun 851/4 maddesine göre yabancı para ipoteği ancak Bakanlar Kurulunca belirlenecek yabancı para birimlerinden biri ile kurulabilir. Kanun

² **Reisoğlu**, Safa, Yeni Medeni Kanun Hükümlerine Göre Yabancı Para İpoteği (Bankacılık Uygulamasında Güncel Sorunlar Konferansına Sunulan Tebliğ s. 13).

³ **Reisoğlu** - Tebliğ s. 13.

⁴ **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer, Eşya Hukuku, 9. Bası İstanbul 2002 s. 687; **Sirmen**, Lale, Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler (AÜHFD, 2003/1 s. 52).

ipoteğin kurulmasında geçilecek yabancı para birimi yönünden sınırlama getirerek ancak Bankalar Kurulunca belirlenecek yabancı para birimlerinden biri ile yabancı para ipoteğinin kurulmasına imkan tanımıştır.

Bakanlar Kurulu 2002/3813 sayılı kararında, MK'nun 851. maddesi uyarınca kurulacak yabancı para ipoteğinin T.C. Merkez Bankasıncı alım-satımı yapılan döviz cinsleri üzerinden kurulabileceğini belirtmiştir⁵.

İpotek konusu alacak hangi yabancı para biriminden kaynaklanıyorsa ipoteğin de aynı yabancı para birimi üzerinden kurulması gerekir⁶.

Bir derecede birden fazla ipotek kurulmak istenmesi halinde tamamının aynı para birimiyle kurulması gerekir. MK'nun 851/2. maddesine göre aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulması mümkündür.

Örneğin 1. derecede Dolar olarak verilen krediden dolayı Dolar üzerinden yabancı para ipoteği tesis edilmişse artık bu derecede başka bir para birimi üzerinden ipotek kurulamaz.

Reisoğlu hükümde yer alan "aynı derecede" şeklindeki ifadeyi "aynı derecede ve aynı sırada" anlamında değerlendirmek gerektiği, 1. derecenin 1. sırası ile 2. sırasında farklı yabancı para birimleri üzerinden rehin tesisinin mümkün olduğu görüşündedir⁷.

Kanaatimizce konunun açık hükmü karşısında böyle bir yoruma gidilemez. Zira hükmünde derece ve sıra ayrımı yapılmadan aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamayacağı hükme bağlanmıştır.

2. İpoteğin Boş Bırakılmış veya Boşalmış Bir Derecede Kurulması

a. Yabancı Para Üzerinden Boş Bırakılmış veya Boşalmış Bir Derecede Kurulması

MK'nun 870. maddesine göre ipoteğin sağladığı güvence, tescilde belirtilen ipotek derecesi ile sınırlıdır. İpotek, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecelerde de kurulabilir.

⁵ RG. 23.6.2002 sa. 24704

⁶ Reisoğlu - Tebliğ s. 14.

⁷ Reisoğlu - Tebliğ s. 16.

Yabancı para ipoteği yabancı para olarak boş bırakılan bir derecede kurulabilir. Boş bırakılan derecede yabancı paradan farklı bir yabancı para üzerinden veya Türk lirası üzerinden ipotek tesisi mümkündür⁸.

Yabancı para ipoteği terhin edilerek bu derece boşaltılmış ise kural olarak boşalan derecede, tescil edileceği tarihteki Türk parası karşılığı üzerinden veya yabancı para üzerinden ipotek kurulabilir (MK m. 851/3, 871/2).

Boşalan derece ile ilgili olarak yabancı veya Türk Parası karşılıklarının hesabında hesap günündeki T.C. Merkez Bankasının döviz alış kuru esas alınır (MK. m. 851/4).

Yabancı para olarak kurulmuş ancak daha sonra bozulmuş bir dereceye farklı bir para birimi ve Türk Parası üzerinden ipotek kurulabilir⁹.

b. Türk Parası Üzerinden Boş Bırakılmış veya Boşalmış Bir Derecede Kurulması

MK'nun 870. maddesine göre önce gelecek olanın miktarı belirtilmek kaydıyla bırakılan bir dereceden sonra gelmek üzere ipotek tesis edilebileceğini yukarıda belirtmiştik. İşte boş bırakılan derecenin Türk Parası olarak miktarı belirtilmişse bu dereceye Türk parası veya Yabancı Para üzerinden ipotek tesisi mümkündür (MK. m. 851/3).

Türk Parası ile kurulmuş bir ipoteğe ait derecenin boşalması halinde yerine tescil edileceği tarihteki karşılığı yabancı para üzerinden ipotek kurulabilir (MK. m. 851/3).

Yabancı veya Türk Parası karşılıklarının hesabında hesap günündeki T.C. Merkez Bankasının döviz olan kuru esas alınır (MK. m. 851/4).

Özellikle bu hüküm sabit dereceler sistemini zedelemesi nedeniyle eleştirilmektedir¹⁰.

⁸ Reisoğlu - Tebliğ s. 16.

⁹ Reisoğlu - Tebliğ s. 17.

¹⁰ Reisoğlu - Tebliğ s. 19; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer, Eşya Hukuku İstanbul 2002 s. 687; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku Ankara 2002, s. 503.

3. İpoteğin Anapara veya Üst Sınır İpoteği Olarak Kurulabilmesi

MK'nun 851. maddesinin 2. fıkrasında yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile "verilen" kredilerden bahsedilmiştir. "Verilen krediler" ibaresinden yabancı para ipoteginin sadece anapara ipoteği olarak tesis edilebileceği sonucu çıkarılamaz. Zira anılan hükümde belli bir kredi için ipotek tesisinden bahsedilmediğine göre verilmiş veya verilecek krediler için yabancı para ipoteği tesisi mümkündür¹¹.

IV. İCRA VE İFLAS HUKUKU BAKIMINDAN YABANCI PARA İPOTEĞİ

1. İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Bakımından

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip İİK'nun 148-153. maddeleri arasında düzenlenmiş bu yolla ilamsız takip yapılabileceği gibi şartları mevcutsa ilamlı takip yoluna da başvurulabilir. Takibin başlangıcından sonuçlanmasına kadar olan süreçte yabancı para ipoteği bakımından bazı özellikler bulunmaktadır. Şimdi bu özellikler üzerinde duracağız.

a. Yabancı Para Üzerinden İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Yapılıp Yapılamayacağı

Alacağı ipotekle teminat altına alınan alacaklı yetkili icra dairesine başvurarak İİK'nun 58. maddesine göre takip talebinde bulunacaktır (İİK. m. 148).

İİK'nun 58. maddesinin 4949 sayılı Kanununun 12. maddesi ile değişiklik¹² yapılmadan önceki 3.bendi şöyleydi:

"Alacağın ve istenen teminatın Türk Parası ile tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün" takip talebinde gösterilir.

Bu hüküm yürürlükte iken yabancı para alacağı için ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmak istendiğinde alacağın yabancı para alarak talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıydı¹³.

¹¹ Sirmen, s. 10.

¹² RG. 30.7.2003, sa. 25184.

İcra ve İflas Kanununun 58. maddesinde 4949 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten sonraki hüküm şöyledir:

“3. Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi;” takip talebin de gösterilir.

Hükmün gerekçesinde¹⁴ yeni düzenleme ile yabancı para alacaklarının nasıl takip edileceği konusundaki tereddütlerini giderildiği belirtilmiştir.

Yabancı para ipoteğine dayanarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak isteyen alacaklı yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden Türk lirası karşılığını talep ettiğini takip talebinde açıkça göstermesi gerekir. Yeni düzenlemeye göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte alacağın yabancı para olarak talep edilmesi mümkün değildir. Alacaklı yabancı para ipoteğinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçtiği zaman seçimlik hakka sahiptir. Hükümden alacaklıya dilediği herhangi bir tarihteki kur üzerinden Türk lirası karşılığını takip etmekte serbest olduğu anlamı çıkıyorsa da kanaatimce alacaklının BK'nun 83/3. maddesine uygun olarak seçimlik hakkını kullanması gerekir. Bu durumda ipoteği takibe gelen paraya çevrilmesi yoluyla alacaklı yabancı paranın vadesindeki Türk lirası karşılığını veya fiili ödeme günündeki Türk lirası karşılığını talep etmelidir.

b. Rüçhanlı Alacakları Karşılama Yönünden Yabancı Para İpoteğinin Gösterdiği Özellik

İİK'nun 129. maddesine göre bir taşınmazın ihale yoluyla satılabilmesi için teklif edilen meblağın asgari ihale bedelini karşılaması gerekir. Örneğin birinci artırmada taşınmazın muhammen bedelinin en az %60'ını¹⁵ karşılaması, alacağı satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanlı olan vadesi gelmiş

¹³ Bkz. **Pekcanitez, Hakan**, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili Ankara 1998 s. 168 vd.

¹⁴ “Yabancı para alacaklarının takip talebinde nasıl istenebileceği yönündeki tereddüt, uygulamadaki kararlar da esas alınarak giderilmiştir. Yapılan yeni düzenlemede, alacaklının yabancı para alacağının Türk parası karşılığını takip talebinde göstermesi yanında, bu alacağının hangi tarihteki kur üzerinden tahsilini istiyorsa bunu da açıkça göstermesi ve yine yabancı para ile ilgili faiz alacağına ilişkin talebini belirtmesi esası getirilmiştir.”

¹⁵ 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bu oran %75'di.

alacakların toplamını karşılaması ve parayı çevirme ile paylaştırıp masraflarını karşılaması gerekir.

İhale sırasında yabancı para ipoteğinin vadesi gelmemişse bu ipotek taşınmazla beraber alıcıya geçecektir. Yabancı para ipoteğinin vadesi gelmişse rüçhanlı alacakları karşılama prensibi yönünden nasıl işlem yapılması gerektiği de üzerinde durulması gereken bir konudur.

Yabancı para ipoteğine dayanarak takibe geçen alacaklı şayet takibinde yabancı paranın vadesinde Türk parası karşılığını talep etmişse sorun çıkmayacaktır. Bu durumda rüçhanlı alacakların karşılama prensibinin yerine gelip gelmediği Türk parasına göre tespit edilecektir.

Ancak alacaklı takip talebinde yabancı paranın fiili ödeme günündeki Türk parası karşılığını talep etmişse rüçhanlı alacakları karşılama prensibi uygulanırken yabancı paranın hangi tarihteki Türk parası karşılığı dikkate alınacaktır?

Pekcanitez, karşılama prensibinin sağlanıp sağlanmadığı yönünden yabancı paranın satış ilanının yapıldığı tarihteki Türk parası karşılığının dikkate alınması gerektiği görüşündedir¹⁶.

İhalenin yapılabilmesi için teklif edilen meblağın asgari ihale bedelini karşılaması gerekir (İİK m. 129). Kanun ihale günü itibarıyla karşılama prensibini kabul ettiğinden yabancı paranın ihale günündeki Türk parası karşılığı bulunarak teklif edilen bedelin rüçhanlı alacakları karşılayıp karşılamadığı saptanmalıdır. Bu durumda satış ilanının yapıldığı tarih ile ihale tarihi arasındaki kur değişikliğinden doğan sakıncalarda ortadan kalkacaktır.

c. Hacizde Sıra Cetveli Yönünden Yabancı Para İpoteğini Gösterdiği Özellik

Üzerinde Yabancı Para İpoteği kurulmuş bir taşınmazın satışından sonra satış bedelinin bütün alacaklıların alacaklarını karşılamaması halinde İİK'nun 151. maddesinin yaptığı atıf uyarınca İİK'nun 142. maddesine göre sıra cetveli düzenlenerek satış bedeli paylaştırılacaktır.

Bu bölümde sıra cetvelinin düzenlenirken yabancı para ipoteği yönünden ortaya çıkabilecek sorunlara değineceğim.

¹⁶ Pekcanitez, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, s. 171.

aa. Sıra Cetvelinde Yabancı Para İpoteğinin Hangi Tarihteki Türk Parası Karşılığının Dikkate Alınacağı

İcra memuru sıra cetveli düzenlerken yabancı para ipoteği için de pay ayıracaksa yabancı paranın hangi tarihteki Türk parası karşılığını esas alacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Yargıtay yabancı para alacaklarının satış tarihindeki Türk parası karşılığının sıra cetvelinde dikkate alınacağını kabul etmektedir¹⁷.

Yargıtay uygulaması menfaatler dengesine uygun olup, yabancı para ipotekleri yönünden de aynı sonuca varılabileceği görülmüştür.

bb. Yabancı Para İpoteğinde Serbest Dereceden İstifade Hakkının Sıra Cetveline İtiraz Yönünden Gösterdiği Özellik

Serbest derece sisteminde taşınmaz maliki birinci veya ikinci dereceyi boş bırakarak daha sonraki sıralarda ipotek kurabilir (MK. m. 870/2).

Türk lirası olarak boş bırakılmış veya Türk lirası olarak kurulduktan sonra boşalmış bir derecede yabancı para ipoteği tesis etmek mümkündür (MK. m. 851). Bu şekilde bir yabancı para ipoteği kurulması halinde sonraki derecede bulunan ve işlemten dolayı zarara uğrayan alacaklı paylaşım

¹⁷ “Davacı vekili, müvekkili banka lehine satışa konu taşınmaz üzerinde 300.000 DM bedelle ipotek tesis edildiğini, satıştan sonra düzenlenen sıra cetvelinde satış tarihindeki kur üzerinden yabancı para alacağının Türk Lirasına çevrilerek pay ayrıldığını, bu kararın BK.nun 83. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek sıra cetveline itiraz etmiştir.

Mahkemece hacze iştirakte yabancı para alacağının satış tarihindeki Türk Lirası karşılığının paylaştırmaya esas alınmasının menfaatler dengesine uygun düştüğü gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle yabancı para alacağının hacze iştirakinde satış tarihindeki Türk Lirası karşılığının paylaştırmaya esas alınmasının menfaatler dengesine uygun düştüğü gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle yabancı para alacağının hacze iştirakinde satış tarihindeki Türk Lirası karşılığının paylaştırmaya esas alınarak yazılı şekilde karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, yerinde görülmeden bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan Mercii Kararının İİK.nun 366. maddesi uyarınca ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 23.1.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.” 19. HD. 23.1.2003, 2002-5624/502 (Yayımlanmamıştır).

sırasında bu hususu sıra cetveline itiraz konusu yapabilir mi, itiraz konusu yapması halinde olumlu sonuç alabilir mi?

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü sorunu görmüş ve 4.6.2002 tarihli genelgeyi çıkarmış ve tapu sicil müdürlüklerine bildirmiştir. Genelgeye göre “Türk parası ile tesis edilmiş bir ipoteye ait derecenin boşalması halinde, yabancı para değerinin ipotemin ilk tesisindeki Türk parası değerini geçmeyeceği hususu resmi senede yazılmak ve taraflarca kabul edilmek suretiyle, bunun -Türk parasının- yerine, kredinin tescil edileceği tarihteki Türk lirası karşılığı yabancı para üzerinden ipotek tesis edilebilir.

Reisoğlu’na göre Türk parasıyla tesis edilmiş bir ipotemin yerine yabancı para ipotegi kurulurken, tarafların yabancı para değerinin ipotemin ilk tesisindeki Türk parası değerini geçemeyeğine ilişkin genelge özünde haklı olsa bile konunun açık hükmüne aykırıdır¹⁸.

Kanunda yer olmayan böyle bir kısıtlamanın genelgesiyle getirilmesi mümkün olmadığından sıra cetvelinde pay ayrılan yabancı para ipotegi ile ilgili alacağı yönelik genelgede belirtilen gerekçeye itirazın mümkün olmadığı görüşümdedir.

cc. Yabancı Para İpoteginin Geçersiz Olduğuna Yönelik İtiraz

Üzerinde yabancı para ipotegi bulunan bir taşınmazın satışından sonra lehine yabancı para ipotegi kurulan kişiye pay ayrılmışsa alacağını tamamen veya kısmen alamayan alacaklılar yabancı para ipoteginin kanunda yer alan şartları taşımaması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek sıra cetveline itiraz edebilirler. İpotegin geçersiz olduğuna ilişkin itiraz sıraya yönelik olması nedeniyle tetkik merciinde ileri sürülmelidir. Tetkik Mercii yabancı para ipoteginin MK’nun 851. maddesine uygun olarak kurulup kurulmadığını inceleyerek itiraz konusunda bir karar verecektir.

d. Rehin Açığı Belgesi

Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipte rehin konusu malın bedelinin rehinli alacakların alacağını karşılamaması halinde alacaklıya rehin açığı belgesi verilir (İİK m. 152).

¹⁸ Reisoğlu - Tebliğ s. 19-20.

Lehine yabancı para ipoteği kurulan alacaklı alacağını almamışsa düzenlenecek rehin açığı belgesinde ödenmeyen kısım yabancı para olarak gösterilmelidir¹⁹.

İpotek hangi para birimi üzerinden kurulmuşsa rehni açığı belgesinde ödenmeye kısım o para birimi üzerinden gösterilmelidir.

Rehin açığı belgesine sahip alacaklı belgede belirtilen yabancı para alacağı için borçluya karşı iflas yoluyla veya haciz yoluyla takibe geçebilir (İİK. m. 152/2). Haciz yoluyla takip halinde rehin açığı belgesi İİK'nun 100/4. maddesi uyarınca ilk hacze iştirak imkanı sağlar²⁰. Bu durumda paylaştırmada yabancı para alacağı mahcuzun satış tarihindeki Türk parası karşılığı dikkate alınmalıdır.

2. İflasta Yabancı Para İpoteği Alacaklılarının Durumu

a. İpotekli Taşınmaz Malikinın İflas Etmiş Olması Halinde

İpotekli taşınmaz malikinın iflas etmesi halinde üzerinde ipotek bulunan taşınmaz sahibi alacaklının rüçhan hakkı saklı kalmak kaydıyla masaya girer (İİK. m. 185). Görüldüğü gibi iflasın ipotekli alacaklılarının rüçhan hakkına etkisi bulunmamaktadır.

İflasın açılmasından önce başlayan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere devam edilebileceği gibi (İİK. m. 193/3). İpotekli alacaklı, istediği takdirde iflastan sonra da masaya karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. İpotekli taşınmazın satışı halinde yabancı para ipoteği alacaklısının takipteki talebine göre ödeme yapılır. Alacağın ödenmeyen kısmı ise iflas masasına adi alacak olarak kaydedilir. Ancak bu kayıt yapılırken alacak yabancı para olarak değil Türk lirası olarak kaydedilmelidir.

b. Üçüncü Kişi İpoteği Verilmiş Olması Halinde

Müflisin borcu için üçüncü kişinin ipotek vermesi halinde ipotekli taşınmaz müflis iflas masasına girmez. Bu durumda yabancı para ipoteği

¹⁹ Pekcanitez, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili s. 224.

²⁰ 19. HD. 3.7.1997, 1996/4082-6974 (YKD 1998/6, s. 893).

alacaklısı alacağının tamamını adi alacak olarak iflas masasına kaydetti-recektir²¹.

İpotekli alacaklı üçüncü kişiye karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir. Bu takip sonucu alacağın tamamen ödenmemesi halinde ödenmeyen kısım iflas masasından adi alacak olarak tatmin edilir.

Yabancı para ipoteği alacaklısı iflas masasına alacağını iflas tarihindeki Türk lirası karşılığını göstererek talep etmelidir.

3. Konkordatoda Yabancı Para İpoteği Alacaklılarının Durumu

a. İpotekli Taşınmaz Malikinin Konkordato Talep Etmiş Olması Halinde

Konkordato mühleti içinde kural olarak borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takiplerde dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan talepler durur (İİK. m. 289/1). Ancak mühlet sonrasında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış takibe devam edilebilir (İİK. m. 289/2).

İpotekli alacaklılar konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Ancak rehine karşılanmayan kısım ise hem kişi hem de meblağ çoğunluğunun belirlenmesinde dikkate alınır.

Yabancı para ipoteğinde ipotekli alacaklının yabancı para alacağının hangi tarihteki Türk lirası karşılığı esas alınarak çoğunluk belirlenecektir.

Konkordato çoğunluğunun belirlenmesinde tüm alacaklılar için ortak bir zaman kesiti olan mühletin verildiği tarihteki tutar üzerinden çoğunluğunun belirlenmesinde hesaba katılmaktadır²². Bu tarihin esas alınması alacaklılar arasında ortaya çıkması muhtemel farklılıkları da önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır²³.

²¹ Gürdoğan, Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip Ankara 1967 s. 1/4.

²² Tanrıver, Süha/Deynekli, Adnan, Konkordatonun Tasdiki Ankara 1996 s. 104. Pekcamtez, Yabancı Para Alacaklarının Tarih Lirasına çeviri anı olarak, Ticaret Mahkemesince konkordatonun tasdikine karar verildiği tarihin kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Pekcamtez, Hakan, Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İzBD, 1995/3, s. 36).

²³ Tanrıver/Deynekli, s. 103.

b. Üçüncü Kişi İpoteği Verilmiş Olması Halinde

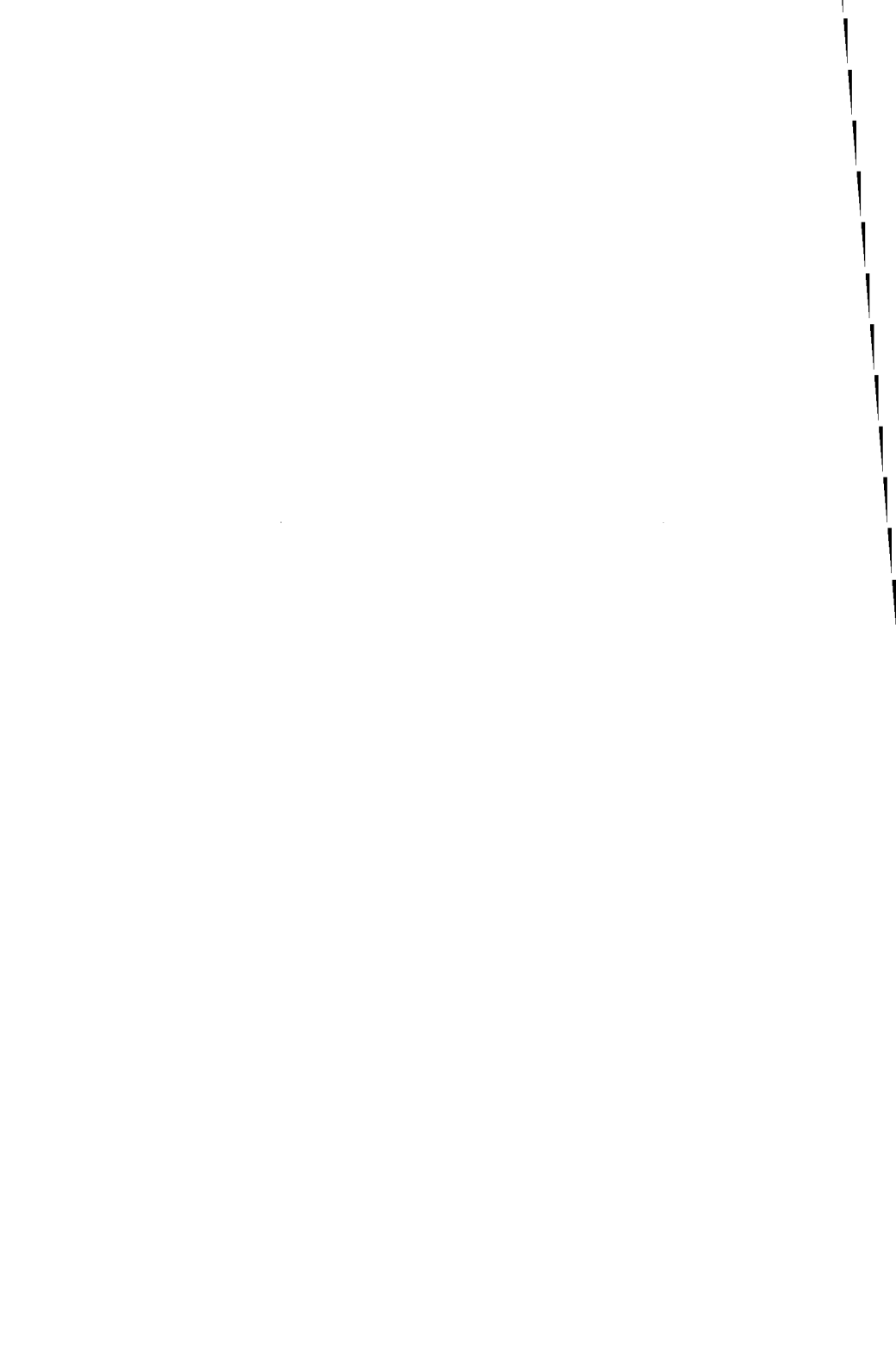
Konkordato talep eden borçlu lehine üçüncü kişi tarafından yabancı para ipoteği verilmiş olabilir. Bu durumda konkordato talep eden borçlu borçtan şahsen sorumlu ise ipotekli alacağın tamamı çoğunluğun belirlenmesinde dikkate alınır²⁴.

Yabancı para alacağının konkordato mühleti verildiği tarihteki Türk lirası karşılığı gözetilerek çoğunluk hazırlanan gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmalıdır.

SONUÇ

Yabancı para ipoteği ile Medeni Kanunda yapılan düzenleme etkisi İcra ve İflas Hukukunda gösterecektir. Çok zamanımızda yabancı para ipoteğinin icra iflas hukuku bakımından ortaya çıkması muhtemel sorunlar üzerinde durularak çözümler önerilmiştir. Şüphesiz yeni düzenlemeye yön verecek doktrin ve uygulamaya önemli görevler düşmektedir.

²⁴ Postacıoğlu, İlhan, Konkordato Ankara 1965 s. 27; Tanrıver/Deynekli, s. 99.



MİLLETLERARASI İSTİNABE*

*Doç.Dr. Nuray EKŞİ***

I. GİRİŞ

Kişilerin, malların ve sermayenin ülkeler arasında dolaşımı mahkemeleri sıkça milletlerarası nitelikli ihtilâflarla karşı karşıya bırakmaktadır. Diğer ülke veya ülkelerle bağlantılı olan hukukî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, mahkemenin dava konusu ile ilgili bilgileri yurt dışından toplaması, delilleri elde etmesi; olayın meydana geldiği yabancı ülkede inceleme yaptırması; yurt dışında bulunan şahitlerin ifadesinin alınması¹; kan ve doku örneklerinin alınması, tıbbi incelemelerin yaptırılması; malın koruma altına aldırılması, incelenmesi veya fotoğraflarının çektirilmesi gibi konular mahkemenin yapacağı yargılama faaliyetini daha da zorlaştıracaktır. Bu zorluğun aşılmasında farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasında işbirliği ve yardımın rolü büyüktür.

Uygulamada genellikle, Türk mahkemeleri, şahit dinlenmesi, yemin verdirmeye ve belge teminine ilişkin olarak yabancı mahkemeleri istinabe etmektedir. Bu güne kadar, daha çok, aile ve şahsın hukukunu ilgilendiren davalarda karşılaşılan istinabe, küresel ticarî ilişkiler nedeniyle uluslararası

* İstanbul Barosu tarafından düzenlenen ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Prof. Dr. İsmail Özasan Salonunda 24 Mayıs 2003 Tarihinde Yapılan Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Uluslararası Adli Yardımlaşma: Tebligat, Delil Toplanması, Alacakların Tahsili-Sorunlar ve Çözüm Yolları Paneli'nde sunulan Tebliğ.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesi elektronik arşivini tarayarak yabancı dildeki kaynaklara ulaşmamı sağlayan Ar. Gör. Kasım Akbaş'a ve Almanca kaynaklara ulaşmamı sağlayan Ar. Gör. İnci Ataman Figanmeşe'ye teşekkür ederim.

¹ Nuray EKŞİ, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000, s. 1-2.

ticaret hukuku alanında da yoğun şekilde başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son zamanlarda, yurt dışında, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri'nde, Türk şirketlerine karşı açılan davalarda, diğer ülkelerden gelen yabancı avukatların doğrudan şahit dinlemesi konusunda ilginç gelişmeler yaşanmıştır. Yabancı bir mahkemenin Türk mahkemesine yönelik bir istinabe talebi olmadan, yabancı avukatın Türkiye'ye gelerek şahidin rızasıyla elde ettiği ifadenin delil olarak kabule şayanlığı ve ispat gücü yabancı mahkemenin hukukuna tabidir. Bu açıdan, milletlerarası istinabe yoluna başvurulmaksızın, yabancı avukatların kendiliğinden elde ettikleri ve kendi mahkemelerinde kullanacakları delillerin ispat gücü ve değerinin tartışılmasının pratik bir sonucu bulunmamaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda, eğer şahit işbirliğine yanaşır ve kendi isteği ile ifade verirse, bu ifade delil olarak kullanılabilir. İfadenin, mahkeme kanalıyla alınmasına gerek yoktur. Buna karşın, şahit kendi isteği ile ifade vermez veya ifade vermek için gelmeyi reddederse ifadesinin mahkeme tarafından alınması gerekir². Mahkeme, zorlayıcı tedbirleri kullanarak şahidi getirme ve ifadesini alma yetkisine sahiptir. Ancak, yabancı bir mahkeme Amerikan mahkemesini istinabe ederek bir şahidin ifadesinin alınmasını talep etmiş olabilir. Eğer, istinabe eden devletin hukukuna göre şahidin ifadesi sadece mahkeme kanalıyla alınabiliyorsa, şahidin ifadesi Amerikan mahkemesi tarafından alınacaktır³.

² İngiliz hukukunda da, başka bir ülkede oturan şahidin ifadesinin bulunduğu ülke mahkemesi tarafından alınması gerekli değildir. Şahit tarafından verilen sözlü veya yazılı beyan mahkemede delil olarak kullanılabilir. Bununla beraber, şahidin ifadesi, çapraz sorgulama (cross-examination) yapılmadan alındığından delil değeri daha azdır. Yabancı ülkede bulunan tanığın kendi isteği ile, özel bir uzman önünde verdiği ifade, şahidin bulunduğu ülke hukukunun izin vermesi kaydıyla, İngiliz mahkemelerinde delil niteliğine sahiptir (Rauf **VERSAN**, The General Principles of International Judicial Assistance in Civil Matters and Judicial Assistance to International Courts, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Cambridge 1985, s. 157). Yabancı ülkede oturan şahit kendi iradesi ile özel uzmana ifade vermek istemezse, o zaman, bu delilin yabancı mahkemeden alınacak yardım ile temini yoluna gidilmelidir (Jack **JACOB**, Private International Law Litigation, London 1988, s. 430-431). O halde, delil temininde mahkemelerin müdahalesi, tarafların delillere ulaşmada zorlukla karşılaşmaları halinde söz konusudur (**VERSAN**, 146).

³ International Co-operation in Civil and Commercial Procedure American Continent, Edt. Ludwik/ Kos/Rabcewicz/Zubkowski, Ottawa 1975, s. 381.

II. “MİLLETLERARASI HUKUKÎ YARDIM” VE “MİLLETLERARASI İSTİNABE” KAVRAMLARI

Mahkemelerin yargılama faaliyetleri sadece, kendi yargı alanları ile sınırlıdır. Bu alanların dışında kalan yerlerde yapılması gereken işlemler için söz konusu işlemin yapılacağı yerde bulunan mahkemeden yardım istenmelidir. Bu şekilde, bir mahkemenin diğer bir mahkemeden bir takım işlemlerin yapılmasına veya yerine getirilmesine yönelik yardım talepleri “istinabe” veya “mahkemeler arasında hukukî yardım” olarak adlandırılmaktadır. KURU, istinabenin tanımını şu şekilde yapmaktadır⁴: “Bir davadaki belirli bazı işlemlerin, davaya bakan mahkemeden başka yerdeki bir mahkeme tarafından yapılmasına istinabe denir”. KURU’ya göre, istinabe yerine “mahkemeler arasında hukukî yardım” (Rechtshilfe) teriminin kullanılması daha uygun olur. Çünkü kendisinden belirli bir işlem yapılması istenen mahkeme davayı gören mahkemeye yardım etmektedir. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, hukukî yardım ile istinabe kavramlarını birlikte kullanmaktadırlar⁵. Doktrinde sadece istinabe kavramı da kullanılmaktadır⁶. Hukuk sözlüklerinde, “hukukî yardım” kavramı ile “istinabe” kavramı eş anlamda kullanılmaktadır⁷.

⁴ Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. bası, İstanbul 2001, s. 779.

⁵ Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 2. bası, Ankara 2001, s. 81; Hakan PEKCANITEZ, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 71-73.

⁶ Mustafa Reşit BELGESAY, Yabancı Mahkemelerin İstinabe Talepleri, (1950) 2 Pratik Hukuk Mecmuası: Mahkeme İçtihatlarının Tahlil ve Tenkidi, s. 105-106; Necip BİLGE/Ergun ÖNEN, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara 1978, s. 14; Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. bası, İstanbul 2000, s. 762, dipnot 36.

⁷ Esat ŞENER, Açıklamalı Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001; Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, 7. bası, İstanbul 2002; “Mahkemenin yargı çevresi dışında yapılması gereken işlemleri (örneğin, başka bir şehirdeki tanığın dinlenmesi, keşif, tebliğ, yemin, sorgulama, malların yazımı), o mahkemenin kendisinin yapmasına olanak yoktur. Bunlar söz konusu işlemin yapılacağı yer mahkemesinden hukukî yardım istenerek yerine getirilir. Yani, mahkeme tarafından işlemin yapılacağı yer mahkemesine yazılan istinabe isteği (talimatı) üzerine, işlem, kendisinden yardım istenen mahkemece yapılır ve sonuç, istinabe isteyen mahkemeye gönderilir. Hukukî yardım sadece Türk mahkemeleri arasında değil, Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasında da olanaklıdır” (YILMAZ, 489-490).

Türk hukukunda, tarafların (HUMK md. 232) veya şahitlerin (HUMK md. 257) dinlenmesi; belgelerin ve defterlerin incelenmesi (HUMK md. 323); yemin ettirme (HUMK md. 343); daha az giderle ve daha çabuk yerine getirilecek ihtiyati tedbirler (HUMK md. 104/II), malların yazılması (HUMK md. 559) gibi konularda istinabe yoluna başvurulmaktadır.

İstinabe veya hukukî yardım sadece aynı ülkedeki mahkemeler arasında uygulanan bir yardımlaşma yöntemi değildir. Türk mahkemeleri, diğer devletlerin mahkemelerini veya bunun tersine diğer devletlerin mahkemeleri Türk mahkemelerini istinabe edebilirler veya hukukî yardım talep edebilirler.

Farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasındaki yardımlaşmayı veya işbirliğini ifade etmek için “milletlerarası hukukî yardım” veya “milletlerarası istinabe” kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlar aynı anlamda kullanılsa bile belirtmek gerekir ki, milletlerarası hukukî yardım (international legal assistance) veya milletlerarası adlî yardım (international judicial assistance), kapsamı itibariye milletlerarası istinabeden daha geniştir. Bunlar arasındaki ayırım yabancı doktrinde ve yasal düzenlemelerde kullanılan kavramlarla belirgin hale getirilmiştir. Nitekim, milletlerarası hukukî yardım, mahkemeler ve idarî makamlar arasındaki her türlü işbirliğini ifade ettiğinden sadece delil temini konusundaki işbirliğini ifade etmek için “yabancı ülkelere delil temini” (taking of evidence abroad), “delil temini konusunda mahkemeler arasında işbirliği” (co-operation between courts in the taking of evidence) kavramları kullanılmaktadır. Yeni düzenlemelerde, “milletlerarası hukukî yardım” ve “milletlerarası istinabe” kavramlarının terk edildiğini; bunların yerine “mahkemeler arasında işbirliği” kavramının kullanıldığını görüyoruz. Özellikle Avrupa Birliği tarafından yapılan düzenlemelerde “mahkemeler arasında işbirliği” kavramı tercih edilmiştir. Örneğin, 1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe giren Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin 28 Mayıs 2001 tarihli Konsey Tüzüğü’nde istinabe veya hukukî yardım kavramlarına yer verilmemiştir. Ayrıca, ikili antlaşmalardaki ve doktrindeki son eğilim de “işbirliği” kavramının kullanılması yönündedir.

Çalışmamızda, delil temini konusunda Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasında işbirliğini ifade etmek için “milletlerarası istinabe” kavramını kullanmayı tercih ettik. Bunun sebebi, aşağıda açıklanacağı üzere, milletlerarası hukukî yardım kavramının geniş bir içeriğe sahip olması,

yalnızca delil teminini kapsamaması ve ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmaların Türkçe metninde genellikle milletlerarası delil temininin istinabe başlığı altında incelenmiş olmasıdır.

III. MİLLETLERARASI HUKUKÎ YARDIMIN KONUSU VE KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Kıta Avrupa hukuk sitemlerinde özel hukuk ile kamu hukuku arasında kesin bir ayırım bulunmaktadır. Bu hukuklarda, önceleri, farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasındaki hukukî yardımın sadece, hukukî ve ticarî konularda mümkün olduğu kabul edilmiş ve yardım bu konularla sınırlı olarak başlamıştır. Buna karşın, Anglo Sakson hukukunda “kamu hukuku-özel hukuk” ayırımı tam bir gelişme göstermemiştir. Ancak Anglo Sakson hukukunu uygulayan ülkelerde bile, ceza ve vergi alanları hukukî işbirliğinin kapsamı dışında tutulmuştur. Zamanla, kamu hukuku alanında da milletlerarası işbirliğinin olması ve bu alanda işbirliğini reddeden “tabu”nun yıkılması gerektiği savunulmuştur⁸. Günümüzde, farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasında işbirliğinin özel hukuk ile sınırlandırılması; devletin hâkimiyetinin kamu hukuku alanında işbirliğini engellemesi şeklindeki anlayış terk edilmiştir. Daha doğrusu, kişilerin, malların, sermayenin ve teknolojinin ülkeler arasında dolaşımı; küreselleşme olgusu; sınırötesi ticarî ilişkiler; çok uluslu şirketlerin sayısındaki artış; uluslararası finansman işlemleri; uyuşturucu madde ve silâh kaçakçılığı gibi yasa dışı ilişkilerin bir çok ülke ile bağlantılı olması sebebiyle bu anlayışın terk edilmesi zorunlu olmuştur.

Kamu hukuku alanında mahkemeler ve idarî makamlar arasındaki işbirliğine ihtiyaç duyulmadığı veya bu alandaki işbirliğinin özel hukuka nazaran daha önemsiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, günümüzde kamu hukuku alanında işbirliği azımsanmayacak boyutlara ulaşmıştır. Yalnız, özel hukuk alanındaki işbirliği milletlerarası nezaket ve müteakabiliyet çerçevesinde gelişmiş, daha sonra, kanunlarla, ikili ve çok

⁸ Peter SCHLOSSER, Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation, 284(2000) RECUEIL DES COURS, s. 330.

tarafli milletlerarası antlaşmalarla sınırları ve kapsamı belirgin hale getirilmiştir⁹. Buna karşın, kamu hukuku alanında mahkemeler ve idarî makamlar arasındaki işbirliğinin temelini iki veya çok tarafli antlaşmalar oluşturmaktadır¹⁰. Bu alanda, milletlerarası nezaket ve mütekabiliyet ilkesi işbirliğinin gerçekleşmesi açısından yetersiz kalmıştır.

Son zamanlarda vergi, idare ve ceza hukuku da dahil olmak üzere mahkemeler arasında milletlerarası işbirliği geniş boyutlara ulaşmıştır¹¹. Yakın zamanlara kadar, devletler dostane ilişkileri olan devletlerden gelen vergi tahsili taleplerini veya bu devletlerin doğrudan vergi tahsil etmesine ilişkin talepleri reddetmişlerdir. Hatta, tahsile ilişkin tebligatların yapılmasına bile izin vermemişlerdir¹². Fakat bu uygulama zamanla değişmiştir. Vergi hukuku alanında mahkemeler ve idarî makamlar arasında işbirliği, çifte vergilendirmeyi önleme antlaşmaları ile başlamıştır. Daha sonra işbirliğine

⁹ Peter METIS, *International Judicial Assistance: Does 28 USCS 1782 Contain an Implicit Discoverability Requirement?*, 18(1994) *Fordham International Law Journal*, s. 338 vd.

¹⁰ Bazı ülkelerde ceza hukuku alanında milletlerarası hukukî işbirliğine ilişkin kanunlar bulunmaktadır. Örneğin, İsviçre'de Ceza Konularında Milletlerarası Yardıma İlişkin Federal Kanun 1 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Kanunun İngilizce metni için bkz. 20(1981) *International Legal Materials*, s. 1339-1364). Bu Kanun, İsviçre makamlarının, milletlerarası antlaşma bulunmayan hallerde, bazı şartlar altında yabancı ülke makamlarına hukukî yardımda bulunmalarını düzenlemektedir. Bu Kanuna istinaden aralarında Filipinler ve Haiti'nin de bulunduğu bir çok ülkeye hukukî yardımda bulunulmuştur. Bu Kanunda aranan şartlardan biri mütekabiliyettir. Ancak İsviçre, talepte bulunan ülkenin mütekabiliyet sözü vermesini de yeterli bulmakta, mütekabiliyetin fiilen gerçekleşmesini aramamaktadır (Horace GAUTIER, *Switzerland and the United Kingdom: Improved Co-operation in Criminal Matters*, 7(1992)2 *Journal of International Banking*, s. 78-79). Ayrıca, İsviçre ceza konularında işbirliğine ilişkin antlaşmalar da imzalamıştır. Amerika Birleşik Devletleri ile İsviçre arasında ceza konularında hukukî yardıma ilişkin antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maurice HARARI/Alain HIRSCH, *The Swiss Perspective on International Judicial Assistance*, 9(1987) *U. Pa. J. Int.*, s. 519 vd.

¹¹ Ceza hukuku alanında milletlerarası işbirliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bruce ZAGARIS, *Developments in International Judicial Assistance and Related Matters*, 18(1990) *Denver Journal of International Law and Policy*, s. 339-386.

¹² SCHLOSSER, 25.

karşılıklı vergi tahsili de eklenmiştir¹³. Ceza hukuku alanındaki işbirliği de ikili ve çok taraflı antlaşmalarla tesis edilmiş ve uygulanmaya başlamıştır¹⁴.

VERSAN'a göre, özel hukuk alanında, milletlerarası hukukî yardım (international judicial assistance), talep eden devlette bulunan bir mahkemede yapılan yargılama ile ilgili olarak talep edilen devlette usulî muamelelerin yerine getirilmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁵. Bu tür işlemlerin yerine getirilmesi, talep eden devlette sonuçlar doğurabileceği gibi talep edilen devlette de hukukî sonuçlar doğurabilir. VERSAN, doğurduğu sonuçlara göre, milletlerarası hukukî yardımın dar ve geniş anlamlarda kullanıldığını ifade etmektedir. Dar anlamda hukukî yardım talebine bağlı sonuçlar, sadece talep eden ülke mahkemesinde görülen dava ile ilgilidirler. Bu kapsamdaki hukukî yardım talepleri üç temel başlık altında toplanabilir: Milletlerarası tebligat (service of documents abroad), yabancı ülkeden delil temini (obtaining evidence abroad) ve yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi. Buna karşın, geniş anlamda hukukî yardım, bunların yanı sıra, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini de kapsamaktadır¹⁶.

Milletlerarası hukukî yardımın konusu ve kapsamı ülkeler arasında değişiklik göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, dar veya geniş anlamda kullanılmasına göre, milletlerarası hukukî yardımın içeriği ve kapsamı değişmektedir. Bununla beraber, genel olarak, milletlerarası hukukî yardım kavramı, teminat, tebligat, delil temini, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması tenfizi; yabancıların adlî müzaheretten yararlanma haklarına ilişkin konuları kapsayan geniş içeriğe sahip bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Dar anlamda,

¹³ SCHLOSSER, 338-341 vd.

¹⁴ Ceza Konularında Hukukî Yardıma İlişkin 20 Nisan 1959 tarihli Avrupa Konvansiyonuna, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İsrail, İtalya, Liechtenstein, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, İspanya, İsveç, İsviçre, Avusturya, Türkiye ve Birleşik Krallık taraftır. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GAUTIER, 78-79. Diğer çok taraflı antlaşmalar için bkz. SCHLOSSER, 348-350.

¹⁵ VERSAN, 5-6.

¹⁶ Bir çok yazar, tanıma ve tenfizin, geniş anlamda kullanılsa bile milletlerarası hukukî yardımın kapsamına dahil olmadığını savunmaktadır. Milletlerarası hukukî yardımın dar veya geniş olarak yorumu ve konuyla ilgili olarak doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VERSAN, 7-8.

milletlerarası hukukî yardım kavramı yerine milletlerarası istinabe kavramı kullanılmakta ve bu kavram yabancı ülkelere delil teminini ifade etmektedir¹⁷.

Türk doktrininde milletlerarası adli yardımın kapsamına teminat, tebligat, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi ve yabancı ülkelerde delil temininin girdiği kabul edilmektedir¹⁸. Buna karşın, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması veya tenfizinin niteliği itibariyle milletlerarası adli yardımın konusu dışında kaldığı kabul edilmektedir¹⁹. Kanaatimizce, tanıma ve tenfiz konularını milletlerarası hukukî yardım kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü, milletlerarası hukukî yardım, bir ülkede bulunan mahkeme ile diğer ülkede bulunan mahkeme arasındaki işbirliğine dayanmaktadır. Oysa, tanıma tenfizde yabancı bir mahkeme Türk mahkemesinden veya Türk mahkemesi yabancı bir mahkemeden işbirliğine yönelik herhangi bir talepte bulunmamaktadır. Yargılama işleminin tamamlanması üzerine verilen kararın diğer bir ülkede sonuç doğurması için taraflar harekete geçmekte ve tanıma veya tenfiz davası açmaktadırlar.

Bununla beraber, Türkiye'nin taraf olduğu bazı ikili antlaşmalarda tanıma ve tenfiz de hukukî alanda işbirliğinin kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca, sadece mahkeme kararları açısından değil hakem kararları açısından

¹⁷ İngiliz hukukunda, milletlerarası adli yardım veya hukukî yardım anlamına gelen "international judicial assistance" "international legal assistance" ifadelerinden yabancı mahkeme kararlarının tenfizi de anlaşılırken, "service abroad" ve "evidence abroad" kavramları milletlerarası tebligat ve delil temini konularını içermektedir. Bunların yanı sıra Amerikan hukukunda, "international judicial assistance" kavramının yanı sıra "international co-operation in civil litigation" kavramı da kullanılmaktadır (Heinrich NAGEL, Nationale und internationale Rechtshilfe im Zivilprozeß: das europäische Modell, Baden-Baden 1971, s. 50). "Letter of rogatory" kavramı ise, davanın görüldüğü mahkemenin diğer bir ülkede oturan tanığın dinlenmesine ilişkin olarak yaptığı resmî talebi ifade etmektedir (Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990; VERSAN, 180).

Fransız, Alman, İtalyan ve Amerikan hukukunda milletlerarası hukukî yardımı ifade etmek için kullanılan kavramlar hakkında bkz. VERSAN, 5-6 dn. 1.

¹⁸ Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, 11. bası, İstanbul 2002, s. 431; Aysel ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bası, İstanbul 2000, s. 308-309.

¹⁹ NOMER, 431.

da işbirliği kabul edilmiştir²⁰. Üstelik, söz konusu antlaşmalarda milletlerarası hukukî yardımın kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Tanıma tenfizinin yanı sıra, tebligat, teminat, delil temini, adlî müzaheret²¹, ulusal mevzuat hakkında bilgi verilmesi²² konuları milletlerarası hukukî yardımın uygulama alanına dahil edilmiştir. İstinabe kavramı ise, genellikle, antlaşmaya taraf devletlerin makamları arasında delil teminini ifade etmek için kullanılmıştır. Delil temini, Pakistan ile yapılan Antlaşmanın 5/2-a maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, delil temini deyimi, davacı, davalı, şahit, bilirkişi, müdafî²³ veya başka herhangi bir şahsın yeminli veya yeminsiz ifadesinin alınmasını; muhakeme usulünün herhangi bir hükmü uyarınca davacıya, davalıya, tanığa, müdafîye, bilirkişiye veya başka herhangi bir şahsa yemin tevcihini; belgelerin, örneklerinin veya başka nesnelere ibrazını, teşhisini veya muayenesini kapsar.

SCHLOSSER, ticarî davalarda sınırötesi (ülke aşan) işbirliğini (cross-border co-operation) ikiye ayırmaktadır: Pasif işbirliği (passive co-operation) ve aktif işbirliği (active co-operation). Pasif işbirliği, bir devletin adlî makamları tarafından yapılan işlemlerin diğer bir ülkede tanınmasıdır²⁴. Pasif işbirliği iki şekilde gerçekleşebilir: Birincisi milletlerarası derdestlik veya davalar arasında bağlantı itirazının kabul edilmesi veya “forum non convenience”²⁵ ilkesi uyarınca mahkemenin davadan el çekmesidir. Bu

²⁰ Örneğin, bkz. Romanya (md. 10 sadece malvarlığına ilişkin mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi ve icrası düzenlenmiştir); Ürdün (md. 4); KKTC (md. 13-15); Polonya (md. 18-24); Cezayir (md. 20-21); Azerbaycan (md. 19-32); Çin (md. 21-26); Gürcistan (md. 19-24); Özbekistan (md. 19-24); Arnavutluk (md. 19-24); Kazakistan (md. 21-26); Makedonya (md. 19-24); Hırvatistan (md. 17-21); Moldova (md. 21-26); Tacikistan (md. 19-24) ile yapılan antlaşmalar (antlaşmalar için bkz. dn. 33).

²¹ HUMK'da yabancıların adlî müzaheretten yararlanmaları mütekabiliyet şartına bağlanmıştır (HUMK md. 465/II). Mütekabiliyetin türü konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. O halde, mütekabiliyet antlaşmaya dayanabileceği gibi hukukî veya fillî mütekabiliyetin varlığı da yeterli olacaktır.

²² Örneğin, Moldova ile yapılan antlaşma md. 7; Kazakistan ile yapılan antlaşma md. 7; Çin ile yapılan antlaşma md. 7.

²³ Antlaşma metninde “müdafî” kelimesi kullanılmış olmakla beraber, bu antlaşma sadece hukukî ve ticarî konularda işbirliğine ilişkindir. Ceza hukuku alanındaki işbirliği kapsam dışı bırakılmıştır.

²⁴ SCHLOSSER, 29.

²⁵ Forum non convenience hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, 60 vd.

durumlarda aynı davanın yabancı bir ülkede görülmesi nedeniyle mahkeme davaya bakmaktan kaçınmaktadır. İkincisi ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasıdır²⁶. Buna karşın, aktif işbirliğinde, davanın görüldüğü ülke mahkemesi, diğer bir ülkede bulunan mahkemeden bazı resmî işlemlerin yapılmasını talep etmektedir. Aktif işbirliğinin en bariz örneği, davaya bakan mahkemenin bulunduğu ülke dışındaki delillerin elde edilmesi için yapılan yardım talepleridir²⁷. SCHLOSSER, yabancı ülkelerde delil teminin yanı sıra, tebligat ve teminatı da aktif işbirliğine dahil etmektedir. Aynı zamanda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizini de bu kapsamda değerlendirmektedir. Ayrıca, son zamanlarda esas hakkındaki davaya bakan diğer bir ülkedeki mahkemeye yardımcı olmak için geçici ve koruyucu tedbirlere karar verilmesinin de aktif işbirliği kapsamına dahil olduğunu belirtmektedir. SCHLOSSER'e göre, adli müzaheret konusunda işbirliği, milletlerarası hukukî yardım alanındaki en güncel yaklaşımı oluşturmaktadır²⁸. SCHLOSSER, "hususî konularda işbirliği" başlığı altında iflas, aile hukuku özellikle nafaka alacaklarının tahsili ve küçüklerin korunmasını da incelemektedir²⁹.

B. YABANCI ÜLKELERDEN DELİL TEMİNİN MİLLETLERARASI HUKUKÎ YARDIM İÇİNDEKİ YERİ

Milletlerarası hukukî yardım farklı devletlerde bulunan mahkemeler ve idarî makamlar arasındaki her türlü işbirliğini ifade etmektedir. Milletlerarası hukukî yardım, konusu ve kapsamı itibarıyla oldukça geniş bir alana yayılmaktadır. Bazı konuların, milletlerarası hukukî yardımın kapsamında olup olmadığı sorusu hukuk sistemlerinde farklı şekillerde cevaplanırsa bile milletlerarası işbirliğine her alanda ihtiyaç olduğu bir gerçektir. Sınır tanımayan ekonomik ve ticarî ilişkilere bağlı olarak artan milletlerarası nitelikli davalar, özellikle de delil temini konusunda farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasında işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Bu işbirliği, âdil bir yargılamanın yapılması açısından hayatî önem taşımaktadır. Delil temini sadece özel hukuk alanında değil kamu hukuku alanında da yakın işbirliğini

²⁶ SCHLOSSER, 31.

²⁷ SCHLOSSER, 29.

²⁸ SCHLOSSER, 88-89.

²⁹ Bkz. SCHLOSSER, 225 vd.

gerektirmektedir. Bununla beraber, biz burada, yalnızca özel hukuk alanında delil temini hususunu inceleyeceğiz. Çalışmamız sadece, Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasında delil temini konusunda işbirliği ile sınırlı olmakla beraber, gerekli olduğu ölçüde yabancı mahkeme kararlarına ve doktrine de yer verilecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası istinabenin kapsamı milletlerarası hukukî yardıma nazaran daha dar bir alanla sınırlıdır. Her iki kavram, özellikle Türk doktrininde, bazen aynı anlamda kullanılsa bile milletlerarası hukukî yardım, milletlerarası istinabeyi de içine alan geniş bir içeriğe sahiptir. Genellikle, dar anlamda, milletlerarası hukukî yardım kavramı yerine milletlerarası istinabe kavramı kullanılmakta ve bu kavram yabancı ülkelerden delil teminini ifade etmektedir. Çalışmamızda, milletlerarası istinabe, delil temini konusunda Türk mahkemeleri ile yabancı mahkemeler arasındaki işbirliğini veya yardımlaşmayı ifade etmek için kullanılmıştır.

IV. MİLLETLERARASI İSTİNABEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. HUKUK USULÜ MUHAHEMELERİ KANUNDA YER ALAN HÜKÜMLER

HUMK'da, milletlerarası istinabeye açıkça değinen iki hüküm bulunmaktadır: HUMK 343. madde ve 527/3. madde. HUMK'un 343. maddesinde, yemin edecek kişinin, mahkemenin yargı çevresi dışında oturması halinde, yemin için davayı gören mahkemeye gelmek zorunda olmadığı; bulunduğu yer mahkemesi veya eğer yabancı ülkede oturuyorsa bu ülkenin yetkili makamları huzurunda yemin ettirilmeyi talep edebileceği ifade edilmiştir. Nitekim, Yargıtay da muhtelif kararlarında³⁰, yurt dışında bulunan

30 13. HD, E. 1985/7696, K. 1986/469, T. 31.1.1986: "Davalı Almanya'da oturmaktadır. Mahkemenin kaza çevresi dışında ikamet ettiğinden HUMK'un 343. maddesi gereğince yemin için mahkemeye gelmek zorunluluğunda değildir. O halde, davalının yemin işleminin istinabe yoluyla bulunduğu Alman mahkemelerinde usulüne uygun olarak yaptırılması icabeder. Mahkemece, davalıya yemin davetiyesi gönderilmeden yeminden kaçmış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır ve bozma nedenidir" 12 (1986) 11 YKD, s. 1665-1666.

şahitlerin ifadesinin HUMK'un 343. maddesine istinaden, buldukları yer mahkemesi istinabe edilerek alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yemin açısından, yabancı bir mahkemenin istinabe edilebileceğini açıkça düzenleyen bu madde, istinabe talebinin nasıl gerçekleştirileceği sorusunu yanıtsız bırakmıştır. Uygulamada, bu madde kapsamında yapılan milletlerarası istinabe talepleri diplomatik yolla iletilmektedir.

HUMK'un 527/3. maddesinde, hakemler tarafından yapılamayacak işler sayılmıştır. "Yabancı mahkemeyi istinabe etmek" hakemler tarafından yapılamayacak işler arasında yer almaktadır. Yabancı bir mahkemeyi istinabe etmek gerekirse, o zaman, hakemler sulh hukuk mahkemesine³¹ müracaat etmek zorundadırlar.

HUMK'un milletlerarası istinabeyle olanak sağlayan bu hükümlerine rağmen, milletlerarası istinabe taleplerinin nasıl gerçekleştirileceği hakkında, iç hukukumuzda, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda da konuya

13. HD, E.1986/3052, K. 1986/3650, T. 8.4.1986: "Davacının Libya'da bulunması davalının yemin deliline dayanmasını bertaraf edemez. Mahkemece, Libya ile aramızda adli yardım anlaşması bulunup bulunmadığı Dışişleri Bakanlığı'ndan sorularak saptanmak, varsa bu anlaşma hükümleri dairesinde işlem yapmak gerekir. Libya ile böyle bir anlaşmanın bulunmadığının saptanması halinde HUMK'un hükümleri dairesinde işlem yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir" 12 (1986)9 YKD, s. 1281.

13. HD, E. 1986/2474, K.1986/2909, T.14.5.1986: "Davacının teklif ettiği yemin, davalı vekili tarafından kabul edilmiş ve müvekkilinin yurt dışında bulunduğunu bildiren yurt dışındaki adresini açıklamıştır. Böylece davalının yeni adresi bellidir. HUMK'un 343. maddesi gereğince mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden kimse yemin için o mahkemeye gelmek mecburiyetinde değildir. Bulduğu mahal mahkemesinde veya ecnebi memleketinde ise mahallinin usulüne tevfiğin o memleketin selahiyetli memuru huzurunda yemin etmesini isteyebilir. O halde, olayda davalının yemin işlemi Adalet Bakanlığı aracılığı ile İsviçre'de yerine getirilmelidir" XIII(1987)11 YKD, s. 1675-1676.

³¹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12/B maddesine göre, hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerini uygular. Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına giren tahkimlerde, yabancı bir mahkemenin istinabe edilmesi zarureti olan hallerde müracaat asliye hukuk mahkemesine yapılacaktır. Bu maddede, asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında bir ayırım yapmak yerine her ikisine de müracaat yapılmasına imkân veren "asliye mahkemeleri" kavramının kullanılması daha yerinde olurdu.

ilişkin bir hüküm yoktur³². Bununla beraber, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası istinabe ile ilgili antlaşmalarda konuyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. İstinabe edilecek mahkemenin bulunduğu devlet ile Türkiye arasında bir antlaşma yoksa, milletlerarası istinabeler şu şekilde yerine getirilmektedir: Türk mahkemesinin istinabe talebi, talebin içeriğine ilişkin bilgilerle beraber Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla Adalet Bakanlığına, buradan Dışişleri Bakanlığına ulaştırılır. Dışişleri Bakanlığı talebi, ilgili Türk konsolosluğu vasıtasıyla yetkili yabancı makama iletir. İstinabe talebi yabancı makam tarafından kendi ülkesindeki mahkemeye intikal ettirilir. İstinabe talebi, yerine getirildikten sonra tutanak, aynı yolla Türkiye'ye geri gönderilir. Bu yolla istinabe talebinin iletilmesi uzun zaman alan külfetli bir iştir.

B. İKİ VE ÇOK TARAFLI ANTLAŞMALAR

1. İki Taraflı Antlaşmalar

Türkiye bazı ülkelerle ikili antlaşmalar yaparak istinabe taleplerinin iletilmesi ile ilgili prosedürleri basitleştirmiştir³³. İkili antlaşmalarda sadece

³² İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununda milletlerarası hukukî yardıma ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Kanununun 11. maddesinde "hukukî yardım" başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir: İsviçre'de hukukî yardım işlemleri, bunların yerine getirileceği Kanton hukukuna göre icra edilir. Eğer taraflardan biri önemli sebeplere istinaden itiraz etmezse veya hukukî bir talebin yabancı ülkede icrası için gerekli ise, talep eden devletin isteminde belirtilen usuller uygulanabilir veya dikkate alınabilir. Eğer İsviçre hukukundaki usul, diğer ülkede tanınmıyorsa ve bu nedenle meşru talep diğer ülkede icra edilemiyorsa, İsviçre adli veya idarî makamları, yabancı hukuka göre belge düzenleyebilir veya yeminli ifade alabilirler (Kanununun İngilizce metni için bkz. A. Pierre **KARRER/W.** Karl **ARNOLD**, *Switzerland's Private International Law Statute*, Deventer 1989).

ABD'de, Milletlerarası Hukukî Yardıma İlişkin Kanun (International Judicial Assistance Statute) 1855'den beri uygulanmaktadır. Bu Kanun'da 1964 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır (Bu Kanun ve Kanunun uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eileen P **McCARTHY**, *A Proposed Uniform Standard for US Courts in Granting Requests for International Judicial Assistance*, 15(1991-1992) *Fordham International Law Journal*, s. 772 vd.; ayrıca, Amerikan hukukunda hukukî yardım ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar hakkında bkz. **METIS**, 332 vd.

³³ Türkiye ile İtalya Arasında Adli Himaye Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Mukavelenamesi: RG 3.3.1929/1133.

Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukukî ve Ticarî Mevaddı Adliyyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename: RG 4.6.1930/1611.

Türkiye ile Avusturya Arasında Hukukî ve Ticarî Mevadda Mûteallik Mûnasebetlere ve Adlî Kararların Tenfizine Ait Mukavelename: RG 4.8.1931/1864.

Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti Arasında Mûn'akit Mûzaheretî Adliye Mukavelenamesi: RG 5.7.1932/2142.

Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslavakya Cumhuriyeti Arasında Medenî ve Ticarî Hususâtı Kazaiyeye Mûtedair Karşılıklı Mûnasebatı Hakkında Mukavelename: RG 9.7.1932/2145.

Türkiye ile İsviçre Arasında Medenî ve Ticarî Mevatta Adlî Mûnasebetleri Tanzim Eden Mukavelename: RG 4.7.1934/2743.

Türkiye Cumhuriyeti ile Yugoslavya Krallığı Arasında Karşılıklı Mûnasebata Dair Mukavelename: RG 4.1.1936/3197.

Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti Şehinşahsisi Arasında Adlî Mûzaheret Mukavelesi: RG 21.6.1937/3636.

Türkiye Cumhuriyeti ile Macar Krallığı Arasında Mûnakit Hukukî ve Ticarî Mevaddı Adliye Mûtekabil Mûnasebetlere Dair Mukavelename: RG 27.12.1939/4395.

Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Şimalî İrlanda Krallığı Arasında 28 Teşrinsani 1931'de Ankara'da İmzalanan Hukuk ve Ticaret İşlerine Mûteallik Adlî Muamelâta Dair Mukaveleyi Muaddil: RG 29.11.1940/4673.

Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Krallığı Arasında Ticaret İşlerinde Adlî Yardım Sözleşmesi: RG 12.9.1947/6705.

Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî İşlerde Adlî Yardım Sözleşmesi: RG 17.5.1972/14190.

Türkiye Cumhuriyeti ile Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî İlişkileri Düzenleyen Sözleşme: RG 5.9.1975/15347.

Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 24.5.1978/16296.

Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 31.7.1982/17768.

Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî Yardımlaşmaya Dair Sözleşme: RG 17.3.1983/17990.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ve Hükümlülerin Nakli Sözleşmesi: RG 13.2.1989/20079.

Türkiye Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 23.7.1990/20583.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Karşılıklı Adlî Yardımlaşma Anlaşması: RG 23.7.1990/20583.

hukuk davalarında değil, ceza davalarında da milletlerarası istinabe yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir³⁴. Milletlerarası istinabenin yanında

Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Polonya Halk Cumhuriyeti Devlet Konseyi: RG 23.7.1990/20583.

Türkiye Cumhuriyeti ve Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî İşbirliğine İlişkin Sözleşme: RG 8.9.1991/20985.

Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adli Yardımlaşmaya Dair Sözleşme: RG 8.9.1991/20985.

Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 25.8.1993/21679.

Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 12.11.1994/22109.

Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 25.8.1997/23090.

Türkiye Cumhuriyeti ile Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 7.11.1997/23163.

Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi: RG 9.11.1997/23165.

Türkiye Cumhuriyeti ve Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması: RG 12.10.1997/21368.

Türkiye Cumhuriyeti ile Makedonya Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması: RG 14.5.2000/24049.

Türkiye Cumhuriyeti ile Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adli İşbirliği Anlaşması: RG 24.5.2000/24058.

Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması: RG 28.5.2000/24062.

Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması: RG 30.5.2000/24064.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti Arasında Hususî Hukuk, Ticaret ve Ceza Konularında Hukukî ve Adli İşbirliği Anlaşması: RG 30.5.2000/24064.

Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukukî Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun: RG 12.7.2003/25166.

³⁴ Ceza hukuku alanında, özellikle, belgelerin tevdi, arama, delil teşkil eden belge ve eşyaya el konulması ve teslimi, bilirkişi incelemesi, sanıkların ve şahitlerin sorgulanması, bilirkişilerin dinlenmesi, keşif yapılması, suçluların iadesi, cezalarının vatandaşları oldukları devlette infazı amacıyla hükümlülerin nakli, gayrimeşru para ve eşyaların nakli, tutuklu

milletlerarası tebligat, teminat konularına da yer verilen ikili antlaşmaların bir kısmında tanıma ve tenfize ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ikili antlaşmalar üye devletler arasında hukuk ve ceza davalarında yardımlaşmayı en geniş şekilde düzenlemişlerdir. Çalışmamız, hukuk davalarında milletlerarası istinabe yani, delil temini ile sınırlı olduğundan iki taraflı antlaşmalarda yer alan diğer hususlar üzerinde durulmayacaktır.

Hangi konularda milletlerarası istinabe yoluna başvurulacağı ile ilgili olarak ikili antlaşmalarda farklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Bazı antlaşmalarda “bir araştırma ve inceleme işlemi veya diğer adlî işlemlerin yerine getirilmesi”nden söz edilmişken bazılarında “her çeşit adlî işlemin yerine getirilmesi” ifadesine yer verilmiştir. Bir kısım iki taraflı antlaşmalarda ise, taraf devletlerden her birinin, delillerin tespiti, dosyaların ve belgelerin iletilmesi, takibat icrası, bilirkişi incelemesi yaptırılması amacıyla hukukî konularda diğer devlete istinabe evrakını gönderebileceği ifade edilmiştir.

2. Çok Taraflı Antlaşmalar

a. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu

Türkiye, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonuna taraftır³⁵. Bu Konvansiyonda, delil temini konsolosların yapacağı faaliyetler arasında sayılmıştır. Konvansiyonun 5. maddesinin (j) bendinde, “yürürlükteki milletlerarası antlaşmalar uyarınca veya böyle antlaşmalar bulunmadığı takdirde kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olacak şekilde adlî ve gayriadlî evrakı ulaştırmak veya istinabeleri yerine getirmek” konsolosun görevleri arasında sayılmıştır.

şahısların dinlenmek üzere celbi, adlî sicil kayıtları ve ceza kararları hakkında bilgi verilmesi konularında yardımlaşma öngörülmüştür (örnek olarak bkz. Tacikistan, Kuveyt, Moldova, Romanya ile yapılan ikili antlaşmalar).

³⁵ RG 27.9.1975/5369. Konvansiyon, 19 Mart 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonda, konsoloslar, kendilerini atayan devletin ticarî ve hukukî çıkarlarını korumak, geliştirmek, vatandaşlarının idarî işlerinde onlara yardımcı olmakla görevli memurlar olarak kabul edilmiştir (Aslan GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 3. bası, İstanbul 1998, s. 614-615).

b. Hukuk Usulüne Dair Antlaşma³⁶

Türkiye'nin onayladığı^{37, 38} milletlerarası istinabe hakkında hükümler içeren çok taraflı antlaşmalardan biri, Hukuk Usulüne Dair Antlaşmadır. Bu

³⁶ Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkede Bulunan Delillerin Teminine İlişkin Lahey Konvansiyonu'na (1970 Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters) Türkiye henüz taraf değildir.

Konvansiyon, Kıta Avrupa Hukuku ile Anglo Sakson Hukuku arasındaki farklılıklardan kaynaklanan zorlukları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır (James WM MOORE, Moore's Federal Practice, 3rd ed., V. 6, 1997, § 28.11). Kıta Avrupa ülkelerinde, delil temini, adli bir işlem olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı bir mahkemenin, doğrudan, bu ülkelerde delil teminine ilişkin faaliyetleri devletin egemenliğinin ihlali olarak görülmektedir (DICEY/MORRIS on The Conflict of Laws, Edt. Lawrence Collins, V. 1, 13th ed., London 2000, § 8-053). Delil temini için prensip olarak resmî makamların müdahalesi gereklidir. Buna karşılık, Anglo Sakson Hukukunda, delil temini tarafların sorumluluğu altındadır. Bu açıdan yabancı mahkemenin diplomatik yolla veya konsolosluk kanalıyla delil temini fazla bir bürokrasiyi gerektirmediği gibi hukukî açıdan da itiraza uğramaz (DICEY/MORRIS, § 8-053; Robert B. von MEHREN, Discovery of Documentary and Other Evidence in a Foreign Country, 77(1983)AJIL, s. 896; MOORE, § 28.11).

1970 Lahey Konvansiyonunun uygulanması için, görülmekte veya açılacak olan bir davanın bulunması gerekir. Delil temini talebi ancak bu durumda yapılabilir. Dava öncesi delil temini taleplerine de Konvansiyon uygulanmaktadır.

Konvansiyona göre, delil temini sadece hukukî ve ticarî konulara ilişkin ise yerine getirilecektir. Ancak hangi taleplerin hukukî ve ticarî nitelikte olduğunu tayin etmek her zaman kolay olmayabilir. NAGEL/GOTTWALD'a göre (Heinrich NAGEL/Peter GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln 2002, s. 423), iflasa, kartel uyuşmazlıklarına, mirasa ilişkin delil talepleri de Konvansiyonun kapsamındadır ve bu konulardaki taleplerin Konvansiyondaki hükümlere göre yerine getirilmesi gerekir. Hatta, İngiliz Lordlar Kamarası, Norveç mahkemesi tarafından görülen vergi uyuşmazlığına ilişkin dava ile ilgili olarak İngiltere'de bulunan bir şahidin dinlenmesini özel hukuk meselesi olarak değerlendirmiştir. Konvansiyonda özel hukuk ve ticaret hukuku kavramlarını genel olarak tanımlayan ve belirleyen bir düzenleme olmadığı gibi bu kavramlara ilişkin daha dar yorumlar da bulunmamaktadır. Bu kavramlar, İngiliz hukukuna göre, ceza meseleleri hariç olmak üzere, bütün delil taleplerini kapsamaktadır. Hatta, Amerikan doktrinine göre, borçların ifasına ilişkin olarak cezaî nitelikte olmak üzere gerçek zarar miktarının çok daha fazlasının ödenmesine imkân veren "treble damages" ve "punitive damages" davaları dahi özel hukuk kapsamına girmektedir (NAGEL/GOTTWALD, 423).

³⁷ Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaya taraf olan devletler şunlardır: Arjantin, Avusturya, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Çin, Hırvatistan, Kıbrıs Rum Kesimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Mısır, Finlandiya, Eski Yugoslavya, Makedonya Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, İsrail, İtalya, Japonya, Letonya, Litvanya, Luxemburg, Fas, Hollanda, Norveç,

antlaşmanın 8-19. maddeleri milletlerarası istinabeye ilişkindir. Antlaşmaya taraf devlet mahkemeleri birbirlerini ancak hukukî ve ticarî konularda istinabe edebilirler. İstinabe eden mahkeme, diğer taraf devletin yetkili makamlarından yetkileri kapsamına giren alanlarda bir soruşturma veya diğer bir adlî işlemin yerine getirilmesini ister (md. 8). Antlaşmada, hangi konularda istinabe talebinde bulunulacağına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Herhangi bir maddî olayın tespiti veya her türlü usulî işlemin yapılması istinabe konusu olabilir³⁹. İstinabe belgeleri, müracaat eden devletin konsolosu tarafından müracaat edilen devletin tayin edeceği makama verilir (md. 9). İstinabe talebini alan adlî makam, bu talebi kendi ülkesindeki mahkemenin istinabe talebini hangi şartlarla yerine getiriyorsa aynı şartlar çerçevesinde icra etmek zorundadır.

Antlaşma, taraf devletlerin mahkemeleri arasında istinabe taleplerinin doğrudan yapılmasını temin etmemiştir. Diğer bir ifadeyle, antlaşma kapsamında, yabancı ülkelerde delil temini her bir ülkede bulunan resmî makamlar arasında işbirliğini gerektirmektedir. Bununla beraber, iki devlet arasında yapılacak özel bir antlaşma ile diplomatik yol bir tarafa bırakılarak doğrudan istinabe taleplerinin iletilmesinin sağlanabileceği hükme bağlanmıştır. Milletlerarası uygulamada, istinabe talebinin posta yoluyla gönderilmesi giderek artan şekilde tanınmakta ve kullanılmaktadır. Buna rağmen, bir çok ülke bu şekilde yapılan taleplerin egemenliklerini ihlâl etmesi sebebiyle istinabe talebini kabul etmemektedir. Ayrıca, ulusal hukuklarında milletlerarası istinabe taleplerinin resmî şekilde yapılmasını arayan devletler, diplomatik veya merkezî makamlar kullanılmaksızın istinabe taleplerinin doğrudan yapılmasını kabul etmemektedirler⁴⁰.

İstinabe talebi ancak,

- belgenin gerçek olduğu tespit edilememişse;

Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan ve Karabağ, Slovakya, Slovenya, İspanya, Surinam, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ermenistan, Kızıl Deniz, Kırgızistan, Moldova, Ukrayna, Özbekistan ve Lübnan: <http://www.hcch.net/e/members/members.html> (12.6.2003).

³⁸ RG 23.5.1972/14194.

³⁹ Sait **REZAKİ**, Hukuk Usulüne Dair Sözleşme ile İlgili Bir İnceleme, (1973)1 Adalet Dergisi, s. 731.

⁴⁰ **DICEY/MORRIS**, V.1, 12th ed., 204-205.

- istinabenin icrası adlî makamların yetkileri dışında kalıyorsa;
- istinabenin yerine getirilmesi hakimiyet ve güvenliği zarar verecek nitelikte ise

reddedilebilir. Belgeden kasıt, istinabe talebine ilişkin belgedir. Eğer, istinabe olunan yabancı mahkeme, istinabe belgesinin geçerliliğinden şüphe ederse talebi yerine getirmeyecektir⁴¹.

Antlaşmaya göre, prensip olarak, istinabe taleplerinin yerine getirilmesi masraf ve harca tabi değildir. Bu prensibin istisnaları antlaşmanın 16. maddesinde sıralanmıştır. Antlaşmanın 16. maddesine göre, istinabe edilen mahkeme, istinabe eden mahkemeden, şahitlere, bilirkişilere ödenen ücretlerle şahitlerin kendi rızalarıyla gelmemeleri nedeniyle bir noterin müdahalesine başvurulması neticesinde yapılan masrafların ödenmesini isteyebilir.

Hukuk Usulüne Dair Antlaşma, diplomatik yolu bertaraf etmeksizin, merkezî makamlar arasında hukukî yardımlaşmayı öngörmüştür. Hukukî yardım taleplerinin başka yollarla iletilmesi üye devletler arasında yapılacak antlaşmalara bırakılmıştır. Antlaşma, hukukî yardım taleplerinin şekli konusunda ortak bir düzenleme getirmemiştir. Her âkit devlet yardım talebinin şeklini kendisi belirleyecektir. Diğer bir ifadeyle, Hukuk Usulüne Dair Antlaşma, yardım talepleri için ortak matbu bir form veya model oluşturmamıştır. Sadece 3. maddede, talebin içeriğinde bulunması gerekli olan bilgilerden söz edilmiştir⁴².

c. Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma

Türkiye'nin taraf olduğu⁴³ ve milletlerarası istinabeye ilişkin hüküm içeren diğer bir antlaşma, Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma'dır⁴⁴. Bu Antlaşmanın 7. maddesi istinabe başlığı

⁴¹ Sait REZAKİ/Salim ÖZDEMİR, Açıklamalı Uygulamalı İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Ankara 1974, s. 216.

⁴² NAGEL/GOTTWALD, 427-428.

⁴³ RG 18.3.1971/13782.

⁴⁴ Antlaşmaya taraf olan devletler şunlardır: Arjantin, Belçika, Kamboçya, Küba, Danimarka, Fransa, Macaristan, Meksika, Norveç, Slovakya, İsveç, Türkiye, Cezayir, Bolivya, Cape Verde, Kıbrıs Rum Kesimi, Dominik Cumhuriyeti, Almanya, İrlanda, Monako, Pakistan, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Avustralya, Bosna Hersek, Merkezî Afrika

altında şu düzenlemeyi getirmiştir: Nafaka davasına bakan mahkeme, tamamlayıcı belgeler ve başka deliller temin etmek için, diğer âkit devlet mahkemesinden veya kurumundan istinabe talebinde bulunabilir. İstinabe talebini alan makam, tarafların hazır olabilmesi veya hazırlanabilmesi için istinabenin yerine getirileceği yeri ve zamanı müracaat eden makam ile borçluya bildirmek zorundadır. İstinabe mümkün olan süratle yerine getirilmelidir. İstinabe talebi, alındığı tarihten itibaren dört ay içinde yerine getirilmezse, gecikme sebepleri bildirilmelidir. İstinabenin icrası sebebiyle harç ve masraf talep edilemez. Hangi hallerde istinabe talebinin reddedilebileceği de 7. maddede sayılmıştır. Red halleri şunlardır:

- belgenin sıhhatinin şüpheli olması;
- istinabenin yerine getirilmesinin, devletin hakimiyet ve güvenliğine zarar verecek nitelikte olması.

3. Antlaşmaların Değerlendirilmesi

Milletlerarası antlaşmalar, istinabe taleplerinin diplomatik yolla iletilmesinden kaynaklanan zorlukları ve zaman kaybını bertaraf etmek amacıyla yapılmıştır. Bununla birlikte, milletlerarası antlaşmaların varlığı, hukuk kültürlerinden kaynaklanan zorlukları ortadan kaldırmak için yeterli olmamıştır. Antlaşmalara göre, delillerin temininde her ülke kendi hukukunu uygulayacaktır. Her ülkenin kendi usul kurallarını uygulaması ve delil teminine ilişkin usul sistemlerinin birbirinden farklı olmasından kaynaklanan sorunlar milletlerarası antlaşmalarda öngörülen düzenlemelerle giderilememiştir⁴⁵.

C. TÜRKİYE’NİN AVRUPA BİRLİĞİNE ÜYE OLMASI HALİNDE MİLLETLERARASI İSTİNABENİN TABİ OLACAĞI HUKUKİ REJİM

Çalışmamız, Türkiye’den yurt dışına veya yurt dışından Türkiye’ye yapılacak istinabe talepleri ile sınırlı olmakla beraber, Türkiye’nin Avrupa

Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Ekvator, Yunanistan, İsrail, Fas, Polonya, İspanya, Sri Lanka, Hollanda, Uruguay, Avusturya, Brezilya, Kolombiya, Şili, El Salvador, Guatemala, İtalya, Yeni Zelanda, Portekiz, Filipinler, Eski Yugoslavya, Barbados, Burkina Fasso, Hırvatistan, Çin, Finlandiya, Haiti, Luxemburg, Nijerya, Romanya, Surinam, Belarus, Estonya, Kazakistan ve Tunus : <http://www.un.org> (12.6.2003).

⁴⁵ Ali Cem BUDAK, Making Foreign People Pay, Dortmund 1999, s. 168.

Birliğine tam üye olmak için uzun zamandan beri yaptığı girişimleri ve Türkiye'nin tam üye olabileceğini de dikkate alarak Avrupa Birliği Hukukunda milletlerarası istinabe ile ilgili düzenlemeye de değinmenin faydalı olacağını düşündük.

Milletlerarası istinabe ile ilgili Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Tüzük, bu alandaki güncel gelişmeleri en iyi şekilde yansıtmaktadır. Avrupa Birliği, üye devletler arasında delillerin teminini kolaylaştırmak için bir düzenleme yapmıştır. Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin 28 Mayıs 2001 tarihli Konsey Tüzüğü, 1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁶.

Bu Tüzük, şahit de dahil her türlü delilin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasındaki işbirliğini düzenlemektedir. Tüzük, bir başlangıç, III kısım altında toplam 24 madde ve A'dan J'ye kadar uzanan 10 ekten oluşmaktadır. Tüzüğün uygulama alanına ticarî ve hukukî konulardaki delillerin elde edilmesi girmektedir. Ticarî ve hukukî konular dışında kalan alanlarda örneğin, ceza davaları açısından delil temini taleplerinde, bu Tüzük uygulanmaz.

Avrupa Birliği üyesi bir devlet mahkemesinin diğer bir üye devlet mahkemesinden delil temini talebinde bulunabilmesi için açılacak veya görülmekte olan bir davanın olması gerekir. Açılacak veya görülmekte olan bir davada kullanılması düşünülmeyen bir delilin elde edilmesi talebinde bulunmak mümkün değildir (Tüzük md. 1/2). Her üye devlet, delil temininin ifası için yetkili mahkemelerinin bir listesini oluşturacaktır. Nitekim her üye devlet bu listeyi oluşturmuş ve diğer üye devletlere bildirmiştir.

Delil istemi, mahkemeler arasında yapılacaktır. Tüzüğün sisteminde, aracı makam veya merkezî makama yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, üye devlet mahkemeleri arasında doğrudan işbirliği sistemi kabul edilmiştir. Üye devlet mahkemeleri, Tüzüğün ekinde yer alan matbu formu doldurarak taleplerini yapacaklardır.

⁴⁶ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on co-operation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters: Official Journal of the European Communities, L 174, 27.6.2001, s. 1-24.

İlk defa bu Tüzük ile aracı makam kullanılmaksızın bir ülkedeki mahkeme, diğer bir ülkede bulunan mahkemeden delil temini konusunda yardım isteyebilecektir. Bu talebin iletilmesinde ne diplomatik yollara ne de aracı makamlara ihtiyaç vardır. Üye devletlerin mahkemeleri doğrudan birbirlerini istinabe edebileceklerdir. Amaç, zaman kaybını önlemek ve talebin hızla yerine getirilmesini sağlamaktır. Böylece, Avrupa Birliği ekonomik ve siyasî alanda tek ülke gibi hareket etme yönünde attığı adımları delil temini konusunda da sürdürmüştür. Avrupa Birliği'nin mevcut yapısı dikkate alındığında, delil temini taleplerinin iletilmesinde diplomatik yolu ve merkezî makamları bertaraf ederek doğrudan üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliği öngören Tüzük sisteminin kamu güvenliği veya devletin egemenliği ilkelerine aykırı olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Tüzüğe göre, davanın taraflarının veya temsilcilerinin talepte bulunulan mahkeme tarafından delil temini gerçekleştirilirken hazır bulunma hakları vardır. Fakat, delil temini, talebin yapıldığı üye devlet mahkemesi tarafından yerine getirilir (Tüzük md. 11).

Ayrıca, Tüzüğe göre, talepte bulunan üye devlet mahkemesi temsilcileri veya mahkemenin görevlendireceği bilirkişi vb. de delil temini sırasında hazır bulunabilir (Tüzük md. 12).

Tüzük, talep eden üye devlet mahkemesinin, talepte bulunulan üye devlette, kendisinin doğrudan delil temin etmek istemesi halinde Tüzüğün ekinde yer alan formu doldurarak, durumu talebin yapılacağı üye devletin yetkili makamına bildirmesini öngörmüştür (Tüzük md. 18). Talebin yapıldığı yetkili makam, doğrudan delil temini istemini kendi devletin hukukunun temel prensiplerine aykırı bulursa reddedebilir (Tüzük md. 18).

Türkiye, Avrupa Birliğine tam üye olursa bu Tüzüğü aynen uygulamak zorundadır. Çünkü, Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 249. maddesine (eski 189. madde) göre, tüzükler genel olarak uygulanırlar ve bütünüyle bağlayıcıdır. Tüzükler, Topluluk Resmî Gazetesinde yayımlandıktan sonra öngörülen sürede bütün üye devletlerde yürürlüğe girerler. Ayrıca üye ülkelerin tüzükleri ulusal hukuklarına aktarmaları veya bunları onaylamalarına ihtiyaç yoktur⁴⁷. Tüzük, sadece Avrupa Birliği üyesi olan

⁴⁷ Ünal **TEKİNALP**/Gülören **TEKİNALP**, Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, s. 71; Atâ **SAKMAR**/Nuray **EKŞİ**, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin

devletler arasında delil teminlerine uygulanacağından, Türkiye'nin tam üyeliği halinde üçüncü ülkelerle olan milletlerarası istinabe işlemleri diplomatik yolla veya antlaşma varsa bu antlaşmalarda öngörülen sistem içerisinde yürütülecektir.

V. MİLLETLERARASI İSTİNABE TALEPLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE UYGULANACAK HUKUK

İstinabe taleplerinin yerine getirilmesi, prensip olarak, istinabe edilen mahkemenin hukukuna tabidir⁴⁸. O halde, istinabe talebini alan mahkeme, bu talebi yerine getirirken izlenecek metodlar ve usuller konusunda kendi hukukunu (*lex fori*) uygulayacaktır. Ayrıca, söz konusu talebi yerine getirirken başvurulacak zorlayıcı tedbirler konusunda da kendi hukukunu esas alacaktır. Örneğin, ifade vermek için gelmeyen şahidin ne şekilde mahkemeye getirileceği konusunda istinabe edilen mahkeme kendi hukukunda yer alan prosedürü takip edecektir⁴⁹.

İstinabe talebinin, istinabe edilen mahkemenin hukukuna göre yerine getirilmesine ilişkin esas, milletlerarası antlaşmalarda da benimsenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili antlaşmalarda, istinabe talebi yerine getirilirken izlenecek metodlar ve usuller ile uygulanacak zorlayıcı tedbirler bakımından mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağı ifade edilmiştir. Bununla beraber, bazı antlaşmalarda, istinabe edilen devletin mevzuatı ile ters düşmedikçe yardım isteyen makamın izlenmesini istediği özel usul çerçevesinde istinabe talebinin yerine getirilmesine de olanak tanınmıştır⁵⁰.

Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, (2002)2 MHB Ergin NOMER'e Armağan, s. 730-731.

⁴⁸ Ulrich **DROBNIG**, *Bilateral Studies in Private International Law: American German Private International Law*, 2nd ed., New York 1972, s. 340.

⁴⁹ **NAGEL/GOTTWALD**'a göre, hukukî yardım taleplerinin yerine getirilmesinde her mahkemenin kendi hukukuna bağlı kalması ve özellikle talepler yerine getirilirken kullanılacak icraî tedbirler arasında farklılıkların olması, Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın yeknesak bir uygulama sağlamasını önlemekte, uluslararası davalarda boşluklar oluşturmaktadır (**NAGEL/GOTTWALD**, 430-431).

⁵⁰ Bkz. Moldova (md. 6); Küveyt (md. 12); Tacikistan (md. 6/1); Hırvatistan (md. 7/1); Makedonya (md. 6/1); Özbekistan (md. 6/1); Çin (md. 6) ile yapılan antlaşmalar.

Hukuk Usulüne Dair Anlaşmanın 14. maddesine göre, “bir istinabeyi icra eden adlî makam, takip edilecek şekil hakkında memleketinin kanunlarını tatbik edecektir”. Bu hükümde istinabe taleplerinin *lex fori*'ye göre yerine getirilmesi esası benimsenmiştir. Nitekim, Yargıtay da bir kararında şahit ifadelerinin istinabe talebinin gönderildiği ülke olan Fransız hukukuna göre alınıp alınmadığının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir:

“Davacının gösterdiği iki şahit Fransız uyrukludur. Dinlenmeleri için Fransız yetkili makamlarına talimat yazılmıştır. Şahitlerin ifadesi, Fransız ceza yasalarının ilgili maddeleri uyarınca, jandarma tarafından tespit edilmiştir. Bu şekilde dinlenen şahit sözlerine itibar edilerek karar verilemez. 1574 sayılı Kanunla onaylanan 1.3.1954 günlü Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşmasının 8. maddesinde âkit devletlerin adlî makamlarının kendi kanunları hükümleri gereğince istinabe suretiyle, diğer âkit devletin selahiyetli makamlarına adlî muamelelerin icrasını istemek üzere müracaat edebileceğini, 14. maddesinde, istinabeyi icra eden adlî makamın takip edilecek şekil hakkında memleketinin kanunlarını tatbik edeceğini ifade etmiştir. Bu açıklamalar karşısında şahit Alvis Pascual ve Monart Aylvien'in mensubu oldukları Fransız yasalarına uygun olarak dinlenip dinlenmediğinde tereddüt doğmaktadır. O halde, mahkemece yapılacak iş, bu iki tanığın dinlenmesi konusunda hukuk mahkemesinde yazılan talimatın Fransız yasalarına uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini Dışişleri Bakanlığı'ndan araştırmak ve hasıl olacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir”⁵¹.

VI. MİLLETLERARASI İSTİNABE TALEPLERİNİN REDDİ

Milletlerarası istinabe talepleri mümkün olduğunca yerine getirilmekle beraber, muhtelif sebeplere istinaden talebin reddedildiği de görülmektedir. Aşağıda bu sebeplere belirli başlıklar altında yer verilecektir. Ancak, İngiliz Temyiz Mahkemesinin kararına konu olan bir red sebebinin, aşağıdaki başlıklar altına girmemesi ve ilginç bir sebep olması nedeniyle burada üzerinde durulacaktır. İngiliz Temyiz Mahkemesi'nde görülen bir davada, Portekiz mahkemeleri istinabe edilerek, davada uygulanan Portekiz kanununun sadece devletin sahip olduğu şirketlerin ticarî menfaatlerini

⁵¹ 2. HD, E. 1994/1522, K.1994/2455, T.7.3.1994: http://195.155.130.8/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/deneme_emsal_rapor.r (26.6.2003)

korumak için çıkartıldığına ilişkin delil toplanması istenilmişti. İngiliz Temyiz Mahkemesi, bu talebi reddetti. Mahkemeye göre, milletlerarası nezaket ilkesi, dostane ilişkileri olan devletlerin mahkemelerinin birbirlerinden utandırıcı ve itham edici taleplerde bulunmaktan kaçınmalarını gerektirmektedir.⁵² Yabancı bir devletin yasama faaliyetlerine, kanunlarının hazırlık çalışmalarına ve kanunların yapılması amacına ilişkin delillerin milletlerarası istinabe konusu yapılamayacağını ifade etmiştir.⁵³

A. DEVLETLER HUKUKUNA İLİŞKİN SEBEPLERLE TALEBİN REDDİ

Devletler hukukunun, milletlerarası istinabe üzerindeki etkisi, özellikle, yargı hakkı ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Yargı hakkının yanı sıra, bir devletin, devletler hukuku prensiplerine göre tanınmamış olmasının milletlerarası istinabe açısından ortaya çıkardığı sorunlara da değinmek gerekir.

İç hukukta, istinabe edilen mahkeme, kendisinden talep edilen işlemi yapmak zorundadır.⁵⁴ Buna karşın, iki veya çok taraflı antlaşmalar dışında, milletlerarası istinabe yapılmasını temin eden bir devletler hukuku mükellefiyeti yoktur. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası hukukî yardımı öngören bir antlaşmanın olmaması halinde yabancı bir mahkemeden gelen yardım talebini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü, diğer bir mahkemeden gelen yardım talebini yerine getirme zorunluluğunu öngören bir milletlerarası örf ve adet kuralı mevcut değildir.⁵⁵ Yargı yetkisinin ülkeyle sınırlı olması, bir devletin diğer bir devletin ülkesinde onun izni olmaksızın yargısal işlemlere teşebbüs etmesini önlemektedir. Bununla beraber, yabancı mahkeme istinabe

⁵² Mahkeme kararının özeti ve yorumu için bkz. Bradley J. **FREEDMAN**/Gregory N. **HARNEY**, Obtaining Evidence from Canada: The Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts, 21(1987) U. Brit. Colum. L. Rev., s. 373-374; Clive M. **SCHMITTHOFF**, Schmitthoff's Export Trade The Law & Practice of International Trade Law, 9th ed., London 1990, s. 232.

⁵³ **FREEDMAN/HARNEY**, 373-374.

⁵⁴ **KURU**, C. I, 785.

⁵⁵ **VERSAN**, 21-22.

talebini milletlerarası nezakete ve mütekabiliyet ilkesine göre kabul edebilir⁵⁶. Mütekabiliyete rağmen, hukukî yardım talebinin reddi dostane olmayan bir tutum olarak muamele görür. Hiç bir zaman milletlerarası alana zarar veren bir eylem olarak nitelendirilmez⁵⁷.

Bir devletin, devletler hukuku prensiplerine göre tanınmamış olması, kanaatimizce, milletlerarası istinabe talebinde bulunmaya veya yapılan talebi yerine getirmeye engel bir durum değildir. SAKMAR'ın da ifade ettiği gibi⁵⁸, özel hukuk alanındaki ilişkilerin devletler hukuku bakımından ortaya çıkan meseleler göz önünde bulundurularak düzenlenmesi doğru değildir. İstinabe edilecek mahkeme, egemen bir devlet adına hareket etmekte ve yetkilerini ait olduğu devletten almaktadır. Bu sebeple, tanınmamış bir devlette bulunan mahkemenin istinabe edilmesi, o devleti tanımaya yönelik bir adım olarak nitelendirilebilir. Özellikle, istinabe talebinin diplomatik yolla yapılması böyle bir yorumun yapılmasına sebep olabilir. Ancak özel hukuk konularında farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasındaki işbirliğini, bu mahkemelerin ait olduğu devletler arasındaki siyasî ilişkilerden ayrı tutmak gerekir. Çünkü özel hukuk, kişiler arasındaki ilişkilerle ilgilidir; devletler arasındaki siyasî ilişkilerle ilgili değildir. Bazı durumlarda, devletler arasındaki siyasî ilişkilerin kişiler arasındaki ilişkileri etkilediği de bir gerçektir. Örneğin, ambargo kararlarında olduğu gibi. Bu durumda, ambargo uygulanan devlet ile ticarî ilişkiler ortadan kalkmaktadır. Bununla beraber, davanın taraflarının menfaatlerinin korunması, âdil ve hakkaniyete uygun bir kararın verilmesi açısından önem taşıyan yabancı ülkedeki delillerin, sırf bunların bulunduğu devletin tanınmaması nedeniyle, istinabe yoluyla temin edilememesi devletin menfaatlerinin kişilerin menfaatlerine tercih edilmesi sonucunu doğurur.

Bu konu, tespit edebildiğimiz kadarıyla, özel hukuk alanında milletlerarası istinabe açısından ele alınmış değildir. Bununla beraber, İngiliz mahkemesi bu sorunu ceza davası ile ilgili olarak incelemiş ve tanınmamış bir devlette bulunan mahkemenin istinabe edilip edilemeyeceğini değerlendirmiştir. İngiltere'de, "R v. Forsyth" davasında, KKTC'de oturan şahitlerin ifadesinin istinabe yoluyla alınıp alınamayacağı tartışılmıştı. Mahkemede,

⁵⁶ **VERSAN**, 21-22; **NOMER**, 431; Bahadır **ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, (1989) 2 MHB, s. 124-125.

⁵⁷ **VERSAN**, 22-23.

⁵⁸ Atâ **SAKMAR**, Yabancı İllâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 16.

İngiltere'nin KKTC'yi tanımadığı; istinabe talebinin dışişleri bakanlığı tarafından KKTC'deki mahkemeye gönderilmesinin bu devletin tanınması sonucunu doğuracağı iddia edilmişti. Davalı vekili, KKTC'li yetkililer ile İngiliz yetkilileri arasında bir çok önemli soruşturmada işbirliği yapıldığını; bu işbirliğine rağmen devletler hukuku açısından önem taşıyan tanımama meselesinin sorun yaratmadığını belirtmişti. İngiliz Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi, KKTC'ye yapılacak olan istinabe talebinin burayı ayrı bir devlet olarak tanıma anlamına gelmeyeceğini; ancak Ceza Konularında Milletlerarası İşbirliğine İlişkin Kanunun, İngiltere tarafından tanınmayan bir devletten istinabe yoluyla delil temin edilmesi konusunda İngiliz mahkemelerine yetki vermediğini belirterek, KKTC'nin istinabe edilmesine ilişkin davalı tarafın talebini reddetti⁵⁹.

Bu kararı eleştiren MURRAY'a göre⁶⁰, verilen karar yanlıştı ve Ceza Konularında Milletlerarası İşbirliği Kanununun, üçüncü bölümünde aranan bütün şartların gerçekleşmesi sebebiyle davalıların talebine uygun olarak KKTC mahkemesine istinabe talebi gönderilmeliydi. KKTC'nin tanınmamış olması, İngiliz mahkemelerinin değil Dışişlerinin sorunuuydu.

İngiliz mahkemesi, KKTC'nin tanınmamış olmasını milletlerarası istinabe talebinin gönderilmesi açısından bir engel olarak görmemiştir. Mahkeme, Ceza Konularında Milletlerarası İşbirliği Kanununun kendisine böyle bir yetki vermediğini ve bu nedenle KKTC'den istinabe talebinde bulunamayacağını belirtmiştir. Oysa, bu Kanunda istinabe talebinin gönderileceği ülkenin tanınmış olup olmadığına ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktadır.

B. ANTLAŞMALARDA BELİRTİLEN SEBEPLERLE TALEBİN REDDİ

Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı antlaşmalarda hangi hallerde istinabe talebinin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Antlaşmalarda yer alan ret sebeplerine ilişkin hükümler hemen hemen aynıdır. Antlaşmalara göre, esas olarak üç sebebe istinaden istinabe talebi reddedilebilir. Bu sebepler şunlardır:

⁵⁹ Christopher MURRAY, Defense Requests for International Judicial Assistance: The UK Perspective, 23(2000) Fordham International Law Journal, s. 1360.

⁶⁰ MURRAY, 1361.

- İstinabe talebinin doğruluğunun saptanamaması
- İstinabe konusu işlemin adlî makamların yetkisine girmemesi,
- İstinabe talebinin yerine getirilmesinin devletin egemenliğine, güvenliğine veya kamu düzenine zarar vermesi^{61, 62}.

C. ŞEKLİ NOKSANLIKLAR SEBEBİYLE TALEBİN REDDİ

İstinabe talepleri, daha çok şeklî noksanlıklar sebebiyle reddedilmektedir. Eksik veya hatalı talepler varsa, bu durumda istinabe talebi reddedilebilir. Bununla beraber, şeklî noksanlıkların olması halinde bazı ülkeler talebi reddetmek yerine eksiklikler veya hatalar talep eden mahkemeye bildirilerek giderilmeye çalışılmaktadır. Örneğin, Alman merkezi

⁶¹ Hukuk Usulüne Dair Antlaşma md. 11/III; Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma md. 7.

Aynı red sebepleri Türkiye'nin taraf olduğu ikili adlî yardımlaşma antlaşmalarında da yer almaktadır. Örneğin, Tunus md. 12; Pakistan md. 5/5; Ürdün md. 13; KKTC md. 11/d; Mısır md. 18; Hindistan md. 8; Fas md. 12; Cezayir md. 11; Azerbaycan md. 10; Çin md. 5; Gürcistan md. 10; Özbekistan md. 10; Arnavutluk md. 10; Kazakistan md. 5; Makedonya md. 10; Hırvatistan md. 9; Moldova md. 5; Kuveyt md. 13; Tacikistan md. 10.

⁶² Uranyum kartel davalarına konu olan olayda, Amerikalı tedarikçiler, Kanadalı şirketler de dahil bir çok Amerikan ve yabancı uranyum üreticisi ile yabancı devletlerin Amerikan Anti-Tröst yasasını ihlâl ettiklerini ileri sürmüşlerdi. Özel hukuka ilişkin bu davada, Amerikan şirketleri, bazı şahitlerin dinlenmesi ve belgelerin sunulması için Kanada mahkemesinin istinabe edilmesini talep ettiler. Kanada mahkemesi, Amerikan mahkemesinden gelen talebi, Kanadalı şirketlerin yetkililerinin yaptığı işlemlerin Kanada hükümeti yetkilileri tarafından onaylanması sebebiyle, Federal hükümetin ve onun temsilcilerinin kartel ile olan ilişkilerinin araştırılmasını Kanada devletinin egemenliğine ve kamu düzenine aykırı buldu ve talebi reddetti. Karar ve kararın yorumu hakkında bkz. **FREEDMAN/HARNEY**, 372-376.

Ticarî Menfaatlerin Korunmasına İlişkin Kanun (Protection of Trading Interests Act 1980)'a göre, yabancı ülkelerden gelen, Birleşik Krallığın ticarî menfaatlerine aykırı hukukî yardım talepleri kabul edilmemektedir. Bu Kanununun yürürlüğe girmesinde, İngiliz şirketlerine ilişkin Amerikan anti-tröst davaları etkin bir rol oynamıştır. Kanunda, yargı hakkını ihlâl ediyorsa veya diğer devletlerle olan ilişkiler açısından sakıncalıysa veya güvenliği tehlikeye düşürüyorsa, belgeleri sunmaları ve ticarî bilgileri vermeleri konusunda yabancı mahkemelerce verilen kararlara uymamaları için Birleşik Krallıkta oturanlara hükümet tarafından talimat verilebileceği öngörülmüştür (**CHESHIRE & NORTH's Private International Law**, Edt. PM North/JJ Fawcett, 11th ed., London 1987, s. 83).

makamları, şekil şartlarına uymayan talepleri derhal talepte bulunan mahkemeye bildirmektedirler⁶³.

D. TALEBİN REDDİ HALİNDE TALEP EDEN MAHKEME TARAFINDAN İZLENECEK USUL

İstinabe talebinin reddedilmesi halinde, mahkemenin nasıl bir yol izleyeceği istinabe eden mahkemenin usul hukukuna tabi bir sorundur. Ayrıca, deliller, yardım talep edilemeyecek bir ülkede bulunuyorsa, mahkemenin izleyeceği usule de *lex fori* karar verecektir. Nitekim, Yargıtay, açıkça *lex fori* prensibinden söz etmeksizin, istinabe imkânı bulunmayan ülkede oturan şahitlerin ifadelerinin HUMK'un 256. maddesine istinaden alınması gerektiğine karar vermiştir. HUMK'un 256. maddesine göre,

“Müstesna hallerde, iki tarafın muvafakatleri ve hâkimin tensibiyle, tayin olunacak müddet zarfında cevaplarını tahriren beyan etmek üzere şahide bir sual varakası gönderilebilir. Bu suretle muamele yapılması şahidin vereceği cevabın hükme kâfi olup olmadığını hâkimin takdir etmesine mâni olamaz”.

Ancak HUMK'un 256. maddesine göre yurt dışında bulunan şahitlere sorulacak soruların yazılı olarak gönderilmesi ve bunların ifadelerini yazılı olarak verebilmeleri için, şahitlerin bulunduğu ülkedeki mahkemeyi istinabe etme olanağının olmaması gerekir.

Yargıtay'ın 17.6.2002 tarihli kararına konu olan olayda, taraflar arasındaki boşanma davasında, Almanya'da bulunan şahitlere HUMK'un 256. maddesine uygun olarak soru varakası gönderilmişti. Yargıtay, boşanma gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda şahitler üzerinde tarafların anlaşma yapamayacaklarına; şahitlerin dinlenme şekli ile talimatın yazılıp hazırlanmasının taraflara bırakılmayacağına; Türkiye ile Almanya arasında hukukî yardım antlaşmalarının bulunduğu; HUMK'un 256. maddesinde yer alan “müstesna hallerde iki tarafın muvafakati ve hakimin tensibi ile tayin olunacak müddet zarfında cevaplarını beyan etmek üzere şahide bir sual varakası gönderilebilir” hükmünü şahidin dinlenmesi için hukukî yardım imkânı bulunmayan ülkede oturması gibi durumlarla

⁶³ NAGEL/GOTTWALD, 430.

sınırlamak gerektiğine karar vermiştir⁶⁴. Diğer bir kararında⁶⁵ da aynı sonuca varan Yargıtay, yurt dışında bulunan şahitlerin mutlaka milletlerarası istinabe yolu ile yabancı mahkeme tarafından dinlenmeleri gerektiğini ve ancak yabancı mahkemenin istinabe edilemediği istisnaî hallerde HUMK'un 256. maddesinde öngörülen usule başvurulabileceğini; yabancı bir mahkemeyi istinabe etme imkânı olan hallerde bu maddeye dayanılamayacağını belirtmiştir.

VII. MİLLETLERARASI İSTİNABEYE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. TALEPTE BULUNULAN MAHKEMENİN HUKUKUNDA YER ALMAYAN ÖZEL BİR USULÜN KULLANILMASININ İSTENMESİ

İstinabe eden mahkeme tarafından, istinabe edilen mahkemenin hukukunda yer almayan özel bir usulün veya metodun uygulanması istenilmiş olabilir. İstinabe edilen mahkemeyi bu talebi yerine getirmeye zorlayan bir prensip mevcut olmamakla beraber, söz konusu talep, istinabe olunan mahkemenin temel hukuk prensiplerine ters düşmüyorsa yerine getirilebilir. Hukuk Usulüne Dair Anlaşmanın 14/II. maddesine göre, “bir istinabeyi icra eden adlî makam, takip edilecek şekil hakkında memleketinin kanunlarını tatbik edecektir. Bununla beraber, müracaat eden makam hususî bir şekil kullanılmasını isterse, bu şekil müracaat edilen devletin kanunlarına aykırı değilse yerine getirilir”.

Bir olayda, Amerikan mahkemesi, İstanbul'da bulunan bir mahkemeyi istinabe ederek bir tanığın dinlenmesini talep etmişti. Taraflardan birinin avukatı, Türk mahkemesi tarafından çapraz sorguya (cross-examination) izin verilmeden sağlanan şahit ifadesinin yeterli olmadığını, avukatın kendi sekreterinin ve stenografisinin mahkeme salonuna alınmasına izin verilmesinin,

⁶⁴ 2. HD, E.2002/5796, K.2002/8084, T.17.6.2002: http://195.155.130.8/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/deneme_emsal_rapor.r (26.6.2003)

⁶⁵ 2. HD, E.2001/2269, K.2001/3659, T.15.11.2001: http://195.155.130.8/scripts/cgiip.exe/WService=wsbroker1/deneme_emsal_rapor.r (26.6.2003)

bunun mümkün olmaması halinde şahitlerin ifadesinin suretinin çıkarılması gerektiğini iddia etmişti. Bu iddia kabul edilmemişti⁶⁶.

Türk usul hukukunda, şahitlerin dinlenmesi kazaî bir işlemdir. HUMK'un 268. maddesine göre, şahitlerin dinlenmesi işlemini yalnızca hâkimler yapabilir. Açılmış bir davada ifadelerine başvuru şahitlere soruları hâkim sorabilir. Davanın tarafları veya vekilleri ancak hâkim aracılığıyla şahitlere soru sorabilir. Tarafların veya vekillerinin doğrudan soru sormaları yasal olarak mümkün değildir⁶⁷.

HUMK'da şahitlerin hâkim tarafından dinlenmesi ve çapraz sorgulamaya izin verilmemiş olması, bu sorgu türünün Türk hukukuna tamamen yabancı olması sonucunu doğurmaz⁶⁸. Türk ceza usul hukukunda çapraz sorgulamaya bazı şartlarla izin verilmiştir. CMUK'un 62. maddesine göre, şahit dinlenmeden evvel, hâkim kendisine davayı anlatır, sanık hazır ise onu da gösterir ve şahit, şahitlik edeceği vakıalara ait bildiklerini söylemeye davet olunur. Bu maddede, şahidin hâkim tarafından dinlenmesi esastan hareket edilmiştir. Tanığın anlatması bittikten sonra, sıra sorulara gelir. Soruları mahkeme başkanı sorar (CMUK md. 231). CMUK'un 233. maddesinde ise, mahkeme başkanının, talepleri üzerine, mahkeme üyelerinin soru sormalarına izin verebileceği; hatta bu iznin savcıya ve savunmaya dahi verilebileceği ifade edilmiştir.

⁶⁶ BUDAK, 168.

⁶⁷ Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6.bası, İstanbul 2001, s. 1612.

⁶⁸ "Hâkim tarafından beyana davet edildikten sonra şahitlerin sözleri kesilmeden konuşmaları ve ondan sonra sual sorulması, Kara Avrupası'nın tercih ettiği bir sistemdir. Bunun da sebebi, sualin tanığı tesir altına bırakacağından korkulması, tanığın tesir altında kalmadan beyanda bulunmasının istenmesidir. Şahitlerin önceden kendilerine öğretilenleri söyledikleri ise çok görülmüştür. Samimi beyan, çok defa, onun hazırlanmadığı sahada sorulan bir sual üzerine derhal verdiği cevaptır. Anglosakson hukuku bunun için tanığın sözü kesilmeden toptan beyanını kabul etmemiş; sualler sorma üzerine cevap vermesi şeklindeki beyanı tercih etmiştir. Anglosakson hukukunda, itham sistemi esas olduğundan sualleri de hakim değil, taraf avukatları sormaktadır. Ancak Anglosakson sisteminin mahzuru da yok değildir. Taraflar ancak sorulan suallere cevap verdiklerinden bütün bildiklerini söyleyemezler...Bu mahzurlara rağmen, sualler sorarak tanığı dinleme o kadar faydalı olmuştur ki, bu sistem Anglosakson hukukunun muhakeme hukukuna...yaptığı en büyük ve en devamlı hizmet olarak kabul edilmiştir" Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap, 12. bası, İstanbul 2002, s. 578.

Buna karşın, CMUK'un 232. maddesinde, Cumhuriyet savcısı ile sanık tarafından gösterilen şahitlerle bilirkişinin dinlenmelerini Cumhuriyet savcısı ve savunmanın ortak talepleri üzerine mahkeme bunlara bırakabilir. Bu durumda, savcı tarafından gösterilen şahitleri ve bilirkişiyi dinlemek ve sorgulamak öncelikle savcıya aittir. Sanık tarafından gösterilen şahitler ve bilirkişilerin dinlenmesinde ve soru sorulmasında öncelik savunmaya aittir. Bundan sonra, hâkim şahitlere ve bilirkişiyi soru sorabilir.

KUNTER/YENİSEY'e göre, 232. madde ile, Kanunumuz, Anglosakson hukukundaki "karşılıklı sual sorma" (cross-examination) sistemini de kabul etmiştir⁶⁹.

O halde, istinabe eden mahkemenin "cross-examination" yoluyla şahit beyanının alınmasını talep etmesi halinde, bu talebin Türk kanunlarına aykırı olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Bununla beraber, yukarıda sözü edilen olayda olduğu gibi, taraflardan birinin avukatının şahitlerin dinlenmesi sırasında kendi sekreterini ve stenografisini istinabe edilen Türk mahkemesinin duruşma yaptığı salona getirmek istemesi Türk hukukuna aykırıdır.

B. TALEP EDİLEN İŞLEMİN TALEPTE BULUNULAN MAHKEMENİN HUKUKUNDA MEVCUT OLMAMASI

Bu sorun yabancı mahkeme kararlarında özellikle Amerikan hukukunda mevcut olan "fishing expeditions"⁷⁰ veya "pre-trail discovery"⁷¹ konusunda ortaya çıkmıştır. Sadece özel hukuk alanında değil, ceza hukukuna ilişkin

⁶⁹ KUNTER/YENİSEY, 578.

⁷⁰ "Fishing expeditions", mahkemeyi kullanarak veya mahkeme vasıtasıyla, belirli bir davaya ilişkin olmakla beraber bu davanın makûl kapsamı dışında kalan bilgilerin elde edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bu kavram, geniş, müphem, belirli konulara odaklanmamış sorularla şahitlerin beyanlarının alınması veya delil tespiti usulünün aşırı derecede geniş kullanılmasını ifade etmek için de kullanılmaktadır (Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990).

⁷¹ "Pre-trail discovery", yargılama başlamadan önce, dava ile ilgili olarak bir tarafın kullanacağı maddî gerçeklerin ve bilgilerin diğer taraftan elde edilmesidir. Kavram genellikle, davalı tarafın, talepte bulunan için dava sebebinin tesis etmede gerekli olan maddî gerçekleri açıklamasını; münhasıran bilgisi ve zilyetliğindeki senetleri, belgeleri ve diğer şeyleri vermesini veya diğer bir mahkemeye sunmasını veya kendi delilleri olarak kullanmasını ifade etmektedir (Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990).

davalarda⁷² Amerikan mahkemelerinden gelen “fishing expeditions” veya “discovery of evidence” taleplerinin yerine getirilip getirilmeyeceği tartışılmıştır.

Münih Landesgericht’in konuya ilişkin bir kararının⁷³ incelenmesi sorunun açıklığa kavuşturulması bakımından faydalı olacaktır. Karara konu olan olayda, Amerikan Corning Glass Works, Amerikan International Telephone&Telegraph Corporation (ITT)’a karşı patent haklarının ihlâli nedeniyle tazminat davası açmıştı. ITT ise, Corning’in Almanya dahil olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri ve dünya çapında hâkim durumda olan telekomünikasyon şirketleri ile rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yaptığını ve bu

⁷² Meksika’nın eski devlet başkanı SALINAS’a karşı, kara parayı aklamaları (money laundering) rüşvet ve yolsuzluk sebebiyle ceza davası açılmıştı. Bu davada, Meksika, İsviçre’den banka hesaplarına ilişkin bütün belgeleri istemişti. Bu talep İsviçre yetkili makamları tarafından kabul edilmişti. Hesap sahipleri, kabul kararının iptali için İsviçre Federal Mahkemesine (Swiss Supreme Court) başvurudular. İsviçre Federal Mahkemesine göre, İsviçre ile Meksika arasında milletlerarası antlaşma olmaması, İsviçre’nin cezaî konularda Meksika makamlarına hukukî yardımda bulunmasını engellemez. Bununla beraber, milletlerarası hukukî yardıma ilişkin her talepte, hangi suçların işlendiğinin, bu suçların İsviçre ve ilgili mevzuata göre cezalandırılıp cezalandırılmayacağını açıkça belirtilmesi gerekir. İsviçre hukukunda, vergi alanında hukukî yardım kabul edilmediği gibi “fishing expeditions” da yasaklanmıştır. Meksika’nın talebi soyut ve müphem olup delil temini için gerekli bazı özel bilgileri içermemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, hukukî yardım talebini geri çevirmiş ve uygun bir süre içinde ek bilgilerin verilmesini istemiştir (Carlo **LOMBARDINI**, Switzerland Money Laundering International Legal Assistance, 13(1998)4 Journal of International Banking, s. 45).

Arjantin makamları, Uruguaylı şirket hesaplarına ilişkin bir ceza davası ile ilgili delillerin temini için İsviçre makamlarından hukukî yardım talep etmişti. Cenevre yetkili makamları hukukî yardım talebine uygun olarak banka hesabının dondurulmasına karar verdi. Banka hesap müdürünün ifadesi alınırken Arjantinli yetkilinin hazır bulunmasına ilişkin talebi ise, Federal makamların onayı ile kabul etti. Bunun üzerine Uruguaylı şirket Federal Mahkemeye başvurarak banka hesaplarının dondurulması kararının kaldırılmasını ve Arjantinli yetkilinin ifade alınması sırasında hazır bulunmasına izin veren kararın iptalini istedi. Federal Mahkeme, banka hesabının dondurulması kararını yerinde buldu. Arjantin’den gelen yetkilinin dosyaya daha hâkim olması nedeniyle, ifade alınması sırasında hazır bulunmasının yararlı olacağı sonucuna vardı (Sandro **VISINI**, Switzerland: Banking Freezing of Accounts, 7(1996)11 International Company and Commercial Law Review, s. 235 vd.).

⁷³ Federal Republic of Germany: Court of Appeals (Munich) Decision with Regard to a US Request for Judicial Assistance and the Taking of Evidence, (1981) International Legal Materials, s.1025 vd.

nedenle kendisinin zarara uğradığını karşı dava yoluyla iddia etmişti. ITT'nin bu iddiası üzerine, Amerikan mahkemesi 17 Aralık 1979 tarihinde Bavyera Adalet Bakanlığına, Lahey Antlaşmasına istinaden delil temini için talepte (letter of request) bulundu. Amerikan mahkemesi başvurusunda, Almanya'da bulunan ve isimleri belirtilen şahitlerin dinlenmesini; isimleri belirtilen şirketlerin ise ellerindeki belgeleri tarafların avukatlarına, incelemeleri ve fotokopi yapmaları için, ibraz etmelerini istemişti. Bavyera Adalet Bakanlığı, talebin, şahitlerin dinlenmesine ilişkin kısmını kabul etmiştir. Fakat belgelerin ibraz edilmesi talebini, bu talebin "discovery of documents", "fishing expeditions" olması ve bu sistemin 1970 Lahey Konvansiyonunun 23. maddesine istinaden Almanya'nın yaptığı beyana ve Alman mevzuatına aykırı olması nedeniyle yerine getirilemeyeceğini belirterek reddetmiştir.

ITT, belgelerin ibrazı için ABD tarafından yapılan talebin reddine ilişkin Bavyera Adalet Bakanlığı kararına karşı yargı yoluna başvurdu. Bu başvuru reddedildi. Amerikan mahkemesinin, delil temini talebinde belirtilen şahitler ise, Bavyera Adalet Bakanlığının şahit dinleme talebini kabul eden kararına karşı yargı yoluna başvurmuşlardır. Şahitler, mahkemeye yaptıkları itirazlarında Amerikan mahkemesi tarafından yapılan şahit dinlenmesine ilişkin talebin Bavyera Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilemeyeceğini; bu talebin Konvansiyon hükümlerine ve Alman mevzuatına aykırı olduğunu; ITT'nin bu yolla rakipleri ve onların ticarî sırları hakkında bilgi edinebileceğini; asıl amacın da bu olduğunu; şahitlerin adreslerinin ve sorgulanacakları konuların sınırının tam çizilmediğini; Amerikan mahkemesinin "fishing expeditions" şeklindeki delil temini talebinin Alman kamu düzenine ve Alman usul hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğunu; "fishing expeditions"ın Alman hukukunda yasak olduğunu belirterek Bavyera Adalet Bakanlığı kararının iptalini talep ettiler.

İtirazı değerlendiren Münih Oberlandesgericht'e göre, Bavyera Adalet Bakanlığının onay verdiği kapsamda şahitlerin dinlenmesi, ne Alman hukukunun temel prensiplerine ne de kamu düzenine aykırıdır. Ayrıca, Oberlandesgericht, Alman Usul Kanununda "fishing expeditions" yasağının, davasını oluşturan silahları karşı taraf için hazır bulundurması gerekmeyen tarafı korumak bakımından öngörüldüğünü ifade etmiştir. Burada, kanun ile yeterli ölçüde imtiyazlı kılınan şahitleri korumanın amaçlanmadığını belirtmiştir.

İngiltere, Amerikan mahkemelerinden gelen delil teminine ilişkin “fishing expedition” niteliğindeki istinabe taleplerini kabul etmemektedir⁷⁴.

Türk mahkemesinin talep ettiği işlemin talep edilen ülke hukukunda mevcut olmaması veya bunun tersine yabancı mahkemeden gelen talebin konusunun Türk hukukunda mevcut olmaması halinde nasıl bir yol izleneceği üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Örneğin, Alman hukukunda yemin delili olmamasına rağmen, Türk mahkemesi yemin delilinin temini için Almanya’da bulunan bir mahkemeyi istinabe etmişse istinabe edilen Alman mahkemesi nasıl bir sonuca varacaktır? Alman hukukunda yemin delili bulunmadığı için bu delilin teminine ilişkin usul hükümleri de mevcut değildir. Böyle bir durumda, KURU’ya göre⁷⁵, Türk usul hukukundaki yemin şeklinin ve usulünün ayrıntılı biçimde yazılması, bu şekil ve usul çerçevesinde söz konusu delilin temin edilmesinin istenmesi uygun olacaktır. Bu görüşe gerekçe olarak, KURU, Hukuk Usulüne Dair Anlaşmanın 14. maddesinde yer alan, “istinabe eden mahkeme özel bir şekil kullanılmasını isterse, bu şekil istinabe edilen devletin kanunlarına aykırı değilse yerine getirilir” hükmüne dayanmaktadır.

Kanaatimizce, yabancı mahkemenin hukukunda yer almayan bir delilin temini istinabe konusu yapılabilir. Bu yöndeki bir talebi, istinabe edilen mahkeme yerine getirmek zorunda değildir. Bununla beraber, Türkiye’nin onayladığı gerek iki taraflı gerekse çok taraflı antlaşmalarda, istinabe edilen mahkemenin hukuku ile ters düşmedikçe istinabe eden mahkemenin belirlediği özel bir usulün veya yöntemin kullanılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir⁷⁶. Ancak, istinabe edilen yabancı mahkeme, egemenliğini veya güvenliğini tehlikeye düşüren istinabe taleplerini reddedebilir⁷⁷. KURU’nun da ifade ettiği gibi, HUMK’da öngörülen yemin şekli, kanunlarında yemin deliline yer vermeyen devletlerin kamu düzenine, kamu güvenliğine veya

⁷⁴ John O’BRIEN, *Smith’s Conflict of Laws*, 2nd ed., London 1999, s. 122; **CHESHIRE/NORTH**, 83.

⁷⁵ **KURU**, C. III, 2556-2557.

⁷⁶ Örneğin, bkz. Hukuk Usulüne Dair Anlaşma md. 14; Türkiye ile Kuveyt arasındaki anlaşma md. 12/1.

⁷⁷ Örneğin bkz. Hukuk Usulüne Dair Anlaşma md. 11/III-3; Türkiye ile Kuveyt arasındaki anlaşma md. 12/4-b.

egemenliklerine zarar verecek nitelik taşımamakla⁷⁸ beraber bu konudaki değerlendirmeyi istinabe edilen yabancı mahkeme yapacaktır. Yemin icrasında dinî merasime uyulmasının, diğer bir anlatımla, bu merasime yer vermeyen ülke mahkemesi tarafından dinî yemin icrasının mümkün olup olmadığına da istinabe edilen mahkeme kendi hukukuna göre karar verecektir. Bununla beraber, kanaatimizce hangi dine göre icra ettirilirse ettirilsin yemin icrasının istinabe edilen mahkemenin kamu güvenliğine ve egemenliğine aykırı olduğunu iddia etmek zordur. Ancak yemini icra ettirecek otoritenin bulunamaması veya o ülkede kolayca ulaşılamaması halinde istinabe talebinin yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır.

İstinabe eden mahkeme tarafından talep edilen usulün istinabe edilen mahkemenin bulunduğu ülke hukuku tarafından tanınmamış olması talebin ret nedeni olmamalıdır. Örneğin, NAGEL/GOTTWALD'a göre⁷⁹, Alman mahkemeleri kendilerine yöneltilen şahitlerin çapraz sorgulanması (cross-examination) talebini Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın 9/2. maddesine göre reddedemezler. Çünkü her ne kadar Alman usul hukukunda çapraz sorgulama yoksa da çapraz sorgulamaya ceza usul hukukunda yer verildiğine göre bu tür bir sorgulamanın Alman hukukuna aykırı olduğunu veya Almanya'nın egemenliğini ihlâl ettiğini söylemek doğru olmaz.

C. YABANCI ÜLKELERDEN DOĞRUDAN DELİL TEMİNİ TALEPLERİ

Bazı Kıta Avrupa ülkelerinin aksine, Amerika Birleşik Devletleri, yabancı mahkemenin doğrudan Amerikan mahkemesine yaptığı hukukî yardım talebini kabul etmektedir. Bu şekilde gönderilen doğrudan taleplere karşı herhangi bir itiraz yapılmamaktadır. Aynı şekilde, Kanada, şahitlerin ifadesinin kendi istekleri ile alınmasını devletin egemenlik hakkının ihlâli olarak görmemektedir. Bu şekilde delil teminin gerçekleştirilmesini yasaklayan bir kural da bulunmamaktadır. O halde, delil ihtiyari olarak veriliyorsa Kanada mahkemelerinden yardım almaya gerek yoktur⁸⁰. Doğrudan delil temini talepleri dava tarafları veya onların yetkili temsilcileri

⁷⁸ KURU, C. III, 2557.

⁷⁹ NAGEL/GOTTWALD, 429.

⁸⁰ FREEDMAN/HARNEY, 352.

vasıtasıyla gönderilebileceği gibi yabancı ülkenin Amerika'daki diplomatik temsilciliği veya konsolosluğu vasıtasıyla Amerikan mahkemesine gönderilebilir. Genellikle delil teminine ilişkin talep yabancı ülkeden Amerikalı avukatlara gelmekte ve gerekli işlemler Amerikalı avukatlar tarafından tamamlanmaktadır. Yabancı elçilik veya konsolosluk, mahkemeye doğrudan başvurmak yerine Amerikalı bir avukatın aracılığıyla talebi mahkemeye iletmektedir⁸¹. Önceleri, özellikle 1963 yılına kadar olan dönemde, yabancı elçilik veya konsolosluk tarafından delil temini talebi (letters rogatory) icra edilmesi için Amerikan Dışişleri Bakanlığına gönderildiğinde, genellikle, evrak nazik bir şekilde geri çevrilmekteydi. Kıta Avrupa hukukunu uygulayan ülkeler bu uygulamayı garip karşılamaktaydılar. Çünkü bu ülkelere, Amerikan Dışişleri Bakanlığından diplomatik yoldan gelen delil temini talepleri tereddütsüz yerine getirilirken, Amerikan Dışişleri Bakanlığının bu yoldan gelen yardım taleplerini yerine getirmekten kaçınmasına pek bir anlam verememekteydiler. Amerika ile diğer ülkeler arasında yardım taleplerinin iletilmesi usulündeki farklılığın yanı sıra Amerikan Dışişleri Bakanlığı, yabancı devletlerden gelen delil temini taleplerini geri çevirirken diğer bazı sebeplere daha dayanmaktaydı. Bu sebeplerin başında antlaşma veya iç mevzuata göre delil temini talepleri konusunda yardım etme yetkisinin olmaması gelmekteydi. Ayrıca, Amerikan hukukunda delil temininin tarafların sorumluluğunda olması ve pratik olarak bakıldığında uluslararası posta yoluyla yapılacak bir işlemin diplomatik kanalla yaptırılmasına sıcak bakılmaması da taleplerin geri çevrilmesi sebepleri arasında yer almaktaydı⁸². 1963 yılına kadar, Amerikan hakimleri, milletlerarası istinabe taleplerine sıcak bakmıyorlardı. Amerikan hakimleri, avukatların, milletlerarası istinabe dışında başka yollarla delillere ulaşamayacakları konusunda kendilerini ikna etmeleri halinde istinabe yoluna başvuruyorlardı. Ancak bu uygulama, Milletlerarası Hukukî Yardıma İlişkin Kanunda 1963 yılında yapılan ve 1964 yılında yürürlüğe giren reformdan sonra değişmiştir⁸³. Bu değişiklik ile, milletlerarası istinabenin kapsamı genişletilmiş; yabancı mahkeme kavramına milletlerarası nitelikli mahkemeler de dahil edilmiş; istinabe eden kavramına

⁸¹ Gordon A. **CHRISTENSON**, International Judicial Assistance and Utah Practice, 7(1960-1961) Utah Law Review, s. 496.

⁸² **CHRISTENSON**, 496-497.

⁸³ Abbo **JUNKER**, Discovery im deutch-amerikanischen Rechtsverkehr, Hamburg 1986, s. 229.

yabancı mahkemelerin yanında milletlerarası nitelikli mahkemeler ve ilgili kişiler de eklenmiştir⁸⁴.

Amerikalı hâkimler ve avukatlar Avrupa'daki delil teminine güven duymadıkları için kendi uzmanlarını göndererek doğrudan delil temin etmeyi tercih etmektedirler. Bu kişiler "legal tourist" olarak adlandırılmaktadır. Genellikle avukatlar gönderilmektedir⁸⁵. Amerika Birleşik Devletleri'nde, Türk şirketlerine karşı açılan davalarda, Türk mahkemelerinden yardım istemek yerine, avukatların Türkiye'ye gelerek delil temin etmeye çalıştıkları görülmektedir. SCHLOSSER'e göre, yabancı ülkelerdeki merkezî makamın onayı yoksa bu uygulama meşru değildir. Fakat bir çok devlet, 1970 Lahey Konvansiyonunun 17. maddesine⁸⁶ istinaden doğrudan delil teminine izin vermektedir. Genellikle bu izinler belirli şartlarla verilmektedir. Örneğin, Fransa, incelemenin yapıldığı yerin kamuya açık olması ya da ifadesine başvuru kişinin yanında avukatının bulunması şartlarını aramaktadır. Öngörülen şartların yanı sıra, doğrudan delil teminine izin verilebilmesi için, delil temininin ihtiyarî olması, cebir kullanılmaması gerekir⁸⁷.

Türkiye 1970 Lahey Konvansiyonuna taraf değildir. Bu nedenle 17. madde Türkiye'ye yapılan doğrudan delil temini taleplerine uygulanamaz. Kanaatimizce, yabancı bir mahkemenin Türk mahkemesine yönelik bir istinabe talebi olmadan, yabancı avukatın Türkiye'ye gelerek şahidin rızasıyla onu dinlemesini veya ihtiyarî olarak belgeleri elde etmesini engellemek mümkün değildir. Sorun, ilgilinin iradesi olmaksızın ifadesine veya elindeki belgelere ulaşılma istenmesi halinde ortaya çıkacaktır. Hiç şüphesiz, bu durumda, Türk mahkemesinden yardım alınması zorunludur. Yabancı avukatın Türkiye'ye gelerek şahitlerin veya ilgililerin rızasıyla temin ettiği

⁸⁴ McCARTHY, 781.

⁸⁵ SCHLOSSER, 133.

⁸⁶ Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerden Delil Teminine İlişkin 1970 Lahey Konvansiyonunun 17. maddesinde, zorlama olmaksızın, doğrudan delil temini talebi bazı şartlarla kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, bir âkit devlette doğrudan delil temin etmek için atanan uzmanın, bu işlemi yerine getirebilmesi için, doğrudan delil temininin yerine getirileceği âkit devletin merkezî makamı somut olay için veya genel olarak izin vermiş olmalıdır. Bunun yanı sıra, delil temini esnasında izin hangi şartlarla verilmişse bu şartlara da uyulması gerekir. Ancak, âkit taraf, doğrudan delil teminini izin almaya gerek olmaksızın kabul ettiği beyan edebilir.

⁸⁷ SCHLOSSER, 133.

ifadenin veya belgelerin delil olarak kabul edilip edilmeyeceği ve bunların ispat gücü, bunları kullanacak yabancı mahkemenin hukukuna tabidir. Bu sebeple, daha önce de belirtildiği gibi, milletlerarası istinabe yoluna başvurulmaksızın, yabancı avukatların kendiliğinden elde ettikleri ve kendi mahkemelerinde kullanacakları delillerin ispat gücü ve değerinin Türk hukuku açısından değerlendirilmesi pek bir anlam ifade etmemektedir.

Delil temini konusunda en son düzenleme Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin 28 Mayıs 2001 Tarihli Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'dür. Tüzüğü'nün getirdiği en önemli yeniliklerden biri, bir üye devlet mahkemesinin diğer bir üye devlette doğrudan delil elde etmesine olanak vermesidir. "Talep eden mahkemenin doğrudan delil elde etmesi" başlığı altında 17. maddede bu konu özel olarak düzenlenmiştir. Talep eden mahkeme, delilin bulunduğu üye devletin belirlediği merkezî makama doğrudan delil elde etmek istediğini form (I) ile iletacaktır. Ancak doğrudan delil temini cebri icra kuvvetlerinin (coercive measures) kullanılmasına ihtiyaç olmayan hallerde başvurulabilecek bir yöntemdir. Ancak delil temininin ihtiyarî olarak yerine getirilmesi mümkün olan hallerde bir üye devlet mahkemesi diğer bir üye devlette doğrudan bu işlemi yapabilir. Aksi halde yapamaz. Doğrudan delil temini, talep eden mahkemede görevli olan biri tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bu işle görevlendirilmiş bir kişi -örneğin bir uzman (expert) tarafından da gerçekleştirilebilir. Talebin alınmasından itibaren 30 gün içinde, talebi alan merkezî makam, talebin kabul edilip edilmediğinden ve hangi şartlarda yerine getirileceğinden (J) formunu kullanarak talepte bulunan mahkemeyi haberdar eder. Doğrudan delil temini işlemin yapılacağı ülkenin hukukuna göre yerine getirilir (md.17/6). Merkezî makam bazı şartların varlığı halinde doğrudan delil temini talebini reddedebilir:

- (a) Talep, Tüzüğün kapsamına girmiyorsa,
- (b) Talep, 4. maddede belirtilen gerekli bütün şartları içermiyorsa, veya
- (c) Doğrudan delil temini talebi, talep edilen devletin temel hukuk prensiplerine aykırı ise,

o zaman talep reddedilecektir (md. 17/5).

VIII. YARGITAY KARARLARINDA MİLLETLERARASI İSTİNABE

A. KONUYLA İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

Yargıtay, yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusunda ikili veya çok taraflı antlaşmalar kapsamında milletlerarası istinabe yoluna gidilmemiş olmasını bozma sebebi saymaktadır.

“AG tarafından FG ve arkadaşları aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasında, davacı vekili, yemin teklif etmiş, davalı Fatma vekili, müvekkilinin Almanya’da bulunduğunu ileri sürmüştü; bunun üzerine davacı taraf yol masrafını vereceklerini beyanla davalının yemin için mahkemeye çağrılmasını istemiş; mahkemece, seyahat masrafının davacı vekili tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi halinde davalıya yemin davetiyesi gönderilmesi tensip olunmuştur. Davacı taraf, davalı Fatma’ya yemin teklif ettiğine, Fatma Almanya’da olup Almanya ile Türkiye arasında Müzahareti Adliye Antlaşması⁸⁸ bulunduğuna göre, istinabe yolu ile yemin işleminin yerine getirilmesi icab eder. Davalı, mahkemenin kaza çevresi dışında oturduğu için bulunduğu yer mahkemesine, istinabe yazılması lazım gelirken, davacının 5000 Lira masrafı depo etmesi halinde davalının Almanya’dan Türkiye’ye gelerek yemin etmesi için davetiye tebliğine karar verilmesi kanuna aykırıdır”⁸⁹.

Uygulamada, yurt dışında bulunan şahitlerin, Türk vatandaşı olması halinde, bunların ifadelerinin Türk konsolosluklarında alındığı görülmektedir. Yargıtay, muhtelif kararlarında, bu şekilde alınan şahit ifadelerinin geçersiz olduğunu belirterek yurt dışında bulunan şahitlerin ifadelerinin mutlaka istinabe yolu ile yabancı mahkeme tarafından alınması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁰.

⁸⁸ Yargıtay kararında, bu Antlaşmanın hem adı yanlış ifade edilmiş hem de kapsamı dar tutulmuştur. Antlaşmanın adı “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukukî ve Ticarî Mevaddî Adliyyeye Mûteallik Mûnasebatı Mûtekabiliye Dair Mukavalename”dir. Yargıtay kararında, antlaşmanın sadece adlî müzahareti düzenlediği ifade edilmiştir. Oysa, antlaşmanın kapsamına adlî himaye, adlî müzaharet, teminat, tebligat ve istinabe konuları girmektedir. Adlî müzaharet 6-8. maddeler arasında düzenlenmiştir.

⁸⁹ 2. HD, E.1627, K.1564, T. 13.3.1973: (1973)6-8 RKD, s. 260-261.

⁹⁰ Amerikan hukukunda, şahidin bulunduğu ülkedeki Amerikan elçiliğinde veya konsoloslukunda ifadesinin alınması mümkündür (CHRISTENSON, 490-491).

“Davacı 19.9.1945 tarihli oturumda and teklifinde bulunmuş ve Mısır’da bulunduğu beyan edilen davalıya and içirilmesi için, İskenderiye Mahkemesine talimat gönderilmiş ve davalı Kemalettin’e İskenderiye Türk Konsoloshanesinde içirilen yeminin de mahkeme huzurunda yaptırılmaması hasebiyle muteber olmamasına binaen hükmün bozulmasına karar verildi”⁹¹.

“Taraflar arasındaki karşılıklı boşanma ve nafaka davasında...gösterilen şahitlerin yargı bölgesi dışında olması halinde bunların ifadeleri istinabe suretiyle alınır...Şahitlerin hâkim tarafından dinlenmesi gerekmektedir. Davacının gösterdiği şahitlerin boşanma davalarına bakan...hakim tarafından dinlenmeleri için Fransız yetkili mahkemesine talimat yazılmıştır. Şahitlerin ifadesi Strazburg’daki Türk Konsolosluk memuru tarafından tespit edilmiştir. Bu şekilde mahkemece gösterilmeyen makamlarca dinlenen şahit sözlerine itibar edilerek karar verilemez. Dış ülkelerde Türkiye’yi temsil eden, diplomatlara, bu meyanda konsolos veya konsolosluk memurlarına tanınan böyle bir yetki yoktur....1574 sayılı Kanunla onaylanan 1.3.1954 günlü Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşmasının 8. maddesinde, âkit devletlerin adlî makamlarının kendi kanunları...gereğince istinabe suretiyle diğer âkit devletin selahiyetli makamlarına adlî muamelelerin icrasını istemek üzere müracaat edebileceğini, 14. maddesi de istinabeyi icra eden adlî makamın takip edilecek şekil hakkında memleketinin kanunlarını tatbik edeceğini ifade etmiştir...”⁹².

“Davalı, şahit olarak gösterdiği İlknur ile Yılmaz’ın dinlenmesinden vazgeçmemiştir. Türk konsolosluk memurunun almış olduğu ifadelere değer verilerek hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılacak iş, şahitlerin hâkim tarafından dinlenmesi için buldukları ülke mahkemesine talimat yazmak, delilleri birlikte değerlendirmek ve hasıl olacak sonuca göre karar vermektir. 1574 sayılı Kanun ile onaylanan 1.3.1954 günlü Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşmasının 8. maddesinde âkit devletlerin adlî makamlarının kendi kanunları gereğince istinabe suretiyle, diğer âkit devletin selahiyetli makamlarına adlî muamelelerin icrasını istemek üzere müracaat edebileceğini; 14. maddesinde, istinabeyi icra eden adlî makamın takip edilecek şekil hakkında memleketinin kanunlarını takip edeceğini ifade etmiştir”⁹³.

⁹¹ 4. HD, E. 630, K. 332, T. 25.1.1949: (1949)5 AD, s. 747-748.

⁹² 2. HD, E. 8621, K. 11285, T. 5.11.1996: (1997)433 İKİD, s.12602.

⁹³ 2. HD, E. 2000/9050, K. 2000/12427, T. 17.10.2000: (2000)72 Yargı Dünyası, s. 63-64.

İspanya'da bulunan bazı şahitlerin ifadelerinin Türk konsoloslüğunda alındığı ve bazı şahitlerin de Türk mahkemesine dilekçe yazmak suretiyle beyanda buldukları diğer bir olayda da Yargıtay bu şekilde şahit ifadesinin alınamayacağı sonucuna varmıştır.

“Yabancı ülkede bulunan şahit istinabe yolu ile dinlenir (HUMK md. 257). Ülkemiz, Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşmasına katıldığı gibi bir çok ülke ile de ikili yardım antlaşmaları yapmıştır. Ülkemiz ile şahitlerin buldukları İspanya arasında adlî yardım antlaşması bulunduğu,... tarihli ara kararı üzerine İspanyol adlî makamlarına talimat gönderildiği dikkate alınmadan beyanları hükme etkili şahitlerin o ülkede bulunan Türkiye siyasi memuru tarafından tespit edilen beyanları ve bazı şahitlerin de, mahkemeye gönderdiği dilekçeler esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir”⁹⁴.

Ayrıca, Yargıtay, davanın taraflarının yaptığı anlaşmaya istinaden yurt dışında bulunan şahitlerin ifadesinin mektupla alınamayacağını ifade etmiştir. Yargıtay, boşanma gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda, iki tarafın, Almanya'da bulunan şahitlerinin mektupla alınan beyanlarının HUMK'un 150. maddesi hükmü karşısında sonuca etkili olmayacağını belirtmiştir.

“Ülkemiz ile şahitlerin buldukları Almanya arasında adlî yardım antlaşmaları bulunduğu (23.2.1972 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşması ve 7.1.1979 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Almanya ile iki taraflı adlî yardım antlaşması) dikkate alınmadan, beyanları hükme etkili şahitlere gönderilen soru kağıtlarına alınan cevaplar esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir”⁹⁵.

Yargıtay, yabancı ülkede bulunan şahsın, konsoloslukta yemin ettirilemeyeceğine; bu şekilde yapılan yeminin usulsüz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, yemin verdirilecek kişinin bulunduğu ülkenin usulüne uygun olarak, o ülkenin yetkili mahkemesinin istinabe ettirilmesi ve istinabe olunan mahkeme huzurunda yemin işleminin yapılması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁶.

⁹⁴ 2. HD, E.2001/2269, K. 2001/3659, T. 12.3.2001.

⁹⁵ 2. HD, E.1996/10721, K. 1996/11701, T. 15.11.1996.

⁹⁶ Temyiz 4. Hukuk Dairesi, 23.9.1939: İmran ÖKTEM, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İçtihatlar, İstanbul 1943, s. 349.

B. YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay'ın yorum ve değerlendirmeleri gerek öğreti gerekse uygulamacılar açısından tartışılmaz bir değere sahiptir. Yargıtay, milletlerarası istinabe hakkında antlaşma olması halinde bu antlaşmadaki hükümlere uyulmamış olmasını ve eğer antlaşma yoksa diplomatik yolla istinabe taleplerinin iletilmemiş olmasını bozma sebebi saymaktadır. Özellikle, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına konsolosluklarda yemin verdirilmesi veya konsolosluk görevlileri tarafından ifadelerinin alınması; bizzat şahidin kendi ifadesini bir dilekçe ile Türk mahkemesine göndermesi; yurt dışında bulunan şahitlerin veya tarafların, milletlerarası istinabe yoluyla ifadelerinin alınması veya yemin ettirilmeleri yerine Türkiye'ye çağırılması Yargıtay kararlarında ele alınan temel konuları oluşturmaktadırlar.

Yargıtay, sayılan bu işlemlerin milletlerarası istinabenin konusunu teşkil ettiğini belirterek, bu yola başvurulmadan yapılan işlemlerin usule aykırı ve geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yukarıda incelenen kararlardan açıkça anlaşılacağı üzere, Yargıtay, milletlerarası istinabe konusunda titizlik ve hassas bir yaklaşım sergilemektedir.

IX. SONUÇ

İç ve dış ticaretteki hızlı gelişmelerin büyük boyutlara ulaşması, kişilerin teknolojik gelişmeler sonucunda hukukî ilişkilerini genellikle belirli bir ülkeyle sınırlandırmaması mahkemelerin milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili faaliyetlerini arttırmıştır. Diğer ülke veya ülkelerle bağlantılı olan hukukî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, mahkemenin dava konusu ile ilgili bilgileri toplaması; resmî ve özel belgeleri, muhasebe kayıtlarını elde etmesi; olay yerinde inceleme yaptırması; şahitlerin ifadesinin alınması mahkemenin yapacağı yargılama faaliyetlerini zorlaştıracaktır. Milletlerarası nitelikli davalarla ilgili olarak mahkemelerin karşılaştıkları zorlukları bertaraf etmek veya en aza indirmek farklı ülkede bulunan mahkemeler arasında işbirliğini gerektirmektedir. Yargı hakkının ülkeyle sınırlı olmasının doğal sonucu olarak mahkemeler diğer ülkelerde yargısal işlemler yapamazlar. Mahkemeler, buldukları ülke dışında gerçekleştirilecek işlemler için, söz konusu işlemlerin gerçekleştirileceği ülkede bulunan mahkemelerden yardım almak zorundadırlar. Hatta, aynı ülkede bulunan

mahkemeler dahi kendi kaza çevreleri dışındaki işlemleri o yerde bulunan mahkeme vasıtasıyla gerçekleştirirler.

Milletlerarası hukukî yardım alanında yeknesak bir uygulamanın sağlanması; yardım talebinin kısa sürede ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi; diplomatik yolla iletilen yardım taleplerinin yanı sıra yeni yöntemlere başvurulması imkânının sağlanması; taraf olan devletler açısından yardım talebinin yerine getirilmesi yükümlülüğünün öngörülmesi ve böylece taleplerin reddine engel olunması amacıyla antlaşmalar yapılmaktadır. Antlaşmalara rağmen, milletlerarası hukukî yardım ile ilgili sorunlar henüz tam olarak çözümlenememiştir. Özellikle de, usul hukuklarındaki farklılıkların hukukî yardım taleplerinin yerine getirilmesi bakımından yarattığı sorunlar aşılabilmiş değildir. Belki de bu sorunları aşmak için Avrupa Birliği'nin yaptığı gibi, hukukî yardım taleplerinde, merkezî makam ve diplomatik ajanları bertaraf edip doğrudan diğer bir ülkedeki mahkemenin istinabe edilmesine olanak veren bir sistemin kabul edilmesi gerekir. Ancak Avrupa Birliği gibi ekonomik ve siyasî alanda bütünleşmeyi sağlamış olan bir topluluğa üye olan ülkelerin mahkemeleri arasında yakın işbirliğini sağlamak kolay olmakla beraber aynı işbirliğini aralarında böyle bir bütünleşme olmayan ülkelerin mahkemeleri arasında sağlamak pek de kolay değildir.

İstinabe edilen mahkemenin bulunduğu ülke ile aramızda milletlerarası antlaşma olsun ya da olmasın, istinabe taleplerinin kabulü konusunda bir sorun yoktur. Eğer antlaşma varsa, antlaşma hükümleri çerçevesinde istinabe talepleri yerine getirilmekte ve ancak antlaşmada öngörülen hallerde talep reddedilebilmektedir. Antlaşma yoksa, milletlerarası nezaket ve müteakabiliyet esasları doğrultusunda istinabe talepleri kabul edilmektedir. Milletlerarası antlaşma olmamasına rağmen, uygulamada, istinabe edilen mahkeme, istinabe talebini reddetmesini gerektiren özel bir durum yoksa, talebi kabul etmektedir. Ancak, milletlerarası nezaket ve müteakabiliyet esaslarına göre yapılan istinabe talepleri, istinabe edilen yabancı mahkemenin hukukuna göre yerine getirilmesi mümkün olmayan bir işlemin yapılmasının talep edilmesi; talep edilen delilin verilmesinin ceza kanununu ihlâl etmesi veya verilmesi özel bir düzenleme ile yasaklanan bilgilerin istenilmesi ("blocking legislation")⁹⁷ hallerinde reddedilmektedir⁹⁸.

⁹⁷ "Blocking legislation", tanıkların ifadesinin alınmasını ve belgelerin sunulmasını, incelenmesini ve ülkeden çıkarılmasını engeller. Örneğin, yabancı ülkede görülen dava ile ilgili

Asıl sorun, istinabe talebinin yurt dışına gönderilmesinin zaman alması ve talebe istinaden yabancı mahkemenin yapacağı işlemlerin Türk konsolosluklarında yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, konsoloslukların, konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesi ve milletlerarası istinabe taleplerinin hızlı bir şekilde, eksiksiz düzenlenen belgeler doğrultusunda yapılmasının sağlanması gerekir. Bu konularda gösterilecek titizlik ve hassasiyet, Türk mahkemelerinin hızlı ve etkin bir şekilde yargılama yapmalarının yanı sıra davanın taraflarının menfaatleri açısından hayati önem taşımaktadır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü vasıtasıyla gerçekleştirilen istinabe taleplerinde, sadece bu kurumun değil, davanın taraflarının ve istinabe eden mahkemenin de katkısı olduğundan, işlemlerin hızlandırılması bütün ilgililerin göstereceği özene bağlıdır. Ayrıca, bürokrasinin azaltılması, teknolojisi en yeni ve güvenilir iletişim araçlarının kullanılması ve konuyla ilgili eleman sayısının yeterli düzeye çıkarılmasıyla milletlerarası istinabe taleplerinin kısa sürede gönderilmesi açısından gerekli zemin hazırlanmış olacaktır.

olarak talep edilen delillerin verilmesi Kanada'nın uluslararası ticarî menfaatlerini veya egemenliğini olumsuz yönde etkileyecek ise Kanada bu tür delil temini taleplerini kabul etmemektedir (**FREEDMAN/HARNEY**, 374-375). Aynı değerlendirme, bir çok ülke tarafından, Amerikan hukukunda mevcut olan "pre-discovery" usulünün bir parçası olarak başka bir ülkede bulunan belgelerin ve bilgilerin istenilmesi hususunda da yapılmaktadır. Amerikan mahkemeleri, diğer ülkelerin "blocking legislation" niteliğindeki düzenlemelerini istinabe taleplerini yaparken bir engel olarak görmemektedir. Bu düzenlemelere rağmen davanın taraflarını delil sunmaya zorlamaktadırlar. Hatta, kişinin bulunduğu ülkede delil sunması yasaklanmış ve yasağa uymayanlar için ceza öngörülmüş olsa bile Amerikan mahkemeleri yabancı ülkelerin "blocking legislation"larını göz ardı edip kendi kararına uymayanlara -bazı iddiaları ileri sürememesi, davanın düşmesi, gıyabında karar verme gibi- çok ağır yaptırımlar uygulamaktadırlar. Bu yaptırımların uygulanmasında kişilerin iyi niyetli olup olmadığına da bakılmamaktadır (**FREEDMAN/HARNEY**, 375).

1987 yılında, Amerika'nın Iowa Eyalet mahkemesinde görülen bir davada (Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States) bu konu üzerinde durulmuştur. Iowa Eyalet Mahkemesinde, uçak imâl eden bir Fransız şirketine karşı şahsî zararların tazmini davası açılmıştı. Davacılar, Fransa'da bulunan delillerin edilmesine yönelik taleplerde bulunmuşlardı. Davalı ise, Fransız "blocking statute"un, Fransa'da bulunan belgelerin verilmesini yasakladığını ifade etmişti. Mahkeme, Fransız "blocking statute"un Amerikan mahkemesini, yetkisine tabi olan şahsa delilleri sunmasını emretme yetkisinden mahrum edemeyeceği sonucuna varmıştı. Hatta, delillerin sunulması Fransız kanununu ihlâl etse dahi sonuç değişmeyecektir (Kararın özeti için bkz. Maurice **ROSENBERG**/Peter **HAY**/Russell J. **WEINTRAUB**, Conflict of Laws, 10th ed., New York 1996, s. 744-746).

⁹⁸ **CGJ MORSE**, Obtaining Evidence Abroad: English and American Comparisons, Legal History and Comparative Law Essays in Honour of Albert Kiralfy, Edt. Richard Plender, London 1990, s. 160.

Y A R A R L A N I L A N K A Y N A K L A R

- Mustafa Reşit **BELGESAY**, Yabancı Mahkemelerin İstinabe Talepleri, (1950)2 Pratik Hukuk Mecmuası: Mahkeme İçtihatlarının Tahlil ve Tenkidi.
- Necip **BİLGE**/Ergun **ÖNEN**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 3. bası, Ankara 1978.
- Ali Cem **BUDAK**, Making Foreign People Pay, Dortmund 1999.
- Eileen P **McCARTHY**, A Proposed Uniform Standard for US Courts in Granting Requests for International Judicial Assistance, 15(1991-1992) Fordham International Law Journal.
- Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters: Official Journal of the European Communities, L 174, 27.6.2001.
- CHESHIRE & NORTH**, Private International Law, Edt. PM North/JJ Fawcett, 11th ed., London 1987.
- Gordon A. **CHRISTENSON**, International Judicial Assistance and Utah Practice, 7(1960-1961) Utah Law Review.
- Aysel **ÇELİKEL**, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bası, İstanbul 2000.
- DICEY/MORRIS**, The Conflict of Laws, Edt. Lawrence Collins, V. 1, 13th ed., London 2000.
- Ulrich **DROBNIG**, Bilateral Studies in Private International Law: American German Private International Law, 2nd ed., New York 1972.
- Nuray **EKŞİ**, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bası, İstanbul 2000.
- Bahadır **ERDEM**, Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, (1989) 2 MHB.
- Bradley J. **FREEDMAN**/Gregory N. **HARNEY**, Obtaining Evidence from Canada: The Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts, 21(1987) U. Brit. Colum. L. Rev.
- Federal republic of Germany: Court of Appeals (Munich) Decision with Regard to a US Request for Judicial Assistance and the Taking of Evidence, (1981) International Legal Materials.
- Horace **GAUTIER**, Switzerland and the United Kingdom: Improved Co-operation in Criminal Matters, 7(1992)2 Journal of International Banking.
- Aslan **GÜNDÜZ**, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 3. bası, İstanbul 1998.

- Maurice **HARARI**/Alain **HIRSCH**, *The Swiss Perspective on International Judicial Assistance*, 9(1987) *U. Pa. J. Int.*
- Jack **JACOB**, *Private International Law Litigation*, London 1988.
- Abbo **JUNKER**, *Discovery im deutch-amerikanischen Rechtsverkehr*, Hamburg 1986.
- International Co-operation in Civil and Commercial Procedure American Continent*, Edt. Ludwik/ Kos/Rabcewicz/Zubkowski, Ottawa 1975.
- Pierre **KARRER**/W. Karl **ARNOLD**, *Switzerland's Private International Law Statute*, Deventer 1989.
- Nurullah **KUNTER**/Feridun **YENİSEY**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, I. Kitap, 12. bası, İstanbul 2002.
- Baki **KURU**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, C. III, 6.bası, İstanbul 2001.
- Carlo **LOMBARDINI**, *Switzerland Money Laundering International Legal Assistance*, 13(1998)4 *Journal of International Banking*.
- Robert B. von **MEHREN**, *Discovery of Documentary and Other Evidence in a Foreign Country*, 77(1983)*AJIL*.
- Peter **METIS**, *International Judicial Assistance: Does 28 USCS 1782 Contain an Implicit Discoverability Requirement?*, 18(1994) *Fordham International Law Journal*.
- James WM **MOORE**, *Moore's Federal Practice*, 3rd ed., V. 6, 1997.
- CGJ **MORSE**, *Obtaining Evidence Abroad: English and American Comparisons, Legal History and Comparative Law Essays in Honour of Albert Kiralfy*, Edt. Richard Plender, London 1990.
- Cristopher **MURRAY**, *Defense Requests for International Judicial Assistance: The UK Perspective*, 23(2000) *Fordham International Law Journal*
- Heinrich **NAGEL**, *Nationale und internationale Rechtshilfe im Zivilprozeß: das europaeische Modell*, Baden-Baden 1971.
- Heinrich **NAGEL**/Peter **GOTTWALD**, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Auflage, Köln 2002.
- Ergin **NOMER**, *Devletler Hususî Hukuku*, 11. bası, İstanbul 2002.
- John **O'BRIEN**, *Smith's Conflict of Laws*, 2nd ed., London 1999.
- İmran **ÖKTEM**, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İçtihatlar*, İstanbul 1943.
- Hakan **PEKCANITEZ**/Oğuz **ATALAY**/Muhammet **ÖZEKES**, *Medeni Usul Hukuku*, 2. bası, Ankara 2000.

- Hakan **PEKCANITEZ**, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2000.
- Sait **REZAKİ**, *Hukuk Usulüne Dair Sözleşme ile İlgili Bir İnceleme*, (1973)1 *Adalet Dergisi*.
- Sait **REZAKİ**/Salim **ÖZDEMİR**, *Açıklamalı Uygulamalı İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat*, Ankara 1974.
- Maurice **ROSENBERG**/Peter **HAY**/Russell J. **WEINTRAUB**, *Conflict of Laws*, 10th ed., New York 1996.
- Atâ **SAKMAR**, *Yabancı İllâmların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul 1982
- Atâ **SAKMAR**/Nuray **EKŞİ**, *Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizî Hakkında AB Konsey Tüzüğü*, (2002)2 *MHB Ergin NOMER'e Armağan*.
- Clive M. **SCHMITTHOFF**, *Schmitthoff's Export Trade The Law & Practice of International Trade Law*, 9th ed., London 1990.
- Peter **SCHLOSSER**, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, 284(2000) *RECUEIL DES COURS*.
- Ünal **TEKİNALP**/Gülören **TEKİNALP**, *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. bası, İstanbul 2000.
- Saim **ÜSTÜNDAĞ**, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. bası, İstanbul 2000.
- Rauf **VERSAN**, *The General Principles of International Judicial Assistance in Civil Matters and Judicial Assistance to International Courts*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Cambridge 1985.
- Sandro **VISINI**, *Switzerland: Banking Freezing of Accounts*, 7(1996)11 *International Company and Commercial Law Review*.
- Bruce **ZAGARIS**, *Developments in International Judicial Assistance and Related Matters*, 18(1990) *Denver Journal of International Law and Policy*.

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

*Dr. Gülgün ILDIR**

§. 1. GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

Devlet, yargılama hukukları alanında, önceden belirlenmiş yargılama kurallarına göre, uyuşmazlıkların çözümünü garanti eder. Yargı, kişilerin haklarını korumayı amaçlayan ve hukuk düzeninin devamını sağlayan, devletin temel fonksiyonlarından biridir.

Ne var ki, her uyuşmazlığın çözümünün devlet yargısından beklenmesi, medeni yargı alanında mahkemelerin aşırı iş yükü altında kalmalarına ve yargılamanın makul sürede bitirilememesine neden olmaktadır.

Türk hukukunda da, medeni yargı alanında mahkemelerin aşırı iş yükü ve uyuşmazlıkların makul sürede bitirilememesi bir sorundur¹. Bu güne değin, bu soruna çözüm olması amacıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Ancak, kanunların değişmesinin ötesinde, dünyadaki gelişmelere uygun, yeni düşüncelere ihtiyaç vardır. Bu nedenden dolayı, devletin yargılama yetkisine alternatifler tanınmaktadır. Devlet yargısının en önemli alternatifi tahkim yargısıdır. Ancak, devlet yargısının tek alternatifi tahkim yargısı değildir. Günümüzde, tahkimden başka, diğer alternatif

* Uludağ Üniversitesi Öğretim Görevlisi

¹ Davanın mahkemeye gelişi ile karar arasında geçen zaman 2001 yılı itibarıyla, asliye ticaret mahkemelerinde, 383 gün, asliye hukuk mahkemelerinde 241 gün, sulh hukuk mahkemelerinde 71 gün, Kadastro mahkemelerinde 551 gün, İş mahkemelerinde 284 gün, icra hukuk mahkemelerinde 104 gün, Ortalama olarak, 174 gündür. www.adli-sicil.gov.tr, 12.11.2003.

yöntemler de, uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmekte ve “alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR= Alternative Dispute Resolution)” olarak anılmaktadır.

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devlet yargısı dışında alternatiflerin tercih edilmesinin nedeni, yargının aşırı iş yükü altında olması ve yargılamanın makul sürede bitirilememesinin yanında, küçük meblağlı uyuşmazlıklara ilişkin ayrı bir yargılama yönteminin eksikliği, uyuşmazlığın taraflarına, uyuşmazlığı mahkemeye intikal ettirmeksizin yüz yüze görüşme ve uzlaşma (sulh olma) imkanını tanıyan müesseselerin yetersizliği ve iyi ilişkilerin sürdürülmesine imkan tanıyan nitelikte çözümler üretilmemesidir. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümüne tarafların etkin katılımı, iyi ilişkilerin sürdürülmesi isteği alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin en önemli tercih nedenlerindedir. Zira, devlet yargısında genellikle, uyuşmazlık, tarafların uyuşmazlığı olmaktan çıkmakta ve farklı bir dilde yürüyen hukuk dünyasına taşınmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümünde ise, tarafların, çözüm sürecine daha etkin katılımı amaçlanmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü, medeni yargının amacının ve yöntemlerinin yeniden irdelenmesine neden olmaktadır. Bunun yanında hukuk eğitiminin de geleneksel yapısının değişimi tartışmalarını gündemde tutmaktadır.

“Alternatif uyuşmazlık çözümü” kavramında yer alan uyuşmazlık ifadesi ile, kişiler arasında doğan ve hukuk düzenince korunan menfaat çatışmalarının giderilemediği durumlar kastedilmektedir. Çözüm ifadesi ile, mahkemelerce verilen hükümden farklı olarak, uyuşmazlık tarafları arasında uzlaşmayı sağlayan tarafların benimsedikleri çözümler anlatılmaktadır. Çözüme, “tarafsız üçüncü kişiler²” yardımı ulaşılmaktadır.

² Alternatif uyuşmazlık çözümünde uyuşmazlığın çözümünü sağlamaya çalışan kişi “tarafsız üçüncü kişi” olarak anılmaktadır. Tarafsız üçüncü kişi ile ayrıntılı bilgi için bkz. Gülgün İldır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayını, Ankara 2003, s. 24.

I. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DEVLET YARGISINA ALTERNATİF OLMA ÖZELLİĞİ

Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri, devlet yargısına alternatif olarak gelişmektedir³.

Devlet yargısının olumlu yönleri vardır; İlk olarak, uyuşmazlığın çözümü için uygulanan kanunlar genel iradenin bir ifadesidir⁴. Kanunlar herkes için geçerli kurallar koyar, belirli kişileri ya da grupları hedef tutması ihtimali yoktur⁵. Aynı zamanda kanunlara uygun hareket edilmemesi halinde, kişiler, çeşitli hukuki yaptırımlar ile karşı karşıya kalacaklarını bildiklerinden, objektif hukuk kurallarının, caydırıcı etkisi vardır⁶. Devlet yargısında, uyuşmazlıkların çözümü için uygulanan yöntem; kamuya açık, aleni ve etkileyicidir. Devlet yargısının biçimselliği, keyfiliği önler. Ayrıca, devlet yargısı, uzun vadeli de olsa bir çözüm garantisi sunar.

Devlet yargısının bazı uyuşmazlıkların çözümünde olumsuz yönleri de vardır. Modern devlet ve toplum hayatının gittikçe karmaşıklaşan yapısı ve koşulların hızla değişmekte olması, yasama organının herhangi bir konuyu düzenlerken bütün ihtimalleri önceden öngörebilmesini ve ayrıntılı olarak tespit edebilmesini zorlaştırmaktadır⁷. Bu bakımdan kanunlar, her zaman somut olayda yaşanan soruna çözüm getirmeyebilir. Ayrıca devlet yargısının

³ Alternatif uyuşmazlık çözümü, yalnız devlet yargısına değil, tahkim yargısına da alternatif olarak kabul edilmektedir. Tahkim, tıpkı devlet mahkemeleri gibi taraflara bir çözüm garantisi sunar. Ancak, tahkim yargısının devlet yargısına nazaran sahip olduğu bu olumlu yönleri yanında, devlet yargısının olumsuz yönlerine benzer olumsuzlukları vardır. Örneğin, tahkim yargılaması, uyuşmazlığın taraflarına, kendi çözümlerini üretecek kadar tahkim yargılamasına katılımına izin vermez. Ayrıca, tahkim usulüne, çeşitli nedenlere devlet yargısının müdahalesi tahkimin diğer bir olumsuz tarafıdır. Tahkim ve Alternatif uyuşmazlık çözümü ilişkisi için bkz. **İldır** s. 57-60; Tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözümü biçimi olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Bu görüş için bkz. **Mustafa Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Avrupa Birliğindeki Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlıkların Çözümündeki Yeni İşlevi, İstanbul Noter Odası, 2003 yılı Sempozyumu, s.2.

⁴ Tanık Zafer **Tunaya**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980, s. 218.

⁵ Münici **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 231.

⁶ Tom **Tyler**, Procedure or Result: What Do Disputants Want From Legal Authorities? A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action, London 1991, s. 20.

⁷ **Kapani**, s. 232.

davayı kazanan-kaybeden esası üzerine kurulu nedeniyle, özellikle, "süreklilik" gerektiren ilişkiler için, bu uyuşmazlık çözüm biçimi onarılmaz yaralar açabilmektedir⁸.

Bundan başka, devlet yargısı, yöntemin doğruluğunu ve şekli gerçeği temel alır⁹. Devlet yargısı, biçimsel kurallara bağlı olduğundan yavaş işler ve mahkemelerde yapılan yargılamada tarafların çözüme katılımı dolaylıdır. Devlet yargısında, uyuşmazlık, tarafların uyuşmazlığı olmaktan çıkarak; anlaşılmaz bir dile bürünebilmekte, avukatların, hukuk savaşına dönüşebilme ve tarafların asıl amaçlarının dışında sonuçlar doğabilmektedir.

Bunlara ilave olarak, devlet yargısının maliyeti yüksektir. Özellikle küçük uyuşmazlıklar için uygun başka yöntemlerin olması gerekir. Devlet yargısında, istisnai durumlar dışında, aleniyet esastır. Ancak, bazı uyuşmazlıkların çözümünün aleni olması arzu edilmeyebilir. Devlet yargısında hakimlerin, uyuşmazlık konusunun her zaman uzmanı olmamaları da bir olumsuzluktur.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN TERCİH NEDENLERİ

Uyuşmazlığa düşen taraflar, sorunlarını çözmek için, devlet yargısı yerine, alternatif çözüm yöntemlerinden birini seçmekle, daha dostça ve daha çok işbirliğine dayalı bir ortamı seçmiş olurlar¹⁰. Alternatif çözüm yöntemlerinde taraflar, çözüme katılma ve yüz yüze görüşme fırsatı elde ederler. Birlikte temel çıkarlarının ne olduğunu araştırabilir, yaratıcı ve yenilikçi çözümlere temel oluşturabilecek bir ortak zemin bulabilirler.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün en çekici özelliklerinden biri de uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yaratıcı tercihler sunabilmesidir. Alternatif uyuşmazlık çözümü, taraflara kendi gereksinimlerine uygun, uyuşmazlık çözüm yöntemlerini seçme imkanı sağlar. Bir kısım uyuşmazlıkların alternatif

⁸ Tony F. Marshall, "Neighbour disputes: Community mediation schemes as an alternative to litigation", A Handbook Of Dispute Resolution on Alternate Dispute Resolution in Act, 1991, s. 65.

⁹ Tyler s. 20.

¹⁰ Richard H. McLaren/John P. Sanderson, Innovative Dispute Resolution the Alternative, Ontario, Canada, 1994, s. 1-8.

yöntemlerle çözümünde, aşamalı olarak çeşitli yöntemler birleştirilerek anlaşma sağlanabilir. Böylelikle, dava açmadan önce mümkün olan bütün uyuşmazlık çözüm yolları denenebilir. İş ilişkilerini korur ve geliştirir, yeni diyaloglara izin verir. Alternatif çözüm yöntemlerinde, kimin hangi dereceye kadar çözüm sürecine katılacağı bizzat taraflarca kararlaştırılır. Katı şekle tabi olmayan bir ortam, taraflar arasında etkili bir iletişim sağlar¹¹.

Devlet yargısının aksine, alternatif yöntemlerin önemli bir özelliği, uyuşmazlığın taraflarına aleni olmayan bir ortamda çözüm sunabilmesidir. Bu özellik, uyuşmazlığın temelinde, ticari uyuşmazlıklar olduğunda, çok önemli bir özellik haline gelmektedir¹².

Alternatif çözüm yöntemlerinin sağladığı en önemli avantajlardan bir tanesi de, uyuşmazlık taraflarının aralarındaki uyuşmazlığı dostça çözmek isteğini ifade ediyor olmasıdır¹³. Bir üçüncü kişinin desteği ile de olsa, kendi aralarında anlaşmaya varan tarafların, bu anlaşmanın koşullarına uyma olasılığı, kendilerine zorla kabul ettirilen bir karara nazaran daha yüksektir. Ayrıca, daha önce kendi aralarında uzlaşmış olan taraflar, koşullar değiştikçe, yeni bir anlaşma için pazarlığa oturmaya daha istekli olabilirler. Yapıcı bir çabanın sonucunda varolan ilişkilerin korunması ve iş ilişkilerinin sürdürülebilmesi, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemleri ile mümkün olabilmektedir.

Tarafsız üçüncü kişilerin, alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri konusunda bilgili, pratik düşünebilme yeteneğine sahip ve aynı zamanda uyuşmazlık konusunda uzman kişiler arasından oluşturulması, özellikle bilirkişiye başvurmayı gereksiz kılmakta ve zaman kaybını önlemektedir. Uyuşmazlık taraflarının, seçilen alternatif çözüm yönteminin henüz başlangıç aşamasında, uzman kişiler üzerinde anlaşmaları ise, ulaşılmaması muhtemel çözümü kolaylaştırmaktadır. Kısa ve biçimsel olmayan bir çözüm mekanizmasının maliyeti de düşük olmaktadır.

¹¹ Jean Claude Goldsmiht, Report By The working Group On Means of Alternative Dispute Resolution (ADR), 6.10.1994, s. 4.

¹² McLaren/Sandersen s. 4-20.

¹³ Christopher W. Moore, The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1986, s. 4-5.

Son olarak tarafların, uyuşmazlığı alternatif çözüm yöntemleri ile çözümlenememesinin, mahkemeye veya tahkime başvurma haklarını kısıtlamaması önemli bir tercih nedeni olmaktadır.

III. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ SÖZLEŞMESİ

Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlık taraflarının sözleşmeye dayalı düzenlemeleri ile haklarını elde etmeleri anlamına gelir¹⁴. Türk medeni yargılama hukukunda, sözleşme kavramı ve usul sözleşmelerinin nitelikleri üzerinde durulmuştur; çünkü sözleşmeler, maddi hukukun bir aracı olarak karşımıza çıkmakla beraber, usul kanunlarında da yetki sözleşmesi, delil sözleşmesi ve tahkim sözleşmesi (HUMK m.22; 287/II; 516 vd.) gibi sözleşmeler düzenlenmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmeleri ise usul kanunlarında düzenlemeyen türden sözleşmelerdir¹⁵.

Taraflar, tahkim sözleşmesinde olduğu gibi, aralarındaki asıl borç ilişkisine ilişkin sözleşmeye ekleyecekleri bir şart ile, o sözleşmeden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların, alternatif yöntemler ile çözümleneceğini kararlaştırabilecekleri gibi; bağımsız bir sözleşme yaparak da meydana gelmiş veya gelebilecek bir uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözümü ile hallini düzenleyebilirler ki, bu sözleşmeye “alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi” denir. Taraflarla, uyuşmazlığı çözümlenmekle yetkilendirilen tarafsız üçüncü kişiler arasında yapılan sözleşme, bundan farklıdır. Bu sözleşme ile, taraflarca, uyuşmazlığın çözümü için tarafsız üçüncü kişilere bir icapta bulunduğu ve onlar tarafından da icabın kabul edildiği anlaşılır.

Uyuşmazlığın, kamu düzenine ilişkin olup olmadığının ve tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkilerinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından alternatif yöntemler ile çözümlenecek uyuşmazlıkların “belirli” olması gerekir¹⁶. Bu nedenle maddi hukuk

¹⁴ İldır s. 64.

¹⁵ İldır s. 121.

¹⁶ Alternatif uyuşmazlık çözümü yolu ile çözümlenebilecek olan uyuşmazlıklar, “tarafların arzularına tabi olan” uyuşmazlıklardır. Bununla kastedilen tarafların, konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Örneğin, alacak davasına konu olabilen uyuşmazlıklar, tazminat istemleri, menkul ve gayrimenkul davasına konu olabilen uyuşmazlıklarda, taraflar, uyuşmazlık konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe

sözleşmelerinde yer alacak alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeler, uyuşmazlığı belirli kılmaya yeter¹⁷.

Sonuç olarak alternatif uyuşmazlık çözümü sözleşmesi, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın, tarafsız üçüncü kişilerce çözümü hususunda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyan edilmesi ile ortaya çıkar. Bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözümü bir sözleşme ile doğar.

IV. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YÖNTEMLERİ¹⁸

- A. Vakıaların Saptanması (Fact Finding)
- B. Tarafsız Ön Değerlendirme (Early Neutral Evaluation)
- C. Arabuluculuk (Mediation)
- D. Arabuluculuk-Tahkim (Med - Arb)
- E. Kısa Duruşma (Mini - trial)
- F. Diğer Yöntemler (Summary Juri Trial, Rent a Judge)

Bu çalışmanın sınırları içinde isimleri sayılan bu yöntemler için genel bir değerlendirme olarak, denilebilir ki; ilk iki yöntem, henüz uyuşmazlığın başlangıcında tavsiye edilen ve taraflara uyuşmazlığa ilişkin olarak, yeni bir bakış açısı kazandırmaya yönelik yöntemlerdir. Taraflar bu yöntemlerin sonunda düzenlenen rapor ile uyuşmazlık ile neleri tehlikeye attıklarını daha somut bir biçimde görmek imkanını elde ederler. Belirli bir vakianın aydınlanması ile uyuşmazlık çözüme kavuşabilir. Bu yöntemler hakem bilirkişiliğin davayı önleyici etkisine¹⁹ sahiptir. Tarafsız üçüncü kişinin raporları bir öneri içersin veya içermesin taraflar aralarında uzlaşmaya varabilirler. Uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde ise, taraflarca istenmesi veya mahkeme tarafından önerilmesi üzerine, diğer alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri tamamlayıcı nitelikte uygulanabilir.

tasarruf edebileceğinden alternatif uyuşmazlık çözümünün de konusunu oluşturabilirler. **İldır** s. 40.

¹⁷ George **Applebey**, "Alternative Dispute Resolution and The Civil Justice System", A Handbook Of Dispute Resolution On Alternate Dispute Resolution in Act, Sweet&Maxwell, 1991, s. 26.

¹⁸ Yöntemlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **İldır**, 78-121.

¹⁹ Hakem bilirkişiliğin davayı önleyici etkisi için bkz. **İldır**, 172

Arabuluculuk yöntemi ise, en yaygın kullanılan yöntemdir. İlk iki yöntemden farkı doğrudan tarafların uzlaşma isteğini ifade eden bir yöntem olmasıdır. Bu yöntemi uygulayacak merkeze, taraflar birlikte başvurabilecekleri gibi, yalnız bir tanesi başvurabilir. Bu durumda, karşı tarafın ikna olması halinde yöntemin süreci devreye girer. Genellikle, yargılamanın maliyeti ve iyi iş ilişkilerinin sürdürülmesi isteği karşı tarafın ikna olmasında etkili olur. Merkez bu konudaki bilgilerini sunarak veya bir ön değerlendirme yaparak, arabuluculuğa karşı tarafı ikna edebilir. Bundan sonra bir dizi belge imzalanır ve yöntem üzerinde anlaşmaya varılır ve yöntem uygulanmaya başlar. Uygulamada önemli uyuşmazlıklar bu yöntemle çözümlenmiştir.

Arabuluculuk - Tahkim yöntemi ise, arabuluculuk yönteminin başarısız olması ihtimaline karşılık, bu yöntemi tahkimle tamamlama imkanı öngören karma bir yöntemdir. Uygulamada önemli uyuşmazlıklar bu yöntemle çözümlenmiştir (IBM,Fujitsu).

Kısa duruşma yöntemi ise, temelinde arabuluculuk yönteminin özelliklerini taşımakla birlikte, her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren, ticari işten doğan uyuşmazlıkların çözümü için geliştirilmiş kendine has özellikler taşıyan bir yöntemdir. Bu yöntemin en temel özelliği, tarafsız üçüncü kişi ile birlikte, her iki tarafın bir veya birden fazla üst düzey yöneticisinden (CEO) oluşan bir heyetin, uyuşmazlığı çözümlemesinin ötesinde, yeni iş ilişkilerinin gelişmesine katkıda bulunacak nitelikte, bir ortam yaratılmasıdır.

V. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN TANIMI

Tüm açıklamaların ışığı altında, ikinci paragrafta incelenecek olan “hak arama özgürlüğü ve alternatif uyuşmazlık çözümü” başlığına da ışık tutması amacıyla şöyle bir “alternatif uyuşmazlık çözümü tanımı” yapılabilir ; “Uyuşmazlıkların, tarafsız üçüncü kişi/kişilerin yardımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği ancak, ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama faaliyeti dışında ya da yargılama faaliyeti sırasında başvurabilen yöntemlerdir²⁰.”

²⁰ Tanımda yer alan unsurların tartışmaları için bkz. **İldır**, 26-30.

Ş. 2. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

I. GENEL OLARAK HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Temel haklar, bütün insanlara sadece “insan” olmaları nedeniyle tanınan haklar bütünüdür²¹. Anayasa ve yasalarda sayılmış bulunan hak ve özgürlükler ile bunları güvence altına alan mekanizmaların bütünü ise kamu özgürlüklerini oluşturur²². İnsan hakları hukuku, yasalarla düzenlenmiş hakların yargı organları tarafından korunmasında bazı kurallara uyulmasını emretmektedir. Bunlara “yargılama hukuku güvenceleri” adı verilmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı, yargılamanın aleni olması, kararların gerekçeli olması gibi kurallar, yargılama hukuku güvenceleri arasındadır. Hak arama özgürlüğü de yargılama hukuku güvencelerinden bir tanesidir. Devlet, hakların korunması için, “yargılama hukuku güvenceleri”ni de içeren etkin bir yargı sistemi kurmak ve işletmek yükümlülüğü altındadır²³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin²⁴ 6.maddesinde, “Her kişi bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini²⁵ isteme hakkına sahiptir” düzenlemesi yer almaktadır. Bununla, bireyin yargı önünde hak arama hakkı olduğu yani, yargıca ve yargıya ulaşma hakkını güvence altında bulunması

²¹ Temel hak ve özgürlükler, ülkemizde yaşayan “herkese” tanınmıştır. 1924 Anayasasında yer alan hak ve özgürlükler “Her Türk...” veya “Türkler...” sözüyle başladığı halde; 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da, daha genişletici bir ifade kullanılmış, maddeler, “Herkes...” sözüyle başlatılmıştır. Öyleyse, “kural olarak” herkes, Anayasada yazılı bulunan temel hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkına sahiptir.

²² Kamu özgürlüklerinin detaylı ayırımı için bkz. **Tunaya** s. 226 vd.; Bülent **Tanör**, İki Anayasa, 1991 İstanbul, s. 138 vd.

²³ Yargılama hukuku güvencelerinin anlamı ve Türk hukukunda, yargılama hukuku güvencelerini ifade etmek üzere verilmiş eserler hakkında bkz. Ali Cem **Budak**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayını, İstanbul 2000, s. 3-6.

²⁴ R.G. 19 Mart 1954, S. 8662.

²⁵ “Hukuki Dinlenme Hakkı” iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümü ve adil yargılanma hakkının da bir unsurudur. Hakan **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenme Hakkı, (Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜ. Yayını, İzmir 2000, s. 753-789), s. 754.

gerekli olduğu ifade edilmektedir²⁶. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin²⁷ 8. ve 10. maddelerinde de aynı yönde düzenleme mevcuttur.

Temel hak ve özgürlüklerden biri olan “hak arama özgürlüğü”, Anayasamızın 36. maddesinde “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasamızda, devletin dayandığı temel ilkelerden biri de “insan haklarına saygı”dır. Temel hak ve özgürlüklerin niteliği, Anayasamızın 12. maddesinde açıkça belirtilmiştir. “Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. İşte hak arama özgürlüğü de bu nitelikte bir hak ve özgürlüktür²⁸. Ancak bu hak ve özgürlüklerden yararlanmak isteyen kişiler, bir takım ekonomik, sosyal ve siyasi engellerle karşılaşabilir. İşte devlet, kişilerin önüne çıkan bu tür engelleri ortadan kaldırmakla görevlendirilmiştir. Geçtiğimiz yüzyıldan beri savunulan, “sosyal devlet” modeli, kişilere tanınmış bulunan hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesinde görev yüklenen devlet olmaktadır²⁹.

Anayasamız bu görevi, devletin temel amaç ve görevleri arasında saymaktadır: “Devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” (m.5). İşte nedenle hak arama özgürlüğünü, hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan engellerin devlet tarafından kaldırılması gerekir.

²⁶ Çetin Aşçıoğlu, Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı, (Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, S. 10, s. 347-357), s. 351.

²⁷ Bkz. RG. 27 Mayıs 1949, S. 7212.

²⁸ Hak arama özgürlüğü, insan haklarının uygulanmasında ve korunmasında önemli bir araç olup, başlı başına hak oluşturmaz. İbrahim Kabaoğlu, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1998, s. 83.

²⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 22.

1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasamızda da, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması³⁰ ve kötüye kullanılmasının önlenmesi düzenlenmiştir. Gerek sınırlamanın yapılmasında ve gerekse kötüye kullanılmasının önlenmesinde güdülen amaç, temel hak özgürlüklerin serbestçe kullanılmasını, onların gerçekleşmesi için gerekli ortamın hazırlanmasını sağlamaktır (m.14/I). Bu nedenle, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması ve kötüye kullanımının önlenmesi söz konusu olacaksa bunun, temel hakların serbestçe kullanımı amacına hizmet etmesi gerekir.

Devletin yetkili organlarına da bu konuda direktif verilmektedir; “Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkı verir şekilde yorumlanamaz” (m.14/III). Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin, hangi sebeplerle “sınırlandırılabilir”, Anayasamızın 13. maddesinde şöyle sıralanmıştır: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ... kanunla sınırlanabilir. Bu nedenle hak arama özgürlüğünün ancak 13. maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılması söz konusu olabilecektir. Temel hak ve özgürlüklerin “kötüye kullanılması” ise yasaklanmıştır. Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik edenler hakkında uygulanacak yaptırımlar, kanunla düzenlenecektir (m.14/II). Hak arama özgürlüğünü kötüye kullananlar hakkında ise yaptırımlar uygulanabilecektir. Öyleyse Anayasamıza göre, gerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve gerekse kötüye kullanılmasını önlenmesi ile ilgili, yaptırımların “kanunla” belirlenmesi gerekir. Anayasamız, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların, öncelikle, “Anayasanın sözüne ve ruhuna” sonra da “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağına” hükmetmiştir (m.13). Kişilere tanınan temel hak ve özgürlüklerin ve hak arama özgürlüğünün, anayasalarda yer alması, bunların düzenlenmesinin ve sınırlan-

³⁰ 1982 Anayasasındaki sınırlamanın ölçüsü ile ilgili geniş açıklama için bkz. Münci **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 232 vd.; Mümtaz **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1986, s. 192 vd.

dırılmasının da ancak belirli sebeplerle ve kanunla yapılabilmesi, “hukuk devleti” ilkesinin bir sonucudur³¹.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ VE HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Alternatif uyuşmazlık çözümü, kural olarak, bağlayıcı olmayan çözümlerdir³². Tarafların seçtikleri alternatif yöntemin bağlayıcı olmasını aralarında kararlaştırmaları ise mümkündür. Tarafların çözüme ilişkin olarak yaptıkları anlaşmada, ulaşılan çözümün, dava sonucunda alınmış bir hüküm ile aynı etkiye sahip olacağı ve anlaşmaya aykırı davranan tarafın aleyhinde, anlaşmaya uyumasını sağlamak için mahkemeye başvurulacağı kararlaştırılabilir³³.

Alternatif uyuşmazlık çözümünden beklenen yararlar için, çözümün bağlayıcı olmaması gerekir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün bağlayıcılığına ilişkin, mahkemelerin yaklaşımları farklıdır³⁴. Amerika Birleşik

³¹ Türk Anayasasında, hak arama özgürlüğü temel haklar arasında yer aldığından, ancak diğer temel hak ve özgürlüklere uygulanan ölçütlere uygun olarak sınırlanabilir. Budak, s. 9. Hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararı için Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14. Temmuz 1998 tarih ve 1997/41 - 1998/47 sayılı kararı, RG 24 Mart 1999, S. 23649, s. 47; Anayasa Mahkemesinin, 20.1.1986, 1985/23 - 1986/2 sayılı kararı, RG 16 Nisan 1986, S. 19080, s. 22.

³² David A. Newton, *Alternative Dispute Resolution in Australia, A Handbook of Dispute Resolution ADR in Act, 1991*, s. 210.

³³ Paul Newman, *Arbitration Litigation and the Emergence of Alternative Dispute Resolution, Great Britain, 1999*, s. 103.

³⁴ Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkemeler, dava veya tahkimden önce, uyuşmazlığın çözümü için alternatif yöntemlerin deneneceğine dair bir anlaşma yapmışlarsa, bu anlaşma hükümlerini korumuşlardır. Örneğin, Oregon Bölge Mahkemesi, Southland Corporation ile Keating arasındaki (1984, 465 US. 17) ve Haertl Wolff Parker Inc. İle Howard S. Wright Construction Co. (89-1033-FR, 1989) arasındaki davalarda alternatif uyuşmazlık çözümü öngören bir sözleşmenin uygulanması gereğine işaret ederek, taraflara sözleşmeden kaçınması ve bundan önce mahkemeye başvurmasına izin verilmemesi kanaatine varılmıştır. İngiltere'de, Lordlar Kamarası, Walford and Others ile Miles and Another davasında (1992, 2.A.C 128), İngiliz örf ve adetlerine bağlı kalarak, müzakere anlaşmalarının yasal içeriğe sahip olmadığına ve iyiniyeti, birbirine hasım olan tarafların durumlarına aykırı kabul etmiştir. Fakat, Northern Regiond Heath Authority ile Derek Crouch Construction Company Ltd. arasındaki davada (1984, IQB 644) alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri destekleyici ifadeler kullanmıştır. Buna göre, tarafların uyuşmazlıkların çözümü için kullandıkları usuller ile, uzlaşmaları halinde, uzlaşmaya müdahale etmek ve

Devletleri'nde, mahkemeler uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri kullanmak konusunda yasalarca yönlendirilirken, çözümün bağlayıcı olacağına ilişkin düzenlemeler yoktur. Ancak, çözüme uygun davranmayan tarafı buna zorlamaya yönelik dava açılabilmesi kabul edilir. Alternatif yöntemlerle çözüme ulaşılmış uyuşmazlıklara ilişkin ancak çözüme ilişkin sözleşmeye uymayı sağlayacak bir dava açılabilmesi benimsenerek, alternatif uyuşmazlık çözümünün bağlayıcı olamaması özelliğini korumaktadırlar.

Kanımca, bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözümü, hak arama özgürlüğünü zedelemeyiz. Çünkü, uyuşmazlığın çözümü için “alternatif uyuşmazlık çözümü” yöntemlerinin kararlaştırılmış olması, devlet yargısını bertaraf etmez. Aksine, yargılamanın daha kısa sürede tamamlanmasını sağlayarak, hak arama özgürlüğüne hizmet edebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümüne başvurunun yasalarca zorunlu kılındığı ve hatta ulaşılan çözümün bağlayıcı olmasının kararlaştırıldığı durumlarda dahi, bu durum, kamu düzeninin sağlanması amacıyla, kanun tarafından hak arama özgürlüğünün sınırlanması olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, Türk hukukunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiş ve mecburi tahkim nitelemesi yaptığımız³⁵, tüketici sorunları hakem heyetlerinin

değiştirmek mahkemenin işi değildir. Avustralya mahkemeleri de, alternatif uyuşmazlık çözümü müzakerelerinin başlamış olduğu uyuşmazlıkların dava hakkı olmadığı yolunda kararlar vermişlerdir. Örneğin, Avustralya’da, Hooper Bailie Associated Ltd. ile Natcom Group Pty Ltd. davasında (1992, 28 NSWLR 194) inşaat uyuşmazlığının tarafları, çözümü hızlandırmak için arabuluculuk ile uzlaşmışlardır. New South Wales üst mahkemesi, taraflar uzlaşmaya karar vermişken, bu işlemler tamamlanuncaya kadar mahkemenin bu uyuşmazlığa müdahale etmeyeceğine oy birliği ile karar vermiştir. Fakat farklı bir davada, Queensland Üst Mahkemesi, uzlaşma hükmüne aykırı hareket edilmesi halinde açılan davanın ertelenmesi başvurusunu, reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde, “mahkemenin yargı yetkisi elinden alınamaz doktrini, sözleşmeye dayalı yükümlülüklerin yerine getirilmesini gerektiren diğer ilkelere egemendir” denilerek, alternatif uyuşmazlık çözümünü ilişkin düzenlemenin sözleşmesel niteliğini ve bağlayıcı olamayacağını kabul etmiştir. (Allco Steal Queensland Pty Ltd. ile Torres Strait Gold Pty Ltd Davası, Unrep., 12 th March 1990). Newman s. 103-105.

³⁵ Tüketici sorunları hakem heyetinin kararlarının bağlayıcı olması nedeniyle, devlet yargısına tanınmış bu alternatifte, alternatif uyuşmazlık çözümü denilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce tüketici sorunları hakem heyeti bu yapısı ile bir “mecburi tahkim mercii” haline gelmiştir. Çünkü, diğer mecburi tahkim hallerinde olduğu gibi, tüketici sorunları hakem heyeti kararına karşı da, devlet yargısına başvurmak hakkı tanınmamıştır. Mecburi

belirli bir meblağa kadar olan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kararları ve Avukatlık Kanunu m.35/A ile öngörülen uzlaştırma tutanağının³⁶ bağlayıcı niteliği nedeniyle bu uygulamalar “alternatif uyuşmazlık çözümü benzeri düzenlemeler” olarak nitelendirilebilir; bunun gibi tüm bağlayıcı çözümler, An.m.5’e uygun şekilde, hak arama özgürlüğünü adalet ilkeleriyle bağdaştıracak şekilde kısıtlayan engellerin kaldırılması şeklinde değerlendirilebilir.

Nitekim, alternatif uyuşmazlık çözümüne, tarafların serbest iradeleriyle tasarrufta bulunabilecekleri, konulardaki uyuşmazlıklar için başvurulmaktadır. Kanımızca bu alanda, bazı uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümlenmesi, hak arama özgürlüğünü kısıtlamadığı gibi, devlet yargısının kalitesini artıracaktır.

§. 3. SONUÇ

Toplum yapılarının karmaşıklaşmasına ve yaşanan hukuki sorunların farklılaşmasına karşın, ihtiyaca uygun olarak, giderek inceliklerle dolu olan uyuşmazlık çözüm biçimleri yaygınlaşmaktadır. Geleneksel hukuk eğitiminin dışında bir eğitim ile, toplumsal bilinçlenme ile ve yasal destek ile yaygınlaşabilecek olan alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yeni bir bilincin doğmasına neden olabilir. Dünyada bu bilinç, akademik çevreleri ve yasama organlarını, siyasal partileri, hukukçuları adalete ulaşmanın yeni yollarını aramaya ve yargılama yöntemleri konusunda yeniden düşünmeye sevk etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.8 ve 10 ve T.C.Anayasa m.36 ile kabul edilen “Hak Arama Özgürlüğü” bir temel hak ve özgürlüktür. Bu hak ile, bireyin yargı önünde hak arama hakkı yani, yargıca ve yargıya ulaşma hakkı güvence altına alınmaktadır.

tahkim heyetlerince verilen kararlar icra edilebilir. Ancak değeri beşyüzmilyon lirayı aşan uyuşmazlıklarda devlet yargısına başvurma hakkı kısıtlanmadığından heyeti, böyle bir arabuluculuk faaliyeti için “alternatif uyuşmazlık çözüm mercii” olarak nitelendirmek mümkün olabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti ve alternatif uyuşmazlık çözümü ilişkisi için bkz. İldır, 127-139.

³⁶ Avukatlık Kanununda düzenlenen uzlaştırma ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ilişkisi için bkz. İldır,139-145.

Ancak, bu anayasal güvenceye rağmen, hak arama hakkından yararlanmak isteyen kişiler, ekonomik ve sosyal engellerle karşılaşabilirler. Devletin temel görevlerinden bir tanesi de temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan, engelleri kaldırmaya çalışmaktır (An.m.5). Bunun gibi, temel hakların sınırlandırılması ve kötüye kullanılmasının önlenmesinde güdülen amaç, temel hakların serbestçe kullanılması için gerekli ortamı hazırlamaktır (An.m.14/I).

Alternatif uyuşmazlık çözümü hak arama özgürlüğünü kısıtlamaz çünkü; Uyuşmazlığın çözümü için “alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin” kararlaştırılmış olması mahkemelerin yetkisini bertaraf etmez.

Aksine alternatif uyuşmazlık çözümü, hak arama özgürlüğüne hizmet eder, çünkü; Alternatif uyumazlık çözümü yöntemleri ile, uyuşmazlığın çözümlenmiş olması halinde, mahkemelerin iş yükü azalacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri ile çözümlenememiş olması halinde dahi, taraflar arasındaki kimi uyuşmazlıkları çözümlemesi, ya da uyuşmazlık konularını belirginleştirmesi bakımından yargılamanın makul sürede tamamlanmasını sağlayarak, adil yargılanma hakkına ve hak arama özgürlüğüne hizmet edebilir.

Bu gün için, alternatif uyuşmazlık çözümünün yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde dahi, alternatif uyuşmazlık çözümünü savunanlar ve uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümünü eleştirenler vardır. Böyle bir çatışma adaletin tanımı, sistemin yenilenmesi ve adalete ve yargıya duyulan güvenin artması adına yaşanan bir çatışma olup, kanaatimizce, ülkemizde de alternatif uyuşmazlık çözümünü ve uygulama alanını tartışma zamanı gelmiştir.

Y A R A R L A N I L A N K A Y N A K L A R

- Adalet Bakanlığı**, www.adli-sicil.gov.tr/istatistikler
- Akın**, İlhan F., Kamu Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1987.
- Applebey**, George, "Alternative Dispute Resolution and The Civil Justice System", A Handbook Of Dispute Resolution On Alternate Dispute Resolution in Act, Sweet&Maxwell, 1991.
- Aşçıoğlu**, Çetin, Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, S.10, s.347-357.
- Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayını, İstanbul 2000.
- Goldsmith**, Jean Claude, Report By The working Group On Means of Alternative Dispute Resolution (ADR), 6.10.1994.
- İldır**, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayını, Ankara 2003.
- Kabaoğlu**, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1998.
- Kapani**, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Ankara 1993.
- Marshall**, Tony F., "Neighbour disputes: Community mediation schemes as an alternative to litigation", A Handbook Of Dispute Resolution on Alternate Dispute Resolution in Act, 1991.
- McLaren**, Richard H./**Sanderson**, John P., Innovative Dospute Resolution the Alternative, Ontario, Canada, 1994.
- Moore**, Christopher W., The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1986.
- Newman**, Paul, Arbitration Litigation and the Emergence of Alternative Dispute Resolution, Great Britain, 1999.
- Newton**, David A., Alternative Dispute Resolution in Australia, A Handbook of Dispute Resolution ADR in Act, 1991.
- Mustafa Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Avrupa Birliğindeki Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlıkların Çözümündeki Yeni İşlevi, İstanbul Noter Odası, 2003 yılı Sempozyumu.
- Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

Pekcanitez, Hakan, Hukuki Dinlenme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, DEÜ. Yayını, İzmir 2000, s.753-789.

Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1986.

Tyler, Tom, Procedure or Result: What Do Disputants Want From Legal Authorities? A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action, London 1991.

Tunaya, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980.

Tanör, Bülent, İki Anayasa, 1991 İstanbul.

FRANSA'DA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER*

*Prof.Dr. John BELL***

*Çev. Yrd.Doç.Dr. Cemil KAYA****

İngiltere gibi, Fransa önemli sayıda *quango*'ya (*quasi autonomous non governmental organization* - hemen hemen özerk hükümet dışı organizasyon) sahiptir. Fakat onların önemi, güçlü bir merkezi idareye sahip olan bir sistemde geleneksel olarak az olmuştur. İngiltere'de, *quango*'lar değişik görevler ifa ederler: bağımsız tavsiye, mali kaynak dağıtma, belirli politikaları gerçekleştirme, rekabet piyasaları ve aktivitelerini düzenleme, etik itibarıyla hassas aktiviteleri düzenleme. Aynı zamanda Fransa'da geniş çapta danışma konseyleri bulunmaktadır. Fakat mali kaynaklama geleneksel olarak daha çok bakanlıkların doğrudan bir görevidir. Bu yüzden üniversiteler, bir mali kaynak otoritesinin müdahalesi olmaksızın kendi bütçelerini oluşturmak amacıyla anlaşmalarını bakanlıklarla ve yerel bölge yönetimleriyle müzakere eder¹. Politikaların uygulanmasında, ticari aktivitelerin yanında idari aktivitelerle de uğraşan kamu hizmeti otoriteleri ve kamusal teşebbüsler oluşturmanın uzun bir geçmişi olmuştur. Bu otoritelerin çoğu hem özel hem de kamudan mali kaynak alır. Gerçekten, imtiyaz (*concession*) ve diğer sözleşme çeşitleri,

* Bu makale, "Independent Administrative Authorities in France" başlığı ile European Public Law adlı dergide (c. 3, sy. 4, Aralık 1997, s. 474-484) yayımlanmıştır. Makaleyi çevirmeme izin veren ve Fransız kamu hukukunun ve özellikle de idare hukukunun İngiltere'de tanınması yönünde sayısız çalışmaları bulunan **Prof.Dr. John Bell**'e teşekkür ederim. Ayrıca derginin editörü olarak çeviriye onay veren değerli hocam **Prof.Dr. Patrick Birkinshaw**'a da bu vesileyle şükranlarımı sunarım.

** Cambridge Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. **J. Maillard-Billat**, M. Lascombe ve X. Vandendriessche, 'Régime financier des universités' (1994) AJDA 379.

İngiltere'dekinden daha uzun bir süredir Fransız örneğinin özellikleri olmuştur. Rekabete dayalı kamu yarışmaları için sınav kurulları (örneğin, kamu hizmetine giriş konusunda), toprak reformu ve vergi komisyonları uzun süreden beri varolan çok sayıda bağımsız otorite çeşididir. Bu Fransa'nın son yıllarda önemli gelişmeler kaydettiği bir düzenleme alanı olmuştur.

Bağımsız idari otorite (*autorités administratives indépendantes*) olarak adlandırılan kurullar, Braibant ve Stirn tarafından şöyle tanımlanır: Yasakoyucu tarafından oluşturulan, geleneksel idari teşkilat yapısı dışında konumlandırılan, güçlü bağımsızlık garantileri verilen ve belli bir sektöre yönelik müdahale ve düzenleme gücü verilen otoritelerdir².

Düzenleyici otoritelerin yavaş gelişmesinin sebebi, "geleneksel idari teşkilat"ın normal olarak düzenleme işlevini yerine getirmesidir. Kamu yararına karar verme ve gerçekleştirme (*pouvoirs de police*), devletin özünde yatan bir devlet fonksiyonudur. İdarenin doğasında varolan yetkiler, klasik düzenleme alanları olan kamu sağlığı ve kamu düzeniyle tam olarak ilgilidir³. İdarenin kamu yararının bekçisi olduğu kabul edilse bile, bir otoritenin idareden bağımsızlığa ihtiyacı olduğunu kabul etmek önemli ölçüde tartışma gerektirir. Aynı zamanda bu otoritelere yaptırım uygulama ve düzenleme yapma yetkisi vermek de tartışma gerektirir. Her ikisi de parlamentonun denetimine konu olan ve idareye ait bulunan egemenliğin (*imperium*) bir parçası olarak görülmüştür.

Müdahale Alanları

Fransa'da idari otoritelerin tam bir listesi bulunmamaktadır. Bağımsız idari otoriteler birarada gruplandırılmamıştır ve Fransa'da bağımsız idari otoritelerin görevlerini incelemenin veya ortaya çıkışlarının arkasında hiçbir tutarlı politika bulunmamaktadır. Mevcut durumu inceleyen Braibant ve Stirn, bağımsız idari otoritelerin müdahalesine ilişkin üç temel alan belirlemiştir: Vatandaşın haklarını koruma, ekonomik piyasayı düzenleme ve bilgi ve haberleşme.

² G. Braibant ve B. Stirn, *Le droit administratif*, 4th edn, Paris, 1997, s. 73. Konunun en üst düzeyde değerlendirilmesi için bkz. C. - A. Colliard ve G. Timsit (eds.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988.

³ Bkz. L.N. Brown ve J. Bell, *French Administrative Law*, 4th edn, Oxford, 1993, s. 10.

Vatandaşları Koruma

İdarenin hukuka aykırı davranan taraf olabilmesi veya kendisine karşı hakkın yerine getirilmesi talep edilen kişi olabilmesi, vatandaşların korunmasında bağımsızlığı meşru kılmaktadır. Bu alanda belli başlı iki otorite mevcuttur. Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (*Commission nationale de l'informatique et des libertés - CNIL*) 6 Ocak 1978 tarihli bir kanunla kurulmuştur. Görevi, hükümete tavsiyede bulunmak ve elektronik bilgi bankalarında bireyler hakkında tutulan bilgilerin depolanması ve kullanılması ile ilgili haklara açıklık (*publicity*) kazandırmaktır. Aynı zamanda Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu, mevzuat ihlalleri konusunda şikayetleri kabul eder ve uygun bulduklarını kovuşturma otoritelerine havale eder. Bu bağlamda Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu bir veri koruma otoritesidir. Güvenlik Gereğiyle Teknik İzlemenin Denetimi Ulusal Komisyonu (*Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité*), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Fransa'nın mahkum olması neticesinde 11 Temmuz 1991 tarihli kanunla kurulmuştur⁴. Bu kanun Başbakan'a, milli güvenliği ilgilendiren konularda telefon dinleme yetkisi verme izni tanımaktadır. Başbakan, kararını kırk sekiz saat içinde Komisyona bildirmek zorundadır ve Komisyonun Başkanı, dinlemenin elde edilmesinin hukuka uygun olup olmadığını anlamak için sebepleri araştırır. Eğer Komisyon Başkanı şüpheye düşerse, bütün Komisyon bir hafta içinde toplanır ve telefon dinlemeyi durdurmak için Başbakana bir tavsiye kararı gönderir. Haberleşmenin herhangi bir şekilde elde edilmesinin hukukiliğini araştırma konusunda Komisyon asli yetkilere sahiptir ve kovuşturma otoritelerine ihlalleri havale edebilir. Aynı zamanda Komisyon, önemli sorunlara değinen yıllık bir rapor da yayımlar.

Ekonomiyi Düzenleme

Ekonomiyi düzenleme, idari otoritelerin ortaya çıkışının başlıca nedeni olmuştur. Ekonomiyi düzenleme, kısmen bu alanla ilgisi olan sosyal partnerler arasında katılım unsuruna izin vermeye, fakat daha yakın bir zamanda, politika belirsizliklerinden kararları arındırmanın bir yolu olarak hizmet etmeye varmıştır. 1967 yılında kurulan ve 2 Ağustos 1989'da çıkan bir

⁴ Bkz. L. - E. Pettiti, 'Les écoutes téléphoniques et le droit français' (1992) AJDA 35.

kanunla daha geniş yetkiler tanınan Borsa İşlemleri Komisyonu (*Commission des opérations de Bourse - COB*) ve 1977 yılında kurulan ve 1 Aralık 1986'da çıkan bir kanun hükmünde kararname ile daha geniş yetkiler tanınan Rekabet Kurulu (*Conseil de la concurrence*) başlıca örneklerdir. Bunlara ilaveten, haksız sözleşme terimlerini düzenlemek için 1978 yılında kurulan Kötüye Kullanılan Şartlar Komisyonu (*Commission des clauses abusives*) ve 1983 yılında kurulan Tüketicilerin Korunması Komisyonu (*Commission de la sécurité des consommateurs*) olmak üzere iki adet tüketici koruma otoritesi oluşturulmuştur. Finansal hizmetler sektörü, hisse yatırım organizasyonlarıyla ilgilenen ve 1989 yılında kurulan Gayrinemkullerin Değerlendirilmesinde Toplu Yatırım Kuruluşlarının Disiplin Kurulu (*Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières*) tarafından düzenlenir. 1984 yılında kurulan Bankacılık Komisyonu (*Commission bancaire*) bankaları düzenler. 4 Ağustos 1993 tarihli bir kanunla kurulan Fransız Merkez Bankası Para Politikası Komitesi belki de en güncelidir.

Özelleştirilen alanlarda düzenleyicilerin benzer şekilde kullanılması söz konusu değildir. Bu durumun kısmen sebebi, faaliyette bulunma ruhsatlarını vermenin çoğun zaman Bakanın yetkisi dahilinde bulunmasıdır. Kamu hizmeti imtiyazı şartları, hükümet tarafından kaleme alınan ve ona eklenen şartnamede (*cahier des charges*) ortaya konmuştur. Bu şekilde Fransız halkı, bir düzenleyiciye ihtiyaç duymaksızın tren (RFF) ve ray işletme şirketlerini (SNCF) ayırmaya muktedir olabilmıştır⁵. Yine, ulaşım düzenlemeleri, bir düzenleyici tarafından oluşturulmuş terimlerden ziyade şartnamede bulunur.

Bilgi ve Haberleşme

Bağımsız idari otoritelerin en geniş ölçüde ilerleme kaydettiği alan belki de bilgi ve haberleşmedir. Kısmen yönelim, devlet monopolünden, bu alandaki devlet teşebbüslerinin özelleştirilmesi ile düzenlenmiş piyasalara doğru olmuştur. Bu alandaki politikanın gelişmesi hızlı olmuştur. 1980 yılında, Radyo-TV yayıncılığında devlet monopolü vardı. 1986'ya kadar radyo yayıncılığı kısıtlamaları kaldırıldı ve televizyon yayın hakları özel otoritelere verildi ve bazı televizyon kanalları özelleştirildi. Temel politika, kamu hizmeti yayıncılığının kamu hizmeti monopolü tarafından (*Radio -*

⁵ Bkz. D. Broussole, 'La création de Réseau ferré de France' (1997) AJDA 456.

Télévision France) sağlanmasından, kamunun farklı bilgi ve görüşler elde edebilmesini mümkün kılan bir anayasal çoğulculuk ilkesine doğru yönelmiştir. Devlet, bilgiyi sunmak konumunda olmaktan ziyade özellikle televizyon alanında yayın frekanslarının dağıtımında düzeni ve kamu yararının gerektirdiği yayın kısıtlamalarına uyulmasını sağlamaya yönelik olarak çalışmaktadır.

Bu alandaki belli başlı otoriteler, 17 Ocak 1989 yılında bir kanunla kurulmuş olan Görsel - İşitsel Üst Kurul (*Conseil supérieur de l'audiovisuel - CSA*) ve 1982 ve 1986 da kurulmuş olan yayıncılığı düzenleyen selefleri ile son zamanlarda Fransız Telekom'un (*France Télécom*) özelleştirilmesini müteakip 26 Temmuz 1996 yılında bir kanunla kurulan ve Avrupa Birliği direktifleri uyarınca telekomünikasyon alanında rekabeti düzenlemekle görevli olan ART (*Autorité de régulation des télécommunications*) dir. Fransa'da bu alanda daha az önemli otoriteler ise, 1977 yılında kurulmuş olan ve kamuoyu araştırması yapmayı düzenleyen Kamuoyu Yoklamaları Komisyonu (*Commission des sondages*) ve sinema ruhsatlarının tahsisini düzenleyen Sinema Medyatörü (*Médiateur du cinéma*) dür.

Önemli Konular

Bu otoritelerin ortaya çıkışında tartışmaya yol açan dört temel konu mevcuttur:

- (1) Yaptırım uygulama yetkileri
- (2) Kural koyma yetkileri
- (3) Faaliyetlerini denetleme yetkisi
- (4) Bağımsızlık sağlamaya yönelik yapılar

Yaptırım Uygulama Yetkileri

Fransız Anayasası'nın 6. maddesi, bireysel özgürlüklerin korunmasını doğal yargıçlara vermektedir. İnsan Hakları Bildirgesinin 8. maddesi, cezaların (ancak) kanunla konulabileceğini öngörmektedir. O halde, cezalar ya mahkemeler ya da idare tarafından verilir ve fakat mahkemenin denetimine tabidir. İdare yahut mahkeme dışındaki bir otoriteye yaptırım uygulama yetkisi vermek, bireysel özgürlüklerin tek taraflı olarak nasıl etkilenebi-

leceğine ilişkin geleneksel kavramlarla çatışmaktadır. Anayasa Konseyi (*Conseil constitutionnel*) 1980'lerde, düzenleyici otoritenin para cezası verme ve ruhsatları geri alma yetkilerine, onun kanun tarafından öngörülen şekilde faaliyet göstermesi halinde müsaade edilebileceğine karar vermiştir. 1989'da Görsel - İşitsel Üst Kurul'a ruhsatları durdurma ve geri alma yetkisi yanında, ayrıca bir şirkete hasılatının % 3'üne (eğer lisans anlaşmasını sürekli olarak ihlal ediyorsa % 5'ine) kadar para cezası verme yetkisi de tanınmıştır. Kanun, usule ve gerekçenin bildirilmesine ilişkin çok ciddi güvenceler de getirmiştir. Bu yöndeki kararlar aleyhine idare mahkemelerine müracaat edilebilir. Anayasa Konseyi, lisans anlaşmasının spesifik ihlaline ilişkin yaptırımların, kanunlar ve kararnameler tarafından öngörülen kurallar çerçevesinde oluşturulduğu gerekçesiyle bu yetkiye izin verilebileceğine karar vermiştir⁶. Benzer bir yaklaşım, Borsa İşlemleri Komisyonu'nun yetkilerine ilişkin olarak da karşımıza çıkmaktadır⁷. Böylelikle yaptırımlar uygulama yetkisinin kabulü, özellikle lisans anlaşması başta olmak üzere lisans sahibinin yükümlülüklerinin önceden hukuk tarafından belirlenen çerçeve ile saptanmış olması, usulün yerine getirilmiş olması ve de kararlara karşı idare mahkemesinde dava açma hakkının tanınmış olması hallerine dayandırılmıştır. Mahkemeler, yaptırımların hukukiliğini test ederken ölçülülük ilkesinden yararlanmada katıdır. Bu yönde yeni tarihli bir davada *Ici et Maintenant* adlı radyo kuruluşu, Görsel - İşitsel Üst Kurul tarafından ırkçı ve Yahudi karşıtı yayınlar yaptığı gerekçesiyle suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. *Conseil d'Etat* yaptırımı hukuka uygun bulmuştur. Bundan sonra Görsel - İşitsel Üst Kurul, lisans şartlarının ihlalini yayın lisansını yenilememede bir gerekçe olarak kullanmak istemiştir. Bunun üzerine *Conseil d'Etat* lisansı yenilemeyi reddetme kararını, ihlalin yenilememeyi gerektirecek kadar ciddi olmadığı gerekçesiyle bozmuştur⁸.

⁶ CC kararı No. 88-248 DC of 17 Ocak 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (1989) RFDA 216; J. Bell, *French Constitutional Law*, Oxford, 1992, s. 191 ve 335ff.

⁷ CC kararı No. 89-260 DC of 28 Temmuz 1989, *Commission des opérations de Bourse* (1989) RFDA 671.

⁸ CE 19 Mart 1997, *Association ici et maintenant* (1997) AJDA 633. Lisans şartları ihlallerine ilişkin diğer davalar için özellikle bkz. CE 11 Mart 1994, *Société la Cinq* (1994) AJDA 402.

Kural Koyma Yetkileri

Kural koyma yetkisi her türlü düzenleme işlevinde mevcuttur. 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 21. maddesi, yürütmenin başı olan Başbakanı düzenleme yetkisi vermektedir. Anayasa başka bir otoriteye bu yetkiyi vermemektedir. Ancak başkalarının da bu tür bir yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, kamu düzenine ilişkin olarak belediye başkanları kuralları koyabilir. Anayasa Konseyi, Başbakan dışındaki kamu otoritelerine, hukuk tarafından öngörülen kuralları uygulama durumunda olduklarında kural koyma yetkisi veren yasakoyucunun prensipte herhangi bir itirazının olmadığı sonucuna, yayınları düzenleyici otoritelere ilişkin olarak verdiği kararlarında açıkça varmıştır. Böylelikle konulacak kurallar, "kapsam bakımından hem uygulama alanları hem de içerikleri yönünden sınırlandırılmıştır"⁹. Görsel - İşitsel Üst Kurul'a başlangıçta verilen yetkinin, kurumsal haberleşme, programların sponsorluğu ve benzeri uygulamalara ilişkin olarak uygulama kodu yayımlama yetkisini içermesi son derece geniştir. Yorumlanması zorunlu kesin kurallar bulunmamaktaydı. Buna karşılık Borsa İşlemleri Komisyonu'nun yetkileri, hukuk tarafından öngörülen kuralları uyguladığından ve işlemlerinin önceden Maliye Bakanı tarafından onaylanması gerektiğinden dolayı uygun bulunmuştur. Daha sonraki davalarda böyle dar kural koyma yetkisi uygun bulunmuştur. *Société TFI* davasında¹⁰ Görsel - İşitsel Üst Kurul, bir kuruluşa ait logonun kullanılmasının ve programın sunucusu tarafından sponsorun isminin zikredilmesinin, sponsorlu programlarda kullanılacak ayırteci işaretleri düzenleyen hükümlerin içinde olduğuna karar vermiştir. Görsel - İşitsel Üst Kurul, yine 1987 kararnamesindeki "anlılık" ibaresini, programların çoğunda altı saniye ile sınırlı olarak yorumlamıştır. Yol gösterici açıklama olan bu yorumlar hukuka aykırı sayılmadı ve mevzuatın itiraz edilemeyecek yorumları olarak kabul edildi. Eğer bir para cezasının gerekçesi olarak uygulanırlarsa bunlara itiraz edilebilir, ancak bu durumda yaptırımlar kararname hükümleri uyarınca meşrulaştırılmalıdır.

Lisans şartları genellikle Bakan tarafından konulduğu için düzenleyici otoritenin yetkisi sınırlıdır. Bakanın kabul ettiği kararname taslaklarına ve

⁹ CC kararı No. 88-248 DC of 17 Ocak 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, in Bell, *French Constitutional Law*, Oxford, 1992, s. 108-9.

¹⁰ CE 13 Ocak 1995 (1995) AJDA 406.

lisans şart ve hükümlerine ilişkin olarak resmi görüş bildirmesi gereken durumlarda düzenleyici otorite bir danışma kurulu olarak çalışmaktadır. İfade özgürlüğünün öneminden dolayı görsel ve işitsel iletişim örneğinde, ruhsat verme ve lisans şartları Görsel - İşitsel Üst Kurul tarafından düzenlenmiştir.

Faaliyetlerini Denetleme Yetkisi

Anayasa Konseyi, Görsel - İşitsel Üst Kurul ve onun selefi (*predecessor*) hakkındaki kararlarında, mahkemeler tarafından yapılan denetimin düzenleyici kurulların uymak zorunda olduğu temel bir sınırlama olduğuna işaret etmiştir. Her iki halde de, söz konusu olan yargıç idari yargıç olmuştur. Fakat ticari sektörün düzenlenmesinde, denetim yetkisinin kamu hukuku yargıcına verilmesinin dezavantajları vardır. İlk olarak, rekabet politikası gibi alanlarda ticaret mahkemeleri uzmanlığa sahiptir. İkinci olarak, dava hem düzenleyici otoriteyi hem de rekabetçiyi ilgilendirir. Yargısal denetimin kamu hukuku mahkemelerine verilmesi davanın ayrışmasına neden olacaktır. Özellikle sözleşmeye ve haksız fiile ilişkin konularda bu böyledir. Bu nedenle yasakoyucu bazı durumlarda düzenleyici otoritelerin denetimini özel hukuk mahkemelerine vermeyi denemiştir. Anayasa Konseyi Rekabet Kurulu ile ilgili kararında, “adaletin iyi yönetilmesi” (*good administration of justice*) nin, idari işlemler hakkında idari mahkemelere yetki verme olağan uygulamısından sapmayı haklı çıkarabileceğini kabul etmiştir. Fransız usulü kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca, -ki bu ilke “Cumhuriyetin kanunları tarafından tanınmış temel bir prensip” teşkil eder- yürütmenin yahut yürütme organının altında faaliyet gösteren kamu otoritelerinin yapmış olduğu idari işlemlerin iptal edilmesi idari mahkemelere verilmelidir. Rekabet Kurulu örneğinde, kurulun kararları üzerindeki yargı yetkisi Paris İstinaf Mahkemesi’ne verilmişti. Ancak bu durum yasakoyucunun, davanın taraflarından birinin idari mahkemelerden bekleyebileceği garantilere eşit kabul edilen Konseyin kararlarının geçici olarak askıya alınması ile ilgili garantiler getirmesinden sonra olmuştur. Yargılama yetkisinin ayrışması bu alandaki bütün şüpheleri sona erdirmemiştir. Konseyin sadece özel sektör aktiviteleri üzerinde değil, ayrıca kamu sektöründeki hizmetler, dağıtım ve üretime ilişkin aktiviteler üzerinde de yetkili olması, kamu sektörü sözleşmelerinin verilmesi için alınan kararların nereye kadar Konseyin yetki alanına gireceği hususunda soruna yolaçmıştır. Bunlar ayrı düzenlemeler içerdiğinden, üzerinde Konseyin yetkili olduğu ve görevli mahkemenin idari mahkeme olduğu, Paris İstinaf

Mahkemesi olmadığı “rekabet aktiviteleri” alanı dışında görülmüştür¹¹. Böylelikle, yargılama yetkisine ilişkin anlaşmazlıkların karmaşıklığından kaçınılamamıştır. Bu durum, yasakoyucunun rekabet politikası alanındaki uzmanlıkla ilgili benzer gerekçelerle, çok yakın bir zamanda ART üzerindeki yargı yetkisini Paris İstinaf Mahkemesine vermesine engel olmamıştır¹². ART'nin tek yanlı olarak kamu gücü kullanması ve bu yüzden ilk bakışta (*prima facie*) idari mahkemenin yetki alanına girmesi gerçeğine rağmen, adaletin iyi yönetilmesi bu sapmayı haklı kılmıştır. Fransız mahkeme yapısının karmaşıklığı, düzenleme yapmada idari mahkemelerin tek bir yargı hiyerarşisinin parçası olduğu sistemlerden daha fazla zorluklar eklemektedir¹³.

Bağımsızlık Sağlamaya Yönelik Yapılar

Bağımsız idari otoriteler, bağımsız hukuki kişiliğe sahip değildir. Onlar sadece devlet idaresinin alt birimleridir. Bağımsızlıkları kısmen atanmış kişilerin karakterinden, fakat daha ziyade atama prosedüründen ve içerisinde faaliyetinde buldukları yapılardan kaynaklanmaktadır. Atama prosedürü konusunda farklı usuller mevcuttur. İngiltere'den farklı olarak hemen hemen bütün düzenleyiciler, kolektif kurumlardır¹⁴. Bu durum belirli kişilerin yetkisine bazı sınırlamalar getirir ve otoritelerin dış baskılardan daha az etkilenmesini sağlar. Kolektif organlar kendi dinanizmini geliştirirler. Fransa'da bağımsızlığı güvence altına alan şey, aday göstermenin özel usulleri ile birlikte karar almanın kolektif yapısı ve görev süresince veya görev süresinin hemen sonunda yapılabilecek dış aktivitelerin kapsamıdır.

En güçlü bağımsızlık Anayasa Konseyi ile aynı aday gösterme usulüne sahip olan Görsel – İşitsel Üst Kurul örneğindedir. Yani Cumhurbaşkanı (*President of the Republic*), Millet Meclisi Başkanı (*President of the National*

¹¹ Bkz. TC 6 Haziran 1989, *Préfet de l'île de France* (1989) RFDA 457.

¹² Anayasa Konseyince uygun bulunan CC kararı No. 96-378 DC of 23 Temmuz 1996, *Telecommunications* (1996) RFDC 823 at 831-2.

¹³ Cf. *Mercury Communications v. Director-General of Telecommunications* [1996] 1 All ER 575; A. McHarg in [1995] *Public Law* 539.

¹⁴ Özellikle belirtilen istisnalar, *Médiateur de la République* ve *Médiateur du cinéma*'dir. *Médiateur de la République*, İngiltere'deki polis şikayetleri otoritesine eşdeğerdir. Bunlar, kural koyma ve yaptırım uygulama otoritelerinden ziyade uzlaştırıcı (*conciliation*) kurullardır.

Assembly) ve Senato Başkanı (*President of the Senate*) tarafından üçer üye aday gösterilir¹⁵. Borsa İşlemleri Komisyonu üyeleri, Yargıtay (*Cour de cassation*), Danıştay (*Conseil d'État*) ve Sayıştay (*Cour des comptes*) olmak üzere üç mahkeme başkanı ve de Fransız Merkez Bankası başkanı ile çeşitli mali piyasa kurulları tarafından aday gösterilir. Diğer durumlarda, örneğin Medyatör'de (*Médiateur*), Borsa İşlemleri Komisyonu başkanı ve bağımsız teamüllerin çok önemli bir rol oynadığı Kamuoyu Yoklamaları Komisyonu örneklerinde aday gösterme hükümet kararnamesi ile olur.

Üyelerin çalışma yöntemi ile de bağımsızlık sağlanır. Medyatör veya Borsa İşlemleri Komisyonu başkanı örneklerinde olduğu gibi bazı görevler yenilenmez. Görsel - İşitsel Üst Kurul üyelerinde olduğu gibi diğerleri ise seçimle işbaşına gelinen görevlere aday olamazlar. Daha güçlü garantiler, özel sektör görevlerine gelmede kısıtlamalar bulunan ve Başkan ve Başkan yardımcısına görevlerinden ayrıldıktan sonra maaşlarını üç yıl daha vermek suretiyle sağlanmış bulunan Fransız Merkez Bankası gibi kurumlarda bulunur. Para Politikası Komitesi üyeleri de sadece bir yıl için böyle bir imtiyaza sahiptir¹⁶.

Güncel Bir Örnek: Telekomünikasyon Düzenleme Otoritesi (*L'Autorité de Régulation des Télécommunications - ART*)

Telekomünikasyon Düzenleme Otoritesinin oluşturulması, Avrupa Topluluğu direktiflerine, özellikle de açık network sistemi (*Open Network Provision*) ile ilgili 90/387 ve 92/44 sayılı direktiflere bir yanıt niteliğinde, telekomünikasyon kısıtlamalarının kaldırılmasının bir aşaması olarak yapılmıştır¹⁷. Fransız Telekom, 1990 yılında posta hizmetinden ayrılmıştı ve bağımsız bir kamu teşebbüsü olarak kurulmuştu. Monopolünün ilk parçasını,

¹⁵ Devletin bu yüksek şahsiyetleri aynı partiden olmayacaktır ve rotasyonla birlikte görevde boşalmalar olacağından, aynı kişinin düzenleyici otoritenin çok sayıda üyesini aday göstermemesi için bütün olasılıklar mevcuttur.

¹⁶ Bkz. **M. Lombard**, 'Le nouveau statut de la Banque de France' (1994) AJDA 491; **J. - P. Duprat**, 'The independence of the Bank of France: constitutional and European aspects' [1995] *Public Law* 133.

¹⁷ Genel olarak bkz. **H. Maisl**, 'La nouvelle réglementation des télécommunications' (1996) AJDA 762; **B. Lasserre**, 'L'autorité de régulation des télécommunications' (1997) AJDA 224.

kablo hizmetleri alanında 1986 yılında yitirmişti. Temmuz 1996 düzenlemeleri bir taraftan piyasayı liberalize etmiş ve düzenleyici otoritenin bu piyasadaki yerini oluşturmuştur. Diğer yandan, kamu hizmeti yükümlülükleri olan ve devletin çoğunlukla hisselerine sahip olduğu borsada Fransız Telekomu, borsaya açılmış bir şirket haline getirilmiştir.

1990 yılı telekomünikasyon mevzuatına göre, bakan düzenleyici konumunda idi ve bu görev bir Danıştay üyesinin başkanlığında, bakanlığın bir birimi -Posta ve İletişim Genel Müdürlüğü (*Direction-général de postes et de télécommunications - DGPT*)- tarafından yerine getirilmiştir. İşlerin bağımsız bir otoriteye devredilmesi, sadece bu alanda rekabetin olacağı ve başka alanlarda rekabetin bağımsız otoritelerce düzenlendiği nedenleriyle değil, fakat aynı zamanda Fransız Telekom'unda hisse sahibi olan devlet ile telekomünikasyon piyasasının düzenleyicisi olan devlet arasında bir çıkar çatışması tehlikesi olabileceği nedeniyle de haklı görülmüştür. ART'nin kurulması en azından ilgili fonksiyonların ayrılmasını formalize etmiştir.

ART beş üyeden oluşan kolektif bir düzenleme kurulumudur. Bu üyelerden üçü hükümet tarafından kararnameyle aday gösterilir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Kalan ikisi ise Parlatentonun her iki kanadının (Millet Meclisi - Senato) başkanları tarafından olmak üzere Parlamento tarafından atanır. Üyelerin bağımsızlığı onlara bir daha yenilenmesi mümkün olmayan altı yıllık bir dönem verilerek sağlanır. Devamlılığı sağlamak amacıyla her iki yılda bir üyelerinin üçte biri değişir. ART'nin 125 çalışanı ve kuruluştta 70.2 milyon Frank'a sabitlenmiş bir bütçesi bulunmaktadır. Üyeleri, CSA'nın üyeleri gibi görev süreleri boyunca seçimle işbaşına gelinen bir görevi de yürütemezler. ART, Haberleşme özgürlüğünü korumayla ilgilenen CSA'dan farklı olarak hukuki, teknik ve ekonomik düzenleme ile ilgilenir. Teknik standartların yerine getirilmesini ve hukuki yapıya riayet edilmesini sağlar. Fakat onun temel misyonu, tüketicilerin çıkarları doğrultusunda serbestlikten ve tekelciliğin kırılmasından doğan ekonomik faydalara erişilmesinin sağlanmasıdır.

Yeni bir düzenleyici otoritenin kurulmuş olmasına rağmen bakan, hala bu alandaki önemli yetkileri elinde bulundurur. Bakan bir taraftan kararnameleri yapar ve uluslararası andlaşmalar ile topluluk düzenlemelerini müzakere eder. Lüzumunda ART'yi de bu işlere dahil eder. Ancak bakan, oyunun kurallarını koyma hakkını yine de elinde bulundurur. Yukarıda da

belirtildiği gibi ART, oldukça sınırlandırılmış bir şekilde kural koyma yetkisine sahiptir. Kanunlar ve kararnameler tarafından konulmuş kuralların yorumunu yapar. Kamuya açık telefon hizmetleri ile ilgili kuralların yapılmasında hükümler mevcuttur. Fakat bu durumda, Borsa İşlemleri Komisyonu modelinde olduğu gibi, ART'nin önerilerinin yürürlüğe girmesinden önce Bakanın onayı gereklidir. (Posta ve Telekomünikasyon Kodu madde L. 36-6). Bakan, kamu hizmeti yükümlülükleri finansmanının içerik, fiyat ve usullerini belirlediğinden, aynı zamanda kamu hizmetinin garantörüdür. Bakan, kamu hizmeti performansına ilişkin olarak, Kamu Hizmetleri Komisyonuna her dört yılda bir rapor hazırlar. Bakan Fransız Telekom'dan sorumludur ve onun lisans şart ve koşullarını belirler. ART'nin görevi, bir yılda kamu hizmeti yükümlülükleri performansı için ödenmesi gereken miktarları Bakana önermek ve gelirlerini elde ettiği kuruluşları denetlemek ile sınırlıdır. Bu yollarla, idarenin geleneksel yetkileri olan kural koyma ve kamu hizmetini tanımlama ve finanse etme korunmuş olur.

ART, sadece Devletin kural koyma yetkisini değil, aynı zamanda yaptırımlar uygulama konusunda da yetkisini paylaşmıştır. ART'nin yaptırım uygulama yetkisi genel rekabet hukukunun dışında, bu alanı düzenleyen kanunlar ve kararnamelerin uygulanmasını sağlamaktır. ART kendiliğinden yargıya müracaat edebilir ve bu amaçla Başkanın yargıya müracaat etme hakkı bulunmaktadır. Bakan, bir meslek kuruluşu, bir tüketici derneği veya etkilenen herhangi bir kişi ihlali ART'ye havale edebilir. Bildirimin tam olarak uyulması gereken bir usulü, dosyayı görme ihtimali ve operatörü dinleme durumu söz konusudur. Yaptırımlar, lisansın durdurulmasını hatta geri alınmasını yahut genellikle bir para cezasını içerir. Anayasa Konseyi, sayılan bu cezaların, ancak ihlalin cezai bir suç teşkil etmediği hallerde uygulanabileceğine karar vermiştir. Böylece bir kişinin aynı suçtan dolayı iki kez cezalandırılması (*double jeopardy*) ihtimalinin önüne geçilmiştir. Konseyin belirttiği gibi, cezai yaptırımlarda söz konusu olan korumaların (orantılılık, dinlenme hakkı vs.) tamamı ART tarafından uygulanan idari yaptırımlar hakkında da geçerlidir¹⁸. Mevzuat, bir kararnamenin yahut lisans anlaşmasının ihlalden dolayı para cezası verilmesinin cezai yaptırımlara engel teşkil ettiğini belirtmektedir. Yani cezai yaptırımlar, operatörün kendisine izin verilen çerçevenin kasdi olarak dışına çıktığında oluşan ciddi

¹⁸ Daha fazla bilgi için bkz. J. Trémeau (1996) RFDC 828-30.

suçlar (*délits*) hakkında geçerlidir. CSA'da olduğu gibi ceza, normal olarak vergi sonrası tahsilatın %3'üne kadar yahut ciddi ihlallerde % 5'ine kadardır. Bu nedenlerle ART ciddi bir yaptırım uygulama mekanizması konumundadır.

ART aynı zamanda operatörlerin piyasaya erişimini düzenlenmeyle de ilgilenmektedir. Bağımsız network'lere ruhsat verme işinden sorumludur ve devlet dışı network'lerin ve kamuya açık kablolu telefon hizmetlerinin yapılandırılmasına ilişkin bildirim kabul eder. Terminal donanımlarının teknik standartlarda olduğuna ilişkin sertifikaları düzenler ve network'lerin işletilmesini düzenleyen hukuk kurallarının uygulanmasını sağlar. En önemli problem alanı, 1996 mevzuatı uyarınca Fransız Telekom'un iznine ihtiyaç duyulan arabağlantı (*interconnection*)dır. ART'nin, bu alandaki anlaşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynaması düşünülmüştü. Bu yüzden arabağlantının reddedilmesine yahut arabağlantının sağlanması anlaşmasının yapılmasına ilişkin bir anlaşmazlık doğduğunda, bu anlaşmazlık ART'ye havale edilir. Buna rağmen her iki taraf da konuyu adli yahut ticari mahkemeye de götürebilir. Ciddi durumlarda ART, network'ün devamlılığının sağlanmasına yönelik geçici bir çözümü uygulama konusunda müdahalede bulunabilir. ART aynı zamanda iletim (*transmission*) tesisatlarının onarımına ilişkin anlaşmazlıklarla da ilgilenir ve diğer anlaşmazlıklarda da arabuluculuk yetkisine sahiptir.

Yeni bir düzenleyici otoritenin oluşturulması onun konumunun diğerleri ile entegre edilmesini gerektirir. Bu alandaki başlıca düzenleyici otorite Rekabet Kuruludur. Kendi yetki ve sorumluluk alanındaki diğer konular gibi, serbest rekabeti bozabilecek herhangi bir hakim durumun kötüye kullanılmasının (*abuse of a dominant position*) ART başkanı tarafından Rekabet Kuruluna havale edileceği 1996 mevzuatıyla öngörülmüştür. Bunun yanında Rekabet Kurulu, telekomünikasyonlar ile ilgili olarak kendisine yapılan bir müracaatı ART'ye bildirmekle veya onun görüşünü istemekle yükümlü tutulmuştur. Bu iki otoritenin de aynı yargıca tabi tutulması ciddi bir dava karışıklığının ortaya çıkmasını engellemektedir.

ART, Fransa'daki modern düzenleyici otoritelerin birçok tipik özelliklerini taşımaktadır. Otoritenin kollektif yapısı ve üyelerinin bağımsızlıklarının sağlanması bu durumun tipik örnekleridir. Kural koyma konusundaki sınırlı yetkiler ve yaptırımlar uygulamadaki geniş yetkiler düzenleyici otoritelere tanınan en önemli özelliklerdir. Uyuşmazlıkların çözümündeki işlevler, diğer

düzenleyici otoritelerin bazı karakteristik özelliklerini taşımaktadır. ART, Bakanlara ve Rekabet Kuruluna tavsiyede bulunmada, bağımsız operatörleri onaylamada ve uyuşmazlıkları çözmede, lisans anlaşması, kararnameler ve kanunlar tarafından ortaya konulan kuralların yorum ve uygulamasının ötesine geçmektedir. ART, resmi veya gayri resmi olarak, piyasanın işleyişinde çok önemli bir aktör haline gelmektedir. İngilizler için, Bakanın rolü ve Fransız Telekom'un kamu hizmeti yönünün gücü, düzenlemeleri ayırtedici yapmaktadır ve Fransız serbestliğinin bizimkisinden daha az radikal olduğunu göstermektedir.

CEZA HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞI VE FİİLİN OBJEKTİF İSNAD EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU

*Yrd.Doç.Dr. Veli Özer ÖZBEK**

I. NEDENSELLİK BAĞI VE FİİLİN OBJEKTİF İSNAD EDİLEBİLİRLİĞİ KAVRAMLARI

Ceza hukukunda bireylerin sorumlu tutulabilmesi için iradi bir hareketle dış dünyada zarar ya da tehlike şeklinde ortaya çıkan bir değişikliğin meydana gelmiş olması ve bunun da ceza kanunlarında düzenlenmiş bulunan tipik neticeyi oluşturması gerekir. Bu nedenle ceza hukukunda netice büyük bir önem taşır ve hareketin ayrılmaz bir parçası değil, bilakis yasal tipin bağımsız bir unsuru olarak kabul edilir¹. Ancak failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için fail tarafından yapılmış olan hareket ve meydana gelen netice arasında nedensellik bağlantısının varlığı şarttır. Diğer bir deyişle, meydana gelen netice yapılmış olan hareketin bir sonucu olmalıdır. O halde nedensellik bağlantısı da yasal tipin önemli bir kısmını oluşturur. Öte yandan, nedenselliğin hareket ile netice arasındaki ilişki olduğu ve bu neticeden failin sorumlu tutulabilmesinin ön koşulunu oluşturduğu söylenmelidir.

Nedensellik bağlantısı hareket ile netice arasındaki bağlantı olarak kabul edildiğine göre, gerek nedensellik bağlantısı ve gerekse failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi bakımından neticenin taşıdığı özellik, önem arz eder. Gerçekten, her suç tipinde neticeye farklı işlevler yüklenmiş olduğu

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Wessels** Johannes/**Beulke** Werner, Strafrecht AT, 29. Aufl., Heidelberg 2000, no.153; **Baumann** Jürgen/**Weber** Ulrich/**Mitsch** Wolfgang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Bielefeld 1995, § 14, no.2; **Kunter** Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955, s. 143.

görülmür. Bu nedenle suçlar netice yönünden değişik sınıflamalara tabi tutulur. Bu çerçevede suçlar maddi suç-şekli suç (neticeli-neticesiz), zarar suçu-tehlike suçu, kalkışma suçu, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, ani suçlar-mütemadi suçlar şeklinde ayrılabilir².

Söz konusu ayrımların ayrıtısına girmemekle birlikte, yineleyelim ki, konumuzu oluşturan nedensellik bağı sorunu bakımından bu ayrımların büyük bir önem taşıdığı söylenmelidir.

Gerçekten söz konusu ayrımlar incelendiğinde şekli suç olarak nitelebilecek olan ve aynı zamanda sırf hareket suçu olarak da adlandırılabilen suçlar bakımından nedensellik bağının tespitinin büyük bir sorun teşkil etmediği söylenmelidir. Gerçekten bu tür suçlarda hareket gerçekleştirilmekle netice de ona bağlı olarak gerçekleştiğinden nedensellik bağı sorunu yaşanmaz³. Örneğin, yalan tanıklık suçu (m.289 TCK), hakaret-sövme suçu (m.480, 482 TCK) bakımından hareket yapmakla netice de gerçekleşmiştir.

Konumuz bakımından asıl sorunun neticeli suçlarda ortaya çıktığı görülmektedir. Netice bakımından yapılan ayırmda yer alan suçların büyük kısmı neticeli suçlardır. Nitekim; zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konu üzerinde bir zararın meydana gelmiş olması arandığı halde, tehlike suçlarında konu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi neticenin kabulü için yeterlidir. Zarar suçunun tipik örneğini adam öldürme suçu oluşturur. O halde adam öldürme suçundan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli bir hareket yapılmalı ve bu netice gerçekleşmiş bulunmalıdır. Zarar suçlarında görünüşte nedensellik bağının tespiti bakımından bir sorun çıkmıyor gibi ise de bazen hareket ile netice arasında bir başka nedenin girmesi ve neticenin bu yeni nedenin bir sonucu olması ihtimal dahilindedir. Öte yandan, tehlike suçları kendi arasında somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında hareketin konu üzerinde bir zarar tehlikesi yaratmış olması şarttır. Dolayısıyla hareket ile tehlike arasında nedensellik bağının kurulması gerekir. Somut tehlike suçları bu yönüyle bir neticeyi, tehlike neticesini gerektirmesi arandığı için maddi suç olarak da kabul edilebilir. Gerçekten gerek zarar ve gerekse somut tehlike suçları aynı zamanda neticeli yani maddi suçlardır. Buna karşılık,

² Karşl. Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992, s. 48 vd.

³ Önder, 49; Wessels/Beulke, no.153.

hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratmış olmasının aranmadığı soyut tehlike suçları bakımından artık nedensellik bağlantısının kurulması da şart değildir. Somut tehlike suçlarına örnek olarak TCK m.382, soyut tehlike suçuna ise TCK m.557, m.563 verilebilir.

Nihayet nedensellik bağının tespiti bakımından özellik taşıyan bir başka suç grubunu netice sebebiyle ağırlaştırmış suçlar oluşturur. Doktrinimizde bu suçlar objektif sorumluluk başlığı altında incelenmekte ve kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşan suç ayrımı yapılmaktadır. Konumuzu genişleteceği endişesiyle ayrıntısına girmeden⁴ biz bu ayrımı Alman hukukunu esas alarak netice sebebiyle ağırlaşan suç terimi altında topluyor ve netice sebebiyle ağırlaşan suçları da gerçek ve gerçek olmayan netice sebebiyle ağırlaşan suçlar olarak ikiye ayırıyoruz. Bu çerçevede netice sebebiyle ağırlaştırmış suçlar iki aşamada gerçekleşir: Önce birinci aşamada failin asıl istediği netice, daha sonra ikinci aşamada ise ağır netice. Netice sebebiyle ağırlaşan suçların konumuz bakımından özelliği failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için hareket ve netice arasında nedensellik bağlantısının varlığının zorunlu olmasıdır. Gerçekten bu suçlar hukukumuz bakımından objektif sorumluluk getirdiklerinden suçun tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru yanında kusurluluk unsurunun gerçekleşmesi aranmaz⁵. Bu yönüyle hareket ve meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağının ispatı son derece büyük bir önem ve özellik gösterir. Aşağıda ele alınacak olan şart teorisine yöneltilen eleştiriler özellikle netice sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından yapılmış, şart teorisinin söz konusu suçlarda gerçekleşen ağır netice bakımından adaletsiz sonuçlar doğuracağı ileri sürülmüştür. Diğer teorilerin ortaya çıkış nedenlerinden birisi de budur. Nitekim Alman hukukunda mahkemeler 1945'den sonra şart teorisinin sorumluluğu olağanüstü genişletmesi nedeniyle uygunluk teorisini uygulamaya başlamışlardır. Ülkemiz hukukunda devam ediyor olmakla birlikte Alman hukukunda bu sorun Ceza kanununa konulan ve ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde bir kusurunun

⁴ Ayrıntı için bkz. **Özen** Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, s. 1 vd.

⁵ Bu suçlar bakımından kanunda kusur için özel bir düzenleme olmasa dahi kusurun aranmasının zorunlu olduğu ileri sürülebilirse de en doğrusu yasada bu konuya açıklık getirmektir.

varlığını düzenleyen § 18 hükmü ile son bulmuştur⁶. Konuya aşağıda tekrar dönülecektir. Ancak şurası vurgulanmalıdır ki, bu sorun çerçevesinde yapılan tartışma netice ve bu neticeden failin sorumlu olabilip olamayacağına ilişkin olduğu için nedensellik bağlantısı alanından çıkmış, bu nedenle konu etrafındaki tartışmada nedensellik bağlantısı ve sorumluluk kavramları birbiri içine girmiş, karışmış ya da karıştırılmıştır.

Görüldüğü üzere, kural olarak, ceza hukuku bakımından tipik neticenin sorumluluk doğurması, yapılan hareket ile meydana gelen tipe uygun yani kural olarak haksız netice arasında mutlaka nedensellik bağlantısı kurulmasını gerektirir. **Zira kimse irade dışı ya da üçüncü kişilerin veyahutta doğa olaylarının meydana getirdiği sonuçlardan sorumlu tutulamaz.**

Bununla birlikte, **MEYDANA GELEN NETİCEDEN SORUMLULUK İÇİN NEDENSELLİK BAĞLANTISININ VARLIĞI ZORUNLU İSE DE, HER ZAMAN SORUMLULUĞUN DA KABULÜ İÇİN YETERLİ DEĞİLDİR.** O halde nedensellik bağı mevcut olsa da fail neticeden sorumlu olmayabilir. Yani **nedensellik bağlantısı başka, faili meydana gelen neticeden sorumlu tutmak başka şeydir.** Konu şu şekilde de ifade edilebilir: **NETİCE İÇİN HAREKETİN NEDENSELLİĞİ NETİCENİN FAİLE OBJEKTİF İSNAT EDİLEBİLİRLİĞİ İÇİN GEREKLİ VE FAKAT TEK BAŞINA YETERLİ OLMAYAN BİR KOŞULDUR⁷.** Neticenin faile isnad edilebilirliği nedensellik bağlantısını tamamlayan bir niteliğe sahiptir. Sonuç olarak, nedensellik bağı ve objektif isnat edilebilirliğe ilişkin kriterler suç tipinin, genellikle, yazılmamış unsurudur.

Netice için hareketin nedenselliğinin tespiti sorunu özünde deneysel bir sorundur⁸. Nedensellik bağlantısı tespit edilirken bir yargı oluşturulur. Gerçekten nedensellik bağlantısı bakımından önce hareketin neticeye bir

⁶ Öte yandan Al.CK § 18 hükmünün nedensellik bağına değil, kusura ilişkin olduğu ve ağır neticeden sorumluluk için failin en azından taksir derecesinde kusurunu aradığı söylenmelidir. Dolayısıyla hüküm sorunu nedensellik bağlantısı açısından değil, kusur açısından çözüme kavuşturmuştur.

⁷ Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München 1997, § 11, no.10; karşı. Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin 1996, § 28, I, 2; İçel Kayıhan/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, Suç Teorisi, 2.Kitap, İstanbul 1999, s. 81.

⁸ Kühn Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., München 2000, § 4, no.6; Wessels/Beulke, § 6, no.154

sebepe olarak etkide bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Böyle bir değerlendirme yapılarak, hareket ve netice arasında bağlantının kurulması çoğu kere çok da zor değildir. Daha sonra normatif kriterler çerçevesinde neticeden harekete doğru geriye düşünülür ve somut neticenin gerçekten failin bir eseri olarak nitelenip nitelenemeyeceği, ona isnad edilip edilemeyeceği sorulur. Böylelikle geniş bir sorumluluk sınırlandırılabilir. İşte neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için nedensellik bağlantısını yeterli gören klasik ceza hukuku öğretisinin aksine bugün modern ceza hukuku öğretisi sorumluluk için nedensellik bağlantısı yanında bu normatif isnadiyet kriterlerini esas almaktadır⁹.

O halde hareket ve netice arasındaki bağlantı sorununa yanıt bulmak bakımından bugün başlıca iki yol bulunmaktadır: Nedensellik ve isnadiyet¹⁰. Dolayısıyla neticeden sorumluluk için nedensellik bağlantısının varlığı gerekli, ancak yeterli olmayan bir koşuldur. Bu nedenle faili neticeden sorumlu tutmak bakımından iki aşamalı bir inceleme yapılmalıdır: Önce, hareket ile netice arasındaki nedensellik irdelenmeli; daha sonra, neticenin faile objektif olarak isnad edilebilirliği üzerinde durulmalıdır.

Kural olarak, nedensellik bağına ilişkin düşünceler hareketten neticeye ulaşmaya ve değerlendirmeyi bu yönde yapmaya çalışırken, isnadiyete ilişkin düşünceler neticeden geriye, harekete doğru bir değerlendirme yapar. Nedensellik doğa bilimine ilişkin, isnadiyet ise normatif ölçütlere tabi hukuksal bir faaliyettir. Bu yönüyle nedensellik bağı klasik öğretiyi ifade ederken, diğeri ise modern ceza hukuku dogmatığının yeni bir açılımı olarak¹¹ nitelendirilir¹².

⁹ Karşl. **Wessels/Beulke**, § 6, no.154.

¹⁰ **Haft** Fritjof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.Aufl., München 1998, s. 60; **Wessels/Beulke**, § 6, no.155.

¹¹ **Haft**, 60.

¹² Nihayet kavrama neden objektif isnadiyet adı verildiği de açıklanmalıdır: Öncelikle isnadiyet kavramının hem objektif, hem de sübjektif isnadiyeti içine alan üst bir terim olduğu söylenmelidir. Burada ele alınan isnadiyete objektif denmesinin sebebi isnadiyeti objektif tip içinde fail bakımından söz konusu olan hal ve koşullardan bağımsız olarak ortadan kaldırmayı mümkün kılmasıdır. Bu anlamda sübjektif isnadiyet öğretisinin de geliştirilmesi şüphesiz mümkündür. Ancak bu “olayın akışı bakımından bilgisizlik” olarak hata öğretisi altında ele alınmalıdır. Gerçekten kastın bilme unsuru tipiklik unsurunu ve bu anlamda hareket, netice ve bu ikisi arasındaki nedensel akışı da içine almalıdır. Bir bütünü

II. NEDENSELLİK BAĞLANTISI KONUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN BAZI TEORİLER

Bugün ceza hukukunda nedensellik bağlantısına ilişkin sorunlar daha çok taksirli suçlar ile objektif sorumluluk nedenleri arasında yer alan kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşan suçlar ve nihayet somut tehlike suçları alanında ortaya çıkmaktadır.

Nedensellik bağlantısı konusunda çoğu kanun gibi TCK'muzda da açık bir düzenleme bulunmadığı söylenmelidir. Ancak TCK 201, 456, 230, 128, 448 gibi maddelerde bu bağlantıyı ifade eden terimler kullanılmış olup, nedenlerin çokluğu konusunda da TCK m.451 ve 452'de nedensellik bağlantısının hangi hallerde devam etmekte olduğu saptanmıştır. Bu nedenle nedensellik bağlantısı sorununun çözümünün doktrin ve uygulamaya bırakıldığını söylemek yanlış olmaz.

Bununla birlikte, sorunun çözümü bakımından ceza hukuku doktrinimizde ve uygulamada bir birlik yoktur. Gerçekten *Dönmezer/Erman*¹³, *Alacakaptan*¹⁴ ve *İçel*¹⁵ karma uygunluk teorisini¹⁶; *Yüce*¹⁷, uygun sebep

oluşturması nedeniyle objektif ve sübjektif isnadiyet kavramları birbirine paralel gibi görünse de sübjektif isnadiyet diğerine göre çok daha sınırlı bir işleve sahiptir. Nitekim neticenin objektif bakımından isnad edilmesinin mümkün olmaması her zaman sübjektif bakımdan da isnad edilememesi anlamına gelmez. Aşağıda görüleceği üzere riskin azaltılması ya da risk bağlantısının eksik bulunması nedeniyle neticenin objektif olarak isnad edilememesi, sübjektif olarak da isnad edilememesi sonucuna yol açmaz (Karşl. **Gropp** Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Auf.*, Berlin.Heidelberg 2001, § 5, no.42; ayrıca **Wessels/Beulke**, § 6, no.178).

¹³ **Dönmezer Sulhi/Erman** Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 11 Bası*, İstanbul1994, s. 515 vd.

¹⁴ **Alacakaptan** Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s. 74.

¹⁵ **İçel** Kayıhan, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul 1967, s. 169.

¹⁶ Karma uygunluk teorisi uygunluk teorisinin değişik bir görünüş şekli olduğu için ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir. Ancak doktrinimizde halen taraftar bulduğu için kısaca üzerinde durmak gerekir. Teoriye göre hareketin neticenin meydana gelmesine etkili olup olmadığı normal ve olağan hayat şartları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye belirlenecektir. Bu belirlemede hükmü verecek olan kişi kendi bilgisi ve hayat tecrübelerine göre karar vermekte, fakat daha sağlıklı bir değerlendirme için fail açısından da araştırma yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre objektif ve sübjektif olmak üzere iki tür değerlendirme yapılır. Objektif açıdan yapılan değerlendirmede hareketin yapıldığı koşullara gidilir ve o andaki somut koşullar üçüncü bir kişinin bilgi ve

teorisini, *Kunter*¹⁸, *Ünver*¹⁹ şart teorisini, *Öztürk*²⁰ vd. karma şart teorisini; *Artuk* vd.²¹ kısmen şart kısmen uygun sebep teorisini, *Demirbaş*²², *Önder*²³ ve *Centel*²⁴ subjektif sorumluluk halinde şart teorisini, objektif sorumluluk halinde uygun sebep teorisini, *Erem/Danışman/Artuk*²⁵ ve *Toroslu*²⁶, insani (beşeri) sebep teorisini, *Yargıtay* hem şart, hem de uygun sebep teorilerini benimsemiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere bugün gerek Türk Yargıtayı ve gerekse doktrininin üzerinde yoğunlaştığı iki teorinin şart ve uygunluk teorisi olarak ön plana çıktığı görülmektedir²⁷.

tecrübesine göre irdelenerek hareketin neticeyi oluşturmaya uygun olup olmadığı belirlenir. Daha sonra fail bakımından yani subjektif bir değerlendirmeye gidilerek failin olayda meydana gelen neticeyi tahmin edebilme açısından kişisel bilgi ve tecrübesi araştırılır. Her iki değerlendirme uyumlu ise hem nedensellik bağlantısı ve hem de kusurluluğun var olduğu sonucuna ulaşılır. Objektif ve subjektif değerlendirme çelişiyor ise şöyle bir yol izlenir: Fail objektif olarak öngörülemeyen neticeyi öngörmüş ve netice gerçekleşmiş ise nedensellik bağlantısı mevcuttur. Buna karşılık objektif olarak öngörülebilir neticeyi fail öngörmemişse bu neticenin fail tarafından öngörülmesinin mümkün olup olmadığı araştırılır. Failin içinde bulunduğu şartlar itibariyle gerçekleşen neticeyi öngörmesi beklenemeyecek ise nedensellik bağlantısının bulunmadığı sonucuna ulaşılır (*Dönmezer/Erman*, no.658 vd.). Görüldüğü üzere görüş uygun nedensellik teorisi gibi kusur ile nedensellik bağlantısını birlikte çözümlemeye çalışmaktadır. Uygun nedensellik teorisine yöneltilen eleştiriler burası için de geçerlidir.

¹⁷ **Yüce** Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, C.1, Manisa 1982, s. 229.

¹⁸ **Kunter**, 179 vd.

¹⁹ **Ünver** Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 253 vd.

²⁰ **Öztürk** Bahri/**Erdem** M.Ruhan/**Özbek** Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 6.Baskı, Ankara 2002, s. 140.

²¹ **Artuk** M.Emin/**Gökçen** Ahmet/**Yenidünya** Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2002, s. 466. Yazarlar *maddi nedensellik-manevi nedensellik* ayrımı yapmaktadırlar. Kanımızca burada manevi nedensellik ile anlatılmak istenen subjektif isnadiyettir. Bu ise kusur ve özellikle hata kurumuna ilişkin bir konudur. Objektif isnadiyet, subjektif isnadiyetten farklıdır (Dpn.12 ile karşı.).

²² **Demirbaş** Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 215.

²³ **Önder**, 101.

²⁴ **Centel** Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2.Baskı, İstanbul 2002, s. 244.

²⁵ **Erem** Faruk/**Danışman** Ahmet/**Artuk** Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara 1997, s. 281 vd.

²⁶ **Todoslu** Revzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 1998, s. 116.

²⁷ Alman Yargıtayı'nın ise öteden beri şart teorisini benimsediği görülmektedir (RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332). Alman doktrini de genel olarak şart teorisini benimsemektedir.

Konuyu açıklamaya bir **örnekle** başlayabiliriz: Bakkal A dükkanda müşteri beklerken, sabah koşusuna çıkan (D) gelir. Bir süre sonra sohbet koyulaşır ve din tartışmasına bürünür. Konuşmanın içeriğine sınırlanan D, A ya şiddetli bir tokat atar. A oturduğu tabureden yere düşer. Bu sırada cüzdanı da cebinden fırlamıştır. D cüzdandan bir miktar para da alarak olay yerinden uzaklaşır. Bir süre sonra bakkala giren C, A'yı baygın bulur. Doktor çağırılırsa da A'nın ölmüş olduğu anlaşılır²⁸.

Şimdi olayda D'yi A'nın ölümünden sorumlu tutmak ona bu neticeyi isnat etmek istiyorsak, D'nin hareketi ile ölüm neticesi arasında herhangi bir şekilde özel bir ilişkinin varlığı gerekir. Bu özel ilişki D'nin A'nın ölümü bakımından nedensel bir sebebe sahip olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, bir kimseyi bir neticeden sorumlu tutmanın sebebi olarak yapılan hareket ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik (sebepler-sonuç) ilişkisinin varlığı gerekir ve görünüş itibariyle olayda böyle bir ilişki vardır. Ancak konuya daha yakından bakıldığında şu sorunla karşılaşılır²⁹: - *Biz illiyet bağının ne olduğunu bilmemekteyiz.* Örneğin, A, B'nin içeceğine asit koyar ve içmesi için verir. B, bu içeceği içer içmez ölür. Yaşam tecrübelerimize göre, B'nin ölümü verilmiş olan asitten kaynaklanmaktadır. Çünkü biz bugüne kadarki tecrübe ve bilgilerimizle sınırlı olarak biliriz ki, bir miktar asit içildiğinde insanı öldürür. Bir kimyacı ölümün neden meydana geldiğini, asitin vücutta meydana getirmiş olduğu etkileri açıklamış olsa bile bu açıklama onun tecrübe bilgilerine dayanır ve yine illiyet bağının özü bakımından herhangi bir bilgi ortaya koymaz. Aslında tecrübe bilgisine dayanan sebep ve netice arasındaki bağlantının gösterilmek zorunda olması ve böylece de failin neticeden sorumlu olabilirliliği hakkında görüşler değişiktir:

A. ŞART TEORİSİ-ŞARTLARIN EŞİTLİĞİ: VARSAYIMA DAYALI BİR ELEMENİN SONUCU OLARAK NEDENSELLİK

Şart teorisi çerçevesinde başvurulmuş ilk formül *şartların eşitliği formülü* olmuştur. Buna göre neticenin meydana gelme sürecinde yer alan tüm faktörler neticenin meydana gelmesi bakımından eşit değere sahiptir. Diğer bir deyişle, neticenin meydana gelmesi bakımından her koşul nedenseldir (sebepseldir).

²⁸ Örneğin esin kaynağı olarak karışl. **Gropp**, § 5, no.1.

²⁹ **Gropp**, § 5, no.11.

Somut olayda netice meydana gelmeden düşünülemez olan her sebep illidir³⁰: *Conditio sine qua non*. Görüldüğü üzere, şart teorisine göre bir kimsenin davranışının belirli bir netice bakımından nedensel değer taşıyıp taşımadığının nasıl tespit edileceği konusunda metodik yardımcı araç olarak olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) formülü uygulanmaktadır.

Buna göre netice bir çok şartların birleşmesinden doğar. Şartların her biri neticenin oluşması bakımından zorunludur. Sebep, tüm bu şartların birleşmesinden meydana gelir. O halde şart sebebin bir parçasıdır. Eğer bunlardan birisinin bulunmaması durumunda şart gerçekleşmiyorsa o şart netice yönünden sebeptir. Sebepler arasında ayırım gözetilmez. Dolayısıyla failin hareketinden önce veya sonra eklenen şartlar da sebep değerini taşır. O halde, normu uygulayan, varsayıma dayalı şöyle bir değerlendirme yapmak durumundadır: HAREKET YAPILMASAYDI NETİCE MEYDANA GELMEYECEKTİ İSE HAREKET NETİCE BAKIMINDA NEDENSELDİR. Buna karşılık hareket yapılmasaydı dahi netice yine meydana gelecek idi ise o hareket netice bakımından nedensel değildir.

Teori dünyadaki tüm oluşların nedensel olarak açıklanabildiği doğa bilimlerine ilişkin bir tasavvura dayanır. Bu nedenle teori bizi sonu gelmez bir sebep-sonuç ilişkisine götürebilir. Bu anlamda bir yayaya çarpan sürücünün anne-babasının çocuklarına araba alması hareketi ile netice arasında nedensel bağlantı vardır.

*Ancak bu sınırsızlığına rağmen teori neticenin faili isnat edilebilmesi bakımından temel bir rol üstlenmiştir. Bu nedensel bağlantı en azından neticeden failin sorumlu tutulması için gerekli olan minimum şeyi oluşturur*³¹.

O halde eşitlik teorisi tipe uygun bir neticeden faili sorumlu tutmak için gerekli koşuldur. Ancak, yeterli bir koşul değildir. Teorinin sınırlandırılması

³⁰ Wessels/Beulke, § 6, no.156; Jescheck/Weigend, § 28, II, 1; Gropp, § 5, no.15; Haft, 62; Ebert Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1985, s. 41; Kühl, § 4, no.9; Roxin, § 11, no.5; Kunter, 149 vd.; Yüce, 219; İçel /Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 83; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002, s. 454 vd.; Centel, 226 vd.; Demirbaş, 209; Dönmezer/Erman, no.628; Önder, 85; Alacakaptan, 69; Erem/Danışman/Artuk, 275 vd.; Özgenç İzzet/Şahin Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3.Bası, Ankara 2001, s. 116.

³¹ Gropp, § 5, no.17.

bakımından pek çok düşünce ortaya atılmıştır. Bunlar aşağıda diğer nedensellik teorileri ve objektif isnadiyet kriterleri olarak ele alınacaktır.

Eşitlik teorisinin güçlü yönü şartların eşitliği formülünün kolaylığı ve yumuşaklığıdır. Ancak zayıf yönü de şudur ki, **FORMÜL İLLİYET BAĞINI ASLINDA İSPATLAMAZ, TERSİNE VARSAYAR**³². Bu yönüyle teori nedensellik bağlantısını tek başına açıklayamaz. Teori sadece bir koşulun belirli bir neticeyi meydana getirmeye izin verdiğini ortaya koyan genel bir nedensel yasa olarak formüle edilmiştir³³. Gerçekten şart formülü bizi yukarıda vermiş olduğumuz örnekte şu noktaya götürür: D'nin elle vurma hareketi ölüm neticesi gerçekleşmeden göz önünde bulundurulmaz. Diğer bir deyişle, ölüm neticesi vurma hareketine bağlıdır. *Yaşam tecrübeleri burada bize şunu söylemektedir: D, A'ya vurmuş olmasaydı, A hala hayatta olacaktı.* Biz söz konusu davranış olmasaydı olayın nasıl meydana geldiği konusunda yaşam tecrübelerimize dayandığımız için şart formülünün kullanımı mümkündür. Bu suretle bizim yaşam tecrübemize dayanarak varsayıma dayalı olarak olayın meydana gelmesine neden olan halleri eliyor ve nihayet sebep olarak kabul edilecek olan harekete ulaşıyoruz. Şayet sebebin etkileme şekli bilinmiyorsa, hareketin bir etkiye sahip olup olmadığı da bilinmiyordur.

Bir an için olayda elle vurmaya sebep olarak tasavvur alanımızdan çıkarsak, bu durumda mesela, kan basıncı ile sebep olunmuş olan bir felcin A'nın beyninde kan toplanmasına sebep olmuş olabileceği sonucuna da ulaşabiliriz. Yine A'nın kafasının çok şiddetli bir şekilde sarsılmış olması da sonuca neden olmuş olabilir. Bunun yanında mağdur vurmanın etkisiyle ortaya çıkan heyecanın yarattığı kalp durması ile de ölmüş olabilir. Ancak bizim yaşam tecrübelerimiz söz konusu bu alternatif sebeplerin son derece düşük olasılıklar olduğunu ortaya koyduğu içindir ki, biz vurma olmasaydı neticenin de meydana gelmeyecek olduğu sonucuna ulaşıyoruz.

*Varsayıma dayalı bir eleme muhakemesi*³⁴ olarak şartların eşitliği formülünün doğası yani yapısı, nedensel bağlantıların belli belirsiz olduğu durumlarda açıkça ortaya çıkar. Konuyu Alman hukukunda yaşanmış bir olayla açıklayalım: A, Erdal isimli sprey halinde bir ayakkabı boyası alır ve

³² Gropp, § 5, no.18; Ebert, 41; Kühl, § 4, no.11; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.17.

³³ Wessels/Beulke, § 6 no.156.

³⁴ Jescheck/Weigend, § 28, II, 3.

ayakkabıları için kullanır, kullanımdan yarım saat sonra akciğer iltihaplanması baş gösterir. Uyarıya rağmen fabrika müdürü ayakkabı boyasını veya spreyi piyasadan çekmez. Yine ahşap koruyucu madde pek çok kimsede hastalık yaratmasına rağmen bu malzemeyi üreten fabrika müdürü malzemeyi piyasaya vermeye devam eder.

Yukarıdaki deri spreyi olayında mahkeme illiyet bağının varlığını kabul etmiştir. Mahkeme olayda diğer faktörleri elemek suretiyle şu sonuca ulaşmıştır: Hastalığın seyri bu hastalığa sadece bu spreyin sebep olabileceğini ortaya koymaktadır. Yine ikinci olayda bu malzeme diğer malzemeler gibi en azından birlikte de etki gösterse doğa bilimleri açısından yapılan bir değerlendirme bakımından bir sebep değeri taşımaktadır.

Buraya kadar anlatılanlardan şu sonuca ulaşabiliriz: Nedensellik bağı hukuki değil, doğa bilimi anlamında ele alınmalıdır. Netice hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olduğuna göre, bu ikisi arasındaki bağ da doğa kanunlarına göre açıklanmalıdır. O halde netice bakımından sebepler arasında önemli-önemsiz ayrımı yapılması olanaksızdır. Eğer bir insanın davranışı neticenin meydana gelmesi bakımından sebeplerden birisi ise, sebepler arasında bir değer farklılığı yaratılarak bu davranış elimine edilemez. Çünkü şart teorisine göre bir neticenin yalnızca bir tek sebebi olabilir diye bir koşul yoktur.

Ancak, bu formül her zaman tatminkar sonuçlar doğurmaz. Şartların eşitliği formülü varsayıma dayalı bir eleme için “*düşünce formülü*” olarak sadece bir ilk adımdır. Teorinin bazı hallerde somutlaştırılmasına, bazı hallerde de tamamlanmasına ihtiyaç vardır. Gerçekten örneğin A, B’ye etkisini yavaş yavaş gösteren bir zehir vermese idi dahi B, C’nin silahıyla ateş etmesi sonucu ölecekti. Bu durumda A’nın hareketinin nedenselliği reddedilmeli midir? İşte bu tür sorunlar şart teorisinin sınırlandırılması çabasını ve tamamlanması düşüncesini doğurmuştur.

Gerçekten bazen somut koşulun düşünülmüş olmaması durumunda da netice başka bir şekilde meydana gelmiş, tüm bu hallerde de nedensellik bağı kesilmiş ya da halen bu bağ korunuyor olabilir. Aşağıdaki olasılıklar birden fazla nedenin neticeyi meydana getirmesi durumunda nedensellik bağının varlığını sürdürüp sürdürmediği konusuna ilişkindir.

O halde, ŞARTLARIN EŞİTLİĞİ FORMÜLÜ BİRBİRİNDEN BAĞIMSIZ BİRDEN FAZLA KOŞULUN ZAMAN OLARAK AYNI

ANDA BİR ARAYA GELDİĞİ VE BU KOŞULLARDAN HER BİRİNİN DE NETİCEYE SEBEP OLABİLECEĞİNİN KABUL EDİLEBİLDİĞİ DURUMLARDA (BİRDEN FAZLA NEDENSELLİK YA DA ALTERNATİF NEDENSELLİK) YETERSİZ KALMAKTADIR.

Bu nedenle şart teorisi temelinde bir başka formülün geliştirildiği görülmektedir. Bu formül ise *kanuna uygun şart formülü*dür³⁵. Bir davranış, neticeyle bu davranışın yarattığı değişiklikler silsilesi (dizisi) vasıtasıyla yasaya uygun bir şekilde bağlantı içinde ise ancak bu durumda bu davranış neticenin bir sebebidir. Formülün bir başka anlatımı şu şekildedir: Bir hareket dış dünyada zaman itibariyle daha sonra meydana gelen, değişikliklere zincirleme bir şekilde bitişmiş ya da bağlanmış ise o davranış neticenin bir sebebidir³⁶. O halde zaman itibariyle daha sonra meydana gelen tipe uygun neticeyi oluşturan değişikliklerin bağlanmış olduğu hareket netice bakımından nedensel olan harekettir. Bu formüle göre varsayıma dayalı bir değerlendirmeden kaçınılır ve doğrudan *SOMUT OLAYDA HAREKETİN NETİCEYE (GERÇEKTEN) ETKİLİ OLMUŞ OLUP OLMADIĞI* sorulur³⁷. Bu formülün şartların eşitliği formülünden farkı ya da ondan üstün yönü doğa kanunlarına ilişkin bağlantının varlığını açıkça araması ve bu tespitin uzman kişilerce yapılmasıdır³⁸. Öte yandan bu formül her şartı değil, yasaya uygun olanı araştırır. “Hareket yapılmıyaydı netice meydana gelmeyecekti” formülündeki değerlendirmede yapılabilecek ‘tecrübelerimize dayalı’ yanlışlık tehlikesi azaltılacağı için amaçlanan sonuç daha güvenli olabilecektir³⁹. Bu formül özellikle neticeyi meydana getiren sebeplerin birden çok olması halinde doyurucu sonuçlar vermektedir. Buna göre, bir neticeye birden çok sebebin neden olması durumunda birinin diğerinden daha geç meydana çıkması, az ya da çok neticenin meydana gelmesini hızlandırması, vazgeçilmez, en önemli etken vb. olması önemsizdir⁴⁰. Tüm şartlar eşittir; önemli olan sebeplerin neticenin meydana gelmesinde etkili olmasıdır. Bu şekilde nedensel bağlantı belirlendikten sonra failin neticeden sorumlu olup olma-

³⁵ Kühl, no.22 vd.; Gropp, § 5, no.33; Ünver, 243 vd.

³⁶ Jescheck/Weigend, § 28, II 4.

³⁷ Kühl, 4, no.22.

³⁸ Jescheck/Weigend, § 28, II 4; Ünver, 244.

³⁹ Gropp, § 5, no.34.

⁴⁰ Kühl, no.23 vd.; Ünver, 245.

çağı sorununa geçilir. Böyle bir değerlendirme formüllerin ortaya koyduğu, her hareketin nedensel olduğu sonunun yaratabileceği “her nedensel hareketi yapan neticeden sorumludur” düşüncesini sınırlandıran bir görev üstlenir. Gerçekten varsayıma dayalı eleme formülünün iki eksiği bulunur⁴¹: *Birincisi*, sebep ile netice arasındaki nedensel bağlantının var olduğu biliniyorsa mantığı olarak bu sebep olmaksızın neticenin de meydana gelmeyeceği söylenebilir. Ancak bu sebebin etki şekli bilinmiyorsa neticenin meydana gelmesinde bir tesire sahip olup olmadığı konusunda bir şey söylenemez. *İkincisi*, gerçekleşen olayın tasavvur edilen diğer gelişme ile karşılaştırılması, bir başka hareket zaman itibariyle daha sonra etki gösterip neticeyi meydana getirmiş (öne geçen sebep), aynı zaman ve aynı şekilde etki göstermiş (varsayıma dayalı nedensellik) ya da netice iki ya da daha fazla birbirinden bağımsız sebepler tarafından yerine getirilmiş olması (toplamsal-kümülatif nedensellik) durumlarında bizi yanlış sonuca götürmesidir.

Aşağıda şart teorisi temelinde kanuna uygun şart formülü çerçevesinde nedensellik bağlantısı konusunda çıkabilecek bazı sorunlar ortaya konmaya çalışılacaktır:

1. Nedensellik Bağının Kesilmesi Sorunu

Öncelikle nedensellik bağlantısının hiçbir zaman kesilmeyeceği, sebepler serisine ancak yeni bir sebepler serisinin eklenebileceği söylenmelidir⁴². Gerçekten sebeple netice arasındaki nedensellik bağlantısı ya mevcuttur ya da değildir; mevcutsa kesilmiş olamaz. Ancak yerleşmiş bir terim olarak bizim de kullanacağımız *kesilmiş olma*⁴³ meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulamamasını ifade eder. Fail ancak yapmış olduğu hareket nedeniyle ceza hukukunun buna bir sonuç bağlaması halinde sorumlu tutulur. Gerçekten bir sebepler serisine yeni bir sebepler serisinin eklenmesi durumunda ilk hareket

⁴¹ Jescheck/Weigend, § 28, II 4.

⁴² Roxin, § 11, no.27; Jescheck/Weigend, § 28, II, 3; Kunter, 207; Önder, 88; Ünver, İzin Verilen Risk, 247; Yüce soruna değinmekle birlikte net bir tavır ortaya koymamaktadır (Yüce, 230 vd.); ayrıca karşı. Centel, 228, 229; Erem/Danışman/Artuk, 285, 286.

⁴³ Karşı. Gropp, § 5, no.23. Öte yandan “eklenmiş olma” terimi de karışıklık yaratabilecek niteliktedir. Gerçekten bazen daha önce başlamış olan nedenler serisi daha sonra başlayan nedenler serisinin önüne geçip neticeyi meydana getirmiş olabilir. Burada bir “eklenme” bulunmaz. Dolayısıyla görünüşte de olsa bir kesilmenin varlığını kabul konunun anlatımı açısından daha faydalı görünmektedir.

ile netice arasındaki nedensel ilişki varlığını korumaya devam eder ve fakat netice yeni bir sebepler serisinin eklenmesi ile meydana gelir.

Kesilmiş (kopmuş) illiyet durumlarında failin hareketi ve netice arasındaki nedensel bağlantı varlığını korur; ancak, araya giren ya da eklenen bir başka ve yeni sebepler serisi yüzünden netice faile isnad edilemez. Örneğin, A, B'nin zehir koyduğu yemeğini yer. Ancak zehir etkisini göstermeden A, C tarafından tabanca ile vurulur ve ölür. İşte bu olayda nedensellik bağının kesilmesinden, daha doğru bir deyişle başka bir nedensel serinin eklenmesinden söz edilir. Bir hareketin şart niteliğini kaybetmesi için tamamen bağımsız yeni bir sebepler serisinin bulunması gerekir. Burada bir başka sebep asıl hareketten TAMAMEN BAĞIMSIZ olarak tek başına neticeyi meydana getirmiştir⁴⁴. Buradaki sorun, sonradan yapılan bir hareketin failin hareketine göre ne zaman bağımsız bir niteliğe sahip olacağıdır: FAILİN HAREKETİ HİÇ OLMASAYDI DAHI, BAŞKA BİR SEBEPLER SERİSİ NETİCEYİ MEYDANA GETİRİYORDU DENEİLİYORSA, BU SERİ BAĞIMSIZDIR. Buna karşılık, bağımsız sebepler serisinin varlığı ya da yokluğu, fail tarafından yapılan hareketin zorunlu şart sayılmasına engel olmuyorsa, yani failin hareketi olmasaydı netice gerçekleşmeyecekti diyebiliyorsak bu sebepler serisi bağımsız değildir. O halde, zehirleme olayında B, A'nın yemeğine zehir koymasaydı da A, C'nin ateş etmesi neticesi ölecekti. Bu durumda artık nedensellik bağı kesilmiş, yani ortadan kaldırılmış, netice yeni bir nedensellik bağı sonucu meydana gelmiştir. Ancak bu sonuç kusur ceza hukuku ile bağdaşmaz. Bu durumda B'nin sorumluluğu fiilin ona isnad edilebilirliğine ve kusuruna göre belirlenecektir. Öte yandan, burada teşebbüs hükümleri de bize yardımcı olur. Herkes kusuru oranında sorumlu olacağına göre ve failin hareketi bitmiş, ancak netice failin elinde olmayan bir sebeple gerçekleşmiş olmadığına göre bu durumda B adam öldürmeye tam teşebbüs suçundan cezalandırılır.

2. Atipik Nedensel Gelişme

Burada netice ilk harekete bağlı bir başka sebepten meydana gelmektedir. Bu sebep üçüncü bir kişinin hareketinden olabileceği gibi, mağdurun hareketinden de kaynaklanabilir. Bu durumda mağdurun ya da üçüncü kişinin hareketinin ilk hareketle netice arasındaki nedensellik bağlantısının varlığına

⁴⁴ Haft, 62; karşı. Kühl, § 4, no.31 vd.

bir etkisi olmaz⁴⁵. Burada mağdur ya da üçüncü kişinin hareketi bir başka sebebi meydana getirmekte, netice bu sebepten dolayı meydana gelmektedir. Bu durumda fail diğer sebebe kendi hareketi ile yol açtığı için hareketi ile meydana gelen netice arasındaki nedensel bağlantı varlığını korur. Dikkat edileceği üzere, yukarıdaki olasılıktan farklı olarak burada netice bağımsız bir sebepler serisinin sonucu olarak değil, sebepler serisine bağlı olarak meydana gelmektedir.

a- Failce Bilinmeyen Sebeplerin Neticeye Etkisi :

Örnek 1: Bıçak darbeleriyle hayati tehlike yaratacak şekilde yaralanan kişinin hastaneye kaldırılırken ambulansın kaza yapıp yaralının ölmesi. FAİLİN HAREKETİ HİÇ OLMASAYDI DAHI, SEBEPLER SERİSİ NETİCEYİ MEYDANA GETİRİYOR MUYDU? Hayır! Mağdur bıçaklanmasaydı, hastaneye kaldırılmayacak ve kaza da olmayacaktı. Hareketin yapılmadığı varsayıldığında netice meydana gelmemiş olacağından yaralama ile ölüm arasında nedensellik bağı vardır. Ancak neticeyi atipik yeni seri meydana getirmiştir. Dikkat edilirse, yeni seri ilk harekete bağlı olarak doğmuştur. Bu örnekte üçüncü kişinin taksirli hareketi nedensellik bağlantısını kesmez; bu hareket yeni bir sebep olarak eski sebebe eklenir. Ancak bu durumda netice faile isnad edilebilir ve fail ölüm neticesinden cezalandırılabilir değildir. Görüldüğü gibi nedensellik bağlantısının varlığı, sorumluluk için yeterli değildir.

Örnek 2: T, O'yu yaralar. Hastaneye kaldırılan O doktor D'nin yanlış tedavisi sonucu ölür.

Failin gerçekleştirdiği hareket ve şarttan sonra bu hareket ve şarttan bağımsız ve fakat bu şartla ilgili olan ve bilinmeyen umulmayan bir sebebin inzimamı neticenin meydana gelmiş olması halinde nedensellik bağı varlığını koruyacak mıdır? (TCK m.451-452) Koruduğu kabul edilir.

Örnek 3: Mağdur garsonlar tarafından dövülür. Kendisini kurtarmak için yakındaki göle atlar boğularak ölür.

⁴⁵ Wessels/Beulke, § 6 no.164; Roxin, § 11, no.26; karşı. Ebert, 42; Kühn, § 4, no.29.

Örnek 4: A, B'yi yaralar. Ölüm mağdurun yarasını bakımsız bırakması sonucu meydana gelir. Hastanede tedavisine devam edilmeden taburcu edilen A, 4 gün sonra ölür.

Örnek 5: İki kişiyi öldüren A, C'ye de bir el ateş eder. Göğsünden yaralanan C yerde can çekişirken B gelir ve C'ye bir el daha ateş ederek ölümüne neden olur. B'nin ateş etmesine A'nın ateşi neden olmuştur. O halde C'nin ölümüne A da sebep olmuştur⁴⁶.

Görüldüğü üzere üçüncü kişinin sonraki kasti hareketi ilk hareket ile netice arasındaki nedensel bağlantıyı ortadan kaldırmaz. Aslında burada neticenin faile isnad edilmesi yani, neticeden sorumlu tutulması sorunu söz konusudur ki, ileride bu konuya değinilecektir.

b- Mağdurda mevcut bir hal tipik neticenin meydana gelmesinde etkili olmuşa nedensellik bağı mevcuttur⁴⁷. Örn. A, B ye müessir fiil ika eder. B nin kanı pıhtılaşmaz. Hemofili hastası olan B ölür.

Her iki olasılıkta da, İLK HAREKET İLE NETİCE ARASINDAKİ NEDENSELLİK BAĞI KESİLMİŞ DEĞİLDİR. ANCAK, **MEYDANA GELEN NETİCEDEN FAİLİ SORUMLU TUTMAK KONUSUNDA İSNADİYET KRİTERLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME YAPILMALIDIR**. Konuya aşağıda tekrar döneceğiz.

3. Öne Geçen Sebep

Burada da neticeyi failin yapmış olduğu hareketten başka bir sebep gerçekleştirmiştir. Diğerlerinden farklı olarak burada ilk sebebin ikinci sebebin önüne geçerek neticeyi gerçekleştirmiş olup olmadığı incelenmektedir. Yani failin yapmış olduğu hareketten önce var olan bir sebep neticeyi gerçekleştirmiş olabilir. Eğer ilk sebep ikinci sebebin önüne geçerek neticeyi gerçekleştiriyorsa bu durumda netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı neticeyi gerçekleştiren ilk hareket arasında kurulacaktır. Bu yönüyle öne geçen nedensellik, kesilmiş nedenselliğin bir başka görünüş şeklidir: *öne geçen olay tarafından kesilmiş bir nedensellik*⁴⁸.

⁴⁶ Bu örnek bir Alman Yargıtay kararına konu olmuştur (Wessels/Beulke, § 6 no.164).

⁴⁷ Önder, 91.

⁴⁸ Gropp, § 5, no.25; karşı. Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.30; Yüce, 231 vd.; Centel, 229; Önder, 89.

Örnek 1: A, B'ye içinde zehir olan kahve verir. B kahveyi içer. Zehir etkisini göstermeden önce C tarafından verilmiş olan kahve içindeki zehir etkisini daha hızlı gösterir ve B ölür. Her iki zehirin dozu ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli idi.

Örnek 2: A, B'ye zehir vermiştir, zehir etkisini göstermiştir; ancak, bu sırada A kendisine daha önce gönderilmiş bombalı mektubu açar ve patlaması sonucu ölür.

Her iki olayda da ölüm neticesinin gerçekleşmesi bakımından A'nın zehir vermesi nedensel bir etkiye sahip değildir. Çünkü ilk olayda C'nin zehir vermesi, ikinci olayda da bomba gönderilmesi A'nın zehir verme hareketinin nedensel etkisini ortadan kaldırmıştır. İkinci zehir verme hareketi ve bomba gönderilmesi ilk harekettten bağımsız olarak yeni bir sebepler serisi yaratmıştır. İlk zehir verme hareketi yapılmıyaydı da B ölecekti. O halde A ancak nitelikli adam öldürmeye tam teşebbüsten sorumlu olup, cezalandırılabilir⁴⁹. Ancak ilk olayda ölüm neticesine A'nın mı, yoksa C'nin verdiği kahvenin mi neden olduğu belirlenemiyorsa bu durumda *şüpheden sanık yararlanır* ilkesi gereği her iki fail de kasten adam öldürmeye tam teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Yine A ve C birlikte hareket etmişlerse, iştirak hükümleri çerçevesinde çözüm aranmalıdır.

İşte başlı başına sonucu doğuran bir sebebin varlığı halinde diğer sebepler netice açısından nedensellik değeri taşımaz. Buna *öne geçen sebep* denir. Bu durumda sebeplerin çokluğu halinde sorumluluğun sınırları daraltılmış olur. Öne geçen sebep durumunda bağımsız olarak neticeyi doğuran sebep diğer sebep veya sebeplerin *nedensellik değerini ortadan kaldırır*. Şart teorisi burada da uygulanabilir: Zehirleme hareketi olmasaydı da gönderilen bomba patlayacak ve ölüm neticesi gerçekleşecektir. Bu nedenle burada zehirleme fiilinden dolayı sadece adam öldürmeye teşebbüs neticesi faile isnad edilebilir.

4. Alternatif Nedensellik (Çift Nedensellik)

Örnek 1: A ve B birbirinden bağımsız olarak O'nun yemeğine zehir katar. Her iki zehir miktarı da ölümü sonuçlayabilecek niteliktedir. Diğer bir deyişle, birisi olmasaydı da diğeri sonucu doğurabilecekti. O halde, şart

⁴⁹ RGSt 69,44, 47 (Wessels/Beulke, § 6 no.166); ayrıca Jescheck/Weigend, § 28, II, 5.

teorisine göre diğerinin reddi gerekir. Burada şu formül geliştirilmiştir: *Alternatif olan birden çok koşuldan birisinin yokluğu varsayıldığında netice meydana gelecek idi ise her koşul netice bakımından nedenseldir*⁵⁰. Burada gözden uzak tutulmaması gereken husus her bir hareketin toplamının değil, ayrı ayrı sonucu meydana getirmeye yetiyor olmasıdır. İlk olasılıkta da her bir hareket netice bakımından nedenseldir.

Örnek 2: A ve B birbirinden tamamen habersiz ve bağımsız olarak mafya babası C'yi öldürmek ister. Her ikisi de arabasının altına bomba yerleştirir. Bombaların işleyiş mekanizması aynıdır: Kontak çevrildiğinde bomba patlayacaktır. C, kontağı çevirir bomba patlar ve C ölür. Hareket yapılmayı netice meydana gelmeyecekti. Her bir hareket neticeyi meydana getirmek bakımından tek başına yeterli. O halde alternatif hareketler bakımından tamamının birleşmesiyle netice ancak meydana gelirdi diyemiyorsak, yani her biri tek başına netice için yeterli ise her bir hareket illi değerini korur. Bu durumda C'nin ölümünden hem A hem B sorumludur. Ancak bu olasılık bakımından birden fazla hareketin birlikte netice doğurup doğurmadığı netlikle ortaya konamaz. Her iki zehirin verilmesi ya da patlayıcıların patlaması ölümü hızlandırmış olabilir.

Örnek 3: Dağlık bir bölgede kaçak av yapan A ve B birbirinden habersiz olarak hemen hemen aynı anda orman memuru C'ye ateş ederler. Kurşunlardan biri C'nin başına, diğeri kalbine isabet eder. Her bir atış da ölüm neticesini meydana getirmek bakımından elverişlidir. Ancak atışlardan hangisinin önce olduğu belirlenemez. Olayda iştirak durumu da yoktur. Çünkü her iki fail de birbirinden tamamen bağımsız ateş etmiştir. Atışlardan hangisinin daha önce ya da sonra yapıldığı ve ölümü meydana getirdiği ispatlanamamaktadır. O halde şüpheden sanık yararlanmalıdır. Bu durumda delil yetersizliği nedeniyle A ve B sadece kasten adam öldürmeye tam teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilir.

⁵⁰ Wessels/Beulke, § 6, no.157; Gropp, § 5, no.25; Kühl, § 4, no.19; Haft, 61; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.38; karşl. İçel /Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 85; Centel, 230.

5. Kümülatif Nedensellik (Neticenin Sebeplerin Toplamından Meydana Gelmesi)

Birden fazla hareket yapılmıyaydı, netice de meydana gelmeyecekti ise kümülatif nedensellik (toplamsal ya da ortak nedensellik) vardır⁵¹. Burada hareketlere anlamını neticenin gerçekleşmesi verir. **Örnek:** A ve B, C'nin çayına birbirlerinden habersiz olarak zehir koyar. Ancak hiç birinin koyduğu zehir tek başına neticenin meydana gelmesi için elverişli değildir. İşte ölüm neticesi zehirlerin birlikte etki göstermesi ile meydana gelmişse ortak nedensellikten bahsedilir. Ancak burada faillerin iştirak halinde değil, birbirinden tamamen habersiz olarak hareket ettikleri gözden uzak tutulmamalıdır.

Bununla birlikte, kümülatif nedensellik bakımından nedenselliği sınırlandırma sorunları ile karşılaşılır. **Örnek:** Sanık F kayınpederi V'ye arkasından yaklaşarak eline geçirdiği bir tavayla kafasına üç kere vurur. V vuruşun etkisiyle yere düşer, ancak polise telefon etmek için koşarken bu defa da M, V'ye en az bir kere vurur. Nihayet F bu defa yüzünün tam ortasına bir başka defa daha vurur ve V ölür. Mahkeme F'yi adam öldürme, M yi de müessir fiil sonucu adam öldürme suçundan mahkum eder. F'nin temyizi üzerine karar bozulur. Bozma gerekçesi şu şekildedir: F birden fazla kereler vurmuştur. Delil bakımından şu olasılık açıkta kalmıştır: M'nin vuruşu mağdurun ölümünü hızlandırmış olabilir. Bu durumda mağdurun ölümü bakımından nedensel olan F'nin hareketi değil, M'nin vuruşu ya da vuruşlarıdır. İlk hareket dışında son vuruş da F tarafından yapıldığından bu olasılık uzak görünmektedir. Ancak tamamen de hariç bırakılamaz. O halde şüpheden sanık yararlanmalıdır. Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar hiç de haksız olmayan eleştirilerle karşılaşmıştır. Çünkü şart teorisi bakımından F'nin mağdurun kafasının arkasına yaptığı vuruşlar olmasaydı netice meydana gelmeyecekti. F'nin vuruşları olmaksızın da M vuramayacaktı. Mağdurun ölümünün gerçekleşmesi için F'nin vuruşlarının yeterli olmayacak olduğu kabul edilebilirse, F vuruşları M'nin vuruşları ile birlikte ölüme sebep olmuştur. O halde burada kümülatif bir nedensellik bağlantısı söz konusudur. Bununla birlikte burada F'nin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulup tutulmayacağı, yani neticenin F'ye isnad edilebilip edilemeyeceği ayrı bir sorundur. M'nin araya giren hareketinin meydana

⁵¹ Haft, 61; Gropp, § 5, no.26; karşı.Kühl, § 4, no.20b, 21; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.37; Yüce, 232.

gelen netice bakımından nedensel akışı önemli ölçüde zayıflattığı kabul edilirse F ölüm neticesinden sorumlu tutulmayabilir⁵².

6. Rezerv Sebebin Önemsizliği (Varsayıma Dayalı Nedensellik)

Şart teorisi hareket yapılmasaydı neticenin gerçekleşmeyeceğini kabul eder. Bu, şu anlama gelir: Rezerv sebebin düşünülmesi, yani varsayıma dayalı illi seri nedeniyle nedensellik bağının kesildiği şart teorisi bakımından kabul edilemez⁵³. **Örnek 1:** Cellat ölümcül vuruşu yapmadan halk galeyana gelir ve suçluyu öldürür. Suçlu zaten ölecekti; ancak, buna rağmen seyircilerin hareketi illidir. Çünkü şart teorisi sadece seyircilerin hareketleri bakımından değerlendirme yapar. Celladın hareketinin illi bir değeri yoktur. **Örnek 2:** T ölümcül bir hastalığa yakalanmış olan O'ya zehir verir. Bu olayda şu söylenebilir: T, O'ya zehir vermeseydi O zaten hemen hemen aynı zamanda ölecekti. O'nun ölümcül bir hastalığa yakalanmış olması T'nin hareketinin nedenselliğini ortadan kaldırmaz. **Örnek 3:** A, bir başka ülkeye uçmak isteyen B'yi havaalanına kadar takip eder ve tabancayla ateş edip öldürür. B'nin yer ayırttığı uçak kalkıştan hemen sonra düşer ve kurtulan olmaz. İşte bu olayda da uçağın zaten düşecek ve muhtemelen B'nin de düşen uçakta olacağı için ölecek olmasının bir önemi bulunmaz. Burada şart teorisi bakımından şu şekilde düşünülür: A ateş etmeseydi B ölmeyecekti. O halde B'nin ölümü bakımından A'nın hareketi nedenseldir.

B. UYGUNLUK (UYGUN SEBEP) TEORİSİ

Bu teoriye göre, bir hareketin sebep değerini taşıyabilmesi için belirli bir neticeyi meydana getirmeye genel olarak *elverişli ve uygun* olması gerekir⁵⁴. Görüldüğü üzere teori eşitlik ya da “eşit-şart” formülü yerine, “uygun-şart” formülünü geçirmektedir⁵⁵. Önemli olan bir hareketin bir neticeyi meydana

⁵² **Gropp**, § 5, no.28, 29; karşı. **Wessels/Beulke**, § 6 no.164.

⁵³ **Wessels/Beulke**, § 6, no; **Gropp**, § 5, no.30; karşı. **Kühl**, AT, § 4, no.11 vd.; **Ünver**, 282 vd.; **İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver**, 84; **Centel**, 229, 230; **Demirbaş**, 212 vd.; **Önder**, 95.

⁵⁴ Alman hukukunda teori daha çok medeni hukukçular tarafından benimsenmiştir. Ancak Sauer, v.Hippel gibi ceza hukukçuları da bu teoriyi savunmuşlardır. Türk hukuku için de benzeri söylenebilir.

⁵⁵ **Haft**, 64.

getirebilecek nitelikte olmasıdır. Çünkü bazen bir hareketin normal olmayan bir takım gelişmeleri izlemek suretiyle söz konusu neticeye sebebiyet vermesi mümkün olabilir. Artık bu durumda faile bu netice sebebiyle sorumluluk yüklenmemelidir. Bu çerçevede suç yolunda başa gidilerek, hareketin yapıldığı ana dönülür ve hareketin bu neticeyi meydana getirebilip getiremeyeceği **genel, günlük hayat tecrübeleri, büyük sayılar kanunu ve olayların genellikle oluş şekline göre** belirlenir⁵⁶. Bu değerlendirme sonucunda, o hareketin o neticeyi meydana getirebilmesi normal olarak öngörülebiliyorsa, sebep netice bakımından uygundur. Buna karşılık, failin hareketinin neticeye bağlanması anormal, atipik, mutad olmayan hal ve koşulların bir araya gelmesinin bir sonucu ise nedensellik bağının bulunmadığı, hareketin neticeyi meydana getirmeye uygun olmadığı, bu neticelerin kaza veya tesadüf eseri olduğu kabul edilir. Böylece teori şart teorisinin kabul ettiği şartların eşitliği düşüncesi ile sonsuz bir şekilde her sebebin nedensel kabul edilmesinin önüne geçmek ve atipik nedensel oluşlar ile mutad olmayan nedensel zincirleri nedensellik bağlantısının kurulmasında hariç tutmak ister.

Burada sorun uygunluğun tespitinin kim tarafından yapılacağıdır. Bu sorun teoriyi en tartışmalı ve şüpheli hale sokan hususlardan birisidir. Baskın görüş, bu değerlendirmenin objektif nitelikte vasıflara sahip makul, normal bir kimse tarafından yapılması şeklindedir. Yani davaya bakan hakim objektif bir gözlemci gibi nedensel akışı değerlendirecektir.

Teori nedenselliği isnadiyet ile karıştırmış olması nedeniyle eleştirilir⁵⁷. Teori doğa bilimsel bir kategori (nedensellik) belirlemek amacıyla normatif kriterler (uygun= yaşam tecrübesinin ortaya koyduğu, gösterdiği şey), kullanmaktadır. Gerçekten failin neticeyi öngörememesi nedeniyle neticeden sorumlu tutulmaması hareketin nedenselliğini ortadan kaldırmaz. Failin neticeden sorumlu tutulmaması bir değerlendirmenin sonucudur. Nedenselliğin öngörülebilir olmaması ceza hukukuna ilişkin isnad edilebilirliğin temelini oluşturamaz. Yani nedensellik ile isnadiyet (ya da öngörülebilirlik)

⁵⁶ **Wessels/Beulke**, § 6 no.169; **Kühl**, § 4, no.22; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.54; **Gropp**, § 5, no.36; **Roxin**, § 11, no.35; **Jescheck/Weigend**, § 28, III, 2; **Kunter**, 157 vd.; **İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**, 87; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, 461; **Centel**, 234 vd.; **Dönmezer/Erman**, no.643; **Alacakaptan**, 71; **Eren/Danışman/Artuk**, 278 vd.

⁵⁷ **Wessels/Beulke**, § 6 no.171; **Haft**, 64; **Ebert**, 42; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.61, **Gropp**, § 5, no.38; **Roxin**, § 11, no.36.

başka şeylerdir. Bilindiği üzere failin taksir düzeyinde sorumluluğu için failin hareketi kasten yapması ancak neticeyi istememesi ve fakat öngörmüş bulunması gerekir. Görülüyor ki teori nedensellik ile kusurluluğu dolayısıyla failin neticeden ne suretle sorumlu tutulabileceği sorunlarını birbirine karıştırmaktadır. Öte yandan teori öngörülebilirliğin kabul edilebilip edilemeyeceği ve ne zaman kabul edilebileceği sorularına da yanıt veremez. Sonuç olarak teori, hareket noktası bu olmakla birlikte, nedensellik teorisi değil, isnadiyet teorisi olarak nitelendirilmektedir.⁵⁸

Yukarıda şart teorisi için verilen örnek bakımından burada şart teorisi farklı bir sonuca ulaşılır. Bıçak darbeleriyle hayati tehlike yaratacak şekilde yaralanan kişinin hastaneye kaldırılırken ambulansın kaza yapıp ölmesi örneğinde FAİLİN HAREKETİ HİÇ OLMASA kaza olmayacak yaralı ölmeyecekti. Uygun sebep teorisi şöyle der: Günlük yaşam tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre ambulansın kaza yapması ve yaralının ölmesi atipik bir oluştur. O halde A'nın hareketi nedensel değildir.

Yine bakkal dükkanında meydana gelen olayda da failin vuruşun ölümcül sonucundan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Çünkü günlük hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre bir yumruk darbesi ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli değildir.

C. HUKUKİ ÖNEM TEORİSİ

Bu teorinin esasen şart teorisi üzerine kurulduğu söylenmelidir.⁵⁹ Bununla birlikte, şart teorisine göre netice meydana gelmeksizin düşünüle-meyecek olan her şart nedensel iken, hukuki önem teorisi ise ondan farklı olarak her sebebi netice için nedensel kabul etmez. Teoriye göre, netice ancak nedensel akış içinde *tipe uygun önemli sebepler* tarafından meydana getirilmişse bu durumda sorumluluğun temeli olarak kabul edilebilir.⁶⁰ Diğer bir deyişle, şartı gerçekleştiren kimsenin ceza hukuku bakımından sorumlu olabilmesi için şart teşkil eden hareket hukuken, ceza hukuku bakımından önemli olmalıdır. Bu yönüyle de teori uygunluk teorisine yaklaşır. Teori *önce*

⁵⁸ Roxin, § 11, no.36.

⁵⁹ Bu yönüyle bazı yazarlar teoriyi bir nedensellik teorisi olarak kabul etmezler (Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.62).

⁶⁰ Gropp, § 5, no.39; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 89; Demirbaş, 215; Dönmezer/Erman, no.655; Önder, 107; Kunter, 169 vd.

her şartı bir neden olarak kabul eder. *Sonra* hareketin ihlal ettiği suç tipi bakımından onu ihlale elverişli olup olmadığını ve *nihayet* netice yönünden failin kusurunu inceler⁶¹. Teori nedensel akış içinde sorumluluğun temeli olarak sadece tipe uygun koşulları esas alır ve böylece normun koruma amacı ve her bir suç tipinin özellikleri değerlendirmede göz önünde bulundurulur⁶². Ancak yukarıda uygunluk teorisine yöneltilen eleştiriyi dikkate aldığı için doğa bilimine ilişkin olan ve şart teorisince yanıtlanmış olan nedensellik sorunu ve normatif kriterlerin geçerli olduğu hukuki bir sorun olan sorumluluk arasında ayırım yapar⁶³.

Gerçekten hukuki önem teorisi ile uygunluk teorisinin dogmatik açıdan farkı neticeye sebep olma ve neticenin isnad edilmesi arasındaki ayırmada bulunur ki, bu objektif isnadiyet öğretisinin temelini oluşturur: Uygunluk teorisi neticeyi meydana getirmeye uygun ve elverişli sebebi araştırır. Halbuki asıl olan failin neticeden nasıl sorumlu tutulabileceği olmalıdır. Bu yapılırken de nedensel etmenler olarak tüm koşullar eşit değerde kabul edilir. Ancak nedensel olarak eşit değerde olma daha ziyade isnadiyet sorunu çerçevesinde onun tipe uygun önemi bakımından özelleştirilmek suretiyle araştırılmalıdır⁶⁴. Bu açık dogmatik ayırım bizi aslında objektif isnadiyet öğretisine götürmekte ve objektif isnadiyet hukuki önem teorisinden sadece terim bakımından farklılık göstermektedir. O halde bu teori de bir nedensellik teorisi değil, sorumluluk ya da isnadiyet teorisidir⁶⁵.

Yine bakkaldaki tokat olayına dönersek yüze vurulan tokat neticeyi meydana getirmek bakımından genel anlamda tipe uygun, önemli ve elverişli olmaması nedeniyle netice faile isnad edilemez.

III. OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ

Yukarıda da görüldüğü gibi nedensellik bağının oluşumu konusunda aslında bir sorun bulunmaz. Şart teorisi nedensellik bağının kurulması bakımından yeterlidir. Asıl sorun neticeye sebep olan her nedenden, bu

⁶¹ Önder, 108; İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, 90.

⁶² Wessels/Beulke, § 6, no.172.

⁶³ Haft, 64; karşı. Jescheck/Weigend, § 28, III, 3.

⁶⁴ Wessels/Beulke, § 6, no.173, 175.

⁶⁵ Roxin, § 11, no.38.

nedensel oluşuma katılan her kişiyi ve eşit derecede sorumlu tutmamaktır. İşte şart teorisinden sonra ve yine şart teorisi temelinde ortaya atılan hemen her teorinin nedensellik sorunundan yola çıkarak aslında failin neticeden ne şekilde, ne dereceye kadar sorumlu tutulabileceği ve tutulamayacağına yanıt aramaya çalıştığı görülür. Diğer bir deyişle, yapılmak istenen, fail ve meydana gelen netice arasındaki “*özel ilişki*”yi belirlemektir.

Nedensellik ile sorumluluğun birbirinden farklı olduğu bir kez daha vurgulanmalıdır. Dolayısıyla biz nedensellik bağı sorununa açıkça yanıt veren ve bu konuda yeterli olan şart teorisini kabul ediyoruz. O halde fail ve tipe uygun netice arasındaki “*özel ilişki*”nin kurulması bakımından zorunlu ve gerekli koşul, şartların eşitliği formülüdür. Bundan sonra yapılacak olan bazı durumlarda meydana gelen neticeden failin sorumluluğunu belirleyebilmek, yani neticenin isnad edilmesi için en geniş anlamı ile “*riske egemen olabilirlik*” terimi altında toplanması mümkün diğer faktörlerin hesaba katılmasıdır⁶⁶. İşte söz konusu düşünceler bugün *objektif isnadiyet* adı verilen bir öğreti içinde toplanmış bulunmaktadır⁶⁷. Objektif isnadiyet kriterleri şart teorisinin yanıt veremediği hallerde devreye girer ve bir tür bu teorinin düzeltilmesi ya da daha işlevsel hale gelmesine hizmet eder⁶⁸.

Bu çerçevede objektif isnadiyet öğretisinin esası şudur: Ceza hukuku için asıl sorun sadece sebep ve etki arasındaki ilişki değil, daha ziyade sosyal zararlı neticenin faile insan tarafından yapılabilirlik (*menschliche Leistungsvermögen*) anlamında *onun bir eseri olarak* yüklenebilir ve yüklene-meyeceğidir⁶⁹. Teori, doğa bilimine ilişkin nedensellik hükmünü normatif bir

⁶⁶ **Gropp**, § 5, no.40. Teorinin aslında yeni olmadığı söylenmelidir. Teori ilk olarak Alman hukukçu Honig tarafından ortaya atılmıştır. **Honig** Richard, İlliyet Nazariyesine Dair, İÜHF 1936, no.6, s. 169 vd.

⁶⁷ *Artuk/Gökçen/Yenidünya* teorisi nedensellik teorileri altında inceler (**Artuk/Gökçen/Yenidünya**, 464 vd.; ayrıca karşı. **Önder**, 105; **Kunter**, 164 vd.). Dikkat edilirse biz teorisi nedensellik teorileri dışında ayrı bir başlık altında inceledik. Çünkü bu teori bir nedensellik teorisi olmayıp, sorumluluğu sınırlandırmak için ortaya atılan kriterlerin altında toplandığı bir üst kavram olarak düşünülmelidir. Önce nedensellik bağlantısı şart teorisine göre kurulur, sonra failin neticeden objektif sorumluluğu belirlenmeye çalışılır.

⁶⁸ *Gropp* teorinin hukuki önem teorisini tamamladığı görüşündedir (**Gropp**, § 5, no.41). Bu görüşte kısmen doğruluk payı bulunmakla birlikte, hukuki önem teorisinin hareket noktasının da şart teorisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda teorinin aslında şart teorisini tamamladığı söylenmelidir.

⁶⁹ **Wessels/Beulke**, § 6, no.176; **Haft**, 64; **Ebert**, 41; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.51

isnadiyet hükmü ile tamamlar. Bu nedenle burada aslında bir nedensellik teorisi değil, bir değerlendirme öğretisi söz konusudur⁷⁰. Bu anlamda önce nedensellik bağı saptanmalı, daha sonra neticenin faile isnad edilebilip edilemeyeceği **değerlendirilmelidir**.

Bu değerlendirme ya da isnad etme üç aşamada gerçekleşir: **Birinci aşamada**, kasıtlı ya da taksirli suçlarda insan davranışının hareket edene bir hareket olarak isnad edilebilip edilemeyeceği sorunu üzerinde durulur. **İkinci aşamada**, bu hareketin meydana getirdiği sonuçların hareket edene tipe ilişkin bir haksızlık olarak ve yine tipe ilişkin hukuka aykırı oluşun faile isnad edilebilip edilemeyeceği araştırılır. İsnad edilebilirliğin belirlenmesi bakımından ölçüt, her bir değerlendirme aşamasında derece derece hareketi yapana yönelen bir özelleştirme yapılmasıdır. Böylece biz hareket alanı içinde yapacağımız değerlendirmede diğer yaratıklarla karşılaştırıldığında insan tarafından yapılabilen işin ne olduğu sorusunu sorarız. Burada isnad edilebilirliğin ölçütü, **“insan tarafından yapılabilme”**dir. Burada objektif haksızlık tipi bakımından sorulması gereken şey örneğin, bir doktor ya da bir esnaf olarak failin sosyal rolü içinde bireyin yaptığı şey bakımından yapacak durumda olduğunun ne olduğu ve hukukun ondan hangi taleplerde bulunabileceğidir. O halde isnad etmenin ölçüsü herhangi **“bir kimse tarafından yapılabilir olma”**dir. Nihayet **üçüncü aşamada** isnad edilebilirlik ise kişisel eğilim ve yetenekleri ile münferiden failin **somut-bireysel yapılabilir olmasına** yönelir. Burada söz konusu olan bu insanın yapabildiği ve hukuki menfaat ihlalinden kaçınabildiği şey olan **“bizzat yapılabilir olma”**dır⁷¹.

Objektif isnad etme bakımından sorun bizim hangi neticeyi tipe uygun sayacağımızdır. Yukarıda söylendiği üzere şart teorisinin sınırsız sorumluluk getirmesi, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından bazı kriterler getirilmesine neden olmuştur. Şart teorisi objektif isnadiyet kriterleri adı verilen bazı kriterler ile desteklenir, deyim yerindeyse kusurları düzeltilmeye çalışılır. Bir hareket faile ancak korunmuş olan ve üzerinde tecavüzün gerçekleştiği obje için hukuken yasaklanmış bir risk yaratmış ve bu risk tipe uygun bir netice içinde gerçekleşmişse isnad edilebilir. Ancak ileri sürülen kriterler konusunda henüz doktrinde birliğin sağlanamadığı söylenmelidir. Dolayısıyla

⁷⁰ Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.51.

⁷¹ Wessels/Beulke, § 6, no.177.

aşağıda yer alan kriterler sorunun çözümü konusunda ortaya atılan öneriler olarak kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, şayet **FAİL TİPE UYGUN NETİCEYİ GERÇEKLEŞTİREN HUKUKEN ÖNEMLİ BİR TEHLİKE YA DA RİSK YARATMIŞ İSE NETİCE FAİLE İSNAD EDİLEBİLİR**⁷². İşte hukuken önemli tehlikenin⁷³ yaratılmış olduğu kabul edildiğinde bazı kriterlerden yararlanılarak söz konusu tehlikenin tipe uygun neticede ortaya çıkıp çıkmadığı ve böylece gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Bu yönüyle objektif isnadiyet öğretisinin bir risk ya da riziko öğretisi olarak da nitelenmesi mümkündür⁷⁴.

Önceleri ceza hukuku doktrinindeki hakim görüşe göre hareket ve netice arasındaki nedensel bağlantı ceza hukuku bakımından sorumluluğun temellendirilmesi bakımından yeterli idi ve sorumluluk alanının genişletilmesi tehlikesi kusurun incelenmesi sırasında düzeltiliyor ya da ortadan kaldırılıyordu. Bu özellikle neticenin öngörülebilirliğinin gerekliliği ile gerçekleştiriliyordu. Ancak bu hesaplanamayan ve artık hakim olunamayan tesadüfün bir eseri olan neticeler bakımından pek de memnuniyet verici olmayan sonuçlara yol açıyordu⁷⁵.

Doktrindeki geniş görüş birliğine rağmen, Alman uygulamasında isnadiyet kriterlerinin bugüne kadar çok rağbet görmediği söylenmelidir.

Aşağıda Alman hukukunda genel olarak kabul görmüş olan objektif isnadiyet kriterleri⁷⁶ incelenmeye çalışılacaktır.

⁷² **Wessels/Beulke**, § 6, no. 179; **Kühl**, § 4, no.43; **Jescheck/Weigend**, § 28 IV; **Gropp**, § 5, no.42; **Roxin**, § 11, no.42; **Jescheck/Weigend**, § 28, IV.

⁷³ “*Hukuken önemli tehlike*” kavramı yanında “*hukuken kınanabilir ya da yasaklanmış tehlike*”, “*izin verilmiş olmayan risk*” gibi kavramlar da kullanılmaktadır (**Haft**, 64; **Jescheck/Weigend**, 287; **Roxin**, § 11, no.44).

⁷⁴ **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.65.

⁷⁵ **Wessels/Beulke**, § 6, no.180.

⁷⁶ **Haft**, söz konusu kriterleri ayrı ayrı incelemeksizin şu formülü önerir: Bir netice faile;

- Şartların eşitliği teorisi anlamında hareket netice için nedensel ise,
- hareket, korunmuş olan hareketin üzerinde gerçekleştiği obje için hukuken kınanabilir tehlikenin mevcut olduğu ilgili hukuki menfaatin korunması bakımından söz konusu tipe esas oluşturan bir davranış normunu ihlal etmişse
- (başkası değil) bu tehlike tipe uygun neticeyi gerçekleştirmişse

1. Hakim Olabilirlik (Hükmedebilirlik)

Fail, nedensel akışa, onun eseri olarak ona objektif olarak isnat edilebilmesi için hükmedebilir olmalıdır. Bu normların anlamından ortaya çıkar. Normlar emir ve yasak normları olarak yapının davranışını belirlemek ister⁷⁷. *Wessels/Beulke*, benzer sonuca bizzat yaratılan zarar ya da tehlikeye özgür irade ile sebep olma” kriterini uygulayarak ulaşmaktadır⁷⁸: Herkes davranışından, kendi davranışı kadar sorumludur. Böylece mağdurun bizzatihi sebep olduğu riskler nedeniyle meydana gelen netice sınırlandırılmaya çalışılır.

Hükmedebilirlik önemli oranda neticenin sevk ve idare edilebilirliği ve öngörülebilirliği anlamına gelir. Buna göre şu durumlar faile objektif isnad edilemez⁷⁹:

- *Tamamen uzak koşullar*: B’yi öldüren A’nın anne ve babası şart teorisine göre illiyet bağı var olsa da onun filinden sorumlu tutulamaz.

- *Tamamen atipik nedensel akış*: Yaşam tecrübelerinin çok dışında bulunan makul ve mantıklı bir şekilde hesaplanması imkanı bulunmayan haller. Özellikle öngörülemeyen olaylar ve hesaplanamayan doğal vakıalar. **Örnek 1**: A, B’yi yaralar. B’yi hastaneye yetiştirmek isteyen ambulans hemzemin geçitten geçerken trenin altında kalır ve B ölür veya hastanede yangın çıkar. Burada illiyet bağı vardır; ancak, netice faile isnad edilemez, yani fail neticeden sorumlu tutulamaz. (Bu sonuca nedensel akışta hata ve taksir bakımından öngörülebilirliğin bulunmaması ile de ulaşılabilir). **Örnek 2**: A’nın öldürmek kastıyla açtığı ateş sonucu yaralanan B, hastaneye kaldırılırken sedyeyi taşıyan hastabakıcının kalp krizi geçirmesi üzerine sedyeden düşer ve boynu kırılarak ölür. **Örnek 3**: A ve B birbirinden tamamen bağımsız olarak C’nin yemeğine zehir karıştırırlar. Aslında her ikisinin de

faile isnad edilebilir Daha kısa olarak düşünce şu şekilde formüle edilir: Nedensellik+Tip bakımından önemli tehlike+tehlikenin gerçekleştirilmesi. (Haft, 64; benzer bir formül için **Kühl**, § 4, no.43).

⁷⁷ **Ebert**, 43; *Baumann/Weber/Mitsch*’e göre bu aslında sosyal hareket öğretisinin bir yansımasıdır. Bilindiği üzere öğretici ceza hukukunda hareketi sosyal açıdan önemli hareket olarak kabul eder. Bu kişiye özgü hareket öğretisi için de geçerlidir. Bu öğretiye göre objektif isnadiyet ya da sorumluluk hükmedilebilir, kaçınılabilir davranışların sonuçları ile sınırlı olmalıdır (*Baumann/Weber/Mitsch*, § 14, no.53).

⁷⁸ **Wessels/Beulke**, 6, 185.

⁷⁹ **Ebert**, 43 vd.; karşı. **Kühl**, § 4, no.77; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 14, no.70.

verdiği zehir ölüm neticesini meydana getirmek için yeterli değildir. Ancak ölüm neticesi her iki zehir miktarının birleşmesi sonucu meydana gelir. Görüldüğü üzere burada kümülatif bir nedensellik bağlantısı bulunur. Ancak netice atipik nedensel akışın sonucu olduğu için A ve B ölüm neticesinden ancak tam teşebbüs derecesinde sorumlu olacaktır. Tüm bu durumlarda neticenin bir tesadüfün sonucu mu, yoksa failin yarattığı koşulların bir sonucu olarak mı gerçekleştiği olasılıkların karşılaştırılması temeline dayalı olarak normatif mülahazalarla ortaya konabilir. Burada *şöyle bir ölçütten* yararlanılabilir: *Şayet fail somut neticenin meydana gelmesi tehlikesini ya da olasılığını hukuken ölçülebilir bir şekilde yükseltmişse yaratılmış olan tehlike fail tarafından gerçekleştirilmiştir.* Örnekte olduğu gibi failin hareketi henüz tehlikeyi önemli oranda artıran bir etmen olarak telakki edilemez; ancak, failin hareketi mağduru öyle bir duruma getirmiştir ki bu durumda netice gerçekten meydana gelebilir. İşte bu nedenle fail adam öldürmeye tam teşebbüsten cezalandırılır⁸⁰.

Bununla birlikte, bir nedensel akışın ne zaman tipik, ne zaman atipik olduğunu birbirinden ayırmak zordur. Her somut olayda ayrı ayrı tartışılmalıdır.

Ancak yukarıdaki örnekler bakımından şu ayırım yapılmalıdır: Şayet fail bu atipik akışı önceden düşünmüşse artık neticeden sorumlu olur. Örneğin, T, dayısı O'yu yıldırım çarpar ve ölür düşüncesiyle fırtınalı havada dışarıya gönderir. Atipik olmakla birlikte gerçekten yıldırım çarpması sonucu O ölür. T sorumludur. Çünkü atipik de olsa bunu önceden düşünmüştür.

- Mağdurun içinde bulunduğu anormal durum

Şayet mağdur içinde bulunduğu anormal bir durum sebebiyle zarara uğramış ise objektif isnadiyetin var olduğu kabul edilir. Çünkü normun koruma alanının bu şekilde atipik tehlikeleri de kapsadığı ve neticede hukuken kınanabilir tehlikenin öngörülmüş olduğu kabul edilir. **Örnek:** Kaza geçiren A'nın kanının pıhtılaşmaması nedeniyle ölmüş bulunması.

- Mağdurun olağan olmayan (kusurlu) davranışı

Mağdurun fiil sonrası olağan olmayan (kusurlu) hareketleri neticenin faile isnad edilmesini engeller. **Örnek:** A tarafından yaralanıp hastaneye

⁸⁰ Wessels/Beulke, § 6, no.196; karış. Kühl, § 4, no.61.

kaldırılan B onu kurtaracak olan kan nakline izin vermez ve ölür. Ölüm neticesinden A sorumlu tutulamaz. **Örnek:** A tarafından yaralanan B yarasını temiz tutmaz ve ölür. Dikkat edilirse her iki olayda da hareket ve netice arasında nedensellik ilişkisi devam etmektedir. Ancak fail hareketinin bütün sonuçlarında sorumlu tutulamaz.

Ancak bu olasılık bakımından mağdurun kusurlu olarak davranamayacağı hallerin istisna olduğu söylenmelidir. Özellikle temyiz yeteneğine sahip olmayan ergin de bulunmayan küçüklerin, akıl hastası olanlar ile akıl sağlığı yerinde bulunmayan kişilerin, mazeret sebebi oluşturan zaruret hali içinde bulunan kişilerin hareketleri neticenin faile isnad edilmesi halini ortadan kaldırmaz.

- Mağdurun kendisini bizzat tehlikeye sokan davranışı ile mağdurun rıza gösterdiği *üçüncü kişinin (başkasının) mağduru tehlikeye soktuğu davranış* birbirinden ayrılmalıdır. Bu ayrımında esas alınan husus olaya hükmeden kişinin kim olduğunun belirlenmesidir. Şayet olayın akışına mağdur hükmediyorsa *mağdurun* bizzat tehlikeye koyan davranışı; bir başkası ise *üçüncü kişinin* tehlikeye sokan davranışından söz edilir. Mağdurun talebi ya da rızasının bulunduğu ve fakat üçüncü bir kişinin ortaya koyduğu tehlike bakımından nasıl hareket edileceği konusunda durum henüz netleşmiş değildir. Mağdurun bizzat yarattığı tehlike bakımından, yukarıda da belirtildiği üzere, bir tartışma bulunmazken, üçüncü kişinin yarattığı tehlike bakımından durum tartışmalıdır. Buradaki tartışma özellikle mağdurun üzerinde tasarrufta bulunamayacağı haklar bakımındandır. Bugün kabul edildiği üzere bireyin yaşam ve beden dokunulmazlığı hakları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmaz. **Örneğin**, A kendi isteği ile B'nin şırınga ettiği eroinin etkisi ile ölür. B ölüm neticesinden sorumludur. Ancak şu **örnekte** durum biraz daha farklıdır: HIV virüsü taşıdığını bildiği B ile korunmasız bir şekilde cinsel ilişkiye giren A, HIV virüsü kapsa B cezalandırılacak mıdır? Yine bir başka **örnek** olarak şu verilebilir: A, emniyet kemeri olmadığını bildiği B'nin otomobiline biner; kaza sonucu A emniyet kemeri takılı olmadığı için ölür. **Örnek:** A eroin satın alır. Ancak şırıngası yoktur. B'nin temin ettiği şırıngayı onun eroinin dozuna dikkat etmesi uyarısına rağmen kullanır. Dozunu ayarlayamadığı için ölür. Her üç olayda da Alman Eyalet Mahkemeleri B'nin cezalandırılmayacağına karar vermiştir. Zira tehlike mağdurun talebi ve isteği üzerine mağdur tarafından bizzat yaratılmıştır. Üçüncü kişinin yarattığı tehlikenin etkisi cezasız

kalmalıdır⁸¹. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin tehlikeyi bilinçli olarak üstlenmesi fiilin objektif isnad edilebilirliğini ortadan kaldırır.

- *Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar*

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar da aslında atipik nedensel akışın bir sonucu olup ağır netice bazen mağdurun, bazen de üçüncü kişinin katılmasıyla gerçekleşir. Ancak her atipik gelişim neticenin ağırlaşmasına neden olmayacağı için ayrıca incelenmesi zorunludur.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi neticenin temel suç tipi ile temel suç tipinde yer alan özel tehlikenin meydana gelen neticede ortaya çıkmış bulunması suretiyle onunla bağlantı içinde bulunmuş olması durumunda mümkündür. Diğer bir deyişle, ağır netice ile tipte yer alan tehlike arasında bir bağlantı ya da ilişki bulunmalıdır. Burada ilişkinin doğrudanlığı değil, daha ziyade hareket ile tipte yer alan ya da tipe bağlı tehlikenin neticede gerçekleştirilmiş olup olmadığı esas alınmalıdır⁸². Fiil ile tipte yer alan tehlike arasında bağlantı bulunmalıdır. Dikkat edilirse burada hareket özel bir tehlikelilik ortaya koymaktadır. Fiil ile bağlı tipte yer alan tehlike neticede gerçekleşmiş olmaktadır. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin ağır neticeden sorumlu tutulması için kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği en azından taksir seviyesinde bir kusurunun varlığı aranmalıdır. Ancak buradaki taksir deyim yerindeyse koşulları hafifletilmiş bir taksirdir. Buna göre failin ağır neticeden sorumlu tutulması için neticenin öngörülebilir olması gerekir ve yeterlidir. Çünkü taksirin diğer tüm koşullarının temel suç tipi içinde gerçekleştiği kabul edilir. Ağır neticenin objektif olarak isnad edilebilirliği, bu neticenin temel suç tipinin işlenmesinin doğrudan sonucu olması halinde mümkündür. Çünkü faili ağır neticeyi cezalandırmanın sebebi temel suç tipine yapışık olan ona özgü, özel tehlikenin gerçekleşmesidir⁸³. **Örnek:** A, B'nin ayak bileğini kırar. B kaldırıldığı hastanede yanlış tedavi ya da gerekli ve etkili tedavinin uygulanmaması sonucu akciğer embolisi nedeniyle ölür. Burada fail ağır neticeden sorumludur. Şu

⁸¹ Wessels/Beulke, § 6, no.190; karşı. Kühl, § 4, no.88, 89; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.75; Roxin, § 11, no.93; Gropp, § 5, no.49; Ünver, 307 vd., 311 vd.

⁸² Jescheck/Weigend, § 28, IV, 7; karşı. Gropp, § 3, no.45j vd.

⁸³ Jescheck/Weigend, § 26, II, 1, a). Bu nedenle bu tür fiillere "sonucun nitelediği suç" demek yanlış olmaz (Yüce, 221).

örnekte ise faili ağır neticeden sorumlu tutamayız: A, B'yi dövme için kovalar. B kaçarken düşüp ölür. Çünkü ölüm neticesi temel suç tipi olan müessir fiile bitişik özel bir tehlikenin sonucu değildir. Netice fail tarafından öngörülemeyen, tamamen tesadüfün bir sonucudur.

Burada ceza kanunumuzda yer alan ve sık uygulama alanı bulan netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan TCK m.452 üzerinde durulmalıdır⁸⁴. Öncelikle hükmün düzenleniş şeklinden şu sonuç çıkarılmalıdır: hüküm şart teorisini benimsemiştir. Çünkü yapılan ilk hareketin nedensel değerini yitirmediğini yasa açıkça kabul etmiştir. O halde yasadaki düzenlemeler bakımından nedensellik bağı sorununun bulunmadığı söylenmelidir. Buradaki sorun ağır neticeden faili hangi durumda sorumlu tutacağımızdır. Doktrinin büyük çoğunluğu burada objektif sorumluluğun bulunduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla nedensellik bağının varlığı failin sorumluluğu için yeterlidir. Bu nedenle yasadaki objektif sorumluluk getiren hallerde uygunluk teorisinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşlere katılmıyorum. Dikkat edilirse bu görüş yanlıları sorumluluğu sınırlamak için bu yolu tercih etmiş görünmektedir. Yukarıda da söylendiği gibi uygunluk teorisi nedensellik değil, sorumluluk sorununa çözüm getirmeye çalışmaktadır. Bu nedenle şart teorisinden

⁸⁴ Kanımızca TCK m.451 neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç değildir. Tam tersine netice failin hakimiyet alanı dışında kalan bir sebepten meydana gelmiş ise failin cezası hafifler. Burada da yasa şart teorisini benimsemiş ancak nedensel akışa sonradan dahil olmuş olan ikinci sebebe fail tarafından hükmedilemediği için daha hafif bir ceza ile cezalandırmıştır. Her iki durumda da fail adam öldürme kastıyla hareket etmiş olduğuna ve sonuçta ölüm neticesi gerçekleştiğine göre failin sorumlu tutulmaması düşünülemezdi. Ancak burada fail aslında yapmış olduğu hareket nedeniyle ceza hukuku buna bir sonuç bağlamış olduğu için sorumlu tutulmalıdır. Dolayısıyla adam öldürmeye tam teşebbüsten sorumlu tutulabilirdi. TCK ise eski kilise hukukunun etkisi ile faili yapmış olduğu hareketin tüm sonuçlarından sorumlu tutmak gibi bir yol izleyerek kusur ceza hukukunun dışına çıkmış olmaktadır. Bununla birlikte, TCK'nın izlediği yolun adaletli olduğu da söylenmelidir. Gerçekten TCK m.451 olmasaydı faili adam öldürmeye tam teşebbüsten sorumlu tutacak ve bu durumda TCK m.62 gereği daha ağır ceza vermek durumunda kalabilecektik. Dikkate edilirse TCK m.451 bakımından failin kastettiğinden daha ağır bir suç yoktur. Buradaki sorun neticenin birden fazla sebebin birleşmesi nedeniyle meydana gelmesidir. Sonradan eklenen sebep failin, örneğin, mağdurun yarasına bakmaması, doktorun geç müdahalesi, ambulansın kaza yapması gibi, hakimiyeti dışında kalmış olduğuna göre meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaması gerekirdi. Yasa koyucu ise aksi görüşü benimseyerek neticeden faili sorumlu tutmuş ve fakat daha hafif cezalandırmıştır. Sonuç olarak, yasa koyucunun izlediği yol yanlış, vardı netice, TCK da mevcut teşebbüs hükümleri karşısında, doğrudur.

ayrılmaya gerek yoktur. Nitekim yasanın açık düzenlemesi de bunu gerektirir. Buradaki sorun yasadaki failin sorumluluğunu genişleten bu düzenleme karşısında failin sorumluluğunun nasıl daraltılabileceğidir. Kanımızca artık burada nedensellik değil, isnadiyet sorunu başlamaktadır. Gerçekten A, B ye tokat atmasaydı B ölmeyecekti. A'nın hareketi ile netice arasında nedensellik kesilmiş değildir. Burada söz konusu olan nedensel akışın atipik gelişimidir. Buradaki kriter de bellidir: Fail hükmedemediği bir nedensel akışın sonucu olarak doğan öngöremediği neticeden sorumlu tutulamaz. Ancak TCK tercihini aksi yönde yapmış ve faili öngöremediği neticeden sorumlu tutmak suretiyle kusur ceza hukukuna aykırı bir tavır sergilemiştir. Gerek bu hükümde ve gerekse genel hükümler içinde failin netice bakımından en azından taksir derecesinde de olsa kusurunun aranmaması hükmün objektif sorumluluk öngördüğünü gösterir. Yasanın bu düzenlemesi karşısında nedensellik bağlantısı ispatlandığı an faili ağır neticeden cezalandırmak kaçınılmazdır. Halbuki atipik neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için ağır neticenin öngörülebilir olması ve failin en azından taksir düzeyinde kusurunun bulunması gerekirdi. Mevcut yasal düzenleme karşısında iki yöntem benimsenebilir: Birincisi TCK m.452'yi değiştirmek; ikincisi isnadiyet kriterleri çerçevesinde hareket etmek. Şu an ilk çözüm bakımından yapılabilecekler sınırlı olduğuna göre sorun, yukarıda verilen kriter çerçevesinde, hareket etmek suretiyle failin neticeyi öngörülebilir olup olmadığı bağlamında ağır neticenin temel suç tipinin işlenmesi suretiyle meydana gelen neticenin doğrudan sonucu olmasının araştırılması ile çözümlenebilir. Bu anlamda temel suç tipine yapışık, ona içkin olan özel tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği aranmalıdır. Bu durumda failin kasten yapmış olduğu temel suç tipine ilişkin hareketin neticeye özgü tehlikeyi artırıp artırmadığı, özen yükümünü ihlal edip etmediği önem kazanır. Ancak söz konusu kriterin ağır neticeden sorumluluk için en azından taksir seviyesinde kusurunun arandığı bir sistem içinde etkili olabileceği söylenmelidir. Bu durumda yasa failin ağır neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksir seviyesinde bir kusurunun bulunması gerektiği şeklinde bir an önce değiştirilmelidir. Bununla birlikte, TCK Öntasarısı'nda hala eski hükmün korunuyor olması talihsizliktir.

- *Taksirli hareketle başlayan olayın akışına üçüncü bir kişi tarafından yapılan kusurlu hareketin katılması (Dönüş ya da Rücu yasağı)*

Bununla ortaya konmaya çalışılan husus şudur: Bir kimse taksirli bir hareketi yaptıktan sonra bu hareket üçüncü kişi tarafından iradi bir şekilde gerçekleştirilen taksirli veya kasti bir suç tipinin önşartını veya safhasını oluşturuyorsa ilk taksirli hareket netice bakımından nedensellik değeri taşısa dahi isnadiyet bağlantısı kesintiye uğrar⁸⁵. Çünkü iştirak kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, iki kişinin birbirini izleyen hareketleri tipe uygun neticenin gerçekleşmesinde illi bir değer taşısa dahi, sorumluluk ikinci hareketi yapan ve tipteki neticeyi gerçekleştiren kişiye aittir. Diğer bir deyişle, bir şartın önşartı sebep değildir. Önşartı gerçekleştirenin neticeden sorumlu olabilmesi, ancak iştirak kurallarının işlerlik kazandığı hallerde mümkündür⁸⁶. Bununla birlikte, aslında burada da sorun olayın nedensel akışına hükmedebilirlik ve fiilin neticesinin kimin sorumluluk alanına taalluk ettiği ile ilgilidir. Gerçekten ilk sebep olanın sorumluluğu, üçüncü bir kişinin tamamen sorumlu olduğu yeni, bağımsız netice üzerinde etkili olan, neticeyi gerçekleştiren bir tehlikeye sebep olmuşsa sona erer⁸⁷. Böyle bir durumda risk ilk sebep olan tarafından değil, üçüncü bir kişi ya da mağdur tarafından gerçekleştirilmiştir⁸⁸. Neticenin meydana gelmesi üçüncü kişi ya da mağdurun kasti ya da tehlike durumunun varlığını bilmek suretiyle bizzat isnad edilebilen hareketinin özgür bir şekilde katılmasıyla gerçekleşmiştir. Rücu yasağı bu yönüyle fiili tipik olmaktan çıkaran genel bir sınırlama sebebi olarak da kabul edilir⁸⁹.

Örnek 1: Doktor A zehiri ilaç dolabında saklamaktadır. Yardımcısı B açık bıraktığı dolaptan onu alır ve O'yu bu zehirle öldürür. Şart teorisine göre A'nın hareketi ile O'nun ölümü arasında illiyet bağı vardır. Ancak rücu yasağı nedeniyle A meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu değildir.

⁸⁵ **Wessels/Beulke**, § 6, no.192; **Gropp**, § 5, no.48 ; karşı. **Kühl**, § 4, no.49; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.33. Ancak yazarlar konuyu hem şartların eşitliği teorisi altında ortaya çıkan bir nedensellik sorunu olarak, hem de risk öğretisi başlığı altında incelemektedir (**Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.78); ayrıca **Demirbaş**, 219; **Önder**, 92.

⁸⁶ **Önder**, C.II-III, 92.

⁸⁷ **Wessels/Beulke**, § 6, no.192.

⁸⁸ **Gropp**, § 5, no.48.

⁸⁹ **Kühl**, AT, § 4, no.47, 49.

Örnek 2: Polis A silahını komidinin üzerine koyar. Kız arkadaşı bu silahla kendisini öldürür. A silahı orada açıkta bırakmasaydı K kendini öldürmeyecekti. Ancak rücu yasağı nedeniyle A, K'nın ölümünden sorumlu değildir.

Yukarıda doktor ve polis örneğinde B ve K'nın hareketleri nedensel bağlantıyı kesmiş değildir; ancak objektif isnadiyet bağlantısını kesmiştir. Çünkü doktor ve polis olayın akışına hakim, hükmedebilir durumda değildir. B ve K olaya kendiliğinden, ilk hareketi yapanların iradesi olmaksızın katılmıştır. Diğer bir deyişle, riske ilk hareketi yapan değil, 3. kişi ya da mağdur sebep olmaktadır. Benzer durum şu örnek için de geçerlidir: **Örnek 3:** A sürücü ehliyeti olmadığını bildiği B ye kullanması amacıyla arabasını verir. B kaza yapar ve bir kişinin ölümün neden olur.

Ancak bazı istisnai durumlarda rücu yasağının etkili olmadığı ve neticenin faile objektif olarak isnad edilebileceği kabul edilir. Şayet fail hukuken önemli bir tehlikeyi üçüncü kişilerin kasten ya da taksirli fiillerinden korunmasına hizmet eden emniyeti sağlayan hükümlerin ihlali suretiyle yaratmışsa ya da üçüncü kişinin davranışı özel bir şekilde tehlikenin ilk çıktığı duruma bağlanıyor, tipik bir şekilde tehlikenin çıkış noktasında temellenmiş görünüyor ise netice faile istisnai de olsa isnad edilebilir⁹⁰. Bu çerçevede, yukarıda verilen ilk örnekte doktorun taksirle adam öldürmeden sorumlu olacağı kabul edilir. Yine A tarafından başından ağır yaralanan ve fakat ölmeyen B ye tesadüfen oradan geçmekte olan bir başka kişi hasımı olan C tarafından yerde can çekişirken ateş edilip öldürülmesi olayında A adam öldürmeye tam teşebbüsten cezalandırılmalıdır.

Kanımızca da rücu yasağı mutlak bir şekilde kabul edilemez. İlaç dolabını açık bırakan doktor bunu kasten yapmış olabilir. Öte yandan bir doktor olarak açık bırakmanın tehlikeli sonuçlarını öngörebilecek durumda iken öngörmemiştir. O halde en azından taksir derecesinde kusuru vardır. Polis memuru örneğinde ise memurun neticeden sorumlu tutulamamasının nedeni suç tipinin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu suçun gerçekleşebilmesi için ikna ve yardımın bir arada bulunması gerekir ve bu suçun taksirle

⁹⁰ **Wessels/Beulke**, § 6, no.192. Bu sonuncu durumda eski geleneksel görüş uygunluk teorisi temelinde üçüncü kişinin araya giren hareketini genel yaşam tecrübelerinin öylesine dışında kabul eder ki neticenin makul bir kişi tarafından hesaplanabilmesi artık mümkün değildir. Ayrıca karşı. **Gropp**, § 5, no.51.

işlenmesi mümkün değildir. Bir başka kişi tarafından yerde can çekişen kişinin öldürülmesi olayında ise C'nin yerde yatan kişiye ateş etmesi hareketinin, A'nın hareketinin ölüm neticesi bakımından nedensel değerini ortadan kaldırmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedendir ki, A tam teşebbüsten sorumlu olur.

2. Yükümlülüğe Aykırılık İlişisinin Bulunmaması (Hukuka Aykırılık İlişkisi ya da Hukuka Uygun Alternatif Hareketler)

Bir neticenin faile yüklenmesi sadece hareketin yapılmasına değil, bu hareketin onun yükümlülüğüne aykırı olmasına bağlıdır⁹¹. Şayet fail yükümlülüğüne uygun bir davranışta bulunsa yine de sonuç meydana gelecek idi ise artık failin bu neticeden sorumlu olması mümkün değildir. (yükümlülüğe aykırılık bağlantısında eksiklik-bulunmaması) Konu bir başka şekilde şöyle de ifade edilebilir: Taksirle işlenen suçlarda netice fail yükümlülüklerine uygun (yani özenli) davranmış olsa yine de meydana gelecek idi ise yükümlülüğe aykırılık bağlantısının bulunmaması nedeniyle fail neticeden sorumlu tutulmaz⁹². Görüldüğü üzere, kriter özellikle taksirle işlenen suçlarda önemli bir rol oynar.

Örnek: Bir kamyon sürücüsü olan T bisiklet kullanan O'yu yasal limitlerden daha az olan 75 cm açıklık bırakarak geçer. Kamyonun geçişi ile şaşırarak ve sağa sola yalpalayan O kamyonun arka tekeri altında kalır ve ölür. Kamyon sürücüsü neticeden sorumlu olacak mıdır? Kazadan sonra yapılan incelemede O'nun alkollü olduğu anlaşılır. Büyük bir olasılıkla T 1-1,5 m. mesafe bırakmış olsaydı da bu ölümcül kaza meydana gelecekti. O halde T, O'nun ölümünden sorumlu değildir.

Ancak Alman hukukunda söz konusu kriter bakımından tartışma bulunduğu söylenmelidir. Doktrinde baskın görüş söz konusu olayda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmasını uygun görmektedir. Buna göre yükümlülüğe uygun bir davranışın da benzer neticeye yol açacağı konusunda somut tutamak noktaları mevcutsa netice faile yüklenemez. Karşı görüşte olanlar ise benzer olayda **riskin yükseltilmesini** bir isnadiyet kriteri olarak

⁹¹ Ebert, 44; karşı. Kühl, § 4, no.73; Gropp, § 5, no.46; Roxin, § 11, no.76; Jescheck/Weigend, § 28, IV, 5; Ünver, 301 vd.

⁹² Karşı. Wessels/Beulke, § 6, no.198.

kabul eder. Buna göre yukarıda verilen örnekteki olayda şoförün gerekli koşullara uymaması nedeniyle neticenin meydana gelmesi rizikosunu yükselttiği ve bu nedenle neticeden sorumlu tutulması gerektiğini söylenmektedir⁹³. Kanımızca bu görüş daha isabetlidir.

3 Neticenin Normun Koruma Alanı (ya da Amacı) Dışında Kalması (Risk Bağlantısının (İlişkinin) Bulunmaması)

Objektif isnadiyet hukuken önemli bir tehlikenin yaratılmasını şart koştuğuna göre söz konusu tehlike hukuken kınanabilir olmalıdır. Burada bir davranış normunun her şekilde ihlali yeterli değildir; daha ziyade normun koruma amacı esas alınmalıdır. Şayet fail ilgili hukuki menfaatin korunmasına hizmet eden bir davranış normunu ihlal ediyorsa işte bu noktada hukuken önemli bir tehlikenin yaratılmasından söz edilebilir. Buna göre, fail ihlal edilen normun koruma amacı dışında kalan bir neticeye sebep olmuş; söz konusu normun riski engelleme amacı bulunmamakta ise⁹⁴, diğer bir deyişle, fail tarafından ihlal edilen normun amacı neticeye engel olmak değilse bu netice faile isnad edilemez⁹⁵.

Örnek: Hız limitini aşan T otosuyla çocuk K'ya çarpar ve öldürür. K'nın yaya geçidi olmayan bir yerden karşıdan karşıya geçmeye çalıştığı anlaşılır. Burada şöyle düşünülebilir: T hız limitleri içinde gitseydi K çoktan karşıya geçmiş olacak ve T, K'ya çarpmayacaktı. T hızlı gitti, önceden olay yerine ulaştı ve oradan geçmekte olan K'ya çarptı. Ancak burada şöyle düşünülmelidir: Belli yerlerde belli hızla gidilmesinin amacı sürücünün oraya daha geç ulaşmasını sağlamak değildir. Bu limitleri getiren normların amacı ile meydana gelen netice arasında ilişki (bağlantının) bulunmaması T'nin O'nun ölümünden sorumlu tutulmasını engeller; T taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulamaz.

Örnek: A bisiklet kullanan B'ye çarpar; B'nin ayağı kırılır. B'yi hastaneye kaldıran ambulansın şoförü kalp krizi geçirir ve ambulans takla

⁹³ **Gropp**, § 5, no.47; karşı. **Wessels/Beulke**, § 6, no.198; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.86, 92 vd.

⁹⁴ **Wessels/Beulke**, § 6, no.182; karşı. **Kühl**, § 4, no.74; **Baumann/Weber/Mitsch**, § 14, no.88 vd; **Gropp**, § 5, no.44; **Jescheck/Weigend**, § 28, IV, 4; **Ünver**, 287.

⁹⁵ **Ebert**, 45.

atar, B ağır yaralanır ya da ölür. Ambulansın kaza yapması bir risktir. Ancak bu riskten kaçınmak müessir fiil suçunun amacı değildir. A müessir fiilden sorumludur; ancak adam öldürme neticesinden ya da ağırlaşmış müessir fiilden değil.

Örnek: A, B'ye öldürmek kastıyla ateş eder. Yaralanan B hastaneye kaldırılırsa da hastanede çıkan yangında B ölür.

4. Hukuken Önemli Riskin ya da Tehlikenin Bulunmaması, İzin Verilmiş Bir Riskin Varlığı ya da Riskin Azaltılması

a) Şayet yapılan hareket hukuki menfaat için somut olarak önemli tehlike yaratmış değilse objektif olarak isnad edilebilmesi mümkün değildir⁹⁶. Fail bu durumda tehlikeyi azaltmış değildir; ancak, hukuken önemli bir şekilde de yükseltmemiştir. Böyle bir durumda neticenin tesadüfen meydana geldiği kabul edilmelidir. **Örnek 1:** A, B'ye seyahate çıkmasını önerir. Uçakla Maldiv adalarına gitmekte olan B'nin uçağı düşer. B ölür. **Örnek 2:** X, Y'ye hava almak için biraz yürüyüş yapmasını önerir. Yürüyüşe çıkan Y ormanlık alanda M tarafından öldürülür.

Her iki olayda da A'nın ve X'in hareketleri suçla korunan hukuki menfaat üzerinde bir tehlike yaratmış değildir. Şart teorisi anlamında nedensellik bağlantısı vardır. Ancak netice A ve X'e isnad edilemez. Ancak her iki olay bakımından faillerin özel bilgisinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Gerçekten ikinci olayda X ormanlık alanda katilin beklediğini biliyorsa elbette neticeden sorumludur.

b) Benzer durum izin verilen risk çerçevesinde yaratılan tehlikenin mevcut olması durumunda da geçerlidir. Bu durumda belirli bir davranışa tehlikeli olmasına rağmen, toplumsal açıdan faydalı olduğu için -somut olaydan bağımsız olarak- izin verilir. Aslında tehlikeli olan bu davranış şekli izin verilen risk ile örtüldüğü için hukuken önemli bir tehlikeye sahip değildir⁹⁷.

⁹⁶ Ebert, 45; Gropp, § 5, no.44; Roxin, § 11, no.50; Jescheck/Weigend, § 28, IV, 3; Ünver, 281.

⁹⁷ Wessels/Beulke, § 6, no.184; Ünver, İzin Verilen Risk, 257; Ebert, 45; Kühl, § 4, no.48; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.80 vd.; Roxin, § 11, no.59; Jescheck/Weigend, § 28, IV, 1.

Örnek: T arabasını Karayolları Trafik Kanunu'na uygun bir şekilde kullanmaktadır. Aniden önüne çıkan yaya Y'ye çarpar ve ölümüne neden olur. Ölüm neticesi T'ye isnad edilemez. Çünkü bunun için geçerli kurallara uymak suretiyle trafiğe katılmak izin verilen risk çerçevesinde düşünülmelidir. Diğer bir deyişle, burada fail genel yaşam riskini aşmış değildir. T taksirle adam öldürmeden cezalandırılmaz. Kaldı ki, sürücü özen yükümlülüğüne aykırı davranmış da değildir.

c) Nihayet hareket mağdur için mevcut tehlikeyi artırmamış ya da tam tersine azaltmışsa netice faile isnad edilemez⁹⁸. **Örnek 1:** A, O'yu sopayla dövmeyi düşünmektedir. A, O'ya sopayla vurmak isterken onu kurtarmak isteyen B O'yu iter ve sopanın O'nun başına değil, omuzuna gelmesine neden olur; O yaralanır. B bu neticeden sorumlu değildir. Çünkü rizikoyu azaltmıştır. **Örnek 2:** A, mutad akşam yürüyüşüne çıkan B'yi sopayla dövmek için pusuya yatar. Arkasından vuracağı sırada B'yi kurtarmak isteyen R onun üzerine atlar ve yere düşürür. B yaralanırsa da A'nın saldırısından kurtulur. **Örnek 3:** A yangın çıkan evde mahsur kalan çocuğu kurtarmak için 3.kata çıkarsa da dönüş yolunun alevler tarafından sarılması üzerine çocuğu çıktığı çatıdan aşağıda bekleyen ve çocuğu tutmaya hazır seyircilerin üzerine atar. Köprücük kemiği kırılrsa da çocuk kurtulur.

Tüm bu örneklerde daha kötü bir netice engellenmiş daha ağır yaralanma ya da ölme riski ortadan kaldırılmış; diğer bir deyişle, risk azaltılmıştır⁹⁹.

5. Varsayıma Dayalı Nedensellik

Varsayıma dayalı nedensellik fiilin objektif isnad edilebilirliğini ortadan kaldırmaz. Konuya yukarıda yer verildiği için burada üzerinde ayrıntılı olarak

⁹⁸ Kühl, § 4, no.53; Haft, 66; ; Baumann/Weber/Mitsch, § 14, no.66 vd; Gropp, § 5, no.45; Roxin, § 11, no.47; Ünver, 278.

⁹⁹ Bununla birlikte, söz konusu örneklerde neticenin faile objektif olarak isnad edilebilip edilemeyeceği ya da ne dereceye kadar isnad edilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Gerçekten bu örneklerde neticenin faile objektif olarak isnad edilebileceği kabul edilir. Nitekim itme, üzerine atlama ve çocuğu aşağıya atma hareketlerinin neticelerinin esasen faile objektif olarak isnad edilebileceği konusunda bir şüphe yoktur. Failin hareketi sonucu meydana gelen tüm neticeler "onun eseri" olarak faile objektif olarak isnad edilebilir. Bu nedenle benzer sonuca hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanmak suretiyle ulaşılmaması dogmatik sınıflama bakımından daha doğru olacaktır. Gerçekten ilk iki örnekte varsayılmış rıza; ikinci örnekte ise, zaruret halinden söz edilebilir (Wessels/Beulke, § 6, no.195).

durmuyoruz. Ancak varsayılan nedensellik gelişiminin nedensellik bağına ortadan kaldırmadığı ve neticenin isnad edilebilirliğini ortadan kaldıran bir etkisinin de bulunmadığı söylenmelidir.

IV. İHMALİ SUÇLARDA NEDENSELLİK BAĞI SORUNU

Doktrinde sıkça incelenen bir diğer sorun ihmali suçlarda nedensellik bağının nasıl kurulacağıdır¹⁰⁰. Kanımızca burada nedensellik bağı sorunu değil, hukuka aykırılık sorunu vardır. Diğer bir deyişle, failin ihmali hareketinin neticesinden sorumlu tutulup tutulmayacağı tipiklik unsurundan çok hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirmektedir. Gerçekten;

Ceza hukuku normları emir ve yasak normları şeklinde yapılmış olduğuna göre failin kanunun yasaklamış olduğu neticeyi gerçekleştirmesi icrai, gerçekleşmemesini emretmiş olduğu neticeyi gerçekleştirmesi için ihmali bir harekette bulunması gerekir. O halde suç tipinde hareketin ihmali olarak yapılması gerektiği aranmış ise o hareketin yapılması ile netice gerçekleşmişse yine şart teorisi temelinde hareket edilmelidir. Hareket yapılsaydı, yani ihmali davranılmasaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsak o hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı vardır. Dikkat edilirse burada şart teorisini tersine çevirerek kullanılmaktadır. Bu çerçevede burada failin neticeden sorumlu tutulabilip tutulamayacağı bakımından objektif isnadiyet kriterleri çerçevesinde hareket edilmemesi için bir sebep yoktur.

Bu noktada ikili bir ayırım yapılmalı ve gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar ya da ihmali ve ihmali suretiyle icra suçları arasındaki fark ortaya konmalıdır. Gerçek ihmali suçlar bakımından nedensellik bağlantısı kurulması ve neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi konusunda herhangi bir sorun bulunmaz. Gerçek ihmali suçlarda failin sorumluluğu için bu şekildeki bir hareketi (aslında hareketsizliği) suç olarak kabul eden bir tipin varlığı yeterlidir. Fiil tipik olduğu sürece diğer unsurların da gerçekleşmesi halinde fail cezalandırılır. Kaldı ki, gerçek ihmali suçlarda netice harekete bitişik olduğundan esas itibarıyla nedensellik bağı sorunu da çıkmaz. Örneğin, görevi ihmali (TCK m.230) ve terk edileni veya yaralıyı ya da tehlikede bulunanı

¹⁰⁰ Kunter, 208 vd.; Erem/Damşman/Artuk, 286, 287; Alacakaptan, 76 vd.; Demirbaş, 216 vd.; Centel, 244 vd.

haber vermeme suçları (TCK m.476) böyledir. Bir diğer fark ise gerçek ihmali suçların yasada düzenlenmiş suçlar olmasıdır.

Buna karşılık gerçek olmayan ihmali suçlarda (ihmal suretiyle icra suçlarında) ise hem emir ve hem de yasak normunu düzenleyen bir ceza hukuku kuralı bulunamayacağından önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu durumda hukuk düzeni bir çelişkiye düşecek, insandan yapamayacağı bir şeyi, yani o şeyi aynı andan hem yapmasını hem de yapmamasını isteyecektir. Bu mümkün olmamakla, bu şekilde açık bir suç tipi düzenlenememekle birlikte, insan davranışının bir sonucu olarak böyle neticenin doğa bilimsel olarak gerçekleşme şansı bulunduğundan hukuk düzeni bunu görmezlikten gelemeyecektir. İşte bu nedenle ceza hukukunda ihmal suretiyle icra suçları kabul edilmiştir. Burada da nedensellik bağına yönelik bir sıkıntı bulunmaz. Failin ihmali davranışı ile aslında icrai bir davranışın sonucu olabilecek netice meydana geldiyse ihmali hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı vardır. Ancak böyle her iki hareketi düzenleyebilen bir suç tipi olamayacağından fiil tipe uygun olmakla hukuka aykırı da olmaz. Bunun için özel bir hukuka aykırılık ilişkisi kurulmalıdır. Diğer söyleyişle faile ihmali olarak davranmama, icrai bir şekilde davranma ve neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü getirilmiş olmalıdır. Zira **“İHMAL HİÇ BİR ŞEY YAPMAMAK DEĞİL, BELLİ BİR ŞEYİ YAPMAMAKTIR”**. Bunu önceden ceza yasalarında belirlemek mümkün olamayacağından böyle bir yükümlülüğün hukuk düzeninin tamamından kaynaklanabileceği kabul edilmelidir. Bu yönüyle söz konusu yükümlülük yasada düzenlenebileceği gibi yönetmelik, talimat vb. de öngörülmüş olabilir. Hatta tartışmalı olmakla birlikte yükümlülüğün örf ve adetten kaynaklanabileceği de söylenmektedir¹⁰¹.

Ancak kanımca burada hukuka uygunluk sebeplerinden farklı bir durum vardır. Hukuka uygunluk sebeplerinin mutlaka kanunda gösterilmesinin gerekmediği genel olarak kabul edilir. Faili cezalandırılmaktan kurtaran bir sebep bakımından bu makul de karşılanabilir. Buna karşılık ihmal suretiyle icra suçlarında failin öngörülen şekilde davranması ve neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmasının aranması yasaca kabul edilmiş bir kural değildir. Böyle bir kuralın hukuk düzeninin tamamından kaynaklanabileceği kabul edilebilir ise de, TCK'ya bu konuda bir kural koymak kanunilik

¹⁰¹ Önder, 115.

ilkesinin bir gereğidir. Zira burada fail cezadan kurtarılmamakta, cezalandırılmasına sebep oluşturulmaktadır. Halbuki kanunsuz suç ve ceza olmaz. Nitekim A1.CK § 13 konuya açıklık getirmekte ve *ihmali bir harekette bulunan kişinin ancak hukuken neticenin meydana gelmemesi ile yükümlü olduğu ve ihmal kanuni tipin icrai hareketle gerçekleştirilmesiyle eşdeğerde olduğu takdirde cezalandırılabileceğini* düzenlemektedir. Öte yandan yasa, böyle bir durumda failin cezasının indirilebilmesine de olanak tanımaktadır. İcrai suçlardan farklı olarak failin imkan ve iktidarı önemli olduğu için ihmali suçlarda böyle bir indirim gerekli olabilir. Yoksa genel bir varsayımla faili neticeden sorumlu tutmak mümkün olamamalıdır. TCK Öntasarısında bu konuda bir düzenlemenin olmaması düşündürücüdür.

İhmal suretiyle icra suçlarında da nedensellik bağı sorunu değil, faili meydana gelen neticeden sorumlu tutup tutmamak sorunu vardır. Doktrinde bu konuda şu şekilde bir değerlendirme yapılmaktadır: - Söz konusu hareket failin kendi ihmali davranışı mı? Yoksa kendisi dışında bir başka kişinin davranışı ya da doğa olayının bir sonucu mu?

Kanımızca bu konuda şöyle bir ayırım yapılabilir: Netice failin sebep olduğu tek bir nedeninin sonucu mu meydana geliyor? Yoksa failin ihmali davranışı üçüncü bir kişinin hareketi ya da örneğin bir doğa olayının yarattığı mevcut sebepler serisine mi ekleniyor? Dolayısıyla aslında burada sebeplerin çokluğu söz konusudur.

İlk olasılıkta tek sebep varsa nedensellik bağı bakımından sorun bulunmaz. Fail ihmali hareket etmeseydi netice meydana gelmeyecekti! Netice failin ihmali hareketinin bir sonucudur. O halde failin hareketi ve aslında icrai bir hareketle gerçekleşebilecek netice arasında nedensellik bağı vardır. Objektif isnadiyet kriterleri bakımından da herhangi bir sorun bulunmaz. Yukarıdaki kriterler çerçevesinde netice faile objektif olarak isnad olunabilir. Anne çocuğunu emzirseydi, ölüm neticesi meydana gelmeyecekti. Ancak kanımca burada her durumda failin neticeden sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Burada şu klasik örnek verilmelidir: Bebeğini emzirmeyen anne bakımından şayet anne de uzun süredir açsa ve bebeğini emzirmesi mümkün değil, ya da sürekli bir şekilde emzirmesi durumunda kendisi de ölecekse bebeğini emzirmemesinden sorumlu tutulamaz. Burada hükmedebilirlik kriterinden yararlanılabilir. Hiçbir hukuk düzeni kişiden yapabileceğinin üstünde bir fedakarlık bekleyemez. Bu sonuca bir başka yoldan da ulaşabiliriz: Ancak

artık böyle bir durumda nedensellik bağı ve isnadiyet değil, zaruret hali hukuka uygunluk sebebi söz konusudur.

İkinci olasılık başlamış olan sebepler serisine failin ihmali hareketinin eklenmesi durumudur. Örneğin, çıkan yangına müdahale edilmemesi, boğulmakta olan ya da trafik kazasında yaralanan kişiye yardım edilmemesi gibi. Dikkat edilirse burada failin ihmali hareketi mevcut sebepler serisine eklenmektedir. Ancak icrai hareketten farklı olarak bu durumda meydana gelen neticenin yangın ya da azgın dalgalardan mı yoksa failin ihmali hareketinden mi meydana geldiği kesin olarak saptanamaz. Zira ihmali hareket olsa da olmasa da netice meydana gelebilirdi. O halde netice her iki sebepler serisinin toplamından meydana geldiğinden kümülatif nedensellik bağlantısının varlığı söz konusudur.

Ancak buradaki özellik şudur: ihmali hareket, sebepler serisine sonradan eklenmektedir. Ortada üçüncü bir kişinin ya da bir doğa olayının başlattığı bir sebepler serisi bulunmaktadır. Failin ihmali hareketi olmasaydı netice meydana gelmeyecek şekilde mutlak bir değerlendirme yapmak artık olası değildir. Zira ihmal etmeyip örneğin yardım etseydi de netice meydana gelebilirdi. O halde burada neticenin meydana gelebilme ihtimali gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecek idi ise ihmal nedensel bir değere sahiptir¹⁰². Aksi halde şüpheden sanık yararlanır.

Bu durumda hiçbir hukuk düzeninin faile yardım etmek hukuki yükümlülüğünü yüklenmediği varsayımından ya da kabulünden hareket etmek sakıncalıdır. Hukuk düzeni kişiden imkan ve iktidarından fazlasını bekleyemez. Gerçekten aksi halde böyle bir boş vermişlik hakkaniyete ve adalete yakışır bir tutum değildir. Diğer bir deyişle böylesine bir “vurdumduymazlık”, yani ihmali hareket kınanabilir bir harekettir. Buna tepkisiz kalınamaz. Gerçekten yasa koyucu da buna tepkisiz değildir. Nitekim TCK bu tür bir davranışı kınamakta ve bunun bir sonucu olarak suç olarak düzenlemektedir. TCK m.476 bunun tipik ve en güzel örneğidir: “*Bir yaralıya veya sair tehlikede bulunan bir kimseye tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta veya derhal ait olduğu daireye veya hükümet memurlarına malumat vermekte, ihmal eden kimse*” cezalandırılır. TCK durumu son derece açık bir şekilde ortaya koymakta ve bir emir normu getirmektedir: “Tehlikede olana yardım

¹⁰² Önder, 115.

et!". Yasa mümkün olan yardımdan söz ederek olanak dışı bir yardım talep etmemiştir. Yardım etme yükümlülüğü bir miktar hafifletilmiş ve fakat haber verme mükellefiyeti getirilerek hiçbir şekilde kaldırılmamıştır. O halde bu suçun faili olabildiğine göre yasa koyucu failin neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü içinde olup olmadığını aramamıştır. Aradığı, neticeye engel olabilme imkanına sahip olup olmadığıdır. Böyle bir imkanı yoksa dahi en azından haber verme yükümlülüğü getirmiştir.

Ancak buradaki asıl sorun ihmali davranış ile oluşacak ağır neticeden failin sorumlu tutulabilip tutulamayacağıdır. Dikkat edilirse yasa bu konuda suskundur. Zira bu noktada artık gerçek olmayan ihmali suç alanına geçmiş bulunmaktayız. Gerçek olmayan ihmali suçların en önemli özelliği yasada bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Bu durum onu gerçek ihmali suçlardan ayırır. Burada aslında netice sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu olmaktadır. Failin ihmali hareketi önceden başlayan sebeplere sonradan bir başka sebep olarak eklenmekte yangın onun tarafından çıkarılmasa, kaza onu tarafından yapılmaya dahi yaratılmış olan tehlikeli durum ölümün ya da yaralanmanın gerçekleşmesiyle ağırlaşmaktadır. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların cezalandırılmasın ancak bu konuda yasada hüküm varsa mümkündür. Dolayısıyla bu konuda TCK m.476 da ağır netice cezalandırılmadığına, yani TCK da bu konuda neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç öngörülemediğine göre yardım etmeme sonucu ölüm veya müessir fiil neticesinin meydana gelmesinden fail sorumlu tutulamaz.

Burada itfaiye eri, doktor veya cankurtaran bakımından nasıl hareket edilecektir? Konunun özünden ayrılmaya gerek yoktur. Bu durumda değerlendirme faile göre yapılacak yardım etme olanağı daha fazla olduğu için bu olanağın olup olmadığı daha geniş değerlendirilecektir. Yoksa her durumda itfaiyeci ve cankurtaranın bir yardım mükellefiyetinin bulunduğu kabul edilemez. Artık yangın tüm binayı sarmış, dalgalar son derece fazlalaşmış ise onların da yardım etmesi olanağı ortadan kalkmıştır. Hukuk hiç kimseden yapabileceğinin üzerinde bir fedakarlık bekleyemez. O halde kişi mesleği ne olursa olsun ancak neticeye engel olma imkan ve iktidarına sahipse hareketsiz kalmaz. Neticeye engel olabilme imkanının derecesi kişinin mesleği, içinde bulunduğu durum gibi somut kriterlere göre belirlenmelidir. Aynı sonuca ızdırar halinden de ulaşılabilir.

O halde bu durumda da FAİLİN NETİCEYE HÜKMEDEBİLİR OLMASI, failin hareketinin neticenin meydana gelmesi riskini artırıp artırmadığı kriterinden yararlanılabilir ki yasa da “*mümkün olan yardımı*” aramak suretiyle bu kritere yer vermiş bulunmaktadır.

Konuya bir **örnek**le son vermek istiyoruz: Baba B ağır bir trafik kazası geçirir. Hastaneden taburcu olan ve fakat felçli bulunan B’ye ilaçları muntazam olarak verilmelidir. B’nin tek varisi olan oğlu A kalacak olan mirası düşünür ve ilaçları zamanında vermez. B bir süre sonra ölür. A ölüm neticesinden sorumlu mudur? A’nın ölüm neticesinden sorumluluğu bakımından neticenin meydana gelememesi için hukuken yükümlü olması ve ihmali hareketinin yasal tipin icrai hareketle gerçekleştirilmesi ile eşdeğerde olması gerekir. A neticeye engel olma yükümlüğü altında mıdır? Dikkat edilirse burada A, B ye bakmakla yükümlü müdür? Ne ceza hukuku, ne de medeni hukuk çocuğun babasına bakması yükümlülüğü getirmemiştir. Medeni hukuk bakımından acz içindeki babaya çocuk nafaka ödemek durumunda kalabilir, ancak ona bakmakla yükümlenemez. O halde A’nın hareketi ile netice arasında nedensellik bağlantısı varsa da A kasten adam öldürmeden sorumlu tutulamaz. Belki bu durumda doktorun B yi A ya teslim sırasında A’nın bakmak yükümlülüğünü üstelenmiş olup olmadığı araştırılabilir. Bu ispatlanabilir ise A ancak bu durumda ölüm neticesinden sorumlu tutulabilir. Olayda A yerine hemşire C olsaydı, C neticeden sorumlu tutulacak mıydı? Evet. Çünkü C hemşire olması nedeniyle hastaya ilaçlarını düzenli olarak vermekle hukuken yükümlüdür. Bu durumda ilaçlar zamanında verilseydi de B’nin zaten ölecek olması C’yi sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda rezerv sebebin önemsizliği hatırlanmalıdır.

V. TEHLİKE SUÇLARINDA NEDENSELLİK BAĞI SORUNU

İsnadiyet problemi sadece zarar suçlarında değil, tehlike suçlarında da ortaya çıkabilir. Özellikle son zamanlarda tehlike suçlarının sayısında önemli bir artış olması konunun önemini artırmaktadır.

Konuyu önce somut tehlike suçları bakımından ele alalım: Somut tehlike suçları somut olayda ilgili suç tipi tarafından korunmuş olan obje için gerçek bir tehlikenin meydana gelmiş olmasını gerektirir. Bu suçların en güzel örneğini TCK m.565 oluşturur. Buna göre hayvanların, arabaların ve otomobillerin “şahıslar veya eşyanın emniyetine **tehlike verecek tarzda** sevk ve

idare” edilmesi cezalandırılır. Bu tür tehlike suçları esas itibariyle neticeli suçlardır. Konumuz bakımından bu şu anlama gelir: Tehlike suçlarının zarar suçlarından farkı, farklı isnadiyet kriterlerinin uygulanması değil, zarar neticesi yerine tipe uygun tehlike neticesinin esas alınmasıdır¹⁰³. O halde zarar suçlarında olduğu gibi şartların eşitliği ve izin verilmiş olmayan risk anlamında somut bir “netice tehlikesi” yaratılmış olmalıdır. Bu tehlike mevcut isnadiyet kriterlerine göre objektif ve sonradan yapılan (ex-ante) tahminlerin yardımı ile araştırılmalıdır. Eğer netice tehlikesi mevcut değilse, gerçek tehlike oluşsa da fiil faile isnad edilemeyecektir. Şayet netice tehlikesinin var olduğu kabul edilebiliyorsa, bu durumda bu tehlike somut tehlike neticesi oluşturan bir neticede gerçekleşmiş olmalıdır. Böyle bir halde ex post bilinen tüm hal ve koşulları kapsamış olmalıdır.

Bu somut tehlike neticesinin nasıl yaratılmış olduğu ve bunun nasıl tespit edilmesi gerektiği bugüne kadar henüz yeterince açıklığa kavuşturulamamış olan konulardır. Konu hem yargı kararlarında hem de doktrinde tartışılmıştır. Alman Federal Mahkemesi tehlike terimini bilimsel olarak tanımlamak ve sınırlarının tam olarak belirlemekten özenle kaçınmış, onu gerçek ancak hukuksal olmayan bir karakter, vakıta olarak kabul etmiştir. Diğer bir deyişle Mahkeme somut tehlike terimini genel geçerli değil, sadece somut olayın özel ilişkilerine göre belirlenebilir bir kavram olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁴. Alman yargı kararlarında somut tehlikenin başlıca iki koşulunun var olduğu kabul edilir: Bunlardan ilki, hareketin üzerinde gerçekleştiği bir objenin mevcut olması ve ikincisi suç teşkil eden hareketin bu objenin zarar görmesi bakımından yakın bir tehlike yaratmış olmasıdır. Bu konuda şu örnek verilir: Şayet otomobil kullanan bir kişi son derece dar bir yolda gitmekte iken bir tepeye gelmeden önce, karşıdan bir araba gelse onunla çarpışması kaçınılmaz olacak olan affedilmez bir boşvermişliğe kapılmış olarak kullansa ve fakat tesadüfen karşıdan herhangi bir araba gelmese hareketin üzerinde gerçekleştiği obje de bulunmayacaktır. Fail böyle bir olayda taksirli ya da tedbirsiz davranmış olmakla birlikte somut bir tehlikenin gerçekleşmiş olmadığı kabul edilir. Buna karşılık obje failin hareketinin etki alanına girmiş olsa tehlikenin varlığı bir zararın meydana gelme ihtimalinin gelmeme ihtimalinden daha fazla olması ile belirlenir. Daha sonraları Mahkeme bu formülü yorumlamış ve bunun

¹⁰³ Roxin, no.121.

¹⁰⁴ Roxin, no.122.

oransal, yüzdeye dayalı olarak anlaşılmasını gerektiğini (somut tehlikenin %51 ihtimalle olabirliğinin kabulü, % 49 oranda reddi gibi), bilakis uzak bir tehlikenin yeterli olmadığını, somut olay bakımından kabul edilebilir yakınlıkta bir tehlikenin aranması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Öte yandan Alman Federal Mahkemesi daha yeni kararlarında konuyu somutlaştırmış ve hareketin kritik bir duruma yol açmış olması gereğini aramıştır. Bu suretle belirli bir kişi ya da eşyanın güvenliği öyle güçlü bir şekilde ihlal edilmiş olmalıdır ki, hukuki menfaatin ihlal edilmiş olup olmadığı sadece rastlantının bir sonucudur. Burada hukuki menfaatin varlığı bakımından yüksek dereceli bir krizden bahsedilir ya da “az kalsın kaza oluyordu” denir ya da yakın bir kazadan söz edilir. Bu durumda olaya katılmamış izleyicinin “bir defa daha her şey yolunda” şeklinde bir değerlendirme yapması beklenir¹⁰⁵. Bu ölçülere göre şayet uzun ve yoğun bir kuyruğun bulunduğu bir trafikte yol alan alkollü bir sürücü için diğer araçlarla tehlikeli bir karşılaşma meydana gelmediği sürece henüz somut bir tehlike de yoktur. Sürücünün bu hareketi diğer sürücüler için önemli bir risk oluştursa da sürücünün bu hareketi az daha kaza oluyordu değerlendirmesine yol açmaya-cağı için henüz somut bir tehlike de yaratmaz.

Bununla birlikte Federal Mahkemenin ortaya koymuş olduğu bu “yakın tehlike” ya da “zarar verme olasılığı” formülleri sadece hakimin yaşam tecrübesine dayalı olduğu ve objektif ölçü ortaya koyamadığı için eleştirilmekte, söz konusu formüllerin zayıf yönü olarak kabul edilmektedir. Bugün Alman doktrininde normatif tehlike neticesi teorisi tercih edilmektedir¹⁰⁶. Schünemann tarafından geliştirilmiş olan teoriye göre zarar neticesinin sadece tesadüfe bağlı kaldığı yerde, somut bir tehlike bulunur. Teori tesadüfü meydana gelmesine güvenilemeyecek olan bir durum olarak kabul eder. Tehlikeyi meydana getirenin olağanüstü becerikli olması ya da şans somut tehlike suçundan sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Yukarıda tepeye fütursuzca yaklaşan sürücü örneğinde şayet karşıdan gelen sürücünün normal yetenekler kullanılarak artistik bir sürüş ustalığı gösterilerek kurtulması sağlanmış ya da ani ve şiddetli bir rüzgarın yardımıyla kurtarmış olsa da sürücü tehlikeli araç kullanmaktan cezalandırılacaktır. Çünkü bunlar hiç kimsenin güvenemeyeceği hal ve koşullardır. Konumuzu genişleteceği endişesiyle tartışmaya burada son

¹⁰⁵ Roxin, no.123.

¹⁰⁶ Roxin, no.125.

vermek istiyoruz. Ancak bu konuda tartışmanın henüz sona ermediği söylenmelidir.

Soyut tehlike suçlarına gelince. Soyut tehlike suçları öyle suçlardır ki, somut olayda bir tehlike neticesinin meydana gelmesine ihtiyaç olmaksızın tipe uygun tehlikeli davranışın yapılması failin cezalandırılması için yeterlidir. Bunun için insan ya da eşya için bir zarar ya da tehlikenin doğmuş olması şart değildir. Örn TCK m.313/1, 286, 287, iftira Bu suçlarda nedensellik bağlantısı konusunda kanımca bir sıkıntı bulunmaz. Çünkü hareketin yapılması failin sorumlu olması için yeterli olup, neticenin meydana gelmesi ve nedensellik bağlantısı aranmaz.

IV. KONUNUN BAZI YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1-) *“...TCK.nun 452. maddesinin uygulanmasında failce yapılan hareketin objektif takdire göre ölüm sonucunu meydana getirmeye uygun ve elverişli sayılması daima aranmalıdır. Her olayın özellikleri göz önünde tutularak vuku bulan bir müessir fiilde ölüm sonucu arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının takdiri mevcut raporları da değerlendirerek davaya bakan hakime aittir. ...*

İka edilen müessir fiilden sonra bir inkıta vuku bulmuşsa ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktülün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklenerek illiyet bağının kesilmesi neden olmuşsa ölüm sonucundan fail sorumlu tutulamaz kendisinin asıl kastettiği ve gerçekleştirdiği eylem olan müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir.

Aynı apartmanda maktül yönetici, sanık ta sakinlerden birdir. Olay günü yakıt gideri ve aidat yüzünden çıkan tartışmada sanık tokatla maktüle vurup yere düşürmüş, yerde iken de tekmelemiştir. Bu düşme ve tekmeleme sonucu kol ve bacağından kırıklar oluşan maktül tedavi için kaldırıldığı hastanede olaydan 9 gün sonra ölmüştür.

TCK.nun 452. maddesinin tatbiki için fail tarafından istenmemiş olan ölüm neticesinin fail tarafından istenmiş olan müessir fiille husule gelmiş olması lazımdır. İka edilen müessir fiilden sonra bir inkıta vuku bulmuşsa ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir

sebepten ileri gelmişse ve maktülün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklenerek illiyet bağının kesilmesine neden olmuşsa bu madde uygulanamaz. Failin kast ettiği ve gerçekleştirdiği müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir.

İncelenen maddi olayda sanığın eylemi sonucu kol ve bacağından kırıklar oluşan maktül olaydan 9 gün sonra siroz, kalp ve böbrek yetmezliğinin müsterek etkisiyle solunum ve dolaşım durmasından ölmüştür.

Maktül hakkında olaydan önce düzenlenen çeşitli raporlarda; 20-30 yıldır devam eden hipertansiyon, 1984 yılından beri şeker hastalığı, siroz, kronik bronşit, böbrek hastalığı bulunduğu, buna rağmen sigara kullandığı gibi 30 yıldır günde bir şişe rakı içtiği, sanık tarafından yaralanıp hastanede yatarken psişik bozukluklar ve hallisinasyonlar olduğu yapılan konsültasyonda alkol yoksunluğu düşünülüp tedavi uygulandığı ölmeden bir gün önce hallisünasyonların artması nedeniyle nöroloji ve dahiliye konsültasyonu yapıldığı belirtildiğine göre eylemiyle ölüm arasında illiyet bağı bulunmayan sanığın ölüm sonucundan sorumlu tutulması mümkün değildir.

Çünkü, ölüm, sanığın eyleminin doğal sonucu olan bir sebepten husule gelmemiş, maktülün hastanede yattığı zaman dilimi içinde önceden mevcut başka bünyevi nedenlerden husule gelmiştir.

Adli Tıp Kurumu'nca düzenlenen raporlarda uygulanacak yasa maddesi de gösterilmek suretiyle sanığın eylemiyle ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilmişse de hukuki kavram illiyet bağının tesbiti ve uygulanacak yasa maddesinin tayini var olan tüm delilleri olaysal olarak değerlendirmesi gereken hakime aittir.

Bu nedenle, sanığın maktulde meydana getirdiği kırıkların hayati tehlike doğurup doğurmayacağı ve kaç gün iş gücüne engel teşkil edeceği hususlarında Adli Tıp Kurumu ilgili Dairesinden yeni bir rapor alındıktan sonra sanığın TCK.nun 456. maddesinin bu rapora uygun düşen ilgili fıkrası 458, 51/1 ve 59. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

S o n u ç : Yukarıda açıklanan nedenlerle Yerel Mahkeme direnme hükmünün isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), 27.4.1992 günü oybirliğiyle karar verildi (CGK 27.4.1992, 1-109/126; Corpus)

Kararın Değerlendirilmesi:

Öncelikle Yargıtayın nedensellik bağlantısının kesildiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Nedensellik bağlantısı ya vardır ya da yoktur. Varsa kesilmez. Böyle bir durumda ancak nedensel akışa yeni bir sebepler serisinin katılmasından söz edilebilir. Olayda da nedensellik bağı kesilmiş değildir. Fail mağdura müessir fiil ika etmeseydi, mağdur hastaneye kaldırılmayacak, mevcut rahatsızlıklar ölümü sonuçlamayacaktı. Kaldım ki, olayda uygulama yeri bulabilecek olan TCK m.452 şart teorisini kabul etmiş ve ağırlaşmış neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için nedensel bağlantının varlığının ispatlanmasını yeterli görmüştür.

Yine vurgulanmalıdır ki, failce bilinmeyen ve fakat mağdurda mevcut haller nedensellik bağlantısını ortadan kaldırmaz.

O halde buradaki sorun neticeden failin sorumlu tutulabilip tutulamayacağı, neticenin ona isnad edilebilip edilemeyeceğidir. Dolayısıyla Yargıtay illiyet bağı ile isnadiyeti karıştırmıştır. Yargıtay TCK m.452'nin failin tamamen tesadüfün bir sonucu olan neticeden sorumlu tutan ve üstelik objektif bir sorumluluk getiren düzenlemesi karşısında tek çıkış yolu olarak faili ağır neticeden sorumlu tutmamak için illiyet bağının bulunmadığını kabul etmek zorunda kalmıştır.

Aslında olayda atipik bir nedenselliğin bulunduğu söylenmelidir. Burada netice ilk harekete bağlı pek çok sebepten meydana gelmektedir. Burada aynı zamanda hem failin hareketi, hem de failde mevcut olan hastalıkların tümü neticeyi birlikte meydana getirmiş olabileceği için kümülatif nedensellikten de bahsedilebilir. Tüm bu nedenler bir araya gelmeseydi ölüm meydana gelmezdi denebiliyorsa kümülatif bir nedensellik vardır. Buradaki sorun meydana gelen ölüm neticesinden failin sorumlu tutabilecek olup olmadığıdır. Eldeki verilere göre tek başına failin hareketleri ya da tek başına mağdurun diğer rahatsızlıklarının ağır neticeyi meydana getirip getirmediği anlaşılamamaktadır. Yargıtay “İka edilen müessir fiilden sonra bir inkıta vuku bulmuşsa ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktülün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklenerek illiyet bağının kesilmesine neden olmuşsa bu madde uygulanamaz. Failin kast ettiği ve gerçekleştirdiği müessir fiilden sorumlu tutulması gerekir”. diyerek vardığı sonuca bir gerekçe oluşturmak istemiştir. Aslında Yargıtayın gerekçesi yerindedir. Ancak “ölüm kalp hastalığı vesaire gibi müessir fiilin

doğal sonucu olmayan bir sebepten ileri gelmişse ve maktülün zaruri olmayan davranışları mevcut sebeplere eklen”mişse demek suretiyle atipik nedensel oluşun varlığını ortaya koymaktadır. Yoksa bu sebepler hem asıl nedene eklenip, hem de nedensellik bağıını kesmez. Yukarıda söylendiği gibi burada eklendiğini ileri sürmek suretiyle Yargıtay kümülatif (ortak) bir nedenselliği ortaya koymaktadır. “Doğal olmayan bir sebep”ten bahsetmek suretiyle de aslında atipik gelişmelerden failin sorumlu tutulamayacağını söylemek istemektedir. Failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi ağır neticenin temel suç tipinin işlenmesinin doğrudan sonucu olması halinde mümkündür. Çünkü faili ağır neticeden cezalandırmanın sebebi temel suç tipine yapışık olan ona özgü, özel tehlikenin gerçekleşmesidir. Bu anlamda temel suç tipine yapışık, ona içkin olan özel tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği aranmalıdır. Bu durumda failin kasten yapmış olduğu temel suç tipine ilişkin hareketin neticeye özgü tehlikeyi artırıp artırmadığı, özen yükümünü ihlal edip etmediği önem kazanır. Ancak söz konusu kriterin ağır neticeden sorumluluk için en azından taksir seviyesinde kusurunun arandığı bir sistem içinde etkili olabileceği söylenmelidir.

TCK m.452'nin bugünkü düzenlemesi karşısında Yargıtay hukuka aykırı bir karar vermiştir. Çünkü failin neticeyi öngörmesi şart olmayıp, ölüm neticesi müessir fiile bağlı, bu neticenin meydana gelmesi tehlikesini ya da riskini artıran bir hareketin sonucudur.

2-) “*Dosyaya, oluşa ve mevcut delillere göre; Sanıkla, ölen Feruzan sekiz senedir evli olup, üç tane çocukları bulunmaktadır, kayınvalidesi ve kayınpederi ile aynı evde oturan Feruzan, bu şahıslarla geçinemediği gibi, Gaziantep’te başka bir kadınla ilişkisinden şüphelendiği sanıkla aralarında da geçimsizlik bulunmaktadır. Zaman zaman kocasının kendisini dövdüğünü ve ayrılmak istediğini babasına anlatmış, ancak babasının boşanmasına razı olmaması nedeniyle uyumsuz yaşantısını sürdürmekte ve bu arada bunalım geçirdikçe Ordu’lu hemşehrisi Hemşire Şükran’a telefon ederek problemlerini anlatmaktadır. Bu durumda bulunan Feruzan’ın; suç tarihinden 3 ay kadar önce kocasının rızasını almadan çocuğunu aldırıldığı, sağlığına tam olarak kavuşamaması ve adet görmesi nedeniyle 12/02/1978 günü bulaşıkları yıkamadığı gibi, patates, soğan kabuklarını çöplüğe atmayıp lavaboda bırakması nedeniyle çıkan tartışma sırasında sanık tarafından dövülüp, o evde istenmediği söylenmekle birlikte; babasının evine gitmesi için eline 150 lira*

verilmesi üzerine, dokuz aylık çocuğunu yanına alıp, önce gümrük memuru hemşehrisi M. Ali'nin evine gittiği, kocasının evine geri gönderilmesine rağmen dönmeyip, geceyi aile dostları Faruk ve Necla'nın evinde geçirdikten sonra onların tavsiyeleri uyarınca kocasının yanına döndüğü, ancak sanığın "sen hala burada mısın? Benim sana ihtiyacım kalmadı, ilgileneyeğim başka kadınlar var" gibi sözler söylemekle birlikte çıkan tartışma sırasında yine kendisini dövdüğü, ayrı yatakta yatmaya kalkan kocasına gece yarısı sokulup yaptığı barışma teklifinin "Anama orospu dedin" gerekçesiyle reddedilmesi üzerine yeniden bunalıma düşerek bir kutu hap alıp intihara teşebbüs ettiği, ancak sonuç alamadığı, 14/02/1978 günü tanık Şükran'a telefon edip "Kayınvalidesi, kayınpederi ve kocası tarafından eve kapatıldığını babasına haber vermesini" söylediikten sonra, 15/02/1978 günü saat 14.30 sularında odasına kapanarak asmak suretiyle kendisini öldürdüğü anlaşılmıştır.

Cezai sorumluluğun temel şartları: a) - Maddi isnadiyet, b) - Manevi isnadiyet, c) - Kusurluluktur. Cezai sorumluluk ancak bu temel şartların bir arada ve aynı zamanda mevcudiyeti halinde kabul edilebilir. Başka bir deyişle, bir suçun oluşabilmesi için, yasal tarife uygun bir fiilin, iradi yani faile isnadı kabil olacak şekilde kusurlu olarak işlenmesi şarttır.

TCK.nun 452. maddesinde ... hükme bağlanmış kastı aşan adam öldürme cürmünün maddi unsuru, müessir fiil maksadıyla işlenen hareketlerdir. Dövmek bıçaklamak, taş atmak, tekme vurmak, yere yıkmak gibi. Cürmün tamamıyeti bu eylemler neticesi o kimsenin ölmesi ile vücut bulur. Görülüyor ki, kanun vuku bulan ölümle failin icra ettiği eylem arasında ve failin bilmediği başka ahvalin inzimamı bahse konu olmaksızın bir "illiyet rabitası" sebebiyet (nedensellik) bağlantısının mevcudiyetini aramaktadır. (Nejat Özütlük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, ve Tatbikatı, 1970 basımı, cilt 2, S. 1025).

Maktulenin sanık tarafından asıldığını gösteren yeterli delillerin mevcut bulunmadığı, bu bakımdan yerel mahkeme kararının yerinde bulunmadığı Özel Daire bozma kararında oluşa uygun şekilde kabul edildiği gibi, Adli Tıp Meclisi'nin 29/01/1979 tarihli raporunda da: (... Dosyanın incelenmesine göre maktulenin olaydan iki gün önce dövülmüş olduğunun anlaşıldığı, cesette görülen bir müessir fiil belirtilerinin iki gün önceki dövülme sırasında meydana gelmiş olabileceği ve bu müessir fiil belirtilerinin ölüm üzerine müessir nitelikte bulunmadığı ... intihar kastıyla Feruzan'ın kendisini iple asmış olmasının mümkün bulunduğu) belirtilmiştir.

Nedensellik bağlantısı konusunda kanunumuzca kabul edilmiş genel bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmek için, bir şartın muayyen bir neticeyi meydana getirmeye elverişli ve uygun olması gerekir. Bir kimse egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz. 452. maddenin uygulanması için, failce yapılan hareketin objektif takdire göre uygun ve elverişli sayılması daima aranacaktır. (Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk, 5. Bastı, Cilt 1, S. 507 ve devamı).

Adli Tıp Meclisi'nin anılan raporu ve olayla ilgili toplanan diğer delillerden sanığın şahit olan müessir fiili ile ölüm olayı arasına mağdurenin intiharı gibi başka bir eylemin girmesi nedeniyle nedensellik bağının kesildiği, başka deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında bir maddi sebebiyet bağlantısı olmadığına anlaşılmasına göre Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile, Özel Daire bozma kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, ...kararın.. belirtilen gerekçe ile **BOZULMASINA**, ... karar verildi.(CGK 12.05.1980 151/206; Corpus).

Kararın değerlendirilmesi:

Yargıtay kararında cezai sorumluluğun temel şartlarını - Maddi isnadiyet, - Manevi isnadiyet, ve - Kusurluluk olarak kabul etmiştir. Yüksek mahkemeye göre cezai sorumluluk ancak bu temel şartların bir arada ve aynı zamanda mevcudiyeti halinde kabul edilebilir. Başka bir deyişle, bir suçun oluşabilmesi için, yasal tarife uygun bir fiilin, iradi yani faile isnadı kabil olacak şekilde kusurlu olarak işlenmesi şarttır. Yargıtay yasal tarife uygun bir fiilin işlenmesini aradığına göre hukuki önem teorisini esas almış görünmektedir. Öte yandan Yargıtay kararında "hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmek için, bir şartın muayyen bir neticeyi meydana getirmeye *elverişli ve uygun olması* gerektiğini de belirtmek suretiyle uygun sebep teorisini vurgulamış olmaktadır. Nihayet "Bir kimse egemenlik ve tasarruf alanının dışında kalan ve bu sebeple tahmini kendisinden beklenemeyen bir neticeden sorumlu tutulamaz" şeklindeki kabulü ile de yukarıda objektif isnadiyet kriterleri arasında saydığımız "hükmedilebilirlik" kriterini uygulamıştır. Nihayet somut olay bakımından yaptığı değerlendirmede ise *müessir fiili ile ölüm olayı arasına mağdurenin intiharı gibi başka bir eylemin girmesi nedeniyle*

nedensellik bağının kesildiği, başka deyişle ölüm ile sanığın eylemi arasında bir maddi sebebiyet bağlantısı olmadığını kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay tek bir teoriyi değil birkaç teoriyi birarada uygulamakta ve nedensellik bağının kesilebileceğini kabul etmektedir.

Bir kere olayda şart teorisi bağlamında şu şekilde hareket edilmelidir: Koca karısını dövmeseydi karısı intihar etmeyecekti. Bu bakımından kocanın karısını dövmesi ile kadının intihar ederek ölmesi neticesi arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından tüm sebepler eşit nedensel etkiye sahiptir. Ancak olayda failin hareketi ile netice arasında mağdurun kusurlu hareketi girmektedir. Diğer bir deyişle netice tek değil, birden fazla sebebin bir neticesi olarak meydana gelmiştir. Bir netice birden fazla sebebin etkisi ile meydana gelmiş ise nedensellik bağının kesilmesinden değil, bir sebebe bir başka sebebin eklenmesinden söz edilir. Bu durumda karşımıza iki sorun çıkar a- ilk hareket ile netice arasında nedensellik bağı var mıdır? b- İlk hareketi yapan bu neticeden sorumlu tutulabilir mi?

a- Bir hareketin şart niteliğini kaybetmesi için tamamen bağımsız yeni bir sebepler serisinin bulunması gerekir. Burada bir başka sebep asıl hareketten TAMAMEN BAĞIMSIZ olarak tek başına neticeyi meydana getirmiştir. Buradaki sorun, sonradan yapılan bir hareketin failin hareketine göre ne zaman bağımsız bir niteliğe sahip olacağıdır: FAILİN HAREKETİ HİÇ OLMASAYDI DAHİ, SEBEPLER SERİSİ NETİCEYİ MEYDANA GETİRİYORDU DENEBİLİYORSA, BU SERİ BAĞIMSIZDIR. Buna karşılık, bağımsız sebepler serisinin varlığı ya da yokluğu, fail tarafından yapılan hareketin zorunlu şart sayılmasına engel olmuyorsa, yani failin hareketi olmasaydı netice gerçekleşmeyecekti diyebiliyorsak bu sebepler serisi bağımsız değildir.

Olay bakımından değerlendirilecek olursa kocası karısını dövmeseydi, kadın intihar etmeyecek ve ölmeyecekti. Dolayısıyla kadının intihar etmesi hareketi bağımsız bir sebepler serisi oluşturmaz.

b- Ancak fail hükmedemediği, artık hakimiyet alanı dışında kalan bir neticeden de sorumlu tutulamamalıdır. Fail, nedensel akışa, onun eseri olarak ona objektif olarak isnat edilebilmesi amacıyla hükmedebilir olmalıdır. Bu normların anlamından ortaya çıkar. Normlar emir ve yasak normları olarak yapanın davranışını belirlemek ister. *Bizzat yaratılan zarar ya da tehlikeye*

özgür irade ile sebep olunmalıdır". Herkes davranışından, kendi davranışı kadar sorumludur. Fail mağdurun bizzatıhi sebep olduğu riskler nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz. Diğer bir deyişle fail atipik neticeden sorumlu tutulamaz. Bu çerçevede "*mağdurun fiil sonrası olağan olmayan (kusurlu) hareketleri neticenin faile isnad edilmesini engeller*". Ancak bu olasılık bakımından mağdurun kusurlu olarak davranamayacağı hallerin istisna olduğu söylenmelidir. Özellikle temyiz yeteneğine sahip olmayan ergin de bulunmayan küçüklerin, akıl hastası olanlar ile akıl sağlığı yerinde bulunmayan kişilerin, mazeret sebebi oluşturan zaruret hali içinde bulunan kişilerin hareketleri neticenin faile isnad edilmesi halini ortadan kaldırmaz. O halde olayda kadının kusurlu davranışı neticenin faile isnad edilmesini önleyecektir. Ancak burada araştırılması gereken husus kocanın kadının içinde bulunduğu intihara eğilim hissini kuvvetlendirmek amacıyla hareket etmiş olup olmadığını belirlemektir. Şayet koca karısının psikolojik bir rahatsızlık olduğunu bilmekte ve intihar eğilimi içinde bulunduğunu bilmekte ve bu sebeple veya buna rağmen karısını dövmüş ise neticeden sorumlu tutulmalıdır.

3-) "*... bahçeye bırakılan sanığa ait büyükbaş hayvanın ana yola çıkması, hükmü temyiz etmeyen diğer sanığın sevk ve iradesindeki vasitanın hayvana çarpmaması için direksiyon kırması sonucu karşı istikametten gelen minibüse çarparak minibüsü idare eden şoför M.'nin ölümüne ve minibüste bulunan yolculardan H.'nin yaralanmasına sebebiyet vermektir ibarettir.*

Mahkeme büyükbaş hayvan sahibi sanık M.Ç.'yi de 4/8 kusurlu kabul ederek mahkumiyet hükmü tesis etmiştir.

1 - *Sanık hazırlık tahkikatı sırasında büyükbaş hayvanı danayı etrafı çevrili olan elma bahçesine bıraktığını aşamalarda değişmeyen savunmalarında da olay sırasında hadise mahallinde olmadığını bildirmiştir. Sanığın hadisenin vukuu sırasında olay mahallinde bulunmadığı şahadet ve evrak münderecatıyla müsbittir. Muayyen zaman ve aylarda büyükbaş hayvanların bahçe, yaylak, mer'a ve kışlaklarda başıboş olarak bırakıldığı herkes tarafından bilinen ve kabul olunan gerçektir.*

TCK.nun 455. maddesinde yazılı suçun oluşması için faile yükletilmesi mümkün kusurlu bir fiilin yanında, icrai veya ihmali mahiyetteki iradi eylemin zararlı neticelerini önceden sezme mümkün olduğu halde öngörememenin

tahakkuku ve iradi fiil ile netice arasında doğrudan doğruya illiyet bağının bulunması şartına bağlıdır.

Olay sırasında mahallinde bulunmaması, mahalli örf ve adetin büyükbaş hayvanların bahçeye, mer'a ve yaylaklara başıboş bırakılmasına cevaz vermesi karşısında, sanığın neticeyi önceden tahmin etmesi mümkün değildir. Diğer taraftan sanığın icrai ve ihmali olarak nitelendirilebilmesi mümkün eylemi danayı bahçeye bırakma ile sonuç netice arasında sebebiyet bağı da mevcut değildir.

Binnetice; dananın bahçeye bırakılması ile neticenin meydana gelmesinde öngörülebilirlik ihtimali mevcut olmadığı gibi, sanığın icrai veya ihmali eylemi ile netice arasında doğrudan illiyet bağı da bulunmadığı, sanık yönünden suç oluşmadığı halde, mahkumiyetine karar verilmesi,

Usul ve kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazı bu nedenlerle yerinde görüldüğünden hükmün istem gibi bu yönlerden BOZULMASINA, depo parasının geri verilmesine, 01/12/1977 gününde oybirliğiyle karar verildi (CD 1.12.1977 3428/3967)

Kararın değerlendirilmesi:

Olayda Yargıtayın rücu yasağını uyguladığı ve bu nedenle nedensellik bağının bulunmadığı sonucuna ulaştığı görülmektedir. Yargıtayın bu görüşüne katılmıyoruz. Yukarıda da belirtildiği üzere rücu yasağının mutlak anlamda kabulü bizi yanlış sonuçlara götürecektir. Bu olayda olduğu gibi çoğu zaman rücu yasağı kabul edilebilir bir sonuç vermez. Gerçekten fail hayvanın otladığı yer yola yakınsa ve etrafı çit vb. ile çevrili değilse, pekala yola çıkabileceğini öngörebilirdi. Öngörmemiş olması failin tedbirsiz davrandığını gösterir. Biz rücu yasağını kabul etmiyoruz. Bu nedenle ilk hareketi yapanın taksirli hareket etmiş olması durumunda hareketi ile netice arasında nedensellik bağının mevcut olduğunu kabul ediyoruz. Bu nedenle hayvan sahibi olayda hayvanın başıboş bırakılması halinde bırakıldığı yerden uzaklaşıp yakındaki yola çıkmasının bir kazaya yol açabileceğini öngörmeliydi. Öngörmediğine göre taksirli hareket etmiştir. O halde Yargıtayın uyguladığı rücu yasağı kuralı çerçevesinde ulaştığı sonuca katılmıyoruz.

Aynı sonuca objektif isnad edilebilirlik kriterleri arasında yer alan failin nedensel akışa hükmedebilirliği kriteri ile de ulaşabiliriz. Olayın nedensel akışına hükmedebilirlik ve fiilin neticesinin kimin sorumluluk alanına taalluk

ettiği ile ilgilidir. Gerçekten ilk sebep olanın sorumluluğu, üçüncü bir kişinin tamamen sorumlu olduğu yeni, bağımsız netice üzerinde etkili olan, neticeyi gerçekleştiren bir tehlikeye sebep olmuşsa sona erer. Böyle bir durumda risk ilk sebep olan tarafından değil, üçüncü bir kişi ya da mağdur tarafından gerçekleştirilmiştir. Yargıtay kararına konu olan olayda neticenin meydana gelmesinin sadece ve doğrudan minibüs şoförünün meydana getirdiği riskin ya da tehlikenin bir sonucu olduğu söylenemez. Bununla birlikte, Yargıtay kararında “*Olay sırasında mahallinde bulunmaması, mahalli örf ve adetin büyükbaş hayvanların bahçeye, mer’a ve yaylaklara başıboş bırakılmasına cevaz vermesi karşısında, sanığın neticeyi önceden tahmin etmesi mümkün değildir. Diğer taraftan sanığın icrai ve ihmali olarak nitelendirilebilmesi mümkün eylemi danayı bahçeye bırakma ile sonuç netice arasında sebebiyet bağı da mevcut değildir. Binnetice; dananın bahçeye bırakılması ile neticenin meydana gelmesinde öngörülebilirlik ihtimali mevcut olmadığı gibi, sanığın icrai veya ihmali eylemi ile netice arasında doğrudan illiyet bağı da bulunmadığı,*”ndan bahsetmekle aslında failin nedensel akışa ve neticenin meydana gelmesine hükmedebilir durumda olmadığını ifade etmek istemiştir. Yargıtay her zaman olduğu gibi nedensellik bağı ile kusurluluğu birlikte irdelemiş nedensellik bağının bulunmamasını kusurun bulunmamasına bağlamıştır. Yukarıdan bu yana söylendiği üzere nedensellik bağlantısı ve kusurluluk birbirinden tamamen farklı olup, sorun neticenin faile isnad edilebilirliğidir. Olayda Yargıtayın ulaştığı sonuca ancak hayvan sahibinin taksirli bir hareketinin var olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılması ile varılabilir. Eğer taksirli bir hareketi var ise bu durumda neticenin sadece şoförün hareketinden meydana gelmediği ve neticenin meydana gelmesi yönündeki nedensel sürece ne hayvan sahibinin hükmedebilir olduğu kabul edilmelidir.

4-) *Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu'nun 7.1.1994 gün v e 9 sayılı raporunda; "ölenin, kendisinde mevcut kalp hastalığının akut hale geçmesi ile husule gelen ölüme, karşılıklı müessir fiil eylemi ile olayın stresi ve ölenin kendisinin sarfettiği eforun müşterek tesirinin inzimamının sözkonusu olduğu; diğer bir deyişle, ölümün husule gelmesinde bu sayılan faktörlerin tamamının müştereken ortak neden teşkil ettiği" belirtilmekte ise de; husule gelen bir ölüm olayı ile daha önce ölene yapılan müessir fiil arasında illiyet bağının mevcut olup olmadığının tesbitinin, mevcut raporları da değerlendirerek davaya bakan hakime ait olduğu; olayda, asıl saldırgan durumunda olan maktül olup, küçük yaşta sanığın saldırıda bulunması itmesi, boğazını*

sıktığında tokatlıyarak kurtulmaya çalışmasının yasal savunma şartları içinde değerlendirilmesi gereken davranışlar olduğu; esasen maktülden kaynaklanan ve kavga sırasında stresi artıran davranışların sanığın eylemiyle ölüm olayı arasında illiyet bağının kurulmasına neden sayılacak hallerden değil, aksine illiyet bağına kesen davranışlar olarak değerlendirilmesi gerektiği; olayda sanıktan gelen davranışlar olmasa dahi, maktülün yaptığı hareketlerin tek başına ölüm olayını meydana getirmeye elverişli sayılması gerektiği gözönünde tutulduğunda, sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi,

Yasaya aykırı, sanık vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmediğinden hükmün tebliğnamedeki isteme aykırı şekilde (BOZULMASINA), 25.10.1995 gününde ve oybirliği ile karar verildi. (1.CD 25.10.1995 2611/2998; Corpus)

Kararın değerlendirilmesi:

Kanımızca Yargıtay'ın kararı hem gerekçe, hem de vardığı sonuç bakımından hukuka uygun değildir. Öncelikle olayda nedensellik bağının bulunmadığı sonucuna katılmıyoruz. Yargıtayın hukuka uygunluk sebepleri içinde çözümleyebileceği bir olayda soruna nedensellik bağlantısı kavramı ile yaklaşmasına da katılmıyoruz. Bir kere nedensellik bağlantısının kesildiğini kabul etmiyoruz. Yukarıda da belirtildiği üzere nedensellik bağlantısı ya vardır ya da yoktur; yoksa nedensellik bağlantısı kesilmez. Öte yandan bir neticeye birden fazla sebepler neden olmuşsa burada çeşitli alternatifler araştırılmalıdır. Olayın verilmiş şekliyle anlaşıldığı kadarıyla olayda kümülatif nedensellik bulunmaktadır. Yani netice birden fazla sebeplerin birleşmesinden meydana gelmiştir. Veriler neticenin ne sadece failin başlattığı sebepler silsilesinden ne de sadece mağdurun hareketlerinden meydana geldiğini ortaya koymamaktadır. O halde olayda toplamsal nedensellik vardır. Sorun neticenin faile isnad edilebilip edilemeyeceğidir.

Yargıtay olayda neticeye mağdurun kusurlu hareketinin yol açtığını bu nedenle hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısının bulunmadığını ifade etmektedir. Olayda nedensellik bağlantısı vardır. Sanığın hareketi olmasaydı netice meydana gelmeyecekti. Sanık ve mağdur arasında kavga yaşanmasaydı mağdurdaki kalp hastalığı nüksetmeyecek ölüm de meydana gelmeyecekti. Olaydaki sorun failin nedensel sürece hükmedebilir olup olmaması ile ilgilidir. Mağdurun hareketlerinin failin nedensel sürece hükmedebilir

olmaktan çıkarabildiği ve neticenin faile isnad edilemeyeceği iki durum vardır: Birincisi, mağdurun içinde bulunduğu anormal durum, ikincisi ise mağdurun olay sonrası olağan olmayan ya da kusurlu davranışdır. Olayda her iki olasılık da gerçekleşmiş değildir. Burada esasen tipik bir netice sebebiyle ağırlaşmış suç vardır. Temel suç tipinde yer alan özel tehlike meydana gelen neticede ortaya çıkmış olup, temel suç tipi neticeyle bağlantı içindedir. Ağır netice temel suç tipinin yarattığı bir tehlike ya da riskin sonucudur. TCK m.451 ve 452 ağır netice bakımından bir kusurun varlığını aramadığına göre olayda nedensellik varlığı mevcut olduğu gibi yasal düzenleme karşısında ağır neticeden de sorumlu olmalıdır. Bu yönüyle suçun tipe uygun eylem unsuru açısından bir sorun bulunmaz. Dolayısıyla olayda olduğu gibi mağdurun aslında ilk haksız hareketi yapan kişi olması nedensellik bağlantısı ile ilgili bir sorunu değil, meşru müdafaa ya da haksız tahrik halini akla getirmektedir. Failin ağır neticeden cezalandırılmaması hukuka aykırılık unsuru çerçevesinde hukuka uygunluk sebebi içinde mümkün olabilir. Öte yandan, olayda haksız tahrik durumu var ise, bu durumda TCK m.451 ya da 452.m.lerden birisinin oluşması zaten ihtimal dahilindedir. Bu durumda ise mağdurda mevcut fakat fail tarafından bilinmeyen rahatsızlıkların nedensellik bağlantısını ortadan kaldırmayacağı bizzat yasa tarafından söylenmektedir.

SONUÇ

- Nedensellik bağı hukuki değil, doğal bir yapıya sahip olup mantıklı bir kavramdır. Hukuki olarak bir sebebin nedensel değerini ortadan kaldırmak bu sebebin neticeye etkisi bulunduğu sürece olanaksızdır. Hukuki olarak yapılması gereken failin neticeden ne şekilde sorumlu tutulabileceğini belirlemektir. Bu ise nedensellik bağına ilişkin bir sorun değildir. Bu nedenle biz bir neticeyi meydana getiren tüm sebeplerin nedensel olduğunu kabul eden şart teorisine taraftarız. Uygun sebep ve hukuki önem teorisi ise nedensellik bağından çok isnad edilebilirlik teorisi olarak kabul edilmelidir. Gerçekten her iki teori de ve failin neticeden sorumlu tutulabilmesi bakımından bir koşulun netice bakımından ne zaman uygun ve elverişli ve yine hukuken önemli olduğu sorunu ile ilgilenmektedir. Kaldı ki, uygun sebep teorisi sadece atipik, alışılmıştın dışında kalan halleri nedensellik sebebi dışında bırakmakta olup, bu yönüyle sınırlı bir çözüm getirmektedir.

- Şartların eşitliği formülünün özellikle neticenin birden çok sebebin sonucu olması halinde doyurucu bir sonuç vermemesi **kanuna uygun şart formülünün** geliştirilmesini sonuçlamıştır. Bu formüle göre varsayım dayalı bir değerlendirmeden kaçınılır ve doğrudan somut olayda hareketin neticeye (gerçekten) etkili olmuş olup olmadığı sorulur. Bu formülün şartların eşitliği formülünden farkı ya da ondan üstün yönü doğa kanunlarına ilişkin bağlantının varlığını açıkça araması ve bu tespitin uzman kişilerce yapılmasıdır. Formül her hareketin nedensel olduğu sonunun yaratabileceği “*her nedensel hareketi yapan neticeden sorumludur*” düşüncesini sınırlandıran bir görev üstlenir.

- Objektif isnadiyet teorisi bir nedensellik teorisi değil, sorumluluğu sınırlandırmak için ortaya atılan kriterlerin altında toplandığı bir üst kavram olarak düşünülmelidir. Önce nedensellik bağlantısı şart teorisine göre kurulur, sonra failin neticeden objektif sorumluluğu belirlenmeye çalışılır. Şart teorisine yöneltilen nedensellik bağlantısını olağanüstü genişlettiği yönündeki eleştiri sorumluluğun objektif isnadiyet kriterleri ile sınırlandırılması suretiyle aşılabilir. Yukarıda incelenmeye çalışılan kriterler yanında söz konusu tipin hareket unsuru ve kusurluluk unsuru da sorumluluğun sınırlandırılmasındaki araçları oluşturur.

- Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin ağır neticeden sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu nedensellik sorunu yanında esas itibariyle kusur sorunudur. Dolayısıyla failin ağır neticeden haksız bir şekilde sorumlu tutulmasının önlenmesi yönündeki çözüm çabaları nedensellik bağlantısı içinde değil, kusurluluk içinde aranmalı ve Alman hukukunda olduğu gibi genel hükümler içine konulacak bir düzenleme ile ağır neticeden sorumluluk bakımından da failin en azından taksir derecesinde kusurunun varlığı aranmalıdır. Öte yandan yasada bu şekilde bir değişiklik yapılan kadar ağır neticeden failin haksız bir şekilde sorumlu tutulmasının önüne objektif isnadiyet kriterlerinin uygulanması ile geçilebileceği düşüncesindeyiz.

- Objektif isnadiyet kriterlerinin dogmatik tasnifi bakımından da sorunlar bulunduğu söylenmelidir. Zira söz konusu kriterlin bir kısmı hukuka uygunluk sebepleri içinde de değerlendirilebilirken, bazıları da kusurluluk unsuru ile örtüşmekte ve objektif niteliğini kaybetmektedir. Ancak tüm bu itirazlara rağmen isnadiyet kriterlerinin nedensellik bağının tamamlayan bir kurum olarak kullanılabilceği söylenebilir.

- İhmali suçlarda nedensellik bağı sorunu değil, hukuka aykırılık sorunudur. Diğer bir deyişle failin ihmali hareketinin neticesinden sorumlu tutulup tutulmayacağı tipiklik unsurundan çok hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirmektedir.

- Somut tehlike suçları esas itibariyle neticeli suçlardır. Bu anlamda tehlike suçlarının zarar suçlarından farkı, farklı isnadiyet kriterlerinin uygulanması değil, zarar neticesi yerine tipe uygun tehlike neticesinin esas alınmasıdır. O halde zarar suçlarında olduğu gibi şartların eşitliği ve izin verilmiş olmayan risk anlamında somut bir “netice tehlikesi” yaratılmış olmalıdır. Bu tehlike mevcut isnadiyet kriterlerine göre objektif ve sonradan yapılan (ex-ante) tahminlerin yardımı ile araştırılmalıdır. Eğer netice tehlikesi mevcut değilse, gerçek tehlike oluşsa da fiil faile isnad edilemeyecektir. Şayet netice tehlikesinin var olduğu kabul edilebiliyorsa, bu durumda bu tehlike somut tehlike neticesi oluşturan bir neticede gerçekleşmiş olmalıdır. Böyle bir halde ex post bilinen tüm hal ve koşulları kapsamış olmalıdır. Ancak somut tehlike neticesinin nasıl yaratılmış olduğu ve bunun nasıl tespit edilmesi gerektiği bugüne kadar henüz yeterince açıklığa kavuşturulamamıştır.

Soyut tehlike suçlarında somut olayda bir tehlike neticesinin meydana gelmesine ihtiyaç olmaksızın tipe uygun tehlikeli davranışın yapılması failin cezalandırılması için yeterlidir. Bunun için insan ya da eşya için bir zarar ya da tehlikenin doğmuş olması şart değildir. Bu suçlarda nedensellik bağlantısı konusunda kanımca bir sıkıntı bulunmaz. Çünkü hareketin yapılması failin sorumlu olması için yeterli olup, neticenin meydana gelmesi ve nedensellik bağlantısı aranmaz.

K A Y N A K Ç A

Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970.

Artuk M.Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002.

Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., Bielefeld 1995.

Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2.Baskı, İstanbul 2002.

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.

Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 11 Bası, İstanbul 1994.

Ebert Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1985.

Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 1997.

Gropp Walter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Berlin.Heidelberg 2001.

Haft Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl., München 1998.

Honig Richard, İlliyet Nazariyesine Dair, İÜHF 1936, no.6.

İçel Kayıhan, Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İçel Kayıhan/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, Suç Teorisi, 2.Kitap, İstanbul 1999.

Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin 1996.

Kunter Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955.

Kühl Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., München 2000.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992.

Özen Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998.

Özgenç İzzet/Şahin Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3.Bası, Ankara 2001.

Öztürk Bahri/Erdem M.Ruhan/Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2002.

Roxin Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München 1997.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara 1998.

Ünver Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

Wessels Johannes/Beulke Werner, Strafrecht AT, 29. Aufl., Heidelberg 2000.

Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C.1, Manisa 1982.

İŞ KANUNU'NUN 20. ve 21. MADDELERİNİN MEDENİ YARGILAMA ve İCRA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Muhammet ÖZEKES**

GİRİŞ

Önce 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanunla eklenen hükümlerle sonra da yeni kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu ile hukukumuzda iş güvencesi bakımından yeni bir düzenleme yapılmış¹; bu çerçevede, işverenin iş sözleşmesini geçersiz şekilde feshetmesine karşı işçi korunmaya çalışılmıştır. İşçi, işverenin feshinin geçersizliğini ileri sürerek feshin tebliğinden itibaren bir ay içinde mahkeme veya taraflar anlaşmışlarsa hakeme başvurulabilir. Mahkeme veya hakem, feshin geçersizliğini tespit ederse, işçinin işe iadesine karar verir, ayrıca işveren bu karara rağmen işçiyi işe iade etmezse, kanunda alt ve üst sınırı (en az dört en çok sekiz aylık ücret) gösterilmiş olan işçiye ödenecek tazminatı belirler, bunun yanında kararın kesinleşmesine

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bu düzenleme ile ilgili genel bilgi ve tartışmalar için bkz. İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (çalışma içerisinde, bu toplantıda sunulan tebliğlere ve tartışmalara atıf yapılırken, "Feshe Karşı Korunma" olarak kısaltma yapılacaktır); ayrıca **EKMEKÇİ Ömer**, 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Ekim 2002, s. 96 vd. (İş Güvencesi Yasası); **EKMEKÇİ Ömer**, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, s. 132 vd. (Yeni İş Kanunu); **ŞAHLANAN Fevzi**, İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Ekim 2002, s. 15 vd.; **ALP Mustafa**, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003/1, s. 1 vd.

kadar işçinin çalışmadığı sürede işçiye ödenecek en fazla dört aylık ücret ve hakları da hüküm altına alır.

İş güvencesi ile ilgili İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde, bu konuda açılacak dava ve verilecek kararlarla ilgili kurallar da ayrıca düzenlenmiştir. Kanunda yapılan bu düzenleme, gerek genel olarak yargılama hukuku gerekse iş yargılaması kuralları bakımından bazı özellikleri de içermektedir. Ancak bu yeni düzenleme, yargılama hukuku ve onun devamında icra hukuku bakımından bazı sorunların da ortaya çıkmasına sebep olacak niteliktedir. Biz bu çalışmada, İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde yapılan yeni düzenlemenin yargılama ve icra hukuku bakımından göstereceği özellikleri ve çıkaracağı muhtemel sorunları, çözümleri ile birlikte ortaya koymaya çalışacağız. Konunun önemi sebebiyle bu çalışmanın konusunu oluşturan İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerini aynen aktarmayı yararlı görüyoruz:

İş Kanunu m. 20 (Fesih bildirimine itiraz ve usulü):

“İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

İş Kanunu m. 21 (Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları):

“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir

ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

Bu konuda, sadece yeni İş Kanunu'nu genel olarak değerlendiren çalışmalar ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanunla eklenen hükümlerin geçerli olduğu döneme ilişkin verdiği çok yeni bir kaç karar ve **Ekmekçi**'nin², konuyu yargı süreci bakımından genel değerlendirmeleri dışında henüz ulaşabildiğimiz ayrıntılı bir inceleme bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmanın, en azından bu konuda bazı hususların açıklığa kavuşturulması ve bir tartışma ortamı yaratılması bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz.

Çalışmada, iş güvencesi ile ilgili özellikle yargılama hukuku yönünden İş Kanunu'ndaki yeni düzenleme hakkında genel bilgiler verildikten sonra, sırasıyla işçinin iş güvencesi ile ilgili hakları için davayı nasıl açacağı, yargılamanın nasıl yürütüleceği ve ispat konusu, mahkemenin vereceği karar,

² **EKMEKÇİ**, İş Güvencesi Yasası, s. 96 vd.; **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 132 vd..

kararın niteliği, sonuçları ve icrası incelenecektir. Kanunda, bu konuda işçinin mahkemeye ve taraflar anlaşılırsa özel hakeme başvurabileceği öngörülmüştür. Biz çalışmada, hakeme başvuru üzerinde durmayıp mahkemede yürütülecek prosedürü ele alacağız.

I. GENEL OLARAK

10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla yeni bir düzenlemeyi de içermektedir. Bu düzenleme ile geçersiz fesih durumunda, davanın açılması ve karara bağlanma süresi, davada uygulanacak yargılama usulü, iddia ve savunmaların ispatı, verilecek kararın niteliği ve sonuçları da ayrıca düzenlenmiştir.

Kanun’un 20. maddesine göre, işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia ederek fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması ya da tarafların anlaşması durumunda uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme de götürülebilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu davada, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu, işçinin, feshin başka bir sebebe dayandığı iddiasında ise, bu iddiasını ayrıca ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. İş Kanunu’nun 20. maddesinde, işçinin açacağı bu davada seri yargılama usulünün uygulanacağı ve davanın iki ay içerisinde sonuçlandırılacağı, kararın temyizi halinde Yargıtay’ın da bir ay içerisinde kesin karar vereceği belirtilmiştir.

Kanun’un 21. maddesine göre, feshin geçersizliğine karar verildiğinde, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olan işçinin bu talebi üzerine işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmalıdır. İşçinin süresinde başvurusuna rağmen işverenin bir ay içinde işe başlatmaması durumunda, işveren, işçiye mahkemece belirlenen en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun dışında, kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenecektir.

Görüldüğü üzere Kanun’un gerek 20. gerekse 21. maddesi çerçevesinde yapılan düzenleme, doğrudan yargılama ve hatta onun devamı olarak takip

hukukunu ilgilendirmektedir. Bu düzenlemede özellikle 21. maddede yer verilen hususlar karşısında, mahkemenin feshin geçersizliği yönünde karar vermesi durumunda, yargılama hukuku bakımından bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Feshin geçersizliği ile birlikte işçinin hak kazanacağı tazminatın ve çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücretin hükümde nasıl düzenleneceği açıklığa kavuşturulmalıdır. İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinden kaynaklanan davanın dava türleri içindeki yeri, verilecek kararların sonuçları, kanun yoluna başvuru ve kararın icrası aşamasının ayrıca incelenmesi, bu konuda ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi gerekir.

II. DAVANIN AÇILMASI

İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrasına göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, geçersiz olduğunu düşündüğü fesih bildirimini kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde dava açmalıdır. Bir aylık süre, fesih bildirimini işçiye tebliği tarihinde başlayacaktır. Bu süre hak düşürücü bir süre olduğundan³ mahkeme, davanın süresinde açılıp açılmadığını kendiliğinden gözetmelidir. Ancak iş sözleşmesi işveren tarafından yazılı bir bildirim olmadan feshedilmişse, işçi için kural olarak süre işlemeye başlamayacak, bu konuda işverenin hak düşürücü sürenin geçtiği yönündeki savunması dinlenmeyecektir⁴.

³ ALP, Kanundaki "...bir ay içinde...dava açabilir." ifadesinin emredici olmaması, bir seçimi içinde barındırması sebebiyle, buradaki sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu konusunda tereddüte değinmekte, ancak bunun hak düşürücü süre olduğunun kabul edildiğini vurgulamaktadır (ALP, s. 19). Kanaatimizce "dava açabilir" ifadesi, sadece işçinin dava açabileceği konusunda hakkını belirtmektedir. Şüphesiz işçi dava açmamakta serbesttir, zorlanamaz; ancak bu davayı açacaksa bir aylık süre içinde açmalıdır. Yüklem olarak "açabilir" kelimesi, dava açmayı kapsasa da süreyi kapsamamaktadır. Sürenin kısa tutulması ve kısa sürelerin de kural olarak hak düşürücü nitelikte olması yanında, işe iade yönündeki uyuşmazlığın bir an önce sonuçlandırılmasında işçinin, işverenin ve işletmenin yararı olduğundan bu süre hak düşürücü süre olarak kabul edilmelidir. Nitekim 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde de bu sürenin hak düşürücü süre olduğu benimsenmiştir (ALP, s. 19).

⁴ Ancak bunun da çerçevesini iyi niyet kuralları çizecektir. İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, işçi, fesih bildirimini yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa (örneğin, işçi, işvereni resmi bir şekilde ilgili kurumlara şikayet etmişse) artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır.

İşçinin mahkemeye bir dilekçe ile başvurarak dava açması gerekir. Kural olarak iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulandığından (İşMK m. 7), sözlü olarak tutanağa geçirmek suretiyle dava açmak mümkün ise de (HUMK m. 474); 20. maddenin üçüncü fıkrasında, geçersiz feshe ilişkin davanın seri yargılama usulüne göre görüleceği belirtildiğinden ve seri yargılama usulünde de kanunda özel olarak belirtilen durumlar dışında yazılı yargılama usulüne ilişkin kurallar uygulanacağından (HUMK m. 502) dava, bir dilekçe ile açılmalıdır⁵.

Dava açılırken dilekçe genel hükümlere göre (HUMK m. 178 vd.) yazılacaktır. Burada biz sadece incelediğimiz konu bakımından dilekçede özel olarak belirtilmesi gereken hususlar üzerinde duracağız. Dava dilekçesinde özellikle olaylara (vakıalara) ilişkin bölümle talep kısmı önem taşımaktadır. Davacı işçinin, temel olarak ortaya koyması gereken vakıalar, davalı ile aralarında bir iş sözleşmesinin var olduğu, kendisinin feshe karşı koruma kapsamında bir iş yerinde çalıştığı, işverenin fesih bildiriminde bulunduğu, fesih bildiriminin tebliği tarihi ve iş sözleşmesinin feshinde işveren tarafından bir sebep gösterilmediği ya da gösterilen sebebin geçerli bulunmadığıdır. Davacı işçi, Kanun'un aradığı bu koşul vakıalara uygun somut vakıaları dilekçesinde belirtmelidir. İşçi, Kanun'un aradığı koşul vakıalara uygun somut vakıaları dilekçesinde belirtmedikçe yargılamanın yürütülmesi ve ispat faaliyetinin yerine getirilmesi mümkün değildir. Ancak işverenin, yazılı bir fesih bildiriminde bulunmaması ya da fesih bildiriminde herhangi bir sebep göstermemesi durumunda, sebep bakımından işçinin sadece bu hususu dilekçesinde belirtmesi yeterli olacaktır.

Dava dilekçesinin talep kısmında ise, işçi, asıl talep olarak feshin geçersiz sayılarak işe başlatılmasını (ya da iadesini) isteyecektir. Ayrıca, başvuruya rağmen işçi işe başlatılmazsa, en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında işverenin ödeyeceği tazminatın belirlenmesini, asıl talebin yanında (onun yerine getirilmemesi ihtimali için) talep edebilecektir. Bunların dışında, işçi, kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için, en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti de isteyecektir. Kısaca burada temel iki talep vardır: Birincisi, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işe iade ve onunla

⁵ Seri yargılama usulü için bkz. **KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. V, İstanbul 2001, s. 5576 vd.; **PEKCANITEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES**/Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 550-551.

birlikte işveren işe başlatmazsa onun yerine ödeyeceği tazminatın belirlenmesi; ikincisi, işçinin kararın kesinleşmesine kadar işe başlatılmadığı süre için en fazla dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesidir.

İşçinin dilekçede işe iadeyi talep edip bunun yanında sekiz aya kadar ücreti karşılığı tazminatı talep etmemiş olması halinde dahi, mahkemece bu tazminata karar verilmesi gerekir. Çünkü, işe iade talebi, işe iade edilmeme durumunda onun alternatifi olan tazminatı da içerisinde barındırmaktadır; mahkeme işe iade yönünde karar verince ondan ayrılamaz şekilde tazminata da karar verecektir. Bununla birlikte, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en fazla dört aylık ücretinin ödenebilmesi için bunun ayrıca talep edilmesi gereklidir⁶. Çünkü, bu ücrete karar verilmesi için, işe iade hakkında karar verilmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir; dört aya kadar boşa geçen süreye ilişkin ücret ondan bağımsız bir haktır. Bu sebeple, işe iade talebi yanında tazminat dilekçede talep edilmeyip daha sonra talep edilirse, bu iddianın genişletilmesi sayılmazken; işçinin çalışmadığı sürece dört aya kadar ücretin sonradan istenmesi iddianın genişletilmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Yukarıda açıklanan sebeple teorik bakımdan bir sorun ve zorunluluk olmamakla birlikte, uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri gidermek bakımından işçinin, işe iade yerine belirlenecek tazminat için azami miktar olan sekiz aylık ücreti talep etmesi, mahkemenin duruma göre gerekiyorsa daha azına karar vermesi uygun olacak, özellikle uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri de bertaraf edecektir. Ayrıca işçi de bu arada çalışmıyorsa, kararın ne zaman kesinleşeceği bilinemeyeceğinden dilekçede sadece bir aylık ücretin miktarı belirtilerek, kararın kesinleştiği tarih dikkate alınmak suretiyle en fazla dört aylık ücretin ödenmesine karar verilmesini talep etmek yeterli sayılmalıdır.

Feshin geçersiz sayılmaması ve işe iade yönünde karar verilmemesi ihtimalini dikkate alarak, işçinin dilekçesinde terditli olarak, kıdem ve ihbar tazminatı gibi diğer işçilik haklarını belirterek bunları da talep edebileceğini düşünüyoruz⁷. Bu durumda talep kısmı temel iki aşamadan oluşmaktadır:

⁶ **EKMEKÇİ**, İş Güvencesi Yasası, s. 108; **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 136.

⁷ Kanun'da haklı sebeple fesihle (İşK m. 24 vd.), geçerli sebeple fesih (İşK m. 18 vd.) ayrımı yapılmış, ikisinin sonuçları farklı düzenlenmiştir. Bu sebeple geçerli sebeple feshin şartlarının oluşması, haklı sebebin de oluştuğu anlamına gelmez.

Taleplerden ilki ve asıl olanı, feshin geçersizliği esasına dayanan iş güvencesi çerçevesindeki talepler (ki o da yukarıda belirtildiği üzere kendi içinde birden fazla talepten oluşmaktadır); ikincisi, bu kabul edilmediğinde, fesih geçerli sayılsa dahi karar verilmesi istenen kıdem, ihbar tazminatı gibi işçilik haklarıdır. Konunun daha da karışık hale gelmemesi için biz aşağıda iş güvencesi çerçevesindeki talepleri esas alarak açıklama yapacağız. Ancak böyle bir terditli talep varsa, mahkemenin ilk talebi haklı bulmadığında diğer işçilik haklarını bu konudaki hükümleri dikkate alarak karara bağlaması gerekir⁸. Bunun dışında, işçinin, aynı dilekçede, işe iadeye ilişkin talepte bulunulurken, işe iadeden bağımsız talepler olarak, örneğin, fazla çalışma ve fesihden önce ödenmemiş ücretleri de talep etmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda terditli talepler değil, işe iade (ve onunla birlikte geçerli olan hakları) yanında ayrıca talep edilen haklar söz konusu olup birden fazla talebin birlikte hüküm altına alınmasını sağlayan objektif dava birleşmesi karşımıza çıkacaktır⁹.

Ekmekçi ise, farklı yargılama usulüne tâbi olan taleplerin aynı davada görülmesi mümkün olmadığında, yukarıda belirtilen fazla çalışma ve fesihden önceki ücretlerin işe iade talebiyle birlikte objektif dava birleşmesi olarak görülemeyeceğini, ancak bu durumun da usul ekonomisiyle bağdaşmayacağını belirtmekte; kıdem ve ihbar tazminatı gibi taleplerin, işe iade talebiyle terditli olarak aynı davada istenmesi konusunda da, benzer görüşü savunarak durumun yargı kararlarıyla açıklığa kavuşacağını söylemektedir¹⁰. Yazarın bu bakış açısı genel anlamda haklı olmakla birlikte, kanaatimizce farklı yargılama usullerine ilişkin taleplerin aynı davada görülemeyeceğinden anlaşılması gereken, kural olarak farklı yargılama alanlarına (örneğin, idari yargı ile adli yargıya) giren iki farklı talebin aynı davada birleştirilememesidir. Bununla birlikte adli yargı içinde -ayrıntısına ve tartışmalara girmeden belirtmek gerekir ki- birbiriyle bağlantılı taleplerin aynı davada istenmesi, hatta

⁸ Terditli dava ve talep hakkında bkz. KURU, Usul, C. II, s. 1484 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 280; ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 337 vd.; ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2. Bası, İstanbul 2001, 211 vd.; MUŞUL Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, İstanbul 1984, s. 1 vd.

⁹ Objektif dava birleşmesi için bkz. KURU, Usul, C. II, s. 1496 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 281; ÜSTÜNDAĞ, s. 160; ALANGOYA, s. 130.

¹⁰ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 137, 138.

bağlantılı davalar ayrı ayrı açılmışsa, daha sonra davaların birleştirilmesi (HUMK m. 44) kural olarak mümkündür¹¹. Kaldı ki, burada konumuz bakımından farklı taleplerin temyiz mercii dahi aynıdır (karş. HUMK m. 44/IV)¹². Ayrıca, örneğin işçinin işe iade talebi ile birlikte kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin davalar ayrı ayrı açılırsa, kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin davanın işe iadeye ilişkin davanın sonucunu bekletici sorun yapması gerekecektir. Burada, yargılama usulleri farklı olsa da yukarıda belirtilen talepler, gerek objektif dava birleşmesi şeklinde gerekse terditli talep olarak aynı davada, aynı dava dilekçesinde istenebilmelidir. Bu talepler bakımından aynı dava içerisinde tahkikat ortak yürütülecektir; aynı dava içerisinde mahkemeye yöneltilen talepler farklı olsa da, aynı yargılama kolunda, hatta görev bakımından aynı mahkemede görülen farklı taleplere farklı yargılama usullerinin uygulanmayacağı kanaatindeyiz¹³. Her iki talep bakımından aynı mahkeme (iş mahkemesi) görevli olduğundan ve iş yargılamasında seri yargılama usulü, sözlü yargılama usulüne göre daha özel bir yargılama usulü olduğundan ve yargılamanın hızlandırılması amacıyla kabul edildiğinden, yargılamanın tüm talepler bakımından seri yargılama usulüne göre

¹¹ Nitekim karşılık dava açılmasında da benzer şekilde, “karşı davanın esas davayla aynı yargılama usulüne tâbi olması kuralı” adli mahkemelerde görülen davalara karşı, idari makamlar ve hakemlerde halli gereken uyuşmazlıkların karşılık dava olarak açılmayacağı şeklinde anlaşılmaktadır (HUMK m. 206, ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 513; KURU, Usul, C. IV, s. 3891; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 319)

¹² Üstündağ, bunu destekler şekilde “Müteaddit davaların birleştirilmesi, başta olabileceği gibi; birleştirme, dava sırasında da, ayrı ayrı açılmış olan davaların HUMK 45’deki şartlarla birleştirilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir.” (ÜSTÜNDAĞ, s. 162) ve “Temyiz mercii ayrı olan davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu halde temyiz incelemesi, birleştirilen davalarda uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararları inceleyen Yargıtay Dairesince yapılır.” (ÜSTÜNDAĞ, s. 164) demektedir.

¹³ Aksi halde, bir çok dava türünün (terditli, seçimlik, objektif dava birleşmesi, karşılık dava gibi) uygulama alanı oldukça sınırlanmış olacaktır. Örneğin, objektif dava birleşmesinde, ayrı ayrı dava edildiğinde taleplerden biri sulh mahkemesinin görev alanına girdiği için basit, diğeri asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği için yazılı yargılama usulüne tâbi olsa dahi, bu talepler asliye mahkemesinde aynı dava içerisinde görülerek karara bağlanacaktır. Bunun yanında bazen aynı davada farklı yargılama usullerinin uygulanması da mümkündür. Örneğin, yazılı yargılama usulüne tâbi bir dava yürütülürken, dava içerisinde ihtiyati tedbir istendiğinde, bu talebin basit usulle incelenmesi, hatta asıl dava adli tatilde görülemezse de ihtiyati tedbirin adli tatilde karara bağlanması mümkündür (HUMK m. 101 vd.; 507, b. 2 ve m. 176, b. 1).

yürütülmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁴. Şüphesiz, bu şekilde işe iade talebi dışındaki taleplerin de aynı davada ileri sürülmesi, kanunun amacı olan yargılamanın kısa sürede (yerel mahkemede iki ay, Yargıtay'da bir ay içinde) tamamlanması amacının gerçekleşmesine engel olacaktır. Fakat bu düzenlemelerin, işçinin hakları yönünden önem taşıdığı düşünülürse, bu şekilde birden fazla talebini aynı davada isteyen işçinin de, yargılamanın geç bitmesi riskini göze aldığı kabul edilmelidir. Bu durumda, usul ekonomisinin daha az masraf yapılıp daha az emek harcanması yönü, kısa sürede bitirilmesi yönünden ağır basmış olacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki, usul ekonomisi ne pahasına olursa olsun yargılamayı çabuk bitirmek anlamına gelmez¹⁵.

Davacı işçinin bu davayı açarken yatıracağı harç hususunda ise tereddüt doğabilir. Dava açılırken maktu başvurma harcının mutlaka yatırılması gerekir (HarçK 1 sayılı Tarife, A, I), bu konuda tartışma olmayacaktır. Burada asıl üzerinde durulması gereken karar ve ilam harcıdır (HarçK 1 sayılı Tarife, A, III). Zira, işçinin asıl talebi olan geçersiz fesih sebebiyle işe iade, belli bir değer ile ölçülebilen şeylerden değildir. Bununla birlikte kararda işçin işe iade edilmemesi ihtimali için işçiye ödenecek tazminat da (hatta işçinin bu konuda açık talebi olmasa dahi) belirtilecektir. Tazminat belirlemesi, bir tespit niteliğindedir. Kararın niteliği konusu aşağıda ayrıca tartışılacağından burada ayrıca üzerinde durmuyoruz. Harçlar Kanunu bakımından, kural olarak davanın niteliği konusunda bir ayırım yapılmadan dava edilen ve hüküm altına alınan değer üzerinden harç alınmaktadır (HarçK m.15, 16). Dava açılırken işe iade ve işe iade edilmeme ihtimali için öngörülen tazminat, biri diğerinin yerine geçecek talepler olduğundan bu iki talep bakımından tek harç alınmalıdır. Ancak, işe iadenin gerçekleşmemesi ihtimali dikkate alınarak talep edilen tazminat miktarı, değerle ifade edilebildiğinden karar ve ilam harcı olarak bu miktar göz önünde tutularak nisbi harç alınmalıdır¹⁶. Birbirinin yerine geçen bu iki talep dışında, işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için, en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarının da karara

¹⁴ Oysa örneğin sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir taleple asliye hukuk mahkemesinin görevine giren bir talep birleştirilerek objektif dava birleşmesi şeklinde açıldığında, dava asliye hukuk mahkemesinde görülecek ve o mahkemenin kural olarak yargılama usulü olan yazılı yargılama usulü uygulanacaktır.

¹⁵ Usul ekonomisi ilkesi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 243; KURU, Usul, C. II, s. 1934 vd.

¹⁶ Terditli davalarda harçlara ilişkin tartışma için bkz. MUŞUL, s. 220 vd.

bağlanması gerektiğinden, dört aylık miktar göz önünde bulundurularak karar ve ilam harcı için ayrıca nisbi harç alınmalıdır. Sonuç olarak, karar ve ilam harcı, işe iade gerçekleşmezse, onun yerine belirlenecek tazminat miktarı ile işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için belirlenecek ücretin toplamı üzerinden nisbi harç şeklinde hesaplanmalıdır¹⁷.

III. YARGILAMA ve İSPAT

İş güvencesi çerçevesinde yapılacak yargılamada seri yargılama usulü uygulanacağı için, davalı işverenin davaya, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde cevap vermesi gerekir; replik ve düplik süreleri ise beşer gündür. Taraflar yazılı delillerini dilekçelerine eklemeli ve başka yerden getirilecek belge ve bilgiler için de gerekli açıklamayı yaparak giderini ödemelidirler (karş. HUMK m. 180, 195). Mahkeme duruşmayı en yakın güne koymalıdır (HUMK m. 505). Ayrıca yargılamanın kısa sürede tamamlanması amaçlandığından, iki tarafın muvafakati dışında tarafların delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre verilebilir (HUMK m. 504). Sürelerin bu kadar kısa olması sebebiyledir ki, İş Kanunu'nda davanın iki ay içinde sonuçlandırılacağı belirtilmiştir (İşK m. 20/III, c. 1). Bu süre mahkemeye hitap eden bir süre olduğundan düzenleyici niteliktedir, mahkemenin bu süreden sonra verdiği karar da şüphesiz geçerlidir¹⁸. Kanunda belirlenen bu sürenin, uygulamanın gerçekleri ile de bağdaşmadığını düşünüyoruz. En azından tebligat için geçen süreler dikkate alındığında dahi (özellikle bir tebligat yanlışlığı ortaya çıkmış ve yeniden tebligat yapılması gerekmişse) bu kadar kısa sürede yargılamayı tamamlamak çoğunlukla bir temenni olarak kalacaktır¹⁹. Nitekim Kanunlarımızda mahkemelere hitap eden bir çok süreye, iş yükü de bahane edilerek uyulmadığı görülmektedir. Bu şekilde uygulanmayan sürelerin konulması, ancak yargı organlarının bu sürelere uymaması,

¹⁷ Ancak bu çalışmada değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarından anlayabildiğimiz kadarıyla, Yargıtay'ın iş güvencesi ile ilgili verdiği kararlarında maktu karar ve ilam harcı alınması yönünde bir eğilimi bulunmaktadır.

¹⁸ KURU, Usul, Cilt V, s. 5454; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 167.

¹⁹ Aynı yönde SAHLANAN, s. 18; ALP, s. 21; EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 106-107; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 137. *Ekmekçi*, özellikle iş yargılamasında geçerli olan sözlü yargılama usulü yerine, seri yargılama usulünün kabul edilmesinin seri ifadesi dışında hiçbir serilik sağlamayacağını, sözlü usulden ayrılmak bakımından da bir neden bulunmadığını belirtmektedir.

hukuka ve yargı organlarına duyulan güveni zedelemektedir. Çünkü, uyumsuzluğun bu sürede bitmesi beklentisi içine sokulan kişilerin bu beklentisi gerçekleşmemektedir. Beklentilerin en son boşa çıktığı yer ise yargı organları olmalıdır.

Mahkemenin dava şartları ve varsa ilk itirazlardan sonra, öncelikle incelemesi gereken husus, davanın hak düşürücü nitelikteki bir aylık süre içinde açılıp açılmadığıdır. Sürenin başlangıç tarihi olarak fesih bildirimının işçiye tebliği esas alınacaktır. Doğal olarak kanun burada fesih bildiriminin tebliğini aradığından, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işverence yazılı bir fesih bildirimini yapılmadıkça, süre işlemeye başlamayacak, sürenin geçtiğinden söz edilemeyecektir. Şüphesiz burada iyi niyet kuralları her zaman göz önünde tutularak değerlendirme yapılmalı ve bu konudaki çerçeveyi çizmelidir.

Delillerin davayı etkileyecek çekişmeli hususlarda gösterileceği (HUMK m. 238/I) ve ispat faaliyetinin çekişmeli vakıalar için söz konusu olacağı dikkate alınarak taraflar arasında çekişme olması halinde ispatı gereken temel vakıalar, ispat yükü ve ispat şu şekilde gerçekleşecektir:

Bir iş sözleşmesinin mevcut olduğunu, kendisinin feshe karşı koruma kapsamında bir işyerinde çalıştığını, işverenin bir fesih bildiriminde bulunduğunu ve feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı ya da herhangi bir sebep gösterilmediğini iddia yükü işçiye aittir. Çünkü, bunlar işçinin lehine hak çıkarabilmesi için kanunda belirlenmiş koşul vakıalardır²⁰. İşçi bu koşul vakıalara ilişkin somut vakıaları ortaya koymak zorundadır. Ancak iddia yükü altında olduğu bu vakıaların tümünde aynı zamanda ispat yükü işçiye yüklenmemiştir. İşverenin inkarı halinde, bu vakılardan aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğunu işçi ispat etmelidir. Bu konu bir özellik göstermediğinden ve iş yargılamasında her zaman karşılaşılan bir durum olduğundan bunun üzerinde durmuyoruz. Ayrıca iş yerinin feshe karşı koruma kapsamında bir işyeri olduğunun ispatı da güçlük arzetyecek, kanunda yer alan kriterler esas alınarak tespit edilebilecektir. İş Kanunu'nun 20. maddesinde yeni olarak, feshin mevcudiyetini (ve bu çerçevede tebliğini) işçinin ispatı söz konusu olacaktır. Zira, kanunda dava açma süresi fesih bildiriminin tebliğine bağlanmıştır. Tebliğ ise (şüphesiz fesih tebliğ edilmişse), özellikle yazılı

²⁰ İspatla ilgili olarak bu konuda bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 377 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ALP, s. 20.

olarak ispatı mümkün olan bir husustur. Bunların dışında, işçinin feshin geçersiz bir sebebe dayandığını ispat yükü bulunmamaktadır²¹.

İşveren, genel usuli ve maddi savunma sebepleri dışında, savunma olarak fesih bildiriminde geçerli bir sebep gösterdiğini ve bunun Kanun çerçevesinde geçerli sebep olarak (İşK m. 18) kabul edildiğini ileri sürerek savunma yapabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükü işverenedir (İşK m. 20/II, c. 1)²². Kanunda açıkça ispat yükü işverene yüklendiğinden bu konuda ayrıca tespit yapılmasına gerek yoktur²³. Bu, genel ispat yükü kurallarına da uygundur; ayrıca geçerli sebebin varlığını (İşK m. 18) ispat da özel bir güçlük arzetmemektedir. İşveren feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat ederse, işçinin, feshin işverenin iddia ve ispat ettiği sebep dışında başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi mümkündür. Bu durumda bu yeni vakıayı ispat yükü işçiye ait olacaktır (İşK m. 20/II, c. 2).

Gerek işverenin geçerli sebebin varlığını gerekse işçinin feshin, işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebebe dayandığını ileri sürmesi durumunda, bu vakıalar, hukuki bir işlem olmadığından takdiri delillerle de ispat edilebilir. Özellikle İş Kanunu'nun 18. maddesinde bu konuyla ilgili olarak "...iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." denilmektedir²⁴. Bu belirleme ve ayrıca fesih

²¹ Bu sebeple özellikle işçinin, işverenin feshinin geçerli olduğu yönünde ikna olmaması halinde doğrudan dava açabilmesi mümkün bulunduğundan, iş sözleşmesi feshedilen her işçinin böyle bir dava açabileceği, mevcut yargı sistemi içerisinde mahkemelerin bu iş yükünü karşılayamayacağı yönünde eleştiri getirilmektedir (EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 97; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 132). Bu konuda ayrıca bkz. KUTAL Metin, İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları, "Feshe Karşı Korunma", İstanbul 2002, s. 29.

²² İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, fesih bildiriminde hiçbir sebebin gösterilmemiş olması da başlı başına feshin geçersizliğine karar vermek için yeterlidir (İşK m. 20/I). Ayrıca EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 108; ALP, s. 20.

²³ Bu konuda ispat yükünün işverene ait olduğu hususu AB ülkelerinde de kabul edilmiştir (ALPAGUT Gülsevil, Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, "Feshe Karşı Korunma", İstanbul 2003, s. 100).

²⁴ Hukukumuzda yeni giren geçerli fesih kavramının tam olarak anlaşılması biraz da zamana bağlıdır; uygulama ile gelişecektir. Buna göre geçerli fesih sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, kanundaki belirleme ve sınırlamalar dikkate alınarak somut olaya göre

için 18. maddede geçerli sayılmayan sebeplere bakıldığında, bunların takdiri delillerle ispatı mümkün olan haller olduğu görülmektedir. Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, zaten uygulamamızda iş mahkemeleri ve Yargıtay, bu konuda açık bir istisna olmamasına rağmen, iş davalarında kesin delil-takdiri delil kuralı arasındaki ayrımı tam uygulamamakta ya da kesin delille ispat kuralının istisnalarını geniş yorumlayarak mümkün olduğunca kesin delille ispat kuralından kaçmaktadırlar²⁵.

Mahkemenin, işçinin dört aya kadar çalıştırılmadığı süre için ücret ve haklarına karar verebilmesi için, işçinin başka bir işte çalışıp çalışmadığını, çalışmışsa bunun süresini ayrıca araştırması gerekir. Çünkü, dört aya kadar ödenmesine karar verilecek ücret, işe iadenin alternatifi olan tazminattan farklı olarak çalışılmayan süreye ilişkin işçiye tanınmış bir haktır²⁶.

IV. MAHKEMENİN KARARI ve KARARA KARŞI KANUN YOLU

1. Mahkemenin Kararı ve Niteliği

Mahkeme yargılamanın sonunda, bir davada verilebilecek diğer kararlar dışında (görevsizlik, yetkisizlik, davanın açılmamış sayılması gibi), esas bakımından davanın kabulü ya da reddi şeklinde karar verecektir. Bunun yanında, dava devam ederken işverenin işçiyi işe iade etmesi durumunda dava konusuz kalacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanunla eklenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu döneme ilişkin verdiği bir kararda, yargılama sırasında işçi işe iade edildiği için sadece, "davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar vermiştir²⁷. Şüphesiz bu karar doğrudur, ancak

değerlendirilmesi gerekecektir (EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 99 vd.). Ayrıca bkz. ALP, s. 12 vd., 20.

²⁵ Nitekim bu genel yaklaşımı göstermesi bakımından, Yargıtay 9. HD üyesi olan *Özkul*, işçinin feshe karşı korunmasıyla ilgili tartışmalarda "...sunulan belgelerde özel hukukun öteki dallarında senetler, içerikleri neyi ifade ediyorsa onlarla geçerlidir. Ama biz burada biraz daha sınırlı, biraz daha titiz bir şekilde incelemeye tabi tutuyoruz ve böylelikle işçi haklarının kaybolmamasına büyük özen gösteriyoruz." demektedir (*ÖZKUL Aydın, Tartışma, "Feshe Karşı Korunma", İstanbul 2002, s. 37*).

²⁶ EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 108; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 135-136.

²⁷ 9. HD, 8.7.2003, 12444/12135 (yayınlanmamış).

kanaatimizce eksiktir. Çünkü, işçinin yargılama sırasında işe iade edilmesi sebebiyle dava bu yönüyle konusuz kalmış olduğundan işe iade ve işe iade edilmezse bu konuda öngörülen tazminatın belirlenmesi yönünde karar verilmesine gerek yoktur; ancak, işe iadeye kadar geçen süre için kanunda öngörülen dört aya kadar ücretin ayrıca hüküm altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu, işçinin işe başlayıncaya kadar geçen sürede en azından dört aylık ücreti miktarında korunmasını amaçlamaktadır. İşçi yargılama sırasında sadece işe başlatılmıştır, bu yönüyle dava konusuz kalmıştır; ancak boşta geçen süre için işverence bu ücret ödenmedikçe talep ve dava konusu ayaktadır²⁸. Şayet işçi işe başladıktan sonra talebinden feragat etseydi, o zaman dört aya kadar olan ücrete karar vermek gerekli olmayacaktı²⁹. Konusuz kalan davalarda, yargılama giderlerine kimin mahkum edileceğini belirlemek için yargılamaya bu yönüyle devam edilmektedir³⁰; bu tespit yapılırken dört aylık ücret hakkında da bir karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, bu ücretin incelenerek karar verilmesi, işçiyi geçerli sebep olmadan işten çıkararak, ancak işçinin dava açması üzerine işe iade eden kötü niyetli işverenler bakımından da caydırıcı olacaktır.

Davanın sonunda işçinin iddiaları sabit görülmezse dava reddedilecektir. Davanın reddi halinde, mahkemece, işverenin sözleşmeyi feshetmediği ya da feshetmekle birlikte kanun nazarında geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilmiş olacaktır. Bu hüküm işverenin haklı, işçinin ise davasında haksız olduğunu tespit etmesi bakımından bir tespit hükmü niteliğindedir. Bu

²⁸ Objektif dava birleşmesinde taleplerden birinin konusuz kalması halinde, mahkemenin diğer talepler için yargılamaya devam ederek onların esası hakkında karar vermesi gerekir (**KURU**, Usul, C. III, s. 3025). İşe iade talebi ile dört aya kadar işçinin çalışmadığı süre için isteyeceği ücretin objektif dava birleşmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu sebeple, işe iade talebi konusuz kalsa dahi, bu ücret ödenmedikçe konusuz kalmış sayılmaz, ayrıca hüküm vermek gerekir. Kaldı ki, dört aya kadar ücret, objektif dava birleşmesindeki ayrı bir talep olarak değil yan/yardımcı talep olarak kabul edilse dahi ayrıca karar verilmesi gerekir (**KURU**, Usul, C. III, s. 3027).

²⁹ Örneğin, “davacı iş sözleşmesinin davalı işverence haksız ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağının tahsiline karar verilmesini istemiştir. ...Mahkemece verilen hüküm davalı vekili tarafından temyiz edildikten sonra davacı ...tarihi dilekçesi ile davasından *feragat ettiğini* belirttiğinden bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” 9. HD, 8.7.2003, 12446/13127 (yayınlanmamış).

³⁰ **KURU**, Usul, C. III, s. 3029; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 463-464.

durumda işçi, iş güvencesi çerçevesinde işe iadeye ilişkin talebinin reddedilmesi ihtimaline karşı dilekçesinde, terditli olarak kıdem, ihbar tazminatı gibi diğer işçilik haklarını talep etmişse, mahkemenin bu talepleri inceleyerek ayrıca karar verebileceği kanaatindeyiz³¹. Yukarıda bu hususa değindiğimizden ayrıntısına girmiyoruz. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, davanın kabulü halinde mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği ve kararın niteliğidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, bu konuda, 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanunla eklenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu döneme ilişkin verdiği bir karar şöyledir³²:

"1. ...Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin ... sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2. İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve işe iadesine,

3. Davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin bir yıllık ücreti tutarı olan brütTL. olarak belirlenmesine,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar ücretin taleple bağlı olarakTL.nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,....kesin olarak karar verildi".

Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar esasen Kanun'un düzenlemesine ve ifadesine uygundur. Zira, Kanuna göre, işçinin açmış olduğu dava haklı bulunduğu, öncelikle feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmelidir. İşçinin işe iade edilmemesi ihtimali dikkate alınarak kararda, ayrıca işçiye ödenmesi gereken tazminat da belirlenmelidir. Bunun dışında işçinin karar kesinleşinceye kadar çalıştırılmadığı süre için ödenecek en fazla dört aylık ücretinin ödenmesi de hüküm altına alınmalıdır.

İş Kanunu'nun 21. maddesi ve buna uygun olan yukarıdaki Yargıtay kararı dikkate alındığında, öncelikle her bir hüküm fıkrasının eda, tespit ve inşai hüküm türlerinden hangisine girdiğini tespit etmekte yarar vardır. İşçinin

³¹ Karş. EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 138. Ayrıca bkz. ŞAHLANAN, s. 18.

³² 9. HD, 8.7.2003, 12442/13123 (yayınlanmamış).

işe iade kararı, medeni yargılama hukuku bakımından bir eda kararıdır. Çünkü, işçinin işe iadesi kararı ile yeni bir hukuki durum ve iş sözleşmesi yaratılmamakta, iş sözleşmesine ilişkin işverenin feshinin geçersizliği tespit edilmek suretiyle hukuki ilişkinin (iş sözleşmesinin) devam ettiği kabul edilmekte³³ olduğundan bir inşai hüküm değildir. Bu tespite bağlı olarak işçinin işe iadesi şeklinde yerine getirilmesi gereken bir eda hükmü verilmektedir³⁴. Bu eda hükmü, içerisinde feshin geçersizliğini, yani bir tespiti de içermektedir. Şayet fesih sonucu iş ilişkisinin sona erdiği kabul edilseydi, o zaman işçinin işe dönebilmesi için doğrudan mahkeme kararıyla sözleşmenin yeniden kurulması ve işçinin bu çerçevede işe iadesi gerekirdi. Ancak böyle bir durumda hükmün inşai hüküm³⁵ olarak kabulü mümkündür. Oysa Kanundaki düzenleme, feshin geçersiz olduğunu tespit, işverenin feshinin geçersizliği sebebiyle iş akdinin devamı ve işe iade yönünde bir eda hükmünün kabulü yönünde yorumu haklı kılacak niteliktedir³⁶.

İşe başlatılmaması halinde işçinin en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarı dikkate alınarak bir tazminat belirlemesi de yapılmalıdır. Bu hüküm fıkrası ise, tespit hükmü niteliğindedir³⁷. Burada işe iade edilmeme ihtimali dikkate alınarak işçinin zararını gidermek için bir tazminat miktarı belirlenmekte; ancak bunun ödenmesi şeklinde bir eda kararı verilmemektedir. Kaldı ki, eda kararı verilmesi de zaten doğru değildir. Çünkü, şayet hem işe iade hem de tazminat yönünden eda kararı verilirse, işçi işe başlamış olsa dahi bu hüküm fıkrasına dayanarak ilamlı icraya başvurup tazminatın ödenmesini

³³ **EKMEKÇİ**, İş Güvencesi Yasası, s. 107; **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 135; **ALP**, s. 23.

³⁴ Eda davaları (hükümleri) hakkında bkz. **KURU**, Usul, C. II, s. 1405 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 314 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 275 vd.; **ALANGOYA**, s. 202;

³⁵ İnşai davalar (hükümler) hakkında bkz. **KURU**, Usul, C. II, s. 1468 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 335 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 278 vd.; **ALANGOYA**, s. 208 vd.; **ÖNEN** Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 1 vd.

³⁶ Bu konuda karşılaştırmalı hukukta ve ILO Sözleşmesi'ne göre feshin geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçlar ve mahkeme kararının etkisi için bkz. **ALPAGUT**, s. 100 vd.; ayrıca bkz. **SOYER** Polat, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, "Feshe Karşı Korunma", İstanbul 2002, s. 286-287; **ALP**, s. 21 vd., özellikle s. 23.

³⁷ Tespit davaları (hükümleri) için bkz. **KURU**, Usul, C. II, s. 1409 vd.; **KURU** Baki, Tespit Davaları, Ankara 1963, s. 1 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 276 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 324; **ALANGOYA**, s. 203 vd.

sağlayabilirdi. Oysa tazminat, işçinin işe başlatılmaması ihtimali için belirlenmektedir. Zaten Kanun'da da "Mahkeme ...tazminat miktarını da belirler." demek suretiyle sadece tespit yapılacağı kabul edilmiştir (İŞK m. 21/II).

Bu tazminat bakımından, alt ve üst limitler belirtilmiş olmasına rağmen, mahkemenin hangi kıstasları esas alarak bu sınırlar içinde karar vereceği düzenlenmemiştir. Bu konuda geçersiz sayılan fesih sebebi, işçinin kıdemi vb. hususların dikkate alınarak bir karar verilmesi uygun olacaktır³⁸. Özellikle mahkemenin dört aylık ücretin üzerinde, sekiz aya kadar tazminata karar vermesi söz konusu olursa, bu ağırlaştırılmış tazminatın sebebini de gerekçe-sinde ayrıca belirtmesi gerekir³⁹.

Kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği şeklindeki hüküm fıkrası ise, bir eda hükmüdür. Bu, Kanun'un "...ücret ve diğer hakları ödenir." (İŞK m. 21/III) şeklindeki eda anlamına gelen ifadesinden çıkarılabilir. Ayrıca burada Kanun'un amacı, diğer tazminat hükmünden farklı olarak, işe iade edilmeme ihtimaline bir alternatif yaratmak veya en azından bu ihtimalde yapılacak ödemeyi belirlemek olmayıp işçinin geçen sürede de haklarını koruyarak hüküm altına alıp ödenmesini sağlamaktır.

Gerek en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında ödenecek tazminat gerekse dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklar bakımından hangi ücretin esas alınacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. *Alp*, geçersiz fesih tazminatı bakımından çıplak ücretin, çalıştırılmadığı sürede en fazla dört aylık ücret bakımından ise, diğer haklardan da söz edilmesi sebebiyle geniş anlamda ücretin esas alınacağı görüşündedir⁴⁰.

İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde verilen kararlarda taraflar bir avukatla temsil edilmişse, belirlenecek avukatlık ücretinin nisbi oranda bir avukatlık ücreti olması gerektiği kanaatindeyiz. Açılan davada her ne kadar asıl talep işe iade ise de, bu talebin alternatifi parayla ölçülebilen bir tazminattır; kaldı ki, işçinin işe başlatılmadığı süre için ödenecek en fazla dört

³⁸ *Ekmekçi*, burada işçinin kıdeminden daha çok, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığının, yani fesih sebebinin göz önünde bulundurulmasının uygun olacağını belirtmektedir (EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 109).

³⁹ EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 136

⁴⁰ ALP, s. 24.

aylık ücreti ve hakları da parayla ifade edilmektedir. Bu sebeplerle hükmedilecek avukatlık ücretinin nisbi oranlar dikkate alınarak belirlenmesi gereklidir. Harç için söylenenlerin burada da genel anlamda geçerliliğini koruduğunu düşünüyoruz. Bunun dışında, işverenin çok açık şekilde tereddüt dahi edilmeyecek geçerli sebebin bulunmadığını bilerek iş sözleşmesini feshettiği; işçinin de dava açma hakkını açıkça kötüye kullandığı durumlarda, aşağıda ayrıca açıklayacağımız şekilde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 421. maddesine göre, dava lehine sonuçlanan tarafın avukatıyla yaptığı ücret sözleşmesindeki ücret ya da Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre asgari ücret tarifesinin üç katı esas alınarak, yargılama gideri olan vekalet ücretine hükmedilebilir.

2. İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin Mahkemenin Vereceği Karar Bakımından Yaptığı Düzenlemenin Eleştirisi

Yukarıda İş Kanunu'nun 21. maddesine göre, kararın ne şekilde verileceğini ve kararın niteliğini tespit etmekle birlikte, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenleme ve mahkemenin vereceği hükmün, yargılama hukuku kurallarıyla uyumlu olmadığını veya en azından bu kurallara istisna getirdiğini söyleyebiliriz. Öncelikle, bu şekilde alternatifli ve terditli (kademeli) hüküm, yargılama hukukunda geçerli olan şarta bağlı hüküm verilemez ilkesine⁴¹ uygun değildir. Mahkeme kararları, davanın sonunda uyuşmazlığı, tereddüte yer vermeyecek şekilde sonuçlandırılmalıdır⁴². Dava, başkaları

⁴¹ Yargıtay şüf'a davalarıyla ilgili olarak verdiği 20.6.1951 tarih ve 12/5 sayılı (RG, 7950) İçtihadı Birleştirme Kararında şarta bağlı hüküm verilmesini kabul etmemiştir. Ayrıca bu konuda bkz. **KURU**, Usul, C. III, s. 3073; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 803 vd.; **ALANGOYA**, s. 434 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 458; **TANRIVER** Süha, Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu, **BATİDER** 1998/4, s. 45 vd.; **Postacıoğlu** ise, belirli durumlarda şarta bağlı hüküm verilebileceği kanaatinde (POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 712). **Alangoya**, haklı olarak şarta bağlı hüküm kurmanın yasal olarak düzenlenmesi ve sınırlarının belirlenmesinin uygun olacağını belirtmektedir (**ALANGOYA**, s. 436, dn. 10). Kanaatimizce de, artık hukukumuzda maddi hukukun zorlamasıyla şarta bağlı hüküm konusunda bir ihtiyaç ortaya çıkmaya başlamıştır; bu ihtiyacı gözeterek, şarta bağlı hükmün icrası da dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

⁴² Bu sebeptendir ki HUMK m. 389'da açıkça "Verilen karar ile iki tarafa tahmil ve bahşedilen vazife ve haklar şüphe ve tereddütü mucip olmayacak surette gayet sarif ve açık yazılmalıdır." denilmektedir. Şüphesiz, mahkeme, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki hakları açık ve tereddütsüz hükmüne geçince bu maddenin gereğini belki yerine getirmiş

tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak bu ihlalin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukuki koruma talep etmesidir şeklinde tanımlanmaktadır⁴³. Şartlı ya da terditli hüküm verildiğinde, uyuşmazlık çözülmürken ihtimallerin ortaya çıkabileceği bir hüküm verilecektir ki, bu da hükmün, hakkın tespiti, özellikle de icrası aşamasında yeni sorun ve uyuşmazlık konuları çıkarması demektir⁴⁴.

Dikkat edilirse, yargılama sonunda davanın kabulü halinde temel iki husus eda hükmü şeklinde karara bağlanmaktadır. Bunlar, işçinin işe iadesi ve işe iade edilinceye kadar geçen sürede en fazla dört aylık ücretidir. Bu açıdan bakıldığında objektif dava birleşmesi söz konusu olmaktadır ve bir sorun da yoktur. Çünkü, iki ayrı talep aynı dava içerisinde hükme bağlanmıştır ve bunlar da eda niteliğinde olduğundan icra edilebilir niteliktedir. Ancak, ilk talep bakımından, iki husus, aşamalı (biri eda diğeri tespit hükmü) olarak hüküm altına alınmaktadır: Öncelikle işe iade ve bu gerçekleşmediğinde de onun yerine belirlenen tazminat. Dolayısıyla, bu şekildeki bir kararın nitelendirilmesi kolay değildir. Karara esas olan dava, ne terditli (kademeli) ne de seçimlik dava özelliği taşır. Çünkü, terditli davalarda davacı sırasıyla birden fazla talepte bulunur; mahkemeden, asıl talebi hakkında karar vermediğinde onun yerin geçen yan talebi hakkında karar vermesini ister; mahkeme ise yargılama sonunda sadece tek bir karar verir⁴⁵. Terditli davalarda, talep aşamalı olarak birden fazla olsa da, karar tektir ve tereddütsüzdür. Seçimlik davalarda ise, davacı, önce biri, olmazsa öteki şeklinde bir talepte bulunmaz; talep, biri ya da öteki şeklindedir, mahkeme yargılama sonunda bunlardan sadece birine karar verir ya da seçim hakkını davacıya bırakır, davacı da

olacaktır; ancak, Kanundaki düzenlemenin yargılama sistemi içerisinde sorun yaratacağını da gözardı etmemek gerekir.

⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 268.

⁴⁴ Nitekim *Üstündağ*, Alman Hukukunda bazı özel hallerde maddi hukukun şarta bağlı hüküm verilmesini mümkün kıldığı, bununla birlikte şarta bağlı hükümlerin icrasının da düzenlendiğini, Türk-İsviçre sisteminde ise, şarta bağlı hüküm verilmesi mümkün olmadığı gibi, buna ilişkin icra hukuku sistemi içerisinde de düzenleme bulunmadığını belirtmekte; icra hukuku içerisinde şarta bağlı hükümlerin icrası düzenlenmedikçe maddi hukuk bakımından şarta bağlı hükümlerin düzenlenmesinin pratik olmayacağını vurgulamaktadır (*ÜSTÜNDAĞ*, s. 804).

⁴⁵ KURU, Usul, C. III, s. 3071; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 280; *ÜSTÜNDAĞ*, s. 342.

seçim hakkını kullanarak davalıdan talepte bulunur⁴⁶, seçimdeki belirsizlik en geç icra aşaması geldiğinde son bulur⁴⁷. Yani terditli ve seçimlik davalarda birden fazla, önce biri olmazsa öteki ya da biri veya öteki şeklinde talep olsa da, hüküm bunlardan biri veya en azından birinin icrasına elverişli şekilde verilir⁴⁸. Oysa İş Kanunu'nun 21. maddesinde, mahkemenin kararında terdit (kademe) söz konusu olup bunun icra aşamasında da kolaylıkla giderilmesi mümkün değildir. Zira, mahkeme, işçinin işe iadesine karar vermekte, bu gerçekleşmediğinde ödenecek tazminatı belirlemektedir⁴⁹. Burada dikkat çeken bir özellik de, mahkemenin ilk verdiği karar eda hükmü iken, onun yerine (alternatif olarak) verdiği işe iade gerçekleşmediğinde tazminatın belirlenmesi bir tespit hükmüdür. Bunun dışında aşağıda ayrıca açıklayacağımız üzere, bunlar arasındaki seçim hakkı da (bazen seçimlik davalarda olduğu gibi) davacı işçiye değil, işverene bırakılmıştır⁵⁰.

İş Kanunu'nun 21. maddesine benzer bir hüküm, İcra ve İflas Kanunu'nun ilamlı icrayla ilgili taşınır tesliminde bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesine göre, borçlu taşınır teslimine ilişkin icra emrinin gereğini yerine getirmese, icra memuru taşınır malı elinden zorla alır.

⁴⁶ KURU, Usul, C. III, s. 3072-3073; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 281; ÜSTÜNDAĞ, s. 162.

⁴⁷ Üstündağ, doğrudan (ÜSTÜNDAĞ, s. 162), Kuru, dolaylı olarak (KURU, Usul, C. III, s. 3072) bu sonuca varmaktadır.

⁴⁸ Bu sebeple terditli dava açılabilmeyle birlikte, terditli dava sonunda terditli hüküm verilmez. Çünkü, terditli dava, şarta bağlı dava değildir. Bu sebeple *Tanrıver*, “Bir an için, terditli dava yığılmasında, şarta bağlı olarak dava açıldığı düşünülebilir. Ancak, bu tür dava yığılmasının varlığı halinde şarta bağlı olarak dava açılmamakta; davacı böyle bir yol izlemekle, sadece aynı dava dilekçesinde ileri sürmüş bulunduğu taleplere ilişkin olarak mahkemece gerçekleştirilecek olan tahkikatın sırasını belirlemek amacını gütmektedir.” (TANRIVER, s. 49, dn. 16).

⁴⁹ Bu konuda bkz. EKMEKÇİ, İş Güvencesi Yasası, s. 107-108; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 135.

⁵⁰ Biz İş Hukuku yönünden yarar ve sakıncalarına girmeden belirtmek isteriz ki, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi çerçevesinde, geçersiz fesih karşısında sunulan üç model arasında, yargılama sistemimize en uygun olanı işverenin aleyhine “sadece tazminata hükmedilmesi”dir (Bu modeller için bkz. SOYER, s. 286; ALPAGUT, s. 100; EKMEKÇİ, Yeni İş Kanunu, s. 135; ALP, s. 22). Bununla birlikte, şu andaki “işe iade, olmazsa tazminat” şeklindeki model kabul edildiğinde, yargılama sistemiyle uyumun gözetilerek, hüküm bu yönde kaleme alınmış olsaydı yukarıda değindiğimiz bir çok sorunun tartışılması gereksiz kalırdı.

Borçlunun elinde taşınır bulunamazsa, bu durumda malın değerinin alınması için haciz yapılır. Bu değer belirlenmesinde de, öncelikle ilama bakılır, ilamda mahkemece bir değer belirtilmişse o değer üzerinden, ilamda değer belirtilmemiş ya da değer ihtilafı ise haczin yapıldığı tarihteki rayice göre icra müdürü değeri belirleyerek haciz işlemi gerçekleştirilir (İİK m. 24/III, IV). Fakat İcra ve İflas Kanunu'ndaki bu hüküm de, İş Kanunu'ndaki hükümle aynı değildir. Dikkat edilirse, taşınır tesliminde, mahkeme bir eda hükmü vermektedir. Esasen hüküm fıkrası tektir, uyumsuzluk konusu taşınırın davalıdan alınarak davacıya verilmesidir. Mahkeme bu durumda sadece taşınır malın değerini de tespit etmektedir. Zaten yargılamanın başında en azından harç için bu değer tespitinin yapılması gereklidir. Ayrıca burada önemli bir husus, bu konu doğrudan hükümle ilgili olarak değil, hükmün icrası ile ilgili kurallar arasında İcra ve İflas Kanunu içerisinde düzenlenmiş olmasıdır. Böylece yargılama kuralları ihlal edilmemiştir. İcra aşamasında icra memuru açıkça verilmeyen bir yetkiyi kullanamayacağından ona bir noktada İcra İflas Kanunu ile yetki verilmiş, yol gösterilmiştir. Kaldı ki, taşınırın yerine değeri tespit edildiğinde, bu da zorla icrayı içinde barındırdığından her ikisi de ilamlı icra (hem de aynı takip içerisinde) çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, taşınır teslimine ilişkin olarak hükmün bir bütünlük içinde icrasını icra memuru takip edecek durumdadır; taşınırın teslimi için gereğini yapacak, bulunamazsa yerine değerinin tahsiline çalışacaktır; tüm bu hususlar icra memurunun bilgisi dahilinde olacaktır. Oysa, aşağıda ayrıca açıklayacağımız üzere, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki hüküm icra bakımından da bazı sorunlara yol açması mümkün olan bir hükümdür. Çünkü, asıl hüküm eda, ancak onun yerine geçen hüküm tespit hükmüdür. Dolayısıyla aynı takip yolu içinde istenmesi de mümkün değildir. Taşınır tesliminde, alacaklı takip hakkına sahip olup bu yetkisini kullanmaktadır; iş güvencesi çerçevesinde alternatifli verilen hükümde seçim hakkı borçlu-işverene aittir. İcra memuruna işe iade onu gerçekleştiremezse tazminatı tahsil etme imkanı tanınmamıştır. İşe iadenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu icra organının dışında ve onun bilgisine sunulmadan ortaya çıkacak bir durumdur. Ayrıca, taşınır tesliminde esasen borçluya bir tercih sunulmamıştır, icranın asıl konusu teslimdir, bu gerçekleşmezse icra memuru değerini tahsil eder; işe iadede borçlu-işveren işçiyi işe başlatıp başlatmamak konusunda bir serbestiye sahiptir. İşe iade gerçekleşmezse, alacaklı işçinin talebiyle icra prosedürü işletilerek alacağın tahsili yoluna başvurulacaktır. Ancak bu başvuru çerçevesinde icra aşamasına

geçilmiş olacaktır. Bu sebeple İcra ve İflas Kanunu'ndaki taşınır teslimine ilişkin 24. maddedeki düzenleme İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenlemeyle benzerlik gösteriyormuş gibi düşünülse de, bu karşılaştırmanın yapılamayacağı ve bu karşılaştırmanın çözüm üretmeyeceği kanaatindeyiz. Her iki hükmün kaynağı, uygulama yeri ve alanı, yargılama hukuku bakımından niteliği, icra aşamasında izlenecek yöntem birbirinden farklıdır.

Hükümde, hükmün ilk unsurunu oluşturan, işe iade ve işe iade gerçekleşmezse tazminatın belirlenmesi dışında, ayrıca işe iadeye kadar geçen süre için en fazla dört aylık ücretin ödenmesi karara bağlanacaktır. İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir." denilmektedir. Bu hükmün eda hükmü olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Ancak, mahkemenin karar verirken bunu nasıl formüle edeceği önemlidir. Belki uygulamada her zaman mümkün olmasa da, Kanun'un düzenlemesi karşısında yargılamanın dört aydan önce sonuçlanması ihtimali de vardır. Çünkü, İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, seri yargılama usulü uygulanacak ve dava en geç iki ay içinde sonuçlandırılacaktır. Şüphesiz buradaki süre, mahkemeye ilişkin düzenleyici bir süre olduğundan iki aydan sonra verilen karar da geçerlidir.

Şayet yargılama dört aydan uzun sürmüştü, o zaman bir sorun doğmamacaktır. Çünkü, henüz hüküm verilmeden dört aylık süre geçmiştir; Kanun'a göre, bu süreyi geçen durumlarda dört aydan fazla bir ücret tutarına karar verilemeyeceği için, mahkeme dört aylık ücret ve diğer hakları hükme bağlayacak durumdadır. Fakat, henüz dört aylık süre dolmadan dava sona ererse, mahkemenin nasıl bir yöntem izlemesi gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Kanun'da, bu ücret ve haklar bakımından, hüküm verildiği ana kadar geçen süre değil, kararın kesinleşmesine kadar geçen süre esas alınmıştır. Bunun sonucu olarak henüz azami süre tamamlanmamışsa, ya yerel mahkeme bir hüküm veremeyecek ya da işçinin bu şekilde bir hakkının olduğunu, aylık olarak tespit edeceği miktar üzerinden dört aylık ücret ve hakkının ödenmesini karara bağlamakla yetinecektir. Bu durumda, karar temyiz edilir ve arada bu süre dolarsa, Yargıtay aşağıda açıklanacağı üzere, uyuşmazlığı kesin karara bağlayacağından bu konuda kesin bir karar vermesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay bu konuda, "...kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar ücretin taleple bağlı olarak ... TL.nin davalıdan alınarak davacıya verilme-

sine,” şeklinde bir karar vermiştir⁵¹. Şayet karar temyiz edilmezse, bu durumda da icra aşamasında mahkemenin vermiş olduğu hüküm üzerinden kesinleşme tarihine kadar geçen süre hesap edilerek en fazla dört aylık ücretin davalıdan tahsili gerekir. Esasen uygulamada bu tespit büyük bir güçlük göstermeyecektir. Çünkü, hükümde, ödenecek aylık ücret ve hakların bir aylığı belirtilecek, hüküm anına kadar işlenmiş ve ödenecek miktar da karara bağlanacak, diğer kısmın (dört aya kadar) tespitini ise icra müdürü yapabilecektir. Nitekim uygulamada faiz hesaplamalarında zaman zaman bu yöntem kullanılmaktadır.

Tüm bunlara rağmen, ister yerel mahkemece sadece bir aylık ücret belirtilerek hüküm kararın kesinleşmesine ve dört aylık sürenin geçmesine bağlansın isterse Yargıtay’ca bu konuda karar verilsin, her ikisi de genel yargılama kuralları ve kararın icrası bakımından az ya da çok sorunludur. Birincisi, mahkemenin bir eda hükmünü tereddüte açık ve sürenin geçmesi şartına bağlaması açısından doğru değildir; ikincisi ise, Yargıtay’ın temyiz mercii olmasına rağmen bir uyuşmazlıkta yerel mahkeme gibi inceleme yapıp hüküm vermesi sonucunu doğuracaktır. Yargıtay kararının niteliği üzerinde aşağıda ayrıca duracağımızdan burada ayrıntısına girmiyoruz.

Bu konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir husus da, gerek işe iade yerine belirlenen tazminata gerekse işe iade edilmeye kadar geçen sürede en fazla dört aylık ücret ve diğer haklara, davacı işçi tarafından hak kazanılabilmesi için, işçinin belirli bir süre içinde işverene başvurusunun gerekli olmasıdır. Bu konudaki İş Kanunu’nun 21. maddesinin 5. fıkrası “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.” şeklindedir. Bu hususun da karara geçirilmesinin gerekip gerekmediğini açıklığa kavuşturmak yararlı olacaktır. Her ne kadar Yargıtay kararında, “Davacı işçinin işe iade için işverene süresi içinde müracaatı halinde...” şeklinde bu duruma ilişkin bir kayıt düşmüş ise de⁵², kanaatimizce, Kanun’da öngörülen sürede işçinin başvurusu halinde bu hakların belirlenmesi ya da ödenmesinin emredilmesi hususu kararda belirtilmemelidir. Bu, hükmün şarta

⁵¹ 9. HD, 8.7.2003, 12442/13123 (yayınlanmamış).

⁵² 9. HD, 8.7.2003, 12442/13123 (yayınlanmamış).

bağlandığı şeklinde anlaşılabilir. Özellikle hükmün icrası aşamasında da sorunlara sebep olabilir.

3. Karara Karşı Kanun Yolu

İş güvencesi çerçevesinde İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerine göre açılan davada yerel mahkemece verilen kararların temyizi mümkündür. Bu kararlar da, iş mahkemesince verilen diğer nihai kararlar gibi kararın tefhiminden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilmelidir (İşMK m. 8/I).

Bu kararların temyizi üzerine Yargıtay'ca bir ay içinde karar verilmelidir (İşK m. 20/III). Bu hükümden hareketle, işverenin feshinin geçersizliği ile ilgili davaların öncelikle inceleneceği sonucu çıkarılabilir. Çünkü, Yargıtay'ın iş mahkemelerince verilen diğer kararları iki ay içinde inceleyerek karara bağlayacağı düzenlenmişken (İşMK m. 8/II), burada süre bir aya indirilmiştir.

İş güvencesi çerçevesinde İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerine göre mahkemelerce verilen kararların Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanacağı açıkça düzenlenmiştir (İşK m. 20/III). Kesin olarak karar verilmesinden anlaşılması gereken, öncelikle iş mahkemelerinde görülen diğer davalar da olduğu gibi, bu kararlara karşı da karar düzeltme yolunun kapalı olmasıdır (İşMK m. 8/III). Bunun dışında Yargıtay'ın kesin karar vermesi, bu kararlara karşı direnme kararı verilmesini de mümkün kılmamaktadır. Nitekim, benzer bir hüküm Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15. maddesinde yer almakta, sendikaların yetkisine ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların kesin olduğu belirtilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, "...Yasa koyucu burada açıkça Yargıtay'ca ...kesin olarak karara bağlanır demek suretiyle bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır."⁵³ şeklinde kararın niteliği ve ne anlama geldiği açıklığa kavuşturulmuş, direnme kararı verilemeyeceği vurgulanmıştır.

Kararın kesin olması sebebiyle burada tartışılması gereken bir sorun da, bozma söz konusu olduğunda, Yargıtay'ın sadece bozma ile mi yetineceği, yoksa bir noktada yerel mahkeme gibi hüküm mü kuracağıdır? Yargıtay, 1475 sayılı İş Kanunu'na 4773 sayılı Kanunla eklenen iş güvencesine ilişkin hükümlerin yürürlükte olduğu döneme ilişkin verdiği yeni kararlarında, ikinci yolu, yani yerel mahkeme gibi hüküm kurma yolunu tercih etmiştir.

⁵³ HGK, 4.12.1996, 9-723/859 (yayınlanmamış).

Yargıtay'ın bu şekilde karar vermesi, Kanun'un düzenlemesine uygundur. Çünkü, Yargıtay'ın bu tür kararları Kanun gereğince kesindir. Dolayısıyla yeni bir yargılamaya ve incelemeye gerek duyulmayacak şekilde karar verilmelidir⁵⁴. Özellikle kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için işçiye ödenmesi gereken en fazla dört aylık ücretin tespiti de, şayet yargılama dört aydan kısa sürmüşse yerel mahkemede mümkün olmayacak, bu hususun Yargıtay'ca karara bağlanması gerekecektir. Bu da Yargıtay'ın yerel mahkeme gibi hüküm kurmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında, gerek yerel mahkemede gerekse Yargıtay'da yargılama ve inceleme için öngörülen sürelerin çok kısa oluşu da dikkate alındığında, Yargıtay'ın Kanun'a uygun davrandığını söyleyebiliriz. Ancak, Kanun'dan kaynaklanan bu durum, Yargıtay'ı hukuki denetim yapan bir üst mahkeme olmaktan çok ilk derece mahkemesi konumuna getirmesi yönünden eleştirilebileceği gibi⁵⁵, uygulamada yerel mahkemelerin yeterli araştırmayı yapmadan karar vermesi sorununu da doğurabilecektir. Kaldı ki Yargıtay, dosyada bir eksiklik gördüğü zaman bu eksikliğin giderilmesi için tahkikat da yapamayacaktır. Bu durumda, Yargıtay'ın doğrudan bu eksikliği gidermesi mümkün değildir, dosyayı yerel mahkemeye gönderdiğinde de, bu, kesin olarak karar vermesine aykırı olacaktır.

V. KARARIN İCRASI

İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde verilen kararın icrası bakımından da bazı sorunların doğması muhtemeldir. Bu sorunlar yukarıda açıklanan kararın, daha doğrusu her bir hüküm fıkrasının niteliği ile doğrudan ilgili olduğundan aşağıda ayrı ayrı inceleyeceğiz:

1. İşe İade Kararı Bakımından

Davada asıl talep olan feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesi yönünde verilen hüküm fıkrasının, bir eda hükmü olması sebebiyle ilamlı icra konusu yapılabileceği üzerinde durulmalıdır. Bu kararın, bir şeyin yerine getirilmesine ilişkin ilamların icrası kapsamında (İİK m. 30) icra

⁵⁴ Yargıtay da "...kesin olarak karar vermek gerektiğinden, Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." 9. HD, 8.7.2003, 12444/12135 (yayınlanmamış) demek suretiyle, kendisinin yerel mahkeme gibi hüküm kurduğuna dikkat çekmiştir.

⁵⁵ Nitekim bu yöndeki eleştiri için bkz. **EKMEKÇİ**, İş Güvencesi Yasası, s. 107.

edilmesi düşünülebilir. Ancak İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenleme, her ne kadar "...feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır." demektedir ise de, işçinin işe iadesi konusunda verilen kararı işverenin gönüllü olarak yerine getirmemesi halinde zorla icrayı mümkün kılacak bir nitelikte değildir⁵⁶. Çünkü, Kanun'da hemen bu cümlenin devamında, "İşçiyi başvuru üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur." (İşK m. 21/I, c. 2) denilerek, işe iadenin uygulanmamasının alternatifi belirtilmiştir. İlamlı icranın konusu olan bir eda hükmünün icra edilememesi durumu karşımıza çıkmaktadır.

İşçinin, mahkeme kararına dayanarak işe iade hakkında ilamlı icra yoluna başvurmak istemesi halinde, bu, olsa olsa işçinin on günlük süre içinde işverene başvurma zorunluluğunu yerine getirmesi anlamına gelecektir ki (İşK m. 21/V), böyle bir durumda ilamlı icra yoluna başvurmak konusunda hukuki yararın olmaması sebebiyle icra memuru talebi reddetmeli ve icra emri göndermemelidir. Çünkü, daha kolay ve basit bir yolla elde edilebilecek talepler için yargı organlarının uğraştırılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Talep edilen sonucun ancak yargı organı aracılığıyla sağlanması mümkünse hukuki yarar söz konusu olur⁵⁷. Oysa işçi, işe başlama konusundaki iradesini bir ihtarla da iletebilir.

İşçinin, lehine verilen hükümden yararlanabilmesi ve hükmün sonuç doğurabilmesi için, kesinleşen kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurusu gereklidir; aksi halde, işverence yapılmış fesih geçerli bir fesih sayılır, işçi lehine hükme geçirilen imkanlardan yararlanamaz ve işveren sadece bunun sonuçlarından sorumlu olur (İşK m. 21/V). İşçinin başvurusunun şekli konusunda bir sınırlama yapılmamış olmakla birlikte, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak için

⁵⁶ "Kuşkusuz işçinin işe iadesi, yani onun işini koruması iş güvencesinin en önemli noktasını oluşturur. Ancak bir daha işverenle çalışılmayacak bir noktaya gelinmişse, onun işine dönmesi ya da işveren kendisini herhangi bir sebeple almak istemiyorsa zorla çalıştırılması da mümkün değildir. Dünyanın her yerinde olduğu gibi burada iş tazminatı olacaktır." (TAKENT Savaş, Uluslararası Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, "Feshe Karşı Korunma", İstanbul 2002, s. 69, 75).

⁵⁷ Hukuki yarar için bkz. KURU, Usul, C. II, s. 1363 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 271; ÜSTÜNDAĞ, s. 317; ALANGOYA, s. 195 vd.

yazılı yapılmasında yarar vardır. Çünkü, işçinin işe iadeye bağlı olan tazminat ve ücret hakkı bu başvuruya ve başvurunun zamanında yapılmasına bağlıdır⁵⁸.

İşçi işverene başvurarak işe başlatılmasını istemesine rağmen, bu başvurunun zamanı geçmişse ya da işverenin işe başlatmamak için kanun çerçevesinde haklı sebebi varsa, işçinin kendisine yönelteceği muhtemel talepler ve icra takiplerine karşı daha avantajlı bir durumda olması için işverene menfi tespit davası açması önerilebilir (İİK m. 72)⁵⁹.

2. İşe İade Edilmeme Halinde Öngörülen Tazminat Bakımından

İşçinin başvurusundan itibaren işveren, onu bir ay içinde işe başlatmalıdır (İŞK m. 21/I). Bir ay içinde işçi işe başlatılmazsa, işverenin işe iade yerine, hükümde belirlenen tazminatı ödemesi gerekir. Şüphesiz işveren bu tazminatı gönüllü olarak yerine getirirse bir sorun ortaya çıkmaz; ancak tazminatın da ödenmemesi durumunda, icra takibi bakımından bazı sorunlar doğabilecektir.

Öncelikle işe iade yerine mahkeme sadece hükümde bir tazminat belirlemesi ile yetinecektir; bu hüküm fıkrası tespit niteliğinde olması sebebiyle ilamlı icraya konu olamaz. Çünkü ilamlı icranın konusu, ancak eda hükümleridir⁶⁰. Şüphesiz bu durum, işçinin elindeki ilama dayanarak para alacakları için öngörülen ilamsız icra (genel haciz) yoluyla takip yapmasına engel oluşturmaz (İİK m. 42 vd.). Ancak, işveren süresinde takibe itiraz ederek takibi durdurabilir. İşçinin, itiraz üzerine genel hükümlere göre itirazın iptali davası açarak itirazı hükümden düşürmesi konusunda bir tereddüt yoktur (İİK m. 67). İşçinin elindeki bu hükümle itirazın iptali yoluna başvurarak davayı kazanması durumunda, işçinin alacağı likit sayılacağından, davanın sonunda davalı-borçlu işveren, inkar tazminatını ödemek durumunda kalacaktır. Hatta, böyle bir durumda işveren hakkını kötüye kullanmış olduğundan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 421. maddesine göre, işverenin aleyhine, yargılama gideri olan avukatlık ücreti olarak, asgari ücret tarifesi dışında, işçinin avukatıyla yaptığı vekalet sözleşmesinde öngörülen vekalet ücretine ya da Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre asgari ücret tarifesindeki

⁵⁸ **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 138.

⁵⁹ Ayrıca bkz. **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 139.

⁶⁰ **KURU** Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. III, 3. Baskı, Ankara 1993, s. 2139-2140.

yazılı miktarın üç katına kadar vekalet ücretine de karar verilebilir⁶¹. Bu hükümlerin işletilmesi sayesinde, tespit hükmü şeklinde olsa dahi, mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış tazminatı işverenlerin kötüniyetle ödememelerinin önüne geçmek bakımından caydırıcı bir yargılama imkanı kullanılmış olacaktır.

Bu durumda asıl üzerinde durulması gereken, işçinin elindeki tespit hükmünün itirazın kaldırılmasını sağlayan İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinin 1. fıkrasında sayılan belgelerden kabul edilip edilmeyeceği ve buna göre işçinin itirazın kaldırılması yoluna başvurup başvuramayacağıdır. Kanaatimizce işçinin elindeki hüküm, itirazın kaldırılması için yetkili makamlarından yetkileri dahilinde verdikleri belge niteliğini taşımakla birlikte, itirazın kaldırılması için yeterli bir belge değildir. Eğer bu tespit hükmü, itirazın kaldırılması için yeterli bir belge sayılırsa şu sorunlarla karşılaşılabilir:

Her şeyden önce, işçi işe başlatılmış olsa da, şayet kötüniyetli ve bunun da sonuçlarını göze almış ise, işe başlatılmış olmasına rağmen elindeki hükme dayanarak takip yapabilir, işverenin itirazı üzerine de icra tetkik merciinde itirazın kaldırılmasını sağlayabilir. Bunun ötesinde, tespit hükmü şarta bağlı bir tespit hükmüdür. Bu tazminatın ödenmesi, "işçinin yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde" söz konusu olacaktır. İcra tetkik merciinde yapılan bir yargılamada, işverence ileri sürülebilecek olan, işçinin işe başlamak için başvurmadığı veya süresinde başvurmadığı, işçinin işe başlatılmış olduğu ya da işe başlatılmak istenmesine rağmen işçinin işe başlamadığı yönündeki itirazların incelenmesi mümkün değildir. Bu itirazların incelenmesi sırasında, tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması gerekebilir. Hükmün tereddütsüz olarak belirlediği tek husus, işçiye ödenmesi gereken tazminatın miktarıdır, bunun dışındaki her husus, itiraz durumunda ayrıca bir yargılamayı gerekli kılacaktır ki, bu konunun icra tetkik merciinin görev alanına girmediği kanaatindeyiz. Tespit hükümlerinin ilamsız icrada itirazın kaldırılması yolunda kullanılabilmesi için, borçlunun belli bir parayı kayıtsız şartsız borçlu olduğunu göstermesi gerekir⁶². Oysa,

⁶¹ **KURU**, Usul, C. V, s. 5385, **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 532.

⁶² Tespit hükümleri duruma göre, kayıtsız şartsız para borcunun varlığını içeriyorsa, itirazın kaldırılması yolunda yetkili makamların verdikleri belgelerden sayılarak bu yola başvurulmasına imkan vermektedir (**KURU**, İcra, C. I, s. 349).

incelediğimiz durumda, mahkeme belirli bir para konusundaki borcu tespit etmekle birlikte bunu bir şarta bağlamaktadır.

3. İşçinin İşe İade Edilinceye Kadar Geçen Süre İçin Ödenmesi Gereken Ücret Bakımından

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için, işçiye en çok dört aya kadar ücret ödenmesine ilişkin hüküm fıkrası işveren tarafından yerine getirilmezse, işçinin ilamlı icra yoluna başvurup başvuramayacağı da açıklanmalıdır. Hükümün bu kısmı, hüküm kesinleşinceye kadar bir tespiti ve bu tespite göre işçiye ödeme yapılmasını içerdiğinden eda hükmüdür ve kural olarak ilamlı icranın konusudur (İİK m. 32 vd.). Ancak burada da işverenin bu ücreti ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için, işçinin işverene süresinde başvurusu gereklidir.

Mahkemece hükümde sadece işçinin hüküm kesinleşinceye kadar hakettiği (en fazla dört aylık) ücreti ve diğer hakları tespit edilerek işveren tarafından ödenmesi emredilmişse, bu başlı başına ilamlı icranın konusu olur. İlamda tereddüte yer vermeyecek bir ödeme kaydı vardır ve icra memurunun, açıkça bir ödeme zorunluluğunu içeren bu hüküm karşısında, işçinin süresinde işverene başvurup başvurmadığını takdir etmesi mümkün değildir. Ancak bu durumda, işçinin süresinde işverene başvuruda bulunmaması halinde, işverenin bunu ileri sürerek ilamlı icra takibine karşı koyması mümkün olacak mıdır? İlamlı icra takibine karşı koymanın tek yolu icranın geri bırakılmasıdır (İİK m. 33, 33a). İcranın geri bırakılması sebepleri de itfa, imhal ve zamanaşımıdır. İşçinin süresinde işverene başvuruda bulunmaması bu sebeplerden itfaya girecektir. Çünkü, işçinin işverene başvuru süresi hak düşürücü bir süredir; işçi, Kanun'da belirtilen on gün içinde işverene başvurmadığı takdirde geçersiz fesihten doğan hakları ortadan kalkmaktadır (İŞK m. 21/IV), dolayısıyla, hüküm verildikten sonra gerçekleşen bir borcun sona ermesi söz konusudur⁶³. Bu bir itfa olarak kabul edildiğinde, bunun icra tetkik mercii önünde ispatının nasıl olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nun 33. maddesine göre, itfa ve imhal iddiasının “yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya

⁶³ Nitekim *Kuru*, açıkça hak düşürücü süreden bahsetmemekle birlikte itfa deyiminin borcun son bulmasına ilişkin sebeplerin tümünü kapsadığını belirtmektedir (*KURU*, İcra, C. III, s. 2282).

tetkik merciinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle tevsih” edilmesi gerekir. Oysa, işçinin belirtilen sürede başvurmadığını, işverenin bu tür belgelerle ispatı mümkün olmayacaktır; işçi bir başvuruda bulunmazsa buna ilişkin bir belge de alınmaz. Ancak kanaatimizce, Kanun’dan kaynaklanan bir durum ve hak düşürücü bir süre söz konusu olması sebebiyle, icra tetkik mercii on günlük sürenin geçip geçmediğini, bu belgelerden bağımsız olarak araştırmalıdır. Zira, burada ilam hükmünü geçersiz kılmak söz konusu olmayıp Kanun’dan kaynaklanan ilamın uygulama alanını belirlemek söz konusudur⁶⁴. Bununla birlikte **Ekmekçi**, bu konuyla ilgili olarak, icra tetkik merciinde karşı koyma sebeplerinin sınırlı olması (İİK m. 33), icra tetkik merciinde tanık dinlenmesinin de mümkün bulunmaması sebebiyle, tek çözümün işverenin gerekirse menfi tespit davası (İİK m. 72) açması olduğu görüşündedir⁶⁵.

Yargıtay bu konudaki kararında belirttiği gibi, hükümde açıkça, işverenin yapması gereken ödeme, “davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak...” şeklinde bir şarta bağlanmışsa⁶⁶, bu durumda ilamın icrasında sorunla karşılaşılabilir. Şayet icra memuru ilamın icrası için yukarıdaki paragrafta yapılan açıklamalar çerçevesinde hareket ederse, bir sorun olmayacak, icra emrini gönderdikten sonra, işveren icranın geri bırakılması yoluna başvurabilecektir. Ancak, icra memurunun hükümde yer alan “işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde” şartını dikkate almaması kural olarak mümkün değildir, en azından uygulamada icra memurlarının bu kaydı esas alacakları açıktır. Böyle bir durumda, işçinin sadece ilamı değil, en azından işverene Kanun’da belirtilen sürede başvurduğuna ilişkin belgeyi de takip talebine eklemesi gerekecektir. Bu sebeple de işçilerin işverenlere başvurularını yazılı hatta noterden yapmaları uygundur.

⁶⁴ Benzer bir durum nafaka ilamlarında da karşımıza çıkmaktadır. Nafaka yükümlülüğünün son bulduğuna ilişkin iddiaların icranın geri bırakılması çerçevesinde icra tetkik merciince incelenmesi mümkündür (KURU, İcra, C. III, s. 2291293 ve orada belirtilen kararlar).

⁶⁵ **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 139.

⁶⁶ 9. HD, 8.7.2003, 12442/13123 (yayınlanmamış).

4. Belirlenen Tazminat ve Ödenmesi Gereken Ücret Bakımından Faizin Hesaplanması

Mahkeme kararının icrası sırasında hesaplanacak faizde ikili bir ayırım yapmanın, işe iade yerine belirlenen tazminatla işçinin çalışmadığı süre için ödenmesine karar verilen ücreti ayrı değerlendirmenin gerektiği kanaatindeyiz.

İşçinin kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on gün içerisinde işverene başvurusundan sonra (İşK m. 21/V, c. 1), işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak zorundadır (İşK m. 21/I, c. 1). İşverenin burada bir aylık süresi bulunduğundan, bu süreden sonra temerrüde düştüğü ve faizin de bu tarihten itibaren işletilmeye başlaması gerektiği düşünülebilir. Kanaatimizce bu düşünce, işe iade yerine belirlenen tazminata ilişkin faizin hesaplanmasında doğrudur. Çünkü, işverenin işe başlatmak için bir aylık bir düşünme zamanı vardır. İşçi bakımından, ancak işverenin vereceği bu karardan sonra ya işe iade veya tazminata hak kazanma gerçekleşecektir. Dolayısıyla, tazminat bakımından işverenin temerrüdü, daha önce bu konuda bir karar vermemişse, işçinin başvurusunu takip eden bir aylık sürenin dolması ile gerçekleşecektir⁶⁷.

Ancak kanaatimizce, işçinin çalışmadığı dört aylık süreye ilişkin ücret ve hakları bakımından aynı sonuca varmak mümkün değildir; bu ücret ve haklar için faiz, hükmün kesinleştiği, en geç kesin hükmün işverene tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır⁶⁸. Çünkü, tespit edilen bu ücret ve haklar, işçinin süresinde işverene başvurması şartıyla, işverenin işçiyi işe başlatmasından bağımsız şekilde belirlenmiş ve Kanun'da bu konuda kararın kesinleştiği tarih esas alınmıştır. Dolayısıyla işveren, kararın kesinleştiği tarihi esas alarak bu ücreti ödemesi gerektiğini bilmektedir; bir aylık süre, sadece işçiyi işe başlatıp başlatmayacağı hakkında karar vereceği süredir. Kaldı ki, faizin başlangıcı işverenin işe başlatma konusundaki kararına bırakılırsa, işçiyi işe başlatmama niyetinde olan işverenler, en azından faiz işlemeyeceği

⁶⁷ **EKMEKÇİ**, İş Güvencesi Yasası, s. 110; **EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 137.

⁶⁸ **Ekmeççi**, "Kuşkusuz; en çok dört aylık ücrete hükmedilebilecek olması, ödemede gecikilen tüm süre için faize hükmedilmesine engel değildir" demekle birlikte, burada faizin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağını belirtmemektedir (**EKMEKÇİ**, Yeni İş Kanunu, s. 135).

için, bu konudaki kararlarını bir ayın sonunda işçiye bildirerek işçinin aleyhine bir durumun ortaya çıkmasına da sebep olabilirler.

SONUÇ

Yukarıda İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin iş güvencesi ile ilgili düzenlemesinin, yargılama ve icra hukuku ile ilgili getirdiği yenilikler ve ortaya çıkardığı sorunlar ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra ortaya çıkan sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

1. İş sözleşmesi feshedilen işçi, feshin geçersiz olduğunu düşünüyorsa, fesih bildiriminin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içerisinde dava açmalıdır. Bu süre, hak düşürücü bir süre olup mahkemece kendiliğinden gözetilmelidir.

2. Davada seri yargılama usulü uygulandığından, davanın bir dilekçe ile açılması gereklidir. İşçi, dilekçesinde özellikle, bir iş sözleşmesinin varlığını, kendisinin feshe karşı koruma kapsamında bir iş yerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini, feshin bildirim tarihini, fesihte işverenin sebep gösterip göstermediğini ya da sebebin geçerli sebeplerden olmadığını temel vakıalar olarak belirtmelidir. Dilekçenin talep kısmında ise, feshin geçersiz sayılarak işe iade edilmesini, işe iade edilmezse, sekiz aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesini ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücretinin ödenmesini talep edecektir. Kanaatimizce dava açılırken, karar ve ilam harcının nisbi oranda alınması; harca esas değer olarak da işe iade edilmeme ihtimaline karşı belirlenen tazminat miktarı ile işçinin işe başlatılıncaya kadar geçen en fazla dört aylık ücretinin toplamının hesaplanması uygun olacaktır.

3. İşçinin açmış olduğu dava seri yargılama usulüne göre incelenecek ve iki ay içinde karar verilecektir. Davada, feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı yönündeki iddiayı işçi ileri sürmekle birlikte, feshin geçerli bir sebebe dayandığı konusundaki ispat yükü işverene aittir. İşverenin feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat etmesi durumunda, feshin işverenin ispat ettiği sebepten başka bir sebebe dayandığını ispat yükü işçidedir.

4. Mahkeme davanın reddi ya da kabulü yönünde karar verebilir. Yargılama sırasında işveren işçiyi tekrar işe başlatmışsa, bu durumda davanın

konusuz kalması sebebiyle karar vermeye mahal bulunmadığı yönünde karar verilmelidir. Ancak bu durumda da, özellikle işçinin çalışmadığı süre belirlenerek işverenin dört ayı geçmemek üzere işçiye ödeyeceği ücret ve diğer hakların ayrıca karara bağlanması gerekir. İşçinin feshin geçersizliği yönündeki talebi kabul edildiğinde de, feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesine, işçinin işe iade edilmemesi halinde ödenecek asgari dört azami sekiz aylık ücret miktarınca tazminatın belirlenmesine ve ayrıca karar kesinleşinceye kadar işçinin çalışmadığı dört aya kadar bir süre için ücret ve diğer haklarının ödenmesine karar verilmelidir. Bu kararlardan, işe iade ve çalışılmayan süre için en fazla dört aylık ücret miktarının ödenmesine ilişkin hüküm fıkraları eda, işe iade edilmeme ihtimali için belirlenen tazminat miktarına ilişkin hüküm fıkrası tespit hükmü niteliğindedir. İşçinin dilekçesinde, işe iade dışında fazla çalışma ve daha önce ödenmemiş ücretleri gibi haklarını da istemesi durumunda bunlar da incelenerek karar verilmelidir. İşçinin feshin geçersizliği ve işe iade yönündeki talebi reddedildiğinde, şayet işçi terditli olarak kıdem, ihbar ve iş hukukundan kaynaklanan diğer haklarını da dilekçesinde istemişse bunların incelenerek karara bağlanması gereklidir. Yerel mahkemece avukatlık ücreti nisbi oranlar üzerinden belirlenmelidir.

5. Mahkemenin kararına karşı temyiz yoluna başvurulması mümkündür. Temyiz süresi kararın tefhiminden itibaren sekiz gün olup Yargıtay bu konuda öncelikle bir inceleme yaparak bir ay içinde temyiz talebi hakkında karar vermelidir. Yargıtay, temyiz üzerine uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlayacaktır. Bunun anlamı, bir yandan bu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaması, diğer yandan da yerel mahkemece direnme kararı da verilememesidir. Ayrıca Yargıtay'ın kesin karar vermesi sebebiyle, yerel mahkeme kararını bozması durumunda yeniden hüküm yazması gerekecektir.

6. Kararın kesinleşmesi üzerine, işçi bu kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmalıdır; aksi halde, fesih geçerli sayılarak işveren sadece geçerli feshin hukuki sonuçlarından sorumludur. Kararın icrası bakımından, işe iade kararı bir eda hükmü olmasına rağmen ilamlı icra yoluyla zorla icrası mümkün değildir. Çünkü, bu hükmün yerine getirilmemesi durumunda, ödenecek tazminat miktarı ayrıca belirlenmektedir. Ancak, tazminatın belirlenmesine ilişkin hüküm fıkrası, sadece bir tespit hükmü olduğundan ilamsız icranın konusu olacaktır. İşveren tarafından takibe itiraz edildiğinde, duran takibe devam edebilmek için, işçinin icra tetkik merciinde

itirazın kaldırılması yoluna değil, sadece mahkemede itirazın iptali yoluna başvurmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira, işverenin itirazı halinde tazminat hakkında karar verilmesi, bir çok hususun açıklığa kavuşturulmasını, bunlar da ayrıca yargılama yapılmasını gerekli kılmaktadır ki, icra tetkik merciinin bu hususları incelemesi mümkün değildir. Ayrıca şarta bağlı bir karar verildiğinden kayıtsız şartsız bir borcun varlığından da söz edilemez. İşçinin işe iadesine kadar geçen süre için en fazla dört aylık ödenmesi gereken ücret hakkında verilen karar ise, bir eda kararı olduğundan işçi tarafından ilamlı icra konusu yapılabilir. Bu durumda, işverenin, özellikle işçinin süresinde işe iade için başvurmadığı yönünde itirazı varsa, bunu icranın geri bırakılması şeklinde ileri sürebileceği kanaatindeyiz. Zira, bu süre hak düşürücü bir süre olup icranın geri bırakılması sebepleri arasında itfaya girmektedir. Ancak, bu hükmün icrasında bir sorunla karşılaşılması için işçinin süresinde işverene başvuru şartını, mahkemenin kararında ayrıca belirtmemesi uygun olacaktır. Tazminat ve ücretlere ilişkin faizin başlangıcının, işçinin hak kazandığı tazminat talebi bakımından, işverene başvurudan itibaren geçecek bir aylık sürenin sonundan, işe iadesine kadar en fazla dört aylık ücretinin ödenmesi bakımından da, kararın kesinleştiği ve bunun işverene tebliğ edildiği tarih olduğunu kabul etmek uygundur.

7. Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nda iş güvencesi ile ilgili olarak kabul edilen hükümlerin bu alanda bir yenilik getirdiği konusunda şüphe yoktur. Ancak, bu konuda düzenleme yapılırken, açılacak davada mevcut yargılama ve icra hukuku sistemi ile uyum gözardı edilmiştir. Bu uyumsuzluk sebebiyle, uygulamamızda özellikle yargılama hukukuyla ilgili bir çok sorunun bulunduğu (iş yargılaması da dahil) gerçeği karşısında, iş güvencesiyle ilgili uyuşmazlıklarda yeni yargılama ve icra sorunları çıkabilecek, bu sorunların aşılması zaman alabilecektir. Bu konudaki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağladığı da göz önünde tutulduğunda, sorunların aşılması için, Yargıtay'a önemli bir görev düşmektedir.

Yeri gelmişken şu hususa da değinmeyi yararlı görüyoruz: Ülkemizde maddi hukuka ilişkin kanunlar yapılırken yargılama hukukçularından, yargılama hukuku ile ilgili kanunlar yapılırken maddi hukukçulardan tam olarak yararlanılmamaktadır. Bu ise, maddi hukukla yargılama hukuku arasındaki uyumu bozmakta, bu uyum bozulduğunda da kanunda tanınan bir hakkın yargılama aşamasında ya da icra aşamasında tam olarak tanınması ve gerçekleştirilmesini güçleşmekte, ister istemez maddi hukuk kurallarını içeren

kanuni düzenlemelerin yargılama aşamasında uygulanmasında bazı sorunlarla karşılaşılması sonucu doğmaktadır. İş Kanunu'nun yukarıda incelediğimiz 20. ve 21. maddelerindeki düzenleme bunun tipik bir örneğidir.

**MEDENİ USUL HUKUKUNDA
YENİ BİR YARGILAMANIN YENİLENMESİ SEBEBİ
(HUMK m. 445/11)**

*Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ**

I. GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, üye devletlerde Sözleşme ile garanti altına alınan hak ve özgürlüklerin asgari standardını oluşturur. Sözleşme, temel insan haklarını, kişi özgürlüğünün korunmasını, adil yargılanma hakkını, özgürlük haklarını ve aile ve evliliği garanti eder. Sözleşme ile öngörülen hak ve özgürlükler sonradan Ek Protokollerle genişletilmiş ve zenginleştirilmiştir.

Sözleşmeyi imzalayan taraf devletler, Sözleşme’de tanınan bu hak ve özgürlükleri, kendi yargı çevrelerinde bulunan herkese sağlamak yükümlülüğü altındadırlar (AİHS m.1).

Bir devlet Sözleşme’yi onaylamakla, iç hukukunu Sözleşme ile uyumlu hale getirme ve Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri iç hukukunda güvence altına alma ve koruma yükümlülüğü altına girmiş olur.

Sözleşme’nin 13. maddesi de, bireylere, Sözleşme’yle tanınmış hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi durumunda, ulusal makamlar önünde etkili başvuru hakkı tanır. 11 Nolu Protokolün 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tarafı olan bir devlet, Sözleşmeyi kabul ettiği takdirde, Sözleşmenin zorunlu yargı ve bireysel başvuruları inceleme yetkisini, kendiliğinden tanımış olur (AİHS m.34).

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Protokollerinde düzenlenen hakların bir Taraf Devletçe ihlal edilmesinin mağduru olduğunu ileri süren bireyler, hükümet dışı örgütler ya da birey grupları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilirler. İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının iç hukukta yerine getirilip getirilmediği, Bakanlar Komitesi'nce izlenir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 46. maddesine göre, mahkeme kararları bağlayıcıdır. Ancak İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının gereğinin ne şekilde yerine getirileceğini taraf devlet belirlemekte serbesttir. Taraf devletler, kendilerinin taraf oldukları davalarda Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir. Mahkeme, insan hakları sözleşmesine aykırılık tespit ederse, iç hukuk işleminin veya mahkeme kararının iptaline karar vermemekte, onun Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespitle yetinmektedir. Özellikle kesin hüküm niteliğindeki yargı kararlarının, uygulamada, özellikle Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğu AIHM'ce tespit edilen mahkeme kararlarının ne şekilde yerine getirileceği konusunda sorunlar yaşanmaktadır¹. Sözleşmenin ihlali, mümkün olduğu kadar eski halin iadesi yoluyla sağlanabilmektedir. Taraf devlet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararından sonra sözleşmeye aykırı işlemin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve işlemin yapılmasından önceki duruma dönülmesini sağlamak zorundadır².

İnsan haklarıyla ilgili ihlallerin önlenmesi ve insan hakları standardının artırılması için, bu tespitten sonra verilen ve fakat kesinleşmiş hükümlerin yeniden gözden geçirilmesi, düzeltilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması gerekmektedir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN İHLAL KARARLARININ İÇ HUKUKA YANSIMALARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir üst mahkeme olmadığı için, verdiği kararlar, iç hukukta yapılan işlem veya eylemin veya verilen bir

¹ **Gemalmaz**, Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 201, s. 376; **Ünal**, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 64.

² **Doğru**, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 200 vd.

mahkeme kararının, Sözleşme'nin veya ek protokollerin bir veya birden fazla hükmünü ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkindir. Başka bir ifade ile mahkemenin kararları, beyan edicidir. İhlalin varlığını saptarlar; tek başlarına kendilerine aykırı olan ulusal kararları ya da mevzuat hükümlerini ortadan kaldırmazlar ya da etkisiz hale getirmezler. İhlal kararı verilmesinden sonra, taraf devlet, ihlale son vermek, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve benzer ihlallerin tekrarını önleyecek tedbirleri almak yükümlülüğündedir .

Mahkemenin taraf devletlerin aykırı inceleme konusu işlemini ortadan kaldırmak, değiştirmek veya iptal etmek yetkisi yoktur³. Mahkeme aleyhine başvuruda bulunulan devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine karar verir. İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal kararının sonuçlarını ilgili devletin iç hukukunun tam olarak gideremeyeceği kanaatine varırsa⁴, maddi ve manevi tazminata ve ayrıca dava masrafları ile avukatlık ücretlerinin ödenmesine karar verebilir⁵ (AİHS m.41) Taraf devletler İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal tespitinden sonra bireysel tedbirler veya genel tedbirler alabilirler. Bireysel tedbirler başvuru sahibine maddi, manevi tazminat ödeme ve bunun yanında yargılama giderlerinin ödenmesi biçiminde olabilir. Bazı hallerde eski hale iade yargılamanın yenilenmesi yolu ile sağlanabilir. Yine sözleşmeye aykırı maddi hukuk ve usul hukuku alanında, ihlal sebebi mevzuat değişikliği yapılabilir ya da özel af, mahkumiyetin adli sicilden silinmesi ya

³ AİHM de, AİHS m.19'a göre, mahkemenin, taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülüklere uymasını güvence altına almak görevinin bulunduğunu belirtir; ancak bu görevin, olayların tespiti veya hukuk kurallarının uygulanmasında ulusal mahkemelerin hatalarını denetlemeyi içermediğini vurgular

⁴ Sözleşme'nin 41. maddesine göre, maddi ve/veya manevi tazminata hükmedilmesi, iç hukukta yer verilen düzenlemenin "tam bir karşılık oluşturulmaması" koşuluna bağlıdır. AİHM bu deymi, olabildiğince ihlalden önceki durumun yeniden tesisi (restitutio in integrum) olarak yorumlamaktadır geniş bilgi için bkz. **Dannemann, Gerhard**; *Schadensersatz bei Verletzung der Europäische Menschenrechtskonvention - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung nach Art.50 EMRK*, Köln 1994, s. 1 vd.

⁵ "Akit Devlet AİHS ile üstlendiği uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluğu çerçevesinde, Sözleşme'ye aykırı tasarrufun sonuçlarını ortadan kaldırmak ve tasarrufun yapılmasından önceki durumu yeniden ihya etmek için gereken önlemleri almak zorundadır. (...) Ne var ki, davaların uzun sürmüş olması dolayısıyla yapılan şikayetlerde olduğu gibi, bu her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü dava bitmiş, olay kapanmış ve ihlal keyfiyeti ortaya çıkmıştır. Bu gibi durumlarda Sözleşme'nin 41. maddesine göre tazminat ödemekten başka çare kalmamıştır." (Ünal, s. 63).

da diğer tedbirler alınabilir⁶. Bu çalışmamızda insan hakları mahkemesinin tespit ettiği ihlal üzerine alınabilecek tedbirlerden sadece medeni usul hukukunda yargılamanın yenilenmesi yolunu inceleyeceğiz.

Taraf devletlerin diğer tedbirler gibi, iç hukukta yargılamanın yenilenmesi yolunu açması bir zorunluluk değildir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının iç hukuka verilmiş kesin bir hükme doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. İç hukukta verilen kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilirse, taraf devletin tazminat ödemeye mahkum edilmesi tek yol olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak tazminat çoğu kez mevcut aykırılığı ortadan kaldırmamakta, aksine sözleşmeye ve dolayısıyla insan haklarına aykırılık tazminat ödendikten sonra da devam etmektedir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespit ettiği aykırılığı iç hukukta yargılamanın yenilenmesi yolu ile kaldırmak mümkün olabilir. Böyle bir sonuç Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilen aykırılığın iç hukukta giderilerek insan haklarına uygun hale getirilmesi İnsan Hakları Sözleşmesine gerçek bir uyumu sağlayacak ve bu konudaki insan hakları standartlarının tüm ülkelerde yeknesak biçimde uygulanmasını da sağlayacaktır.

Bu amaçla Lüksembourg, Norveç ve İsviçre, İnsan Hakları Mahkemesince Sözleşmeye aykırı görülen kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul ederek bu yolu ilk kabul eden ülkelerdir. Bu ülkelere daha sonra diğer Avrupa ülkeleri ve Türkiye katılmıştır⁷.

Kesinleşmiş mahkeme kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yönelik ihlal oluşturması durumunda, ihlalin etki ve sonuçlarını gidermek, iç hukukun kendi olanakları içinde ancak bir yere kadar mümkün olabilmektedir. Bu yüzden AİHS m.41 uyarınca tazminat ödenmesinin veya mevcut başka olanakların ihlali ortadan kaldıramadığı durumlarda, yargılamanın yenilenmesi yoluna işlerlik kazandırılması diğer bir seçenek olarak gözükmektedir. Ancak, yargılamanın yenilenmesi yoluyla da ihlalin etki ve sonuçlarını gidermek her zaman mümkün olamamaktadır. Örneğin taraf devletin makul sürede yargılama hakkının ihlali nedeniyle (AİHS m.6/1) mahkum edilmesinde

⁶ Doğru, s. 198 vd.

⁷ Ünal, s. 64.

durum böyledir⁸. Kaldı ki, Sözleşme'ye yönelik ihlal, eğer doğrudan anayasal veya yasal düzenlemeden ileri geliyorsa; yargılama yenilenmiş olsa bile, mahkeme, yine aynı anayasa ve yasa hükmünü uygulayacağı için yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen kararda bir değişiklik olmayacaktır. Öte yandan bu durumda davaya bakan mahkemenin önceki kararında ısrar edebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşmeye aykırılığı tespit edilen kesin hükme karşı yargılamanın yenilenmesinin iç hukukta kabul edilmesi yeniden yargılama yapılarak kararın düzeltilmesini sağlar. Bu düzeltme daha sonraki ihlalleri önleyerek tazminat ödenmesini ortadan kaldırır. İç hukukta da adil yargılanma hakkına aykırılığın tespit edilerek ilan edilmesi daha fazla değer taşır. Ayrıca İnsan Hakları Mahkemesinin uyguladığı insan haklarına ilişkin Avrupa standartlarının, akit devletlerin milli mahkemelerince de yeknesak biçimde uygulanması sağlanır¹⁰.

Bu olumlu sonuçlara karşılık yargılamanın yenilenmesi yolunun kabul edilmesi mahkeme kararlarına karşı kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırarak hukuk güvenliğini sarsacağı, İnsan Hakları Mahkemesinin de iş yükünü artacağı ileri sürülebilir. Yine bağımsız mahkemelerin yargılamanın yenilenmesi halinde dahi ilk kararlarındaki sonuca varabilecekleri ileri sürülmüştür¹¹.

Olumsuz bazı yönlerine rağmen yargılamanın yenilenmesi, AİHS'ye yönelik ihlalin iç hukuktaki etki ve sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından vazgeçilemeyecek bir yol olarak görünmektedir. Bu bir yükümlülük olmakla beraber başka bir alternatif yol bulunmadıkça taraf ülkeler bakımından kabulü gerekli olmaktadır. Eğer ihlalin temelinde bir yasa varsa bu yasanın ihlalinin mahkemece tespitinden sonra yasanın kaldırılması gerekir. İdari bir işlemse bu işlemin geri alınması gerekir. Yine mahkeme kararı ise bu kararın kaldırılması gerekecektir. Yoksa tazminatı ödeyip ihlallere devam sözleşmenin amacı değildir.

⁸ Bu gibi durumlarda zararın tazmini tek uygun çözüm olarak görünmektedir (Ress, s. 351).

⁹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz; s. 119-120.

¹⁰ Ünal, s. 64

¹¹ Ünal, s. 238.

III. YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLU İLE KESİNLEŞMİŞ MAHKEME KARARLARININ OLUŞTURDUĞU İHLALİN ORTADAN KALDIRILMASI

A. GENEL OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Medeni usul hukukunda yargılamanın yenilenmesi, kesinleşmiş olan hatalı kararların düzeltilmesi veya ortadan kaldırmasını sağlayan istisnai nitelikte olağanüstü bir yargı yoludur¹². Olağanüstü ve istisnai bir yol olması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi sebepleri 445 ve 446. maddelerde belirtilmiştir. Kanun her iki düzenlemede de ağır yargılama hatalarının bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yolunu açmıştır. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri genel olarak tarafın veya mahkemenin mücbir bir sebep yahut karşı tarafın, bilirkişi veya tanığın hilesi veya cezayı gerektiren bir fiil nedeniyle ortaya çıkarılmış olması düşüncesine dayanır¹³. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup yorum veya kıyas yolu ile genişletilemez. Genel olarak yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin ya yargılama hukukuna veya olay tespitine ilişkin hatalara dayandığı görülmektedir¹⁴. Buna karşılık bir hukuk kuralının yanlış uygulanması veya hiç uygulanmaması anlamında “hukuksal hata”, bir yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturmamaktadır¹⁵.

¹² **Arslan**, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme), Ankara 1977, s. 6; **Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s. 206; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 2. baskı, Ankara 2001, s. 517-523; **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C.V, İstanbul 2001, s. 5164-5270; **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, 6. Baskı, İstanbul 1997, s. 910-931; **Erem**, Faruk; “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, AÜHFD, Y.1962, C.XIX, S. 1-4, s. 3-48; **Umar**, Bilge; “Türk Medeni Usul Hukukunda İade-i Muhakeme, İÜHFM, Y.1963, C.XXIX, S. 1-2, s. 260-298; **Üstündağ**, Saim; “HUMK’un 445. Maddesinin 5. Bendine Dayanan Muhakemenin İadesi Talebine İlişkin Düşünceler, İÜHFM 50. Yıl Armağanı, s. 387 vd.; **Ansary**, Sabri Ş.; “Muhakemenin İadesi”, Adliye Ceridesi, 1938, No:4/27, s. 718-724.

¹³ **Arslan**, s. 78.

¹⁴ **Schmidt**, § vor 359, no.1.

¹⁵ **Helmann**, Uwe; Strafprozeßrecht, Berlin-Heidelberg vd. 1998, Teil V, § 5, no.1; **Roxin**, Claus; Strafverfahrens-recht, München 1999, § 55 no.7; **Erol**, Cihan/**Yenisey**, Feridun; no.546.

Kanunun 44. maddesinin 8, 9, ve 10. bentlerinde yer alan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin varlığı halinde kesin hükmün iptali ile yetinilir ve fakat yeniden yargılama yapılarak yeni bir karar verilmez. Bunun dışındaki sebeplerin varlığı halinde mahkeme yeniden yargılama yaparak bir karar verir.

B. YARGILAMANIN YENİLENMESİ NEDENİ OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İHLALİ

1. Karşılaştırmalı Hukukta

Karşılaştırmalı hukukta, genellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yönelik bir ihlalin, sınırlayıcı biçimde sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden hiçbiri içine girmediği ve bunun bir yargılamanın yenilenmesi nedeni oluşturabilmesi için, bu yönde bir yasa değişikliğine gidilmesinin zorunlu olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Nitekim 1998 yılında Alman CMUK § 359'a yeni bir fıkra eklenmeden önce, mahkeme kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık oluşturduğunun İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilmesinin, başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılamayacağı, gerek uygulamada¹⁶ ve gerekse öğretide¹⁷ kabul edilmişti. Bunun üzerine yasakoyucu 09.07.1998 tarihli bir yasa ile¹⁸, sınırlayıcı biçimde sayılmış olan yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin uygulanmasının mümkün olmamasına tepki göstermiş ve AİHM'in kararından sonra AİHS'in (veya ek protokollerden birinin) ihlaline dayanan kararın yeniden gözden geçirilebilmesine olanak sağlamıştır¹⁹. Böylece iç hukukun, Sözleşme doğrultusunda oluşturulması gözönüne alınmış olmaktadır²⁰. Ancak Alman Hukuku'nda getirilen düzenlemenin, yalnızca *ceza mahkemeleri tarafından* verilen kararlar bakımından geçerli olduğu; buna karşılık, yönetsel yargı

¹⁶ BVerfG, Beschluß vom 11.10.1985 - 2 BvR 336/85 (NJW 1986, s. 1426 vd.).

¹⁷ **Stoffers**, Kristian F.; "Nochmals: Zur Notwendigkeit einer Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens", ZRP 1998, s. 176; **Wasserburg**, Klaus; "Zur Notwendigkeit einer Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens", ZRP 1997, s. 415.

¹⁸ Bkz. **Maur**, Lothar; "Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten als neuer Wiederaufnahmegrund im Strafverfahren", NJW 2000, s. 338.

¹⁹ **Volk**, Klaus; Strafprozessrecht, 3. Aufl., München 2002, § 38, no.10.

²⁰ **Schmidt**, § vor 359, no.40.

yerleri ve hukuk mahkemelerince verilen kararlar bakımından böyle bir olanağın bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır²¹.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne aleniyet ilkesi, sözlülük ilkesi, davanın makul sürede sonuçlanması ve hukuki dinlenilme hakkının sağlanması konusunda kısaca adil yargılanma hakkı konusunda başvurula-bilecektir. Ancak Alman Hukukunda tüm iç yolların tüketilmesinden sonra ilgili kişi önce anayasa şikayeti denilen yola başvurmalıdır²².

Avusturya'da da, yalnızca CMUK § 363a'da yargılamanın yenilen-mesine olanak sağlanmış; buna karşılık, AİHM tarafından Sözleşme'ye yönelik ihlal tespiti durumunda **özel hukukta ve yönetim hukukunda bu kuruma yer verilmemiştir**. AİHM'in, *Avusturya*'da görülen bir ceza davasında, sanığın aleyhindeki tanıklara soru sorma fırsatı verilmeden hapis cezasına mahkum edilmesini AİHS'e aykırı bulduğu *Unterpertinger Kararı* üzerine, yapılan yeniden yargılama sonucunda başvuruçunun beraatine karar verilmiştir²³. AİHM'in bir başka kararı²⁴ sonucunda da, *Avusturya*'da, yine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidildiği; fakat bu kez yeniden yapılan yargılamanın başvuruçunun beraati ile sonuçlanmadığı görülür²⁵.

²¹ Bkz. **Bausback**, Winfried; "Keine Wiederaufnahme nach EGMR-Urteil", NJW 1999, s. 2483 vd.

²² **Musielak**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2002, 3 Auflage, §578 Rdnr.89; **Holger/Leisner**, Verfassungundrecht III, 1999, 1. Auflage, s. 121; **Schilken**, Eberhand, Gerichtsverfassungsrecht, 2. Auflage, 1994, s. 276. Buna karşılık Alman hukukunda Frowein, Jus 1986, s. 845, 850. **Bausback**, Keine, Wiederaufnahme nach EGMR-Urteil, NJW 1999, Heft 34, s. 2483 vd. Buna karşılık Wolf, İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ZPO 580 bend 7 kıyasen yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması görüşündedir (**Schilken**, s. 276 dn.20). Buna karşılık **Braun**, Münchener Kommentar zur, Zivilprozessordnung, Band 2, 2. Auflage, § 578 Rdnr.36, 37.

²³ **Ünal**, s. 65; **Doğru**, s. 201; **Ünal**, s. 65.

²⁴ AİHM, Windisch-Avusturya, 27.09.1990, No:12489/86 (Seri:A, No:186; <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=327170053&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>).

²⁵ **Doğru**, s. 202. Windisch Kararına konu olan somut olayda, soygun yapma suçundan mahkum olan başvuruçunun hakkındaki hüküm, olayın görgü tanıkları olup yalnızca hazırlık soruşturmasında ifade veren ve yapılan gizli teşhiste başvuruçuyu teşhis eden, ancak güvenliklerinin tehlikeye gireceği kaygısıyla açık duruşmada başvuruçunun tarafından sorgulanamayan iki tanığın hazırlık soruşturmasında verdikleri ifade tutanağına dayanılarak kurulur. AİHM, iç hukuktaki bu yargılamayı adil yargılanma hakkına aykırı bulur. Mahkeme'nin bu kararından sonra, Başsavcılık *Avusturya Yüksek Mahkemesi*'nden

İsviçre’de, bir AİHM kararı²⁶ üzerine, yargılamanın yenilenmesi yoluna *cezai olmayan bir dava açısından da* gidildiği görülür²⁷. Olayda, başvuru-
cunun almakta olduğu malullük aylığı, çocuk doğurduktan ve evine bakabi-
lecek duruma geldikten sonra kesilmiş; başvuru-
cunun açtığı davada ulusal mahkemeler hiçbir araştırma yapmaksızın, çocuk doğuran kadınların işlerini
bıraktıkları ön kabulüne dayanarak davayı reddetmiştir. AİHM, ulusal mahkemenin bu ön kabulünün hükümde tek esaslı gerekçe olduğunu ve bunun
cinsiyet açısından farklı muamele olduğunu belirlemiş; adil yargılanma hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bunun
üzerine, **Federal Sigorta Mahkemesi**, Federal Yargılama Yasası m.139a’ya göre yeniden yargılama yapmış ve önceki tüm kararları kaldırarak; başvuru-
cuya, maaşının, kesildiği tarihten geçerli olmak üzere tekrar bağlanmasına karar vermiştir²⁸.

Yine İsviçrede AİHM Schuler-Zraggen’in başvurusuna ilişkin 24.6.1995 tarihli kararında, İsviçre Mahkemesinin bir delil değerlendirmesini Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulmuştur. İsviçre Mahkemeler Kuruluş Kanununun 139a ve 141c maddelerinde, bu aykırılığın tespiti bir yargılamanın yenilenmesi sayılmıştır.

2. Türk Hukuku’nda

Medeni usul hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşme’ye yönelik bir ihlal tespit edildiğinde, bunun, yargılamanın

mahkumiyet kararını kanun yararına bozmasını ister. Yüksek Mahkeme, sözkonusu kararın bozulmasına ve yeniden yargılama yapılmasına karar verir ve yeniden yapılan yargılamada daha önce duruşmada dinlenmeyen tanıklar da ifade verirler ve çapraz sorguyla sorgulanırlar. Yargılama sonucunda, dava mahkemesi başvuru-
cuyu yeniden mahkum eder ve cezasını tayin ederken daha önce yatmış olduğu süreyi de dikkate alır (**Doğru**, aynı yer).

²⁶ AİHM, Schuler-Zraggen-İsviçre, 24.06.1993, No:14518/89 (Seri:A, No:263; <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=6&Action=Html&X=327165647&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>).

²⁷ Finlandiya’da açık bir düzenleme olmamakla beraber, Fin Yüksek Mahkemesi, İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararı olmadığı halde, 31 Mayıs 1995 tarihli bir kararında, taraflardan birisinin delilleri inceleme fırsatı verilmemesini kararın iptali sebebi saymış ve bunu Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkına dayandırmıştır (**Ünal**, s. 67).

²⁸ **Doğru**, s. 202.

yenilenmesi nedeni oluşturmayacağı kabul edilmekteydi²⁹. Nitekim yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin yer aldığı 445 veya 446. maddede bu konuda söz konusu olabilecek neden, 445. maddenin 10. bendinde yer alan sebep söz konusu olabilir. Bu bende göre;

“iki tarafı ve sebebi müttehid bir dava hakkında sadır bir ilama mugayyir yeni bir ilam sudurna sebep olabilecek bir madde yokken yine o mahkeme veya diğer bir mahkeme tarafından evvelki ilamın hükmü hilafında bir hüküm ve karar verilmiş olup da her iki ilamın kat’iyet kesbetmesi”

yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Bu bentte sözü edilen yargılamanın yenilenmesi sebebi, ikinci kez verilmiş kesin hükümdür. Yani sebebi, konusu ve tarafları aynı olan bir dava hakkında birbiriyle çelişkili kesin hüküm verilmiş olması halinde yargılanmanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir. Ancak kesinleşmiş olan hükme karşı gidilen ve İnsan Hakları Mahkemesi tarafından insan haklarına aykırılığı tespit edilen kararın, ikinci bir kesin hüküm ve dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması mümkün değildir. Çünkü İnsan Hakları Mahkemesinde öncelikle taraflar aynı değildir. Çünkü insan hakları mahkemesinde davalı tarafta sözleşmeye taraf ülke yer almaktadır. Bunun gibi iki hükmün sebebi de aynı değildir. Yani her iki davada dayanılan vakıalar yani olgular aynı değildir. Zira İnsan Hakları Mahkemesinde sadece İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık bakımından bir inceleme yapılmaktadır. Bunun yanında dava konusu da aynı değildir. Çünkü insan hakları mahkemesinden talep edilen insan haklarına aykırılığın tespiti. Her iki davada davacının çözümlenmesini istediği uyumsuzluk, hüküm altına alınmasını istediği konu aynı değildir. İnsan hakları mahkemesinde maddi hukuka ilişkin bir talep söz konusu değildir³⁰. Bunların yanında

²⁹ Bununla beraber yargılamanın yenilenmesi konusunda açık düzenleme yapılması görüşü doktrinde kabul edilmekteydi (Örneğin bkz. Memiş, Tekin; İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, Anayasa Yargısı 17, Ankara 200, s. 171; Doğru, s. 200; Ünal, s. 69).

³⁰ Memiş, İnsan Hakları Mahkemesi diğer bir mahkeme olmayacağı için yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmayacağını belirttikten sonra, diğer bir mahkeme olarak kabul edilse bile, yargılamanın yenilenmesi olanaksızdır; çünkü, kararların sonuncusunu vermiş olan mahkeme ilke kararın varlığını bilmemesi gerekir. Şu var ki Avrupa BAŞVURUSU zaten bilinmektedir” demektedir (Memiş, s. 169). HUMK.m.445/10’a göre aynı taraflar aynı konu ve dava sebebine dayanan iki kesin hükmün bulunması halinde yargılamanın

kesinleşmiş iki hükmün bulunduğu bir an için kabul edilse bile, yargılamanın yenilenmesi ikinci hükmü veren mahkemeye yapılacaktır ve ikinci yapılan yargılama yenilenecektir. İleri sürülen sebebin varlığı halinde ise ikinci hüküm iptal edilecektir. Halbuki insan hakları mahkemesi kararına uygun bir yargılama amaçlandığından bu durumun amaca uygun olmayacağı açıktır. Bu nedenlerle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş bulunan hiçbir yargılamanın yenilenmesi sebebi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları hakkında uygulama olanağı bulmaz. Sözleşme'ye yönelik ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yargılamanın yenilenmesi nedenlerini genişletmek mümkün olmadığından, tek çözüm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişikliğe gitmek olarak gözükmektedir³¹. Nitekim, Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde neler yapması gerektiğine ilişkin Devlet Planlama Teşkilatı'nın Siyasi Kriterler Raporu'nda benimsenen öncelikler arasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi açısından yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme yollarının işletilmesini engelleyen hükümlerin kaldırılması ve bireysel başvuru sonucu verilen kararların bağlayıcılığına ilişkin yasal düzenleme yapılması önerilmiş³²; bunun sonucu olarak da, 4771 sayılı Kanunun 6 ve 7. maddelerinde, yargılamanın yenilenmesi kurumuna yer verilmiş ise de, yine aynı yasanın geçici 2. maddesinde, bu yasanın 6 ve 7. maddelerinin, *"bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı"* ve ayrıca söz konusu hükümlerin yasanın Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştü. Oysa, yukarıda da değindiğimiz üzere, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, şu ana kadar yapılmış olan başvurular üzerine tespit edilen ihlallerin etki ve sonuçlarını ortadan kaldırmayı Türkiye'den istemekteydi. Bu yüzden 4771 sayılı Yasa'nın geçici

yenilenmesi sebebi sayılması için ayrıca bu kesin hükmün ikincisini veren mahkemenin ilkinin bilmiyor olması koşulu söz konusu değildir. İkinci mahkeme ilk mahkemenin kesin hükmünü biliyorsa kendiliğinden kesin hüküm nedeniyle ikinci kez açılan davayı reddedecektir. Ancak reddetmez ise ve ilk davayı biliyorsa ikinci kez verilen ve bir şekilde kesinleşen hükmün varlığı halinde bu durum yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını ifade etmez. Ancak **Memiş** tarafından ileri sürülen görüş, ilk kararın yabancı bir mahkeme kararı olması halinde kabul görmektedir (Bkz. **Arslan**, s. 123).

³¹ **Memiş**, E., s. 169; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 126-127.

³² Bkz. **Keskin**, Adnan; "Türkiye Bunlara Mecbur", Radikal Gazetesi, 08.03.2000, s. 9.

2. maddesinin yürürlükten kaldırılarak yargılamanın yenilenmesi olanağının daha önce İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış olan başvurular bakımından da geçerliliğinin sağlanması zorunlu görünmekteydi.

Avrupa Birliğine üyelik sürecinde, Avrupa Birliği normlarına uyumlaştırılması için 2002 tarihinden itibaren başlayarak bazı kanunlarda değişiklik yapıldı. Uyum paketleri ya da uyum yasaları denilerek bu bir dizi değişiklikler sonucu hukukumuzda çok önemli değişimler yapılmıştır. 6 Şubat 2002 tarihinde başlayan bu süreçte bugüne kadar yedi ayrı yasa ile çeşitli kanunlarda değişikliğe gidilmiştir.

4771 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” Resmi Gazete’nin 09.08.2002 günlü ve 24841 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplam 14 madde ve 3 geçici maddeden oluşan bu kanunun iki maddesi yürürlükle ilgilidir. Kanunun 6. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 445a maddesi eklenmiştir. Ayrıca yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 448. maddesine bir fıkra ilave edilmiştir³³. HUMK.m.445/A’ya göre “Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında, ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından

³³ 3.8.2002 tarihli “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4771 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 4445. maddesinden sonra gelmek üzere 445/A maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre

“Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında, ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın **kesin olarak** karar verir.

Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 448. maddesine son fıkra olarak bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre.

445/A maddesi hükümleri saklıdır.

Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa,” yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir. Bu düzenlemeler daha sonra beşinci uyum paketi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4793 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”, Resmi Gazetenin 04.02.2003 günlü ve 25014 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplam yedi madde ile bir geçici maddeden oluşan bu kanunun iki maddesi yürürlüğe girişi³⁴ ile ilgilidir³⁵. Diğer beş maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu³⁶, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Dernekler Kanununda³⁷ değişiklik yapılması öngörülmektedir.

³⁴ **MADDE 5.** - 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445/A maddesi, aynı Kanunun 448 inci maddesinin son fıkrası, 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327/a maddesi, aynı Kanunun 335 inci maddesinin son fıkrası ile 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 2 nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

GEÇİCİ MADDE 1. - Bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.

MADDE 6. - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

³⁵ Bu Kanunun geçici maddesine göre,

GEÇİCİ MADDE 2. — Bu Kanunun 6 ve 7 nci maddeleri, bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra (YANI BU KANUN BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİNDEN 4.8.2003 TARİHİNDEN SONRA) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 3. — Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde yürürlüğe konulur.

Yürürlük

MADDE 13. — Bu Kanunun 6 ve 7 nci maddeleri, bu Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

3.8.2002 tarihinde bu Kanun yürürlüğe girdiğine göre 6. maddesi 4.8.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girecekti. Ancak 445/A maddesi yürürlüğe girmeden 21.01.2003 gün ve 4793 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Yani 445A maddesi yürürlüğe girmeden kaldırılmıştır.

³⁶ 4793 sayılı Kanunla 23.1.2003 tarihinde aşağıdaki hükümle 445. maddesine 11. bend eklendi.

4928 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” Resmi Gazetenin 19.07.2003 günlü ve 25173 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplam 23 maddeden oluşan bu kanunun iki maddesi yürürlüğe ilgilidir. Kanunun 6. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin birinci fıkrasına (1) bendi eklenmiş ve üçüncü fıkranın birinci cümlesi değiştirilmiştir. Bu değişikliklere göre, daha önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yapılan değişikliklere paralel olarak İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin ve eki protokolleri ihlali, idari yargı alanında da bir yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmiştir. Kanunun 7. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanununun 53/1. maddesine eklenen bentle ilgili olarak İdari Yargılama Usulü Kanununa geçici madde eklenmiştir. Buna göre; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilen-

MADDE 1. - 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki 11 inci bent eklenmiştir.

11 - Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

MADDE 2. - Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 447 nci maddesine aşağıdaki üçüncü fıkra eklenmiştir.

445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır.

³⁷ **MADDE 3.** - 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327 nci maddesine aşağıdaki 6 ncı bent eklenmiştir.

6- Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

MADDE 4. - 6.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanununun 82 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 82. - Bu Kanunun 43 üncü maddesine veya 45 inci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki zorunluluğa uymayanlar, 64 üncü maddenin ikinci fıkrasında öngörülen bildirim yapımayan veya Bakanlıkça belirtilen sürede taşınmaz mallarını paraya çevirmeyenler birmilyar liradan üçmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

mesi istemlerinin, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ileri sürülebileceği hükme bağlanmıştır.

C. YARGILAMANIN YENİLENMESİ SEBEBİ

4771 sayılı Kanunla kabul edilen 445/A maddesine göre yeni yargılamanın iadesi sebebi için, “Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında, ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa” bu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmiştir.

Bu düzenleme ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi İnsan hakları Sözleşmesinin veya ekli protokollerin ihlali suretiyle verildiği İnsan Hakları Mahkemesi tarafından saptanır ve tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmiştir. Kısaca hukuk mahkemesince İnsan Hakları Sözleşmesiyle korunan adil yargılanma hakkının ihlali kural olarak yargılamanın yenilenmesi sayılmıştır. Sözleşmenin ihlali nedenine dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmek için, İnsan Hakları Mahkemesince Sözleşme veya Ek Protokol hükümlerinden en az birisinin ihlal edildiğine karar verilmiş olması ve ihlalin ve ağırlığı bakımından tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması gerekir. Özellikle aile hukuku açısından bazı hallerde tazminatla giderilemeyecek ihlaller söz konusu olabilecektir. Ancak genel olarak tazminatla giderilemeyecek sonuç kavramı muğlak olup çok farklı yorumlara yol açabilecek niteliktedir. Bu durum ise uygulamada yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması konusunda mesafeli bir tutum almayı mümkün kılacaktır. Bu nedenle kanun koyucu 445. maddenin 11. bendinde yargılamanın yenilenmesi sebebini düzenlerken bu koşulu aramamıştır.

Yargılamanın yenilenmesi, başvurucuya AİHS m.41 uyarınca tazminat ödenmemiş olması koşuluna bağlı değildir. Bu nedenle başvurucuya tazminat ödenmiş olsa bile, bu, yargılamanın yenilenmesine engel oluşturmaz. Nitekim 4771 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme, yargılamanın yenilenmesini, “*ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması*” koşuluna bağlı

tuttuğu halde, yeni düzenlemede böyle bir koşula yer verilmemesi, yerinde olmuştur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda son olarak kabul edilen biçimi ile yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturması için , Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmesi koşulunu aradığından, yapılan başvuru, dostane çözümle sonuçlanmış ise, bu durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü ortada İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş bir kararı bulunmayacaktır.

Sözleşme'ye veya ek protokollere yönelik ihlalin yargılamanın yenilenmesi sonucu ortadan kaldırılabilir olması gerekir. Her ne kadar, yasada bu açıdan bir sınırlama yapılmamış ise de, eğer hukuk mahkemesi, ihlale yol açan yasayı yine uygulamak zorunda ise; yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilecek karar, ihlale neden olan önceki karardan farklı olmayacaktır. Böyle bir durumda çözüm yargılamanın yenilenmesi değil, mevcut yasanın değiştirilmesi olacaktır.

Yargılamanın yenilenmesi sebebi iç hukukta verilen kesinleşmiş bir mahkeme kararına ilişkin olacağından yeniden yapılacak yargılama ile giderilebilecek ihlaller yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılacaktır. Kesin hüküm verilirken İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık öncelikle Sözleşmenin 6. maddesinde teminat altına alınmış adil yargılanma hakkının ihlali halinde söz konusu olabilecektir. Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Sözleşmesinin en önemli kurallarından birisidir. Bu ilkeye göre herkes hukuk ve ceza ve idari davaların adil şekilde görülmesi ve sonuçlanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak genel olarak dört unsuru içermektedir.

a. Kanuni, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Tarafından Yargılanma

AİHS' nin 6. maddesinin 1. fıkrasından başka 2 ve 5. maddelerde de yer alan mahkeme terimi, kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde tarafsız ve bağımsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir. Mahkemenin görevine giren konularda belli bir usule uyarak ve hukuk kurallarına göre karar veren ve bu kararı cebri icra yolu ile gerekirse

zorla yerine getirilen mercilerdir. Sadece mütalaa veren merciler mahkeme sayılmaz³⁸.

Mahkemenin kanuni mahkeme olması gerekir. Bu terim, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyeceği yargılama usulünün, idare tarafından değil, yasama tarafından uyuşmazlık çıkmadan önce saptanmış olması gerekir. Anayasamızın 142. maddesine göre de “Mahkemelerin kuruluşu kanunla düzenlenir”.

Mahkemede çalışan kişilerinde bağımsız olması gerekir. Bağımsızlık hâkimin yargı dışında her türlü yabancı organdan etkilenmesine karşı bir korumadır. Mahkemenin bağımsızlığı derken, üyelerinin atama ve görevden alınma usulü, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığı, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığı ve mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği araştırılmaktadır.

Bağımsızlığın tamamlayıcısı tarafsızlıktır. Tarafsızlık hâkimin davada objektif olabilmesi ve hukuku tarafsız olarak uygulayabilmesi açısından önemlidir.

Hukuk mahkemesinden verilen ve kesinleşmiş olan kararın kanuni hakim önünde yargılama yapılmaması nedeniyle İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılığı tespit edilirse, bu yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılacak mıdır? Yargılamanın yenilenmesi talebi kesinleşmiş olan hükmü veren mahkemeye yapılacağından, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma yapılmayacağından ihlal giderilemeyecektir. Ancak ihlalden sonra yapılan kanun değişikliği ile kanuni, bağımsız ya da tarafsız bir mahkeme kurulmuş ise bu takdirde yeniden yargılama yoluna gidilebilecektir. Aksi takdirde aynı mahkemeye yapılacak bir yargılamanın yenilenmesi başvurusu ile İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlal giderilemeyecektir. Bu durumda ihlalin giderilebilmesi için önce kanun değişikliği yapılması gerekecektir. Ancak bu eksiklik kanun değişikliği ile giderildiği takdirde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.

³⁸ Pekcanitez, Hakan; Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD 1997/2, s. 35 vd.; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, s. 252.

b. Makul Süre İçinde Yargılanma

Davaların yargılama makamları önünde uzun süre uzaması birçok ülkede şikâyetlere neden olmaktadır. Geciken adalet, adalet değildir. Bu sebeple, sözleşmeyi onaylamış olan devletler, kendi hukuk sistemlerini, mahkemelerin bu fıkra gereklerinden her birini yerine getirecek şekilde düzenlemeye mecburdur³⁹.

Davaların makul süre içinde bitirilmemesi veya bitirilememesi, tarafların yargıya güvenini sarsacak ve özellikle bu davanın gecikmesinde yararı olana cesaret verecektir. Devletin yargıya güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılama makul süre içinde bitirilemez ise, bu yargıdan kaçışa neden olabilecek sonuç olarak buradaki boşluk, zorla hak elde etme şeklinde yasal olmayan biçimde doldurulacaktır.

Anayasamızın 141. maddesinde de davaların makul bir süre içinde bitirilmesi açıkça düzenlenmiştir. Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 77. maddesinde “Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede **sür’at ve intizam**” dairesinde yürütülmesine dikkatle mükellef kılınmıştır.

Makul sürenin ne zaman aşıldığının tespiti oldukça zordur. Bunu sadece her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilebilmesi mümkündür. Sürenin başlangıcı olarak mahkemeye başvuru esas alınmaktadır. Ancak bazı hallerde mahkemeye başvurmadan önce, uyuşmazlık konusunda karar almaya yetkili idari bir mercie başvuru da sürenin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Sürenin sonu olarak hükmün şekli anlamda kesinleşmesi, yani tüm başvuru yollarının tüketilmiş olmasıdır. Makul sürenin değerlendirilmesinde İnsan Hakları Mahkemesi üç yönlü araştırma yapmaktadır.

Bunlardan birincisi dava konusunun niteliğidir. Dava konusunun niteliği, hukuki sorunun çözümündeki güçlük, delillerin toplanması ve bağlanmasındaki zorluk anlaşılır. Basit bir tahliye davası ile büyük bir şirketin feshi aynı sürede bitirilemeyecektir.

³⁹ Pekcanitez, Medeni yargıda Adil Yargılama, İzBD 1997/2, s. 35 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 253.

İkinci olarak yargılama sırasında (bireysel başvuruda bulunan) tarafın tutumu araştırılmaktadır. Tarafların dava süresince yargılamanın gecikmesini önlemek konusunda birçok hakları vardır. Eğer şikâyet eden taraf gecikmeye neden olmuşsa veya gecikmeye engel olmamışsa buna göre makul sürenin aşıp aşılmadığı belirlenmektedir.

Makul süre konusunda üçüncü ölçüt, ulusal yargılama makamlarının tutumudur. Bu konuda genel bir süre koymak ve bu süre aşıldığında makul sürede yargılamanın bitirilmesi ilkesinin ihlâl edildiğini söylemek mümkün değildir. Makul süre, davaların çabuk sonuçlanmasını, özellikle her ne pahasına olursa olsun çabuk bitirilmesini amaçlayan bir ilke değildir. Eğer böyle olsaydı, yargılama sonunda verilen kararın doğru bir karar olmasından feragat edilmiş olurdu. Bu nedenle yargılamanın çabuk değil, makul süre içinde bitirilmesi amaçlanmıştır⁴⁰.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesi bu sebeple bir kararın adil yargılanma hakkına aykırılığını tespit ederse, başvuran taraf sadece tazminat alabilecek fakat bu sebep bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmayacaktır. Çünkü bu kararın iptal edilerek tekrar yargılanma yapılmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuran ve lehine karar verilen tarafın da bir yararı yoktur. Ayrıca başvuru, tazminatla giderilebilecek sonuçlar doğurmakta, gecikme nedeniyle başvuru sahibine tazminat ödenerek gecikmenin oluşturduğu zararlar karşılanmaktadır. Yeni bir yargılama yapılması gecikmenin sonuçlarını karşılayacak nitelikte değildir⁴¹.

c. Aleni Surette Yargılanma

Aleni yargılama, yargılamanın evrensel ilkelerinden biridir ve adalet dağılımında kamu denetimini sağlamak, keyfilğe müsait gizli yargılamayı önlemektir. Bu gizlikten kaynaklanan mahkemelere güvensizliği de ancak aleniyet ile sağlayabiliriz⁴².

Yirminci yüzyılın batı demokrasilerinin göstergesi devlet gücünün aleniliği idi. Bu özellikle yurttaşların (dinleyici veya Basın yolu ile) bu gücü

⁴⁰ Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, ZZP 96, s. 163.

⁴¹ Braun, Münchener Kommentar, § 578 Rdnr 37.

⁴² Pekcantez, Hakan; Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Yargı reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 408 vd.; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 236 vd.

kontrol edebilmesi için zorunlu görülmüştür. Bu zorunluluk gizliliğin kaldırılması özellikle yargılamanın aleni olması birçok ülke anayasasında açıkça düzenlenmiş ve teminat altına alınmıştır.

Adil yargılanma hakkı açısından diğer önemli bir unsur duruşmaların aleniliğidir. Burada doğrudanlık ilkesi de önem taşımaktadır. Özellikle yargıcın duruşmada bizzat edineceği izlenimin önemi büyüktür. Aleniyet ilkesi, hak arayanların hakkını, halkın denetiminden kaçan gizli bir adalete karşı korumaktadır. Ayrıca aleniyet yargıya güveni de arttırmaktadır. Ancak delil olarak kullanılabilmesi için tanığın mutlaka duruşmada dinlenilmesine gerek yoktur. Tanığın ağır hasta olması, duruşmaya gelememesi gibi bir sebeple bulunduğu yerde dinlenilmesi halinde verdiği ifadesi pekalâ delil olarak kullanılabilir. Bu durum adil yargılanma hakkına da aykırı olmaz.

Aleniyet hükmün taraflara bildirilmesini de kapsamaktadır. Ancak hükmün kısa karar olarak aleni duruşmada bildirilmesi yeterli olup gerekçeli kararın daha sonra taraflara bildirilmesi mümkündür. Başka bir ifade ile, aleniyet hükmün gerekçesinin de aleni olarak taraflara bildirilmesini gerekli kılmamaktadır.

Gerek aleniyet ilkesinin geçersiz şekilde sınırlanmış olması ve gerekse duruşmanın gerekmediği halde gizli yapılmamış olması usul hatası olarak kabul edilir. Buna karşı olağan kanun yollarına başvurulabilir. Bu ilkenin ihlalinin önemli sonuçları vardır. Aksi takdirde bu önemli ilkenin korunması düşünülemez. Ancak aleniyet ilkesine aykırı davranılmış olması hükmü iptal edilebilir kılmaktadır. Yoksa aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen hüküm batıl değildir ve yine bu ilkeye aykırı verilmiş kesin hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez .

Acaba aleniyet ilkesine aykırılık nispi mi yoksa mutlak bozma sebebi midir? Bu konuda Ceza Muhakemeleri Kanununda aleniyet ilkesinin ihlali mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmiştir(CMUK m.373/1, 308/6). Tüm muhakeme çeşitleri için, eğer aleniyet belli koşullarda mahkeme tarafından kaldırılmışsa, bunun mutlak temyiz sebebi olup olmadığı tartışmalıdır. Eğer aleniyet ilkesi haksız olarak yanlış olarak kısmen veya tamamen kaldırılmışsa, mutlak bozma sebebidir. Doktrinde bazı yazarlar aleniyet ilkesine aykırılığı nispi bozma sebebi olarak görmekte ve aleniyet ilkesine aykırılığın eğer

hükme etkisi olmuşsa bozma sebebi sayılacağı kabul edilmektedir⁴³. Eğer aleniyetin kaldırılması mahkemenin takdirine bırakılmışsa, bu kısmen takdirin doğru kullanılmaması olarak kabul edilir.

Bu konuda ihlalin mutlak bozma sebebi sayılabilmesi için mahkeme ihlali olaya göre yeteri kadar ihtimam, dikkat gösterse idi tespit edilecek ve sorumluluk alanını kaldırabilecek olmalıdır. Aleniyet ilkesinin koruma amacına göre objektif bir ihlal olmalıdır. Aynı zamanda mahkemenin dış etkilerini ve bununla hukuki korunmanın etkilenip etkilenmediğini karar esas alınmaksızın incelemelidir. Şüphe halinde ise mutlak bozma sebebi sayılmaktadır⁴⁴. Sorumluluğun kimde olduğunun açıklanamaması halinde aleniyet ilkesi lehine yorum yapılmalı ve bu hata bir bozma nedeni sayılmalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısı kendiliğinden kapanarak salona girişin engellenmesi, memurun salonda tüm yerlerin dolu olduğunu belirterek duruşmanın gizli yapılmasına neden olması, salona fark edilmeden “aleni” yerine” “gizli duruşma” yazısının asılması gibi. Bütün bu örnekler mutlak bozma sebebi sayılmalıdır⁴⁵

Eğer aleniyetin kaldırılması gerekli iken, mahkeme de bu yönde bir karar verir, fakat bu gerçekleşmemişse, bu da mutlak bozma sebepleri arasında sayılır. Örneğin, mahkeme, tanığın özel yaşamının korunması için duruşmanın gizli yapılmasına karar vermiş ve fakat duruşma salonuna fark edilmeden bir dinleyici girmiş ya da salonda kalmışsa, bu durum gerçekleşir⁴⁶.

Doktrinde aleni yapılması gereken bir duruşmanın gizli yapılması halinde bunun Yargıtay tarafından doğru bulunmazsa tek başına bozma sebebi sayılmayacağı, duruşmanın gizli yapılmış olması sonuca etkili ise, ancak o zaman bir bozma sebebi teşkil edeceği kabul edilmektedir⁴⁷. Yargıtay aleni yapılması gereken bir duruşmanın gizli yapılması hükmün sonucuna etki etmediğinden yerel mahkemenin kararını bozmamıştır⁴⁸. Bu karara bakarak

⁴³ **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 84; **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, Altıncı Bası, İstanbul 2001, s. 147.

⁴⁴ **Schilken**, § 12 Rdnr. 199, **Kissel**, § 169 Rdnr. 57.

⁴⁵ BGHSt 21, s. 21, 72, BGHSt 22 97

⁴⁶ **Schilken**, § 12 Rdnr. 196

⁴⁷ **Kuru**, C. I, s. 147

⁴⁸ “Tarafardan birinin sakat olması duruşmanın gizli yapılması için sebep değildir. Buna rağmen gizli duruşma yapılması Usulün 149. maddesine aykırıdır. Ancak bu yanlışlık

Yargıtay'ın aleniyet ilkesinin ihlalini nisbi bozma sebebi saydığını söyleyebiliriz. Ancak genelleme yapılmasının yanlış olduğu kanısındayım. Yargıtay kısa kararın gerekçeli karara aykırı olmasını aleniyet kuralına aykırılık olarak değerlendirmektedir. Yargıtay kısa kararın gerekçeli karara aykırı olmasına aynı zamanda kamu düzenine aykırılık olarak kabul ederek bu aykırılığın mutlak bozma sebebi olduğunu açıklamıştır⁴⁹.

Aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen karara karşı iç kanun yollarının tüketilmesinden sonra İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilir. Çünkü aleniyet ilkesine aykırılık adil yargılanma ilkesinin ihlali sayılır⁵⁰.

Ancak İnsan Hakları Mahkemesinin kararıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği tespit edildiği takdirde, bu tespit iç hukukumuz bakımından yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın aleniyet ilkesine aykırılığı artık nisbi bir bozma sebebi sayması mümkün olmamalıdır. Aksi halde bu uygulama İnsan Hakları Sözleşmesine de aykırılık oluşturur. Hukuk davalarında da tıpkı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki gibi aleniyet ilkesine aykırılık mutlak bozma sebebi sayılmalıdır.

Ancak tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözümünde taraflar yargılamanın gizli yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda yapılan yargılama adil yargılanma hakkına ve dolayısıyla insan haklarına aykırı sayılmaz. Bunun gibi boşanma davasında hakim taraflardan birisinin talebi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir (MK. m. 184/6). Hakim bu istemin özellikle boşanma davası açmış eşlerin gizli yaşamları ile ilgili açıklama yapmaları ve özellikle eşlerin kişilik haklarının etkileneyeceği hallerde talep üzerine veya kendiliğinden duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilecektir. Böyle bir karar da adil yargılanma hakkına aykırı sayılmamalıdır.

d. Hakkaniyete Uygun Olarak (Adil) Yargılanma

Adil yargılamanın sağlanabilmesi için diğer bir öge, yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılmasıdır⁵¹. Hakkaniyet taraflar arasındaki tam

hükümün sonucuna etkiyi bulunmadığından keyfiyet bozma sebebi sayılmamıştır" 2. HD. 12.11.1974 (ABD 1975/5, s. 755-756).

⁴⁹ İBK. 10.4.1992, 7/4 (YKD 1992/Temmuz, s. 997 vd.)

⁵⁰ **Leipold, Dieter/Stein-Jonas**; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Auflage, Tübingen 1983, vor § 128 Rdnr. 129-131; **Frowein/Peuckert**, Art.6 Rdnr. 79-87; **Miehse/Vogler**, Art 6 Rdnr. 342

bir eşitliğin bulunmasına ve bu eşitliğin tüm yargılama boyunca devam etmesini gerektirir. Bu eşitlik “**silâhların eşitliği**” olarak ifade edilmektedir. Silahların eşitliği, hukuk devleti ve genel eşitlik ilkesinin bir sonucudur.

Silahların usuli anlamda eşitliğinin kökleri anayasa hukukunda genel eşitlik ilkesi ile sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır. Son yıllarda özellikle anayasa hukuku ile medeni usul hukuku arasında oldukça yoğun bir ilgi kurulmuş ve bunun en önemli noktası olarak gerçek hukuki koruma anlayışı olmuştur.

Silâhların eşitliği öncelikle anayasa tarafından teminat altına alınmış, tarafların hâkim önündeki usuli eşitliğini ifade eder. Bu, hâkimin taraflı davranışlardan kaçınmayı ve tarafsızlığını her halde korumayı gerektirmektedir.

Yine, tarafların yargılama sonunda verilen karara eşit şekilde etki edebilme bunun için eşit biçimde iddiada bulunabilme ve karşı tarafın iddialarına savunma yapabilmeyi gerektirmektedir. Adil yargılamanın bu yönü özellikle tahkikat aşamasında çok önemlidir. Hâkimin tahkikat boyunca tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar çerçevesinde gösterdiği vakıalar ve bu vakıaların ispatı için gösterilen tüm delilleri inceleyerek adil bir karar vermesi gerekmektedir. Özellikle tarafların gösterdiği delillerin geç ileri sürülmesi sebebiyle reddedilmesi ve incelenmeden karar verilmesi adil yargılanma hakkının ihlâli sayılabilir. Buna hukukumuzda hukuki dinlenilme hakkı da denilmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı da adil yargılanma hakkının unsurudur⁵²

Hâkimin adil yargılama ilkesi çerçevesinde taraflara eşit ve objektif biçimde davranma zorunluluğu vardır.

Yine hâkim tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalarını ispat için gösterdikleri delilleri değerlendirmeli, iddia ve savunmalarını neden reddedip neden kabul ettiğini gerekçesiyle kararında belirtmelidir. Burada öncelikle silahların eşitliği ilkesi akla gelmektedir. Bunun anlamı mahkeme önünde

⁵¹ Pekcamtez/Atalay/Özekes, s. 246 vd.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcamtez, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.; Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003

tafirlara efit hak ve vecibelere sahip olması ve bunun tüm yargılama boyunca devam etmesidir.

Tüm mahkeme kararlarında karşı tarafın iddialarına karşı gerekli usuli savunma olanaklarının kullanılabilmesine imkân tanınmalıdır. Eğer taraf yerel mahkemede tüm önemli ve karara etkili olan vakıalar hakkında görüşünü açıklamak ve savunma yapma konusunda imkâna sahip olmuş ve fakat bu imkân kusuru olmaksızın kendisine tanınmamışsa, bu konuda mazeret olarak yargılamanın hızlandırılmasının gösterilmesi gibi bir savunma, adil yargılamaya uygun olmaz. Özellikle burada eski hale getirme kurumunun yanlış uygulanması silahların eşitliğinin ihlâli olarak kendisini gösterir. Bu da adil yargılamaya aykırı olacaktır.

Ağır kusur sonucu tarafın adli yardım talebinin reddedilmesi, eşitlik prensibine aykırı olup bununla anayasadaki genel eşitlik prensibi ihlâl edilmiş olur.

Genel eşitlik prensibi medeni yargıda hâkim önünde tarafların usuli anlamda eşit olmasını sağlar ve yine eşitlik maddi anlamda eşitliği de sağlar. Silahların eşitliği muhakemedeki rizikonun ve yargılama giderlerinin de eşit olarak paylaşımını gerekli kılmaktadır. Yine hâkim taraflara karar için gerekli malzemelerin getirilmesinde ve karara etkide eşit imkân tanınmalıdır ve karşı tarafın iddialarına savunma imkânı tanınmalıdır. Bu hâkimin de eşit davranma yükümlülüğüdür. Hâkim taraflara eşit davranmakla adil bir yargılamayı yerine getirmiş olacaktır. Bunu yaparken tarafsız objektif ve taraflara eşit imkân tanıyarak yerine getirecektir.

Silahların eşitliği, “hâkim önünde eşitlik” ilkesi olarak kanuni hâkim ve hukuki dinlenilme hakkı yanında klasik usuli temel hak olarak kabul edilmiştir.

Tarafların yargılamada usuli anlamda silah eşitliği uygulamada “mahkeme önünde bir taraf diğeriyle eşittir”, “Hiçkimse diğerdan önce gelmez” Herkes diğeri kadar hakka sahiptir” davacı cevap veren kadar hakka sahiptir” biçiminde ifade edilmiştir. Şekli olan “hâkim önünde eşitlik” maddi anlamda “hâkim tarafından eşitlik” i gerektirir. “Hâkim önünde eşitlik” ile “hâkim tarafından eşitlik” yolunda daha yapılacak çok şey bulunmaktadır.

Özellikle tarafların ileri sürdüğü delillerin incelenmesinde, taraflara iddia ve savunmada bulunmak üzere imkân tanınması, söz verilmesinde bu durum vardır. Hakkaniyete uygunluk ulusal mahkemelerin kararlarının doğru olup

olmadığı değildir. İnsan Hakları Mahkemesi bunu araştırmaz. Çünkü İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemelerden verilen kararların hukuka uygunluğunu denetleyen bir üst mahkeme değildir. Burada önemli olan eşitliklerdir. Burada eşitliği incelerken somut olayda, şikayet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen gerçekten gayrı adil kılıp kılmadığına bakılacaktır. Davadaki bilgi ve belgeler ilgilinin inceleme ve eleştirisine imkân tanınmalıdır. Bu anlamdan tarafın usulüne uygun olarak davet edilmemesi, kendisine söz hakkı verilmemesi, belge ve delilleri inceleme imkanının tanınmaması gibi olabilir.

Sözleşmenin 6. maddesinin üçüncü fıkrasında örnek olarak sayılmış bazı haklar daha bulunmaktadır ki, bu haklar asıl olarak ceza yargısı esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak bu örnekler ceza yargısına ilişkin ise de, özel hukuk davalarında da uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir. Medeni yargı açısından tartışılması gereken bu haklardan birincisi, tarafların avukat yardımından yararlanma haklarının bulunup bulunmadığı, diğeri ise, mahkemenin dilini bilmeyen tarafa mahkemenin ücretsiz tercüman sağlama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır.

Ülkemizde medeni yargı içinde tarafların avukat tutma zorunluluğu bulunmayıp bu konuda kendi kendilerini savunma imkanı bulunmaktadır. Avukat tutma zorunluluğu AİHS m. 6'nin bir ihlâli sayılmaz, zira bu da aslında tarafların korunması amacıyla kabul edilmiştir. Ancak avukat tutma zorunluluğu bulunduğu takdirde devletin avukat tutamayan kişilere bunu sağlama yükümlülüğü vardır. Bu konuda ancak devletin masrafları ödeyemeyecek olan tarafa devletin gerekli giderleri taşıma zorunluluğu olup olmadığı tartışmalıdır.

Gerçek hukuki korumanın sağlanabilmesi için önemli engellerden birisi de özellikle birçok dilin konuşulduğu ülkelerdeki dil sorunudur. Acaba yabancı bir kişiye bu dil konusunda tercüman sağlanacak mıdır? Özellikle mahkemenin kullandığı dili bilmeyen vatandaşlar ya da yabancılar için tercüman sağlanacak mıdır?

Kanımca ceza yargısı ile medeni yargıdaki menfaatler göz önünde tutulduğunda, çoğu kez iki tarafı ilgilendiren özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümlendiği medeni yargıda, devletin duruşma dilini anlamayan tarafa tercüman tutma ve özellikle ücretsiz tercüman sağlama zorunluluğu bulunmamalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 270. maddesine göre, tanık Türkçe bilmezse, tercümanla dinlenir. Bu hükme göre hâkim

Türkçe bilmeyen tanığı bir tercüman aracılığıyla dinleyecek ve fakat bu tercümanın ücretini tanık dinletmek isteyen taraftan avans olarak yatırmasını isteyecektir. Bu avansı yatırmayan taraf tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılmalıdır. Ancak tanık kamu düzenini ilgilendiren bir konuda dinlenmek istenirse, bu durumda tanık ücreti gibi tercüman ücreti de ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Devlet hazinesi tarafından karşılanır (HUMK m. 415/II). Mahkeme, tanığın sağır ve dilsiz olması halinde de kendisi ile anlaşabilecek olan kişi aracılığıyla aynen Türkçe bilmeyenleri dinlediği gibi dinleyecektir. Hukuk davalarında mahkemeye sunulan dilekçe ve layihaların Türkçe yazılması gerekmektedir. Yine, duruşmada yargılama dili olan Türkçe konuşulması gerekmektedir (Anayasa, m. 3/I). Mahkeme de kararını da Türkçe olarak yazacaktır. Tarafın yabancı olması veya Türkçe bilmemesi halinde kararını yabancı dilde yazmak zorunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ücretsiz tercüman hakkı sadece ceza usul hukuku için tanınmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 325. maddesinde de, yabancı dilde yazılmış bir belgeyi mahkemeye ibraz eden tarafın, bunun tercümesini mahkemeye sunmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Yabancı dilde yazılmış bir belgeye dayanan taraf, kendisine mahkemece tanınan süre içinde bu belgeyi tercüme ettirmemezse, mahkeme bu belgeyi nazara almayacaktır. Buradan da yabancı dilde yazılmış belgenin tercümesinin taraflara ait olduğu ve mahkemenin tercüme zorunda olmadığı açıktır. bütün bu düzenlemeler, Türkçe bilmeyen sanığa tercüman tutulması zorunluğunun olmadığını göstermektedir.

Ücretsiz tercüman sağlamanın ve bunun giderlerinin devlete ait olmasının medeni yargı içinde düşünülmemesi gerekir. Bununla beraber, yargılamanın yürütülebilmesi için mahkemenin bir tercüman ataması ve fakat bunun giderlerinin dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmesi düşünülebilir. Tercüman olmaksızın karşı tarafın iddialarına karşı savunmasını mahkemeye anlamayan taraf, vakıalar, iddialar ve hukuki sorunlar hakkında karşı koyabilme, karşı iddiada bulunma imkanına sahip olamayacak ve başka bir temel hak olan, kendisine iddia ve savunma hakkı tanınmamış olacaktır. Bu nedenle tercüman talep etme hakkının, tarafa iddia ve savunma hakkı

tanınması ile eşit olduğu kabul edilmektedir⁵³. Adli yardımın özellikle çağdaş bir duruma getirilmesi de bu çerçevede düzenlenmesi gerekmektedir. Bugün adli yardımdan yararlanmak isteyen kişi yabancı ise, bu takdirde müteka-biliyet şarttır (HUMK.m.465/II). Yargılama giderleri hakkında İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adli yardım oldukça dar anlamda ele alınmıştır⁵⁴.

Hakkaniyete uygun yargılama yapılmaması ve dolayısıyla adil yargılama hakkının ihlal edildiği İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilirse, bu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturacak ve yeniden yapılacak yargılamada tespit edilen ihlal gidilerek tekrar yargılama yapılarak karar verilecektir.

D. YARGILAMANIN YENİLENMESİ USULÜ

1. Yargılamanın Yenilenmesini İstemeye Hakkı Olanlar

Yargılamanın yenilenmesine, İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak kesinleşmiş olan hükmün İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu tespit ettiren taraf başvurabilecektir. İnsan Hakları Mahkemesi tarafından talebi reddedilen tarafın yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurması mümkün değildir.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuran avukatın vekâletnamesinde açıkça olağan üstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabileceği hakkında açık hüküm bulunması gerekir⁵⁵.

21.3.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4793 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 445/A maddesine göre kesinleşmiş bir hükmün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre

⁵³ Waldner, s. 89; Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Alberts, Jan/Hartmann, Pete; § 185 GVG Rdnr.1. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art.103 Rdnr.79.

⁵⁴ Bkz. Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter; Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld 1984, s. 49 dn.296. Nitekim komisyon adli yardım talebinin reddini, adil yargılamanın ihlali olarak görmemiştir ve adli yardım talebini 6. madde kapsamında değerlendirmemiştir (Peuckert, Die Garantie des "fair trial" in der Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, s. 252)

⁵⁵ Arslan, s. 137.

hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler. Bu hükme göre yargılamanın yenilenmesi yoluna

1. Adalet Bakanı

2. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuran veya yasal temsilcisi başvurabilecektir. Yeni düzenlemede ise Adalet Bakanı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurması mümkün olmayıp sadece insan hakları mahkemesine başvuran ve lehine hüküm alan kişi veya vekilinin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi kabul edilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi, ancak İnsan Hakları Mahkemesi önünde yapılan yargılama sonucunda lehine ihlal tespiti yapılmış olan başvuru sahibi açısından söz konusu olur. Başka bir anlatımla aynı nedenle mahkum edilmiş olsa bile, İnsan Hakları Mahkemesine başvurmamış olan kişiler yargılamanın yenilenmesi yoluna gidemezler⁵⁶. Bu durum özellikle değerlendirilmeye değerdir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya Eklerinin yargılama sırasında ihlal edilmiş olması, temyiz veya karar düzeltme sebebi olarak sayılsa bile, kararın kesinleşmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmamaktadır. Adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişi hükmün kesinleşmesinden sonra ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurur ve burada adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair bir karar alabilirse bundan sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecektir. Halbuki insan hakları açısından önemli olan, insan hakları ihlal edildiği takdirde tazminat ödemek ya da yargılamanın yenilenmesi yolunu açmak değil, iç hukukta bu sebepleri öncelikle önlemek ve gerekli başvuru yollarını sağlamaktır. Örneğin Alman hukukunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde iç hukukta anayasa şikayeti kabul edilmiştir⁵⁷. Kesinleşmiş hükme

⁵⁶ Alman Hukuku bakımından aynı yönde Schmidt, no.40; Satzger, Helmut; Die Europäisierung des Strafrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 2001, s. 676.

⁵⁷ Bu konuda bkz. Pekcanitez, Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s. 257 vd.

karşı hukuki yararı olan kişilerin anayasa şikayeti yoluna başvurmasına olanak tanınarak ihlallerin iç hukukta öncelikle önlenmesini amaçlanmaktadır. Bu yolla insan haklarına aykırılıklar öncelikle iç hukukta önlenerek insan hakları mahkemesi önünde daha az tazminata mahkum olma ve daha sonra daha az yargılamanın yenilenmesi sebebi yoluna gidilebilmesine neden olma sağlanmaktadır. Bu nedenle adil yargılanma hakkı gibi insan hakları Sözleşmesinde teminat altına alınan hakların ihlal edilmesinin iç hukukta öncelikle önleyecek mekanizmaların oluşturulması ve kesinleşmiş hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin öngörülmesi gerekmektedir.

Yargılamanın yenilenmesini istemek bir hak olduğuna göre, bu istemde bulunabilecek kişinin bu haktan feragat etmesi mümkündür. Her hakta olduğu gibi bu sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurusu için taraf zorlanamaz. Ancak haktan önceden feragat edilmesi mümkün değildir ve bu tür bir feragat yapılmışsa bu feragat geçersizdir. Feragat hakkın doğumundan sonra yani İnsan Hakları Mahkemesi Kararının kesin doğumundan sonra kullanılması halinde geçerlidir. Vekilin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hakkından feragati için de ayrıca vekaletnamesinde özel yetkisinin bulunması gerekir⁵⁸.

2. Yargılamanın Yenilenmesini İsteme Süresi

HUMK 447 maddesine göre, “445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır”

23.1.2003 gün ve 4793 sayılı Kanunla eklenen bu fıkra ile yargılamanın yenilenmesini isteme süresi bir yıl olarak kabul edilmiştir. 447 inci maddede düzenlenmiş olan diğer yargılamanın yenilenmesi için öngörülen süreler üç veya bir ay olarak kabul edilmişken, İnsan Hakları Sözleşmesi ve eklerine aykırı kararlara karşı süre çok daha uzun tutulmuştur. Bunun nedeni insan haklarına aykırılığın çok daha önemli olmasıdır.

Yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturan 11. bent hükmü, 4793 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, yani 4.2.2003 tarihine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular

⁵⁸ Arslan, s. 138-139

üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri , bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır(4793 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi)⁵⁹.

Bu bir yıllık süre diğer yargılamanın yenilenmesi sebepleri gibi hak düşürücü bir süredir. Bu nedenle bir yıllık sürenin geçip geçmediğini başvuru mahkeme kendiliğinden göz önünde tutacaktır.

Bir yıllık sürenin başlangıcı İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının ne zaman kesinleşeceği konusu ise, kararın daireler veya Büyük Daire tarafından verilmesi durumuna göre değişiklik gösterir. Sözleşmenin 42. maddesinin, 44/2. maddeye yaptığı yollama uyarınca, daire kararları, tarafların davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan etmeleri veya kararın verilmesinden sonraki üç ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesini istenmemesi veya 43. madde çerçevesinde yapılan Büyük Daireye götürme isteminin Büyük Daire bünyesinde kurulan Alt-Kurul tarafından reddedilmesi halinde kesinleşir. Büyük Daire kararları ise verildikleri anda kesinleşirler (AİHS m. 44/1)⁶⁰. Bu durumda, yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunabilmek için söz konusu bir yıllık süre; daire kararının taraflarca Büyük Daireye götürülmeyeceğinin beyan edilmesi tarihinden; böyle bir beyan yapılmamış ise, kararın verildiği tarihten sonraki üç ayın dolduğu tarihten; taraflardan biri tarafından yapılan istemin Alt-Kurul tarafından reddedilmesi tarihinden veya nihayet istisnai durumlar neticesinde daire kararı Büyük Dairede görülmüşse, Büyük Daire kararının verildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

⁵⁹ Bu geçici maddenin Gerekçesine göre : “Mevcut düzenlemede, kesinleşmiş olan hiçbir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı bakımından muhakemenin iadesi yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Maddeyle, bugüne kadar Ülkemiz aleyhine verilen 300 civarındaki ihlal kararlarının da muhakemenin iadesi kapsamına alınabilmesi ve Kopenhag Siyasi Kriterlerine uyum yolunda daha ileri bir adım atılması amacıyla Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilir kesinleşmiş olan kararlar bakımından da muhakemenin iadesi yoluna gidilebilmesi için başvuruda bulunma imkanı tanınmakta, bu başvurular bakımından istemde bulunma süresi, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl olarak öngörülmektedir”.

⁶⁰ AİHS’in 44/3. maddesi uyarınca, ancak kesinleşmiş kararlar yayımlanacağından, kararın yayımlanmasının kesinlik kazanmayla ilgisi bulunmamaktadır.

Kanunun yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra, kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşen kararlara karşı yargılamanın yenilemesi yoluna gidilemeyecektir. Kanun bu düzenleme ile kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilmiş ve kesinleşmiş olan ve fakat o sırada yargılamanın yenilemesi yoluna başvurma olanağı bulunmayan kararlar ne kadar eski olursa olsun onlara da bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru olanağı tanımıştır. Örneğin Kanunun yürürlüğünden üç yıl önce verilmiş ve kesinleşmiş olan İnsan Hakları Mahkemesi kararına dayanarak kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi yolu açık tutulmuştur. Böylelikle Türkiye bireysel başvuru olanağını tanıdığı tarihten itibaren aleyhine verilmiş hükümlere karşı kanunun kabul edildiği tarih olan 21.1.2003 tarihinden itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi yoluna açmıştır.

445A maddesine göre yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru olanağı oldukça dar tutulmuştu. Nitekim bu Kanun yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecek ve kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecekti. Ayrıca daha önce verilmiş ve kesinleşmiş kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru olanağı kabul edilmemişti. Yeni düzenlemenin bu nedenle de daha isabetli olduğu kanısındayım⁶¹.

3. Yargılamanın Yenilenmesinde Başvurulacak Mahkeme

Yargılamanın yenilenmesi istemi, diğer kanun yollarının aksine bir üst mahkemeye değil, yargılamayı yürüten ve kesinleşmiş hükmü veren mahkemeye yapılır. Çünkü yargılamanın yenilenmesi yolu ile yerel mahkemeye verilen hükmün hukuka uygunluğu değil, kesinleşmiş hükümdeki ağır yargılama hatalarının giderilmesi amaçlanır. Böylelikle tekrar yargılama yapılarak bu ağır hatanın giderilmesi sağlanır⁶².

Kesinleşmiş olan hükmün, İnsan Hakları Sözleşmesinin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin İnsan Hakları Mahkemesince tespiti üzerine yargılamanın yenilenmesinin istenmesi halinde de, bu başvurunun hükmü vermiş olan mahkemeye yapılması gerekecektir.

⁶¹ Aynı yönde Özekes, s. 326 dn.394.

⁶² Arslan, s. 148.

Daha önce kabul edilen ve fakat yürürlüğe girmeden kaldırılan 445/A maddesine göre ise başvurunun yapılacağı yer ve incelenmesi farklı biçimde düzenlenmiştir. Nitekim 445/A maddesine göre “Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın **kesin olarak** karar verir.”

Bu düzenlemeye göre yargılamanın yenilenmesi istemi Yargıtay Birinci Başkanlığından istenecekti. Bu istemin inceleneceği yer ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu idi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu öncelikle bir ön inceleme yaparak istemin süresi içinde yapılıp yapılmayacağını inceleyecek; eğer süresi içinde yapılmışsa, İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilen ihlalin sonuçlarının tazminatla giderilmiş olup olmadığını inceleyecekti. Eğer makul süre içinde karar verilmemiş olması nedeniyle İnsan Hakları Mahkemesince ihlal tespit edilmiş ise, bu durumda ihlal tazminatla giderilmiş olacağından, başvuru esastan incelenmeyerek reddedilecek, ayrıca yargılamanın yenilenmesi incelemesi yapılmayacaktı. Buna karşılık bu ihlal tazminatla giderilemeyecek nitelikte ise; başvuru incelenmesi için kararı vermiş olan mahkemeye gönderilecek ve burada yargılama yenilenecek yeniden karar verilecekti. Böylelikle başvuru Hukuk Genel Kurulu tarafından bir ön inceleme tabi tutularak eğer esastan inceleme yapılması gerekiyor ise kararı veren mahkemeye dosya gönderilecek, aksi halde, Hukuk Genel Kurulunca bu istem reddedilecekti.

Yeni düzenleme ile Hukuk Genel Kurulunun ön inceleme yapması kaldırılarak doğrudan kararı veren mahkemeye başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Yine başvurunun Yargıtay Birinci Başkanlığına yapılması yerine, kararı veren mahkemeye yapılması kabul edilmiştir.

Aslında insan hakları ve bu ihlallerin önlenmesi ve yeknesak uygulamanın yapılabilmesi için Hukuk Genel Kurulunun ön inceleme yapmasının daha uygun olacağı söylenebilir. Ancak Hukuk Genel Kurulunca yapılan ön

incelemede süresi içinde başvuru yapılmadığı veya İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilen ihlalin tazminatla giderilebildiği kanaatine varılarak başvurunun reddedilmesi halinde bu karara karşı bir başvuru olanağı öngörülmemiştir. Yani bu red kararına karşı başvurusu reddedilen tarafın gideceği bir yol söz konusu değildir. Halbuki hükmü veren mahkemeye yapılan yargılamanın yenilenmesi başvurusunun bu nedenlerle reddi halinde, bu karara karşı temyiz yoluna başvurmak ve kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesi daha isabetlidir. Yine Hukuk Genel Kurulu gibi bir kurulun yerel mahkemenin yapacağı yargılamanın yenilenmesi talebinin ön incelemesini yapması da pratik bir sonuç değildir. Özellikle Hukuk Genel Kurulu gibi kalabalık bir kurulun, yerel mahkemenin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi ve ancak bundan sonra yerel mahkemenin yargılamanın yenilenmesi incelemesi yapması başvuru sahibi için daha zor ve külfetli idi. Çünkü kararı verildiği mahkeme yerine Yargıtayda bu başvurunun incelenmesi kabul edilirse yerel mahkemeye gidilmesi külfetli ve uzun bir prosedürü gerektirmektedir. Yine diğer yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden farklı bir başvuru ve inceleme yetkisi tanınmanın bir nedeni de kanımca bulunmamaktadır. Bu nedenlerle bugünkü düzenlemenin daha isabetli ve yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuruyu daha kolaylaştırıcı olduğu kanısındayım.

4. Yargılamanın Yenilenmesini İsteme Usulü

Özel bir düzenleme yapılmadığından, diğer yargılamanın yenilenmesi sebeplerindeki gibi, İnsan Hakları Mahkemesinin, insan haklarına aykırılığını tespit etmesi halinde de yargılamanın yenilenmesi istemi bir dilekçe ile hükmü veren mahkemeden istenecektir. Bu dava dilekçesinde, genel olarak dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar yanında, bu dava ile ortadan kaldırılması ve değiştirilmesi istenen hüküm de belirtilecektir. Bunun yanında yargılamanın yenilenmesi istemini haklı kılan İnsan Hakları Mahkemesinin insan haklarına aykırılığın tespitine ilişkin kesin hükmü dilekçeye tercüme edilerek eklenmelidir. Yine istemde bulunan kişinin yani davacının istem sonucu yani insan haklarına aykırılığın kaldırılarak nasıl hüküm verilmesini istediği dilekçede yer almalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi davası kendiliğinden hükmün icrasını durdurmaz. Mahkeme gerekli görürse hükmün icrasının ertelenmesine karar verebilir. Ancak hükmün icrasının ertelenmesine karar veren mahkeme, bu erteleme nedeniyle karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlara karşılık

davacının teminat göstermesini isteyebilir(m.449). Ancak mahkeme teminat alınmadan hükmün icrasını erteleyemez. Bu bir tür ihtiyati tedbir kararı olup kural olarak mahkeme, yargılamanın yenilenmesi talebini esastan incelemeye geçmesi halinde bu tür bir tedbir kararı verebilecektir.

5. Yargılamanın Yenilenme İsteminin İncelenmesi

Yargılamanın yenilenmesi istemini inceleyecek olan mahkeme öncelikle istemin dinlenebilir olup olmadığını incelemelidir. Genel dava şartları yanında mahkemenin yargılamanın yenilenmesi isteminin süresi içinde yapıp yapılmadığını incelemesi gereklidir. Yine yargılamanın yenilenmesi istenen kararın kendi kararı olup olmadığını incelemelidir. Bunun gibi kesinleşmiş kararın varlığını ve bu kesinleşmiş karara karşı bir yargılamanın yenilenmesi talebinin yapıldığını belirlemelidir. Bunların yanında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. maddesinin 11. bendine göre İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararında Sözleşmenin veya eklerindeki insan hakkının ihlal edildiğini tespit etmesi gerekir. Bu konuda yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan tarafın bu kararın tercümesini ve eklerini dilekçesine eklemesi gereklidir. Bu ön incelemeden sonra yargılamanın yenilenmesi talebinin dinlenilebilirlik koşullarının varlığını tespit eden mahkeme yeniden yargılama yaparak yeni bir karar verecektir.

Yargılamanın yenilenmesi sebebinin ispatı İnsan Hakları Mahkemesi kararının ibrazı ile sağlanacaktır. Yerel mahkeme yeniden yapacağı incelemede bu tespit edilen ihlalin giderilmesini sağlayacak biçimde yargılama yaparak yeni bir karar verecektir. Örneğin İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilen ihlal, gösterilen bir delilin haklı sebep olmaksızın reddine ilişkin ise, mahkeme bu delili inceledikten sonra yeniden bir karar verecektir. Yine ihlal, tarafa verilen sürenin hukuki dinlenilme hakkına aykırılığı nedeniyle ise, yeniden süre verilerek bu ihlal giderilerek yeni bir karar verilmesi biçiminde olacaktır.

Yapılan yeni yargılama sonunda mahkeme yeni bir karar verecektir. Bu yeni yargılamada özellikle ihlalin kaldırılmasına yönelik tüm olanakların davacı tarafa sunulması gerekecektir. Mahkeme yapacağı inceleme sonunda eski hükmü yerine yeni bir karar verecektir. Bu yeni hüküm eski hükümden farklı olabileceği gibi aynısı da olabilir. Örneğin tarafın ibrazına izin verilmeyen ya da dinletmek istediği halde dinlenmeyen tanıkların dinlenme-

sinden sonra yeniden eskisi gibi hüküm verilebilir ya da farklı bir hüküm verilebilir.

6. Yeni Hükümün Sonuçları

Yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir (m. 452). Kanun bu maddede karar düzeltme yolunda söz etmemekte ise de, temyiz incelemesi sonunda verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir⁶³.

Buna karşılık yargılamanın yenilenmesi davası sonunda verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır(m.452). Ancak yargılamanın yenilenmesi davası sonunda verilen hükmün kesinleşmesi üzerine İnsan Hakları Mahkemesine başvurmak mümkündür. Yeniden yapılan yargılama sırasında başka bir insan hakkı ihlal edilmişse, bu karara karşı İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilecek ve bu mahkemenin insan haklarına aykırılığı tespit etmesi halinde yeniden yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir.

Yeniden yapılan yargılama davası sonunda eski hüküm onaylanırsa, farklı bir karar verilmezse, eski hüküm geçerliliğini sürdürecektir. Buna karşılık eski hükmün kısmen veya tamamen değiştirilmesi halinde, yeni karar eski hükmün yerine geçecektir. Bunun sağlanabilmesi için yeni hükmü geçmişe etkili saymak gerekecektir. Bunun sonucu olarak ilk hüküm henüz icra edilmekte ise, bu hükmün icrası duracak veya ihtiyati tedbir yolu ile icranın durmasına karar verilmiş ise o zaman kadar icra edilmiş olan kısım için eski duruma iade sağlanacaktır⁶⁴. Buna karşılık eski hükmün icrası tamamlanmış ise icranın eski hale getirilmesi gerekecektir. İlk hükmün icrası cebri icra yolu ile sağlanmışsa, yargılamanın yenilenmesi davası lehine sonuçlanmış olan davacı, İcra ve İflas Kanununun 40. madde hükmü kıyasen uygulanarak icranın iadesini isteyebilir⁶⁵. Bu durumda yeni bir icra emri

⁶³ Arslan, s. 168.

⁶⁴ Arslan, s. 171.

⁶⁵ Arslan, s. 172; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, İstanbul 2001, s. 5263-5264. Doktrinde diğer bir görüşe göre, ilk hüküm lehine olan taraf hükmün icrası sırasında aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istemeye mahkum edilebilir. Eğer tazminat alınmak istenirse, haklılık ve hile unsuru taşımak kaydıyla haksız fiil

gönderilmeksizin icra, eski hale getirilecektir. Bu eski hale getirme yeni hükme göre yapılacaktır. Eğer ilk kesin hükmün aynısı verilmişse eski hale iade söz konusu olmayacak, kısmen eski hükümden farklı karar verilmişse, kısmen eski duruma getirme söz konusu olacaktır. Ancak iyi niyetli üçüncü kişilerin kazandıkları haklara zarar gelmeyecek, bu kişilerin kazandıkları haklar korunacaktır. Bu durumda tazminat davası açılarak zararın giderilmesi istenebilecektir. Buna karşılık ilk hüküm cebri icra yolu ile uygulanmamışsa, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ilk hükme göre verilenler geri istenecektir.

VI. SONUÇ

Türkiye, aleyhine yapılan başvurular üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya ek protokollere yönelik bir ihlalin tespit edilmesi durumunda, bunu önce ceza ve medeni daha sonra da idari yargılama usulü hukuklarında yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak öngörmek suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi konusunda önemli bir aşama kaydetmiştir. Getirilen düzenleme ile mahkemelerimizin, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu çerçevede İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararları gözönünde bulundurmaları sonucuna yol açacaktır. Böylece iç hukukun kendi mekanizması içinde bazı sorunların çözümü mümkün hale gelmiş olacağından, İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye aleyhine yapılacak birçok başvurunun da önüne geçilmiş olacaktır. Bunun sonunda da Türkiye hem insan haklarına saygılı hem de insan haklarının ihlal etmesi nedeniyle sürekli mahkum olan ve tazminat ödemek zorunda kalan bir ülke olmaktan çıkacaktır. İnsan haklarına saygılı ve bunu uygulamasında da kabul eden ülke olmak herkes için de önemli bir güvence oluşturacaktır.

Ancak bu konuda asıl olarak iç hukuk bakımından insan haklarına aykırı kararlara karşı öncelikle kararların kesinleşmesinden önce daha sonra da kesinleşmesinden sonra başvuru olanaklarının sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, Türkiye insan haklarına aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş

hükümler için hem tazminat ödeyecek hem de daha sonra yargılamanın yenilenmesi sebebi sayacak ve yeniden yargılama yapacaktır.

İnsan Hakları Mahkemesi kararları üzerine yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması olumlu olmakla beraber iç hukuk bakımından asıl yapılması gereken, insan hakları mahkemesinde mahkumiyet kararlarına neden olan sebeplerin en aza indirilmesi için uygulamadaki sorunların ortadan kalkmasını sağlamaktır. Özellikle yeniden yargılama yapılamayacak makul sürede yargılamanın bitirilememesi gibi sebeplerin ortadan kalkması sağlanmalı, bunun yanında muhtemel adil yargılama hakkı ihlalleri kaldırılmalıdır. Başka bir ifade ile yargılamanın yenilenmesi sebepleri kabul etmekten önce bu sebeplerin kaldırılması gerekir. Yargıda da toplam kaliteye ulaşılmalıdır. Toplam kalite hatalı üretilen malın tüketime sunulmasının önlenilmesi değil, mümkün ise hatalı üretim yapılmasını önlemektir. Mahkeme kararlarında da yargılamanın yenilenmesi değil, bu sonuca neden olan engellerin kaldırılması öncelikle amaçlanmalıdır. İnsan Hakları Mahkemesi kararları üzerine yargılamanın yenilenmesi sebebi saymak yerine, iç hukukta bu tür aykırılıkları önlemek için gerekli tedbirler alınmalıdır. Örneğin Alman hukukundaki gibi anayasa şikayeti ile bu tür aykırılıklar öncelikle iç hukukta müracaat yolları ile önlenmelidir.

İç hukukta henüz adil yargılanma hakkının unsurları öncelikle mutlak bozma sebebi sayılmalıdır. Örneğin aleni yargılama adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olmakla beraber, Yargıtay aleni yapılması gereken bir yargılamanın kapalı yapılmasını nisbi bozma sebebi saymaktadır. Halbuki bu durum adil yargılanma hakkına aykırıdır. Bu nedenle öncelikle iç hukukta insan haklarına aykırı ihlalleri önleyecek tüm tedbirlerin hayata geçirilmesi bunları önleyecek tüm yolların açılması gerekmektedir. Yargılama sırasında da bu aykırılıkların giderilmesi için gerekli başvurular sağlanmalıdır. Buna rağmen hüküm kesinleşirse, kesinleşen hükme karşı iç hukukta öncelikle olağanüstü başvuru olanağının tanınması, burada da sonuç alınamazsa, en son olarak İnsan Hakları Mahkemesinin tespiti üzerine bunun bir yargılamanın yenilenmesi sebebi saymak gerekecektir.

İNŞAİ KARAR VE ÖZELLİKLERİ

*Doç.Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN**

§ 1. GENEL OLARAK İNŞAİ HAK - İNŞAİ DAVA

I. KAVRAM OLARAK İNŞAİ HAK - İNŞAİ DAVA

Konumuz inşai karar olmakla beraber, inşai hak ve inşai dava kavramlarıyla olan sıkı bağlantısından ötürü ayrıntıya kaçmaksızın bu kavramlara da değinmeyi uygun bulduk.

Hukukî ilişkilerde değişiklik sağlayan haklar için Türk hukuk terminolojisinde inşai hak¹ ya da yenilik doğuran hak² terimleri kullanılmaktadır. Mutlak ve nisbî haklar yanında üçüncü hak grubu olarak inşai haklar karşımıza çıkmaktadır. İnşai hak, hak süjesine tek taraflı irade bildirimiyile kurmak, değiştirmek, bozmak suretiyle somut bir hukuki durum tesis etmek yetkisi veren bir özel hukukî iktidardır. Davalının iradesi hilâfına davacının hukuki değişikliğe yetkili olması gerekliliği, inşai davalar ve inşai kararların

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ İnşai dava ve inşai karar, inşai etki gibi terimlerin kullanımı bakımından bkz. Örneğin bkz. **KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 2001, s.5092 vd. **BİLGE, N/ÖNEN, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, 3.Bası, Ankara 1978, s. 389; **ÖNEN, E.** İnşai Dava, Ankara 1981; **ÜSTÜNDAĞ, S.**, Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, 7. Bs., İstanbul 2000, s.335 vd.

² **BİLGE, N.**, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 3.Bası, Ankara 1996, s.187 vd; **ÖNEN, E.**, Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.57; **SEROZAN, R.**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.45 vd.; **ALANGOYA, Y.**, Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul 1999, s.114; **ALANGOYA, Y.**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s.225; **VELİDEDEOĞLU, H.**, Türk Medenî Hukuku I Umumî Esaslar 7.Bs, İstanbul 1968, s.250; **TEKİNAY, S.S.**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1978, s.146-147

özelliklerindedir³. Böylesi bir yetkiyi yasa, şüphesiz sadece inşâî davalara yer vermek suretiyle değil; aksine üç değişik biçimde sunmak yoluna gitmiştir. Biri salt maddî inşâî hak yaratılmak suretiyle, diğeri hak süjesine inşâî dava açmak imkânı verilmekle ve nihayet üçüncüsü de bir tarafa diğer taraftan hukukî değişikliğe katılmasını yasal olarak talep etme imkânının sunulması suretiyledir⁴. Birincisine yani doğrudan kanundan doğan maddî inşâî hakka örnek, fesih, iptal; ikincisine örnek evliliğin butlanı, boşanma gibi inşâî davaların açılabilmesidir. Üçüncüsüne ise örnek olarak, bir tarafın diğer taraftan hukukî değişikliğe katılmasını yasal olarak talep edebilme imkânına, aralarındaki hukukî işlemde ötürü sahip olduğu vefa hakkı veya hem kanundan hem hukukî işlemde ötürü sahip olduğu şuf'a hakkı, rücu hakkı, feshi ihbar hakkı gösterilebilir. Farklı biçimlerde de olsa ister inşâî hak olsun, ister inşâî dava olsun ve isterse irade açıklamasında bulunmasını karşı taraftan talep etmek olsun; hepsi de aynı işleve sahiptir. Bunların hepsinin gerisinde hakkaniyet düşüncesinin yönlendirdiği hukuk politikasına özgü karar bulunmaktadır⁵

Inşâî hak sahibinin hakkını kullanımı sırasında kendi hak alanı dışına çıkması, bir başkasının hak alanını etkilemesi zorunlu olmamakla birlikte; inşâî hakkın kullanımı sadece aleyhine söz konusu hakkın kullanıldığı kişinin değil; ilgili üçüncü kişilerin de durumunu etkileyebilmektedir. Yasa koyucu taraflar ve ilgili üçüncü kişilerin menfaatlerini koruma, hukukî güvenlik ve kamu yararı gerekçeleriyle aile hukuku alanında dava yoluyla inşâî hakkın kullanımını düzenlemiştir. Evliliğin mutlak ve nisbî butlanı, boşanma, soybağıyla ilgili babalık davası, tanımanın iptali, soybağının reddi davaları, söz konusu davaların konularının toplum için özel önem taşımasından ötürü, inşâî hakların kullanımının dava yoluyla gerçekleşmesinin kabul edildiği hallere örnektir. Hukuk sistemi, sayılan bu hallerde, inşâî sonuca ulaşılabilmesini bu konuda dava açılarak yargıcın tesis edeceği inşâî hükme bağlamış bulunmaktadır. Türk hukuk öğretisinde bir görüşe göre, "hukuk düzenince önemli sayılan durumlarda inşâî sonuca ancak dava yoluyla ulaşılabilmesinde hakim rolü, gayeye erişmek için inşâî hak sahibine sadece yardımcı olmaktan ibarettir. Bu yardımı hakim vereceği hükümle sağlar. Verilen hüküm

³ SCHLOSSER, P., Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966, s. 28.

⁴ SCHLOSSER, s.29.

⁵ SCHLOSSER, s. 29.

sonuçları bakımından inşâî hükümdür. Ancak inşâî sonucu yaratan hakim değil; inşâî hak sahibinin hakimce haklılığı tespit edilen inşâî beyanıdır”⁶.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, yasakoyucu, boşanma davaları, soybağı davaları ve evliliğin butlanı davaları gibi davalarda *kamu düzeni düşüncesiyle*⁷, bazen de AŞ Genel Kurul Kararlarının iptali davalarında olduğu gibi hukukî durumun taraflar bakımından derhal aydınlığa kavuşması gereğiyle⁸, *inşâî durumun* tarafların iradelerinin rolü olmaksızın mahkeme hükmüyle doğmasını uygun görmüştür⁹. Bu sınırlı olarak belirlenen hallerde, mahkeme mevcut bir hukukî durumu tespit etmek ya da maddi hukuk talebine mahkumiyete yönelik karar vermek durumunda değildir. Kanunca tespit edilmiş bu gibi hallerde inşâî sonuç, sadece mahkeme hükmüyle ortaya çıkmaktadır¹⁰. Bu konuya aşağıda değinilecektir¹¹.

İnşâî davaları açıklamak konusunda ortaya konmuş özel hukuk teorisiyle kamu hukuku teorisinden benimsediğimiz kamu hukuku teorisine göre, inşâî durum mahkeme kararıyla doğmaktadır. Bu anlamda inşâî dava, Devletin taraflara sunduğu hukukî koruma olarak karşımıza çıkmaktadır¹².

İnşâî davaların kısaca özelliklerinden de söz edilmelidir. Medenî usul hukukunun tespit edici karakterine yabancı olan inşâî davalar, ancak kanunun

⁶ ÖNEN, s.53.

⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 336.

⁸ ÜSTÜNDAĞ, örnek olarak bir şirketin feshinin basit bir feshi ihbar beyanına tabi tutulmasının mümkün olmadığı, böyle olsaydı, çoğu zaman feshi ihbar beyanının geçerliği konusunda taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlık ve bunun çözümünün bir tesbit davasının açılmasını gerekeceğinden söz etmektedir. Dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesine kadar şirketin mevcut olup olmadığı meselesine dair uyuşmazlık da çözümlenmiş olmayacaktır. Buradan hareketle yazar, bu sakıncalı durumun doğmasını önlemek için şirketin feshinin dava yoluyla gerçekleştirilmesi gereğini ifade etmiştir (s. 336). Yargıtay BK.m.535/b.7 çerçevesinde haklı sebeple şirketin feshinde, şirketin mahkeme ilâmıyla son bulduğunu, bu kararın geriye yürümediğini belirtmektedir (13. HD 1.11.1974, YKD 1977/3, s. 396).

⁹ ALANGOYA, s. 225.

¹⁰ ALANGOYA, Y., s. 225. Ancak bazı hallerde aynı sonucun tarafların iradeleri ile de elde edilmesi mümkün olmaktadır. Adi şirketin sona ermesinde BK.m.535/7 inşâî dava tanımıştır. Ama bu, BK.m.535/4'e göre ortakların ittifak ederek şirketi sona erdirmelerine de engel değildir (Bu ve başka örnekler için bkz. s.226).

¹¹ Dn.15 civarı

¹² SCHLOSSER, s.29 ff.

açıkça belirttiği durumlarda varlıklarından söz edilebilen davalardır¹³. Kanun boşluklarının yeni inşâî davalarla doldurulması konusunda çok büyük bir özen, titizlik gösterilmeli, tedbirli olunmalıdır¹⁴. Kanunun inşâî dava ile kullanılacağını bildirdiği inşâî haklar bakımından hukuki durum değişikliği kararın kesinleştiği anda doğmaktadır. Boşanma davasında da, mahkeme hükmünün kesinleşmesiyle birlikte eşlerle ilgili birtakım kişisel sonuçlar meydana gelmektedir¹⁵.

Kural olarak inşâî davalar menfi yani olumsuz bir içeriğe sahiptir. Hukukî ilişkinin ortadan kaldırılmasına (boşanma davası, soybağının reddi davası, tanınmanın iptali gibi) veya hukukî ilişkinin ekonomik değerinin azaltılmasına (semenin tenzili, cezaî şartın indirilmesi) dair içeriğe sahiptir. Ancak olumlu içeriğe sahip inşâî davalar da vardır. Kira bedelinin artırımı davası olumlu içeriğe sahip bir inşâî davadır¹⁶. İnşâî davalar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan, kanunun açıkça öngördüğü hallerde açılabilir. Kanun koyucunun, her inşâî dava için hukukî yararın varlığını kabul ettiği ve verilecek hükümlerle davanın taraflarına arzuladıkları hukukî korumayı sunmayı baştan (önceden) taahhüt etmiş olduğu düşünülebilir¹⁷.

İNŞÂİ dava bakımından hareket noktası, inşâî haktr. İnşâî hakkın gerçekten varolması ve hukukî uyumsuzluğun doğrudan bu hak üzerinde çıkmış olması gerekmektedir. Bir başka deyişle inşâî davanın konusu, inşası amaçlanmış özel hukuka özgü haktr¹⁸.

II. İNŞÂİ HAK - İNŞÂİ DAVA HAKKI

İNŞÂİ hak ve inşâî dava hakkı ortaklaşa bir işleve sahiptir. Yasaca ayrıntılı şekilde düzenlenmiş iki hukuki durumdan birini seçmek imkânının yetkiliye verilmesi, yani sözleşmenin geçerliliği veya hükümsüzlüğü arasında

¹³ ÖNEN, s. 53; ayrıca bkz. ALANGOYA, s.226.

¹⁴ ROSENBERG, L. /SCHWAB, K.H/GOTTWALD, P., Zivilprozeßrecht, 15.Aufl. München 1993, § 94 II; Aşa. S.8 vd.

¹⁵ AKINTÜRK, T., Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 7.Bs., İstanbul 2002, s. 280; ÜSTÜNDAĞ, s.337.

¹⁶ ALANGOYA, s. 226.

¹⁷ ÖNEN, s.55-56.

¹⁸ ÖNEN, s. 57, NIKISCH, Zivilprozeßrecht, 2.Aufl. Tübingen 1952, s.54 vd.

seçim ya da evli veya boşanmış çift olma statüsünü seçmek konusunda karar vermek gibi. Çok nadir durumlarda, bu seçme hakkı tarafların elinden alınmıştır; yani hukuki durumun devamı ya da değişimi arasında seçim yapmak yetkisi resmi şahsa da verilmiştir. Örneğin, savcı aracılığıyla evliliğin feshinde olduğu gibi (MK. m. 146)

İnşai haklarla inşai davalarda, teknik anlamda seçim hakkından farklı bir durum söz konusudur. Zira bunlarda seçim hakkının kullanımı öncesinde hukuki durum objektif bakımdan belirsiz değildir, aksine yetkiliye öncelikle her iki imkândan biri zorla kabul

ettirilmiş veya ona insiyatif verilmiştir¹⁹. Hukuk düzeninin, belirsizliğin kendisine zarar vereceğini düşündüğü hususlarda, bu belirsizlikten kaçınmak için inşai dava ve inşai karar kavramına yer verdiği dikkat çekmektedir.

III. İNŞAİ DAVA VE İNŞAİ KARARLARIN TÜRLERİ

A. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN İNŞAİ DAVALAR VE KARARLAR - YARGILAMA VE TAKİP HUKUKUNA İLİŞKİN İNŞAİ DAVALAR VE KARARLAR

Maddi hukuk alanında çeşitli inşai davalara rastlamak mümkündür. Evlilik birliğini sona erdiren boşanma davası (MK.m. 167 vd), evliliğin mutlak (MK.m.146 vd) ve nisbî butlanına (MK.m.149 vd) ilişkin davalar, soybağı ile ilgili davalar, babalık davası (MK.m.301 vd), soybağının reddi (MK.m.286 vd) ve tanınmanın iptali davaları (MK. m.297 vd), ile dernek feshine dair dava (MK.m.89 vd), ölüme bağlı tasarrufların iptaline ilişkin davalar (MK.m.557 vd) ve benzerleri bu grupta yer alırlar. Bu davaların kabulü halinde ortaya çıkan inşai kararlar da maddi hukuka ilişkin inşai kararlardır.

Yargılama ve takip hukukuna ilişkin inşai davalar arasında yargılamanın yenilenmesi davası belirtilmelidir. Yargılamanın iadesi isteğinin uygun görülmesi üzerine mahkemenin davanın esası hakkında önceden vermiş olduğu hükmü önceye etkili olarak ortadan kaldırmış olduğu karar ise, usulî inşai bir karardır²⁰. Öğretide ÖNEN ve ARSLAN da, bu halde inşai kararın varlığından

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHLOSSER, s. 29-33.

²⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 336.

söz etmektedir. ARSLAN, “bir dava şeklinde ileri sürülecek olan yargılamanın yenilenmesi isteminin yerinde görülüp ilk kararın değiştirilmesi söz konusu olacaksa, verilen yeni hükmün eski hükmü geriye etkili olarak ortadan kaldıracığını, bu etki açısından inşâî hüküm niteliğinde olduğunu ve yargılamanın yenilenmesi davasının da aynı nedenle inşâî dava olduğu”nu belirtmektedir²¹. Alman Hukuk Usulü Kanununda genel bir hükümle düzenlenmiş bulunan; Türk İsviçre kanunlarında ise, genel bir hükümle değil, çeşitli maddelerde yer verilmiş bulunan değişiklik davasının da inşâî karakterde olduğu ifade edilmiştir²². İİK. m. 277 vd.’nda düzenlenmiş bulunan iptal davalarının da inşâî dava karakteri ve bu dava sonunda verilen kararda da örtülü inşâî karar niteliği bulunduğu ileri sürülebilir. Bu davanın amacı, üçüncü kişiye yapılan devrin maddi hukuk bakımından geçerliği sorunu olmayıp; alacaklının cebri icra prosedüründe tatminidir. Bu çerçevede zaman ve mahiyeti itibarıyla belli koşullar gerçekleştiğinde, söz konusu devir gerçekleşmemiş de borçlu malın maliki imiş gibi, alacaklının hakkına kavuşmasında bunun bedelinden tatmini gündeme gelmektedir. Burada devralan üçüncü kişinin devir konusu mal üzerinde sahip olduğu haktan maddi hukuk bakımından mahrum kılınması söz konusu olmayıp; onun, mevcut cebri icra süreci içinde mallar üzerindeki hakkına icraî açıdan el atılması ve paraya çevrilerek alacaklının tatmin olunmasına katlanması yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Usulî gerekçelerden kaynaklanmakla birlikte iptal davası sonuçlarının maddi hukuku etkilediği yadsınamaz bir gerçektir. Bu yüzden öğretide iptal davalarının niteliğini açıklamaya yönelik değişik teoriler ortaya konmuştur²³. Bunların incelenmesi çalışma konumuz sınırlarını aşacaktır. Ancak bu davaların karma karakterli olduğunun ifade edilmesi yanlış olmayacaktır²⁴.

²¹ ARSLAN, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s.48; Doğal olarak bu inşâî hüküm, etkisini ancak söz konusu karar kesinleştiğinde dolduracaktır (UMAR, B., “Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme”, İÜHF M C.XXIX, S.1-2 1963, s.265). Alman hukuku için örneğin bkz. GILLES, P., Rechtsmittel im Zivilprozeß, Frankfurt am Main 1972, s.110, 115.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNEN, s. 131-133.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, K., İcra İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 27 vd.

²⁴ Aynı yönde ÖNEN, İnşâî Dava, s. 155; BERKİN ise, bu davanın sadece alacaklının muayyen bir cebri icra sırasında davalının malları üzerinde paraya çevirtme hakkını kullanıp kullanamayacağını halleden maddi hukuka değil; takip hukukuna ilişkin bir dava olduğu görüşündedir (BERKİN, N., İflâs Hukuku, 3. Bs., İstanbul 1970, s. 504).

Görünüşte, devrolunan şeyin ya da bedelinin iadesinden söz edildiği için (icra takibi yapan alacaklının alacağına kavuşması amacıyla) eda davası olduğu düşünülebilirse de; esasen devralan bakımından ortaya çıkan bu katlanma yükümlülüğü, mahkemenin yasada belirtilmiş belli koşulların varlığına bağlı olarak verdiği ve üçüncü kişiye de ortaya çıkan yeni duruma katlanma yükümü yükleyen, dava öncesi hukukî durumu değiştiren bir inşai kararın verildiği inşai davadır²⁵. Keza iflâs kararı da inşaidir; müflisin tüm alacaklılarının hukuki durumunu doğrudan etkilemektedir²⁶.

B. DAVA SONUNDA VERİLEN HÜKMÜN ETKİLERİNİN GELECEĞE VE GEÇMİŞE DÖNÜK BULUNMASINA GÖRE İNŞAÎ DAVALAR VE İNŞAÎ KARARLAR

Kural olarak inşai hükümlerin etkileri geleceğe etkili olmakla birlikte geçmişe de etkili olduğu haller bulunmaktadır. Boşanma davası, evliliğin feshi davası, taksim ve ortaklığın giderilmesi davaları, derneğin feshi davası, adi ortaklığın feshi davası, anonim şirketin feshi davası, limited şirketin feshi davası gibi davalarla bu davaların kabulü halinde verilen mahkeme kararları geleceğe etkilidir²⁷.

İnşai davalar ve kararların geçmişe etkili olması istisnadır. Bu ancak özel bir neden bulunmaktaysa söz konusu olur. Tenkis davası, soy bağının reddi davası, babalık davası, AŞ genel kurul kararlarının iptali davası²⁸ vb. kabulü halinde verilen kararlar, geçmişe etkili inşai kararlardır.

²⁵ Benzer görüş için bkz. **ÖNEN**, s. 156. **BERKİN**, iptal davasının takip hukukuna ilişkin, objektif temellere dayanan şahsi bir dava olduğunu ve sabit olduğunda verilen kararın da kanundan doğan iade borcu yükleyen bir karar olduğu görüşündedir (S. 505); "Aynî dava olmayıp kişisel davadır" (**KURU**, B., İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, s. 3474); **ÜSTÜNDAĞ**, eda davası olduğu görüşündedir (s. 317).

²⁶ **PEKCANITEZ**, edenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s. 96; ayrıca bkz. **BUDAK**, A.C., Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 23.

²⁷ **ALANGOYA**, s.226; Doğal olarak bu etki kesinleşmeden itibaren geleceğe etkili olma biçimindedir. **KURU**, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.II, § 21, dn.149-164 s. 1478 vd.

²⁸ Limited şirket genel kurul kararlarının iptali davası, kooperatif genel kurul kararlarının iptali davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali davası gibi (**KURU**, C.II, § 21 dn.158-164).

C. OLUMLU İÇERİKLİ-OLUMSUZ İÇERİKLİ İNŞAÎ KARARLAR²⁹

Öğretide KİSCH, isabetli bir görüşle inşâî kararların kural olarak olumsuz içerikli olduğunu tesbit etmiştir. Bunlar bir hukukî ilişkinin geçmişe ya da geleceğe etkili olacak şekilde ortadan kaldırılmasına, bertaraf edilmesine ilişkin hükümlerdir. Usulî nitelikteki kararlar, olumsuz içeriğe sahiptir. Maddi hukuk içerikli inşâî kararlar ise; babalık davası, kira bedelinin artırımı davası, zorunlu geçit hakkı veya kaynak hakkı kurulmasına dair karar, olumlu içeriğe sahiptir. Bu ayırım, daha çok çekişmeli yargı alanında değer taşımaktadır³⁰.

Ş 2. İNŞAÎ KARAR VE İNŞAÎ DAVALARLA KARARLARIN ÖZELLİKLERİ

I. TANIM

İnşâî davanın kabulüne dair verilen, bir hukuki durumu kuran ya da bozan ya da değiştiren mahkeme kararlarıdır. Bu kararları eda ve tespit hükümlerinden ayıran özelliklerle, inşâî kararların da maddi anlamda kesin hüküm nitelikleri bulunup bulunmadığı çalışmamızın temel konusu olarak ortaya konabilir.

II. ÖZELLİKLERİ

A. SINIRLI SAYIDA OLMASI

Eda ve tespit davaları genel anlamda caiz iken; inşâî davalar daha doğrusu hakim vasıtasıyla inşâî sonucu sağlayabilmeye dair yasanın özel bir yetkilendirmesine gereksinme bulunmaktadır. İnşâî kararlar; ancak somut durumda hukuk düzeni inşâî davayı öngörmüşse sadece söz konusu olabilmektedir. Bu prensibi, inşâî kararların sınırlı sayıda olması ilkesi olarak

²⁹ Bkz. Dn. 16 civarı

³⁰ Çekişmesiz yargıda ise, re'sen araştırma kuralının ve hakim in daha geniş takdir yetkisinin bulunmasının doğal sonucu olarak, olumlu içerikli inşâî kararların sayısı daha çoktur (ÖNEN, s. 170).

nitelendirmek mümkündür³¹. Bu prensibi özellikle inşaf kararlarına temel olan kuralların kıyasen uygulanma kabiliyeti bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirmek gerekir. Öte taraftan tarafların bir özel hukuk bağitlamasıyla (yasada öngörölmüş olmadığı halde) yargıcı inşaf karar tesisi konusunda yetkilendirebilmesinin mümkün olup olmadığı da belirlenmelidir. İstisna hükümlerin kıyasen tatbikinin söz konusu olamayacağı veya sadece tamamen sınırlı bir çerçevede mümkün olacağı şeklindeki genel geçerliğe sahip temel ilkeyle konuya yaklaşan ve gerekçelendiren bir anlayışın bulunduğunu³² belirtilmelidir. Öte taraftan inşaf davalar ve kararların yasanın kıyasen uygulanması suretiyle genişletilebilmesini kabul etmeyen öğretinin aksine inşaf kararların sıkça karşımıza çıkması, kıyasen tatbik yoluna gidildiği gerçeğiyle açıklanabilir³³. Sözü edilen temel ilke lehindeki görüşler iki temel gerekçeye dayanmaktadır. Birincisi hukuk devletinin doğasının bunu gerektirdiğidir. Diğeri ise, bu ilkenin hukuk mantığının gereği olduğuna inanılmasıdır.

Yargıca verilen inşaf yetkinin, kıyasen uygulanması ve böylece genişletilmesi probleminin şimdiye kadar bu şekilde inşaf kararların ortaya çıkmış olup olmadığından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir.³⁴

Bu konuda yeni iddialar (tezler) bulunmakla beraber, kıyasen tatbik fiilen başvurulacak yol olursa, inşaf kararların sınırlı sayıda olması ilkesiyle bu tezlerin baş edebilmesi güç olacaktır³⁵.

Bazı hukuk alanlarında özellikle ceza hukuku, idare hukuku, vergi hukuku gibi alanlarda, sanık ve vergi mükellefine yük getiren şekilde kıyasa dayanan hukuk uygulaması esaslı sınırlamalara tâbi bulunmaktadır. Yasa hükmünün olası anlamıyla bunların birlikte düşünölüp düşünölemeyeceği sorunu, hakimin salt taniyan veya inşa eden faaliyetinin bulunup bulunma-

³¹ SCHLOSSER, s. 276 ff

³² SCHLOSSER, s.278, dn.13'teki yazarlar

³³ SCHLOSSER, s. 278 ff.

³⁴ Alman İmp. Mahkemesinin, Evlilikdışı hukukta da babalık statüsüne, muhakkak olarak terettüp eden inşaf kuvveti inkar etmeme doğrultusundaki kararı örnektir (7.5.1942; RGZ169, 129 ff; krş. KEMPF, Der Haftungsgrund der unehelichen Vaterschaft, Bielefeld 1958, s.34 ff.).

³⁵ Zira evlilik dışı hukukta statü kuralı vasıtasıyla sonuçlandırıcı kararı onaylayan her hukuk kuralı, bu kararlara fiilen inşaf karakter verilmesini gerektirseydi, sınırlı sayıdaki inşaf kararların sayısı da doğal olarak artardı. SCHLOSSER, s. 279 ff.

diğından tamamıyla bağımsızdır. Hakimin serbestliğinin hukuksal güvenlik gerekçeleriyle sınırlandırılması bir gereksinmedir. Bununla tespit ve eda kararlarında, kıyasen hukuk uygulamasına gitmenin inşâî davalarda ve inşâî kararlarda olduğundan çok daha az hukuksal güvenliği zedeleyecek olduğu ifade edilmek istenmemektedir. Zira kıyasa dayalı yasa uygulaması veya boşluk doldurma, tespit davaları ve kararlarıyla eda dava ve kararlarında inşâî kararlara oranla tarafların omzuna çok daha fazla bir yük yüklemektedir. Medenî hukuk ile kamu hukuku alanında, (vatandaş yararına), hakimi inşâî karar vermeye yetkilendiren normların kıyasen uygulanması hukuk devleti prensibiyle çelişmez³⁶.

Yasanın kıyasen uygulanmasına inşâî kararlar açısından *sözde* yasak getirilmiş olması, nadiren hukuk devletine ilişkin düşüncelerle açıklanmakla beraber, hukuk mantığına ilişkin gerekçeler de kıyasen uygulamaya karşıdır³⁷.

Yasa hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle devre dışı bırakılmış olduğu düşünülse de, inşâî dava ve kararların sınırlı sayıda olması ilkesinden vazgeçilmiş değildir. Yasal düzenleme, tipik hale getirilmiş menfaat dengesine dayanmakta olup, bunun kıyas suretiyle genişletilmesinin doğru olacağı belirtilmelidir.

Yasa koyucu, bazı hallerde maddi hukuka ilişkin inşâî hakkı tanır, diğer bazı hallerde inşâî dava hakkı tanır. Üçüncü olarak da, bir hukukî ilişkinin kurulması, sona erdirilmesi yada değiştirilmesi konusunda diğer tarafın katılımını talep hakkı sunar.

Sosyal ve ekonomik yaşamda bir çok alanda artmakta olan birbirine geçme, resmi merci ve mahkemelerin, hangi ölçüde yabancı devlet işlemlerini ve yabancı ülkede alınmış inşâî kararları tanımak zorunda olduğu sorununu da beraberinde getirmiştir. Diğer taraftan kanunlar ihtilafı kuralları gereğince olaya uygulanması söz konusu olan hukuk (lex causae) çerçevesinde hak inşa eden işlemler aracılığıyla yabancı hukuka tâbi hukukî ilişkilere dair ortaya çıkmış durumlara müdahale edilip edilemeyeceği; edilebilecekse ne oranda müdahale³⁸ edilebileceği sorunlarının da çözümü gerekmektedir.

³⁶ SCHLOSSER, s.282-283.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHLOSSER, s. 283 ff.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL, A. "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi" (İHFİM, S. 1-2, s.240-260; ÇELİKEL, A., Ahkâmî Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması (Doktora Tezi), İstanbul 1963.

Yabancı inşai nitelikteki mahkeme kararlarının tanınması konusunda MÖHUK.m.42'nin ifadesi dikkate alındığında yabancı ülkede verilmiş inşai nitelikteki bir mahkeme kararının kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespit olunmasına bağlanmıştır. Sadece 38. maddenin a ve d bentleri uygulanmamaktadır. 38. maddenin diğer bentleri tanıma bakımından da uygulama alanı bulmakta olup; bir başka hukuk düzeninde verilmiş inşai kararın Türkiye'de tanınması, o inşai kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde söz konusu olamayacaktır. Yabancı ülkede alınmış inşai kararlar, ayrıca icra edilmelerine gerek duyulmaksızın etkilerini doğurduğundan, tenfiz edilmelerine gerek bulunmamakta, sadece kesin hüküm etkilerinin tanınması yeterli bulunmaktadır³⁹.

Alman hukukunda tanıma Alm.Usul K.ş 328'de, tenfiz ise § 722'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Alman hukukunda da hem tanıma hem de tenfiz

³⁹ ÇELİKEL, Tanıma, s. 10; GÖKYAYLA-DEMİR, C., Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 57 (yabancı mahkeme ilâmının kesin hüküm etkisi, tanınması anından değil; verildiği ülkede kesinleştiği andan itibaren sahip olacaktır). Bu konuda öğretilde, inşai hükümlerde kesin hükümden bahsetmenin pek bir anlam ifade etmediği, bunlarda kesin hükmün konusunun ne olacağı konusunda olsa olsa inşai hükme esas olan boşanma hakkının (inşai hakkın) tespit edildiği bunun da pratik bir yararı bulunmadığı şeklinde bir görüş ileri sürüldüğü (KURU, C.V, s.5092-5094) belirtilmelidir. Ancak özellikle yabancı unsurlu hukukî ilişkilerde yabancı hukuka göre alınmış boşanma kararının Türkiye'de tanınması (kesin hüküm etkisine sahip olması) bakımından tanıma tarihi değil de, o yabancı ülkede kesinleştiği tarih esas alındığı, o tarihten itibaren Türkiye'de de kesin hüküm etkisine sahip olduğu (NOMER, E.Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2000, s. 401; ÇELİKEL, A., Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2000, s. 416 TİRYAKIOĞLU, B., Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 64; "... Bir başka ifadeyle tanıma kararı geçmişte etkili olur; 2.HD 9.5.1996, 3469/4878; YKD C.22, S. 11, s.1996) gerekçesiyle katılmanın güç olduğu kanısındayız. Örneğin boşanma kararının Türkiye'de tanıma kararı alınması öncesi, ama boşanma kararının alındığı o yabancı ülke hukukuna göre boşanma kararının kesin hüküm halini alması sonrası ölüm söz konusu olmuşsa, sağ kalan eş Türkiye'de ölen eşe mirasçı olamayacaktır. İnşai etki için kararın verilmiş olması yeterli olsa da, ama bu örnekte olduğu gibi tanıma halinde boşanmanın sonuçlarının doğduğu tarih kesin hüküm halini aldığı tarihtir. Bu olay -tamamıyla İç Hukuk düzeni içinde gerçekleşmiş olsa da inşai kararın icrasının gerekmemesi, kesinleşmenin ve kesin hükmün bu tip kararlarda pratikte bir anlamı olmadığını düşündürmeye yeterli olmayacaktır.

konusunda kamu düzeni denetimi yapılır⁴⁰. İnşâî kararlar da genellikle evlilik, soybağı gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren konularda karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda örneğin Suudi Arabistan'da o ülke kanununa göre gerçekleşmiş evlilik hukuku ya da soybağı hukuku ile ilgili inşâî nitelikteki mahkeme kararının tanınması, Türk Kamu düzenini ihlâl edebilir⁴¹. Bu bakımdan söz konusu inşâî karar, o yabancı hukuka göre kesinleşmiş olsa da, Türk mahkemesinin tanıma talebini kabul etmemesi söz konusu olabilir. Yani yabancı ülke mahkemesinin verdiği inşâî kararın ülkemizde tanınmış olmaması ve bu anlamda ülkemizde üçüncü kişilerin hukuki durumlarına etki edememesi söz konusu olabilir. Bu konunun daha fazla irdelenmesinin çalışma ile amaçlanan hedeften sapma olarak düşünülebileceği endişesiyle bu kadar açıklama ile yetiniyoruz.

İNŞÂİ davalar ve kararlar bakımından geçerli olan sınırlı sayı ilkesinin ve kıyasen genişletilmesi konusundaki hassasiyetin bir sebebi de, inşâî kararlarla, karara konu olmuş uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişilerin de hukukî durumuna etkide bulunulmasıdır. Bu ve bununla ilgili olduğunu düşündüğümüz mahkeme kararlarının üçüncü kişilere etkisi ve bu ilgililerin yargılamaya dahil edilmesi konusu üzerinde bir aşağıdaki başlık altında durulacaktır. Ancak ayrıntıya kaçmaksızın bunu gerçekleştirmeye çalıştık. Zira bu konular, ayrı tez ve çalışma konusu olabilecek önem ve özelliktedir. Nitekim öğretilerde bu konular üzerinde çalışılmıştır⁴².

⁴⁰ **GÖKYAYLA-DEMİR**, s.85-89. Bu gün için haklı olarak terkedilmiş bir görüşe göre, yabancı inşâî nitelikte mahkeme kararının tanınması sorununun kısa yoldan çözümünde inşâî etki cebri icra etkisidir denilerek, tenfiz kararının (ZPO § 722) kesinleşmesiyle inşâî etkinin gerçekleşmiş olacağı kabul edilmişti. Bu görüş inşâî kararın yabancı hukuka göre kesin hüküm halini almış olduğu yabancı hukuka göre inşa edici karakterin doğduğunu kabul etmemek anlamına geleceğinden kabul edilemez Zira bir inşâî kararın yabancı hukuka göre gerçekleşmiş kesin hüküm halini almış olması, yabancı hukuka göre artık inşa edici olan karardan söz edilmesini gerektirir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHLOSSER**, s. 297 ff.).

⁴¹ **ÖZEKES**, Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 230. Örneğin boşanmaya ilişkin yargılamada kocanın tek tarafı iradesi yeterli sayılmışsa, hukukî dinlenilme hakkına aykırı bu şekilde bir mahkeme kararının (İNŞÂİ) tanınması kamu düzenine aykırı olacağından tanınmaz.

⁴² **YILDIRIM**, N.D.; Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996; **BUDAK**, A.C., Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE (HERKESE) ETKİLİ OLMASI

İnşai kararların herkese karşı (inter omnes) etkili olduğu bugün egemen görüştür. Bu özelliğinden ötürü, inşai kararlara maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanımaya ihtiyaç bulunmadığı da iddia edilmiştir⁴³. İnşai kararlarda, Inter partes etki ile inter omnes etkinin birlikte kabul edilebilmesine engel olmadığı ama bunları özenle birbirinden ayırmaya çalışsan düşünceye katılmakta olduğumuzu belirtmek isteriz. Zira inşai davalarda kurucu yönün yanısıra tespit edici yön de bulunmaktadır. Kurucu yönün ağır basıyor oluşu, tespit edici yönün gözardı edilmesine sebep olmuşa da tespit edici yönün bulunmadığı anlamına gelmez⁴⁴. Maddi anlamda kesin hükümle inşai hüküm yanyanadır. Davada hakkın değiştirilmesine dair talep yani inşai hak tespit edilir. İnşai hükümle, kesin hüküm etkisi sayesinde, taraflar arasında inşai hakkın varlığı kesin olarak tespit edilmekte, inşai tesir ise, inşai hakkı gerçekleştirmektedir⁴⁵. Kesin hüküm hale ve geçmişe etkili iken; inşai etki kural olarak geleceğe yöneliktir. İnşai etki kurucu, kesin hüküm etkisi açıklayıcıdır. Kesin hüküm etkisi taraflar arasında iken; inşai etki herkese yöneliktir. İnşai karar, tarafları doğrudan etkileyip onlar için kesin hüküm oluştururken üçüncü kişiler için dolaylı ve inşai bir etki yaratmaktadır. Yani taraflar için mutlak bir etki taraf olmayan üçüncü kişiler bakımından ise, değişik ölçülerde hükmün sonuçlarına katlanma, uyma ve bunların kabul şeklinde bir etki ortaya çıkmaktadır⁴⁶. İnşai kararlarla, karara konu olmuş uyumsuzluğun tarafı olmayan üçüncü kişilerin de hukukî durumuna da etkide bulunulmakta olduğu için mahkeme kararlarının üçüncü kişilere etkisi ve bu bağlamda

⁴³ **KURU**, C.V, 5092 vd.; Nizasız Kaza Ankara 1961, s.183; Alman öğretisi için örn. bkz. **LENT**, F., "Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, ZJP 61309-310. Öncelikle maddi anlamda kesin hüküm etkisinin çekişmeli yargı kararları için söz konusu olduğu oysa İnşai haklarla inşai davalarda, teknik anlamda seçim hakkından farklı bir durum söz konusudur. Zira bunlarda seçim hakkının kullanımı öncesinde hukuki durum objektif bakımdan belirsiz değildir, aksine yetkiliye öncelikle her iki imkândan biri zorla kabul etkinin yargı kararları dışında idarî veya icraî işlemlerden, hatta tarafların anlaşmasından veya tek taraflı iradelerinden bile kaynaklanabildiği unutulmamalıdır.

⁴⁴ **ÖNEN**, s. 177 vd., 184 vd.; **ÖZEKES**, s. 279, dn.253.

⁴⁵ İnşai etki kurucu iken; kesin hüküm etkisi açıklayıcıdır. **YILDIRIM**, s. 59.

⁴⁶ **ÖNEN**, s. 187; **ÖZEKES**, s. 280.; **BROX**, s. 393 ff.; **OBERHAMMER**, P. Richterliche Rechtsgestaltung und Rechtliches Gehör, Wien 1994, s. 59 ff.; **HAESEMEYER**, L., Drittinteressen işm Zivilprozeß, ZJP 101 (1988), S.398 FF.

değerlendirilmek gereken birkaç konuya da değinmeden geçmek istemedik. İnşaf davalarında tarafların hukukî dinlenme hakları bulunduğu şüphesizken; inşaf etkiden ötürü üçüncü kişilerin de dinlenmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Statü davaları denilen soybağı, boşanma, genel kurul kararı iptali davalarında üçüncü kişilerin dinlenmesi salt inşaf hükümden ötürü olmayıp, bu gibi statü davalarında yargılamanın üçüncü kişilerin hukuki durumları ile yakından ilgili olmasındandır⁴⁷. İnşaf hakların ve davaların en önemli sonucu İnşaf haklarla inşaf davalarında, teknik anlamda seçim hakkından farklı bir durum söz konusudur. Zira bunlarda seçim hakkının kullanımı öncesinde hukuki durum objektif bakımdan belirsiz değildir, aksine yetkiliye öncelikle her iki imkândan biri zorla kabul etki ve bunun herkese karşı olmasıdır. Herkes kavramı ise, çok geniş olup, taraflar dışındaki herkesi kapsar. Hukukî dinlenme hakkının amacı ise, herkesi dinlemek değildir⁴⁸. Öğretide ileri sürülmüş olan ve katıldığımız bir görüşten yeri gelmişken söz etmek isteriz. Üçüncü kişiye hukukî dinlenme hakkının sunulması bakımından, inşaf hükümlerle etkilenecek olan menfaatinin halen mevcut, iktisap edilmiş bir hak olması, beklenen bir hak olmaması kriter olarak dikkate alınabilir. Ancak bu kriterin, yargılamanın üçüncü kişinin hukukî durumunu doğrudan ilgilendirme ölçütü ile birlikte değerlendirilmesi⁴⁹ daha uygun olacaktır⁵⁰.

Bu bağlamda üzerinde çalışılması gerektiğini düşündüğümüz konulardan biri de, fer'i müdahale olmaktadır. Hukuk sistemimize yabancı olan ancak Alman Usul Kanunu § 69⁵¹ ve Avusturya Usul Kanunu § 20 ve İsviçre'de bazı kanton usul kanunlarında⁵² düzenlenmiş bulunan dava arkadaşlığı biçimindeki

⁴⁷ ÖZEKES, s. 280, dn.256. Yazar sadece inşaf hükmün inşaf etkisi sebebiyle tüm üçüncü kişiler dinlenseydi, herkesin dinlenmesi gerekeceğini, hukukî dinlenme hakkının amacının bu olmadığını belirtmektedir.

⁴⁸ ÖZEKES, s. 280.

⁴⁹ Benzer görüş için bkz. ÖZEKES, s. 280, dn.256.

⁵⁰ ÖZEKES'i bu konuda üçüncü kişinin korunan yararının beklenen hakla ilişkin olmasının yeterli olmayacağını belirttiği gibi mevcut hakkın korunmasının yanı sıra ekonomik veya manevi bir yararı da yeterli görmemektedir (s. 281) Değişik ifadelerle olsa bir çok yazar aynı hususu ifade etmiştir (ALANGOYA, s.226 vd.; BUDAK, s. 32 vd.; PEKCANITEZ, H., "Hukukî Dinlenme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.794 vd.).

⁵¹ ZPO § 69'a göre bunun Medeni Hukuk hükümlerine göre esas meselede (davada) verilmiş kararın fer'i müdahilin karşı tarafla olan ilişkisinde kesin hüküm etkisine sahipse, fer'i müdahil tarafın dava arkadaşı olarak bulunacaktır.

⁵² Örneğin Bern Usul K. § 47.

fer'i müdahale çeşidinde, taraflardan birisinin yanında dava arkadaşı olarak, onun davayı kazanmasına yardımcı olması amacıyla katılmadan söz edilme-
lidir. Örneğin, Alman hukukuna göre, AŞ pay sahiplerinin geçersiz genel
kurul kararının tespiti için açacağı davaya, diğer ortaklar dava arkadaşı
biçiminde müdahale edebilmektedir. Zira pay sahipleri ile ortaklık arasındaki
hukuki ilişki davada verilen hükümden doğrudan etkilenecektir⁵³. İnşai etki
suretiyle haklarına etkide bulunan üçüncü kişilerin, yargılamaya dava
arkadaşı biçiminde fer'i müdahil olarak Alman Usul Kanunu § 69 çerçeve-
sinde katılabileceği Alman öğretide ve uygulamasında savunulmuştur⁵⁴.
Alman hukukunda Usul K.§ 69'un uygulanabilmesi bakımından iki koşul
aranmaktadır. İlki, müdahale talebinde bulunan kişi ile müdahilin yardımcı
olmak istediği tarafın karşısındaki taraf (yani karşı tarafla) arasında hukuki
ilişkisi olmasıdır. Örneğin koca tarafından çocuk ve ana aleyhine açılan
soybağının reddi davasında çocuğun babası olduğu iddia edilen üçüncü
kişinin davaya, davalılar yanında dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil olarak
katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira bu kişinin, davacı koca ile arasında bir
hukuki ilişki bulunmamaktadır⁵⁵. Hukukumuzda, kocanın soybağının reddi
konusunda açtığı davada, MK.m.286/II, ana ve çocuğu zorunlu dava arkadaşı
olarak göstermiş olmasaydı, çocuk aleyhine açılmış soybağının reddi davasına
ana, dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil olarak katılabilirdi. Zira ana ile
soybağını reddeden koca arasında hukuki bir ilişki bulunmaktadır. Bunun
yanısıra şimdi incelenecek ikinci koşul da mevcuttur. Bu koşul ise, dava
sonunda verilecek nihai kararın müdahil ile karşı taraf arasındaki hukuki ilişki
bakımından kesin hüküm etkisine, inşai etkiye ya da icra edilebilirlik⁵⁶
etkisine sahip olmasıdır⁵⁷. Yani Alm.Usul.K.§ 69'da asıl meselede verilen
kararın, fer'i müdahil ile davanın karşı tarafı arasındaki hukuki ilişki

⁵³ Ayrıntılı bilgi ve başka örnekler (kısıtlama kararının iptali ve limited şirketin feshine ilişkin) için bkz. **SCHLOSSER**, s. 207 ff.; ayrıca bkz. **PEKCANITEZ**, s.52.

⁵⁴ **BROX**, "Der Schutz der Rechte Dritter bei zivilgerichtlichen Gestaltungs-klagen" FamRZ 1963, s.392 ff; **ROSENBERG**, ZPR § 46 IV 2 a; **STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE**, § 69 ZPO Anm. I 2; **SCHLOSSER**, S. 207 ff.; RG. Urt.v.14 Haziran 1944, 944; RG Urt.v.22 Mart 1924 (RGZ 108, 137 ff).

⁵⁵ Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen C.92 (1985), s.275 ff.

⁵⁶ **PEKCANITEZ**, s. 96; **YILDIRIM**, s. 61-63.

⁵⁷ **ALANGOYA**, Y., Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Doktora Tezi) İstanbul 1965 Tıpkı Basım İstanbul 1999, s. 50.

bakımından kesin hüküm teşkil etmesi aranmakta ise de, üçüncü kişiye etki eden inşâî kararlarda (inşâî etkide de) da durumun farklı olmadığı kabul edilmiştir⁵⁸. Konu Alman hukukunda çok işlenmiş olmakla beraber; HUMK'muzda yapılacak değişikliklerle dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil kavramı ve bunun hangi hallerde mümkün olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş değildir⁵⁹. Bu arada konuyla yakından ilgili olduğu için HUMK'muzda da üçüncü kişilerin haklarının doğrudan kesin hükümden etkilendiği hallerde, dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahaleye olanak tanıyan genel bir düzenlemeye yer verilmesinin uygun olacağı şeklindeki düşünceye⁶⁰ de katılmakta olduğumu belirtmeliyim. İnşâî etkinin söz konusu olduğu hallerde, özellikle soybağı ile ilgili davalarda (MK.m.286, m. 297) davalı tarafta zorunlu dava arkadaşlığı tesisi ile konuya yaklaşılmış olması, dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahaleye en azından bu alanda ihtiyaç hissedilmesini engellemiştir. Ancak maddi hukuk hükümleri arasına serpiştirilmiş hükümlerle tek tek bu şekilde düzenleme getirilmek yerine HUMK'muzda getirilecek genel bir düzenleme ile Alman hukukunda olduğu gibi Medeni hukuk hükümleri çerçevesinde esas meselede verilen kararın üçüncü bir kişinin karşı tarafla ilişkisini doğrudan etkilediği hallerde, bu üçüncü kişiye davaya dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil olarak davaya katılabilme yolunun açılması isabetli olacaktır. Zira kararın inşâî etkisi suretiyle hakları etkilenmekte olan üçüncü kişilerin yargılamaya dava arkadaşı fer'i müdahil olarak katılımı, hukuk devletine ilişkin gereklerle uygundur. Örneğin iki AŞ'in birleşmesini onaylayan genel kurul kararının iptaline ilişkin açılmış davada, şirketlerden biriyle pay sahipleri arasındaki davaya katılan diğer şirketin, birleşme sözleşmesinden doğan haklarını koruyabilmesi, özellikle de davanın muvazaalı olması halinde, davalı şirketten bağımsız hareket edebilmesiyle mümkün olacaktır. Bu günkü şekliyle alelâde fer'i müdahale bu ihtiyacı karşılamamaktadır. Fer'i müdahalenin bu çeşidinin ihtiyacı karşılamaması,

⁵⁸ SCHLOSSER, s.207 : Yazar ZPO § 69'da düzenlenmiş nitelikli fer'i Müdahalede (dava arkadaşı biçimindeki fer'i müdahalede), alelade fer'i müdahalenin aksine, kararın dava arkadaşı biçimindeki fer'i müdahilin (üçüncü şahsın) leh ya da aleyhinde etkisi olmasının arandığını; kesin hüküm etkisinin kısmen olmasının yeterli olmadığını ifade etmiştir. Arkasından da inşâî etkilerde de tıpkı kesin hükmün onları da (üçüncü kişileri de) içine alması gibi bir durum bulunduğunu belirtmiştir.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ, s. 51-54; BUDAK, s.49 vd.

⁶⁰ BUDAK, s.36 vd.

üçüncü kişiye daha geniş koruma sağlayan dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahalenin kanunda düzenlenmesi gereğini yaratmaktadır. Dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil, alelâde fer'i müdahilden farklı olarak, katıldığı tarafa bağımlı değildir; katıldığı tarafın ikrarı, kabulü ve feragatine karşı koyabilir⁶¹. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemeler çerçevesinde (m.53 vd) bugün için bu hak, üçüncü kişilere sunulmuş değildir.

İnşai davanın zorunlu dava arkadaşlığı şeklinde birden çok kişiye yöneltilmesi, eğer sadece müşterek olarak dava dilekçesinde sıfatları olabilecekse mümkündür. Birkaç örnekle bunu açıklayabiliriz. Kira sözleşmesinin feshinde kiralananı kullanan birden çok kişinin dava edilmesinde bu durum ortaya çıktığı gibi, aynı dereceli birlikte hak sahipleri bakımından da zorunlu dava arkadaşı olarak davalı konumunda yer almaları durumu ortaya çıkar. Zorunlu geçit hakkı tesisi, tüm pay halinde malik olanlardan talep edilir. Pasif tarafta zorunlu dava arkadaşlığını, değişen hukuki ilişkiye dair irade serbestisi çerçevesinde kendilerinin işbirliği olmaksızın etkinin oluşmadığı tüm kişileri de içine alacak şekilde genişletmek adil olmazdı. Davacı çoğu kez davalı dışında daha başka geniş anlamda maddi ilgililer olup olmadığını bilmeyebilecektir. Öte taraftan bu gibi hallerde zorunlu dava arkadaşlığını kaçınılmaz kabul etmek, iradeleri hilafına yargılamaya dahil edilenleri masraf yükü altına sokmuş olacağımızdan haksızlık olacaktır⁶². İşte Almanya'da bu gerekçelerle yasa bizatihi kendisi idari yargılama usulünde iptal davalarında bunu göze alamamış; alelade ve zorunlu davet (einfache Beiladung- notwendige Beiladung) usulünü benimseyerek, bu şekilde davet edilmiş olanın dilekçe vermiş olması ya da kanun yoluna başvurmuş olması halinde masraf yüküne katlanmasını esas almıştır. Zorunlu davet, üçüncü kişilerin özellikle iptal davası sonunda verilen karardan doğrudan etkilenmesi ve iptal hükmünün inşai hüküm niteliği sebebiyle davanın tarafları dışında üçüncü kişileri de etkilemesinden ötürü öngörülmüştür. İYUK'muzun 31.maddesi fer'i müdahaleyle ilişkin HUMK.m.53-58'in uygulanması yanısıra mahkemece karardan etkilenecek üçüncü kişilerin yargılamaya davet edilmesinden de söz etmektedir. HUMK'nda değişiklikle inşai kararın söz konusu olduğu hallerde, mahkemenin davet usulü çerçevesinde bu karardan etkilenecek üçüncü kişileri yargılamaya daveti ve bu bağlamda dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahil

⁶¹ Ayrıntılı 55; bilgi için bkz. PEKCANITEZ, s. 53-54; BUDAK, s.53 vd.

⁶² SCHLOSSER, s. 211.

olarak yargılamaya katılmalarını sağlama yolunu açmanın uygun olacağı kanısındayım. İYUK'm.31/son ile getirilen düzenlemeden özellikle mahiyeti düşünüldüğünde kamu hukuku branşı olan icra iflas hukukunda yararlanılması yolunu açan düzenleme, gereksinmeye uygun olacaktır. İİK m.89, 120 veya İİK.m.245, 255, son fıkra hükmüne göre takip alacaklısı veya (iflâs alacaklısı) tarafından, takip borçlusunun (veya müflisin) borçlusu olan üçüncü kişiye karşı açılan davaya, hacze iştirak eden takip alacaklılarının (veya iflas masasına dahil olan diğer iflas alacaklılarının) mahkeme tarafından re'sen davet edilmesi uygun olacaktır⁶³. Keza iflas idaresinin takip ettiği davalara iflas alacaklılarının ve müflisin mahkeme tarafından davet edilmesi uygun olacaktır⁶⁴. Nitekim Alman hukuku, üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczinin İİK.89'dan farklı olarak, sulh mahkemesinin kararıyla gerçekleştirilmesi esasına bağlamıştır (§ 828). Mahkeme haciz talebi karşısında, alacaklının elinde geçerli bir cebri icra belgesi olduğu ve takip borçlusunun

⁶³ BUDAK, s. 71.

⁶⁴ Bu ve başka örnekler için bkz. BUDAK, s. 70-71. MK .m. 297 gereği tanımının iptali davası, ana ve çocuğa karşı açılacaktır (Zorunlu dava arkadaşlığı). MK.m.301 gereği, dava ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilecektir. MK münferit düzenlemelerle daha çok zorunlu dava arkadaşlığı kurumuyula konuya çözüm üretmiştir. Ancak değişiklikten sonra dahi örneğin, vasi tayinine itiraz hakkındaki (MK. m.422 vd) yargılamaya, vasi tayin talebinde bulunmuş olanın mahkeme tarafından re'sen davet edilmesi şeklindeki ihtiyaç geçerliliğini korumaktadır. Kazuistik yöntemle MK'nda tek tek maddelerde, "hükümden maddi ve doğrudan etkilenecek olanlara" zorunlu dava arkadaşı olarak yer verilmektense, MK'ndaki usul hukukuna ilişkin hükümlerin HUMK'na nakli sırasında, genel bir düzenleme getirilerek madden ve doğrudan hükümden etkilenecek olanların mahkemeye daveti usulü ve bu çerçevede dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahale kurumunun düzenlenmesi (Alman Usul K.§ 69'daki) yoluna gidilmesinin uygun olacağı kanısında olduğumu belirtmek isterim. Bu şekilde yasa koyucunun hükümden madden ve doğrudan etkilenecek olanların varlığına rağmen dava arkadaşlığı şeklinde düzenleme getirmek ya da hükümden üçüncü kişinin etkileneceğinin davanın önceden ihbar edilmiş bulunmasına bağlı kılınması hususlarında (Nitekim MK m. 229 ve 251'de bu yapılmıştır) ortaya çıkabilecek gözden kaçırma olasılıkları da bertaraf edilmiş olacaktır. Özellikle sosyal usul hukuku anlayışı da, hükümden madden ve doğrudan etkilenecek üçüncü kişilerin mahkemeye re'sen davet edilmesi ve bu suretle hukukî dinlenilme haklarının güvence altına alınmış olması bakımından mahkemenin işlevinin artırılmasını gerektirir. Örneğin iflâs gibi toplumsal etkileri son derece önemli ve yoğun olan meselelerde, keza icra hukukunda (İİK.m.96, m.89 vd.) hukukî dinlenilme hakkının kullanılmasının güvence altına alınmış olması, mahkemenin bu konudaki işlevinin artırılmasını gerektirmektedir.

üçüncü kişiden alacaklı olduğunu anlarsa, takip borçlusunu dinlemeden haciz kararı vermekte, haciz kararı takip borçlusunun alacaklı olduğu üçüncü kişiye ve takip borçlusuna tebliğ edilmektedir. Üçüncü kişinin İİK.m.89'un aksine haciz kararına itiraz etmek yükümlülüğü bulunmamaktadır. Haciz kararı veren mahkemenin, alacaklının talebi üzerine üçüncü kişideki alacağın takip alacaklısına devrine karar vermesi de mümkündür⁶⁵. Birden fazla alacaklının üçüncü kişideki mal ya da hakka haciz koydurduğu hallerde, üçüncü kişideki alacağı, haciz koyduran alacaklılardan birisinin dava etmesi halinde, diğer haciz koyduran alacaklıların dava arkadaşı olarak bu davaya katılabilmeleri mümkün olup; ayrı dava açmamaktadırlar⁶⁶. Davet üzerine katılmazlarsa, dava sonunda verilen karar onlara da etkilidir (§ 856/IV)⁶⁷. Böylelikle çok sayıda dava açılması önlenmekte, üçüncü kişi birden fazla davaya muhatap olmaktan kurtarılmakta ve davada verilen kararın diğer haciz alacaklılarına ancak davaya davet edilmiş olmaları şartıyla etkili olacağı düzenlenerek üçüncü kişilerin de temel hakları (iddia-savunma hakkı) korunmuş olmaktadır.

Hukumumuzda İİK.m.158/I ve 287/I ile getirilen itiraz hakkının, mahkemenin üçüncü kişileri daveti müessesesine benzediği ileri sürülmüştür. İİK.m.158/1 iflâs takibi kesinleştğinde, yurt düzeyinde tirajı en yüksek beş gazeteden biri ile birlikte iflas edenin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki bir gazete ve ticaret sicil gazetesinde ilan olunmaktadır. İflas talebinin ilanından itibaren 15 gün içinde diğer alacaklılar davaya müdahale ederek veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürerek mahkemeden talebin reddini isteme hakkına sahiptir. Mahkemenin tebliğ ile davet etmesi söz konusu olmayıp gazete ilânı ile gerçekleşmekle beraber, yargılamaya bu suretle davet edilmiş üçüncü kişilerin, iflâs talebinin reddi için yapacakları başvurunun “müdahale veya itiraz” şeklinde olması öngörül-

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **JAUERNIG**, O., Zwangsvollstreckungs-und Insolvenzrecht, 20. Bası, Münih 1996, s. 90.

⁶⁶ Alm.Usul K.§ 856'ya göre haciz koyduran alacaklılardan biri tarafından dava edilen üçüncü kişi (ki takip borçlusunun alacaklı olduğu kişidir), haciz koyduran diğer alacaklıları da mahkemeye bildirmek yükümlülüğü altındadır. Bunun üzerine mahkeme, bunları davaya davacı yanında da arkadaşı olarak katılmak üzere davet etmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **BUDAK**, s. 62 vd.).

⁶⁷ İlk davet üzerine davaya katılmış olmasa da, dava tarafı gibi sürekli yargılamadan haberdar edilerek diğer duruşmalara da davet edilmesi halinde üçüncü kişiye hukukî dinlenilme hakkının yeterli şekilde sunulduğundan söz edilebilir (**SCHLOSSER**, s. 212 ff).

müştür. Ancak “itiraz”ın ne anlama geldiği, “müdahale”nin ne anlamda kullanıldığı belirtilmiş olmadığı gibi ne farkları olduğuna da değinilmemiştir. Öğretide burada kastedilenin “aslî müdahale” olduğu şeklinde bir görüş bulunmaktadır⁶⁸. Bu görüşe iflâs talebinin reddini bu suretle isteyenlerin davaya taraflardan biri yanında katılmaları HUMK.m.53-58 anlamında fer’i müdahale arzulan sonuca ulaştıramayacağından katılmak mümkün olmakla beraber, bu kişiler dava konusu üzerinde hak sahibi oldukları iddiasıyla ayrı bir dava açmış olmadıklarına göre aslî müdahalenin varlığını kabul de güç gözükmemektedir⁶⁹. Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi dava arkadaşı biçiminde fer’i müdahale kurumuna HUMK’nda yapılacak değişikliklerle yer verilmesi, özellikle iflâs talebine itiraz eden üçüncü kişilerin hak ve yükümlülükleri konusunda bugün söz konusu olan boşluğun da doldurulmasını sağlayacaktır⁷⁰.

İİK m.287/I hükmü bakımından da konkordato mühleti talebine itiraz eden alacaklılar bakımından iflâs talebine itiraz eden alacaklılar hakkında söylenenler geçerli olabilecektir

Alman hukukunda yasa koyucu tüm ilgili üçüncü kişilerin asıl taraf olarak katılımını açıkça istememiş, bu yüzden de mümkün merteye yasa benzeri hukuk yaratımı ilkesine göre şayet anayasal açıdan gerekli ise, davacı ve davalı kategorileri dışında bir üçüncü kişinin katılımı olanaklarının araştırılması gereğini gözardı etmemiştir. 1992 yılında kaldırılmış olan Alm. Usul K. § 666/III’den söz etmekte yarar görmekteyiz. Buna göre, hacir kararının iptali doğrultusunda istemde bulunulması halinde, hacri talep etmiş

⁶⁸ KURU, İcra ve İflâs Hukuku, 3.Bs.C.III, Ankara 1993, s. 2680, ÖZEKES, M., Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale, İstanbul 1995, s. 44-45; PEKCANİTEZ ise, alacaklıların müdahale yerine itiraz yoluna başvurmalarının daha uygun olacağını belirtmiştir (Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s. 44).

⁶⁹ ÖZEKES, kendi hakkı bakımından zararlı sonuç ortaya çıkacak olduğu takdirde de üçüncü kişinin aslî müdahil olarak davaya katılmakta hukukî yarar sahibi olduğu görüşündedir (s. 45).

⁷⁰ Krş. BUDAK, s. 68-69. Bu kişilerin, davanın taraflarından bağımsız usul işlemleri yapabilmeleri gerekir. Bunlar, iflâs talebinin reddedilmesi üzerine kararı taraflara tebliğ ettirebilmelidir. İtiraz eden alacaklıların karşı koyması halinde, borçlu ya da iflâs talep eden alacaklının ikrarı etkisini kaybetmelidir (Aynı sonuca dair 11.HD 19.10.1989, 5263/5501; UYAR, T., Gerekçeli-Notlu İcra ve İflâs Kanunu C.IV, İzmir 1997, s.4831-4832).

olanın bu davadan haberdar edilerek davet edilmesi yöntemi benimsenmişti. Davet gereğince yargılamaya dahil olma halinde, asıl tarafın dava arkadaşının haklarına sahip olmaktadır⁷¹. Alman MK, 12.9.1990 tarihinde reform kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla bugün Alm.Usul K.ş 666 uygulanmaktadır.

HUMK'muzun 446 maddesindeki alacaklılardan ve küllî haleflerden mal kaçırmak amacıyla *hile* ile alınan hükümlere karşı hükmün kendilerine karşı ileri sürülebilecek olduğu üçüncü kişilerin yargılamanın yenilenmesini isteyebilmesine ilişkin hakkı Yargıtay'ca genişletilerek uygulanmak suretiyle, Fransız hukukunda kapsamlı biçimde üçüncü kişilere tanınmış bulunan yargılamanın yenilenmesi hakkının hukukumuzda dar kapsamda mirasçılar ve alacaklılara tanınmış olmasının yaratacağı sıkıntı minimuma indirgenmeye çalışılmaktadır. Hile ile değil de, taraflardan biri davayı iyi takip etmediği için, hüküm haksız olabilir. Üçüncü kişiye sadece hile halinde değil, daha kapsamlı olarak ilk derece mahkemesinde verilmiş kararı kendisi bakımından kısmen ya da tamamen iptal ettirme olanağının verilmesi, yargılama sırasında fer'i müdahil olarak karara etkili olma hakkının tanınmasının devamı, tamamlayıcısı olacaktır⁷². Yargılamanın yenilenmesi davasının inşâî dava olduğu, bu dava sonucundan üçüncü kişilerin de etkilenecek olduğu düşünülürse, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü kararından etkilenecek üçüncü kişilerin de yargılamaya davet edilerek dinlenmesi yoluna gidilmesi uygun olur. Keza butlan davası (MK.m.145/1) ikinci evlilik sebebiyle açılmışsa, ikinci evlilikteki eşe ve ilk evlilikteki eşe hukukî dinlenilme hakkı tanınmalıdır. Çünkü bu davadan her ikisinin de hukukî durumu etkilenebilecektir. Özellikle ilk evlilikteki eş, sırf ikinci evliliğin tarafı olmadığından dinlenmezse, hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur, ona ikinci evliliğe karşı koyma şansı tanınmalıdır⁷³. İflâs davalarında iflâs talebinin ilânı ile alacaklıların davada müdahale veya itiraz yoluyla yer alarak hukukî dinlenilme haklarını kullanmalarına olanak sağlanmak istenmiş olmakla beraber; bu yöntemin hukukî dinlenilme hakkının kullanılmasını temin bakımından yeterli olduğunu söylemek güçtür kanısındayım. Özellikle "iflâs kararından madden ve doğrudan etkilenecek kişilerin" anayasal temel haklarının yaşama geçirilmesi

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BUDAK, s. 63 vd.

⁷² BUDAK, s. 84.

⁷³ ÖZEKES, s. 288.

konusunda, yasa koyucunun sadece ilân suretiyle itiraz ya da müdahale olanağını kullanmak üzere 15 günlük sürenin varlığını duyurmaktan öte bir işlevi mahkemeye kazandırabileceği kanısındayım. Söz konusu davanın ve kararın önemi ve etkileri düşünüldüğünde en azından bu dava bakımından, HUMK'nda hükümden madden ve doğrudan etkilenecek olanların mahkemece davet edilmesi usulü ve dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahale kurumu düzenlenmesi gerektiği düşüncemizi yenileyerek, bu yönde düzenleme getirilmesine kadar davanın niteliği ve uygulanan yargılama hukuku ilkesi vb. hususlar da dikkate alınarak İYUK m.31/son kıyasen uygulanabilir mi? hususunun tartışılmaya değer olduğunu belirtmek isterim. Bu, şüphesiz mahkemeye ek bir külfet getirecektir. Zira iflâs eden şirketin tüm defterleri incelemek alacaklılarının tespiti ve bunların mahkemece re'sen daveti söz konusu olacaktır. Kanımızca böyle bir külfete ancak yasanın emredici bir düzenlemesi imkân sağlayabilir. Kıyasen uygulama bu bakımdan mümkün olmayacaktır.

C. GELECEĞE ETKİLİ KARARLAR OLMASI

İnşâî kararlar, kural olarak geleceği etkilidir. Hukuksal güvenlik ve hukuk devletinden bundan ödün verilememesinin bir sonucudur. İnşâî davalarda sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesi de, hukuk devleti düşüncesinin ve bu davaların kamu düzeniyle yakından ilgili olmasındandır. Mahkemenin kararının hukukî ilişkiyi kurma, değiştirme ya da ortadan kaldırma biçiminde etkilediği düşünülürse, bu etkinin geçmişe değil de geleceğe etkili olmasının kazanılmış haklara saygı prensibiyle de ilgili olduğu görülür. Sadece istisnâî hallerde o da özel önemde bir menfaat bunu gerektirdiği için inşâî karar geçmişe etkili olacaktır. Örneğin babalık davasında ortaya çıkan kararın geriye yürümesi çocuğun menfaatine (çocuk hukuku bakımından), keza soybağının reddi davasındaki inşâî kararın geriye etkide bulunması yine soybağının tesisi ya da kalkmasının toplum bakımından taşıdığı öneme bağlanabilir. Ağır yargılama hatalarının kamu düzenini zedeleyeceğinden şüphe duyulmayan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin bulunduğu anlaşıldığı hallerde, geçmişe etkili olacak şekilde ilk derece mahkemesi kararı iptal edilerek yeniden yargılama yapılması da bir hukuk devleti için olmazsa olmaz olan yargıya güvenin sağlanması şeklindeki özel önemdeki menfaatin gereğidir.

D. OLUMSUZ İÇERİKLİ OLMASI

Genelde inşai kararlar, hukukî ilişkiyi ortadan kaldırma, bertaraf etme biçiminde olumsuz içerikte olan kararlardır. Soybağının reddi kararı, tanımanın iptali kararı, AŞ genel kurul kararının iptali kararı, âdi ortaklığın feshi kararı, boşanma kararı, evliliğin feshi kararı, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine yerinde bulunarak verilen iptal kararı, tenkis davası sonucu verilen karar, cezaî şartın indirilmesi kararı vb. olumsuz içeriktedir. Babalık davası sonucu verilen inşai karar, geçit ya da kaynak hakkı tesisine dair verilen karar, kira bedelinin artırımı davası sonucu kira bedelini artıran karar vb. sınırlı da olsa olumlu içeriğe sahiptir.

E. İNŞAİ KARARIN İLİŞKİN OLDUĞU DAVA HAKKINI SONA ERDİRİCİ OLMASI

Örneğin boşanmayı isteme veya evliliğin iptalini isteme ve bu yönde alınmış inşai kararlar, inşai dava hakkı tükenir. Bu hak bir daha kullanılamaz. Evli kişinin boşanmasından sonra boşandığı kişiden tekrar boşanması için dava açma hakkı bulunmamaktadır. Hakkı kullanıp inşai kararı alması, onun bu konudaki dava hakkını tüketir. Bu husus mahkemece re'sen göz önünde bulundurulur. Burada kesin hükmün bulunmaması şeklindeki olumsuz dava şartından değil, inşai dava hakkının kullanılmak ve o yönde karar almakla tükendiğinden söz edilmelidir.

F. İNŞAİ KARARIN GERİ DÖNÜLEMEZ OLMASI

Boşanmayı isteyen ve bu yönde karar aldırın eşler, kararı aldıktan ve kesinleştikten sonra bundan dönemezler. Hukuk Devleti için vazgeçilemez olan hukuksal güvenlik bunu gerektirir. Ancak bu, söz konusu kişilerin yeniden birbiriyle evlenemeyeceği anlamına gelmez. Fakat bu halde, artık yeni bir evlilik söz konusu olup; eskisinin devamı değildir. Soybağı tesisine yönelik açılmış davada alınmış babalık kararından taraflar istedi diye dönülemez. İnşai dava ve kararların kamu düzenini yakından ilgilendirmesinin gereği de budur.

SONUÇ

İnşâî davalar ve kararların her hukuk düzeninde özel bir öneme sahip olması, hukuk devleti düşüncesi ve kamu düzeniyle yakından ilgi olmasıyla bağlantılıdır. Yenilik doğurucu hakların bir kısmı toplum için taşıdığı önemden ötürü ancak dava yoluyla kullanılabilir. Menfaatler dengesi gözetilerek yasa koyucunun inşâî dava hakkı tanıdığı düşünülürse, bunun kıyasen genişletilmesi konusunda son derece titiz davranılması gereği de kendiliğinden ortaya çıkar. İnşâî etki sebebiyle dava tarafları dışında kalan 3.kişilerin de mahkeme kararından doğrudan ve madden etkilenmeleri sebebiyle anayasal temel yargısal (Ana.m.36) hakkın yaşama geçirilebilmesi ve hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılama sistemini temine yönelik olarak bu kişilerin de yargılamaya dahil edilmeleri bakımından mahkemenin işlevinin artırılması, bunların katılımlarının sonuç ve hükümlerinin de HUMK'nda düzenlenmesi kısacası yeni bazı kavram ve kurumlara yer verilmesinin uygun olacağı dile getirilmiştir.

Bunlardan üçünü kişinin mahkemeye daveti ve dava arkadaşı biçiminde fer'i müdahale kurumları üzerinde durulmuşsa da, inşâî etki ve bu etkinin medenî usul hukukunda ihtiyaç yarattığı kurumlar bir başka çalışmanın konusunu oluşturacak önem ve yoğunluktadır. Bu yüzden inşâî etkiyi bir başka çalışmanın konusu yapmak üzere çalışmamıza burada son vermeyi tercih ettik.

AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE NOTERLİK VE NOTERLİK KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASLAĞININ GETİRDİKLERİ

*Prof.Dr. Süha TANRIVER**

I. GENEL OLARAK

Noterlik, adalet hizmetleri bütünü içinde yer alan ve işlevi ile önemi, tam anlamıyla yeni yeni kavranmaya başlayan bir kurumdur. Noter, hukukî güvenliği sağlamak ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemeye yönelik olarak görev yapan bir görevli konumundadır. Geniş anlamda yargı görevlileri içerisinde yer alan noterler, hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önceden önlemeye yönelik işlevleri itibariyle, deyiş yerinde ise, “hukuk mühendisi” olarak nitelendirilebilirler ve işlevlerinin bu boyutu itibariyle, diğer yargı görevlilerinden farklılaşırlar; benzetme yerinde ise, “koruyucu hekimlik” benzeri bir misyonu yerine getirirler¹.

Artık, günümüzde, noterlik hizmetleri, klasik işlevler arasında yer alan belge onaylama ve belgelendirme ile sınırlı kalmayıp; bunun yanısıra, hukukî ilişkilerin, ileride hukukî sorunların doğumunu önleyecek şekilde biçimlendirilmesi, ilgililerin istemleri doğrultusunda somut olayın koşullarına göre yeniden yapılandırılması biçiminde beliren çağdaş bir çizgiye ulaşmış durumdadır. Bizim de içerisinde dahil olmaya çalıştığımız bir topluluk olan Avrupa Birliği Ülkelerinde de, hâkim eğilim bu yöndedir. Bu bağlamda, hem yapılanma hem de işlevleri itibarıyla Avrupa Birliği içerisinde yer alan

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Arslan, R./Tanrıver, S.: Yargı Örgütü Hukuku, 2.B., Ankara 2001, s. 211.

ülkelerin noterlik ile ilgili düzenlemelerinin irdelenmesi ve Birlik bünyesinde gerçekleştirilmiş genel geçerliliğe sahip kodifikasyonların bulunup bulunmadığının saptanmasında yarar vardır. Çünkü, ülkemizde, Avrupa Birliği'ne giriş sürecinin eşliğinde bulunmaktadır. Bu durum ise, diğer alanlarda olduğu gibi, noterlik hukuku alanında da mevzuat uyumlaştırılması yapılmasını zorunlu kılar. Değişiklik Taslağı ile getirilmek istenen yeniliklerin, hangi ölçüde Birlik üyesi ülkelerdeki düzenlemelerle örtüştüğünün tespiti açısından da, buna ihtiyaç vardır.

Her şeyden önce, Avrupa Topluluğu Hukuku, egemen devletlerden oluşan bir alt yapıya dayalı üst hukuk yapısıdır; bu yapıda egemen konumunda bulunan devletlerdir; devletler istedikleri kapsamda, münferit konularda düzenlemeler yapma yetkisini Topluluğa tanımaktadırlar². Bu yetki tanıma olgusu da, devletlerin egemenliğinin değil; bu egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerin kullanımının sınırlanması anlamına gelir; sözü edilen hal ise, gerçek anlamda bir egemenlik kısıtlanması olarak algılanmamak gerekir³.

Avrupa Topluluğu Hukuku, her üye devletin ülkesinde, o devletin millî hukuk düzeni ile birlikte, yan yana, fakat özerk yapısını korumak suretiyle ayrı bir hukuk sistemi olarak işlerlik kazanır ve millî hukuklara nazaran uygulanma önceliğine sahiptir⁴.

Avrupa Topluluğu sisteminin temel ilkelerinden birisi de, "hizmetlerin serbest dolaşımıdır". Noterlik hizmetleri de, sözü edilen ilkede işaret edilen hizmet kavramının bütünü içerisinde yer alır ve mesleki faaliyetler kategorizasyonunda hukuk hizmetlerine dahildir⁵. Ancak, bu gün için, dahi noterlik mesleğinin düzenlenişine ilişkin yetki, üye devletlerce, Topluluğa bırakılmış değildir; hâla onların tasarruf alanında bulunmaktadır. Bir başka ifade ile, noterlik mesleği, mesleğe giriş, noterlerin görevlerini ifa ederken uygulayacakları kurallar, noterlerin sorumluluğu gibi konularda, Avrupa

² Arat, T.: Türkiye-Avrupa Birliği Ülkelerindeki Hukukî Uyumun Anlamı, Önemi ve Noterlik Hakkındaki Düzenlemelere Etkisi, (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu-VI, Ankara 2001, s. 36-48), s. 42.

³ Arat, s. 42.

⁴ Arat, s. 43.

⁵ Arat, s. 46; Köksal, T.: Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Noterlik (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu-VI, Ankara 2001, s. 49-60), s. 49.

Birliği bünyesinde ortak kuralları içeren düzenlemeler mevcut değildir; bu alanda millî hukuk düzenleri geçerliliklerini sürdürmektedirler. Bunun temelinde ise, hâla noterlik hizmetinin, bir kamu hizmeti olarak algılanması ile noterlerin bu hizmetlerin, özellikle belgelendirme hizmetinin ifası sırasında kamusal kimlik taşıyan bir takım yetkileri kullanıyor olması yatmaktadır⁶. Hemen belirtelim ki, bu durum, hiç bir zaman, noterlik hizmetinin, hizmetlerinin serbest dolaşımı dışında tutulacağı ve noterlik mesleği ile ilgili olarak organizasyon, işlevler ve bu işlevlerin ifası sırasında tâbi olunacak rejim ile sorumluluk bağlamında, Birlik Bünyesinde genel geçerliliğe sahip bir kodifikasyona gidilemeyeceği anlamına asla gelmez⁷. Gidilmesi de, zaten, noterlik hizmetleri ile bu hizmetlerin ifası sırasında eşdeğerliliğin ve eşgüdümün sağlanması açısından zorunludur.

Günümüzde, Avrupa Birliği bünyesinde yer alan ülkelerin noterliklerinin, hem yapılanma hem de işlevleri itibarıyla, pek çok yönden ortak noktalarının bulunduğu da, bir vakıa olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE NOTERLİK

A. NOTERLİK MESLEĞİNİN YAPILANMASI AÇISINDAN

Avrupa Birliği bünyesinde yer alan ülkelerde, noterlik mesleğinin yapılandırılması bağlamında, geçerlilik taşıyan ortak özellikler şunlardır^{8,9}.

* Noterlik hizmeti, bir kamu hizmetidir (Bkz.örnek olarak Alman Noterlik Kanunu § 1; Avusturya Noterlik Kanunu § 1, II); noterde bir kamu

⁶ **Yılmaz, E.:** Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu-VI, s. 16-24), s. 17; **Yılmaz, E.:** Avrupa Topluluğu Ülkelerinde ve Türkiye’de Noterlik (TNBHD., 1995/87, s. 9-16), s. 13; **Arat, s. 48; Köksal, s. 50.**

⁷ **Arat, s. 48.**

⁸ Avrupa Birliğine yeni katılımlar olmuştur. Bu tespitler, son genişleme sürecinden önce, Birlik bünyesinde yer alan ülkeler dikkate alınmak suretiyle yapılmıştır.

⁹ **Hergert, C. A.:** Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, München 1995, s. 30; **Yılmaz-Sempozyum, s. 17-18; Yılmaz-TNBHD., 14-15; Köksal, s. 51-52.**

hizmeti görevlisidir¹⁰; görevinin icrası sırasında kamu gücünü kullanmaktadır ve yasalarla belirlenmiş olan bir takım kamusal yükümlülüklerle uymak durumdadır (Örneğin, yemin etme, sır saklama, tarafsız davranma, mesai gün ve saatlerinde çakışma gibi). Noterlerin düzenlemiş oldukları belgelere, ispat gücü ve icra edilebilirlik açısından, adi belgelere nazaran farklı bir nitelik izafe edilmiş olması da, noterlerin, görevlerini icra sırasında kamusal bir yetkiyi kullanmalarının doğal bir sonucudur.

* Noter, ilke olarak, bir devlet memuru değil; serbest meslek mensubudur. Noterin serbest meslek mensubu olması, baz alınmıştır. O halde, noter, hem bir kamu hizmeti görevlisidir hem de bir serbest meslek mensubudur. Bu durum, İspanya Noterlik Kanunu'nun 1 nci maddesinde açıkça ifade edilmiştir¹¹.

Almanya'da, ilke olarak, noterlik bir serbest meslektir; salt noterlik işiyle ömür boyu uğraşmak üzere görevlendirilmiş olanlar (nur Notar), yani aslı görevli noterler, serbest meslek mensubudurlar. Ancak, bu hukuk düzeninde, avukatlara, bu görevlerinin yanısıra noterlik görevi verebileceği gibi, (avukat-noterler) (Alman Noterlik Kanunu § 3); devlet memurlarına, örneğin, yargıçlara (örneğin, Badenwürttemberg eyaletinde olduğu gibi) da, noterlik görevinin verilmesi mümkündür. Genellikle, tereke ya da tapu sicili yargıçlarının, bu görevlerinin yanısıra, aynı zamanda noterlik görevini de üstlendiği görülmektedir¹². Yargıç-noterler, hukuksal statü itibarıyla, serbest meslek mensubu

¹⁰ Avrupa Birliği dışında kalan İsviçre'de de, noterlik hizmetine, bir kamusal kimlik izafe edilmekte; noterin faaliyetlerinin nitelik itibarıyla çekişmesiz yargı alanına ait olduğu ve onun işlevinin icra sırasında kamusal yetkileri, çekişmesiz yargının bir organı sıfatıyla kullandığı belirtilmektedir (Carlen, L.: Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, s. 36). Avusturya hukukunda ise, üstlenmiş olduğu işlev kamusal bir boyut taşısa bile, noterin, devlet yargısının yardımcı bir organı olarak görülmemesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. (Wagner, K.: Notariatsordnung, 4. Aufl., Wien 1995, s. 12). Avusturya hukukunda da noter, devlet memuru değildir; bir serbest meslek mensubudur; ancak o yer yer özellikle tereke ile ilgili konularda yargısal nitelikli bir kısım görevleri de mahkeme komiseri sıfatıyla ifa eder (Rechberger, W.: Avusturya'da Noterlik (çev.: Taşpınar, S.), (Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu, VI, Ankara 2001, s. 7-13), s. 9.

¹¹ Hergeth, s. 29-30.

¹² Hergeth, s. 33-34.

değildirler; yargıç olmaları sebebiyle devlet memurudurlar. Bunların, noterlik faaliyeti karşılığı tahsil edilen ücretler, Devlet kasasına girer¹³.

Portekiz'de de, noter, bir serbest meslek mensubu değil; devletin memuru durumundadır; münhasıran devlet memurları noter olarak faaliyette bulunabilirler; noterlik, Adalet Bakanlığı içinde yer alan, hiyerarjik düzene tâbî bir birimdir¹⁴. Tarihsel geçmiş irdelendiğinde, Potekiz'de de noterliğin, menşei itibarıyla, başlangıçta diğer üye devletlerde olduğu gibi, serbest meslek olarak varlık kazandığı, Salazar diktatörlüğü döneminde devlet memurluğuna dönüştürüldüğü, bu güne kadar da, bu şekilde muhafaza edildiği görülmektedir¹⁵.

Danimarka Hukukuna, belgelendirme ve onay zorunluğu kavramları tümüyle yabancı olduğu için, bu hukuk sisteminde, Latin tipinde serbest meslek biçimindeki bir noterlik kurumu mevcut değildir.¹⁶ Noterlerce üstlenilmesi gereken görevler, bu hukuk sisteminde, Kopenhag dışındaki şehirlerde; sulh hukuk mahkemesi hâkimlerince; Kopenhag'da ise, salt bu iş için tahsis edilmiş olan, özel bir büroda görev yapan, yargıç kimliği bulunmayan tam ehliyetli iki hukukçu (Volljurist) tarafından yerine getirilir¹⁷.

* Noterler, belirli bir coğrafi alanla sınırlı olarak faaliyet gösterirler; yani, noterlerin yetki çevrelerinin tespitinde, mahkemelerin yargı çevreleri baz alınmıştır. Genelde, sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemelerinin yargı çevresi içinde, bir noterlik kurulması öngörülmüştür. Örneğin, Belçika ve

¹³ Hergeth, s. 34.

¹⁴ Hergeth, s. 55.

¹⁵ Hergeth, s. 55.

¹⁶ Hergeth, s. 60. İsviçre'de noterlik mesleği ile ilgili federal bir kodifikasyon mevcut değildir. Noterlik mesleği ile ilgili düzenlemeleri yapma yetkisi, kantonlara bırakılmıştır. Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Neuenburg, Solothurn, Uri, Tessin, Waadt ve Wallis kantonlarında, noterlik, serbest bir meslektir; noter faaliyetini, bağımsız olarak ve kendi sorumluluğu altında yürütür (Carlen, s. 37). Zug, Luzern ve Nidwalden kantonlarında, yetkilendirilmiş olan avukatlar da, noterlik işlevini yerine getirirler (Carlen, s. 37). Graubünden Nidwalden, Schwyz Thurgau und Zürich kantonlarında ise, noterlik görevini üstlenen kimse, kantonun ya da belediyenin bir memuru ya da müstahdemidir; genellikle birden ziyade işlevi aynı anda üstlenmiştir. Örneğin, Zürich'de, noter, bir memurdur; o noterlik görevinin yanı sıra, tapu sicili memurluğu ile iflâs memurluğu görevlerini de icra eder (Carlen, s. 39-40).

¹⁷ Hergeth, s. 60.

Hollanda da, aslıye hukuk mahkemesinin yargı çevresi içinde; Yunanistan'da ise, sulh hukuk mahkemesinin yargı çevresi içinde, bir noterlik kurulması esası benimsenmiştir.¹⁸ Noter, istediği zaman, istediği biçimde, istediği yere yerleşerek, üstlenmiş olduğu görevleri, yerine getirmek imkânına sahip değildir.

* Noter, üstlenmiş olduğu görevi, bulunduğu yer, ülkenin en kırsal ve en geri kalmış yöresinde de olsa, sürdürmek zorundadır. Ayrıca, o üstlenmiş olduğu işlevin doğası gereği dairesini dilediği zaman kapatamaz; mesai gün ve saatlerinde çalışmak zorundadır.

* Bazı Avrupa Birliği ülkelerinde, örneğin, İspanya'da, noterlikler, kurulu buldukları yerin büyüklüğüne göre, üçüncü sınıf, ikinci sınıf ve birinci sınıf noterlikler olmak üzere, üçlü bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuşlardır.¹⁹

* Noterliklerin örgütlenmesinde, ilke olarak, en altta noterlik daireleri, onun üstünde bölgesel bazda görev yapan noter odaları ile en üst çerçevede tüm ülke genelinde noterliğin koordinasyonundan ve işleyişinden sorumlu olarak işlev gören Noterlik Yüksek Konseyi şeklinde ortaya çıkan bir yapılanma modeli baz alınmıştır.²⁰

¹⁸ Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, (çev. **Kalafatoğlu**, U.), Ankara 1990, s. 27, 55, 77. **Portekiz**'de, ise, her belediye ve serbest bölge sınırları içinde, ihtiyaca göre bir ya da birkaç noter dairesi bulunur (Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, s. 83). İsviçre'de, serbest meslek biçiminde noterlik görevini icra edenler, kurulu buldukları kantonun tamamında (genelinde), bu görevi yapma yetkisine sahiptirler. Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf. Luzern Neuenburg, Tessin, Solothurn, Uri, Waadt, Wallis. ve Zug'da durum böyledir. Ancak, Bern ve Neuenburg noterleri bakımından, taşınmazlarla ilgili aynı hakları konu alan sözleşmeler bağlamında, bazı yetki sınırlamaları mevcuttur (**Carlen**, s. 67-68).

¹⁹ **Hergeth**, s. 54. **Portekiz de, noterler**, meslekteki başarı düzeyi baz alınmak suretiyle, üçlü bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuşlardır; birinci sınıf noterlikler, Lizbon, Porto gibi büyük şehirlerde bulunmaktadır (**Hergeth**, s. 55).

²⁰ Buna karşılık, Avrupa Birliği üyesi olan Portekiz'de, noterlik, bir devlet memuriyeti olduğu için, ne yerel ve bölgesel bazda ne de ülke genelinde herhangi bir meslek üst kuruluşu oluşturulması yoluna gidilmemiştir (Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, s. 85).

* Noterler, devletin özel denetimine tâbidirler²¹. Noterlikler, olağan denetim dışında, Adalet Bakanlığı (Devlete) ile taraflara karşı bağımsızdır. Noterlik hizmetinin, bir kamu hizmeti niteliği taşımasıyla bağlantılı olarak, Adalet Bakanlığı, noterler ile noterlik kuruluşları üzerinde, denetim yetkisine sahiptir; ancak bu denetim, hiyerarşik bir boyut arzetmez.

* Noterliklerin, ilke olarak, satış yoluyla devri ve veraset yoluyla intikali mümkün değildir. Almanya, İtalya, İspanya, Yunanistan ve Hollanda da durum böyledir²². Belçika ile Fransa'da ise, bu konuyla ilgili özel bazı düzenlemeler mevcuttur.

* İşlevlerinin kompleks bir nitelik taşıması sebebiyle, bazı ülkelerde, noterlerin, diğer noterlerle; hatta avukat, malî müşavir ve muhasebecilerle ortaklık kurmasına olanak tanınmıştır. Örneğin, Belçika'da 1986 yılından beri, noterlerin noterlerle ya da avukatlarla organize biçimde ortaklaşa çalışması mümkündür²³. İspanya'da 1984 yılından beri, noterlerin, ortak büro biçiminde faaliyette bulunmaları caizdir²⁴. Hollanda da, noterlerin, noterler, avukat ve malî müşavirlerle ortaklıklar oluşturması mümkündür²⁵. Keza, Yunanistan'da da 1986 dan beri, noterler, ortaklaşa büro şeklinde çalışabilirler; yine, onların, avukatlarla birlikte organize biçimde ortaklaşa olarak faaliyette bulunmaları mümkündür²⁶.

* Noterlik hizmetlerinin işleyişinde, noterlerin, hukukî anlaşmazlıkların doğumunun daha işin başında önlenmesinin aracı konumunda bulunan danışmanlık işlevleri ve bu bağlamda hukuk mühendisleri olma kimliği daha ön plana çıkmış; ağırlık kazanmaya başlamıştır²⁷.

* Noterlik mesleğinin örgütlenme zincirinde yer alan üst kuruluşlar, meslek içi-eğitim verirler; danışmanlık yaparlar; bu kuruluşlara bağlı bazı merkezlerde, veri bankaları oluşturulmuştur.

²¹ Hergeth, s. 30.

²² Köksal, s. 54-55.

²³ Hergeth, s. 53.

²⁴ Hergeth, s. 54.

²⁵ Hergerth, s. 50.

²⁶ Hergeth, s. 53.

²⁷ Hergeth, s. 30.

* Noterlik büroları, azamî etkinliği ve verimliliği sağlayacak şekilde, hem personel hem de teknik araç ve gereçlerle donatılmış; elektronik devletin tümüyle işlerlik kazandığı ülkelerde, tüm birimlerle elektronik ortamda iletişim kurulmuştur.

* Noter olabilmek için aranan eğitim düzeyi, en az hâkim ve avukat olabilmek için aranan kadardır. Noterlik, hukukçu kimliği ile yapılabilecek kariyerde, zirve noktalarından birisi olarak algılanmaktadır. Birlik bünyesindeki pek çok ülkede, noter olabilmek için, noterlik stajı yapmak ve noterlik sınavını başarı ile vermiş olmak aranmaktadır.

Almanya'da, aslî görevli noter olabilmek için, ön koşul, hukuk öğreniminden sonra gerçekleştirilecek olan birinci ve ikinci devlet imtihanlarını başarı ile vermektir; ancak, bu ikinci devlet imtihanını başarı ile verenler, tam ehliyetli hukukçu (Volljurist) olarak adlandırılırlar; sadece bunlar, hâkim ve noter olabilirler. Aslî görevli noter olabilmek için, 3 yıl süren bir noterlik stajının tamamlanması ve akâbinde gerçekleştirilecek olan sınavın başarı ile verilmesi gerekir (Alman Federal Noterlik Kanunu § 7, I, II). Buna karşılık, avukat-noterler ile yargıç noterler için, noterlik stajı yapma ile noterlik sınavını başarıyla koşulları aranmaz. Ancak, avukat-noter olabilmek için, asgarî beş yıldan beri avukatlık yapmaya izinli bulunmak (meslekteki kıdemi asgarî beş yıl olmak) ve asgarî üç yıldan beri kesintisiz bir biçimde, münhasıran avukat mesleğini icra ediyor olmak şarttır.

Avusturya'da, noter olabilmek için, hukuk eğitiminin başarı ile tamamlanmasının arkasından, üç yıl süren noterlik stajının, noter adayı sıfatıyla tamamlanması ve yapılacak olan noterlik sınavının başarı ile verilmesi şarttır; ancak, bu adayın noter olarak atanabilmesi için tek başına yetmez; ilgili hukukçu kimliği ile en az yedi yıllık bir mesleki deneyime sahip olduğunu kanıtlamak zorundadır (Bkz. Avusturya Noterlik Kanunu § 6).

İtalya'da, noter mesleğine kabul edilebilmek için, hukuk doktorası yapmış olmak, iki yıl süren noterlik stajını tamamlamak ve özel noterlik sınavını başarı ile vermiş bulunmak şarttır²⁸.

²⁸ Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, s. 62.

Belçika'da, noterlik mesleğine kabul edilebilmek için, hukuk lisansı diplomasına sahip olmak ve üç yıl süren, zorunlu noterlik stajını tamamlamış bulunmak gerekir; ayrıca bir noterlik sınavı yoktur²⁹.

Lüksemburg'da, noterlik mesleğine başlayabilmek için, hukuk öğrenimini tamamlanmasından sonra bir yılı noter yanında geçirilecek olan üç yıllık adliye stajını tamamlamak ve yapılacak olan özel sınavı başarı ile vermek gerekir³⁰.

Hollanda'da, noter olarak çalışabilmek için, hukuk öğreniminden sonra, üç yıl süren zorunlu bir stajın tamamlanması şarttır; özel bir sınavı başarı ile vermiş olma koşulu aranmamaktadır³¹.

Yunanistan'da, noterlik mesleğine kabul edilebilmek için, hukuk lisansı diplomasına sahip olmak, avukatlık mesleğini en az iki yıl süre ile icra etmiş bulunmak ve büyük şehirlerde açılacak olan özel sınavı başarı ile vermek gerekir³².

İspanya'da, noterlik mesleğine kabul edilebilmek için, hukuk lisansı diplomasına sahip olmak ve açılacak özel sınavı başarı ile vermiş bulunmak gerekir; özel bir noterlik stajı yapılması öngörülmemiştir³³.

* Hemen hemen tüm devletler, noterlik mesleğini, yargı ile ilgili diğer meslekler gibi, yalnızca kendi vatandaşlarına hasretmişlerdir; noterler, ilgili mesleki kuruluşunun da görüşü alınmak suretiyle, Adalet Bakanı, Devlet Başkanı yahut şekil itibarıyla monarşi görüntüsü sergileyen ülkelerde kral ya da kraliçe tarafından atanırlar; noter odasına kaydolmak zorundadırlar; yemin etmek, tarafsız, objektif, doğru ve özenli davranmak; özellikle, sır saklamak ve rekabet yasağına uymakla ödevlidirler.

²⁹ Hergeth, s. 46.

³⁰ Hergeth, s. 49.

³¹ Hergeth, s. 50.

³² Hergeth, s. 52-53.

³³ Hergeth, s. 54. İsviçre'de, kantonların büyük çoğunluğunda, serbest meslek olarak noterlik için, ön koşul, hukuk eğitimi almış bulunmaktır (Carlen, s. 55). Hemen hemen, tüm kantonlarda (Uri hariç), süreleri farklılık gösterse de, bir noterlik stajının yapılması zorunludur; hatta Bern ve Waadt kantonlarında, noterlik stajı yapabilmek için, giriş sınavını kazanmış olmak gerekir. Bütün kantonlarda, serbest meslek olan noterliğe kabul için, yapılacak olan yazılı ve sözlü sınavı başarı ile vermek zorunludur (Carlen, s. 55).

* Noterler, faaliyetlerini icra edecekleri yerde bir ikametgâh sahibi olmak durumundadırlar³⁴.

* Noter ücretleri, belirli ilke ve kuralları içeren ve genellikle Tarife şeklinde somutlaşan düzenlemelere bağlanmış; ciddî ve ağır bir işlevi yerine getiren noterlerin, bu işlevlerini icra sırasında ilgililere verecekleri zararların tazmini açısından, özel sigorta ya da güvence sistemleri oluşturulmuştur.

B. NOTERLERİN ÜSTLENMİŞ OLDUĞU GÖREVLER (İŞLEVLER) AÇISINDAN

Avrupa Birliğine dahil olan ülkelerin noterlerinin üstlenmiş olduğu iş ve işlemler, büyük ölçüde, birbirine benzerlik göstermektedir. Bunların, belli başlılarını, şu şekilde sıralamak mümkündür³⁵.

* Hukukî işlemleri belgelendirmek yahut onaylamak suretiyle, onlara resmiyet kazandırmak. Bu, noterlerin, klasik işlevleri arasında yer alır; pek çok Avrupa Birliği ülkesinde, noterlerce düzenlenen belgeler, adî belgelere nazaran, ispat gücü ve icra edebilirlik açılarından, ayrıcalıklı bir konuma sahiptir³⁶.

* Taşınmaz mülkiyetinin, ivazlı veya ivazsız naklini ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak tesisini konu olan, öngören sözleşmeleri (işlemleri) yapmak. Pek çok ülkede (Almanya, Belçika, İspanya, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda gibi.), bu yetki, münhasıran noterlere bırakılmıştır³⁷.

Fransa ve Belçika'da, noterler, gayrimenkul komisyonculuğu görevini de, yapabilirler³⁸.

* Anonim, limited ve paylı komandit ortaklıkların kuruluş işlemlerini (sözleşmelerini ve tadillerini) yapmak. Pek çok ülkede (Almanya, Belçika,

³⁴ Fransa'da, noterlerin, ilgililerle ücret anlaşması yapması mümkündür (Hergeth, s. 43).

³⁵ Yılmaz- TNBHD, s. 15; Yılmaz- Sempozyum, s. 18-19.

³⁶ Hergeth, s. 30.

³⁷ Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, s. 18, 32, 38, 51, 59-60, 67, 74, 82. Fransa'da, bu konuda o kadar katı bir uygulama vardır ki, tapu sicilinde devir, yalnızca, noterlikçe yapılan bir senetle mümkündür (Hergeth, s. 41).

³⁸ Hergeth, s. 43, 47, 49.

İspanya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda gibi), bu yetki, münhasıran noterlere aittir³⁹.

* Şirket ana sözleşmeleri hazırlamak, pay devir sözleşmeleri ile sermaye iştirak taahhütnameleri düzenlemek,

* Tapu sicili ve ticaret sicili ile ilgili bazı işlemleri yapmak,

* Dernek ve vakıf statüleri hazırlamak,

* Araç devir ve temlik işlemlerini yapmak,

* Uzun süreli kira sözleşmeleri (finansal kiralama- leasing sözleşmeleri) yapmak,

* Kambiyo senetlerine ilişkin protestoları düzenlemek,

Her türlü vekâletnameleri hazırlamak, ifade ve tespit tutanakları düzenlemek, tahkim, patent ve ihtira berâtı sözleşmeleri yapmak,

* Kendisine tevdi edilen parayı, kıymetli evrâkı (özellikle, satıcıya vermek üzere satış bedelini veya eşyayı), yediemin sıfatıyla muhafaza etmek⁴⁰,

* Evlât edinme ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri düzenlemek,

* Anlaşmalı boşanmalarda, boşanma koşullarının (biçimlendirilmesi dahil olmak üzere) belirlenmesine yönelik anlaşmalar⁴¹ ile eşlerin getirdiği malların envanterinin yapılması,

Menkul ve gayrimenkul malları idare etmek⁴²,

İhtiyarî açık artırmayla satış ile iflâsta pazarlık suretiyle satışın icrası,

Vasiyetnameler ile miras sözleşmeleri düzenlemek,

Evlilik dışı çocukların tanınması işlemlerini yapmak,

Danışmanlık yapmak,

³⁹ Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik, s. 18, 32, 38, 59, 67, 74, 82.

⁴⁰ Bkz. Avusturya Noterlik Kanunu § 107, I. Fransa için bkz. **Hergeth**, s. 43-44. Hollanda da noterin yediemin sıfatıyla hareket etmesi yasaktır (**Hergeth**, s. 53).

⁴¹ Belçika'da, bu bağlamda noter, büyük rol üstlenmiştir (Bkz. **Hergeth**, s. 47).

⁴² Özellikle, Fransa ve Hollanda da (**Hergeth**, s. 43, 51). İspanya'da ve Portekiz'de, bu yasaktır (**Hergeth**, s. 54, 56).

Vasiyetnamelerin açılması, vasiyeti tenfiz memuru tayini, mirasçılık belgesi verilmesi, kazaî rt ve vasi atanmasını öngören kararlar almak, yani bazı çekişmesiz yargı işlemlerini yapmak.

İşlevleri açısından yaklaıldıında, noterlerin, hukuk alanı içerisinde son derece çeşitlilik gösteren geniş bir yelpaze içerisinde rol üstlenen bir görevli konumunda buldukları söylenbilir.

Her Şeyden nce, Avrupa Birliği lkelerinde, noterlik, işlevleri açısından irdelendiğinde, noterlerin, “danışman”, yani “hukuk mühendisi” olma kimliklerinin, daha n plna çıktığı, ifade olunabilir.

Öte yandan, adlî sistem içerisinde, noterlerin, özellikle miras hukuku alanında tereke hkimlii sıfatıyla sulh hukuk mahkemesinin üstlenmiş olduğu bazı çekişmesiz yargı ilerini üstlenmek suretiyle, çekişmesiz yargının âdeta bir organı, bir kuruluu kimliği kazandığı da görülmektedir. Bu boyuta ağırlık verilmesi, yargının sürekli yakınılan i yükünü azaltıcı bir etki de doğurur.

Noterlerin, işlem yelpazesinin çok geniş tutulması özellikle, taşınmazların devri ve kayıtlanması işlemlerinde, noterlere hemen hemen tüm ülkelere münhasır bir yetkinin tanınmi olması ile düzenledikleri belgelere ispat gücü ve icra edilebilirlik açılarından imtiyazlı bir boyut kazandırılmış bulunması, hukukî güvenliğin sağlanması bağlamında, onların kamu güvenine mzhar en ziyade görevli grubu olduğunun bir anlamda tescil edilmesini de, ifade etmektedir.

III. NOTERLİK KANUNU’NDA DEĞİŞİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASLAĞININ GETİRDİKLERİ VE AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. NOTERLİK MESLEĞİNİN YAPILANMASI AÇISINDAN

Noterlik hizmeti, Noterlik Kanunu’nun 1 nci maddesinde de belirtildiği üzere, bir kamu hizmetidir. Çünkü, hukukî güvenliğin sağlanması ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunun nlenmesi, Devletin asl ve temel işlevleri arasında yer alır. Öte yandan, noter devlet adına bir takım kamusal yetkileri kullanmak suretiyle belgelere resmiyet kazandırır. Bu boyut itibarıyla, devletin sözü edilen hizmete karşı, kayıtsız kalması da düşünülemez. Ancak,

kamusal boyutları bulunsa bile, noterlerin, esas itibarıyla işlev görmüş oldukları alan, dinamik bir nitelik taşıyan ve sürekli bir değişim gösteren özel hukuk alanıdır. Özel hukuk alanında ise, devlet müdahalesi oldukça sınırlıdır ve bu hukuk alanında sürekli gelişen ve değişen gereksinmelerin karşılanmasına yönelik olarak işlev gören noterlik kurumunun, devletin hantal bürokratik yapısı içerisine hapsedilmesi, devletin bir idarî birimi (dairesi) biçiminde örgütlenmesi sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz⁴³. Bir başka ifade ile, yoğun olarak özel hukuk alanında yürütölen noterlik mesleği, bütünüyle devlet bürokrasinin içerisine dahil edilmeye elverişli bir nitelik taşımamaktadır⁴⁴. Hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin boyutları gözetilerek, noterlik kamu hizmeti, Türk hukukunda, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun bünyesinde, merkezî idarenin denetimi altında gerçekleştirilen bir faaliyet olarak organize edilmiştir⁴⁵. Bu çerçevede, noterlik hizmeti, pek çok Avrupa Birliği ülkesindeki gibi, en alta noterlikler, onun üzerinde noter odaları ve en üstte de kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olan Türkiye Noterler Birliği'nin (diğer ülkelerde, Noterlik Yüksek Konseyi'nin) yer aldığı bir düzen içerisinde örgütlenmiştir.

Türk noterlik hukuku bağlamında da, Avrupa Birliği ülkelerinin çoğulluğunda olduğu gibi, noterlik hizmeti, bir kamu hizmeti ve noterlik mesleği de, doğasına uygun düşen bir tarzda bir serbest meslek olarak kabul edilmiştir. Noter, kamu hizmeti gören bir serbest meslek mensubudur. Türk hukukunda da, Avrupa Birliği ülkelerindeki genel yapılanmaya paralel olarak, noter, hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önlemeye yönelik işlevi itibarıyla, deyiş yerinde ise, hukuk mühendisidir; faaliyet alanı itibarıyla, tıptaki "koruyucu hekimlik" ile ilişkilendirilebilecek bir kavram olan "koruyucu yargının" bir parçası durumundadır.

Avrupa Birliği ülkelerinde, genelde, noterler, belirli bir coğrafi alanla sınırlı olarak faaliyet gösterirler; yani noterlerin yetki çevrelerinin tespitinde, mahkemelerin yargı çevreleri esas alınmıştır. Bu model, Türk Noterlik Hukuku sisteminde de geçerlidir. Kanun Taslağı'nın 1 nci maddesi ile 1512 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde yapılması öngörölen değişiklikle,

⁴³ **Erhürman, T.:** Adalet Bakanlığının Noterlik Hizmeti Konusundaki Yetkilerinin Hukuksal Niteliği, (Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Ankara 1997, s. 87-98), s. 88.

⁴⁴ **Erhürman,** s. 88.

⁴⁵ **Erhürman,** s. 89.

noterliklerin, aslıye hukuk mahkemesinin bulunduğu yerde kurulacağı; bunların yetki çevrelerinin tespitinde kurulu buldukları yer aslıye mahkemesinin yargı çevresinin esas alınacağı belirtilmiştir. Türk yargı düzeninde, artık varlığı sona ermiş bir kurum olan münferit sulh mahkemelerinin kurulu buldukları yerde, noterlik kurulabileceği kuralından haklı olarak vazgeçilmesi esası benimsenmiştir. Yine, bu değişiklikle, aslıye mahkemesinin yargı çevresinin birden çok ilçeyi kapsamı durumunda, mahkeme kuruluşunun bulunmadığı ilçelerde gerektiğinde noterlik kurulması öngörülmüştür. Bugün için, hemen hemen aslıye mahkemesi teşkilatının bulunmadığı ilçe yoktur. Bu nedenle sözü edilen hükmün işlevselliği de, son derece sınırlıdır.

Taslağın 2 nci maddesinde, 1512 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle, birden çok noterlik açma, noterliklerden birden fazlasını boşalmış bulunması kaydıyla kapatma ve nakil yetkileri, Adalet Bakanlığında alınıp; Türkiye Noterler Birliği'ne bırakılmakta ve Adalet Bakanlığı sadece sözü edilen kararları onaylayan makam haline getirilmektedir.

Taslağın 4 üncü maddesiyle, 1512 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen değişiklikle, Avrupa Birliği bünyesinde yer alan İspanya'da olduğu gibi, noterlikler, kurulu buldukları yere göre sınıflandırılmakta; dördüncü sınıf noterliklerden (ve dolayısıyla geçici yetkili noter yardımcılığı kurumundan) vazgeçilip; üçüncü sınıf, ikinci sınıf ve birinci sınıf noterlikler olarak gruplandırılmakta; gruplandırma yetkisi Adalet Bakanlığında alınıp; Türkiye Noterler Birliği'ne bırakılmakta ve Adalet Bakanlığı sözü edilen kararları, sadece onaylayan makam haline getirilmektedir.

Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunluğunda, noterlik mesleğine kabul olunmak için, noterlik stajını tamamlama ve özel noterlik sınavını başarı ile vermiş olmak aranmaktadır. Türk noterlik hukukunda da, noter olabilmek için, noter adayı belgesi almış bulunmak önkoşul durumdadır; Taslakla öngörülen değişikliğe göre, bu belgeye sahip olabilmek için, noterlik stajı yapmak ve açılacak olan noterlik sınavını başarı ile vermek gerekir.

Taslak, noterlik stajını, etkinliği ve verimliliği sağlayacak ve noterlik mesleğine hazırlayıcı bir işlevi yerine getirecek bir biçimde, yeniden düzenlemektedir. Bu bağlamda, meslekî verimliliğin azalacağı endişesi ile 35 yaşını doldurmuş olanların noterlik stajı yapamayacağı esası benimsenmiştir. Taslağın 6 ncı maddesine göre, noter stajyeri olabilmek için, Türkiye Noterler

Birliği'nce yapılan giriş sınavını kazanmış olmak şarttır; yine Taslak 17/a maddesinde, stajın başarı ile tamamlanıp; staj bitim belgesinin alınmasından sonraki evrede, noter adaylığı belgesinin verilebilmesi için, özel bir noterlik sınavının (staj sonu sınavının) başarılmasını öngörmektedir; sınava ilişkin hükümler büyük bir yenilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükümlerle, hem noterlik stajı yapılması hem de noterlik sınavının başarılması zorunlu hale gelmektedir. Stajdan bağışıklığı öngören maddenin kaldırılması, staja zorunlu bir nitelik kazandırmıştır. Öte yandan, beş yıl süre ile fiilen hâkimlik, savcılık ve avukatlık yapanlar ile hukuk fakültesi öğretim üyeleri de, daha kısa süreli dahi olsa, noterlik stajı, yine yapmak durumundadırlar. Noterlik stajının ilk bölümü, Ankara'da, Türkiye Noterler Birliği'nde, ikinci bölümü ise, birinci veya ikinci sınıf bir noterlikte yapılacaktır.

Taslağın 18 inci maddesinde, 1512 sayılı Kanun'un staj ücreti ile ilgili 20 nci maddesinde öngörülen değişikliklerle, stajyere, Birlik nezdinde yapılan staj evresinde harçlık; noterlik yanındaki staj evresinde ise, noter adaylığı belgesi verilinceye kadar Birlikçe belirlenecek olan staj ücretinin, yanında staj yapılan noterce verileceği esası benimsenmekte ve staj ücreti ile ilgili olarak Türkiye Noterler Birliği'nce alınacak olan geri alım kararlarının, İcra ve İflâs Kanunu'nun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğinde belge sayılacağı öngörülmektedir. Yine, Birlik nezdinde yapılacak olan staj süresince, adayın beslenme ve barınma ihtiyaçları, Birlikçe karşılanacaktır.

Ayrıca, Taslak, noter stajyerlerine, sorumluluk verilmesi esasını da benimsemiştir. Bu bağlamda, boşalan noterliğe, yerine yenisi atanıncaya kadar, noter çalışanı değil; noter yardımcısı ve adayının bulunmaması kaydıyla münhasıran, stajının yarı süresini tamamlamış olan stajyer vekâlet edilebilecektir (Taslak m.25 ile 512 s.K. m.33,İ'de yapılan değişiklik); Başkâtipler ile kâtiplerin bu bağlamda, vekâlet edebilme yetkisi, tümüyle kaldırılmaktadır. Yine, Taslağa göre, noter, imza yetkisini, ancak kendi yanında staj yapan, stajının yarı süresini tamamlamış stajyerine verebilecektir; başkâtip (yazı işleri müdürü) ile kâtiplere imza yetkisini devredemeyecektir (m.27 ile 1512 s.K. m.36'ya eklenen fıkra).

Bu düzenlemelerle, stajyere sorumluluk verilmek suretiyle mesleğe hazırlanması amaçlanmaktadır. Ayrıca, stajyere de, noter gibi sır saklama yükümlülüğu yüklenmektedir (Taslak m.36 ile 1512 s.K. m.54'de yapılan

değişiklik). Stajyerler, halihazırdaki durumda, noterin yetkili başkâtibi konumuna getirilmektedir.

Avrupa Birliği ülkelerinde, noterlikler, personel açısından, azamî ölçüde etkinliği ve verimliliği sağlayacak tarzda örgütlenmiştir. Bu bağlamda, Taslak, noterlik dairesi personelinin, işe yeter sayıdaki noter yardımcısı, yazman (yazı işleri müdürü de eklenmeli) ve hizmetliden oluşacağını öngörmekte; yeni bir personel kategorisi olarak “noter yardımcılığı” kurumunu getirmektedir. Taslağa göre, noter adaylığı belgesi alanlar ile bu belgeyi almamış olsalar bile hukuk fakültesi mezunu olanlar, imza yetkisi verilmek suretiyle, noter yardımcısı olarak istihdam olunabilirler (m.31 ile 1512 s.K. m.42’de yapılan değişiklik). Noter yardımcısı olarak çalıştırılan noter adaylığı belgesi sahiplerinden olumlu sicil alanların, bağlı olduğu noter odasınınca saptanacak fiili hizmet sürelerinin yarısı, noterliğe alındıktan sonraki kıdemlerine eklenecektir (Taslak m.27 ile 1512 s.K. m.36, III eklenmektedir). Taslak, münferit hükümlerle, noter yardımcılığı kurumunun, hukukî konumunu da belirlemektedir. Bu çerçevede, noterliklerde, noter yardımcıları, tüm personelin amiridir; noterlik dairesinde bulunan evrâk, defter ve demirbaş eşyadan noterle birlikte sorumludur (Taslak m.32 ile 1512 s.K. m.43’te yapılan değişiklik) ve noterlikle ilgili kurallara tâbidir (Taslak m.89 ile 1512 s. K. m.1981 de yapılan değişiklik). Noter, hukukî sorumluluk bağlamında, noter yardımcısının fiillerinden kendi fiili gibi sorumlu tutulacaktır. (Taslak m.66 ile 1512 s. K. m.162’de yapılan değişiklik).

Yine, Taslak ile başkâtiplik kurumu yazı işleri müdürlüğü kurumuna; kâtiplik kurumu ise yazmanlığa dönüştürülmekte, yazı işleri müdürlüğüne 1512 sayılı Kanunla verilmiş yetkiler daraltılmakta; onun aslî işi olan yazı işlerinin koordinasyonunu gerçekleştirmekle ödevli kılınması amaçlanmaktadır. Taslakta, en az iki yazman bulunan noterliklerde, bunlardan birinin yazı işleri müdürlüğü görevini üstlenmesi öngörülmektedir (Taslak m.32 ile 1512 s. K. m.43’te yapılan değişiklik).

Avrupa Birliği ülkelerinde noterliklerde, gözlemlenen bir diğer ortak özellik, bunların devletin özel denetimine tâbi kılınmış olmasıdır. Devlet adına bu denetimi yapma görevini, noterin adalet hizmetleriyle ilişkili olarak işlev görmesi nedeniyle, genelde Adalet Bakanlığı üstlenmektedir. Adalet Bakanlığınca gerçekleştirilecek olan denetimin, mesleğin otonomisine, organizasyon ve karar alma süreçlerine çok katı bir biçimde müdahale

edilmesi boyutuna varmamasına özen gösterilmekte; genel çerçevede, noterleri gözetim ve denetim, noterlik mesleğindeki en üst kuruluşa ve onun bölgesel nitelikteki organları olan noter odalarına bırakılmakta; Bakanlık denetimi de en üst kuruluşun idarî ve malî nitelikteki faaliyetleri ile sınırlı bulunmakta; orada yoğunluk kazanmaktadır. Yani, noterler, Adalet Bakanlığı'nın olağan denetimi dışında, Bakanlığa ve devletin diğer organlarına karşı bağımsız bir statüye sahiptirler.

Türk hukuk düzeninde, noterliklerin örgütlenmesinde, en alta noterlikler, onun üstünde bölgesel organlar sıfatıyla noter odaları ve tepede kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu yani özerk bir kamu tüzel kişisi olan Türkiye Noterler Birliği bulunmaktadır.

Merkezî idare tarafından, idarede bütünlük ilkesi uyarınca, merkez dışında yer alan özerk kuruluşlar üzerinde uygulanacak olan denetim, hiyerarşik denetim değil; vesayet denetimidir; bu denetimin yoğunluğu da özerk kuruluşların özelliklerine ve yapısına göre değişim gösterir. İdarî vesayet denetimi, hiyerarşik denetimin aksine tümüyle istisnaî bir nitelik taşır; yani işlerlik kazanacağı alanın sınırlarının açıkça kanunla belirtilmiş olması gerekir⁴⁶. Öte yandan, merkezî idarenin, özerk kamu tüzel kişileri üzerinde uygulayacağı vesayet denetiminin çerçevesinin belirlenmesinde ölçüde, kamu tüzel kişiliğinin niteliği ile özerkliğidir⁴⁷.

Vesayet denetiminin sınırları, kanunla, bir kamu tüzel kişisinin kişilik sahibi olmasını anlamsızlaştıracak ve onu âdeta merkezî idarenin hiyerarşisine tâbi kılacak derecede genişletilirse, artık vesayeti aşan hiyerarşiye büyük ölçüde yaklaşan bir denetim modeli benimsenmiş ve anayasa koyucunun bir yapıya kamu tüzel kişiliği verme iradesi kanun koyucunun iradesiyle aşılmış olur⁴⁸.

Vesayet denetiminin Türk Hukukundaki, klasik görünüm biçimi, merkezî idarenin, belli bir alanda faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin işlemlerini, onaylaması ya da onaylamaması biçiminde ortaya çıkar; merkezî

⁴⁶ **Onar, S.S.:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, İstanbul 1960, s. 625; **Akılhoğlu, T.:** Noterlik Hukuku Açısından Kamu Hizmeti ve İdari Vesayet Kavramları (Noterlik Hukuku Sempozyumu III-IV-V, Ankara 1999, s. 11-18), s. 16; **Erhürman,** s. 91; **Günday, M.:** İdare Hukuku, 5.B., Ankara 2002, s. 74-75.

⁴⁷ **Erhürman,** s. 91.

⁴⁸ **Erhürman,** s. 91.

idare, kamu tüzel kişisini yok sayarak onun tarafından tesis edilmesi gereken işlemleri bizzat tesis edemez; o sadece onay vermek ya da vermemek suretiyle işlemin yürürlüğe girmesini veya girmemesini sağlar⁴⁹.

Adalet Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarını denetleyen makam konumundadır; bu denetim, niteliği itibarıyla; hiyerarşik değil; vesayet denetimi olmak gerekir. Ancak, bunun dışında Adalet Bakanlığı, 121 inci madde uyarınca, noterlikler üzerinde, Türkiye Noterler Birliğinin varlığına rağmen, etkin ve yoğun bir biçimde gözetim ve denetim yetkisine sahiptir. Adalet Bakanlığı denetimi, Türkiye Noterler Birliği ile onun bölgesel organlarına hasredilmeli; Bakanlığın noterlikler üzerinde genel gözetim ve denetim yetkisi tümüyle kaldırılmalı; sözü edilen denetimi, Birlik, kendi bünyesinde kurulacak olan teftiş kurulunda görevlendirileceği müfettişleri aracılığıyla gerçekleştirmelidir. Bu durum, noterlik mesleğinin en üst çerçevede genel koordinasyonunu ve işleyişini sağlamakla görevli özerk bir yapıya sahip kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun varlığının zorunlu sonucudur. Taslakta bu yönde bir adım atılmıştır (m.51 ile 1512 s.K. m.122'de yapılan değişiklik).

Öte yandan, mevcut Noterlik Kanunu'nda, bazı alanların noterlik mesleğinin asıl hamisi olan Türkiye Noterler Birliği'nin tümüyle safdışı bırakılması ya da sadece onun görüşünün alınmasıyla yetinilmesi suretiyle, doğrudan doğruya Adalet Bakanlığının tasarrufuna bırakıldığı gözlemlenmektedir. Bunlara, örnek olarak,

- Boşalan ve açılan noterlikleri ilân etme (m.22);

- Stajdan beklenen yararın hasıl olup olmadığına karar verme (m.17);

- Noterliğe atanmak için yapılan başvuruları kabul etme, eksiklikleri tamamlatma; (m.23) ve tüm sınıf noterliklerine atama (m.24, m.27); noterlik teminatını tamamlatma (m.38 son); notere yıllık iznini verme (m.57); hastalık izni süresi sonunda iyileşmeyen noterlerin görevlerine son verme (m.59); fazla ücretlerin iadesi kararını alma (m.117); noterin geçici olarak işten el çektirilmesine karar verme (m.123); para cezası dışındaki disiplin cezalarını yerine getirme (m.145,I); noter odası kurulamayan yerlerdeki noterliklerin hangi odaya bağlanacağı tâyin etme (m.179,II) ve noterin görevine son verme (m.19) gösterilebilir.

⁴⁹ Onar, s. 627; Günday, s. 78-79; Erhürman, s. 91-92.

Adalet Bakanlığı'na, bu bağlamda tanınmış olan yetkileri, vesayet denetimi ile açıklamak mümkün değildir. Bu çerçevede, noterlik kamu hizmeti örgütlenmesinin en üst noktasında yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Noterler Birliği tümüyle yok sayılmış ve merkezî idare, noterlik kamu hizmetinin denetleyen değil; bizâtihi örgütleyen konumuna gelmiştir. Bu durum ise, bir kamu hizmetinin belirli bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu aracılığıyla yürütülmesi esasıyla asla bağdaştırılamaz. Taslakla öngörülen değişiklikle, Adalet Bakanlığı'na tanınmış olan tüm bu yetkiler, Türkiye Noterler Birliği'ne bırakılmış ve Bakanlık o gerçek bir idarî vesayet organı haline getirilmek istenmiştir.

Yine, mevcut yasal düzenlemeye göre Adalet Bakanlığı, Türkiye Noterler Birliği'nin görüşünü almak kaydıyla, noterlik açma ve birden fazlasının boşalması kaydıyla kapatılmasına (m.3) noterliklerin sınıflandırılmasına (m.4), noterlik stajına kabul edileceklerin belirlenmesine karar verme (m.14) ve ücret tarifesini hazırlama yetkilerine sahiptir.

Bu hallerde, idarî vesayetin doğasına aykırı olarak, kararı asıl olması gereken kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Noterler Birliği'nin karar almasına izin verilmemekte; o sadece görüş bildiren bir mercii konumuna getirilmekte denetim makamı olan Adalet Bakanlığı ise, kararı bizzat veren makam statüsüne kavuşturulmaktadır; bunu da kamu hukuku bağlamında klasik vesayet denetimi kurumu ile bağdaştırmak mümkün değildir. Taslak, bu konulardaki yetkileri de, doğrudan doğruya Türkiye Noterler Birliği'ne bırakmakta ve bunu tamamlayan diğer yasal değişikliklerle, Adalet Bakanlığının gerçek anlamda bir idarî vesayet organı haline getirilmesini amaçlamaktadır. Bunu gerçekleştirme bağlamında, Taslak ile Cumhuriyet Savcılarının noterlikler üzerindeki denetimi ile noterlik kamu hizmeti ile ilişkilendirilen yetkilerinin kaldırılmasının öngörülmesi de, noterlerin Devlet karşısındaki bağımsızlıklarının sağlanması ve Devlet denetiminin olağan denetimle sınırlanması yönündeki hâkim eğilimle büyük ölçüde paralellik göstermektedir.

Taslağın 68 inci maddesi ile 1512 sayılı Kanun'un 164 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, Adalet Bakanlığı'nın, Türkiye Noterler Birliği ile noter odaları üzerindeki gözetim yetkisi kaldırılmakta; idarî vesayetin doğasına uygun bir biçimde Adalet Bakanlığı'nın, sözü edilen kuruluşlar üzerindeki denetimi, boyutları itibarıyla, idarî ve malî olarak yasa

ile sınırlanmak suretiyle somutlaştırılmaktadır. Bu da, son derece yerinde bir tutumdur.

Avrupa Birliği ülkelerindeki noterlik düzenlemelerine uygun bir biçimde, kardeş kurum olan kamu hizmeti ve serbest meslek olmak nitelikleri ile noterliğe yaklaşan avukatlıkta olduğu gibi; noterlik mesleğinin de “ortak büro” ve “meslek ortaklığı” şeklinde yürütülmesine (icra edilmesine) olanak tanımak gerekir.

Noterlerin hukukî güvenliği sağlama ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunun önlenmesi sürecinde, etkin bir işlev görebilmelerinin temini için, Avusturya, Fransız ve İsviçre Hukukları'nda olduğu gibi, hukukî sorumlulukları, haksız fiil sorumluluğu baz alınmak suretiyle yeniden düzenlenmeli; bu yapılamıyorsa mevcut hukukî sorumlulukları nitelik itibarıyla ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olmaktan çıkarılıp; olağan sebep sorumluluğuna dönüştürülmelidir. Taslakta, bu konu hiç ele alınmamıştır.

B. NOTERLERİN GÖREVLERİ AÇISINDAN

Her şeyden önce, Türk noterlik hukuku bağlamında da, Avrupa Birliğine dahil ülkelerin büyük çoğunluğunun noterlik hukuklarında olduğu gibi, noterlerin düzenlemiş oldukları belgelere, ispat gücü ve icra edilebilirlik açısından, özel ve ayrıcalıklı bir konum verilmiştir (N.K. m.82; İİK, m.38).

Avrupa Birliğine dahil olan ülkelerin pek çoğunda geçerlilik taşıyan noterlik işlemlerine paralel bir biçimde, Taslağın 40 ıncı maddesinde öngörülen değişiklikle, halihazırdaki Noterlik Kanunu'nun 60 ıncı maddesi ile diğer özel kanunlardaki görevlere ilâveten, noterlere başka görevlerde verilmiştir.

Bunlar;

1. Taşınmaz mülkiyetinin devri ve diğer aynî hakların tesisi borcunu doğuran sözleşmeleri akdetmek,
2. Ölünceye kadar bakım sözleşmesi yapmak,
3. Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek,
4. Taşınır ve taşınmaz malları idare etmek,
5. Danışmanlık ve yedieminlik yapmak,
6. Aksi sabit oluncaya kadar geçerlilik taşıyan mirasçılık belgesi vermek,

7. Her türlü vekâletname düzenlemek ve onaylamak (Zaten bu noterlerin en sık yaptıkları mutad işlemler arasında yer alır.).

Bu bağlamda en önemli yenilik, işlem güvenliği de dikkate alınarak, taşınmaz mülkiyetinin devri ile diğer aynî hakların tesisini konu alan sözleşmeleri yapma yetkisinin, noterlere bırakılmış olmasıdır. Kaldı ki, Avrupa Birliğine dahil pek çok ülkede, noterler bu konuda münhasır bir yetkiye sahiptir.

Taslakla, noterlerin görevleri bağlamında getirilen diğer bir önemli yenilikte, “danışmanlık”tır. Danışmanlık görevi, noterlik mesleğinin doğasına da son derece uygundur. Noterler, bu işlevi “hukuk mühendisi” olma kimliklerinin yasal bağlamda varlığı (NK. M.II ve m.72) nedeniyle⁵⁰ zaten yerine getirmektedirler. Aksi takdirde, onların, ilgilinin gerçek arzusu ile örtüşen ve hukukî anlaşmazlıkların doğumunu önleyebilecek olan bir hukukî formatı tespit etmeleri ile düzenleyecekleri belgeye yansıtılmaları mümkün olmaz. Avrupa Birliğine dahil ülkelerin hemen hemen hepsinde noterlerin bu işlevi diğerlerine nazaran baskın durumdadır ve onlar işlevlerinin bu boyutu itibarıyla “koruyucu hekimlik” benzeri bir nitelendirme olan “koruyucu yargının” bir parçası sayılırlar. Yine, Taslakla, menkul ve gayrimenkullerin idaresi ile yediyeminlik görevlerinin noterlere verilmesiyle, Avrupa Birliğine dahil pek çok ülkedeki düzenlemelerle paralellik sağlanmış ve bu suretle de noterliğin “kamu güvenine en ziyade mazhâr kuruluş” olduğu bir anlamda tescil edilmiştir.

Taslak ile noterlerin görevleri bağlamında getirilen son derece önemli bir yenilikte, noterlere mirasçılık belgesi verme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bu, noterlerin, çekişmesiz yargı işlerini üstlenebilecek bir yeterliliğe ve yapıya sahip oldukları anlamına gelir. Kanımca, bu düzenlemenin kapsamı genişletilmeli, tereke hâkimliği sıfatıyla sulh hukuk mahkemesinin üstlenmiş olduğu bazı çekişmesiz yargı işleri (örneğin, vasiyetnamenin açılması, terekenin tespiti, yazılması ve mühürlenmesi, vasiyeti tenfiz memuru tâyini gibi) noterlere bırakılmalı ve bu suretle noterlerin, Alman hukukunda olduğu gibi, aynı zamanda çekişmesiz yargının bir organı, bir kuruluşu haline getirilmesi sağlanmalıdır.

⁵⁰ **Tanrıver, S.:** Noterlik Açısından Vekâlet, 2.B., Ankara 2001, s. 78.

İSVİÇRE FEDERAL İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ

*Yrd.Doç.Dr. Sema TAŞPINAR**

GİRİŞ

Cumhuriyet ile birlikte, Batı kaynaklı kanunların hukuk sistemimize alınması yolundaki uygulama, özel hukuk alanında 1926 yılında Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nun kabulü ile başlamıştır. Cumhuriyetin kurulmasından önceye uzayan Batılılaşma hareketleri de aslında bu eğilimin ilk işaretlerini vermişti. Genel olarak kanunlaştırma ve iktibas (resepsiyon) nedenlerinin yanı sıra, özel hukuka ilişkin düzenlemelerin İsviçre Hukuku'ndan alınmış olması, icra-ıflâs hukuku alanında yapılacak kanunun adresini de göstermişti¹. 1889 tarihli "Para Borcu İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun"² (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) İsviçre'den, birkaç değişiklik ve ek dışında aynen alınmış ve 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu olarak 4.9.1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir³. Ne var ki Kanunun yürürlüğünden çok kısa bir süre sonra yakınmalar başlamış; İcra ve İflâs Kanunu'nun değiştirilmesi yolunda talepler yoğunlaşmıştır. Kanunun

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ İİK'nın İsviçre'den alınmasının nedenleri için bkz. Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 136-137.

² Bu niteleme, İcra ve İflâs Kanunu hazırlanması için oluşturulan komisyonun raporunda geçmektedir. Bkz. Saim Üstündağ, İcra ve İflâs Kanunu'nun dünü ve bugünü, İstanbul 1990, s. 15. Bu çalışmada Türk Hukuku bakımından İcra-İflâs Kanunu kavramı ve İİK kısaltması, İsviçre Hukuku için İsvİİK kısaltması kullanılacaktır.

³ 1424 sayılı bu Kanun için bkz. RG 4.5.1929, sa. 1183.

uygulanmasından sadece üç yıl sonra başlayan değişiklikleri (2004 sayılı ve 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu), günümüze kadar tam 12 kanun değişikliği izlemiştir⁴. Bütün bu değişiklikler öncesinde tartışılan, esasen alacaklıların haklarına bir an önce kavuşması ve borçluların kötüniyetli girişimlerinin önlenmesine yönelik tedbirler olmuştur.

Ekonomik yaşamla sıkı ilişkisi nedeniyle her ekonomik krizde sorumlular arasında İcra ve İflâs Kanunu da yerini almıştır. İcra ve İflâs Kanunu'nun piyasadaki ödeme gücüne rağmen adetâ sihri bir değnek sunması beklenmektedir. O nedenledir ki, ekonomik sorunların hukukî boyutu olarak, alacakların daha etkili tahsili yöntemleri araştırılmaktadır. Bu çerçevede halihazırda yeni bir İİK değişiklik taslağı gündemdedir⁵. İcra-İflâs Kanunumuz geçirdiği büyük değişiklikler sonucu kaynak Kanundan önemli ölçüde ayrılıp “yerli” ve “özgün” bir Kanun haline gelmiştir. O nedenle artık bazı kurumlar ve kavramlar bakımından iyice uzaklaştığımız bir Kanunda yapılan değişikliklerin incelenmesinin bir yararı var mıdır? Kanaatimizce bu sorunun olumlu yanıtlanması gerekir. Zira bizim yaptığımız değişikliklere rağmen genel yapı İsviçre İcra-İflâs Hukuku'na dayanmaktadır. Öte yandan İsviçre'nin 1997 yılında yürürlüğe giren değişikliklerinin gösterilmesi, karşılaştırmalı hukuk bakımından Türk kanun koyucusuna bir fikir verebilecektir⁶. Bu çalışma ile iflâs hukuku sistemlerinin büyük çapta değişime uğradığı çağımızda kaynak Kanunun bir fotoğrafının çekilmesi amaçlanmıştır. O nedenle bu çalışmada sadece İsviçre federal İcra-İflâs Kanunu'nun değişiklik gören maddelerinden söz edilecek, Türk Hukuku ile sınırlı bir biçimde bağlantı kurulacaktır.

⁴ İİK'da değişiklik yapan kanunlar ve yayımlandıkları Resmî Gazete tarihleri için bkz. Baki **Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz**, İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, gözden geçirilmiş onsekizinci baskı, Ankara 2002, s. 31-32.

⁵ “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” metni ve bu konuda kişisel görüşleri için bkz. Timuçin **Muşul**, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, I İcra Hukuku, İstanbul 2001, s. 19-66. Bu tasarı dışında şu anda yeni bir Tasarı daha bulunmaktadır.

⁶ Aynı şekilde bkz. Oğuz **Atalay**, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa'da Takip Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 34-51.

I. FEDERAL İCRA-İFLÂS KANUNU'NUN DEĞİŞTİRİLMESİ GEREKİNİMİ VE DEĞİŞTİRİLME SÜRECİ

11 Nisan 1889 tarihli İsviçre Kanununun yapıldığı zamanlarda başlamak üzere sıkça eleştirilere maruz kalmıştır⁷. Son yıllarda Kanunun yetersizliği özellikle vurgulanmıştır. Örneğin, iflâsların artmakta olduğu, adî tasfiyeye karşılık basit tasfiyenin tam beş kat daha fazla görüldüğü; mahkemelerce onaylanan konkordato sayısının (oranının) ise büyük ölçüde azaldığı kaydedilmiştir. Yine örneğin, var olan çok sayıda rehin, ipotek, mülkiyeti muhafaza kaydı veya finansal kiralama (leasing) gibi sözleşmeler, tasfiyenin yapılamamasına, tasfiyenin tatiline neden olmakta idi. Ayrıca iflâsta mevcut imtiyazlar nedeniyle normal (adî) alacaklıların alacaklarını elde etmeleri neredeyse olanaksız hale gelmişti⁸. Yine borçların yeniden yapılandırılması gereksiniminin arttığı ifade edilmekte idi. Zira borçlunun aciz halinde olduğunu açıklaması onun hakkında iflâsın açılmasına neden olmakta idi; böyle bir sonucun otomatik olarak doğması ise sakıncalı bulunmakta idi. Özellikle iyileştirme ve borçların ödenmesinde yeni olanakların sağlanması bakımından Kanunun eksiklikleri olduğu ifade edilmekte idi. Hiçbir krizin veya ödeme güçlüğüne tesadüfen ortaya çıkmadığı, bir kısım sinyalleri olduğu dikkate alınarak Kanunun bu yolda düzenlemeler içermesinin genel ekonomi bakımından da son derece önemli olduğu tespit edilmekte idi. O halde sorun özellikle konkordato ve iflâs hükümleri ile ilgili değişiklik talepleri ile öne çıkmıştır. Ancak ABD'de uygulanan yeniden yapılanma usulünün İsviçre için gerekli olmadığı; mevcut konkordato hükümlerinin esnek bir yapı göstermesi nedeniyle temel olarak korunması gerekliliği dile getirilmiştir; yani bu konuda radikal bir sistem değişikliği önerisi ileri sürülmemiştir⁹.

⁷ Kanunun farklı kural ve kurumlarına yöneltilen eleştiriler için bkz. Festschrift 100 Jahre SchKG (Hrsg. **Dalleves/Kleinar/Krauskopf/Raschein/Schüpbach** und Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz), Zürich 1989; **Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I- Art. 1-158, 4. Auflage 1997; Band II- Art. 159- 292, 4. Auflage 1997/1999; Band III- Art. 293- 352, 4. Auflage 1997/2001.

⁸ Kurt **Amonn**, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, Festschrift 100 Jahre SchKG, s. 343-354.

⁹ Hans Ulrich **Hardmeier**, Ist unser Insolvenzrecht noch zeitgemäss?, Festschrift 100 Jahre SchKG, s. 19-29.

İlk defa 1976 yılının sonunda kapsamlı bir değişiklik için uzmanlar grubu oluşturulmuştur. Mayıs 1991'de Federal Konsey, İcra-İflâs Kanunu hakkında değişiklik tasarısını Federal Meclise sunmuştur¹⁰. Meclis, Federal Konseyin tasarısını büyük ölçüde kabul etmiştir. Ancak konkordato konusunda ulusal komisyonların etkisi ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Sonuçta Federal Meclis, 16 Aralık 1994'de Kanunu kabul etmiş ve yeni hükümlerin 1 Ocak 1997'de yürürlüğe gireceğine karar vermiştir¹¹.

II. FEDERAL İCRA-İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

İlk olarak, İsviçre'ye egemen olan temel felsefenin korunduğu belirtilmelidir. Kanun, dil bakımından ve kanun yapma tekniği açısından yenilenmiştir. Örneğin, artık kullanılmayan ve eskimiş sözcükler değiştirilmiştir. Öte yandan Kanunun her maddesine kenar başlığı verilmiş; ancak madde numaralarının sırası korunmuştur¹².

Bu değişikliklerle İcra-İflâs Kanunu'nun bütün maddeleri gözden geçirilmiş ve bunlardan pek çoğu da değiştirilmiştir. Ancak Kanunun sistematığı esasen korunmuştur. Madde sonları da yine bu uygunluğu korumak için ilke olarak eskisi gibi kalmıştır. Bu nedenle de yeni bir Kanundan değil, kısmî bir revizyondan söz etmek daha doğru olur.

Değişiklikle içerik bakımından tatmin edici olmayan bazı kurallar kaldırılmıştır (örneğin, İsviçre m. 219). Ayrıca Fransızca ve/veya İtalyanca metinleri ilgilendiren, dil bakımından açık olmayan veya eskimiş kurallar değiştirilmiştir (örneğin, İsviçre m. 13).

¹⁰ Bkz. Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl) 1991 III 1 vd.; İsviçre'nin daha önce geçirdiği değişiklikler ve bu yeni değişikliğin aşamaları için bkz. Ivo Schwander, Überblick über die SchKG-Reform, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 1996/11, s. 1339-1343.

¹¹ Bkz. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 1995 II 1307; Değişikliklerle ilgili olarak bkz. AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 1996/11'de yer alan makaleler ve aynı dergi s. 1469 (Danielle Gauthey, Materialien und Literatur zur SchKG- Reform) ve ayrıca Jaeger Band I s. XVII-XXII'de belirtilen literatür; Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel-Genf-München 2000.

¹² Peter F. Siegen/Andrea Buschor, Vom alten zum neuen SchKG, Zürich 1997, s. XXI.

Kanun, sistematik ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir (örneğin, istihkak davası, İsvİİK m. 106 vd.). Federal Mahkeme'nin bir yüzyıl boyunca boşluk doldurmak yoluyla yarattığı içtihatlar kanuna alınmıştır (örneğin, sürelerin kısaltılması, sürelere uyulması ve eski hale getirme, İsvİİK m. 32-33).

Yine değişiklikle kanun hükmü niteliğinde olan bazı tüzük hükümleri Kanuna alınmıştır (örneğin, alacaklı değişiminde gecikmiş itiraz, İsvİİK m. 77).

III. DEĞİŞİKLİKLERİN ÖZEL OLARAK İNCELENMESİ

A. İCRA VE İFLÂS İŞLERİNİN (DAİRELERİNİN) ORGANİZASYONU VE ÇALIŞMA BİÇİMİ

Değişiklik, icra ve iflâs işlerinin organizasyonu bakımından bazı temel yenilikler getirmiştir.

1. Karşılıklı Hukukî Yardım (İstinabe) Konusunda Memurların Genel Yükümlülükleri

İsvİİK m. 4, memurların icra ve iflâs işlerindeki genel görevlerini, uzun yıllardır uygulamada olduğu biçimiyle yeniden düzenlemiştir. Buna göre, icra ve iflâs daireleri, talep üzerine başka bir yargı çevresinde bulunan icra-iftlâs dairelerinin, tasfiye memurlarının, konkordato komiseri ve iflâs idaresinin işlemlerini yaparlar; yani bu icra-iftlâs daireleri söz konusu kişi veya dairelerce istinabe edilebilir.

İsvİİK m. 4, II ise işlerin kolay yürümesi için icra ve iflâs memurlarına, iflâs idaresine, tasfiye memurlarına ve konkordato komiserine kendi işlem dairesi olmasa dahi (takibin yürütüldüğü yer dışında) doğrudan işlem yapma yetkisi vermiştir. Ancak bunun için istinabe edilmesi gereken yetkili icra-iftlâs dairesinin muvafakati (onayı-kabulü) gerekir. Ne var ki, bu yetkinin kullanılabilmesi de mutlak değildir. Zira kanunun sınırlayıcı olarak saydığı bazı işlemlerin (icra işlemlerinin ilgililere posta dışında başka bir yolla tebliği, haciz, ihale ve polis -kolluk- bulundurma) yetkisi, işlemi yapması gereken icra-iftlâs dairesine aittir¹³.

¹³ Thomas Sprecher/Rolf P. Jetzer, Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1997, s. 13; Jaeger Band I s. 12.

Türk Hukuku'nda ise İİK m. 79 ve m. 360'da haciz ve satış için istinabe yolu düzenlenmiştir. Buna karşılık İsviçre'de olduğu gibi bir yetki Türk icra ve iflâs dairelerince kullanılamaz. İşlem alanı, yetkisi dışında bir yerde memurun doğrudan doğruya işlem yapabilmesi söz konusu değildir.

2. Devletin Sorumluluğu

İsvİİK m. 5 vd., icra ve iflâs işleri için devletin birinci derecede ve sebep sorumluluğunu düzenlemektedir. Böylece, zarara uğrayan artık zarar verenin kusurunu ileri sürmek zorunda değildir¹⁴. Başka bir ifade ile işlemi yapan organın kusurlu olması gerekmez¹⁵. Eskiden devletin sorumluluğuna ancak eksik kalan kısım için gidilebiliyorken, şimdi ortaya çıkan zararın tamamı için doğrudan doğruya devlete başvurmak mümkün olmuştur.

Bu yeni düzenleme ile devlet, hem asıl icra organlarının hem yardımcı icra organlarının ve atipik adı verilen organların işlemlerinden sorumlu kabul edilmiştir. Örneğin,

- İcra-İflâs müdürleri ve onların memurları,
- Mahkemeler¹⁶ ve icra tetkik mercileri,
- İflâs idaresi,
- Konkordato komiseri,
- Tasfiye memurları,
- Yardımcı personel (resmen memur olmasalar bile; örneğin, bir sanat eserinin değerinin takdiri veya paraya çevrilmesi için görevlendirilen bilirkişi)
- Polis.

¹⁴ Karl Spühler/Peter Stücheli/Susanne Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Zürich 1996, s. 12.

¹⁵ Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, sechste Auflage, Bern 1997, s. 33.

¹⁶ Mahkemeler bakımından sorumluluğun doğması ancak mahkemenin doğrudan doğruya icra organı olarak hareket etmesi halinde (örneğin, iflâsta ticaret mahkemesi) söz konusu olur (Amonn/Grasser s. 33). Örneğin, itirazın kesin kaldırılması koşullarının varlığına rağmen mahkeme bu yolda karar vermemiş ve bu husus kanun yolunda düzeltilmişse, bu arada alacaklının hacze iştirak edememesi halinde zarara uğraması söz konusu olabilir (Jaeger Band I s. 15).

Buna karşılık, resmî işlem yapmalarına rağmen *alacaklılar toplanmasının* veya *alacaklılar komitesinin* işlemleri için *devletin sorumluluğu yoktur*. Bu istisnanın nedeni ise, alacaklılar toplanması veya komisyonunun devletin etkisi ve katılımı olmadan oluşturulmasıdır.

Devlet, icra işlerinde mahkemelerin ve tetkik mercilerinin işlemlerini doğrudan üstlenmek zorundadır. Zarar görenin münhasıran ve doğrudan doğruya devlete başvurması gerekir; sorumluluk davası, mutlaka devlete karşı açılmak zorundadır (İsvİİK m. 5, II)¹⁷.

Tazminat talebi için sadece devlete başvurulabilir. Devlet, rücu yoluyla ilgili memura başvurur (İsvİİK m. 5, III).

Ağır ihlâller halinde *manevî tazminat* talepleri söz konusu olur (İsvİİK m. 5, IV).

Tazminat talepleri, zarara uğrayanın zararı öğrendiği andan itibaren bir yıl ve her durumda zarar tarihinden 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar¹⁸. Tazminatı gerektiren fiil, ceza kanunlarına göre daha uzun bir zamanaşımına tâbi ise, talep için bu *zamanaşımı* geçerli olur (İsvİİK m. 6).

Türk Hukuku'nda icra-ıflâs dairelerinin (müdür, yardımcı, memur, hizmetli ve görevlilerinin) işlemlerinden dolayı devletin sorumluluğu 1985 yılında 3222 sayılı Kanun ile İİK m. 5'de değişikliğe uğramıştır¹⁹. Bu konuda Türk kanun yapıcısının İsviçre'den önce davrandığını ifade etmek gerekir²⁰. Ancak Türk Hukuku ile İsviçre düzenlemesi arasında önemli farklılıklar vardır: Herşeyden önce Türk Hukuku'ndaki sorumluluk da birinci derece sorumluluk olmakla birlikte kusura dayalı sorumluluk esastır²¹. Öte yandan Türk Hukuku'nda fiillerinden sorumlu olunan kişi ve organlar bu denli geniş yorumlanmamaktadır. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda öngörülen ağır kusur halinde manevî tazminat (İsvİİK m. 5, IV) talebi de İİK'da yoktur.

¹⁷ Amonn/Grasser s. 33.

¹⁸ Sprecher/Jetzer s. 14.

¹⁹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2002, s. 62; Daha önceki düzenleme ve mevcut duruma ilişkin olarak bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, yeniden gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2000, s. 48 vd.

²⁰ Atalay s. 34.

²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 63.

3. İcra Tutanaklarını ve Sicilleri Görme Hakkı

Kamusal bir işlemin cereyanının her zaman izlenebilir olması gerekir. O nedenle icra ve iflâs daireleri yaptıkları işlemler ve kendilerine yöneltilen istemleri tutanak ile belgelendirmek zorundadırlar (İsvİİK m. 8)²².

İcra tutanakları, ilk olarak dairelerin işlerini belgelendirmek işlevine sahiptir (İsvİİK m. 8, I). İçeriği nedeniyle belge olarak tutanaklar, fiilen ödeme etiği (gücü-moral), ödeme alışkanlıkları (teamülleri) ve bir liste sunma olanağı bakımından da önem taşır. Bu da gelecekteki muhtemel alacaklı veya âkit bakımından malvarlığını (krediyi) koruyucu bir araçtır. İsvİİK, bu işlevlerini menfaati olan ilgililerin tutanakları görmek ve bunlardan örnek almak biçimiyle daha da ileri götürmüştür.

Güvenli bir bilgi ve örnek alma hakkı, ekonominin de yararına. Bu anlamda İsvİİK, *ekonomi polisi (kolluğu)* görevini üstlenmektedir. Böylece potansiyel âkitlerin icra tutanaklarında yer alan bir borçludan korunması söz konusudur.

Öte yandan tutanakları görmek ve örnek almak yoluyla borçlunun ekonomik durumunu veya ödeme alışkanlıklarını tespit etmek borçlunun ekonomik şöhreti bakımından ağır ve olumsuz sonuçlar da doğurabilir. O nedenle malvarlığını korumakla yükümlü bir bilgi verme biçimi ilke olarak sadece tutanakla sınırlı kalmalıdır.

Yeni değişiklik, hem kredi veren durumunda olan alacaklının hem kişisel bilgilerin ve kişilik haklarının korunmasını dikkate alarak borçlunun korunmasını makul bir şekilde düzenlemeyi denemiştir. Buna göre, kim icra ve iflâs dairelerinde tutanakları görmek veya örnek almak isterse var olan *menfaatini ispat etmek değil, inandırıcı kılmak* zorundadır (İsvİİK m. 8a, I). Buna göre, menfaatin inandırıcı kılınması özellikle şu durumlarda mevcuttur:

- Alınacak bilgi bir sözleşmenin kurulması veya sözleşmenin sona erdirilmesi ile doğrudan ilgili ise veya
- Bilgi isteyen kişi söz konusu kişi ile ekonomik bir rekabet içinde ise veya böyle bir rekabet ortaya çıkabilecek ise²³.

²² Amonn/Gasser s. 16.

²³ Sprecher/Jetzer s. 15.

Menfaatinin varlığını inandırıcı bir biçimde sunan üçüncü kişi, şu hususları inceleme hakkı kazanır:

- Devam eden takipler,
- Düşen, hükümsüz kalan takipler,
- Borçlunun ödeme emrinin tebliğinden sonra ödeme yoluyla sona erdirdiği takipler sicili,
- Zamanaşımına uğramamış (icrada ve iflâsta) borç ödemedен aciz belgeleri,
- Alacaklı sonuçta tamamen tatmin edilmiş olsa bile, sonuna kadar sürdürülmek zorunda kalınan takipler,
- Rehin açığı belgesi ile sonuçlanan rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takipler sicili,
- Masa mallarının yetersizliği nedeniyle tasfiyenin tatiline karar verilmişse, iflâsın kaldırılmasından farklı olarak yeniden canlanan takipler (İsvİİK m. 230, IV) de bunlara uygun yeni sicilinden görülebilir.

Bilgi alma hakkının yalnızca esasen zarara uğrayan ilişki için uygulanacağı ilkesine göre, üçüncü kişi aşağıdaki sicilleri görmeyi talep edemez (İsvİİK m. 8a, III):

- Başarıyla sonuçlanmış borçtan kurtulma davası üzerine kaldırılan takiplerin yer aldığı siciller,
- Yine başarıyla sonuçlanmış iptal davası üzerine kaldırılan takiplerin yer aldığı siciller (buna karşılık sadece kapatılmış, kaldırılmış takipler hakkında bilgi verilebilir),
- Reddedilen itirazın kaldırılması talepleri üzerine veya akim kalan borçtan kurtulma, kambiyo senetlerine özgü takipteki dava üzerine kaldırılan takipler sicili,
- Batıl takipler sicili,
- Şikâyet üzerine kaldırılan takipler sicili,
- Hukuka aykırı olduğu sonradan ortaya çıkan takipler (borçlunun istirdat davasını kazanması hali),

- İflâsın açılması nedeniyle iptal edilen takipler sicili (bu durumda sicil aleniyeti, iflâs nedeniyle azalmıştır),
- Alacaklının geri çektiği takipler sicili,
- Borçlunun takibin başında ödeme yaparak sona erdirdiği takip sicilleri²⁴.

Tutanakları görme ve bilgi alma hakkının kaldırılması ile terkin benzeri bir durum ortaya çıkar. Ancak bu gerçekte bir terkin değildir; kırmızı bir kalemle çizilir veya “terkin” ibaresi yazılır.

Tutanakları ve sicilleri görme hakkı beş yılla sınırlandırılmıştır (İsvİİK m. 8a, IV). Bu süre, takibin tarafları için değil, üçüncü kişiler içindir. Resmî kurumlar da eğer gerekirse beş yıllık süreden sonra da evrakı görme ve bilgi alma hakkına sahiptirler.

İcra-iflâs dairelerinin siciller hakkında bilgi vermemesi halinde şikâyet yoluna gidilebilir²⁵. Yanlış veya caiz olmayan bilgilendirme halinde ise devletin sorumluluğu söz konusu olur²⁶.

Türk Hukuku’nda bu şekilde siciller tutulmamaktadır. Borçlu hakkında gerek kredi açacak potansiyel âkitler gerekse mevcut diğer alacaklıları korumak açısından günümüz teknolojisinin de yardımı ile bilgilendirme konusunun düzenlenmesi yararlı olacaktır. İcra tutanaklarının aleniyeti ise İİK m. 8’de ifade edilmiştir. “İlgili” kavramı geniş yorumlanmakta ve alacaklı, borçlu dışında üçüncü kişilerin (hacze iştirak etmek isteyen kişi, istihkak iddiasında bulunan kişi veya borçlunun kefil gibi) tutanakları görebileceği ve örnek alabilecekleri kabul edilmektedir. Yine Türk Hukuku’nda tutanakları görmek ve örnek almak isteyen kişinin korunmaya değer, özel ve güncel yararının varlığını ispat etmesi gerekir²⁷. Bu hususun da yumuşatılmasında yarar vardır.

4. Şikâyet

İsvİİK m. 17 vd. icra-iflâs dairelerinin kanuna aykırı veya hadiseye uygun olmayan işlemleri nedeniyle şikâyet edilebileceğini düzenlemiştir.

²⁴ Sprecher/Jetzer s. 16; Amonn/Gasser s. 17-18.

²⁵ Jaeger Band I s. 30.

²⁶ Amonn/Gasser s. 18.

²⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 56-57.

Değişiklik şimdiye kadarki uygulamayı kanunlaştırmıştır. Eskiden olduğu gibi kantonlar, şikâyeti serbestçe düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak İsvİİK m. 20a, şikâyet usulü konusunda asgarî bazı koşullar getirmiştir:

- Tetkik mercii, tarafların talebine ihtiyaç duymaksızın olayı kendiliğinden tespit eder ve inceler; taraflar gereken katılımı veya işbirliğini reddediyorlarsa mahkeme, kendiliğinden gerekeni yapar (İsvİİK m. 20a, II/2),
- Tetkik mercii delilleri serbestçe değerlendirir (İsvİİK m. 20a, II/3),
- Tetkik mercii, batıl işlemler hakkındaki istisna dışında tarafların talebi olmaksızın inceleme yapamaz (İsvİİK m. 20a, II/3),
- Tetkik mercii, hükmünü gerekçelendirmek ve kanun yolunun da açık olduğunu yazılı olarak bildirmek zorundadır (İsvİİK m. 20a, II/4),
- Şikâyet usulü parasızdır; ancak kötü niyetli veya .kasten şikâyet yoluna giden taraf,

1.500 Frank'a kadar para cezası ve harçlar ile masrafları ödemeye mahkûm edilebilir (İsvİİK m. 20a, I). Bu yeni kural, kötü niyetli olarak şikâyet ileri sürmekten sakınmak zorunda olan taraf *vekilleri* için de geçerlidir²⁸.

İsvİİK m. 22, batıl (yok) işlemlerden söz etmektedir. Buna göre, kamu düzenini veya takibe taraf olmayan kişilerin menfaatlerini korumaya yönelik hükümlere aykırı işlemler batıldır (İsvİİK m. 22, I). Bu niteleme, Federal Mahkeme tarafından geliştirilmiştir²⁹. Tetkik mercii, böyle bir butlanı, bir şikâyetin varlığından bağımsız olarak *her zaman* tespit edebilir. İcra-ıflâs dairesi de, her zaman batıl tasarrufa dönebilir ve usul ekonomisi gereği o işlemi değiştirebilir. Tetkik merciiinde görülmekte olan bir şikâyet halinde icra dairesinin bu yetkisi ancak tetkik merciiinin icra dairesini dinlemesine kadar mümkündür (İsvİİK m. 22, II)³⁰. İcra dairesi bu ana kadar işlemi geri alıp başka bir işlem yapabilir; ancak daire, bu işlemi derhal taraflara ve tetkik merciiine bildirmek zorundadır. Bu düzenleme de Federal İdarî Yargılama

²⁸ Sprecher/Jetzer s. 17.

²⁹ Siegen/Buschor s. 14; Üstündağ-İcra s. 64-65.

³⁰ Sprecher/Jetzer s. 18.

Usulü Kanunu'nun (VwVG) 58. maddesine uygun olarak Federal Mahkeme'nin içtihatlarını Kanuna almıştır³¹.

Türk Hukuku'nda icra dairesinin yaptığı işlemi yalnızca şikâyet süresi içinde geri alabileceği, daha sonra işlemin kesinleşeceği ifade edilmektedir³². Öte yandan icra tetkik merciinin şikâyet sebepleri ile bağlı olmadığı, kendiliğinden de kanuna aykırı işlemleri iptal edebileceği kabul edilmektedir³³. Buna karşılık doktrinde olması gereken hukuk bakımından savunulmakla birlikte, uygulamada tetkik merciinin kendiliğinden harekete geçmesi kabul edilmemektedir³⁴.

5. Yetki Hükümleri

Kanun değişikliği ile yeknesak olarak **takibin yapıldığı (icra veya iflâs) yer mahkemeleri** yetkili kılınmıştır³⁵:

B. CEBRÎ İCRAYA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

1. Cebri İcra Türleri

Şimdiye kadar olduğu gibi İsviçre İcra-İflâs Hukuku bir yandan küllî ve cüz'î icrayı öte yandan bunların genel ve özel türlerini düzenlemektedir. Bunlar da iflâs ve haciz yolu ile takiptir. Öte yandan kambiyo senetlerine özgü takip ve rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip de özel birer takip türü olarak görülmektedir.

³¹ Siegen/Buschor s. 10.

³² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 69.

³³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 74.

³⁴ Hakan Pekcanitez, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 150.

³⁵ Gecikmiş itiraz (İsvİİK m. 77, II); itirazın kaldırılması (İsvİİK m. 84, I); takibin iptali veya tatili (İsvİİK m. 85, 85a); İsvİİK m. 107, I; 108, I ve 109, II'ye göre açılan istihkak davası; hacze iştirakle ilgili dava (İsvİİK m. 111, V); mükellefiyetler listesine ilişkin dava (İsvİİK m. 140, II) ve hacizde sıra cetveli davaları (İsvİİK m. 148, I) bu türe örnek verilebilir. **Diğer mahkemelerin** yetkili kabul edildiği haller ise iflâsta sıra cetveli ve istihkak iddialarında iflâs yeri mahkemesi (İsvİİK m. 242, II ve 250, I); ihtiyati hacze itirazda ihtiyati haciz yeri (İsvİİK m. 278, I). İptal davasında, genel yetkili mahkeme davalının ikametgâhıdır. Davalının İsviçre'de ikametgâhı yoksa haczin yapıldığı veya iflâsın açıldığı yer de yetkilidir (İsvİİK m. 289, I). Konkordatoda çekişmeli alacaklar için, konkordato yeri mahkemesi (İsvİİK m. 315, I) (Sprecher/Jetzer s. 18-19).

Takibin türü, ilke olarak borçlunun niteliğine göre belirlenir. Değişikle birlikte iflâsa tâbi olan borçlular genişletilmiştir. Buna göre, vakıflar da (İsvMK-ZGB- m. 80 vd.) iflâsa tâbidir (İsvİİK m. 39, I/12).

İsvİİK m. 43 ile bazı hallerde iflâsa tâbi olsa bile borçlunun iflâs yolu ile takip edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir³⁶. Buna göre,

- Vergi, resim, harç, para cezaları veya resmî makamlara ödenmesi gereken diğer borçlar,
- Düzenli olarak ödenmesi gereken, aile hukukundan kaynaklanan nafaka vb. paralar. Bu hüküm sadece aile hukukundan doğan ve düzenli (periyodik) ödenmesi gereken nafaka yükümlülükleri içindir. O nedenle borçlar hukukundan doğan bir nafaka veya yardım (yardım) borcu için borçlunun iflâsının istenmesi mümkündür.
- Teminat ifası hakkındaki talepler³⁷ hakkında ilgili borçlunun iflâsı istenemeyecektir.

2. Süreler

Kanton usul kanunlarında oldukça farklı düzenlenen sürelerin hepsi 20 güne çıkarılmıştır³⁸.

İsvİİK'ya yargılamaya egemen olan ilkeler açıkça dahil edilmiştir. Yazılı başvurular, en geç sürenin son gününde yetkili makamlara veya postaya veya İsviçre konsolosluk veya diplomatik temsilciliklerine verilmiş olmalıdır (İsvİİK m. 32, I). Bir dilekçe zamanında verilmiş olmak kaydıyla yetkisiz bir makama verilmiş olsa da süresinde sayılır (İsvİİK m. 32, II).

Öte yandan yine Kanunda yapılan değişiklik ile bir dava mahkemenin yetkisizliği nedeniyle davacı tarafından geri alınır veya mahkeme bu yolda bir

³⁶ Türk Hukuku'nda ise böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Hatta iflâs isteme bakımından adı alacak ve kamu alacağı arasında bir fark yoktur (**Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 500).

³⁷ **Siegen/Buschor** s. 27; **Spühler/Stücheli/Pfister** s. 34-35.

³⁸ Örneğin, borçtan kurtulma davası (İsvİİK m. 83, II), istihkak davası (İsvİİK m. 107, IV; 108, II), hacizde ve iflâsta sıra cetveli davası (İsvİİK m. 148, I; 250, I), iflâsta istihkak davasında (İsvİİK m. 242, II) süreler yeknesak bir biçimde 20 gün olmuştur. Eğer dava gereksiz yere sürüncemede bırakılmıyorsa veya daha kısa süre için bir usul ekonomisi (daha az yargılama gideri) gerekçesi yoksa veya basitlik bakımından sürenin kısa olması gerekmiyorsa şimdiye kadar mutad 10 günlük süre korunmuştur (**Sprecher/Jetzer** s. 20).

yetkisizlik kararı verirse yeni bir dava süresi başlar. Bu süre daha önceki dava süresi ile aynıdır (İsvİİK m. 32, III)³⁹.

Sürelerle ilgili yapılan diğer bir değişiklik ise yazılı taleplerde düzeltilebilir bir eksikliği olması halinde⁴⁰ ilgiliye bu fırsatın tanınması yolundadır.

Davaya katılanlardan (borçlu, alacaklı veya üçüncü kişi) birisi yurt dışında ise, süre uzatılabilir (İsvİİK m. 33, II). Bu, İsvİİK'nin hem mahkemeler hem idarî makamlar için öngördüğü süreler için geçerlidir. Ancak bu, itiraz, dava ve şikâyet süreleri içindir. Buna karşılık, aşağıdaki hallerde süreler değiştirilemez:

- Maddî hukukun öngördüğü zamanaşımı ve hak düşürücü süreler,
- Takibe ilişkin bazı süreler⁴¹,
- Kantonların öngördüğü kanun yolları süreleri,
- Takip hukukuna ilişkin “çerçeve süreleri” (İsvİİK m. 88, 116, 154, 166, 188).

Süre uzatılmasına sadece icra-ıflâs daireleri değil, tetkik mercii ve mahkemeler de karar verebilir⁴².

İsvİİK m. 33, IV ile *eski hale getirme* kabul edilmiştir. Buna göre, kusuru olmaksızın bir engel nedeni ile öngörülen süre içerisinde yapması gereken işlemi yapamayan kişi, tetkik mercii veya konuyu görmeye yetkili mahkemeye eski hale getirme istemi ile başvurabilir. Engel ortadan kalktıktan sonra, engel olmasa idi hangi sürede yapılacak ise bu süre içinde yetkili organa gerekçeli bir dilekçe ile başvurulacaktır. Bu dilekçe ile aynı zamanda

³⁹ Bu kural Borçlar Kanunu'nda yer alan (OR-m. 139) hükme paraleldir (Siegen/Buschor s. 20).

⁴⁰ İmza eksikliği, yetersiz gerekçe ve belge, müphem (kapalı) istemler düzeltilebilir eksiklikler olarak kabul edilmektedir (Jaeger **Band I** s. 139).

⁴¹ Bu sürelere “Zutandsfristen” örnek verilmektedir. Söz konusu süreler, ne belli bir kişiye yönelmiştir, ne kendilerine uyulması ne de bu sürelerin kaçırılması söz konusudur. Bu süreler sadece belli bir hukukî durumun belli bir zaman aralığında yürürlüğünü gösterir. Örneğin, İsvİİK m. 40, I'e göre ticaret siciline kayıtlı olup sicilden silindiği ilan edildikten sonra 6 ay ile süre bu kişinin iflâs yolu ile takibi mümkündür. İşte buradaki 6 aylık süre bir durumu gösteren süre olduğu için değiştirilmesi söz konusu olmaz (Spühler/Stücheli/Pfister s. 43).

⁴² Sprecher/Jetzer s. 21.

süresinde yapılamayan işlem de yapılacaktır (İsvİİK m. 33, IV). Doktrinde bir görüş, kategorik olarak ayırım yaparak hangi tür sürelerde eski hale getirme yoluna gidilebileceğini belirlemektedir⁴³. Buna karşılık bir başka görüş ise sürelerin amacından hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴.

Türk Hukuku'nda bu konuda yalnızca gecikmiş itiraz yolu mevcuttur (İİK m. 65). Bu olanak da sadece ödeme emrine itiraz süresinin kaçırılması durumunda kullanılabilir. Doktrinde *Kuru*, eski hale getirmeye ilişkin HUMK m. 166-174 hükümlerinin şikâyet süresi hakkında da uygulanması gerektiği savunmaktadır. Buna karşılık Yargıtay aksi görüştedir⁴⁵.

3. Tatiller ve Talikler

Mesai günlerindeki işlem saatleri sabah ve akşam birer saat uzatılmıştır. Buna göre, 07.00-20.00 arası işlem yapılabilecektir (İsvİİK m. 56, I).

Tatiller de eskiye göre kısaltılmıştır. Buna göre, Osternden ve Weihnachten'den 7 gün öncesi; sonrası ve 15-31 Temmuz arası tatildir (İsvİİK m. 56).

Ancak aşağıdaki hallerde tatil hükümleri uygulanmaz:

- İhtiyati haciz,
- Gecikmesinde sakınca olabilecek ve malvarlığı üzerinde tedbir alınması gereken haller,
- Kambiyo senetlerine özgü takipler.

15-31 Temmuz arasının tatil olması ile genel adlî tatil hükümlerine yaklaşılmıştır.

4. Takip Belgelerinin (Ödeme Emrinin) Tüzel Kişilere Tebliği

İsvİİK m. 65, konuyu düzenlemektedir. Kanun sadece anonim şirketleri, kooperatifleri ve ticaret siciline kayıtlı dernekleri değil; komandite ve komanditer şirketleri saymıştır. Zira bunlar da diğer şirketler gibi faaliyette bulunmaktadırlar. Şimdiye kadar ticarî mümessile tebliği yapılabilmesini

⁴³ Amonn/Gasser s. 82.

⁴⁴ Eski hale getirme yoluna gidilebilecek süreler için bkz. Jaeger **Band I** s. 145-148.

⁴⁵ Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 1, İstanbul 1988, s. 135.

öngören kanun, bundan böyle şirket yöneticisine de tebligat yapılabileceğini kabul etmiştir.

İsvİİK m. 66, III ödeme ve tebligatın borçlunun yurt dışında olması halinde oraya da yapılabileceğini kabul etmiştir. Tebliğ, oradaki yetkili makamlarca yapılır. Uluslararası anlaşmalar mümkün kıldığı veya alıcı ülke kabul ettiği takdirde tebliğ, posta ile de yapılabilir. Bu anlamda 1954 tarihli Lahey Anlaşması'na başvurmak gerekir.

Posta ile tebligat yapıldığında, alınması gereken günün son günü tebliğ yapılmış sayılır. Ödeme emrinde ve iflâs yolunda İsvİİK m. 72'nin öngördüğü nitelikli tebligat nedeniyle borçlu tarafından alınmayan belge, tebellüğ edilmiş sayılmaz. Bu nedenle İsvİİK, ilan yoluyla tebligatı genişletmektedir, onunla ikame etmektedir (İsvİİK m. 66, IV).

- Borçlunun ikametgâhı belli değilse,
- Borçlu, tebligatı almaktan özellikle ve ısrarla kaçınıyorsa,
- Borçlu yurt dışında oturuyor ve tebliğ yabancı makamlar aracılığı ile veya posta ile uygun bir zaman içerisinde mümkün olmazsa ilan yoluyla tebligat yapılır⁴⁶.

C. CEBRÎ İCRANIN BAŞLAMASI

1. Delillerin İbrazı

Şimdiye kadar alacaklı, borçlunun talebi üzerine alacağını dayandırdığı belgenin aslını (orijinalini) veya onanmış örneğini ibraz etmek zorunda idi⁴⁷.

⁴⁶ Sprecher/Jetzer s. 22-23.

⁴⁷ Türk Hukuku'nda genel haciz yolunda belgenin aslı veya onanmış örneği ibraz edilebildiği halde kambiyo senetlerine özgü takipte mutlaka senedin aslının verilmesi gerekmektedir (İİK m. 58, III ve m. 167, II). Ancak Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4814 sayılı Kanun'un 4. maddesi, "...10 uncu maddede belirlenen miktar dahil olmak üzere kısmi ödeme halinde, çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir. Çek hamili, bu fotokopiyle müracaat borçlularına veya kambiyo senetleri hakkındaki takip usullerine başvurabileceği gibi; Cumhuriyet savcılığına şikâyetle bulunurken dilekçesine bu fotokopiyi ekleyebilir ve bunu icra daireleri ile mahkemelerde ispat aracı olarak kullanabilir. Mahkeme veya icra dairesinin istemi halinde çekin aslı bu mercilere gönderilir" hükmü ile bu kurala istisna getirmiştir (26.2.2003 tarih ve 4814 sayılı Kanun, RG 8.3.2003 sa. 25042).

Bu düzenleme çeşitli nedenlerden dolayı genişletilmiştir. Kanun 73. maddesiyle sadece alacağın mevcut olduğu senedi, belgeyi değil; *delilleri* ibraz etmeyi zorunlu kılmıştır. Bu düzenlemede aynı zamanda İsvBK -OR- m. 962 de dikkate alınmıştır. Buna göre, *elektronik ortamda korunan ticarî defterler, ticarî yazışmalar ve muhasebe kayıtları* da delil olarak kullanılabilir; bunların onaylı olması koşulu aranmaz. Öte yandan onaylı olmasa bile *fotokopi* de delil olarak kullanılabilir⁴⁸.

Burada borçluya tanınmış bir hak söz konusudur. Borçlu, itiraz süresi içerisinde icra dairesinin alacaklıdan alacağını ispat eden belgeleri talep etmesini sağlar. Ancak borçlunun bu talebi itiraz süresini kesmez. Borçlu, alacaklının dayanağı olan belgeleri görerek itirazını buna göre yapabilecektir⁴⁹.

Türk Hukuku'nun tersine İsviçre Hukuku'nda esasen takip talebi ile alacaklının elinde olduğunu belirttiği belgeleri eklemek zorunluluğu yoktur. Ancak ödeme emrine itiraz etmek isteyen borçlunun istemi üzerine belgenin icra dairesine verilmesi talep edilebilir. İşte Kanun, bu noktada belgenin kendisi veya onaylı örneği dışında başka bazı delilleri de kabul etmiştir. Türk Hukuku'nda ise genel haciz yolunda alacaklının herhangi bir belge olmaksızın takip başlatması mümkündür. Alacaklı alacağının belgeye dayandığını belirtmiş, ancak bu belgenin aslını veya onaylı örneğini icra dairesine vermemişse, icra dairesi bu belge verilmeden ödeme emri gönderemez⁵⁰. Ancak icra dairesinin alacağın dayandığı belgenin geçerliliği veya niteliği konusunda inceleme yetkisi olmadığı için onun delil olma özelliğini inceleme yetkisi de yoktur.

2. İtiraz

İsvİİK m. 74, I açıkça ödeme emrini tebliğ eden kişinin (icra memuru, postacı veya polis) sözlü bir itirazı kabul etmesi gerektiğini düzenlemiştir⁵¹. Türk Hukuku'nda ise itiraz ancak icra dairesine (İİK m. 62, I) veya tetkik merciine (İİK m. 169, m. 170, I) yapılabilir.

⁴⁸ Siegen/Buschor s. 47.

⁴⁹ Amonn/Gasser s. 109.

⁵⁰ Üstündağ-İcra s. 113-114; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 139-140.

⁵¹ Belli koşulların varlığı halinde telefonla bile geçerli bir itirazın yapılabileceği kabul edilmektedir. Bunun için ilgilinin kimliği bakımından icra dairesinin bir tereddüdünün olmaması gerekir (Amonn/Gasser s. 112).

Borçlu alacağın *bir kısmına* itiraz ederse, bu kısmı açıkça bildirmelidir; aksi halde *-bugüne kadarki düzenlemenin tersine- bütün alacağına itiraz edilmiş* sayılır (İsvİİK m. 74, II).

Türk Hukuku'nda ise borçlunun geçersiz kısmı itirazı sonuç doğurmaz; yani borçlu itiraz etmemiş sayılır (İİK m. 62, III).

İtiraz eden borçlu kural olarak itirazında sebep göstermek zorunda değildir (İsvİİK m. 75, I). Kanun bunun istisnalarını İsvİİK m. 75, II-III'de düzenlemiştir. Buna göre aşağıdaki durumlarda borçlu, itirazını açıkça bildirmek ve gerekçelendirmek zorundadır:

- Borçlu yeni bir mal edinmediği iddiasında ise (İsvİİK m. 265, 265a) bunu ödeme itirazında bildirmek zorundadır; aksi halde bu itirazdan feragat etmiş sayılır.
- Gecikmiş itirazda itiraz sebebi bildirilmelidir (İsvİİK m. 77).
- Kambiyo senetlerine ilişkin takipteki itiraz (İsvİİK m. 179, I) gerekçeli olmalıdır⁵².

3. Alacaklının Değişmesi Halinde Gecikmiş İtiraz

İsvİİK m. 33, IV icra hukuku bakımından sürelerin kaçırılması halinde bir telafi sistemi getirmiştir. Kusuru olmaksızın zamanında itiraz edemeyen borçlu, bir yandan icra dairesine itirazda bulunurken, öte yandan icra tetkik merciinde eski hale getirmeyi talep edecektir.

Şimdiye kadarki düzenlemeden tamamıyla vazgeçilmemiş; ancak pratiğin doldurduğu boşluklar artık yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Eskiden alacaklının değişmesi halinde borçlunun, yeni alacaklıya karşı temlikten doğan veya kişisel olarak sahip bulunduğu itirazları ileri sürmesi mümkün değildi. Federal Mahkeme, bu tür defilerin gecikmiş itiraz olarak ileri sürülebileceğine karar vermişti. Bu uygulama, İsvİİK m. 77, I-II'de açıkça düzenlenmiştir.

4. İtirazın Giderilmesi

İtirazın giderilmesini düzenleyen İsvİİK m. 79-84 hem dil bakımından hem içerik olarak yenilikler getirmiştir. İsvİİK m. 79, I'in yeni şekli şöyledir:

⁵² Sprecher/Jetzer s. 24.

“Takibine itiraz edilen alacaklı, talebini genel mahkemelerde veya idarî yolda (Verwaltungsverfahren) ileri sürmek zorundadır”. Talebin özelliğine uygun olarak sadece medenî yargı değil, idarî yargı da gündeme gelebilir.

Federal Mahkeme (BGE 107 III 60) kararında, şimdiye kadarki içtihadını değiştirerek, genel mahkemeden (medenî yargı) alınan ve itirazı giderici nitelikteki karar ve idarî kararın icranın devamına olanak sağlayacağını kabul etmiştir. Özellikle idarî kararlar konusunda, artık icra memurunun geçerli ve icra edilebilir bir alacağın bulunup bulunmadığını ve talep edilen alacağın kararın konusu ile aynı olup olmadığını araştırma yetkisi yoktur. Federal Mahkeme'nin açıklık sağlayan bu kararı İsvİİK m. 79, I'e alınmıştır.

İsvİİK m. 79, Türk İİK'da itirazın iptalini düzenleyen 67. maddenin karşılığıdır. Türk Hukuku'nda kamu alacaklarının tahsili 6183 sayılı Kanun'a göre olmaktadır. Buradaki itiraz ve itirazın giderilmesi Kanun'un 58. maddesinde düzenlenmiştir; bunun dışında özel bir hüküm yoktur ve itirazın iptali sadece genel mahkemelerden sağlanabilmektedir (İİK m. 67, I).

Alacak, icra edilebilir bir mahkeme kararına dayanıyor ise alacaklı, itirazın kaldırılmasını isteyebilir⁵³. Uygulamada bu konuda itirazın kesin kaldırılması söz konusu olduğu için İsvİİK m. 80, I'e böyle alınmıştır.

İsvİİK m. 80, II mahkeme kararlarına denk kabul edilen halleri de sayma (tadad) yoluna gitmiştir⁵⁴. Buna göre aşağıdaki durumlarda da kesin kaldırma istenebilir:

- Şimdiye kadar olduğu gibi, mahkeme içi sulh ve ikrar,
- Bir paranın ödenmesine veya teminat gösterilmesine ilişkin tasarruflar (işlemler) ve federal devletin idarî makamlarının kararları,
- Kanton hukuku eşdeğer gördüğü takdirde kanton idarî makamlarının kamusal tasarruflar ile ilgili kararları (vergi vs.) ve kanton içerisindeki tasarruflar.

İtirazın kaldırılması konusunda yine basit usul geçerlidir (İsvİİK m. 25/2). Yeni olan düzenleme, yetki hakkındadır; artık itirazın kaldırılmasında takibin yapıldığı yer yetkilidir (İsvİİK m. 84, II). Borçlu, borçtan kurtulma davasını 20 günde açabilir.

⁵³ Sprecher/Jetzer s. 25.

⁵⁴ Amonn/Gasser s. 124.

5. Menfî Tespit Davası

Mevcut olmayan veya henüz muaccel olmayan bir borçtan dolayı takibe uğrayan borçlu, zamanında itiraz etmediği için takip devam eder. Borçlu, makul bir nedeni olmadan geç kalmışsa ve gecikmiş itiraz yoluna gidememişse veya elinde yeterli belgesi olmadığı için takip hukuku çaresi olarak takibin iptalini isteyememişse, var olmayan veya muaccel olmuş bir borcu ödemekten başka çaresi yoktur. Borçlunun daha sonra, kendisine karşı takip yapan alacaklıya başvurmasından başka bir yol yoktur. Burada da bizzat eski alacaklının ödeme güçlüğü içinde olması ve borçlunun (yeni alacaklının) hiçbir şey elde edememesi olasılığı vardır. İşte bu noktada maddî hukukun gerçekleştirilememesi hali ortaya çıkabilir.

Bu nedenle Kanun, borçlunun eline yeni bir araç sunmuştur. İsvİİK m. 85a ile borçlu, *her zaman* menfî tespit davası açma hakkına kavuşmuştur. Bu da borçluya iki türlü avantaj sağlamaktadır: **Birincisi**, maddî hukuk bakımından ilişki tespit edilmekte, kesin hüküm elde edilmektedir. Mahkeme, borcun mevcut olup olmadığını veya ertelemenin varlığını tespit etmektedir. Bu durumda karar, doğrudan doğruya derdest takibe etki etmektedir⁵⁵. Hâkim, hükümle birlikte takibi ya *iptal* veya *talik etme* yoluna gitmektedir. Maddî hukuk yönüyle alacak dava edilmesine rağmen, dava, tamamen usulî amaçlara hizmet etmiş olmaktadır. **İkincisi**, bu düzenleme ile, cebrî icrayı sona erdiren veya talik eden menfî tespit davasını kabul eden pek çok Avrupa ülkesi ile uyuşan bir düzenlemeye ulaşılmıştır. Aslında bu hükümler ile İsviçre Hukuku'nda menfî tespit davası ilk defa yasal dayanak bulmuş ve federal düzeyde düzenlenmiştir⁵⁶. Menfî tespit davası üç nedene dayalı olarak açılmaktadır:

- Borç mevcut değildir,
- Borç sona ermiştir, artık mevcut değildir⁵⁷,
- Borç ertelenmiştir⁵⁸.

⁵⁵ Sprecher/Jetzer s. 26.

⁵⁶ Atalay s. 35.

⁵⁷ Takip esnasında alacaklı borçlu tarafından tatmin edilmiştir veya başlangıçta var olan alacak herhangi bir nedenle sona ermiştir; ancak İsvİİK m. 85'in öngördüğü belge yoktur (Jaeger Band I s. 396-397).

Borçlu, talik ve iptal edilebilecek *bir takip mevcut olduğu sürece* bu davayı açabilir. İflâs takibi ile karşı karşıya olan borçlu için bu, iflâsın açılmasından önceki zaman için mümkündür. Hâkim, dava güçlü bir şekilde gerekçelendirilmişse takibi geçici olarak erteleyebilir. Haciz yoluyla takipte veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte dava, hacizli mallar paraya çevrilmeden önce; eğer paraya çevirme işlemi yapılmışsa paylaştırmadan önce açılmalıdır. Hâkim, takibi alacaklılar güvenli bir şekilde alacaklarını elde edinceye kadar sürdürmek zorundadır. Bu da, alacaklıları bir mal siciline kayıt veya iflâsta İsvİİK m. 171'e göre geçici tedbir talep etmeye yöneltebilir. Cüz'i icrada alacağın teminat altına alınmasını (özel bir tedbir) istemek gereksizdir. Çünkü, takip en erken haciz aşamasında ertelenebilir⁵⁹.

Kambiyo senetlerine özgü takipte menfî tespit davası açılmayacağı, çünkü kambiyo senetlerinde sıkı şekil koşullarının bulunduğu yolunda bir görüşe rağmen⁶⁰, bu fikrin yasal dayanağı olmadığı her takip yolunda bu davanın açılacağı ileri sürülmektedir⁶¹.

İsvİİK m. 85 ve 85a'nın bu düzenlemesi yanında İsvİİK m. 86 yine istirdat davasını düzenlemektedir.

Menfî tespit davası Türk Hukuku'na 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile girmiştir. Kanun, borçlunun takipten önce veya takip sırasında *borçlu olmadığına tespitine* yönelik menfî tespit davası açabileceğini kabul etmiştir (İİK m. 72, I). Dava sonunda borçlunun haklı bulunması halinde takip durur ve kararın kesinleşmesi ile de takip *iptal* edilir. Alacaklının haksız ve kötüniyetle takip yaptığının kanıtlanması halinde %40'dan az olmayan icra-inkâr tazminatına da mahkûm edilmesi mümkündür⁶². Davayı alacaklı kazanırsa takip konusu alacağın varlığı maddî hukuk bakımından tespit edilmiş olur; borçlu mahkeme tarafından icra-inkâr tazminatına mahkûm edilir⁶³.

⁵⁸ Bu düzenleme İsvİİK m. 85'de (İİK m. 71) yer alan takibin iptali kurumuna göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Takibin başında veya takip sırasında bir erteleme yapılmasına rağmen eğer borçlunun elinde bir belge yoksa bu yola gidilir (Jaeger **Band I** s. 397).

⁵⁹ Jaeger **Band I** s. 388-402; Amonn/Gasser s. 139-141.

⁶⁰ Amonn/Gasser s. 140.

⁶¹ Jaeger **Band I** s. 401.

⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 238.

⁶³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 237.

Buna karşılık İsvİİK, menfi tespit davasını takibin iptalini düzenleyen madde üzerine inşa etmiştir; buna göre borçlu, takibin iptali prosedüründe ispat edemediği hususları yani *borçlu olmadığı, borcun sona erdiği veya borcun ertelendiği* iddiaları ile bu davayı açacaktır (İsvİİK m. 85a, I). Dava sonunda takibin *iptali* veya *ertelenmesi* kararı verilecektir (İsvİİK m. 85a, III). Öte yandan menfi tespit davası nedeniyle takibin durdurulabilmesi Türk Hukuku'nda sınırlı olarak mümkündür. Kural olarak takip, teminat karşılığında takipten önce açılan davada durdurulabilir. Takipten sonra açılan menfi tespit davasında ise yine teminat karşılığında icra vizesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi sağlanabilir (İİK m. 72, II-III). İsviçre Hukuku'nda ise hâkimin her aşamada takibi durdurucu bir karar vermesi mümkündür (İsvİİK m. 85a, II). Ayrıca icra-inkâr tazminatı Türk Hukuku'na özgü olup İsviçre Hukuku bakımından söz konusu değildir.

D. HACİZ

Hacizle ilgili bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlar şöyle açıklanabilir:

- Hacizde üçüncü kişilerin ve kurumların bilgi verme yükümlülüğü (İsvİİK m. 91, IV-V),
- Hacedilmezlik hükümlerinin yeniden düzenlenmesi (İsvİİK m. 92),
- Ücret haczi düzenlemesi (İsvİİK m. 93),
- Aciz belgesinde zamanaşımı (İsvİİK m. 149a ve 265, II).

1. Haczin Yapılması (İcrası)

a. Polisiye Tasarruf

Borçlu, hacizde mazeretsiz olarak bulunmaz veya bir temsilci de bulundurmazsa, icra dairesi haczi polis nezaretinde yapabilir. Şimdiye kadar borçlu olmadığı takdirde aslında polisle haciz yapılmakta idi; ancak yasal dayanak olmadığı için bu, kişisel haklara, kişinin özgürlüğüne ağır müdahale olarak görülmekte idi. İsvİİK m. 91, II bu olanağı açıkça sağlamıştır.

Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi haciz yapılırken borçlunun hacizden haberdar edilmesi söz konusu değildir⁶⁴; haciz borçlunun yokluğunda da yapılabilir; borçlu hacizden sonra bilgilendirilir (İİK m. 103).

b. Bilgi Verme Yükümlülüğü

İsvİİK m. 91, IV-V'de üçüncü kişilerin ve kurumların bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir:

Federal Mahkeme'nin uzun yıllardır müstakar bir şekilde uyguladığı, borçlunun malvarlığı unsurlarını muhafaza eden veya borçlunun alacaklı olduğu üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğü İsvİİK m. 91, IV'de düzenlenmiştir. Bu anlamda örneğin, banka sırrına dayanmak mümkün değildir (BGE 75 III 109). Kurumlar da borçlu gibi aynı çerçevede bilgi vermek zorundadır. Bu nedenle yine örneğin vergi sırrı da söz konusu değildir.

İcra dairesi, ilgilileri yükümlülükleri ve bunun cezaî sonuçları hakkında açıkça uyarmak zorundadır (İsvİİK m. 91, V)⁶⁵.

Türk Hukuku'nda borçlunun mevcudu hakkında üçüncü kişilerin icra dairelerinin istemlerine yanıt verme zorunlulukları ayrıca genel olarak İİK m. 367'de ve özel olarak da bir yaptırım İİK m. 89'da söz konusudur (İİK m. 89, IV). Ancak İsviçre Hukuku'ndaki düzenleme bundan oldukça geniştir. İsvİİK m. 91, IV'de icra dairesinin, borçlunun gerek malını gerekse parasını elinde bulduran üçüncü kişilere bu hususu sorması halinde bildirim yükümlülüğü söz konusudur; icra dairesi aksi halde Ceza Kanunu m. 324, V'e göre cezalandırılacaklarını belirtir⁶⁶.

2. Hacedilmezlik Hükümleri

Genel olarak hacedilmezlik hükümleri ve ücret hacizleri İsvİİK m. 92, I/1-11'de yeniden düzenlenmiştir.

İsvİİK m. 92, III'de yeni olarak, pratiğin yerleşmiş uygulaması kanunlaşmıştır. Buna göre, aslında İsvİİK m. 92, I/1-3'e göre hacedilmeyen fakat çok değerli olan veya borçluya yatırım (plasman) olarak hizmet eden şeylerin, aynı türden daha ucuz bir şeyle ikame edilmesi ya da bunun elde

⁶⁴ Üstündağ-İcra s. 181-182.

⁶⁵ Sprecher/Jetzer s. 28.

⁶⁶ Jaeger Band I s. 438.

edilmesi için gereken paranın borçluya bırakılması olanağının alacaklıya tanınması mümkün olmuştur⁶⁷. Benzer hüküm Türk Hukuku'nda borçlunun haline münasip evi için geçerlidir (İİK m. 82, I/12).

Her türlü gelir (serbest iş karşılığı alınan veya gelir yerine, onun ikamesi olan nafaka vb. gelirler) ancak kısmen haczedilebilir. Kanun, bunun dışında gerekli miktarı kendisi belirlememiştir. Çünkü kanunun nicelik değil, nitelik bakımından ölçütler içermesi gerekir. Gereken "yaşam sınırı"nı, asgarî standardı (*Existensminimum*) icra memurunun takdiri belirleyecektir. Gereken miktarın hesabı için yönergeler düzenleme yetkisi kantonlara bırakılmıştır. Hangi oranda ve ne zaman borçlunun yaşamsal alanına müdahale edilebileceği ise, somut olaylar bağlamında yanıtlanabilir.

İcra memuru, kanunun haciz için öngördüğü sıradan ayrılabilir. Ancak bunun için ya olayda haklılık bulunmalı veya alacaklı ve borçlunun bunu birlikte talep etmesi gerekir (İsvİİK m. 92, IV).

İsvİİK m. 93, II Federal Mahkeme'nin gelecekte elde edilecek ücretler için geliştirdiği içtihadı kanunlaştırmıştır. Buna göre, bir alacaklı grubu için yapılan ilk hacizden itibaren ücret, en fazla bir yıl için haczedilebilir.

İcra dairesi ücret haczinin devam ettiği sırada, borçlunun ekonomik durumunun değiştiğini öğrenirse haczi bu yeni duruma uydurur (İsvİİK m. 93, III). Kendiliğinden haczedilen miktarı değiştiren icra memurunun kararına karşı borçluya hukukî dinlenilme (*Rechtsliches Gehör*) olanağının tanınması gerekir⁶⁸. O nedenle bu işleme karşı şikâyet yoluna gidilebilir.

İsvİİK m. 95, I'de düzenlenen hacizde tertip ilkesi esasen korunmuş; ancak ücretlerin taşınmazlardan önce haczedileceği kuralı açıklığa kavuşmuştur. Bu kural Federal Mahkeme'nin içtihadının tersine (BGE 115 III 49) uygulamada zaten bulunmakta idi⁶⁹. Öte yandan alacaklı ve borçlunun birlikte talep etmesi halinde taşınmazların taşınırlardan önce haczedileceği şeklindeki hüküm de değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre icra memuru hacizde tertip ilkesinden (kanunda öngörülen sıradan) alacaklı ve borçlu birlikte talep ederse veya koşullar gerektirirse ayrılabilir (İsvİİK m. 95, IVbis).

⁶⁷ Amonn/Gasser s. 159, 168; Jaeger **Band I** s. 462-463.

⁶⁸ Sprecher/Jetzer s. 29.

⁶⁹ Siegen/Buschor s. 66.

3. Mal Ortaklığı (Edinilmiş Mallara Katılma) Rejiminde Haciz

Yeni aile hukukuna göre, evlilik sözleşmesinin yapılması aynı zamanda tasarruf ve taahhüt işlemidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde gelecekte elde edilecek ücretin ortaklığa ait olup olmayacağı sorusu akla gelir. Çünkü özellikle küçük borçlarda, alacaklı bakımından ortak mallara yönelmekten ve rejimi sona erdirmektense ücrete başvurmak daha kolay ve akla yatkındır⁷⁰. İsvİİK m. 68b, III yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında takip yapılan eşin gelecekte elde edeceği ücret İsvİİK m. 93'e göre haczedilebilecektir.

E. İSTİHKAK DAVASI

İsvİİK m. 106-109'da düzenlenen istihkak davası ilke olarak korunmuş, ancak daha iyi gruplandırılıp dil bakımından yenilenmiştir.

İsvİİK m. 106, I haciz tutanağına üçüncü kişinin *iddiasının* şerh düşülmesinden söz etmektedir. Şimdiye kadarki düzenleme, haczedilen şeyde üçüncü kişinin *mülkiyet veya rehin hakkı* iddiası var ise şerhe izin vermekte idi. Değişiklik ile Federal Mahkeme'nin içtihatları doğrultusunda bunlar dışındaki hakların da dikkate alınması sağlanmıştır⁷¹.

Türk Hukuku'nda ise Kanun 96. maddesinde mülkiyet ve rehin hakkından söz etmekle birlikte, doktrinde bu saymanın sınırlayıcı olmadığı, diğer bazı hakları da kapsadığı kabul edilmektedir⁷².

Borçlu veya alacaklı, üçüncü kişinin talebine aşağıdaki hallerde karşı koyabilir:

- Münhasıran borçlunun elinde bulunan taşınır bir eşyada hak iddia ediliyorsa,
- Bir hak, talep veya yetkinin üçüncü kişiye göre borçluya ait olması daha muhtemel ise,
- Üçüncü kişi, tapu sicilinden anlaşılamayan bir talebe dayanıyor ise⁷³.

⁷⁰ Siegen/Buschor s. 43.

⁷¹ Siegen/Buschor s. 71. Bu haklar mülkiyet, rehin hakkı gibi kabul edilen mülkiyeti muhafaza kaydı, sınırlı aynı haklar veya eşyaya bağlı haklar, haczedilen alacaktaki rehin hakkı, haczedilen şey üzerinde sahip olunan sıra, borçlar hukukundan kaynaklanan iadeye dayalı talepler, aile hukukundan kaynaklanan alacaklar olarak ifade edilmektedir (Amonn/Gasser s. 185-187).

⁷² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 324.

Borçlu malı tek başına elinde bulunduruyorsa (İsvİİK m.107, II-III) üçüncü kişi 10 gün içinde; üçüncü kişi ile birlikte elinde bulundurma halinde (İsvİİK m.108, II, IV) ise 20 gün içinde delillerini icra dairesine ibraz etmek zorundadır. Bunun için alacaklı veya borçlunun talebi gerekir. Böylece söz konusu itiraz süreleri içinde borçlu veya üçüncü kişi delillere göre itiraz etmekten feragat edebilir. Dava öncesi ibraz yükümlülüğü bazı kantonlarda (örneğin Zürih) bulunmakta idi. Şimdi ise federal düzeyde bu uygulama kanunlaşmıştır.

Alacaklı ve borçlu da üçüncü kişiye karşı şu hallerde dava açabilir:

- Taşınır eşya üçüncü kişinin elinde ise veya üçüncü kişi borçlu ile birlikte elinde bulunduruyorsa,
- Bir hak veya alacağın borçludan ziyade üçüncü kişiye ait olması daha güçlü bir olasılık ise,
- Tapu sicilinden kaynaklanan bir talep söz konusu ise (İsvİİK m. 108, I).

İstihkak davası, kural olarak takibin yapıldığı yerde açılır⁷⁴.

İcra takibi davanın sonuna kadar sadece bu mal veya hak bakımından duracaktır. İsvİİK m. 109, IV'e göre hâkim, davanın hem başladığını hem sona erdiğini icra dairesine bildirmelidir. Dava, federal düzeyde acele (seri usulde) görülecek davalardandır⁷⁵.

Türk Hukuku'ndaki istihkak prosedürü esasen sadece İİK m. 99 bakımından kaynak Kanuna uygundur. Bunun dışında Türk Hukuku farklı bir usul öngörmüştür (İİK m. 96-98)⁷⁶.

⁷³ **Sprecher/Jetzer** s. 30.

⁷⁴ Ancak aşağıdaki hallerde üçüncü kişinin takibin yapıldığı yerde dava açmaya zorlanması doğru değildir: Üçüncü kişi malı elinde bulunduruyorsa, haczedilen alacağın ona ait olduğu görüntüsü varsa veya tapu sicilinden doğan bir kayda dayanıyorsa (İsvİİK m. 109). İsviçre'de ikametgâhı olan üçüncü kişi, bu durumlarda İsvİİK m. 108, I'e göre davalının İsviçre'deki ikametgâhında dava açabilir. Davalı, yurt dışında ikamet ediyorsa ve bir uluslararası sözleşme hükmü buna karşı bir düzenleme içermiyorsa takibin yapıldığı yer mahkemesinde de dava açılabilir. Taşınmazlar hakkındaki dava için taşınmazın bulunduğu yer amaca uygundur (**Sprecher/Jetzer** s. 31).

⁷⁵ **Sprecher/Jetzer** s. 31; **Amonn/Gasser** s. 195-196.

⁷⁶ Bu konudaki farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kâmil Yıldırım, İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2002, s. 91-100.

F. HACZE KATILMA (İŞTİRAK)

İsvİİK m. 110, III'e göre yeni olan husus, icra dairesinin eğer imtiyazlı alacaklıları biliyorsa onları hacizden haberdar etmesi gereğidir⁷⁷; böylece söz konusu kişilerin haklarının farkında olmaları sağlanır.

G. GEÇİCİ ACİZ BELGESİ OLARAK HACİZ TUTANAĞI

Haczedilebilecek bir şey bulunamazsa haciz tutanağı geçici aciz belgesi sayılır (İsvİİK m. 115, I). İsvİİK m. 115, III uygulamada alacaklı için sağlanan hakları Kanuna almıştır. Buna göre, geçici aciz belgesine sahip olan alacaklı, İsvİİK m. 88, II'nin öngördüğü biçimde bir yıl içerisinde yeni elde edilen malların haczini isteyebilir. Bu bir *tamamlama haczidir*⁷⁸. Kesin aciz belgesinde yeniden ödeme emri gönderilmesine gerek kalmaksızın takip devam etmesine rağmen (İsvİİK m. 149, III), tamamlama haczinde eski takip sürmektedir.

Türk Hukuku'nda ise geçici aciz belgesinin bir tek işlevi vardır: Geçici aciz belgesi alacaklıya iptal davası açma hakkı verir (İİK m. 105, II; m. 277/1)⁷⁹.

H. PARAYA ÇEVİRME (SATIŞ)

1. Paraya Çevirme Talebi/Taksitle Ödeme

Alacaklı, haczedilen malların satışını Kanunun öngördüğü süreler içerisinde talep etmelidir⁸⁰ (İsvİİK m. 116, I).

Borçlu, borcunu taksitle ödeyeceğini inandırıcı bir şekilde icra dairesine bildirirse, icra dairesi ilk taksitin verilmesinden sonra paraya çevirmeyi (satışı) erteleyebilir (İsvİİK m. 123). Kanun, satışı erteleme süresini 7 aydan 12 aya çıkarmıştır. Öte yandan Kanuna göre borçlunun, taksitle ödemeyi

⁷⁷ Siegen/Buschor s. 76.

⁷⁸ Amonn/Gasser s. 259.

⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 384. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk Öztekin, İcra ve İflâs Hukuku'nda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul 1994, s. 22-33.

⁸⁰ Taşınır mallar, alacaklar ve diğer haklar için bir aydan bir yıla kadar; taşınmazlar için altı aydan iki yıla kadar.

önerirken borçlarını ödemede zorlandığını ispatı artık gerekmemektedir; zira bu durumun uygulamada tespiti hemen hemen hiç mümkün olmamaktadır⁸¹.

Türk Hukuku'nda böyle bir koşul bulunmamaktadır; icra dairesi Kanuna uygun bir taksitle ödeme önerisini kabul etmek zorundadır. Öte yandan taksitle ödeme süresi Türk Hukuku'nda daha kısadır (İİK m. 111).

2. Pazarlıkla Satış

Taşınmazların pazarlıkla satış olanağı yeni Kanun ile sağlamıştır. Ancak bunun için bütün ilgililerin muvafakat etmesi ve en azından tahmini bedelin teklif edilmesi gerekir (İsvİİK m. 130, m. 143b).

Türk Hukuku'nda ise taşınmazların pazarlıkla satılması sadece iflâsta ve alacaklıların hepsinin bu yönde karar alması ile mümkündür (İİK m. 241, D).

I. PAYLAŞTIRMA

Kanunda paylaştırmaya egemen olan genel ilkeler korunmuş; bazı kurallar ise açıklığa kavuşturulmuştur. Örneğin, İsvİİK m. 145, I'deki tamamlama haczinde haczin tamamlanması değil, *yeni* bir haciz söz konusudur. Bu hacze başka alacaklıların da *katılması* mümkündür. O nedenle bu haciz İsvİİK m. 110 ve 111'e göre imtiyazlı iştirak için süreyi başlatır. *Kendiliğinden tamamlama haczi* için sadece icra memurunun tahminde yanlış olması, haczin alacağı karşılayacağını sanması, fakat sonradan yanlış olduğunu anlamış olması gerekir. Tamamlama haczinden önce yapılmış hacizler dolayısıyla kazanılan haklar tamamlama haczinden etkilenmez (İsvİİK m. 145, II)⁸².

Türk Hukuku'nda da tamamlama haczi aynı nedenlere dayanarak ve icra dairesince resen yapılmaktadır (İİK m. 139); ancak tamamlama haczine katılma konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

⁸¹ Sprecher/Jetzer s. 32.

⁸² Siegen/Buschor s. 95.

1. Sıra Cetveli ve Pay Cetveli

Bütün alacaklılar tatmin edilemezse icra dairesi, alacaklıların sırasını belirlemek üzere bir sıra cetveli ve pay cetveli (İsvİİK m. 146) yapar. Pay cetveli şu konularda bilgi verir⁸³:

- Her alacaklının tamamen tatmin edilebilmesi için alması gereken tutar,
- Alacaklıların gerçekte aldıkları miktar,
- Alacaklıların alamadıkları kısım.

İsvİİK m. 148, I alacaklının sıra cetveline karşı ancak başkasının alacağına veya sırasına itiraz etmesi halinde açabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu, iflâstaki durumun tersidir. Zira iflâsta alacaklının kendi alacağı için de sıra cetveline itiraz davası açması gerekir (İsvİİK m. 250). Hacizde kendi alacağı hiç veya istediği sıraya alınmayan alacaklı İsvİİK m. 17 vd.'na göre şikâyet yoluna gitmelidir. İcra memuru, maddî hukuk bakımından bir alacağın varlığını inceleyemeyeceği için iflâstan farklı bir düzenleme yapılmıştır. Reddedilen alacak miktarı sıra cetveline dahil edilir⁸⁴. Kendi sırasını dava eden alacaklının bu hareketi maddî hukukun ihlâli anlamına gelmez; aksine bu durum yalnızca usulî kuralların ihlâlinin bir yaptırımıdır.

Türk Hukuku'nda da sıra cetveline itirazı düzenleyen m. 142, I'in ifadesine rağmen⁸⁵ (ki bu hüküm değişiklikten önceki İsvİİK m. 148, I'in aynısıdır) doktrinde sıra cetveline itiraz davasının, sırasına veya alacağına itiraz edilen alacaklı aleyhine açılacağı kabul edilmektedir⁸⁶. İsvİİK'nın bu yeni ve açık düzenlemesi, doktrinde kabul edilen düşünceyi yansıtmaktadır.

2. Aciz Belgesi

Hacze katılan ve alacağını tamamen alamayan her alacaklı, alacağının karşılanamayan kesimi için aciz belgesi alır. Yeni olan ise, icra dairesinin açık

⁸³ Kesinleşmiş sıra cetveli pay cetvelini de içerir ve paylaşırmanın temelini oluşturur (Amonn/Gasser s. 250).

⁸⁴ Sprecher/Jetzer s. 33.

⁸⁵ "Cetvel suretinin tebliğinden yedi gün içinde her alacaklı takibin icra edildiği mahal mahkemesinde alakadarlar aleyhine dava etmek suretile cetvel *münderecatına* itiraz edebilir" (İİK m. 142, I).

⁸⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 379.

kalan kısmın miktarını tespit eder etmez *aciz belgesi düzenleme zorunluluğudur* (İsvİİK m.149, Ibis). Bunun nedeni ise esasen aciz belgesindeki alacağın zamanaşımına uğrayacak olmasıdır⁸⁷.

Temel değişikliklerden birisi de az önce ifade edildiği üzere aciz belgesindeki *alacağın zamanaşımına* uğramasıdır (İsvİİK m. 149a, I). Zamanaşımı 20 yıldır ve bu süre borçlar hukukuna göre oldukça uzundur. Bütün gerçek özel hukuk zamanaşımı süreleri kesilebilir (İsvBK -OR- m. 135 vd.). Aciz belgesine sahip alacaklının sadece yeni bir takip yapması gerekmektedir. Böylece bu tarihten itibaren yeni bir zamanaşımı başlar. Değişikliğin son hükümlerinden m. 2, V mevcut borç ödemedi aciz belgeleri için zamanaşımının Kanunun yürürlüğe gireceği 1.1.1997'den itibaren başlayacağını kabul etmiştir.

Borçlu, aciz belgesindeki borcu icra dairesine ödemek suretiyle sona erdirebilir. İcra dairesi, ödemeyi alacaklıya havale etmek veya tevdi etmek zorundadır. İtfadan sonra aciz belgesi kaydı sicilden resen silinir (İsvİİK m. 149a, II-III). Silinen kayıtlar hakkında üçüncü kişilere bilgi verilemez⁸⁸.

Aciz belgelerinin yayınlanması, yeni içtihatlar doğrultusunda (BGE 107 Ia 52) yasaklanmıştır (İsvİİK m. 26, I.). Bu değişiklik alacaklıların daha dikkatli olmasını gerektirmektedir.

Eleştirilere rağmen aciz belgesindeki alacağı faiz yürütülememesi kuralı korunmuştur (İsvİİK m. 149, IV)⁸⁹.

Türk Hukuku'nda ise aciz belgesindeki alacak hakkında borçlu bakımından zamanaşımı işlemez ve belgedeki alacak için faiz uygulanmaz (İİK m. 143, IV, VI).

İ. REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE TAKİP

İsvİİK m. 37 anlamında rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte yapılan değişiklik sadece redaksiyoneldir. İsvİİK m. 158, I literatür ve içtihatlarda ifade edilen *rehin açığı belgesini de ilk defa* düzenlemiştir. İsvİİK m. 158, III'te rehin açığı belgesinin İsvİİK m. 82 anlamında borç ikrarı olduğu ifade

⁸⁷ Jaeger Band I s. 813.

⁸⁸ Amonn/Gasser s. 259.

⁸⁹ Sprecher/Jetzer s. 34.

edilmiştir; bu nedenle belge, itirazın kaldırılmasını sağlar⁹⁰. Türk Hukuku'nda rehin açığı belgesinin borç ikrarını içeren bir belge olduğu açıkça kabul edilmiştir (İİK m. 152, IV).

J. İFLÂS YOLU İLE TAKİP

1. Genel İflâs Yolu ile Takip

a. Takip Talebi

Genel iflâs yolu ile takip, iflâs uyarısının yer aldığı bir takip talebi ile başlar. Alacaklı, en erken ödeme emrinin tebliğinden itibaren 20 gün içinde borçlunun iflâsını isteyebilir. Buna karşılık, iflâs istemi için var olan ödeme emrinin tebliğinden itibaren 12 aylık azami süre 15 aya çıkartılmıştır (İsvİİK m. 166, II). Böylece alacaklının, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde haciz isteyebilmesi hakkı yanında aynı takip içinde iflâs talep edebilmesi için yeterli süre sağlanmıştır (İsvİİK m. 88, II)⁹¹. Sürelerin uzatılması ile satış isteme süreleri arasında da uyum sağlanmıştır (bkz. İsvİİK m. 116).

Şimdiye kadar iflâs isteyen alacaklı, birinci alacaklılar toplantısına kadar olan masrafları da vermek zorunda idi. Kanun değişikliği, bu sorumluluğu İsvİİK m. 169, I'de tasfiyenin tatiline veya iflâs dairesince adî tasfiye ilanının yapılmasına kadar olan masraflarla sınırlamıştır (İsvİİK m. 232)⁹². En geç bu aşamada iflâsın basit tasfiye ile mi yoksa adî tasfiye yolu ile mi yürütüleceği anlaşılır. Buna göre alacaklının sorumluluğu devam eder. Buna karşılık, masa mallarının yetersizliği nedeniyle tasfiye tatil edilirse alacaklı, şimdiye kadar olduğu gibi bütün masraflardan sorumlu olur.

Türk Hukuku'nda gerek süreler gerekse giderlerden sorumluluk İsviçre'nin eski hükümleri gibidir (İİK m. 156, IV ve m. 160).

b. Ticaret Mahkemesinin Kararı

aa. İflâs Talebinin Reddi ve İflâsın Ertelenmesi

Kural olarak mahkeme, taraflar bulunmasa bile iflâs talebi üzerine derhal karar verir (İsvİİK m. 171). İsvİİK m. 172, 173 ve 173a'daki durumların

⁹⁰ Sprecher/Jetzer s. 35; Amonn/Gasser s. 272.

⁹¹ Jaeger Band II s. 26; Siegen/Buschor s. 109; Sprecher/Jetzer s. 36.

⁹² Siegen/Buschor s. 110.

dışında hâkim iflâsa karar verir. Sözüünü ettiğimiz maddelerden ilk ikisi Türk İİK'nda bulunmamaktadır; 173a maddesi ise değişiklikle İsviçre Hukuku'na girmiştir. İsvİİK m. 172, mahkemenin iflâs istemini reddetmesini; İsvİİK m. 173 ve 173a ise iflâsın, takibin ertelenmesi veya iptali (butlanı) nedenleri ile ya da talep üzerine veya kendiliğinden konkordatoya karar verilmesi nedenlerine dayalı olarak ertelenmesini düzenlemektedir.

Ticaret mahkemesi aşağıdaki durumlarda *iflâs talebini reddeder* (İsvİİK m. 172):

- Tetkik mercii iflâs ödeme emrini iptal etmişse,
- Borçlunun alacaklının değişmesi nedeni ile gecikmiş itiraz istemi kabul edilmiş (İsvİİK m. 77) veya bir süre bakımından eski hale getirme⁹³ söz konusu olmuşsa (İsvİİK m. 33, IV),
- Borçlu, borcun faiz ve giderleri ile birlikte ödenmiş olduğunu veya alacaklının kendisine süre vermiş olduğunu senetle ispat ederse⁹⁴.

Aşağıdaki durumlarda mahkeme *erteleme* kararı verir⁹⁵:

- Tetkik mercii tarafından şikâyet üzerine veya hâkim tarafından İsvİİK m. 85 ve 85a'ya göre takibin ertelenmesine karar verilmişse,
- Mahkeme, kendiliğinden takibin önceki aşamalarında batıl (İsvİİK m. 22, I) tasarrufların varlığını fark ederse iflâs kararını her durumda erteler ve durumu tetkik merciine havale eder.

Şu hallerde de iflâs kararını ertelemek *hâkimin takdirindedir*:

- Borçlu veya alacaklı konkordato (İsvİİK m. 293 vd.) veya olağanüstü durum nedeniyle erteleme (süre) istemişse (İsvİİK m. 337vd.),
- Konkordato için gerekli koşullar oluşmuşsa hâkim *kendiliğinden de* iflâs kararını erteleyebilir ve dosyayı konkordatoya karar verecek hâkime gönderir (İsvİİK m. 173a).

Bu hüküm esaslı bir değişiklik getirmekte, *konkordatonun resen (kendiliğinden) de açılabilmesine* olanak tanımaktadır⁹⁶. Burada *iflâsın*

⁹³ Takip hukukunda eski hale getirme yoluna gidilebilmesine ilişkin olarak bkz. yuk. II, 2.

⁹⁴ Jaeger **Band II** s. 42-45.

⁹⁵ Sprecher/Jetzer s. 36.

açılmasından önce iyileştirme yolunda tedbirlerin alınabilmesi mümkün ise iflâsın engellenmesi amaçlanmıştır. Hâkim burada başarılı olma şansı yüksek iyileştirmeler ile başarısız olacağı belli olan iyileştirme tedbirlerini ve durumlarını iyi değerlendirmelidir. Hâkim, politik olmaktan uzak ve tamamen hukukî ve ekonomik ölçütlere göre bağımsız olarak karar vermelidir⁹⁷.

bb. İflâs Kararına Karşı Kanun Yollarına Başvuru

BGE 102 Ia 153 ile Federal Mahkeme, İsvİİK m. 174'e göre istinaf yolunda, karardan sonra ortaya çıkan yeni olguların ileri sürülmesinin sınırlandırılması veya engellenmesi konusunda kantonların karar verme yetkisine sahip olduğunu kabul etmişti⁹⁸. İstinaf mahkemesi, iflâs kararının verilmesinden sonra ortaya çıkan olguları (örneğin, ödeme, iflâs talebinin geri alınması gibi) objektif ölçülere bağlayarak ve eşit işlem ilkesine uyarak karara bağlamak zorundadır. Bir kantonun sonradan ortaya çıkan olguları kabul etmesi, diğerinin geri çevirmesi gibi uygulamalar memnuniyetsizliğe yol açmakta idi. Bu nedenle sorun, federal düzeyde ele alınmıştır. İsvİİK m. 174'e göre taraflar kanun yolunda *yeni olguları* ileri sürebileceklerdir; ancak bunun için yeni olguların ilk derece mahkemesinin kararından önce ortaya çıkmış olması gerekir. Yani bu olgular, esasen karardan önce mevcut olan, ancak herhangi bir sebeple ileri sürülmemiş olanlardır⁹⁹. Yeni olmayan (kararın verildiği anda da mevcut olan) olgular, yüksek mahkeme önünde hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın ileri sürülebilir.

İsvİİK m. 174, II ilk derece mahkemesinin kararı verdiği zaman *mevcut olmayan yeni olguların* yüksek mahkemece kabulüne olanak tanımaktadır.

Buna karşılık, yüksek mahkeme, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu iflâsın açılması kararını aşağıda sayılan sınırlı hallerde kaldırabilir¹⁰⁰. Burada

⁹⁶ Siegen/Buschor s. 112.

⁹⁷ Jaeger Band II s. 51.

⁹⁸ Şimdiye kadar gerçek ve gerçek olmayan olgular, kantondan kantona farklı değerlendirilmiştir: Gerçek olgulardan anlaşılan, ilk derece mahkemesi iflâs kararı verirken var olmayan, sonradan ortaya çıkan olgulardır. Gerçek olmayan olgular ise, bu zamana kadar aslında var olan, ancak herhangi bir nedenle kararın verilmesi esnasında dikkate alınmayan olgulardır (Sprecher/Jetzer s. 37).

⁹⁹ Amonn/Gasser s. 293.

¹⁰⁰ Sprecher/Jetzer s. 37.

yeni (karardan sonra doğan) olguların ileri sürülebilmesi belli koşullarla ve sınırlı olarak kabul edilmiştir¹⁰¹. Bunun için borçlunun, kanun yoluna başvurduğunda ödeme gücünün varlığını inandırıcı bir şekilde göstermesi ve aşağıdaki durumları belge ile ispat etmesi gerekir:

- Borç, faizler ve masraflar da dahil olmak üzere ödenmiş olmalı veya
- Bütün borç tutarı yüksek mahkemede alacaklıya tevdi edilmiş olmalı
• veya
- Alacaklı iflâs takibinden feragat etmiş olmalıdır.

İsviİK m. 174, III yüksek mahkemeyi İsviİK m. 170 anlamında tedbirler almakla yükümlü kılmıştır. Buna göre, yüksek mahkeme eğer karara erteleyici etki sağlayacaksa -yani iflâs kararının temyizi, iflâsın hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesine engel olacaksa¹⁰²- alacaklıları koruyucu ihtiyati tedbirleri almalıdır¹⁰³. Burada tedbir alma konusunda mahkemenin takdiri ortadan kaldırılmıştır. Kararın temyizi iflâsı durduracak ise, bu etki taraflara, mahkemeye ve iflâs dairesine derhal bildirilmelidir. Böylece iflâsın ilanı ve İsviİK m. 221 vd. gereği alınacak tedbirlerin engellenmesi mümkün olacaktır. Tedbirler alınmış ise yüksek mahkeme, bunları alacaklıların korunmasına uygun bir hale getirecektir. Eğer iflâs kararı ilan edilmişse ilanın ortadan kaldırılması söz konusu olmaz. O nedenle iflâsın açılması ilanın -şüpheli durumlarda- kanun yoluna başvurma süresinin sonunda yapılması uygun olur (krş. İsviİK m. 232)¹⁰⁴.

İflâsın ertelenmesi (icranın geri bırakılması) halinde iflâs memurlarının uygulayacağı tedbirlere de açıklık kazandırılması gerekir. Hâkim karar verirse, iflâs müdürü örneğin envanter yapar (defter tutar) fakat bunları ilan edemez ve işletmeyi kapatamaz¹⁰⁵.

¹⁰¹ Jaeger Band II s. 58; Amonn/Gasser s. 293-294.

¹⁰² İsviçre Hukuku'nda kural olarak iflâs kararının temyizi icrayı durdurmaz; ancak istisnaen yüksek mahkeme icranın durdurulmasına karar verebilir (Amonn/Gasser s. 293).

¹⁰³ Sprecher/Jetzer s. 38; Siegen/Buschor s. 113.

¹⁰⁴ Jaeger Band II s. 174.

¹⁰⁵ Sprecher/Jetzer s. 38.

Türk Hukuku'na göre iflâs kararının temyizi icrayı durdurmaz; iflâs kararı ilan edilir ve masa oluşturulur (İİK m. 164, II)¹⁰⁶. Öte yandan 1988 yılında 3494 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu iflâs kararı verildikten sonra feragat mümkün değildir (İİK m. 165, II). Ayrıca iflâstan sonra müflisin iflâs davasını açmış alacaklının tüm alacak, giderler ve faizi ödemesi dahi iflâsı önlemez. İflâs kararı inşâî niteliktedir. O nedenle iflâsın açılmasından bütün alacaklılar etkilenir. Ancak iflâsın kaldırılması nedenleri var ise (İİK m. 182) iflâs bütün alacaklılar için etkili olmak üzere, borçlu bakımından da bütün sonuçları ile kalker¹⁰⁷.

2. Kambiyo Senetlerine Özgü Takip

Kambiyo senetlerine özgü takip “hızlı iflâs” olarak da nitelendirilmektedir. Ödeme ve itiraz sürelerinin kısaltılmış olması, tatillerde dahi bu takibin yapılabilmesi, bu takipte itirazın zorlaştırılması, bazı hallerde ödeme emri gönderilmemesi ve ikinci bir kanun yolunun olmaması bu nitelemenin nedenleridir¹⁰⁸.

Kambiyo senetlerine özgü takipte itiraz gerekçeli olmalıdır (İsvİİK m. 179, I). Zamanında yapılmış, ancak gerekçesi olmayan bir itiraz hemen bu nedenle reddedilemez. İtirazın kabulüne ilişkin duruşmalarda borçluya eksik olan gerekçeyi tamamlamak veya gerekçede ileri sürülen nedenleri açıklığa kavuşturmak veya başka bir gerekçe ileri sürmek olanağı tanınır (İsvİİK m. 179, II). Bu nedenle itirazın yapıldığı anda gerekçeli olması esası (İsvİİK m. 182 ile bağlantılı olarak 179, I), tamamlayıcı bir kuraldır. İtiraz süresi kaçırılırsa eski hale getirme yolu kapalıdır. Bu durum İsvİİK m. 179, III'te açıkça yer almıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁶ “...Yargıtay Özel Dairesi, iflâs hükmünün temyizi üzerine icranın tehiri kararı dahi veremez. Yetine getirme bakımından, iflâs hükmünün temyizi sonucunu beklemeye gerek yoktur” (HGK 6.4.1983, E. 1983/12-963, K. 1983/335, YKD 1984/6, s. 829-834).

¹⁰⁷ Timuçin Muşul, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, II İflâs Hukuku, İstanbul 2002, s. 72; Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 38.

¹⁰⁸ Amonn/Gasser s. 294-295.

¹⁰⁹ Amonn/Gasser s. 297.

İsviİK m. 179, II yeni olarak borçlunun itirazında bildirdiği gerekçeden dolayı İsviİK m. 182'ye göre geçerli def'ilerinden (itiraz) feragat etmediğini açıklığa kavuşturmuştur¹¹⁰.

Mahkemenin itirazı kabul edeceği haller ise şunlardır:

- Kambiyo senedi borçlusunu BK -OR- 1007'ye göre geçerli bir def'i ileri sürerse,
- İtiraz içerik olarak inandırıcı görünürse,
- Borçlu borç tutarını nakden veya kıymetli evrak olarak tevdi ederse (İsviİK m. 182/4)¹¹¹.

Şimdiye kadar mahkeme, iflâs isteminden itibaren üç gün içerisinde iflâsın açılması kararını vermek zorunda idi. Bu süre uygulamada çok kısa bulunduğu için 10 güne çıkarılmıştır (İsviİK m. 189, I).

Eski Kanuna göre mahkeme, tarafları dinlemeden de iflâs kararı verebiliyordu. Şimdi ise mahkeme duruşmayı taraflara bildirmek zorundadır. Mahkeme bu görevi yerine getirmiş ise, tarafların yokluğunda da iflâs kararı verebilecektir¹¹².

Türk Hukuku'nda kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluna başvurmak için alacaklının elinde kambiyo senedinin aslı veya çekler bakımından getirilen istisna çerçevesinde kısmî ödeme durumunda çekin fotokopisi¹¹³ bulunmalıdır; bu yolda itiraz süresi genel iflâs yolunda olduğundan daha kısadır (7 gün yerine 5 gün); bu yolda hem itiraz hem şikâyet icra dairesine yapılır (İİK m. 171-176b). Bu hususlar dışında esasen genel iflâs yolu ile kambiyo senetlerine özgü iflâs yolu arasında önemli farklılıklar bulunmamaktadır¹¹⁴.

3. Ödeme Güçlüğü/Aciz-Insolvenz Hali Nedeniyle Borçlunun Talebiyle Doğrudan Doğruya İflâs

Şimdiye kadar borçlu, ödeme güçlüğü içinde olduğunu mahkemeye açıklayarak kendi iflâsını isteyebilmekte idi (eski İsviİK m. 191). Bu kural,

¹¹⁰ Jaeger Band II s. 77; Sprecher/Jetzer s. 38.

¹¹¹ Amonn/Gasser s. 298-299.

¹¹² Amonn/Gasser s. 302.

¹¹³ Bkz. yuk. dph. 47.

¹¹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 527-528.

bir iflâs takibine maruz kalmayan borçlunun beyanı -açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek haller saklı kalmak üzere- ve hâkimin kararı ile iflâsın açılmasına neden olmakta idi. Yeni Kanun, bu düzenlemeyi korumakta; ancak borçlunun ödeme güçlüğü içinde olmasını artık tek başına iflâsın açılması nedeni saymayıp, sadece *iflâsın açılmasını talep etme yetkisi* verdiğini kabul etmektedir. Borçlunun aciz halinde bulunduğunu belirtmesi yeterli olmayıp finansal (mali) ilişkilerini, hâkime ibraz ve ispat etmek zorundadır¹¹⁵. Bu maddenin yeniden kaleme alınması ile *borçların yeniden yapılandırılması* veya düzenlenmesinde *borçluya bir olanak* tanındığı kabul edilmektedir¹¹⁶.

İsvİİK m. 191, değişiklikte en fazla tartışılan madde olmuştur. Amaç, doğrudan doğruya iflâsın zorlaştırılması idi. Ancak her durumda iflâs kararını verme yetkisi hâkimdedir. Yeni İsvİİK m. 191, II'ye göre, hâkim eğer İsvİİK m. 333 vd. anlamında *özel (uzlaşmaya dayalı) borçtan kurtulma anlaşması (Einvernehmliche private Schuldenbereinigung) olasılığı yoksa iflâsa karar verir*¹¹⁷. Parlamentodaki görüşmelerde eklenen bu fıkra ile borçlunun kendi beyanı ile iflâsın açılmasının, borçların yeniden yapılandırılması konusunda sunulan son çare ve olanak olduğu açıkça vurgulanmıştır¹¹⁸. Hâkim, bir hakkın kötüye kullanılması olasılığını görürse iflâsının açılması konusundaki talebi reddetmeye yetkilidir. Aslında hâkim bu yetkiye eskiden de sahipti; ancak bu değişiklik, kanun koyucunun amacını daha iyi ifade edebilmesi bakımından bir vurgu niteliğinde olmuştur.

Borçlunun bu yolda talepte bulunabilmesi için ticaret sicilinde kayıtlı olması gerekmez; borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığının da ispatı aranmaz. Ancak borçlunun fiil ehliyeti bulunmalıdır¹¹⁹.

Bu madde hükmünün önemi, İsviçre Hukuku'nda iflâsa tâbi olmayan bir borçlunun dahi mahkemeye başvurarak doğrudan doğruya kendi iflâsını isteyebilmesinde ve bunu önlemek için de mümkün ise öncelikle hâkimin

¹¹⁵ Amonn/Gasser s. 306.

¹¹⁶ Jaeger Band II s. 118.

¹¹⁷ Siegen/Buschor s. 120-121; Sprecher/Jetzer s. 39.

¹¹⁸ Jaeger Band II s. 118.

¹¹⁹ Jaeger Band II s. 118-119.

borçtan kurtulma anlaşması şansının bulunup bulunmadığına karar verebilmesindedir¹²⁰.

Türk Hukuku'nda da borçlunun aciz halinde bulunduğunu bildirerek kendi iflâsını istemesi mümkündür (İİK m. 178). Ancak İsviçre Hukuku'ndaki eski düzenlemeden farklı olarak Kanuna 3222 sayılı Kanun ile 1985 yılında bir hüküm eklenmiştir¹²¹. Kötüniyetli iflâs istemlerinden sakınmak için Kanun, bir anlamda haklılığını ispat veya aciz halini ispat amacıyla, borçluya bu talebine bütün alacaklılarının isim ve adreslerini ve aktif ve pasiflerini gösteren bir mal beyanı ibraz etme zorunluluğunu getirmiştir¹²².

4. İflâsın Kaldırılması

İsviçre m. 195, I iflâsın kaldırılması nedenlerini genişletmiştir. Ticaret mahkemesi, aşağıdaki koşullardan birinin varlığı halinde iflâsı kaldırır ve borçluya malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini verir:

- Bütün alacakların itfa edildiği belgelenirse,
- Her alacaklı, iflâs talebini geri aldığına dair yazılı bir beyanda bulunmuşsa,
- Bir konkordato yapılmışsa.

Burada yeni olan birinci benttir. Borçlu, talep edilen bütün alacakları öderse iflâsın kaldırılmasını ister. Borçlu inkâr ettiği (kabul etmediği) alacakları da öderse istirdat davası yoluna başvurabilir¹²³.

Türk Hukuku'nda ise bütün alacakların itfa olunması nedeni ile iflâsın kaldırılması zaten mümkündür (İİK m. 182, I).

¹²⁰ İflâsa tâbi olmayan kişiler iki istisnâî durumda iflâs ile karşılaşabilirler. Bunlardan ilki, borçlunun ödeme güçlüğü içinde (insolvenz) olduğunu açıklayarak bizzat kendisinin mahkemeye başvurması hali (İsviçre m. 191); ikincisi ise alacaklının yine iflâsa tâbi olmayan bir borçlusunun taahhütlerini yerine getirmemek için kaçmış olması veya ikametgâhının belli olmaması ya da alacaklı zararına işlemler yapmış veya buna teşebbüs etmiş olması (İsviçre m. 190/1) veya kabul edilmiş konkordatonun feshedilmiş olmasıdır [(İsviçre m. 190/3 ve m. 309, 313); Amonn/Gasser s. 66, 306].

¹²¹ Üstündağ-İflâs s. 49-50.

¹²² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 539; Hakan Pekcantez, Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991, s. 27-31.

¹²³ Sprecher/Jetzer s. 40; Jaeger Band II s. 136; Siegen/Buschor s. 123.

5. İflâsın Sonuçları

İflâsın sonuçları bakımından bir dizi yeni düzenleme mevcuttur:

- İflâsta imtiyazların durumu (İsvİİK m. 219, IV),
- İflâsın açılmasından önce başlatılan takiplerin, tasfiyenin tatili üzerine (masaya ait mal bulunamaması nedeni ile) tekrar canlanması (İsvİİK m. 230, IV),
- Mirasın reddi üzerine terekenin tasfiyesinde ve tüzel kişilerde tasfiyenin tatilinin yasal sonuçları (İsvİİK m. 230a),
- Basit tasfiye usulünün alanının genişletilmesi (İsvİİK m. 231, I),
- Alacaklılar kararlarının yasal düzenlemesi (İsvİİK m. 255a),
- Borçlunun yeni mal (malvarlığı) edinmediği biçimindeki itirazının hâkim tarafından kabulü (İsvİİK m. 265a),
- Borçlunun yeni mal edinmediği gerekçesiyle takibe karşı koyması halinde borçlunun talebi üzerine iflâsın açılmasının önlenmesi (İsvİİK m. 265b).

a. İflâsın Borçlunun Malvarlığı Üzerinde Etkileri

aa. İflâs Masası

Şimdiye kadar olduğu gibi iflâsın açılması anında borçluya ait olan haczedilebilen bütün mallar, nerede olursa olsun tek bir iflâs masası teşkil eder (İsvİİK m. 197, I). İsvİİK m. 199, II borçlunun icra dairesinde bulunan parasının ne zaman ve ne ölçüde haciz alacaklılarına dağıtılacağını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, haczedilmiş para, icra dairesine ulaşmış alacak ve ücret hacizleri veya paraya çevrilmiş mal bedelleri İsvİİK m. 144-150'ye göre dağıtılır; ancak bunun için de hacze katılma (iştirak) süresinin (İsvİİK m. 110-111) geçmiş olması gerekir. Söz konusu yeni fıkra, Federal Mahkeme içtihatlarının (BGE 79 III 100) yasal ifadesidir¹²⁴.

bb. Müflise Karşı Takipler

İflâsın açılması ile birlikte müflise karşı başlamış takipler durur. İflâs sırasında borçluya karşı yeni takip başlatma yasağı (İsvİİK m. 206, I), iflâsın

¹²⁴ Siegen/Buschor s. 125.

açılmasından önce doğmuş alacaklar içindir. 206. maddenin birinci fıkrasına açıklık getirilerek yeni takip yapma yasağının iflâsın açılmasından önce doğmuş alacaklar için olduğu vurgulanmıştır¹²⁵.

İflâsın açılmasından sonra doğan alacaklar için ise sadece haciz veya rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılabilir (İsvİİK m. 206, II); iflâs içinde iflâs yoktur. Bu kuralla Federal Mahkeme'nin şimdiki kadarki içtihadı (BGE 93 III 57) Kanuna alınmıştır¹²⁶. Bu nedenle borçlu da iflâs içerisinde ödeme güçlüğü içinde bulunduğu gerekçesi ile (İsvİİK m. 206, III), iflâstan sonra doğan borçlar için de olsa yeni bir iflâsın açılmasını isteyemez.

Türk Hukuku'nda da küllî takibin yanında cüzi takibin kural olarak devam edemeyeceği; yani iflâsın açılması ile borçluya karşı yeni takip başlatılamayacağı ilkesi vardır (İİK m. 193, I). Aynı şekilde bu kuralın yalnızca iflâsın açılmasından önce doğan borçlar için geçerli olduğu, buna karşılık iflâstan sonra doğan borçlar için haciz yolu ile takibin yapılabileceği kabul edilmektedir¹²⁷.

cc. İdarî ve Medenî Yargıya Dahil Davaların Durması

İflâs masasının mevcudiyetini ilgilendiren ve borçlunun taraf olduğu hukuk davaları ivedi haller dışında durur (İsvİİK m. 207). Söz konusu davalara en erken, adî tasfiyede ikinci alacaklılar toplanmasından 10 gün; basit tasfiyede sıra cetvelinin asılmasından 20 gün sonra devam edilebilir. Aynı koşullarda idarî davalar da ertelenir. Ancak bu sonuç, emredici bir kurala dayanmaz. Yetkili merci, somut olay bazında böyle bir durmanın gerekli olup olmadığına karar verir¹²⁸.

Türk Hukuku'nda duracak davalar sadece İİK m. 194'de sayılanlar olup, idarî davaların durması söz konusu değildir¹²⁹.

¹²⁵ Sprecher/Jetzer s. 41-42; Jaeger Band II s. 208; Siegen/Buschor s. 128.

¹²⁶ Siegen/Buschor s. 128.

¹²⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 564.

¹²⁸ Jaeger Band II s. 215-216; Siegen/Buschor s. 129.

¹²⁹ Üstündağ-İflâs s. 80.

b. İflâsın Açılmasının Alacaklıların Haklarına Etkisi

aa. Alacaklıların Paraya Çevrilmesi

Konusu para olmayan alacaklar, şimdiye kadar olduğu gibi paraya çevrilmektedir (İsvİİK m. 211, I). İflâs idaresi, iflâsın açılması anında kısmen veya hiç ifa edilmemiş sözleşmelerde ifayı borçlu yerine yapabilir. Âkit taraf, ifanın teminat altına alınmasını da talep edebilir (İsvİİK m. 211, II).

İflâs idaresinin tamamen veya kısmen ifa edilmemiş sözleşmeye taraf olma (katılma ve ifa etme) yetkisi, iflâsın açılması anında edimin değerinin piyasa veya borsa nedeniyle belirlendiği, finans, swap ve opsiyon işlemlerinde yoktur¹³⁰. Ancak iflâs idaresi, âkit taraf ile akdedilen edimin değeri ile iflâsın açılması anında edimin piyasa değeri arasındaki farkın ileri sürülmesini kararlaştırabilir (İsvİİK m. 211, II bis).

Türk Hukuku'nda da iflâs idaresinin aynen ifaya (İİK m. 198, c. 2) karar vermesi ve masanın sözleşmeye katılması mümkündür¹³¹.

bb. Takas

Şimdiye kadar kabul edildiği gibi, müflisin borçlusu iflâs açıldıktan hemen sonra müflisin alacaklısı olmuşa, burada takas mümkün değildir (İsvİİK m. 213, II/1). Yeni düzenleme bu yasağa iki istisna getirmiştir:

- Üçüncü kişi, üzerinde mülkiyet veya sınırlı bir aynî hak olan mala karşılık ödeme yaparak -müflisin borcunu ödeyerek- malı rehinden kurtarırsa bu alacak için takas hakkını kullanabilir. Bu da İsvBK -OR- m. 110/1'e uygundur.
- Borçlu, iflâsın açılmasından önceki bir edimi ifa etmişse Federal Mahkeme'nin uzun süredir uyguladığı içtihat gereğince takas mümkündür (BGE 107 III 139)¹³².

Borç, iflâsın açılmasından önce doğmuş ise takas mümkündür. Borcun iflâsın açılmasından önce doğmuş olması belirleyicidir; ancak alacağın muacceliyeti veya hangi ölçüde ve nasıl kesin olarak tespit edileceği ayrı bir

¹³⁰ Sprecher/Jetzer s. 42.

¹³¹ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 556-557.

¹³² Siegen/Buschor s. 133; Jaeger Band II s. 260 vd.

konudur. Bu istisnâ düzenleme, özellikle aval veren (İsvBK -OR -1022 vd.), kefalet (İsvBK -OR- 492 vd.) ve garanti için geçerlidir.

İsvİK m. 213, IV Borçlar Kanunu'na uygun hale getirilmiştir. İflâsta komandit şirket, kollektif şirket, anonim şirket veya kooperatiflerde konulan pay veya şirket sermayesi ya da statülerine göre kooperatiflere ödenmesi gereken katkı payı takas edilemez¹³³.

cc. Alacaklıların Sırası

İflâs, ilke olarak alacaklılar arasında eşitliği öngörür. Borçlunun malvarlığı tamamen tasfiye edilir ve bu yolla alacaklıların hepsi eşit oranda ve aynı anda tatmin edilmeye çalışılır. Bazı alacaklıların öncelikli tatmin edilmesi bu nedenle bir istisna olmalıdır. Kanun koyucu bazı alacaklıları tercih ederken bazılarının haklarını kısıtlamaktadır. Zamanla iflâs ayrıcalıkları önü alınamaz bir biçimde artmıştır¹³⁴.

Tarihsel olarak var olan altı imtiyazlı grup, 25'ten az olmayan kategorilere bölünmüştür. Bu da diğer menfaat gruplarını aynı yola talepte bulunmaya güçlü bir şekilde itmekte idi.

Değişiklik, bu imtiyazlara karşı tavır almıştır. Şimdiye kadar altı olan ayrıcalıklı sınıf üçe indirilmiştir (İsvİK m. 219):

- *Birinci Sıra*: İflâsın açılmasından 6 ay önce doğan işçi alacakları ve iflâs nedeniyle süresinden önce iş akdinin sona ermesi nedeniyle doğan tazminat ve alacaklar; yine iflâsın açılmasından önceki 6 ay içinde doğmuş ve nakden ödenmesi gerekli aile hukukundan kaynaklanan nafaka alacakları; öte yandan Federal Kanuna göre sigortalının kaza sigortasından, çalışanların zorunlu olmayan mesleki sigortadan veya bağlı olduğu işveren nezdinde kurulmuş yardım sandıklarından olan alacakları;
- *İkinci Sıra*: Velayet hakkının ve aynı zamanda malvarlığının yönetiminin müflise bırakılmış olması nedeniyle çocuğun bu ilişkiden doğan alacakları. Burada iflâsın yönetim sırasında veya yönetimin bitmesinden bir yıl sonra açılmış olması koşulu vardır.

¹³³ Sprecher/Jetzer s. 43.

¹³⁴ Sprecher/Jetzer s. 43.

Bunlar dışında kalan bütün alacaklar, imtiyazsız olan *Üçüncü Sırayı* oluşturur.

Ancak burada da bir istisna vardır: Bankaların ayrıcalığı hakkındaki hüküm, İsvİİK'dan kaldırılmış; fakat 8.11.1934 tarihli Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkındaki Kanun'a 37a maddesi olarak eklenmiştir. Bu istisna dışında başka kanunlarda yer alan bir düzenleme yoktur. İcra-İflâs Kanunu'ndan ayrıcalıkların kaldırılması, buna karşılık başka kanunlarda bunların yaşatılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Her yıl açılan 3000'den fazla iflâsın bankaları etkilemediği ve bankaların iflâsının özel hükümlerle Bankalar Kanunu'nda düzenlendiği, bunun da özel kanun (*lex specialis*) olarak istisnanın gerekçesini oluşturduğu ifade edilmektedir.

Bankalar Kanunu'nun yeni 37a maddesi ile küçük tasarruf sahiplerinin alacakları ikinci ve üçüncü sıra arasında özel bir yer almaktadır. Bir bankanın iflâsında aşağıdaki alacaklılar karşı karşıya bulunmaktadır:

- Bankanın çalışanlarının alacağı (birinci sıra),
- Tasarruf sahipleri (araya alınmış ikinci sıra),
- Diğer alacaklılar.

İsviçre Bankalar Birliği'nin VIII numaralı 1.5.1984 tarihli "Bankanın Tasfiyesi Halinde Tasarruf ve Aylık Maaş Hesaplarından Ödeme Yapılması" hakkındaki Konvansiyonuna göre aylık maaş ve tasarruf hesapları 30.000 Franka kadar avans olarak güvence altına alınmıştır¹³⁵. Söz konusu avans ödemesi, tasarruf sahiplerinin alacaklarını bankaya veya İsviçre Bankalar Birliğine temlik etmek suretiyle olur. Bu da iflâsta imtiyaz dahil olmak üzere bütün ferî hakların da temellük edene geçmesi anlamına gelir. Bu nedenle her alacaklı için bu ayrıcalık (imtiyaz) miktarı 30.000 Frank ile sınırlanmıştır (BankG m. 37a¹³⁶).

Her ay düzenli olarak kazancını veya gelirini bankadaki hesabından alan her alacaklı (işçiler, emekliler, nafaka alacaklıları) ve yine aynı şekilde

¹³⁵ Sprecher/Jetzer s. 44; Jaeger Band II s. 318-319; Siegen/Buschor s. 137.

¹³⁶ BankG m. 37a: "Malvarlığının devri (mevcudun terki) suretiyle konkordatoda veya iflâsta alacaklıların alacakları aşağıdaki özel hükümler dışında İsvİİK m. 219'a tâbidir. Aşağıdaki alacaklar en fazla 30.000 Franka kadar ikinci ve üçüncü sıra arasında özel bir sıra oluşturur".

tasarruf ve yatırım hesabı olan alacaklılar da imtiyazlı kabul edilmiştir (BankG m. 37a, II).

İsvİİK m. 219, V imtiyazlı alacakları en fazla 6 ay süre ile garanti altına almayı amaçlamıştır. Bu nedenle birinci ve ikinci sıradaki alacaklılar için öngörülen sürenin hesabında, tekaddüm eden (önceki tarihli) konkordato süresi, iflâsın ertelenmesi (İsvBK -OR- m. 725, 764, 817, 903) veya bir alacak hakkındaki dava süresi hesaba katılmaz. Aynı şekilde mirasın iflâs hükümlerine göre tasfiyesinde de ölüm günü ve iflâsın açılması arasındaki süre, hesaba katılmaz. Kanun bu yeni düzenleme ile birinci ve ikinci sırada ayrıcalıklı kabul edilen alacaklılar için öngörülen süreleri en iyi şekilde garanti altına almayı amaçlamıştır¹³⁷.

Türk Hukuku'nda ise eski İsviçre düzenlemesine uygun olarak altı grup imtiyazlı alacaklı olduğuna dikkat çekmek gerekir (İİK m. 206). Öte yandan özel kanunlarla da imtiyazlı alacaklılar oluşturulmaktadır (örneğin, Bankalar Kanunu m. 10/2c; Avukatlık Kanunu m. 166, II).

6. İflâs Davası

a. Masanın Tespiti ve Usulün Belirlenmesi

aa. Bilgi Verme ve İade Yükümlülüğü

Müflis, malvarlığı hakkında iflâs dairesine bilgi vermek ve malvarlığını tasarrufa hazır bulundurmak zorundadır. Müflisin bunu yapmaması cezaî yaptırımları gerektirir. Müflisin ölmesi veya kaçmış olması halinde aynı yükümlülük ve yaptırım birlikte yaşadığı ev halkı için geçerlidir (İsvİİK m. 222, I-II). İflâs memurlarının istemi üzerine müflis veya birlikte yaşadığı kişiler, kapalı yerleri açmak ve istenilen bilgileri vermek zorundadırlar. İsvİİK m. 222, III'ün bu düzenlemesi yeni olup İsvİİK m. 91, III'ün iflâsa taşınmış biçimidir.

Federal Mahkeme'nin iflâs davasında üçüncü kişiler için uzun zamandan beri belirlemiş olduğu ilkelerden birisi daha Kanuna geçmiştir. Böylece İsvİİK m. 222, IV'e göre borçlunun mallarından birini elinde bulunduran veya bunlarda hak sahibi olan üçüncü kişi, borçlu gibi bilgi verme ve şeyi iade etme yükümlülüğüne tâbidir. İsvİİK m. 222, IV'de İsvİİK m. 91, V'de olduğu

¹³⁷ Sprecher/Jetzer s. 45; Siegen/Buschor s. 137.

gibi iflâsta da kurumlara, özellikle vergi dairelerine, resmî makamlara bir bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Burada dikkati çeken husus, üçüncü kişilerin ve kurumların cezaî yaptırımlarla (StGB m. 324/5) karşılaşma tehlikesidir; iflâs dairesi ilgilileri bu konuda uyarmak ve bilgilendirmek zorundadır¹³⁸.

Türk Hukuku'nda ise İsvİİK m. 222'ye karşılık gelen 209. madde daha geniş yoruma uygundur. Zira İsviçre İİK, müflisin ölmesi veya kaçmış olması halini düzenlerken, Türk İİK müflisin hazır bulundurulamaması durumundan söz etmektedir. Öte yandan üçüncü kişiler bakımından getirilen yükümlülük de İİK m. 367'de genel olarak düzenlenmiştir.

bb. Müflisin Geçimi ve Müflisle İşbirliği

Hacizde olduğu gibi iflâsta da iflâs idaresi, müflise yükümlülüklerini ve bunların ihlâli halinde cezaî sonuçlarını açıkça bildirmelidir (İsvİİK m. 229, I).

İflâs idaresi, yeni olarak, müflisin ailesi ile birlikte evinde sadece ne kadar süre kalabileceğini değil, aynı zamanda bunun koşullarını da düzenleme yetkisine sahiptir. İsvİİK m. 229, III borçlunun herhangi bir karşılık ödemeksizin bir evde kalmayı talep etme hakkına sahip olmadığını açıkça belirtmiştir. İflâs idaresi, müflisten kira için faiz isteyebilir. Taşınmazların Cebrî İcra Yolu ile Paraya Çevrilmesi Hakkındaki Tüzüğü'nün 19. maddesine göre, borçlunun taşınmazın paraya çevrilmesine kadar ne taşınmazda oturması dolayısıyla ne de tahliyesi için para ödemesi gerekir. Ancak bu kural, iflâsta geçerli değildir¹³⁹.

cc. Masa Malının Olmaması Nedeniyle Tasfiyenin Tatili ve Takiplerin Yeniden Canlanması

Masa mallarının, basit tasfiye giderlerini karşılamayacak miktarda olduğu anlaşılıyorsa, ticaret mahkemesi iflâs dairesinin talebi üzerine tasfiyenin tatiline karar verir (İsvİİK m. 230, I). Yeniden kaleme alınan şekliyle maddede iflâs dairesinin masa mallarının yetersizliği durumunda ticaret mahkemesine başvurması zorunluluğu açıkça ifade edilmiştir. İsvİİK m. 230, II'de de belirtildiği üzere tasfiye giderleri için ilk planda masa malvarlığı sorumludur.

¹³⁸ Jaeger Band II s. 332-333; Siegen/Buschor s. 140.

¹³⁹ Sprecher/Jetzer s. 46.

İsviçre m. 230, IV'e göre tasfiyenin tatilinin kesinleşmesi üzerine, *iflâsın açılmasından önce başlatılan takipler yeniden canlanır*. İflâsın açılması ile tasfiyenin tatili arasındaki süre, -Kanunun öngördüğü bütün süreler¹⁴⁰ bakımından- hesaba katılmaz. Bu düzenlemenin amacı, daha önceki bir tarihte masraf yapmış ve bir takibe başlamış olan alacaklıların haklarını gerçekleştirmektir. Hüküm ile borçlunun aciz halinde olduğunu beyan ederek iflâsını istemesindeki en önemli gerekçe ortadan kalkmaktadır.

7.6.1937 tarihli Ticaret Sicili Tüzüğü'nde (HRegV) 1.1.1990'da yürürlüğe giren değişiklikle alacaklılar için bir kolaylık sağlanmıştır: İflâs tasfiyesi tatil edilen şirket, tasfiyenin tatilinin ilanından üç ay sonra kendiliğinden sicilden silinir. Bu terkinde karşı, söz konusu süre içinde şirketin temsilcisi yanında üçüncü kişilere (alacaklılara) de itiraz hakkı tanınmıştır. Ancak bu kişiler, sadece işletmenin devamı için bu talepte bulunabilirler; yoksa şirketin yeniden tescilini talep edemezler (HRegV m. 66, II)¹⁴¹.

Türk Hukuku'nda bir görüş, yeni Kanundan önceki biçimiyle İsviçre Hukuku'na paralel olarak tasfiyenin tatili halinde daha önce başlamış ve iflâsla duran takiplerin canlanmayacağı; çünkü tasfiyenin tatili ile iflâsın açılmış olduğu vakiasının ortadan kalkmadığını ifade etmektedir¹⁴². Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, burada iflâsın kapanmasının normal bir kapanma olmadığını belirtmektedir. Takiplerin durması veya düşmesinin nedeni, iflâsta alacaklıların eşit bir biçimde tatmin edilmesidir. İflâs kapandıktan sonra böyle bir nedenden söz edilemez. O halde borçluyu korumak için bir neden yoktur ve alacaklılar eski takiplerine devam edebilmelidirler¹⁴³. Bu ikinci görüş İsviçre kanun koyucusunun yaptığı değişiklik doğrultusundadır ve amaca daha uygundur.

dd. Basit Tasfiye Usulü

Adî tasfiye usulünde alacaklılar toplanmasının karar alabilmesinin çok ender gerçekleştiği uzun yıllar edinilen tecrübe ile ortaya çıkmıştır. Bir çok alacaklı, alacaklılar toplantısını zaman kaybı sayarak toplantıya katılma-

¹⁴⁰ Bu sürelerle özellikle şikâyet, itiraz, gecikmiş itiraz, borçtan kurtulma davası ve haciz isteme sürelerinin dahil olduğu kabul edilmektedir (Jaeger **Band II** s. 360-361).

¹⁴¹ Sprecher/Jetzer s. 47.

¹⁴² Üstündağ s. 115.

¹⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 599-600.

maktadır. Bu nedenle İsvİİK m. 231, I masraflı alacaklılar toplantısının bulunmadığı *basit tasfiye usulünün uygulama alanını genişletmiştir*¹⁴⁴.

Eğer bir alacaklı, paraların paylaşılmasından önce adî tasfiyeyi talep etmemiş ve bunun için gereken ve karşılanamayan gideri teminat olarak göstermemişse basit tasfiye yoluna gidilir. Basit tasfiyeye gidilebilmesinin ikinci koşulu, defteri tutulan malvarlığından elde edilecek paranın adî tasfiyenin muhtemel giderlerini karşılayamayacak olması ve alternatif koşul olarak, basit (kolay) bir durumun (einfache Verhaeltnisse¹⁴⁵) varlığını gerektirmesidir. Adî tasfiyede olduğu gibi basit tasfiye için de iflâs dairesinin ticaret mahkemesine başvurması gerekir. İsvİİK m. 231, I iflâs dairesinin mahkemeye başvurma zorunluluğunu açıkça düzenlemiştir¹⁴⁶.

Aşağıdaki istisnalar dışında basit tasfiyede de adî tasfiye hükümleri uygulanır:

- Kural olarak alacaklılar toplanması yapılmaz. Ancak özel durumlarda alacaklının dinlenmesi gerekirse, iflâs idaresi alacaklıları bu toplanmaya davet edebilir veya bir alacaklılar kararının oluşmasını sağlar.
- Basit ve adî tasfiyenin her ikisinde de bir ay olan müdahale süresinin geçmesinden sonra iflâs dairesi satışa başlar. İflâs dairesi paraya çevirme biçimi olarak İsvİİK m. 256, II-IV'ü dikkate alır ve alacaklıların menfaatlerini mümkün oldukça en iyi biçimde gerçekleştirir. Ancak mükellefiyetler listesi yapılması gerektiği için taşınmazlar öncelikle satılamaz.
- İflâs dairesi sıra cetvelini hazırlayıp asar.
- Pay cetvelinin asılması (ilanı) gerekmez.

Basit tasfiye usulü, adî tasfiyeye göre önemli avantajlar ve kolaylıklar sağladığı için daha geniş bir uygulamaya kavuşturulmuştur. Türk Hukuku'nda ise basit tasfiyenin kapsamı, masa mallarının adî tasfiye giderlerini karşılamaya yetmemesi (İİK m. 218) ve adî tasfiyenin altı ay içerisinde bitirilememesi (İİK m. 256) halleriyle sınırlıdır¹⁴⁷

¹⁴⁴ Sprecher/Jetzer s. 47.

¹⁴⁵ Borçlunun malvarlığı büyük bir zorluk olmadan idare edilebilir veya paraya çevrilebilir durumda ise basit (kolay) bir durumdan söz edilebilir (Siegen/Buschor s. 145-146).

¹⁴⁶ Siegen/Buschor s. 146.

¹⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 657-659.

b. Alacaklıları Davet

İsviİK m. 232, I iflâs dairesine hem basit hem adî tasfiyede iflâsın açılmasını ilan etmesi zorunluluğunu getirmektedir.

Yeni düzenlemeye göre alacaklı, alacağının ispatı için artık orijinal veya resmen onaylı belge göstermek zorunda değildir; fotokopi de yeterlidir (İsviİK m. 232, II/2). Bu, günümüzün teknik olanakları ve gelişmelerinin bir sonucudur (krş. OR 962 ve buna ilişkin uygulama hükümleri)¹⁴⁸.

Eski düzenleme, ilk alacaklılar toplanmasının en geç, iflâsın açıldığının ilanını izleyen 10 gün içinde olabileceğini belirtmekte idi; kanun bu süreyi pratik nedenlerden dolayı 20 güne çıkarmıştır (İsviİK m. 232, II/5).

Türk Hukuku'nda ise müflisten alacaklı olanların iddialarının dayanağı belgelerin aslını veya onaylı örneğini sunmaları gerekir (İİK m. 219/2).

c. İdare

aa. İlk Alacaklılar Toplanması

İlk alacaklılar toplanması karar alamazsa iflâs dairesi yeni düzenlemeye göre, en azından mevcut alacaklılara masanın durumu (aktif-pasif) hakkında bilgi verir (İsviİK m. 236). Eskiden olduğu gibi iflâs dairesi masayı ikinci alacaklılar toplanmasına kadar idare eder. Acele satışlar dikkate alınmazsa (İsviİK m. 243, II) iflâs dairesinin masanın idaresi için gerekli masraflar için yapacağı satışlar dışında, ikinci alacaklılar toplanmasından önce hiçbir aktif satılamaz. Bu anlamda İsviİK m. 236'nın lafzı açıktır.

İlk alacaklılar toplanması, aralarından bir alacaklılar komitesi seçebilir. Değişiklik ile alacaklılar toplanmasının yetkileri çerçevesinde kanunda yer alan görevleri dışında başka görevleri de alacaklılar komitesine devredebileceği açıkça yer almıştır (İsviİK m. 237, III).

Alacaklılar toplanması, iflâs dairesi dışında bir iflâs idaresi de atayabilir (İsviİK m. 237, II). Doktrinde ve uygulamada tartışmasız kabul edildiği üzere, bir tüzel kişi de iflâs idaresi olabilir¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Sprecher/Jetzer s. 48.

¹⁴⁹ Sprecher/Jetzer s. 49.

bb. İstihkak Usulü

İsvİİK m. 242, istihkak usulünü düzenlemektedir. Yeni ifade tarzıyla ve eski düzenlemeden çıkmayan bir sonuç olarak iflâs idaresinin üçüncü kişinin istihkak iddia ettiği mallar hakkında verdiği karar üzerine istihkak usulü başlar; ancak iflâs idaresi tek başına talep edilen şey hakkında karar veremez. Karar verme yetkisi, kural olarak ikinci alacaklılar toplanmasına aittir¹⁵⁰.

Hacizde istihkak davasında olduğu gibi burada da istihkak davası açma süresi 20 güne çıkarılmıştır (İsvİİK m. 242, II). Ayrıca yetkili mahkeme¹⁵¹, takibin yapıldığı yer olarak belirlenmiştir.

İsvİİK m. 242, III Federal Mahkeme'nin içtihatları doğrultusunda (BGE 99 III 12) iflâs masasının ne zaman üçüncü kişiye karşı dava açması gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre, taşınır mal üçüncü kişinin elinde ise veya masa üçüncü kişi ile birlikte elinde bulunduruyorsa; taşınmazlarda ise, taşınmaz üçüncü kişi adına kayıtlı, ancak müflis adına hak (mülkiyet) iddia ediliyorsa iflâs masası dava açmalıdır. İade davası dışında bazı federe devletlerde tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açılması mümkündür.

Türk Hukuku'nda İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak malın müflisle birlikte üçüncü kişi elinde bulunması hali dahi, müflisin malı tek başına elinde bulundurması gibidir¹⁵².

İsviçre Bankalar Kanunu'nun yeni 16 ve 37b maddeleri, bankanın iflâsı halinde hesap sahiplerinin durumunu iyileştirmek için getirilmiştir. Özellikle bankada portföyü olan müşteriler, bankanın iflâsında imtiyazlı kabul edilmiştir; bu müşterilerin istihkak hakları (ayırma hakları) vardır¹⁵³.

cc. Acele (zorunlu) Satışlar

İsvİİK m. 243, II acele satış koşullarını genişletmiştir. Eski düzenlemede değeri hızla düşen veya bakımı, saklanması masraflı olan şeylerin acele satışı

¹⁵⁰ Siegen/Buschor s. 153; Jaeger Band II s. 418; Sprecher/Jetzer s. 49.

¹⁵¹ Kanun, davanın "mahkeme"de açılacağını belirtmektedir. Oysa Türk Hukuku'nda üçüncü kişinin iflâs idaresine karşı açacağı istihkak davası icra tetkik merciinde; buna karşılık iflâs idaresinin üçüncü kişiye karşı açacağı istihkak davası genel mahkemelerde görülür (Üstündağ s. 141).

¹⁵² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 614-615.

¹⁵³ Sprecher/Jetzer s. 50.

mümkündü. Bu durumlara şeyin saklanması (muhafazası) için ölçüsüz bir şekilde yüksek gider yapılmasını gerektiren haller eklenmiştir¹⁵⁴.

Bu maddedeki istisna dışında mallar, en erken ikinci alacaklılar toplanmasından sonra satılabilir (İsvİİK m. 243, II). Bu tarihten önce masanın aktiflerinin mümkün oldukça korunması, zararlardan kaçınılması esastır.

d. Alacakların Kabulü ve Sıra Cetveli

Şimdiye kadar olduğu gibi, iflâs idaresi sıra cetveli düzenlemek zorundadır. Eskiden 20 gün olan süre 60 güne çıkarılmıştır (İsvİİK m. 247, I). Masaya ait bir taşınmaz var ise, iflâs idaresi mükellefiyetler listesi yapmak zorundadır (rehin, intifa, diğer yükler ve şerhler)¹⁵⁵. Bugüne kadar bu kurallar tüzük hükmü idi (VZG m. 125). Mükellefiyetler listesi, sıra cetvelinin mütemmim cüzüdür. Alacaklılar komitesi oluşturulduğunda sadece sıra cetveli değil, mükellefiyetler listesi de komitenin izni için sunulmalıdır. Alacaklılar komitesi, 10 gün içinde (eskiden üç gün idi) değişiklikleri getirebilir.

Sıra cetveline karşı dava açılması gereken haller İsvİİK m. 250, I-II'de sınırlayıcı olarak sayılmıştır: Burada eskisine göre daha açıklayıcı bir düzenlemeye gidilmiştir¹⁵⁶.

e. Paraya Çevirme

aa. İkinci Alacaklılar Toplanması

İflâs idaresi, sıra cetvelini hazırladıktan ve bunu astıktan sonra ikinci bir toplanma için alacaklıları davet eder. İsvİİK m. 252, I'in yeni düzenlemesine göre alacakları kesin olarak reddedilmemiş olan alacaklıları da davet eder. Böylece alacaklarının reddi halinde sıra cetveline itiraz davası açan alacaklılar ile alacağı kabul edilen alacaklılar usul hukuku bakımından eşit hale getirilmiştir¹⁵⁷.

Kanunun eski ifadesi Türk İİK'da da belirtildiği şekilde "alacakları kısmen veya tamamen kabul edilen" alacaklılar (İİK m. 237, I) biçiminde idi. Yeni düzenleme ile Kanun, "alacakları kesin hükümlerle reddedilmemiş"

¹⁵⁴ Siegen/Buschor s. 153.

¹⁵⁵ Sprecher/Jetzer s. 50.

¹⁵⁶ Siegen/Buschor s. 156.

¹⁵⁷ Siegen/Buschor s. 158.

alacaklıların da toplanmaya katılabileceğini belirtmiştir. Türk Hukuku'nda ikinci alacaklılar toplanmasına katılacak olanlar, alacağı kısmen veya tamamen kabul edilenler (İİK m. 230; 237, I) ile sıra cetveline itiraz davası açmış olanlardan 235. maddeye göre katılmalarına karar verilenlerdir (İİK m. 237, I)¹⁵⁸. Bu durumda İsviçre'nin yeni düzenlenmesi daha geniş bir katılımı sağlamaktadır ve bu konuda karar verme yetkisini mahkemeye bırakmamaktadır.

bb. Sirküler Yolu İle Karar Alınması (Zirkularbeschluss)

Acele (zorunlu) hallerde veya alacaklılar toplanmasının karar alamadığı durumlarda iflâs idaresi, alacaklılara sirküler yolu ile (Zirkularweg) başvurur. Yeni İsvİİK m. 255a ile Federal Mahkeme'nin (BGE 103 III 79) yıllardır uyguladığı kurallar kanunlaşmıştır. Ancak içtihatlarda öngörülenin tersine (bkz. BGE 101 III 76-77; 103 III 26) Kanun, acele (zorunlu) bir durumun varlığını veya alacaklılar toplanmasının karar alamama halini koşul olarak getirmiştir. Alacaklılar çoğunluğunun öngörülen süre içerisinde açık veya örtülü (zımnî)¹⁵⁹ olarak bu isteme muvafakat edeceği kabul edilmiştir (İsvİİK m. 255a, I). Alacaklılar toplanmasının etkisinin azaltılmaması için, bu yolun belli koşulları vardır. Kanun koyucunun beklediği amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini uygulama gösterecektir.

İflâs idaresi, ilk alacaklılar toplanması zamanında çoğunlukla olduğu üzere bütün alacaklıları bilemeyeceği için talebini ilan edebilecektir (İsvİİK m. 255a, II). Ancak bilinen alacaklılara bu halde de özel bir tebligat yapılması zorunludur¹⁶⁰.

Türk Hukuku'nda benzer bir değişiklik 1985 yılında 3222 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Yeniden alacaklılar toplanması yapılmasını alacaklıların

¹⁵⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 631.

¹⁵⁹ İflâs idaresi tarafından öngörülen süre içerisinde karara karşı konulmaması halinde örtülü bir kabulden söz edilir. Karara karşı çıkmak iflâs dairesine başvurmak şeklinde olabileceği gibi, iflâs idaresine de yapılabilir. Bu ikinci durumda itiraz yazılı olarak kaydedilir. İtirazın telefon, faks veya e-mail ile yapılması kabul edilmez; zira bu hallerde itirazın belgelen-dirilmesi söz konusu olmaz. İflâs idaresinin bu tür itirazları araştırması beklenemez (Jaeger **Band II** s. 475).

¹⁶⁰ **Sprecher/Jetzer** s.51- 52; **Siegen/Buschor** s. 159.

çoğunluğu¹⁶¹ isterse iflâs idaresi yeniden alacaklılar toplanması için davet yapabilir. Yeniden alacaklılar toplanmasının gündemindeki konular hakkında alacaklıların oyu, kendilerinin bilinen adreslerine taahhütlü bir mektupla yazılacak davet üzerine ve imzası noterlikçe tasdikli cevap yazısı ile elde edilebilir (İİK m. 240, I). Bu düzenleme İsviçre Hukuku'ndaki kuraldan farklı olmakla beraber, oldukça masraflı ve zor olan alacaklılar toplanmasının bir tür ikamesi şeklinde uygulamaya girmiştir.

f. Paylaştırma

aa. Aciz Belgesi

Paylaştırmada her alacaklı, alacağının karşılanmayan kesimi için aciz belgesi alır (İsvİİK m. 265, I). Ülke olarak iflâstaki aciz belgesi de hacizdeki aciz belgesi ile aynı etkilere sahiptir. İsvİİK m. 265, II'ye göre,

- Aciz belgesi, ihtiyati hacze izin verir,
- Aciz belgesindeki alacak için faiz işlemez (İsvİİK m. 149, IV),
- Aciz belgesindeki alacak 20 yılda zamanaşımına uğrar (İsvİİK m. 149a).

Türk Hukuku'nda hacizde olduğu gibi tasfiye sonucunda alacağını tamamen veya kısmen alamamış alacaklıya aciz belgesi verilir (İİK m. 255). Buradaki aciz belgesinin hacizde verilen aciz belgesinden bir kısım farklılıkları bulunmaktadır¹⁶². İsviçre Hukuku ile ortak olan yönü ise aciz belgesindeki alacak için faizin işlemeyecek olmasıdır.

bb. Yeni Mal(varlığı) Bulunması

Kanun, iflâsta alınan aciz belgesi ile eskiden olduğu gibi, borçlu yeni mal edinmişse ancak o takdirde borçluya karşı takip yapılmasına izin vermiştir (İsvİİK m. 265, II). Borçlu, yeni mal edinmediği itirazını her zaman ileri sürebilir. Tasfiyeden sonra borçlu, ekonomik ve sosyal bakımdan nefes alabilmelidir; bu da alacaklıların menfaatine hizmet eder.

¹⁶¹ Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda yeni bir alacaklılar toplanmasının talep edilebilmesi artık çoğunluk kararını gerektirmemekte, alacaklıların 1/4'ünün bu yoldaki istemi yeterli olmaktadır (İsvİİK m. 255).

¹⁶² Farklılıklar için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 644-645.

Federal Mahkeme'nin içtihatlarına göre yeni mal, iflâsın kapanmasından sonra yeni pasifler üzerine elde edilen yeni aktiflerdir (yani net-safi malvarlığı) (BGE 109 III 93; 99 Ia 19). Yeni mal edinme borçlunun biçimsel olarak sermayeleştirdiği anı değil; geliri vasıtasıyla kendi malvarlığından bu sermayeyi karşılayabilecek konumda olmasını ifade eder¹⁶³. Bu yolla, borçlunun biçimsel (formel) olarak mal edinmediği itirazına dayanarak, eski alacaklıları nezdinde kasten gelirini azaltmasının önüne geçilmiş olur. Federal Mahkeme, bu yorumunda hakkın kötüye kullanılması yasağını dayanak almıştır (ZGB -TMK- m. 2). Elde ettiği gelir bakımından borçluya sanki gerçekten yeni mal edinmiş gibi muamele edilir.

İsvİİK m. 265a, yeni olarak, borçlunun yeni mal edindiğini inkâr etmesi halini düzenlemiştir. Burada kambiyo senetlerine ilişkin takipte itirazın kabulünden sonra gelen iki aşamalı bir usul öngörülmüştür:

İflâsta aciz belgesine sahip olan alacaklı, yeni bir takip yapar (İsvİİK m. 265, II c. 2). Borçlu itiraz eder; ancak yeni düzenlemeye göre itirazını gerekçeli yapmalıdır (İsvİİK m. 265a, I c. 1). İtiraz, takibi geçici olarak durdurur. İcra dairesi, itirazı takibin yapıldığı yer hâkimine götürür (İsvİİK m. 265a, I). Hâkim kendiliğinden itirazın kabulü için usulü başlatır. Hâkim tarafları dinler (İsvİİK m. 265a, I c. 2).

Bu itirazın kabulü davasında borçlu, alacaklının tersine bir yükümlülük taşır. Talep edildiği takdirde gelir ve malvarlığı ilişkilerini göstermek ve yeni mal edinmediğini inandırıcı bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Borçlu lehine, yeni mal edinmediği yolunda güçlü bir olasılık vardır. Borçlu, bu ispata (işbirliğine¹⁶⁴, yardıma katılmazsa) hâkim, açıkça yeni bir mal edinmediği ortada olmadıkça, itirazı kabul etmez. Alacaklı dinlendiğinde, borçlunun özellikle sadece ekonomik olarak üzerinde tasarruf ettiği malvarlığına dikkat çekebilir (İsvİİK m. 265a, III c. 2). Aynı şekilde alacaklı, borçlu tarafından yapılan ve üçüncü kişilerce de görülen, malvarlığı edinmesini engelleyen işlemlerine de dikkat çekebilir (İsvİİK m. 265a, III c. 3). Kantonlar bazında olağanüstü kanun yolunun açık olup olmayacağına hâkim nihaî (kesin) olarak karar verir (İsvİİK m. 265a, I c. 2).

¹⁶³ Sprecher/Jetzer s. 52.

¹⁶⁴ Bu hükümle özellikle borçlu bakımından ağırlaştırılmış-güçlendirilmiş işbirliği yükümlülüğü getirilmek istenmiştir (Jaeger Band II s. 527).

Hâkim itirazı kabul ederse (İsvİİK m. 265, II) alacaklı takibin yapıldığı yer mahkemesinde 20 gün içinde, yeni malvarlığının tespitini dava eder (ikinci aşama- İsvİİK m. 265a, IV)¹⁶⁵. Hâkim eğer itirazı kabul etmezse (İsvİİK m. 265a, III), borçlu dava yoluna gider. O da 20 gün içinde yeni mal edindiğini reddederek dava açar (İsvİİK m. 265a, IV).

İsvİİK m. 265a, IV'e göre açılacak tespit davası, genel hükümlerle görülecek olan, ancak hızlandırılmış bir davadır. Alacaklı, taraf rolünden bağımsız olarak ispat yükünü taşır.

Genel hükümlerle ancak acele görülmesi amaçlanan bu itiraz usulü üçlü bir amaç taşır:

- Daha sonraki tüm tespit davaları için taraf rollerini belirler,
- Borçlunun durumunu belgelendirmesi yükü sayesinde alacaklıya davadaki şansını değerlendirme fırsatı verir,
- Genel dava yolunu gereksiz kılabilir; bu nedenle de usul ekonomisine hizmet eder.

Hâkim itirazı kabul etmezse, yeni malvarlığının miktarını ve çerçevesini tespit etmek zorundadır (İsvİİK m. 265a, III). Hâkim, kanun vasıtasıyla ekonomik bir inceleme biçimine de teşvik edilmiş olmaktadır. Hâkim, borçlunun üzerinde gerçekten sadece tasarruf ettiği, üçüncüye kişiye ait olan bir malı haczedilir olarak kabul edebilir. Üçüncü kişilerce anlaşılabilir bir şekilde bu hareket yapıldığında borçlunun yeni mal edinmesinin engellendiği kabul edilir. Söz konusu durumlar, örneğin, borçlunun tek işletmesini hiçbir karşılık almadan eşine devretmesi veya borçlunun eşine ait görünen yerde işveren-işçi ilişkisine girmesi ve gerçekte hukukî anlamda malvarlığı üzerinde tasarruf etmemekle beraber, yüksek yaşam standardını koruması halinde mevcuttur.

Hâkimin ekonomik bakış ile inceleme yapması gereği, önemli bir adımdır. Ancak bunun pratikte nasıl gerçekleşeceği kuşkuludur. Örneğin, malvarlığı üzerine haciz konulan üçüncü kişi, ne itiraz usulünde ne de İsvİİK m. 265a, IV'e göre açılan tespit davasında taraftır; onun müdahil olması ancak kanton usul kanunlarına göre mümkündür. Üçüncü kişi lehine bir şikâyet hakkının bulunup bulunmadığı belirsizdir.

¹⁶⁵ Sprecher/Jetzer s. 53; Siegen/Buschor s. 165.

Borçlu, yeni mal edindiği iddiasını inkâr ederek takibe karşı koyarsa, bu icranın devamı esnasında kendisi iflâsın açılmasını talep edemez (İsvİİK m. 191, 265b). Bu yeni hükümlerle (İsvİİK m. 265b), borçlunun ödeme güçlüğü içinde olduğunu açıklayarak bir takibi başlatması engellenmek istenmiştir¹⁶⁶.

7. İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz, alacaklının haklarını korumaya yönelik tedbirlerdir. Bu tedbirlerin borçlu açısından hazırlıksız ve habersiz alınması esastır (BGE 107 III 31). Temel anlayış dışında, İsviçre İcra-İflâs Kanunu'nda ihtiyati hacizle ilgili önemli değişiklikler olmuştur.

a. İhtiyati Haciz Nedenleri

İsvİİK m. 271'e göre alacaklı, vadesi gelmiş ve rehinle temin edilmemiş bir alacak¹⁶⁷ için aşağıdaki nedenlerle ihtiyati haciz isteyebilir:

- Borçlunun belirli, sabit ikametgâhi yoksa,
- Borçlu, taahhütlerinden kurtulmak amacıyla, malvarlığını saklamaya çalışır veya kaçırmaya teşebbüs ederse,
- Borçlu, sürekli pazar veya fuarlarda çalışan, seyahat eden birisi ise ya da alacak niteliği gereği hemen ifası gereken alacak ise,
- Alacaklı, borçluya karşı kesin veya geçici borç ödemediği aciz belgesine sahip ise,
- Borçlunun İsviçre'de ikametgâhi yok ise.

İsviçre'de ikametgâhi olmayan borçluya karşı ihtiyati haciz istenebilmesi için üç koşul daha yerine getirilmelidir. Buna göre,

- Alacağın İsviçre ile yeterince bir ilgisi, bağlantısı olmalı veya
- alacak tenfiz edilebilir bir mahkeme kararına ya da
- alacak itirazın geçici kaldırılmasını gösteren bir borç ikrarına (İsvİİK m. 82, I)

dayanmalıdır.

¹⁶⁶ Sprecher/Jetzer s. 54-55; Siegen/Buschor s. 166.

¹⁶⁷ Türk Hukuku'nda ise muaccel bir alacağın vadesinin gelmiş ve rehinle temin edilmemiş olması, muaccel alacaklarda ihtiyati haciz talebi için yeterlidir (Üstündağ-İcra s. 484; Muhammet Özkes, İcra İflâs Hukuku'nda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 77, 101 vd.).

Bu koşullarla kanun koyucu geçmişte biraz daha kolay olan yabancılar için ihtiyati haczi sınırlamıştır. İsviçre ile hiçbir ilgisi olmayan konularla İsviçre yargısının ilgilenmesi engellenmek istenmiştir. Ayrıca, ihtiyati haciz korkusundan dolayı, İsviçre'den malların kaçırılmasının da önüne geçilmek istenmiştir.

Kanun, İsviçre ile olması gereken “yeterli ilgi”yi açıklamamıştır. İhtihatlar, uygun ve elverişli ilişkiyi şöyle nitelemektedir:

- Borçlunun ikametgâhı İsviçre’de ise,
- Alacaklının ikametgâhı İsviçre’de ise,
- Esaslı sözleşme ilişkileri İsviçre’de ise,
- İfa yeri İsviçre ise,
- Haksız fiillerde ika yeri veya mağdurun ikametgâhı İsviçre ise,
- İhtiyati haciz için başvurulmuş mahkemenin yanında İsviçre’de bir başka yetkili mahkemenin bulunması (bu mahkeme tahkim yeri İsviçre olan hakem mahkemesi de olabilir),
- İsviçre Hukuku’nun uygulanabilir olması.

Borçlunun sadece malvarlığının İsviçre’de olması yeterli ilgi kabul edilmez (BGE 106 Ia 150). Aynı şekilde, borçlunun İsviçre Frankı ile ödeme yapmak zorunda olması veya malın sigortasının, naklinin ya da denetiminin İsviçre firması tarafından yapılıyor olması yeterli değildir.

Yabancılar için ihtiyati haczin “yeterli ilgi” kavramı ile sınırlandırılması, yabancıların İsviçre’de gizli malvarlıklarının artık her durumda güvenceli olmaması sonucunu doğurmaktadır. İhtiyati haciz bir ödeme emri olmaksızın gerçekleştiği sürece, bazı alacakların İsviçre ile ilgileri nedeniyle ayrıcalıklı kılınması açıklanamaz.

Söz konusu sınırlama nedeniyle yabancılar ihtiyati haczi şimdiye kadarki önemini bir miktar kaybedecek görünmektedir. Yabancı alacaklılar, öncelikle genel yetkili yabancı mahkemede bir hüküm almaya zorunlu kalacaklardır.

Kanun yabancı devlet malları üzerinde ihtiyati haczi düzenlemekten feragat etmiştir. Burada özellikle devletler özel hukuku kurallarına dikkat etmek gerekir; bir gerçek özel kişide olduğu gibi devlet hazinesi zararına bir

sonuç ortaya çıkacak ise yabancı devlet aleyhine icraî tedbirler alınması mümkün değildir (BGE 110 II 259)¹⁶⁸.

b. İhtiyati Haciz Kararı Verilmesi

Borçlunun malvarlığının bulunduğu yer hâkimi tarafından ihtiyati hacze karar verilir. Yeni düzenlemeye göre alacaklı sadece alacağının varlığını ve bir ihtiyati haciz sebebinin varlığını ileri sürmek dışında, *borçluya ait bir malvarlığını da gerçeğe yakın bir şekilde* inandırıcı kılmak, hâkimde kanaat uyandırmak zorundadır (İsvİİK m. 272, I). Bu yolla alacaklının, borçlunun kendisinde veya üçüncü kişide bulunan mallarını göstermesi veya ileri sürmesi beklenmez; sadece ihtiyati haciz uygulamak istediği malların gerçekte borçlunun malvarlığına dahil olduğunu inandırıcı bir şekilde ispatı gerekir (BGE 107 III 35). Bu düzenleme ile araştırma haczi (Sucharrest) yasaklanmıştır¹⁶⁹.

İnandırmanın (hâkimde kanaat uyandırmanın -Glaubhaftmachung-) koşulları kanunda sayılmamıştır. Ancak itirazın geçici kaldırılmasında veya basit usulde doktrin ve uygulamanın getirdiği ölçütlerin burada da uygulanacağı kabul edilmektedir (krş. BGE 108 II 72).

İsvİİK m. 272, II ile bir boşluk doldurulmuştur. Bu hüküm İsvİİK m. 232, II/6'ya paralel bir düzenlemedir. Alacaklı, İsviçre dışında oturur ve İsviçre'de tebligat adresi göstermezse takip yeri aynı zamanda tebligat yeri olarak kabul edilir; yurt dışında bulunan ihtiyati haciz alacaklısına ayrıca bildirim yapılmaz¹⁷⁰.

c. İhtiyati Haczin Tamamlanması (Tamamlayıcı Merasim)

Alacaklı, ihtiyati haciz talebi kabul edildikten sonra, ihtiyati haciz tutanağının tebliğinden itibaren 10 gün içinde ya takip yapmak veya dava açmak zorundadır (İsvİİK m. 279). Borçlu itiraz ederse alacaklı, 10 gün içinde takibin devamını istemelidir. Yeni İsvİİK m. 279, II ile ihtiyati haciz mümkün olduğunca icra ve iflâstan çözülmek istenmiştir.

¹⁶⁸ Sprecher/Jetzer s. 56-57.

¹⁶⁹ Siegen/Buschor s. 170; Araştırma haczi (Sucharrest), ihtiyati haciz kararında borçlunun haczedilen mallarının açıkça belirtilmesini ve ihtiyaten haczedilecek malların yaklaşık ispatını ifade eder (Atalay s. 38-39; Özokes s. 76-78).

¹⁷⁰ Jaeger Band II s. 575; Siegen/Buschor s. 170.

Uluslararası ilişkiler bakımından Lugona Sözleşmesi dikkate alınmalıdır¹⁷¹.

d. İhtiyati Haciz Tutanağı

Şimdiye kadar icra dairesi, ihtiyati hacizden itibaren üç gün içinde alacaklı ve borçluya, haciz tutanağının bir örneğini göndermekte idi. Bu süre, uzun bulunmuştur; yeni düzenlemeye göre icra dairesi tutanağın örneğini derhal tebliğ etmelidir (İsvİİK m. 276, II). Ayrıca ihtiyati hacizden etkilenen üçüncü kişilere de haber verilmesi gerekir; örneğin bu yolla üçüncü kişiler haklarını koruyabilir, itiraz edebilirler (İsvİİK m. 278). Burada özellikle üçüncü kişi adına kayıtlı malvarlığının ihtiyaten haczedilmesi düşünülebilir.

e. İhtiyati Hacze İtiraz

Şimdiye kadar ihtiyati hacze karşı borçlunun yeterli usulî korunma aracının mevcut olmadığı dile getirilmiştir (BGE 107 III 32). Hukukî dinlenilme (Rechtliches Gehör) ilkesi noktasından, borçlunun ihtiyati haciz kararına karşı, karardan uzunca bir süre içinde bir şey yapamaması eleştirilmiştir. İsvİİK eski m. 279'a göre ihtiyati haczin kaldırılması ise sadece ihtiyati haciz sebeplerine ilişkin olarak mümkündür.

İhtiyati haczin kaldırılması usulü, İsvİİK m. 278 ile ihtiyati hacze itiraz davası ile ikame edilmiştir. Bu dava ise kantonların ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerine uyumlu hale getirilmiştir¹⁷².

İhtiyati haciz kararı, eski düzenlemede olduğu gibi, alacaklının istemi üzerine ve ihtiyati haczin teminat işlevini yerine getirmek üzere, borçlu dinlenmeden verilmektedir. Ancak borçluya itiraz olanağı getirilmiştir; böylece hâkim, kararını tekrar gözden geçirir.

İsvİİK m. 278, I'e göre sadece borçlu değil, ihtiyati hacizden etkilenen üçüncü kişi de itiraz edebilir. İtirazla beraber ihtiyati haczin kabulü koşullarının bulunmadığı da ileri sürülebilir. Borçlu, ihtiyati haciz sebeplerinin veya alacağın yeterince inandırıcı bir şekilde ispat edilemediğini ileri sürebilir; teminat da itiraz konusu olabilir. Üçüncü kişi de, alacaklının ihtiyati

¹⁷¹ Sprecher/Jetzer s. 60-61.

¹⁷² Sprecher/Jetzer s. 59.

haciz konulan malın borçluya ait olduğunun yeterince ispat edemediğini ileri sürer.

İtiraz davası, İsvİİK m. 25'e göre basit usulde görülür; konusu ise, ihtiyati haciz koşullarının inandırıcılığıdır. Taraflar, iddialarını sadece belli delillerle ispatlayabilirler. Kesinleşen ihtiyati hacizden sonra durum değişirse, örneğin borçlu bu arada ikametgâh edinmişse bunu itiraz olarak ileri sürebilir. Yeni bir durum ileri sürüldüğü için kesinleşen ihtiyati haczin bundan etkilenmesi yanlış değildir. İtiraz süresi 10 gündür. Hâkim, taraflara itiraza karşı tavır alabilme olanağı verir ve kararını ertelemeyen verir (İsvİİK m. 278, II).

İtiraz üzerine verilen karara karşı kanun yoluna gidilebilir. Burada, karar zamanında mevcut olmayan, kararın verilmesinden hemen sonra ortaya çıkan yeni olgular da (echte Noven) ileri sürülebilir (İsvİİK m. 278, III). Yeni olguların ileri sürülmesi, özellikle ihtiyati haciz ile muhatap olan kişi için önemli olan olaylarda belirleyici işleve sahiptir; bu durumlarda (örneğin, borcun ödenmesi gibi) ihtiyati haczin kaldırılması gerekmektedir.

İsvİİK m. 278, IV'e göre kanun yoluna başvurulması icrayı ertelemeyebilir. Ancak itiraz davası ve bu kararın kanun yoluna götürülmesi halinde İsvİİK m. 278, V'e göre süreler işlemez. Alacaklının, itiraz davası kesin hüküm ile sonuçlandı ise ihtiyati haczi tamamlaması gerekir (İsvİİK m. 278, V)¹⁷³.

Türk Hukuku'nda da ihtiyati hacze karşı başvurulacak yolların sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim İİK m. 265'e göre ihtiyati haciz kararı temyiz edilemez. İhtiyati haciz kararına ise aynı kararı veren mahkemede ihtiyati haczin sebeplerine, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin hususlarda olmak üzere itiraz mümkündür (İİK m. 265, I). Öte yandan borçlu dışında üçüncü kişilerin ihtiyati hacze itiraz etmesi mümkün olmayıp, sadece örneğin ihtiyati haczin icrası sırasında şikâyet yoluna başvurmaları söz konusu olabilecektir¹⁷⁴.

f. İhtiyati Hacizden Dolayı Sorumluluk

İsvİİK m. 273, I açıkça alacaklının haksız ihtiyati hacizden dolayı hem borçluya hem üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Hangi

¹⁷³ Sprecher/Jetzer s. 60.

¹⁷⁴ Özkes s. 308-309, 338-339.

hallerde ihtiyati haczin haksız olduğu kanunda tek tek sayılmamıştır. Ancak aşağıdaki haller, her durumda haksız bir ihtiyati haczin varlığını gösterir:

- İhtiyati haciz sebeplerinin eksikliği,
- Alacağın mevcut olmaması,
- Üçüncü kişiye ait mallar üzerine haciz konulmuş olması.

Doktrine ve uygulamaya göre (BGE 64 III 111), İsvİİK m. 273 sebep sorumluluğunu düzenler; zamanaşımı bakımından İsvBK -OR- m. 60 uygulama alanı bulur. İhtiyati haczin kaldırıldığı veya zarar görenin bu zararın miktarından ve kapsamından haberdar olduğu günden itibaren bir yıllık süre başlar¹⁷⁵. 10 yıllık azami süre ise, zarar verici işlem olarak ihtiyati haczin icra edilmesi ile başlar. Bu yerleşmiş uygulama nedeniyle Kanunda zamanaşımı konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir.

Tazminat davası için ihtiyati haczin uygulandığı yer mahkemesi, davalının ikametgâhı olan genel yetkili mahkemenin yanında yer alır (İsvİİK m. 273, II).

8. İptal (Davası)

a. Amaç

İptal (davası) ile borçlunun malvarlığı en azından takip hukuku bakımından, alacaklı yararına daha önceki durumuna getirilmek istenir.

İsvİİK'nin 10. kısmının yeni başlığı "iptal davası" yerine artık "iptal" adını taşımaktadır. Çünkü alacaklı talebini yalnızca "dava" yolu ile değil, "itiraz" biçiminde de dile getirebilecektir¹⁷⁶.

İptal sonucunda işlemin maddî hukuk bakımından geçerliliğine dokunulmaz; işlem takip hukuku açısından iptal edilir. İptal koşullarından birisi mevcutsa sanki mal borçluya aitmiş gibi kabul edilir (BGE 98 III 44). Bu nedenle iptal edilebilir işlemlerde (İsvİİK m. 258 vd.) artık "geçersiz" işlemlerden değil; "iptal edilebilirlikten" söz edilmektedir.

¹⁷⁵ Sprecher/Jetzer s. 58.

¹⁷⁶ Siegen/Buschor s. 176; Jaeger Band II s. 639.

b. Bağışlamada, İvazsız Tasarruflarda, Borca Batıklık Halinde¹⁷⁷ ve Hileli İşlemlerde İptal

İflâsın açılmasından veya hacizden bir yıl önce borçlu tarafından yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar iptale tâbidir¹⁷⁸.

Borçlunun kendisi veya üçüncü kişi için tesis ettiği kaydı hayat şartıyla irat, ölünceye kadar bakma akdi, intifa veya sükna hakkı da iptale tâbidir (İsvİİK m. 286).

Bağışlama ve aciz halindeki “kuşku periyodu” altı aydan bir yıla çıkarılmıştır (İsvİİK m. 286, 287). Kasıtlı işlemlerde de artık “kuşku” öngörülmektedir. Borçlu hacizden veya iflâsın açılmasından önceki beş yıl içinde, alacaklıları zarara uğratmak veya bazı alacaklıları diğerleri karşısında korumak üzerine alacaklılar zararına işlem yaparsa bu işlemler de iptal edilebilir (İsvİİK m. 288).

İsvİİK m. 288a, İsvİİK m. 286-288’de söz edilen sürelerin hesabında nelerin dikkate alınacağını düzenlemiştir. İsvİİK m. 288a’nın temel düşüncesi, alacaklıların menfaatinin korunmasıdır. Alacaklılar, konkordato sırasında veya iflâsın ertelenmesi halinde etki etme hakkına sahip olmadıkları için iptal olanakları korunmalıdır. Buna göre, konkordato görüşmeleri sırasında veya iflâsın ertelenmesi halinde ya da mirasın iflâs usullerine göre tasfiyesinde

¹⁷⁷ İsviçre Hukuku’nda borçlunun tasarrufu yaptığı tarihte borca batık olması (pasifinin aktifinden fazla olması) kabul edilerek bu başlık altında iptal sebepleri düzenlendiği halde (İsvİİK m. 287) Türk İİK’da bu husus belirtilmemiştir. İsvİİK m. 287’yi karşılayan Türk İİK m. 279’da “Acizden dolayı butlan”dan söz etmektedir. Doktrinde Türk Hukuku’nda da “aciz” ibaresinin İsviçre Hukuku’ndaki gibi anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, borçlunun aciz halinde bulunma koşulu, İİK m. 279’da varsayılmaktadır ve buradaki aciz hali, borçlunun pasifinin aktifinden daha fazla olmasıdır (Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 4, İstanbul 1997, s. 3443-3444; **Üstündağ** -İflâs s. 237-238; **Kâmil Yıldırım**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 196). Kanaatimizce sorun, Türk Hukuku’nda “aciz hali”, “borca batıklık” ve “ödemelerinin tatili” gibi kavramların zaman zaman birbiri yerine kullanılması ve net bir tanımlamanın bulunmamasıdır. Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez** s. 26, 31, 33; **Oğuz Atalay**, Anonim Ortaklıkların İflâsı, İzmir 1996, s. 33, 44.

¹⁷⁸ İsvİİK m. 286, ivazsız tasarruflar ve bağışlamanın iptalini düzenlemektedir. Ancak Türk Hukuku’nda, İsviçre Hukuku’nda bulunmayan bir iptal sebebi olarak belli derecedeki yakınlar arasındaki işlemler ivazlı olsa dahi bağışlama sayılıp iptale tâbi tutulmuştur (İİK m. 278, II/1) (**Üstündağ**-İflâs s. 236-237).

ölüm günü ile iflâsın açılması arasındaki süre ve önceki takiplerin süresi içerisinde iptal davası süresi işlemez.

c. İptal Davası

İsviİK m. 289'a göre davalının ikametgâhı mahkemesi yetkilidir. Davalının İsviçre'de ikametgâhı yoksa, uluslararası sözleşmeler ve IPRG (milletlerarası özel hukuk usulü kanunu) saklı kalmak üzere, takibin yapıldığı veya iflâsın açıldığı yer mahkemesi yetkilidir.

Davalı:

- Borçlu ile birlikte iptale tâbi işlemi yapan veya borçlu tarafından kendisine olanak tanınan kişiler,
- Bu kişilerin mirasçıları veya diğer külli halefleri,
- Kötüniyetli üçüncü kişiler (iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarına iptal davası yolu ile dokunulamaz).

d. Dava Hakkının Düşmesi

İsviİK m. 292'ye göre iptal davası açma hakkı,

- Borç ödemededen aciz belgesinin tebliğinden itibaren iki yıl,
- İflâsın açılmasından itibaren iki yıl içinde düşer¹⁷⁹. Bu süreler hak düşürücüdür.

İptalde iki önemli zaman sorunu açıkça birbirinden ayrılmıştır:

- İptalin koşulları (İsviİK m. 286-288) borçlunun iptale tâbi tasarrufu ne zaman yapması gerektiğini düzenlemektedir. “Kuşku süresi” bir unsurdur; bu ise sadece İsviİK m. 288a çerçevesinde değişkenlik gösterir.
- İsviİK m. 292 ise iptalin ileri sürülmesi gereken zamanı düzenlemektedir. Bu süre, iptalin sınırını çizmektedir; yani bu süre sonunda iptal hakkı düşmektedir.

¹⁷⁹ Sprecher/Jetzer s.62- 63.

İsvİİK m. 292'nin eski düzenlemesinde iptal davası beş yıllık süre ile sınırlandırılmıştı. Maddenin yeni biçimi, eskisinden farklı olarak açıkça bu sürenin hak düşürücü olduğunu belirtmiş ve süreyi iki yıla indirmiştir.

9. Konkordato

Kanun, konkordato ile şimdiye kadar iyileşme olasılığı olan işletmelerin ayakta kalmasına ve zararlarına rağmen devam etmelerine hizmet etmiştir. Konkordato kuralları, büyük ölçüde korunmuştur. Ancak uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verecek bazı değişiklikler eklenmiştir.

Bu yeni düzenlemede öncelikle konkordatoya başvurma koşulları, usulü, süre verilmesi ve komiser atanması gibi kurallar (İsvİİK m. 293-304); daha sonra konkordatonun genel hükümleri (İsvİİK m. 305-313) ve konkordato türleri olarak adî konkordato (İsvİİK m. 314-316), malvarlığının devri (mevcudun terki) suretiyle konkordato (İsvİİK m.317-331) ve iflâs içi konkordato (İsvİİK m. 332) ve ayrıca yeni bir kurum olan özel (uzlaşmaya dayalı) borçtan kurtulma anlaşması (İsvİİK m. 333-336) gelmektedir.

a. Konkordato

Buradaki değişiklik doğrudan doğruya pratiğin yansımaları ile olmuştur. Değişiklikten önce bütün kantonlar, konkordato makamı olarak yargısal mercileri kullanmakta idiler.

Konkordato isteyen bir borçlu, eskiden olduğu gibi bir konkordato projesi sunmak zorundadır (İsvİİK m. 293). Yeni olan ise, bu talebin *gerekçelendirilmesi* zorunluluğudur. Borçlu, malvarlığının durumunu, iş ilişkilerini ve taahhütlerini yerine getirememesinin nedenlerini göstermek zorundadır. Böylece hâkim, basit usulle talep edilen konkordatonun başarı şansı olup olmadığını inceleyebilir.

Yeni olarak *alacaklı da*, gerekçeli bir dilekçe ile *konkordatonun* açılmasını talep edebilir (İsvİİK m. 293, II).

İsvİİK m. 293, III dilekçenin verilmesi ile hâkimi borçlunun malvarlığı üzerinde ihtiyati tedbirler almaya ve mevcut satışları durdurmaya yetkili kılmıştır¹⁸⁰. Hatta hâkim geçici bir komiser atayarak, onun borçlunun malvarlığını, gelir durumunu ve iyileştirme olasılığını incelemesini isteyebilir.

¹⁸⁰ Sprecher/Jetzer s. 64-65.

Hâkim, iyileştirme olasılığını görürse hemen iki aylık geçici bir süre verip, diğer sorunların aydınlatılmasını bilirkişilere bırakabilir.

Mahkemenin verdiği süre kararı üzerine hem alacaklı hem borçlu kanun yoluna başvurabilir (İsvİİK m. 294, III).

Hâkim, konkordato olanağı görürse borçluya dört aydan altı aya kadar süre verip yeni bir veya birden fazla komiser atayabilir. Komiser veya komiserlerin talebi üzerine bu geçici süre, 12 aydan en fazla 24 aya kadar uzatılabilir (İsvİİK m. 295, I). Bu geçici süre, erteleme süresine katılmaz (İsvİİK m. 295, I).

Süre vermenin sonuçları İsvİİK m. 297-298'de sayılmıştır (ilke olarak takip yasağı, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durması- kesilmesi- vs.).

Alacaklılar tarafından kabul edilen konkordatonun hâkim tarafından onaylanması gerekir. Aşağıdaki koşullarla konkordato onaylanabilir:

- Önerilen miktar, borçlunun malvarlığı ile orantılı olmalıdır.
- Konkordato ile borçlunun malvarlığının kısmen veya tamamen alacaklılara ya da üçüncü kişiye devri öngörülmekte ise, paraya çevirme bedeli veya üçüncü kişi tarafından önerilen miktarın iflâsta (tasfiyede) muhtemel olarak elde edilecek paradan daha yüksek olması gerekir.
- Münferit olarak alacaklılar feragat etmedikçe, konkordatoda imtiyazlı alacaklıların ve komiserin muvafakati ile ifa edilecek taahhütlerin tamamen ifası için teminat gösterilmesi gerekir.

Karar kesinleşince ilan edilir ve tapuya, ticaret siciline ve icra dairesine bildirilir (İsvİİK m. 308, I). Konkordato reddedilir veya erteleme kaldırılırsa her alacaklı, bunun ilanından 20 gün içinde (şimdiye kadar 10 gün) doğrudan doğruya iflâsın açılmasını talep edebilir (İsvİİK m. 309)¹⁸¹.

b. Özel (Uzlaşmaya Dayalı) Borçtan Kurtulma Anlaşması (Einvernehmliche private Schuldenbereinigung)

Konkordato, bir anlamda genel bir iyileştirme yoludur. Ancak konkordatonun son derece masraflı ve zahmetli olması yanında büyük ölçüde

¹⁸¹ Sprecher/Jetzer s. 66.

kamusallığı (aleniyeti), borçlunun son kredi olanağını da yok etmektedir. O nedenle Kanun, “küçük borçlu”lar için bir seçenek olarak özel (uzlaşmaya dayalı) borçtan kurtulma anlaşmasına yer vermiştir¹⁸².

Burada hâkimin yardımı ile gerçekleşen bir tür mahkeme dışı konkordato ve bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur¹⁸³.

İsvİİK m. 333, ödeme güçlüğü (aciz hali-insolvenz) açıklamasına bir alternatif öngörmekte ve iflâsa tâbi olmayan¹⁸⁴ borçlu için konkordatodan daha basit (kolay) bir yöntem sunmaktadır: *Sadece borçlu*¹⁸⁵, hâkimden bir özel borçtan kurtulma anlaşması talep edebilir.

Usul, basit bir biçimde düzenlenmiştir: Borçlu dilekçesinde, borçlarını, gelirini ve malvarlığı ilişkilerini (borç ilişkilerini) göstermek yani finansal durumunu belgelendirmek zorundadır (İsvİİK m. 333, II). Bu bilgileri içeren bir dilekçe ile borçlu icra tetkik merciine başvurur.

Bu yola başvurunun ön koşulu İsvİİK m. 191'de borçlunun ödeme güçlüğü halinde (insolvenz) bulunduğunu bildirerek doğrudan doğruya iflâsını isteyebilmesindeki gibidir. Tetkik mercii basit usulde yapacağı inceleme ile uzlaşma yolu ile borçtan kurtarmaya bir engel olmadığını görür (önceden böyle bir yol kapalı değil ise) ve yargılama giderleri ve yönetici (komiser) ücreti için teminat gösterilir ise, hâkim en fazla üç ay için bir süre (erteleme kararı) verir ve bir yönetici (komiser) atar (İsvİİK m. 334, I). Yöneticinin dilekçesi üzerine süre, en fazla altı aya kadar uzatılabilir. Anlaşmalı bir borçtan kurtarmanın mümkün olmayacağı ortaya çıkmışsa, erteleme süresinden önce de erteleme kaldırılabilir.

Borçlunun tasarruf edebileceği yeterli aracı, herşeyden önce herhangi bir geliri varsa, özellikle eski borçlarını taksitle ödeyebilecek durumda ise borçtan kurtulma anlaşması yolunda bir olanaktan söz edilir. Taksitle ödeme miktarı, tamamen alacaklılar ve borçlu arasında serbestçe kararlaştırılır; bu

¹⁸² Amonn/Gasser s. 475.

¹⁸³ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Band III, Zürich 1997/2001, s. 244.

¹⁸⁴ Bu yola başvurabilmek için iflâsa tâbi olmamak ön koşuldur. Gerçek kişilerin yanında ticaret siciline kayıtlı olmayan vakıflar ve dernekler de bu yola başvurabilir. Buna karşılık, kamu hukuku tüzel kişileri bu olanaktan yararlanamaz (Jaeger **Band III** s. 244).

¹⁸⁵ Bu yola başvurma hakkı sadece borçluya ait olup, alacaklılar bu anlamda bir talep yetkisine sahip değildirler (Jaeger **Band III** s. 244).

konuda belli bir limit veya kota yoktur. Çünkü bu sözleşme tamamen özel hukuk çerçevesinde yapılan, *mahkeme dışı bir sulh* niteliğindedir. O nedenle alacaklılar ve borçlu her türlü ödeme teklifi (taksit, indirim, ödeme veya faiz kolaylıkları gibi) üzerinde anlaşabilirler¹⁸⁶.

Yönetici, borçlu ile birlikte bir uzlaşma (anlaşma) önerisi hazırlar ve alacaklılarla müzakereleri yürütür (İsvİİK m. 335). Mahkeme dışı bu sulhün bağlayıcı olması için alacaklıların mutabakatı gerekir. Sonuçta sadece kabul eden alacaklılar için bağlayıcı bir anlaşma ortaya çıkar¹⁸⁷.

Yöneticinin konumu ve işlevi konkordato komiserinden farklıdır. Yönetici, alacaklılarla yapılacak müzakerelere katılan, borçlu ile birlikte uzlaşma önerisi hazırlamaya yardım eden aracıdır. Yöneticinin borçlunun işlemlerini gözetmek veya denetlemek gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak uzlaşmanın sağlanması halinde hâkim, sözleşmenin ifasının gözetimini yöneticiye bırakabilir (İsvİİK m. 335).

Erteleme süresi içerisinde borçluya karşı takip başlatılamaz ve başlamış olanlara da devam edilemez. Böylece borçlunun takip baskısı altında kalması önlenmek istenmiştir. Bu süre içerisinde borçluya karşı sadece aile hukukundan kaynaklanan nafaka alacakları hakkında takip yapılabilir. Öte yandan erteleme süresi içerisinde haciz ve paraya çevirme süreleri işlemez.

Erteleme süresi içerisinde borçlunun tasarruf yetkisi hiçbir biçimde kısıtlanmaz.

Bu yolda hâkimin kararını alacaklılara bildirmesi söz konusudur. Bir ilan veya alacaklıların daveti gibi bir düzenleme yoktur. Burada hem ilişkilerin özel olarak kalması sağlanmakta hem daha az gider yapılmaktadır.

Alacaklılar ve borçlu anlaşma konusunda başarı sağlayamazlarsa borçluya doğrudan doğruya kendi iflâsını istemek¹⁸⁸ veya konkordato talep etmekten başka çare kalmaz. Bu durumda erteleme süresi konkordatoda verilen mühletten düşülür (İsvİİK m. 336)¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Amonn/Gasser s. 476-477.

¹⁸⁷ Sprecher/Jetzer s. 67; Siegen/Buschor s. 209.

¹⁸⁸ Bkz. yuk. D, III-Doğrudan Doğruya İflâs.

¹⁸⁹ Amonn/Gasser s. 476-477; Jaeger Band III s. 244-255.

IV. SONUÇ

İsviçre, değişiklikte esasen Kanunun aslına sadık kalmıştır. Pek çok konuda Kanun, uygulamanın ihtiyaçlarına uygun hükümler getirmiştir. İlke olarak sistem korunmuş; ona sadece yeni bir elbise biçilmiştir. Bu durumda Kanuna ilişkin bilgi birikimi, literatür ve içtihatlar geçerliliğini korumaktadır. Doktrinde Kanunun çağın gereklerin yeterince uygun olup olmadığı ve 19. yüzyıldan gelen Kanunun 21. yüzyıla ayak uydurup uyduramayacağı soruları yöneltilmektedir. Bu konudaki tartışma henüz sona ermemekle ve kesin bir yanıt verilememekle birlikte değişikliğin yararlı ve açık bir gelişme sağladığını ifade edilmektedir.

Kenar başlıklarının eklenmesi ve Kanunun dil bakımından düzeltilmesi önemli bir kolaylık sağlamıştır. Kanunun değişiklikleri sırasında, Kanuna hâkim olan alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi ilkesine dokunulmamıştır. Bunun dışında aşağıdaki hususlar da ayrıca belirtilmelidir:

Alacaklı bakımından;

- Devletin aslı sorumluluğunun tanınması,
- Tutanakları görme hakkının iyileştirilmesi,
- Taliklerin kısaltılması, tatillerin azaltılması,
- Dava ve zamanaşımı sürelerinin uzatılması,
- Yetkinin birleştirilmesi ve yurtdışında olan davalı için iptal davasında yetkili mahkemenin belirlenmesi (eklenmesi),
- Kanunda haczedilemeyen şeyler arasında sayılmasına rağmen, borçluya aynı türden daha ucuz bir şeyin ikame edilmesi veya ihtiyacını karşılayacak bu şeyi alması için kendisine para verilmesi koşuluyla o değerli veya pahalı malın haczedilebilmesi olanağı,
- İsviİK m. 191'e göre, borçlunun beyanı ile doğrudan doğruya iflâsın zorlaştırılması,
- İflâsta alınan aciz belgesi ile takip yapılması halinde itirazın zorlaştırılması,
- İmtiyazlı alacakların sınırlanması ile iflâsta alacaklılar arasında eşit muamele ilkesinin vurgulanması,
- İflâsın (tasfiyenin) tatilinden sonra önceki takiplerin canlanması,

- İflâsta aciz belgesine sahip alacaklı için yeni mal edinme halinde bunun tespitine ilişkin dava.

Borçlu bakımından,

- Borcun mevcut olmadığı, itfa, ibra veya erteleme nedenlerine dayanarak takibin her aşamasında menfi tespit davası açabilme olanağı; böylece genel görevli hâkimin takibe her zaman müdahale edebilmesi olanağı,
- Taksitle ödeme sürelerinin uzatılması,
- Aile hukukuna ilişkin nafaka vb. gelirlerin iflâs takibi dışında tutulması,
- Aciz belgesini ortadan kaldırabilme olanağı ve aciz belgesinin zamanaşımına tâbi olması,
- İhtiyati haczin zorlaştırılması,
- İhtiyati hacze karşı yeknesak itiraz davası,
- İptal davasında iptal ve zamanaşımı sürelerinin kısaltılması,
- Özel borçtan kurtulma anlaşması olanağı.

Kanunun borçluyu fazlasıyla koruduğu yolunda şimdiye kadar yöneltilen eleştirilere karşı fazla bir şey yapılmadığı ifade edilmelidir. Örneğin alacağı olan ancak itirazın kaldırılmasını sağlayamayan ve borçlunun sebep göstermeden itiraz ettiği hallerde, borçlunun malları başka alacaklılar tarafından haczedilebildiği halde, alacaklı uzun bir dava yoluna gitmek zorunda kalacaktır. Bu şekilde davranan borçluya karşı alacaklının elindeki araçlar yine çok sınırlı kalmaktadır¹⁹⁰.

Türk Hukuku bakımından bu değişiklikleri nasıl değerlendirmek gerekecektir? Değişiklikler incelenirken önemli görülen konularda Türk Hukuku'ndaki durum açıklandığından burada bir tekrara gidilmeyecek, sadece birkaç husus belirtilecektir.

Yukarıda da belirtildiği ve bizzat İsviçre hukukçularının da ifade ettiği gibi, İsviçre'de yapılan değişiklikler reform niteliğinde olmamış, kısmî bir değişiklik (revizyon) biçiminde yapılmıştır. O nedenle Türk Hukuku'nda

¹⁹⁰ Sprecher/Jetzer s. 68-69.

yakınma konusu oluşturan pek çok sorunun çözümü bakımından kaynak Kanundaki değişiklikler yeterli olmayabilir. Ancak dahil olduğumuz sistem korunarak yeni değişiklikler yapılacak ise kaynak Kanun izlenebilir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, İİK önemli ölçüde kaynak Kanundan ayrılmış ve pek çok konuda “özgün” bir biçim almıştır.

Genel olarak Avrupa’da iflâs kanunlarında değişiklik yapıldığı, bu değişikliklerin de Amerikan iflâs hukuku merkezli olduğu görülmektedir¹⁹¹. Bu konuda Türk kanun koyucusunun izleyeceği yol, seçeceği araçlar mevcut sistemin sorgulanması ile mümkün olabilecektir. Gerçekten gereksinimiz duyduğumuz değişikliklerin neler olduğu herşeyden önce mevcut sistemin sorunlarının ortaya konulması ile mümkündür. Bu konuda ekonomik, sosyolojik ve istatistikî verilerle hareket edilmesi doğru olacaktır. İsviçre kanun koyucusunun iflâs ile ilgili temel bir değişiklik yapmaması, Türk kanun koyucusu için bir gerekçe oluşturmamalıdır. Ancak temel bir değişiklik yapılması gerektiğini söylemek de aynı gerekçelerle doğru olmaz. Çünkü Türkiye’nin ekonomik ve sosyolojik yapısı İsviçre’den oldukça büyük farklılıklar göstermektedir. Buna karşılık İsviçre’de de günümüz iflâs hukuku eğilimleri doğrultusunda alacaklılar arasında gerçek eşitliğin sağlanması, kollektif tasfiyenin amaca daha elverişli hale getirilmesi bakımından iflâsta imtiyazların sınırlandırılması son derece önemlidir. Türk Hukuku bakımından da bu düzenleme önerilebilir.

İsviçre kanun koyucusu, konkordatodan arzulanan ölçüde yararlanılmadığını dikkate alarak özel borçtan kurtulma anlaşması adı altında yeni bir araç düzenlemiştir. Toplu icra (iflâs) alanlarında artık mümkün olduğu ölçüde borçlunun veya ticari işletmenin yaşatılması, yok edilmemesi ve böylece genel ekonomiye ve topluma yarar sağlanması daha öncelikli hedef haline geldiği için kanun koyucular arayış içine girmektedir. Türk Hukuku bakımından da sorun önemlidir. O nedenle başta iflâs nedenleri ve konkordato olmak üzere İİK hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

İsviçre Hukuku’nda sürelerin yeknesaklaştırılması ve böylece bir kolaylık sağlanması, Türk Hukuku bakımından da önerilebilir. Beş, yedi veya on gün gibi farklılıklar yaratmanın anlaşılabilir ve kabul edilebilir bir yanı yoktur. Aksine, bu tür düzenlemeler uygulayıcılara sorun çıkarmaktadır.

¹⁹¹ Bu konuda bkz. *Insolvenzen in Europa, Recht und Praxis* (Hrsg. Uwe **Jahn**), Bonn 1994.

İsviçre’de var olan ve yeni düzenleme ile de daha etkili kullanımı sağlanan icra sicillerinin Türk Hukuku’nda da tutulması önerilebilir. Gerçekten bir borçlunun malvarlığı durumunu hem alacaklısının hem onunla hukukî ilişkiye girecek potansiyel sözleşme tarafının bilmesinde birçok yarar vardır. Güvenli bir bilgi ve örnek alma hakkının ekonominin yararına da olduğu kabul edilmektedir. İİK’nun bu anlamda bir “ekonomi kolluğu” işlevi olduğu ifade edilmektedir ki, kanımızca bu doğru bir yaklaşımdır. Burada borçlunun kişilik haklarının da korunması dikkate alınarak bu sicillerin tutulması ve sicillere aleniyet gücü tanınması gerekir. Hatta kurulacak elektronik bağ ile de alacaklıların borçlular hakkında bilgi sahibi olması sağlanabilir. Unutulmamalıdır ki, özellikle iflâsta “erken uyarı” mekanizması son derece önemlidir. Tutulacak siciller bu anlamda da ciddi bir görev üstlenecektir.

K A Y N A K L A R

- Kurt **Amonn**, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, Festschrift 100 Jahre SchKG, s. 343-354
- Kurt **Amonn**/Dominik **Gasser**, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, sechste Auflage, Bern 1997
- Oğuz **Atalay**, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa'da Takip Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 34-51
- Oğuz **Atalay**, Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir 1996
- Festschrift 100 Jahre SchKG (Hrsg. **Dalleves/Kleinar/Krauskopf/Raschein/Schüpbach** und Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz), Zürich 1989
- Danielle **Gauthey**, Materialien und Literatur zur SchKG- Reform, AJP (Aktuelle Juristische Praxis) 1996/11, s. 1469
- Hans Ulrich **Hardmeier**, Ist unser Insolvenzrecht noch zeitgemaess?, Festschrift 100 Jahre SchKG, s. 19-29
- Insolvenzen in Europa, Recht und Praxis (Hrsg. *Uwe Jahn*), Bonn 1994
- Jaeger/Walder/Kull/Kottmann**, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I- Art. 1-158, 4. Auflage 1997; Band II- Art. 159- 292, 4. Auflage 1997/1999; Band III- Art. 293- 352, 4. Auflage 1997/2001
- Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 1, İstanbul 1988
- Baki **Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 4, İstanbul 1997
- Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara 2002
- Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, gözden geçirilmiş onsekizinci baskı, Ankara 2002
- Timuçin **Muşul**, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, I İcra Hukuku, İstanbul 2001; Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku, II İflâs Hukuku, İstanbul 2002
- Muhammet **Özekes**, İcra İflâs Hukuku'nda İhtiyati Haciz, Ankara 1999
- Selçuk **Öztek**, İcra ve İflâs Hukuku'nda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul 1994
- Hakan **Pekcantez**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986
- Hakan **Pekcantez**, Anonim Ortaklıkların İflâsı, Ankara 1991

- Peter F. **Siegen**/Andrea **Buschor**, Vom alten zum neuen SchKG, Zürich 1997
- Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der
Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel-Genf-München 2000
- Ivo **Schwander**, Überblick über die SchKG-Reform, AJP (Aktuelle Juristische
Praxis) 1996/11, s. 1339-1343.
- Thomas **Sprecher**/Rolf P. **Jetzer**, Einführung in das neue Schuldbetreibungs- und
Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1997
- Karl **Spühler**/Peter **Stücheli**/Susanne **Pfister**, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
I, Zürich 1996
- Bilge **Umar** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973
- Saim **Üstündağ**, İcra ve İflâs Kanunu'nun dünü ve bugünü, İstanbul 1990
- Saim **Üstündağ**, İflâs Hukuku, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. Bası, İstanbul
2002
- Saim **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, yeniden gözden geçirilmiş ve yenilenmiş
7. Bası, İstanbul 2000
- Kâmil **Yıldırım**, İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2002
- Kâmil **Yıldırım**, İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995

NOTERLİK MESLEĞİNE HAKİM OLAN İLKELER

*Doç.Dr. Ömer ULUKAPI**

A. GİRİŞ

Noterlik müessesesinin toplumsal önemi oldukça büyüktür. Zira, her ne kadar kişilerin hakları başta Anayasa olmak üzere kanunlarla teminat altına alınmış ve ihlalleri durumunda mahkemelerin korunması sağlanmış ise de, özellikle özel hukuktan doğan bir çok hakkın etkin olarak kullanılması ve kolayca ihlâl edilememesi karşısında noterlik müessesesi çok önemli bir işleve sahiptir. Başka bir deyişle, mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıkları çözümlendiği halde, noterler, yaptıkları işlemlere resmîyet kazandırmakla, o işlemlerle ilgili olarak uyuşmazlık çıkmasını büyük ölçüde azaltmakta ve çıkan uyuşmazlıkların kolayca çözümlenmesine yardımcı olmaktadır. Böylece noterliğin toplumsal barışa katkıda buldukları söylenebilir. Bu işlevi dolayısıyla noterlik müessesesi tarih içerisinde hemen hemen her toplumda değişik ad ve statülerde yerini koruyagelmiştir.

Noterlik mesleği, diğer mesleklerden farklı olarak bir güven mesleğidir. Bu açıdan noterlik müessesinin yapılanmasında önemli ilkelerin geçerli olduğu söylenebilir. Biz aşağıdaki incelememizde, noterlik mesleğine hakim olan bu ilkeler üzerinde durmak istiyoruz.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

B. NOTERLİK MESLEĞİNE HAKİM OLAN BAŞLICA İLKELER

I. TARAFSIZLIK İLKESİ

Tarafsızlık¹ ilkesi, noterlik mesleğinin esaslı unsurlarındandır; noter tarafsızlığı üzerine yemin eder². Noterler bakımından tarafla (iş sahibi ile) aralarında bir uzlaşma olmaksızın kanun gereği bir yükümlülük şeklinde tezahür eden tarafsızlık, noterlik mesleğini avukatlık mesleğinden ayıran temel noktalardan biridir. Tarafsızlık noter için bir yükümlülük olup³, belli bir somut işlem karşısında noterin davranış biçimini yansıtmaktadır^{4 5}. Bir başka deyişle, noterin bir tarafın temsilcisi olmadığı, bilâkis tarafsız bir şekilde işleme iştirak eden konumunda bulunması en önemli mesleki yükümlülüğü ifade etmektedir⁶. Tarafsızlık, noterin yapması gereken bütün işlem alanlarını kapsayacak tarzda bir nitelik arz etmektedir. Örneğin; bir tasdik prosedürü, bir hukuki işlemin düzenlenmesi, bir emanet bırakma işlemlerinde olduğu gibi⁷.

Tarafsızlık, ispat hukuku anlamında bir “iç” vaktadır⁸, onun ihlâl edildiğinin ispatı genel delil sistemine göre kural olarak mümkün değildir; ancak, noterin tarafsızlığını yitirdiğine bazı emarelerle ulaşabilmek mümkündür. Fakat bu hiçbir zaman tarafsızlığın ölçütünü ortaya koymamaktadır. Mamafih tarafsızlığın içeriğinin belirlenmesinde, işlemin konusu, işleme katılanların durumları ile aralarındaki hukuki münasebetlerinin somutlaştırılması ile mümkündür.

¹ “Tarafsızlık” kavramı, bir negatif (olumsuz) kavramdır. Tarafsızlık, ön yargılılık veya bir tarafa bağlılık kavramı karşısında yer alan bir postulatır (gerçekliktir), bkz. **Rossak**, E., Die Unabh angigkeit und Unparteilichkeit des Notars, Diss., Babenhausen 1986, s. 319.

² **Bohrer**, M., Das Berufsrecht der Notare, München 1991, s. 30.

³ Bkz. **Rossak**, s. 319.

⁴ **Bohrer**, s. 30; **Rossak**, s. 319.

⁵ Noterlerin tarafsız işlem yapacakları, göreve başlarken yaptıkları yemin metninde de yer almaktadır, bkz. **Yılmaz**, E., Avrupa Topluluğu  lkelerinde Noterlik, TNBHD., S. 87, Y. 1995, s. 9-16, s. 14.

⁶ **Haug**, K., Die Amtshaftung des Notars, München 1989, s. 119.

⁷ Bkz. **Bilge**, M. M./**Bozkurt**, H., U.İ.N.L. 1995 Berlin Kongresi 1. Tema “Noterliğin Ulusal ve Toplumsal İşlevi, (TNBHD., S. 86, Y. 1995, s. 39-50), s. 42.

⁸ **Rossak**, s. 335.

Tarafsızlık esas itibarıyla bir tarafla şahsi ilişki⁹ ve eşyayla bağlantısının bulunmaması şeklinde iki yönde oluşmaktadır. Bunlara şahsi ve maddi tarafsızlık kavramları adı da verilmektedir. Bunlardan şahsi tarafsızlık, taraflar ve onların menfaatlerine hizmet eden mesafede bulunmamaktır. Örneğin; taraflarla noter arasında akrabalık, nişanlılık, arkadaşlık, düşmanlık ilişkisinin bulunmaması gibi. Maddi tarafsızlık, taraflar dışında iş sahiplerinin işlem konusu yaptıkları işle noterin hiçbir ilişkisinin bulunmamasını içerir¹⁰.

Tarafsızlık, noterin yalnızca karşılıklı ihtilâflı menfaatlerin sağlanmasında değil, bilâkis tasdik işlemlerinde dahi “*hata ve şüpheden sakınma*” şeklinde bir meslekî davranış tarzını ifade etmektedir. Alman hukukunda kazaî içtihatlarda “*genişletilen talimat yükümlülüğü*” kavramıyla tarafsızlığın sosyal devletin yönlendirdiği himaye yükümlülüğünün bir sonucu olduğu ifade edilmiştir¹¹. Bu yönüyle tarafsızlık sadece yargılama hukuku karakteriyle değil, bilâkis bir noterlik müessesesi olarak sosyal yükümlülükleri hukuk düzeni tarafından çizilmiş kurallara dayanmaktadır. Tarafsızlık ilkesinin bir değer olarak bu yeni içeriği dikkate alındığında, zayıfın menfaatlerinin korunması, tüketicinin korunması gibi değerler burada dikkate alınarak tarafsızlığın sınırı her bir olayda ayrı ayrı tespit edilmelidir¹².

Taraflılık görünümünden sakınma yükümlülüğü, bu konudaki maddi emarelerin bilinmesi ve/veya genel hayat tecrübelerine dayanılarak tespit edilmiş olması halinde mümkündür. Burada subjektif ve objektif vakıalar arasında bir örtüşme söz konusu değil, bilâkis objektif vakıaların değerinde ve seçiminde “*doğruluk*”tur.

Kanun koyucu noterlik hizmetlerinin yürütülmesinde tarafsızlık ilkesini somut bir genel kuralla düzenlemeye tâbi tutmuştur¹³. Nitekim, belli istisnalar

⁹ Tarafsızlık, aynı zamanda kişisel bağımsızlığın yapı taşı olarak gösterilmektedir, bkz. **Rossak**, s. 297.

¹⁰ Bkz. **Rossak**, s. 338.

¹¹ **Keim**, B., Das notarielle Beurkundungsverfahren, Methodik und Praxis, München 1990, s. 12; **Bohrer**, s. 31.

¹² **Bohrer**, s. 31; öğretilde **Rossak**, tarafsızlık ilkesinin notere, sosyal bakımdan zayıf tarafın korunmasını güvence altına almak değil, bilâkis notere somut işlem durumlarında işleme katılarak, tecrübeli (deneyimli) kişi (örneğin; avukat gibi) karşısında direnişli bir partner olabilmeyi sağlama amacı taşıdığını ileri sürmektedir, **Rossak**, s. 345.

¹³ Alman hukukunda noterin tarafsızlığına ilişkin normatif hükümlere yer verildiğini görmekteyiz. Alman Noterlik Kanunu (Bundesnotarordnung) §§ 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, c.

dışında hiçbir hizmet veya görevin noterlikle bağdaşmayacağı hükmü (NK.m.50/I) bu ilkeyi düzenlemektedir. Öte yandan, Noterlik Kanunu'nda noterin tarafsızlık ilkesini zedeleyebilecek tutum ve davranışlar bağlamında somut hükümlere de yer verilmiştir¹⁴. Nitekim, Noterlik Kanununun 76 ncı maddesi noter, tanık, tercüman ve bilirkişilerin aşağıdaki durumlarda noterlik işlemine katılamayacaklarını belirtmiştir:

- (1) Noterin kendisi bizzat ilgili ise veya bir ilgili onun vekili olarak hareket ediyorsa¹⁵,
- (2) Aralarında evlilik birliği kalmamış olsa bile ilgililerden birinin karı veya kocası ise,
- (3) İlgililerden biri ile aralarında sıhrî dahi olsa usul veya fûru yahut kan hısımlığında üçüncü sıhrî hısımlıkta ikinci derecede (bu dereceler dahil) civar hısımlığı veyahut da evlat edinme ilişkisi varsa,
- (4) İlgililerden biri noterin katip ve hizmetlisi ise,

2'de noterin yükümlülüğünü tarafsız bir şekilde yerine getirmesi, noterin bir tarafın temsilcisi değil, bilâkis bütün iştirak edenlerin tarafsız danışmanıdır. § 16 Abs. II gereğince, noter, bir tarafa bağlılıktan dolayı reddedilebilir (Rossak, s. 324, 347).

¹⁴ Benzer düzenlemeler diğer hukuk düzenlerinde de mevcuttur, bkz. Carlen, L., Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976. s. 118-119.

¹⁵ Yarg. 13.HD., 23.3.1985 T., E. 1985/399, K. 1985/1945: "Gerçekten Noterlik Kanununun 76. maddesinin 1. bendinde noterin kendisi ilgili ise veya ilgili onun vekili olarak hareket ediyorsa noterin, noterlik işlemine katılamayacağı öngörülmüştür. Ancak ayrı Yasanın 72. maddesinin 2. fıkrasında ilgilinin kim olduğu belirlenmiştir. Bu hükme göre ilgili, belgelendirme isteğinde bulunan kişidir. O halde Noterlik Kanununa göre olayda ilgili, tahliye taahhüdlerinde bulunan kiracı yani davacıdır. Davalı noter bu işlemde bizzat ilgili durumunda değildir ve ilgili olan davacı, noterin vekili olarak da hareket etmemiştir. O halde noterin kiralayanın umumi vekili olması ve onun kira işleri ile ilgilenmesi 76. madde anlamında ilgili sayılmasını gerektirmez. Bu nedenle dava konusunu teşkil eden tahliye taahhüdünün 76. maddenin 1. fıkrası kapsamı içinde kaldığı kabul edilemez. Öte yandan Noterlik Kanununun 76. maddesinin 6. bendi gereğince noterlik işlemi noter yararına veya maddede belirtilen akraba ve hizmetlileri yararına bir tasarrufu kapsıyorsa noterin bu halde de noterlik işlemine katılması yasaklanmıştır. Olayda tahliye taahhüdü doğrudan kira akdinde taraf olan kiralayan yararındadır. Bu taahhüt münderecatı itibarıyla noterin ya da başka bir üçüncü kişinin yararına bir şart veya tasarrufu kapsamamaktadır. Noterin tahliye edilecek yeri ileride arşiv olarak kiralamayı düşünmüş olması, işleme noter yararına yapılmış tasarruf niteliğini vermez" (YKD., 1986/2, s. 256-257).

- (5) İlgililerden biri aralarında 2, 3 ve 4 üncü bentlerde yazılı kişiler bulunan bir şahsın vekili olarak hareket ediyorsa,
- (6) Noterlik işlemi kendi yararına veya aralarında 2, 3 ve 4 üncü betlerde yazılı kişiler bulunan bir kimse yararına bir tasarrufu kapsıyorsa,

bu durumlar şahsında tecelli eden noter, tanık, tercüman veya bilirkişi o işleme katılamaz¹⁶.

Öte yandan Noterlik Kanunu tanıklar açısından bunlarla yetinmeyerek, bazı kimselerin de tanıklık yapamayacağını özel olarak (NK.m.78) düzenlemiştir. Buna göre:

- (1) Reşit olmayanlar,
- (2) Mahcurlar,
- (3) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre yeminli tanık olarak dinlenmeleri mümkün olmayanlar (HUMK.m.245-247),
- (4) Noterin kâtip ve hizmetlileri, noter işlemine tanık olarak katılamazlar¹⁷.

Noterlik Kanununda yer alan bu yasaklılık durumlarının yanında, herhangi bir işlemle ilgili olarak özel kanunlarda ilgili işleme münhasır olarak getirilen yasaklılık halleri de geçerlidir. Nitekim Yargıtay da bir kararında¹⁸ Medeni Kanunun vasiyetnamenin düzenlenmesi ilişkin eski 483 üncü maddesinin (şimdi MK.m.536/I ve II), işlemlerde yasaklılığa ilişkin Noterlik Kanununun 76 ve 78 inci maddelerine oranla daha özel nitelikte olduğu ve bu nedenle öncelikle uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

¹⁶ Bkz. **Kayabekman, A.**, Noterlik Mesleğinde Tereddüt Edilen Konular, TNBHD., S. 3, Y. 1974, s. 14-15.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şener, E.**, Noterlik Kanununa Getirilen Yeni Hükümlerin Bir Kısım Üzerinde Düşünceler, TNBHD., S. 19, Y.1978, s. 7-10; **Soner, L. F.**, Noter İşlemlerinde Tanık, TNBHD., S. 13, Y. 1977, s. 44-46; **İdikut, N. C.**, Noter İşlemlerinde Tanık, TNBHD., S. 62, Y. 1989, s. 37-42.

¹⁸ Yarg. 2. HD., 25.05.1978 T., E.1978/2992, K.1978/4111 (YKD., 1979/11, s. 1554).

II. DÜRÜSTLÜK İLKESİ

Noter, görevini yaparken bulunduğu konum ve mesleğinin gereklerini bilmek, bunları dürüst bir biçimde uygulamakla da yükümlüdür¹⁹. Dürüstlük, sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmama anlamına gelir²⁰. Dürüstlük ilkesi ise, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde, hukuka, bir toplumda benimsenen ahlâk anlayışına, örf ve âdet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafından bulunanlarda varlığı olağan olan güven duygusunu zedelememeyi öngören kuraldır²¹.

Dürüstlük ilkesi Medeni Kanunun 2. maddesinde, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*” şeklinde belirtilmiştir. Bu ilke, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken ortalama zekâ seviyesine sahip, makul, dürüst ve güvenilir bir insandan aynı hal ve şartlar altında beklenebilecek şekilde hareket etme zorunluluğunu ifade eder. Bu ilke, hem hukukî hem de etik (ahlâkî) nitelik taşır. Temelini güven düşüncesinde bulur. Dürüstlük ilkesi, her ne kadar Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenmişse de, bir hukuk düzeninin bütün alanlarında geçerli olan bir ilkedir. Dürüstlük ilkesine aykırı davranışın sonucu “*hakkın kötüye kullanılması*”dır.

Dürüstlük ilkesi, kamuya açıklık karşısında bilhassa kamu hizmetini yerine getiren meslek sahiplerinin durumuyla doğrudan ilgilidir. Bu bağlamda, her kimse haksız amaçla sonuç almak ya da himaye isterse noter bu talebi reddetmelidir^{22 23}. Noterlik mesleğinde dürüstlük genel olarak etik (ahlâkî) bir kavram arkasında “*uygulanan bir insan hakkı olduğu*”nu ortaya koymaktadır²⁴. Bu ifadeden dürüstlük ilkesinin içeriğinden yasal bir

¹⁹ Keim, s. 14.

²⁰ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 1974, s. 250.

²¹ Arslan, R., Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 23.

²² Bohrer, s. 33.

²³ Dürüstlük ilkesine uymak, bir güven mesleğini ifa eden noterler için bir yükümlülüktür. Geniş anlamda yükümlülük, hukuk düzeninin veya toplumda geçerli ahlâk anlayışının emirlerinin kişilere yüklediği ödev anlamına gelir. Bu anlamda yükümlülüğün yerine getirilmemesi (ihlâli) ya hukukî sorumluluk doğurur ya da mevcut hukukî sorumluluğun genişlemesine yol açar.

²⁴ Bohrer, s. 33.

zorunluluk olduğunun kabul edilmesi çıkarılabildiği durumlarda, tüm meslek sahipleri için genel bir sınırlamanın getirildiğini kabul etmek gerekir. Nitekim, avukatlık, hâkimlik mesleğini icra edenler açısından böyle bir sınırlama mevcuttur.

Noterlik “doğruluk karinesi”nden yararlanan mesleklerdendir. Bu nedenle noterlerin, kollektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekmektedir.

Noterlik dürüstlük mesleğidir. Güvenli, açık ve temiz bir ilişki içinde bulunmayı gerektirir. Noter, şahıs olarak kendisine duyulan güveni ispatlamalıdır²⁵. Bunun gereği olarak taraflar ve üçüncü kişiler nazarında bu güveni tesis etmelidir. Taraflar (iş sahipleri) bakımından, yapılan işin hukukî sonuçları ve etkileri hakkında bilgi vermelidir²⁶. Gerektiğinde uyarıcı ikazlar yaparak tarafları yönlendirmelidir. Özellikle taraflara zarar verebilecek işlemler bakımından hukukî sonuçları mutlaka kendilerine hatırlatılmalıdır²⁷. Bu noterlerin tarafları aydınlatma yükümlülüğünün bir sonucudur.

Aynı şekilde noterlerin kanuna uygun şekilde senet tanzim etme, kanunun emredici hükümlerine uyma (NK.m.53) şeklindeki somut düzenlemeler, üçüncü kişinin zarar görmesini önleme hususunda mesleğin oluşturduğu güven unsurunun bir tezahürüdür. Özellikle üçüncü kişileri aldatmaya yönelik davranışları önleme bağlamında reklâm yasağı da buraya dahildir. Zira, Noterlik Kanununun, noterlik görevi ile birleşmeyen ve noterlerin yapmaktan yasaklı oldukları işler başlığını taşıyan 50 nci maddesinde, noterlerin reklam niteliğinde bir eylemde bulunmalarının yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, bir meslek statüsünde uygulama alanı bulan dürüstlük ilkesi noterlerin birbirlerine karşı yükümlülükler bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Örneğin; kanun koyucu açıkça Noterlik Kanunun 50 nci maddesi anlamında, “kendilerine ait ücretlerden herhangi bir şekilde indirim yapamayacakları”, “aracı kullanamayacakları”na ilişkin düzenlemeler bu ilkenin bir tezahürüdür.

²⁵ Bohrer, s. 34.

²⁶ Carlen, s. 121.

²⁷ Bkz. Carlen, s. 121; Bilge/Bozkurt, s. 43.

III. GÜVENİLİRLİK İLKESİ

Güvenilirlik, tarafsızlık ve dürüstlük gibi doğrudan davranış yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Güvenilirlik somut bir davranış tarzı olduğu kadar özünde bir etik (ahlâki) değer taşımaktadır. Noterlik mesleğinin temel ilkelerinden biri de güvenilirlik ilkesidir. Noterlik bir güven ilişkisine dayanmakta, noterlerin düzenlemiş oldukları senetlere resmîyet tanınması bu ilkenin bir tezahürüdür.

Noterin mesleğini ifa ederken bu güvenilirlik yapısını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlarından sakınmayı gerektirir. Hukuk sistemlerinde noterler açısından getirilmiş bazı düzenlemeler güvenilirlik ilkesinin bir tezahürüdür.

Noterlik mesleği bir güven müessesidir²⁸. Bu güven ilişkisinin tezahürü gerek işlem sahipleri gerek üçüncü kişiler karşısında aynı değerde geçerlidir. Nitekim noterler (ve noter katipleri) görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları²⁹, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar (NK.m.54). Noterlerin sır saklama yükümlülüğü, noterlik evrak ve defterlerine geçirilsin veya geçirilmesin, noterin görevi dolayısıyla öğrendiği bütün sırlar açısından geçerlidir. Bununla birlikte, noterlik evrak ve defterleri açısından bu yükümlülük (NK.m.55) ayrıca düzenlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlâli durumunda noterin disiplin ve cezaî sorumluluğu yanısıra hukukî sorumluluğunu doğurur³⁰.

Öte yandan, Noterlik Kanununun 76 ncı maddesinde belirtilen noter veya noter yanında çalışan kişilerin noterlik işlemine katılamayacaklarına ilişkin düzenleme tarafsızlık ilkesinin yansıması kadar aynı zamanda güvenilirlik ilkesinin de bir sonucudur³¹.

²⁸ Weingaertner, H., Vermeidbare Fehler im Notariat, 5. Aufl., Köln 1999, s. 13.

²⁹ Bohrer, s. 37.

³⁰ Ulukapi, Ö./Atalı, M., Noterlik Hukuku, B. 2, Konya 2001, s. 82-83.

³¹ Alman hukuku için bkz. Bohrer, s. 37.

IV. BAĞIMSIZLIK İLKESİ

Noterlik mesleğinin ifasında bağımsızlığın ayrı bir anlamının bulunduğunu öncelikle belirtmek gerekir. Bağımsızlık³² kavramının her meslek yapısında farklı algılamalara neden olduğu bir gerçektir. Başka bir deyişle, bağımsızlık kavramının içeriğinin doldurulması her meslek grupları için farklı farklı anlama sahip olduğunu söylemek mümkündür³³. Şüphesiz noterin bağımsızlığının irdelenmesinde noterlik müessesesinin hukuk düzenlerindeki yapısıyla da yakından ilgili olduğunu da unutmamak gerekir.

Noterin bağımsızlığını, devlet karşısında bağımsızlığı ve kişisel bağımsızlık olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan devlet karşısındaki bağımsızlığını da şahsî devlet bağımsızlığı ve maddi devlet bağımsızlığı şeklinde bir ayrıma tâbi tutulabilir. Kişisel bağımsızlığı da, şahsi ve maddi kişisel bağımsızlık şeklinde ifade edilebilir³⁴. Bunlardan noterin şahsi devlet bağımsızlığı, noterin devlet organizasyonu altında temel haklarını ifade etmektedir. Maddi devlet bağımsızlığı ise, talimat ve muamele özgürlüğü esasını içermektedir. Noterin şahsi kişisel bağımsızlığı, noterin taraflarla (iş sahipleriyle) ne eşit ne hukukî veya gerçek bağlılık olayına işaret etmektedir. Maddi kişisel bağımsızlık ise, taraflarca notere karşı talimatın bağımsızlığını ifade etmektedir. Bu prensip, noterin kanunlar çerçevesinde, iştirak edenlerin üzerinde mutabakata vardıkları talimatın yerine getirilmesi esaslarıyla sınırlıdır³⁵.

Noterlik bir kamu hizmeti olup, bunu Noterlik Kanununun 1 nci maddesinde kanun koyucu açıkça vurgulamıştır. Bir kamu hizmeti gören ve hizmet yönünden Devlet'e bağlı bulunan, noterlerin kendine özgü bir statüsü

³² Bağımsızlık kavramı, herşeyden önce bir ilişki kavramıdır; diğer yandan, bir olumsuz kavramdır. Bu kavram, her bağımlılık kavramı karşısında durma ve bir reddi ifade etmektedir. Buna göre bağımsızlık, bir bağlantının reddi anlamına gelmekte ve pozitif olarak da özgürlük anlamına gelmektedir (Rossak, s. 178). Öte yandan bağımsızlık, bir fonksiyonel ve statüye bağlı bir kavramdır, bu onun içeriğini ve sınırlarını çizmektedir (Rossak, s. 206).

³³ En geniş anlamıyla devlet idaresi karşısında noter ve resmî bir organizasyonun (dairenin) bağımsızlığı amaçlanmakta, bu noterlik hukukunda da hakimler ve mahkemeler gibi benzer söylemlere sahiptir, bkz. Rossak, s. 147.

³⁴ Söz konusu kavramlar ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rossak, s. 230 vd.

³⁵ Rossak, s. 301.

bulunmakla beraber, kamu kesiminde görev yapan tüm görevlileri kapsayan geniş anlamda kamu görevlisi kavramının noterler açısından da geçerli olması karşısında, noterin bağımsızlığını kanun tarafından sınırları çizilmiş, hakimın bağımsızlığına benzetilebileceği ileri sürülmüştür³⁶. Ancak, noterlerin Adalet Bakanlığınca atanmaları, aynı Bakanlıkça işten el çektirilmeleri Adalet Bakanlığını noterlerin işvereni statüsüne sokmaktadır. Öte yandan, noterler, kamu kurumu niteliğinde ve tüzel kişiliğe haiz Türkiye Noterler Birliğine bağlıdır. Adalet Bakanlığının yanısıra Türkiye Noterler Birliğinin de emir, talimat ve genelgelerine uymak durumunda bulunan noterlerin mesleklerini yürütmeye bağımsız olduklarını söylemek mümkün değildir³⁷. Noterlerin meslek olarak statüsel bağımsızlığından söz etmek mümkün değilse de³⁸, gerek noterin görevini yerine getirmede³⁹ ve gerekse göreve yönelik şahsi bağımsızlığından söz etmek mümkündür^{40 41}.

Noterlerin ekonomik bağımsızlığından da söz etmek mümkün değildir. Çünkü, serbest meslek faaliyeti tanımlamalarında, ekonomik bağımsızlık belirleyici nitelik olarak yer almakta ve mesleği bağımsız icra için ekonomik bağımsızlık gereklidir. Her ne kadar Noterlik Kanununun 163 üncü maddesinde noterlikten bir meslek olarak bahsedilmişse de, bunun bir serbest meslek olduğunu söylemek oldukça zordur⁴². Zira noterler istedikleri yer veya yerlerde iş göremezler, istedikleri ücret veya fiyatla iş yapamadıkları gibi kendilerine ait ücretten de indirimde bulunamazlar (NK.m.50/III). 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 66 ncı maddesinde noterler serbest meslek erbabı olarak kabul edilmişse de, bu kabulün münhasıran gelir vergisinin uygulanması ve tahsili yönünden geçerli olduğunu, dolayısıyla Kanunun noterleri serbest meslek faaliyeti olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bütün bu

³⁶ Bohrer, s. 45.

³⁷ Toygar, K., Serbest Meslek mi, Kamu Hizmeti mi? TNBHD., S. 3, Y. 1974, s. 9-12, s. 10.

³⁸ Bu Türk hukuku ile buna benzer noterlik mesleğinin düzenlemeleri karşısında geçerlidir. Buna karşılık, noterlik mesleğinin serbestçe yerine getirilebildiği sistem ya da noterlik kurumlarında, statü olarak noterlerin bağımsızlığından söz etmek mümkün olacaktır. Nitekim, Almanya'da geçerli bulunan Avukat Noterler bakımından, tıpkı avukat mesleğinde olduğu şekilde statüsel olarak noter bağımsızlığından söz edilebilir.

³⁹ Bilge/Bozkurt, s. 42.

⁴⁰ Rossak, s. 178-179.

⁴¹ Benzer görüş, Alman hukukunda da geçerlidir, bkz. Rossak, s. 147.

⁴² Ulukapi/ Atalı, s. 10.

tespitler karşısında noterlerin ekonomik bağımsızlığından söz etmek mümkün değildir⁴³.

Öte yandan, noterin Devlet'e karşı bağımsızlığından söz etmek mümkün değildir⁴⁴. Zira, noterlerin Adalet Bakanlığına bağlı olması ve onun emir ve talimatları ile genelgelerine uymak zorunda kalmaları bu hususu kanıtlamaktadır. Ayrıca ihtiyaç duyulan noterliklerin sayısının Türkiye Noterler Birliğinin mütalaası alınarak bizzat Adalet Bakanlığı'nca belirlenmesi ve noter atamalarının bizzat aynı Bakanlıkça gerçekleştirilmesi karşısında tamamen idari yetki içerisinde oluşan birer idari tasarruflardır. Bu çerçevede noterlerin Devlet'e karşı bağımsızlığından söz edilemez. Oysa, noterin devlete karşı bağımsızlığının içinde noterin meslekî faaliyetinin her aşamasında, devletten gelecek etki ve baskılardan uzak tutulması da yer almaktadır. Olması gereken hukuk açısından beklenen düzenleme bu doğrultuda olmalıdır.

Bağımsızlık, noterlere görevleri sırasında doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı ya da müdahale getirmeksizin, bağımsızlığını garanti eden, eşitliğe dayalı, adli, idari, hukuki ilkelerinin konulması ve korunması demektir. Noterin görevini yerine getirmede bağımsızlığından söz etmek mümkündür. Nitekim, noterlerin düzenlemiş oldukları senetlerin resmî senet olarak kabul edilmesi ve kanunlarca verilen yetki çerçevesinde bu işlemleri yapabilmeleri ve onlara hukuk düzenince geçerlilik tanınması bunun kanıtlarıdır. Noterin resmî bağımsızlığının himayesi altında bir hukuki hükümün yorumlanmasında onun tarafından hukukun uygulanması söz konusudur⁴⁵. Bir işlemin hatalı ya da eksik yapılmasından dolayı ortaya çıkan zarardan bizzat ve doğrudan noterin sorumlu olmasının (NK.m.162) kabul edilmesi bu bağımsızlığın bir göstergesidir. Ancak, noterlerin, Adalet Bakanlığı'nın yanısıra Türkiye Noterler Birliğinin de emir ve talimatları ile genelgeleri doğrultusunda hareket etmek zorunda kalmaları neticesinde bu

⁴³ Buna karşılık, Almanya'da olduğu şekilde Avukatlık mesleği yanında Noterlik mesleğini ifa eden Avukat Noterler açısından, Avukatlık hukuku prensipleri geçerli olduğu ve avukatların da ekonomik bağımsızlığı gözönüne alındığında, bir ekonomik bağımsızlıktan söz etmek gerekecektir.

⁴⁴ Noterin olağan/genel denetim dışında Adalet Bakanlığına karşı bağımsız olduğu konusunda bkz. **Yılmaz**, s. 14.

⁴⁵ **Bohrer**, s. 46.

bağımsızlığın zedelendiği sonucuna yol açmaktadır. Oysa noterler, konumları ve işlevleri itibariyle hukukî barışa katkıda bulunan ve dolayısıyla kamu hizmeti ifa eden kişiler olarak, kendilerinden beklenen bu amacın gerçekleşmesi için gerçek bağımsızlığının tesisi olması gereken hukuk açısından özlenilen bir durumdur⁴⁶.

Noterlerin göreve yönelik şahsi bağımsızlığının bulunduğunu da belirtmiştik. Ancak bu şahsi bağımsızlık meslekî temel hak ve prensiplerle sınırlandırılmıştır⁴⁷. Noterlerin şahsi bağımsızlığından anlaşılması gereken husus, görev süresi belli olan ve kendi istemedikçe yeri değiştirilemeyen bir konumda bulunmalarındır. Nitekim, Türk hukukunda kanun koyucu noterlerin altmışbeş yaşında emekliye sevkedileceklerini (NK.m.56; 165/II), dolayısıyla noterlik görevinin sona ereceğini ifade etmiştir. Yine kendi isteklerine bağlı olarak bir noterliğe atanma veya nakledilmelerine ilişkin hükümler (NK.m.27; 29) yer almaktadır⁴⁸. Öte yandan, Türk hukukunda noterlerin “azledilmeye” yönelik bir şahsi bağımsızlığı mevcut değildir. Her ne kadar noterlerin noterlik mesleğinden çıkarılmaları (NK.m.126/E) ancak haklarında yapılacak bir disiplin kovuşturmasına bağlı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, Noterlik Kanununun 196 ıncı maddesinde açıkça “...adalet müfettişleri tarafından yapılan teftişler sonunda hakkında düzenlenen birbirini izleyen son iki hâl kağıdında meslekte yeterli olmadığı belirtilmiş ve son teftiştten itibaren en az altı ay hizmet gördükten sonra yaptırılacak üçüncü teftişte de adalet müfettişinin meslekte yeterli olmadığı kesin kanısına varmış olması halinde Adalet Bakanlığınca görevine son verilir” hükmüyle azledilmeye yönelik şahsi bağımsızlığın bulunmadığına açıkça yer vermiş bulunmaktadır. Alman hukukunda da, bir noterin şahsî yeterliliğinin veya görevini yerine getirip getirmediği Adalet Bakanlığının takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilmekte ve karar verilmektedir⁴⁹.

⁴⁶ Aynı doğrultuda bkz. **Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Noterlik**, s. 7.

⁴⁷ Bkz. **Rossak**, s. 231.

⁴⁸ Benzer hükümler Alman hukuku için de geçerlidir, bkz. **Rossak**, s. 232.

⁴⁹ Bkz. **Rossak**, s. 232.

Öte yandan, hukukumuzda noterin birlikte çalışanlar bakımından bağımsızlığından söz etmek mümkün değildir⁵⁰.

C. SONUÇ

Günümüzde toplumların sosyo-ekonomik yapısındaki hızlı değişim ve gelişim karşısında noterlik müessesesinde bu değişikliklere ayak uydurması kaçınılmazdır. Aksi takdirde noterlik müessesesi bunun gerisinde kalır ve bu müesseseden beklenen amaç gerçekleşmez. Bu durum gözönüne alındığında, her müessesenin olduğu gibi noterlik müessesesinin toplumun ve çağın gerisinde kalması beklenemez. Özellikle Ülkemizin Avrupa Birliğine giriş sürecine dahil olduğu bu dönemde hem Avrupa Birliği hukukuna hukukî yapının uyumlaştırılması ve dolayısıyla noterlik hukuku alanında da uyum sağlamak, hem de sosyo-ekonomik yapıımızdaki hızlı değişimi bu alanda da karşılamak ve toplam hizmet kalitesini yükseltmek başlıca hedeflerdendir. Bu da ancak yukarıda belirttiğimiz noterlik mesleğine hakim olan ilkeler doğrultusunda gerçekleşebilir.

⁵⁰ Buna karşılık, Alman hukukundaki gibi “noter ortaklığı” şeklinde oluşan noter biçiminde, noterin birlikte çalışan ortaklarıyla bir bağımsızlığı söz konusudur, bkz. **Rossak**, s. 183-184.

**KURU/ARSLAN/YILMAZ'IN
İCRA VE İFLÂS HUKUKU DERS KİTABI
ÜZERİNE GÖZLEMLER (15. Basım)**

*Prof.Dr. Bilge UMAR**

I. SUNUŞ

Türk Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku bilim dalının en kıdemli ve en üretken emekçilerinden, hatta doğrusu en üretken emekçisi Prof. Dr. Baki Kuru hocamızın 75. yaşını kutluyor ve kendisine sağlık, mutluluk içinde bilimsel üretimle geçecek daha nice yıllar diliyorum.

Kuru hocamız, bu bilim dalının her iki parçasında Fransızların *traité*, İngilizlerin *treatise*, Almanların *Abhandlung* dediği, bizde yerleşmiş adı bulunmayan türün (yâni, bilim dalının tüm kapsamında genişlemesine ve derinlemesine inceleme sunan, dalı bütünü ile işleyen; Fransızcadaki *traiter* fiilinin “işlemek” anlamıyla bağlantı göstererek kullanılan *traité* adı buradan geliyor) en başarılı örneklerini vermiştir: 2001’de yapılan 6. basımı 6 cilt içinde 5843 sayfa tutan Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı yapıt ve 3 ciltte 3084 sayfadan oluşan İcra ve İflâs Hukuku (c. I, 1988; c. II, 1990; c. III, 1993). Bu bilgi ve malzeme birikimi sâyesinde, sâdece ders kitabı için gerekli olacak içeriği bulunan birer öğrenci kitabını da başarı ile hazırlamış idi; bunların yeni basımlarını, kendisinin emekli olması sonrasında, kürsüsündeki hayr-ül halefleri değerli meslekdaşlarımız Prof. Dr. Ramazan Arslan ile Prof. Dr. Ejder Yılmaz yayınladılar (son basımları: Medenî Usul Hukuku-Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. bsl., Ankara 2002; İcra ve İflâs Hukuku-Ders Kitabı, Genişletilmiş 15. bsl., Ankara 2002).

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Ben şimdi Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, kendi dalımızda ders kitabı olarak, bu iki kitabı kullanıyorum. Öğrencilerimiz elbette ki var olan diğer kitaplardan yararlanmakta özgürdür; sınavda başarı kazanması için gerekli olan, öğretimimizin tüm Hukuk Fakültelerinde ortak içeriğini, dilediği kaynaktan bilincine aktarabilir ve çeşitli kaynaklardan yararlanması, alkışlanacak bir tutumdur. Kaldı ki bizim Üniversitemiz, hafız formasyonu vermenin şiddetle karşısındadır ve araştıran, teşhiste bulunabilen, çözümü görebilen hukukçular yetiştirmeyi amaç edinmiştir. Bu yüzden bizde yıl sonu sınavında öğrenci dilediği kitabı, yasayı yanında getirebilir ve onlara bakabilir; ama elbette ki *sınav soruları da ona göre sorulur*. Bunlar genellikle, Ahmet'in karıştığı bir olayın anlatılması ve sonra "Ahmet sizin Avukat yazıhanenize geldi, size şunları sordu" diye soruların sıralanması içeriğindedir.

Sözünü ettiğimiz iki ders kitabı her basımı itibariyle her yönden üstad işidir. Yine de, kuşkusuz, yaptığı binlerce açıklama ve görüş ayrılıkları bulunan pek çok konuda savunduğu görüşlerin istisnasız tümü yönünden diğer bir usul - icra iflâs hukukçusunun (benim ya da başkasının) kitapta her söylenene katılacak olması beklenemez; bazı konularda değişik görüşlerin savunulabilmesi doğaldır. Ayrıca üç beş yerde dalgınlığa düşülmüş yâni pek iyi bilinen bir kuralın tersinin her nasılsa söylenebilmiş olması yahut yasalarda yapılan bir değişikliğin atlanmış olması da her hukuk kitabında görülebilecek şeydir. Bu hal dolayısıyla ben vaktiyle, "Kitabın daha sonraki basımlarında göz önünde tutulursa yazarın kendisi dahi söylediklerimin bir kısmını doğru bulabilir, kitabın yeni basımlarının daha sağlam dokuda olmasına hizmetim geçer" diyerek, ustam (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yetiştirdiğim kürsünün başkanı) Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'nun "İcra Hukuku Esasları" kitabı üzerine uzunca bir yayın kroniği yazmıştım (İHFM 1967 c. 33 No. 3-4'de yayınlandı). Aynı şeyi, şimdi, yeni Fakültemin çıkarmaya hazırlandığı dergide yayınlanacak bir yayın kroniği ile, Prof. Dr. Kuru hocamızın Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı'nın sonuncu yâni 14. basımı için yapmak istedim; o yazıyı hazırladım ve Dekanlığımıza verdim. Kuru kocamızın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı'nın sonuncu yâni 15. basımı için de şimdi, Kuru Armağanı'nda yayınlanmak üzere bu yazı hazır edilmiş ve arada İİK'nun değişmesi üzerine yazı yeniden gözden geçirilip gerekli düzeltmelerin yapılmasına gayret edilmiştir.

II. BİÇİMSEL ÖZELLİKLER ÜZERİNE GÖZLEMLER

Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı'nda olduğu gibi, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabında da, iyi cins kâğıda yapılan son baskı dahi özenlidir ve bilgisayarda 12 punto Times New Roman fontu kullanılarak dizildiği için (ders kitaplarında genellikle 10 puntoluk daha küçük karakterler kullanılır ve kâğıt az gitsin diye satır aralıkları da dar tutulur) okuyucuya, belki lüks denecek kadar, okuma rahatlığı sağlıyor. Son basım 819 sayfa tutmuştur, ancak asıl ders kitabı bölümü 712 sayfadır; kalanı takip talebi örneği, ödeme emri örneği gibi örnekler, kaynakça ve adlar göstergesinden oluşuyor.

Yazım yanlışı pek azdır (s. 539-541'de 5 kez aciz yerine âciz yazılması gibi). Bunlardan yalnız bir tanesi üzerinde durmak istiyorum.

Arttırma sözcüğü kim bilir hangi zarif İstanbul beyefendisinin icadı olan bir yazımla, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde olsun İİK metninde (m. 114, 115, 116 vs.) olsun “arttırma” biçiminde, tek t ile yazılmıştır ve Kuru hocamız da bu yazıma uymaktadır¹. Oysa diğer öğreti yapıtlarında, özellikle de İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin yazdıklarında, doğru olarak “arttırma” yazımı kullanılıyor².

Doğru yazımın “arttırma” olduğundan hiç kuşku duymamalıdır. Çünkü Türkçede fiili ettirgen hâle getirmek için; fiilin edilgen durumundaki kök bölümüne dirmek/tirmek takısı eklenir (bu takı, ses uyumu kuralı gereğince, dırmak/tırmak, durmak/turmak, dürmek/türmek biçimlerini de alabilir). Ekleme yapılıncaya, bu takıyı alan fiil kökünün son sesi, düşmez, atılmaz: al-

¹ Örneğin İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 15. bsl., s. 68 ortası. Diğer Ankaralılar da, Ejder **Yılmaz** dışında, bu zarif yazıma düşkünlük gösteriyorlar; örneğin Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. bsl., Ankara 1960, s. 134-135 vs.; Ramazan **Arslan**, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 52-53 vs.; keza Doktorasını Ankarada yapan Hakan Pekcanitez: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku - Temel Bilgiler, Ankara 2001, s. 72-73 vs.

² Örneğin **M. R. Belgesay**, İcra ve İflâs Hukuku, Sentetik Bölüm, c. II, 2. bsl., İstanbul 1953, s. 132 ortası; İlhan E. **Postacıoğlu**, 538 Sayılı Kanunun İİK'na Getirdiği Yenilikler, İst. Tic. Od. yayını, İstanbul 1965, s. 30 vs.; Necmeddin **Berkin**, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 310'daki başlıkta; **Saim Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 3. bsl., İstanbul 1982 s. 278-278 vs.; **Bilge Umar**, İktisatçılar İçin MUH ve İİH Ders Notları, İzmir 1973, s. 166 vs.; **Senai Olgaç**, İcra - İflâs, Ankara 1978, c. II s. 1115'deki başlıkta; AÜ HF öğretim üyelerinden yalnız **Ejder Yılmaz**, örneğin İflâs İdaresi, Ankara 1976, s. 152.

dırmak, kap-tırmak, er-dirmek, es-tirmek, ol-durmak, koş-turmak, öl-dürmek, küs-türmek. Fiil kökünün son sesi t olduğu takdirde dahi durum budur: etmek'ten et-tirmek, atmak'tan at-tırmak, satmak'tan sat-tırmak, kertmek'ten kert-tirmek, dolayısıyla artmak'tan art-tırmak.

III. ÖZE (ESASA) İLİŞKİN GÖZLEMLER

1. İcra Hukukunun Bölümleri

Kitapta s. 34'de bu başlık altında, "İcra Hukuku iki ana bölüme ayrılır: 1. İlâmlı icra, 2. İlâmsız icra" denerek, dipnotu veriliyor ve orada da "Bu iki ana bölümden başka bir de rehnin paraya çevrilmesi yolu ile tâkip vardır" deniyor.

Kanımcı şu anlatım daha doğrudur:

İcra tâkiplerinin tümü, güttükleri amaca göre iki ana bölüme ayrılır: Bir para alacağının tahsil edilmesi amacını güdenler-başka çeşit bir hakkın yerine getirilmesi amacını güdenler. İkinci bölümdekilerin (bazı hallerde ilâmsız yapılabilen, kiralanmış taşınmazın tahliyesi tâkibi dışında) mutlaka bir ilâm ibraz edilerek yapılabilmesine (ilâmlı tâkip olmasına) karşılık; birinci bölümdeki tâkipler, ilâm ibraz edilerek de (ilâmlı tâkip olarak da), ilâm ibraz edilmeden de (ilâmsız tâkip olarak da) yapılabilir ve her iki türünde şu üç aşamanın **birinden** geçer; iflâs hükmünün verilmesi ve müflisin malvarlığı aktiflerinden yeteri kadarının paraya çevrilmesi; haciz yapılması ve hacizli malın paraya çevrilmesi; rehnin paraya çevrilmesi. Yâni, bu iki türdeki tâkiplerin (para alacağının tahsili için yapılan ilâmlı türdeki yahut ilâmsız türdeki tâkiplerin her ikisinin) üç alt türü vardır.

2. Yasada İlâmlı İcra'nın Değil Sâdece Para ve Teminat Alacakları İçin Yapılan İlâmsız Tâkibin Ayrıntılı Biçimde Düzenlenmesinin, İlâmlı İcraya İlişkin Kuralların "Güdük" Kalmasının Nedeni

Kanımcı, işaret ettiğim olguya değinilen yerde (s. 36) bu olgunun nedeni de anlatılmıyordu:

İsviçrede Medenî Usul Hukuku alanı, federal Anayasa Hukuku'na göre, kantonların yasama yetkisi kapsamında sayılmakta ve ilâmların icrasının düzenlenmesi de bu alan içinde bulunmaktadır. Buna karşılık, para alacağının tahsili için yapılacak ve haciz yahut iflâs yahut rehnin paraya çevrilmesi aşamalarından geçecek icra tâkiplerinin düzenlenmesi, Federal Anayasada m.

64 f. I kuralı ile, federal yasakoyucunun yetkisine bırakılmıştır³. Bu nedenle, bizim 1929 yılında “iktibas” yoluyla kabullendiğimiz İsviçre İİK, “Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Yasa” adını taşıyor ve yalnızca para alacağının tahsili için yapılacak tâkipleri düzenler. Diğer hakların cebrî icra tâkipleriyle yerine getirilmesinin usulünü orada kantonların MUH’na ilişkin yasaları düzenler (örneğin HUMK kaynağı Neuchâtel yasası CPC’de m. 493-500). Biz ise, bu gibi kuralları, kendi İİK metnimizin içine koymak üzere araya, deyim yerinde ise, yamadık.

3. Kamu Alacaklarının Cebrî İcra Tâkibiyle Tahsiline İlişkin 6183 Sayılı Yasa Konusu

Bu konuda hiç bilgi verilmemesi Türkiyede bildiğim kadarıyla bütün Hukuk Fakültelerinde gelenekselleşmiştir; Kuru hocamızın kitabında da bu geleneğe uyuluyor (s. 36). Kanımca bu konuda bir “bid’at-ı hasene ihdası” yoluna gitmekte ve yasanın sistemi (özellikle İİK’ndaki sistemden ayrılan kuralları) hakkında hiç değilse iki üç sayfalık bilgi sunmakta büyük yarar vardır.

4. İİK’nun Bütün Olarak Değerlendirilmesinde, Onun “Kapitalin Egemenliği ve Kutsallığı Düzeninin Bekçibaşısı” Kimliği Vurgulanmalıdır

Kitapta s. 38-39’da İİK tanıtılırken bu konuya değinilmiyor. Oysa İİK, zaten, kapitalizmin kalelerinden biri olan İsviçre’nin yasasından alınmış idi; alınmasından bu yana da geçirdiği tüm değişikliklerde, kendisine karşı tâkip yapılan borçluyu silindir gibi ezip, ortalığı kırıp dökerek, tâkip alacaklısının (özellikle de kredi kullanmış borçlusuna karşı icra tâkibi yapan bankaların) para almasını sağlamaktan ibaret ana hedefine ulaşmakta etkinliği daha da artsın düşüncesi; yapılan değişikliklerin içeriğinin aslî belirleyicisi olmuştur.

Bu dediğimin doğruluğunu ortaya koymak için verilebilecek, tüyler ürpertici, vicdan sızlatıcı örneklerden yalnızca bir tekini ortaya koyacağım. Bu halk, yılda % 100 dolaylarına varan enflasyonun yaşandığı zamanları da gördü. Böyle zamanlarda, rafine tuz üretme fabrikasını kurup işletmeye dahi başladığı halde vaktiyle o fabrikayı kurmak için bankadan aldığı kredinin

³ von Overbeck Şerhi, Türkçe çeviride s. 11 dn. 7.

borcunu ödemekte tökezlemiş, 300 ortaklı bir anonim şirketin fabrikasının haczi sırasında yapılmış değer belirlemesi diyelim 100 TL idiyse, ertesi yıl arsasıyla ve donanımıyla birlikte fabrikanın değeri sırf enflasyon sebebine 200 oldu; daha ertesi yılın sonuna doğru 400'e yaklaştı. Böyle iken, yasa, malı haczedilmiş borçlunun "Sakın malım hâlâ 100 TL değerinde imiş gibi onu satışa çıkarmaya kalkmayın, yeniden değer takdiri yapılsın" talebinde bulunmak hakkını ilga ve alacaklı lehine gasbetmiştir (İİK'da 1988 yılında m. 128'e sokuşturulan f. II son cümle kuralı). İki yıl geçmeden borçlu yeni kıymet takdirini isteyemez. Onun malı iki yıl önce, o zamanın para değerine göre takdir edilmiş olan 100 TL "muhammen bedel" üzerinden satışa çıkar! (yakın zamanda 4949 sa.k. ile yapılan son İİK değişikliğinde bu kural, yeni m. 128a ile, sadece biraz törpülenmiştir; yeniden değer takdirinin istenemeyeceği süre bir yıla indirilmiş, ayrıca "doğal âfetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir" denmiştir). Diğer yandan, örneğin hacizli bir kamyonun satışına çok alıcı heveslisi gelebileceği halde bir rafine tuz üretme fabrikasını almaya bütün Türkiye'de belki bir iki hevesli ancak çıkacağından belki hiç çıkmayacağından, alacaklı banka alıcı sıfatıyla ikinci açık arttırmaya tek başına katılır ve 100 milyar TL muhammen bedelin % 40'ını bulan pey sürmekle, örneğimizde 40 milyar TL pey sürmekle, o günkü değeri 400 milyar TL olmuş fabrikayı 40 milyar TL'na alır, üstüne oturur. Borçlu olan halka açık şirkete ve dolayısıyla onun ortaklarına beş kuruş para kalmadığı gibi şirket hâlâ da borçlu kalır. 300 ortağın yatırımları, emeği, alın teri, kiminin yaşam boyu gerçekleştirdiği birikimi, 30 yıllık devlet hizmeti sonrasında aldığı emekli ikramiyesi, uçmuş gitmiştir. Ve bu haller, Anayasasına bakılırsa, hukuk devleti, üstüne üstlük sosyal hukuk devleti (!) olan bir devletin ülkesinde gerçekleşmiştir, gerçekleşmektedir.

5. İcra Dairesinin Yasaya Aykırı Olmayan İşlemlerine Karşı Şikâyet

Kitapta s. 42 başında, şikâyetin hangi işlemlere karşı yapılabileceği belirtilirken, "İcra dairesi görevini yaparken kanuna aykırı hareket ederse..." denmiş; elbette ki ifade "kanuna yahut eldeki işin gereklerine aykırı hareket ederse" diye tamamlanmalı (İİK m. 16), dalgınlığa düşülmüş. Keza s. 43'de, "İcra dairelerinin işlemlerinin doğru ve kanuna uygun olup olmadığını denetlemek ...üzere...icra tetkik mercii görev yapmaktadır" deniyor; burada da

“hem kanuna hem de işin gereklerine uygun olup olmadığını...” ifadesini kullanmak yerinde olacaktır sanırım.

6. İcra Tetkik Mercii'nin Mahkeme Niteliği

Kitapta (s. 44), İTM'nin bu niteliği taşıdığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı nakledilmeksizin⁴ onun vardığı sonuç aktarıldığı halde, Kuru hocamız, çekingenlik gösteriyor. Tam orada, “yâni tetkik mercii, *Anayasa'nın 152. maddesi anlamında* bir mahkemedir” diyor ve “tetkik mercii de bir mahkeme olmakla Anayasa m. 152 kapsamında” demiyor; *sadece* o m. 152'nin uygulanması bakımından İTM mahkeme sayılacakmış gibi ifade kullanıyor. Üstelik, biraz yukarıda da, “İcra tetkik mercii ... bir hukuk mahkemesi olmayıp...icra-ıflâs işleri için kurulmuş özel bir yargı organıdır” demektedir.

Kanımcı bu konuda duraksamaya hiç yer yoktur. İTM, belli konulara ilişkin olarak yargı yetkisi kullanabilmek, o konular içinde dahi birtakım istemlere muhatap olamamak ve birtakım iddiaları hiç inceleyememek; incelediği işlerden bazısında genel mahkemelerin değerlendirebildiği bazı delil türlerini kabul edememek gibi sınırlamalara bağlanmış olmakla birlikte, yapabildiği işler bakımından hiç kuşkusuz yargısal işlev görmektedir ve bir mahkemedir. Bunu böylece vurgulamak da, öğrencinin aklını karıştırmamak, duraksamaya düşmesine yer bırakmamak için, doğru olacaktır sanıyorum.

7. Karine Kavramının İçeriği Yönünden Uygun Olmayan Bir İfade

Kitapta (s. 57 ortası) “icra tutanakları, kapsadıkları husus hakkında, hilâfî (aksi) ispat edilebilen bir (adi kanuni) karine teşkil ederler” deniyor.

İcra tutanakları, MK m. 7'de sözü edilen resmî sicil ve senetler kapsamındadır ve orada da söylendiği üzere, “kanıt oluşturur” = delildir. Karine değildir, hele kanunî karine hiç değildir. Kuru hocamız gerek karinenin gerek kanunî karinenin ne olduğunu pek iyi bilir, bunları kitaplarında da yazmıştır⁵; böyle iken eleştirdiğim ifade nasıl kaleminden çıkabilmiş, anlayamadım.

⁴ Bu karara ileride, şikâyet sürecinin dâva niteliğinde olup olmadığı tartışması sırasında, değineceğiz.

⁵ Örneğin *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 15. bsl., s. 429-430.

8. İcra Dairesince Yürütülen İşlemlerin Hukuksal Niteliği

Bu konuya değinmek ve açıklama yapmak fırsatı, hatta gereği bir kaç yerde doğmuş iken Kuru hocamızın kitabında o fırsatlar değerlendirilmiyor. Örneğin, s. 60'da icra memurunun İİK m. 10'daki yasağı (kendisinin ve bazı yakınlarının taraf olduğu tâkipler için bizzat işlem yapma yasağı) çiğnemesi hâlinde yaptırımın butlan olmadığı; s. 61'de de, İİK m. 11'deki yasağın (kendi kendisiyle akit yapma yasağı) çiğnenmesi hâlinde yaptırımın butlan olduğu belirtiliyor ki her ikisi doğrudur. İcra Müdürü, m. 11'deki yasağı çiğneyip örneğin tâkip konusu alacağı kendisine temlik ettirirse (tâkip alacaklısından alacağın temliki sözleşmesiyle devralırsa), yaptığı işlem bir özel hukuk akidir ve özel hukukta, yasadaki buyurucu bir kurala aykırı akit yapmanın yaptırımı mutlak butlandır (BK m. 19 f. II); oysa İİK m. 10'daki yasağı çiğneyerek yapılan işlem bir icra tâkibi işlemidir ve dolayısıyla idarî hizmet işlemidir (idarî işlemidir); bunlarda (idarî işlemlerde) ise yasaya aykırılık, ilke olarak, iptal edilebilirlik getirir, butlan getirmez. Ne var ki İİK, icra işlemlerine karşı iptal istemini özel bir rejime tâbi tutmuştur; bu istemler idare hukuku kurallarına göre idarî yargıya değil, İİK kurallarına göre şikâyet yoluyla icra tetkik merciine arz edilir.

Postacıoğlu hocamız, icra dairesince yapılan takip işlemlerinin hukuksal niteliği konusuna değinmiş ve “adlî idarî işlem” diye bir işlem türü yaratarak bunları o türden saymıştı⁶. Üstündağ⁷ konuyu ele almış ise de, dediği anlaşıl-mamaktadır çünkü şunu demiştir: “...cebrî icra kendine has özellikleri olan bir hukukî müessesedir. Çünkü bu faaliyet sonucu, hem kazaî (adlî), hem de idarî faaliyetlerle meşgul olunur. ...Bu sebeple, bu memurları muayyen bir kuvvete dâhil sayarak bundan bazı pratik sonuçlar çıkarmaya çalışmak doğru olmaz”. Oysa, icra müdürü veya memurları asla kazaî faaliyette bulunmaz, bulunamaz. Diğer yandan kazaî dedikten sonra yanına parantez içinde adlî yazmanın, kazaî sıfatı ile adlî sıfatını birbirine eşitlemenin bir anlamı ve geçerliliği olduğunu sanmıyorum. Adlî, adalet örgütüne ilişkin demektir ve adlî hizmet, adlî işlem deyimleri, dolayısıyla adlî sıfatı, *bu örgütün bütün görevlilerinin kendi görevleriyle ilgili faaliyetleri* hakkında kullanılabilir. Oysa kazaî işlemi adalet örgütü içinde yalnız mahkemeler yapabilir ve onların dahi her işlemi kazaî değildir.

⁶ Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 1982 basımı, s. 32 satır 11.

⁷ Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 3. bsl., İstanbul 1982, s. 29.

Geçtiğimiz yıl Kasım ayında Türkiye'deki Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku öğretim üyelerinin, yeni MK ile bu konularda (Medenî Usul Hukuku, İcra-İflâs Hukuku konularında) getirilen değişiklikleri gözden geçirmek üzere Anadolu Üniversitesinin ev sahipliğinde yapmış buldukları toplantı sırasında, içimizdeki en kıdemli meslekdaşlarımızdan ikisi (Kuru, Üstündağ) letâfet ve nezaket dairesinde birbirine küçüklü büyüklü taşlar atarken, Üstündağ, Kuru hocamızın, (Fransız mürekkebinin pek fazla yalamış olan) Postacıoğlu hocamızın çok etkisinde kaldığını söylemişti. Elhak, ikrarı delil saymak hele hele bölünmezliğini kabullenmek gibi konularda bu etkilenme pek açıktır. Şimdiki konumuz yönünden de, aslında konuya değinmemeyi yeğleyen Kuru hocamızın, kitapta s. 63'de, tam Postacıoğlu ifadesiyle, “kanun koyucu, İİK m. 5'i düzenlerken, icra ve iflâs görevlilerinin yaptığı hizmetin bir *adli hizmet* olduğunu gözönüne almıştır” deyiverdiğini görmekteyiz. Aslında bu ifadesinde Kuru hocamız bir bakıma “itidal” göstermektedir; çünkü o, nizasız kaza işlemi denmesi âdet olmuş işlemlerin gerçekte idarî işlem niteliği taşıdığını (bence de haklı olarak) belirten Yargıtay içtihadını kabul etmez ve o işlemleri, “adli idarî işlem” dahi değil, yargısal işlem sayar: “Çekişmesiz yargı, hem şekli hem de maddi anlamda *yargısal* faaliyetir”⁸.

Kuru hocamız, icra takip işlemlerinin aslında idarî işlem olduğunu MUH Ders kitabında⁹, zımnî denmesi yersiz düşecek bir açıklıkla kabullenmiştir. Çünkü orada “Bazı hallerde, aslında idarî yargının görev alanına giren bir dâvanın, özel bir kanun hükmü ile medenî yargıda (hukuk mahkemelerinde) görüleceği öngörülmüş olabilir” girişiyle, bu tür dâvaların örneklerini sıralamaya başlıyor ve pek haklı olarak “İcra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları”nı da bu arada sayıyor (s. 64). Aslında İİK m. 16'daki şikâyet'in o madde gereğince İTM'nde düpedüz yargısal işlev yürütülerek ve bazı özel kurallara tâbi olsa da gerçekte bir dâva görülerek sonuçlandırılması süreci de orada diğer örneklerin yanı sıra anılmak gerekirdi. Bu konuya ileride yeniden döneceğiz.

9. İİK m. 5 Düzenlemesinin Anayasa m. 125'e Aykırılığı

Ancak, Kuru hocamız, MUH kitabında belirttiği olguyu, herhalde icra işlemlerini idarî işlem saymak konusunda kendi bilinç altı kesin bir karara

⁸ Kuru, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 15. bsl., s. 69-70.

⁹ O kitapta (yukarıdaki) s. 62.

varamadığından ve bu konuda Postacıoğlu ile Üstündağ'ın duraksamaları da onu büsbütün "teenni"ye götürdüğünden, İcra ve İflâs Hukuku kitabında, o meslekdaşlarımızın şiddetle etkisi altında kalıyor ve icra görevlilerinin görevlerini yürütürken verdikleri zararların sözünü ederken, şöyle diyor (s. 63): "Bu zarar bir kamu hizmetinin yapılması dolayısıyla ortaya çıktığı, hizmet kusuru yüzünden doğduğu için idare mahkemesinde bir tam yargı dâvası açılması gerektiği söylenebilir. Ancak, kanun koyucu, İİK'nun 5. maddesini düzenlerken, icra ve iflâs görevlilerinin yaptığı hizmetin bir *adli hizmet* olduğunu gözönüne almıştır. Bu nedenle de, bu hizmet dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmini için, dâvanın, adliye mahkemesinde açılması gerektiğini açıkça belirtmiştir".

İyi ama, adli hizmet diye bir hizmet kategorisinin var olduğunu kabullensek bile, o hizmet dahi bir *kamu hizmeti* değil mi ? Yapılan işler özel hukuk işlemleri mi ? Bu konuda Kuru hocamıza yine Kuru hocamız cevap veriyor ve MUH Ders Kitabı, 15. bsl., s. 65'de, tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar dolayısıyla devlete karşı açılacak dâvada görevin adliye mahkemesine bırakılmasını (MK 1007 f. III kuralını) yerden yere vuruyor, şunları söylüyor:: "Kanımızca bu hüküm 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13 ve m. 237/b ile ve Anayasa m. 129 f. V hükmü ile çelişmektedir ve bir kamu hizmetinin gereğince yapılmaması veya kusurlu yürütülmesi yüzünden çıkan uyuşmazlıkların idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerekir. Bu sebeple, MK m. 1007 f. III hükmünün Anayasaya aykırı olduğu görüşündeyiz".

İİK m. 5 bakımından da tıpatıp aynı eleştiriler geçerli değil mi ?

Türk hukukunun İsviçre'den alınma kurallarında, idarî yargının bireylere sağlayacağı güvenceden tegafül etmekle kalmayıp bizde geçerli düzeni (adli yargı - idarî yargı ayırımının temel ilkelerini) ayaklar altına alarak, kamu hizmetinin gereğince yürütülmemesinden doğan zararın tazmini dâvalarının bir bölümünü hukuk mahkemelerine bırakmak, İsviçre'de idare hukukunun geriliği dolayısıyla oradaki yasalarda yer alabilmiş kuralların; bizim iktibaslarımız sırasında, 1920'li yıllarda bizde dahi idarî yargının işlevi ve teorisi neredeyse onlardaki kadar geri olduğu için, bize de aynen geçebilmiş olmasının sonucudur ve bu virüsleri hâlâ yasalarımızdan atamadık. Bizde, ne mutlu ki, artık yargı "faili meçhul cinayet"lere insanların kurban gitmesini devletin önleyememesi nedeniyle açılmış dâvalarda bile devletin gösterdiği aczi devlet için tazminat sorumluluğu nedeni sayacak kadar ileri bir anlayışa

varmıştır. Anayasa hukukumuzda devletin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında sebep olunmuş zarar dolayısıyla kusursuz sorumluluğu ilkesinin yürürlüğe girmesi (1961 Ayasasında m. 114) neredeyse yarım yüzyıl öncesinin olayıdır. Oysa birçok yönden hiç kuşkusuz Türkiyemize göre daha uygar ve daha ileri olan İsviçre, kadın erkek eşitliğini tanıma konusunda olduğu gibi bu konuda da, Atatürk döneminden günümüze, bizden çok, pek çok geridedir. MK'umuzu iktibasımızın 13 yıl sonrasında dahi İsviçrelilerin "hangi kafada" olduklarını, Neuchâtel Kanton Mahkemesinin 30.6.1939 tarihli bir kararı¹⁰ pek güzel gösteriyor. Olayda, dâvacıların 12 yaşındaki oğlu, devlete ait bir okulda, kendisine düşmanlık besleyen bazı arkadaşları tarafından kavgada dövülerek öldürülmüştü. Çocuğun ana babası, asliye hukuk mahkemesi durumunda olan kanton mahkemesinde devlete karşı (öğretmenlerin can güvenliğine "nezaret" teki kusurlarına dayanarak) tazminat dâvası açmıştı. Mahkeme, gerekçeleri arasında şu cevhere de yer vererek, dâvayı reddetti: "Aksine hüküm olmadıkça sorumluluk sadece faile düşer, çünkü toplum kendi mensuplarının uğradığı zararı tazmin mükellefiyetinde değildir" (mahkeme bu ilkeyi ifade eden birçok diğer karara da atıf yapmıştır ve bunlar arasında Federal Mahkeme kararları da bulunmaktadır).

Şimdi değindiğimiz konu, sırf "nazariyat" sorunu değildir. Kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında kamu görevlilerinin yol açtığı zarardan dolayı açılacak dâva konusuna değinen bu çeşit maddeler sadece görev (yargı kolu) konusunda işi gitmemesi gereken yargı organına göndermekle kalmıyor. Kimi, Anayasada m. 125 f. II'yi çiğneyerek, Anayasa kusur aramaksızın devleti bu zararları tazmin yükümlülüğü altında tuttuğu halde, sözü edilen virüs-kurallar, falan veya filân kişinin kusuru varsa zarar görenin devletten tazminat isteyebileceğini söylüyor ki, İİK m. 5 de bunlardandır: "İcra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat dâvaları..."! (Kuru hocamızın buradaki Anayasa çiğnenmesine değinmemesi pek şaşılacak iştir). Yasalarımızı bu İsviçre virüslerinden temizlemenin zamanı çoktan gelmiş, ama hâlâ geçmemiştir ve hiç geçmeyecektir.

10. Şikâyet Dâva Değildir Görüşü

Kitapta s. 66'da açıkça bu görüş savunuluyor: "Şikâyet, icra-ıflâs hukukunda (kendine özgü) bir kanun yoludur. Şikâyet bir dâva da değildir".

¹⁰ (Neuchâtel Kantonu mahkemeleri kararlarının resmî derlemesi) RJTC c. 8 s. 462.

Oysa büyük kitapta¹¹, “Şikâyet, icra (ve iflâs) dairelerinin icra (ve iflâs) hukukuna aykırı olan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yoludur” deniyor, dâva değildir demekten özenle geri duruluyordu ve doğru ediliyordu. Düşünelim: bir mahkeme olan İcra Tetkik Mercii, yargısal işlev nitelikli süreç yürüterek, bir kamusal işlemin iptali istemini kabul veya red hükmüne bağlayacak; bu hüküm İİK m. 363 çerçevesinde olmak kaydıyla temyiz dahi edilebilecek ve o sürece dâva denmeyecek. Bütün bu yönlerden, şikâyet prosedürünün, idarî yargıdaki iptal dâvalarından ne farkı var?

İzmir Hukuk Fakültesinde eski kürsümdeki değerli hayr-ül halefim Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, bir yapıtında¹², konuyu ele alıyor ve şikâyetin kanun yolu sayılmasını, kanun yolu kavramının bizzat Kuru hocamızın yapıtlarında da belirtilen içeriğini göz önüne alarak ve haklı olarak, kabul etmiyor; ama yine de Kuru hocamızın görüşüne yakın bir görüş savunuyor ve özetle şikâyet dâva değildir, kendine özgü bir hukukî çaredir diyor (s. 20-25). Arada, şikâyet dâva değildir demesinin gerekçelerini de vermeye çalışıyor ama bu gerekçeleri, varılan sonuç için yeterli saymıyorum hatta kimini doğru da saymıyorum. Bu konunun tartışılması çok uzun süreceği için kapsamlı tartışmaya burada girmeyeceğim, yalnız bir iki örnek vermekle yetineyim:

Dâvada bir hakkın mevcut olup olmadığı, ihlâl edilip edilmediği, ihlâl kapsamı tartışılır imiş; “şikayette ise bir hakkın mevcut olup olmadığı, ihlâl edilip edilmediği gibi unsurlar söz konusu değildir” deniyor. Burada tıpkı Kuru hocamız gibi Pekcanitez’in de Postacıoğlu üzerinden Fransız öğretisi etkisinde kaldığını görüyoruz; bu öğretilerde, hem dava hakkı hakkın cüz’üdür hem de hakkın kendisi dâvanın dinlenme şartlarındandır! Bu görüşün yanlışlığı, Kuru hocamızın MUH kitabı 15. basımı üzerine YTÜ HF Dergisinde yayınlanmak üzere hazırladığımız yazıda uzunca boylu işlenmiştir; aynı konuda Üstündağ da çok açıktır¹³. Zaten sadece menfî tesbit dâvasında asla hak iddiası öne sürülmeyip tersine karşı tarafın iddia ettiği hakkın yokluğunun tesbit edilmesi için bir dâva görülmekte olduğunu hatırlamak, Roma hukukundaki actio kavramından etkilenmiş Fransız öğretisinin yanlışlığını görmeye kanımca yeter.

¹¹ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, c. I, 3. bsl., İstanbul 1988, s. 87.

¹² Pekcanitez, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Doktora tezi, (DEÜ HF yayını, 1986).

¹³ Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku c. I 2. bsl., İstanbul 1977 s. 216-218.

İkinci örnek. Pekcanitez, şikâyet prosedürünün bir dâva olmadığı görüşünü desteklemek üzere bir diğer gerekçe olarak, şöyle diyor: “İstisnâî nitelikte de olsa, şikâyette tetkik mercii, karşı tarafa savunma hakkı vermeden karar verebilmektedir. Dâvada ise, kural olarak karşı tarafa savunma hakkı verilmeden karar verilemez”. Pek güzel ama, “kural olarak” demekle kendisi de kabul etmiş oluyor ki, bunun istisnaları var; gerçekten, örneğin hukuk dâvalarında HUMK m. 7 f. I gereğince mahkemenin dâva henüz açılmış iken bu dâva görevsiz mahkemede açılmış olmak itibariyle bu yönden reddi gereken bir dâva mıdır değil midir konusunda dâvacıya hiç söz hakkı vermeden, duruşma yapmadan re’sen ve evrak üzerinden görevsizlik kararıyla dâvayı reddedebilmesi; keza idarî dâvalarda İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 15’de bu içerikte bir kuralın bulunması, o istisnalar arasında. Şikâyet prosedüründe farklı olan ne? Orada da taraflara görüşlerini açıklama olanağı tanındıktan sonra hüküm verilmesi ilke, bu yapılmadan hüküm çıkması istisna değil mi ve bunu Pekcanitez dahi aktardığımız ifadesinde vurgulamıyor mu?

Ama en önemlisi şu ki, şikâyet prosedürü dâva değildir görüşü, İTM’nin bu prosedürü yürütürken uygulamak zorunda kalacağı bir yasa kuralını Anayasaya aykırı sayarsa dosyayı ve bu konuyu Anayasa Mahkemesine havale etmek hakkı olamayacağının da kabulü anlamına gelir. Gerçekten, Anayasa m. 152, “Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme ...” diyor. Oysa Anayasa Mahkememiz gerek şikâyetleri gerek itirazları hükme bağlamak işlevi sırasında icra tetkik mercilerinin Anayasa m. 152’deki (1961 Anayasasında m. 151) yetkiyi kullanabileceğini hükme bağlamıştır¹⁴. Böylece, zorunlu olarak, şikâyet prosedürünün bir dâva olduğunu tesbit etmiş, hükme bağlamış olmaktadır; çünkü biz usulcüler biliriz ki hükümle sınımsız bağlantısı olan gerekçe bölümü dahi kesin hüküm etkisine sahiptir, hiç değilse şu ya da bu çeşit mahkemenin hükmünün hukuk mahkemelerinde kesin hüküm etkisine sahip sayılıp sayılmayacağı bakımından bu böyledir¹⁵; ancak

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin 26.10.1965 günlü ve 25/27 sayılı kararı (RG 8.12.1965 No. 12171).

¹⁵ Anayasa yargısı hukuku bakımından kesin hüküm öğretisi medenî usul hukukundakinden farklıdır; örneğin Anayasa Mahkemesi bir yasa kuralının Anayasaya aykırı olmadığı doğrultusunda hüküm vermişken yıllar sonra toplumdaki değer yargılarının ve Anayasadaki kuralı yorumlama içeriğinin değişmesi üzerine kendisinin yeni bir davada aynı yasa kuralı hakkında Anayasaya aykırılıktan dolayı iptal kararı verebileceğini kabul

kaydetmeli ki hukuk mahkemesi kararlarında gerekçenin kesin hüküm etkisinden yararlanması sadece yukarıda söylenen sınırlı kapsamda mümkün olduğu halde Anayasa Mahkemesi kararları bakımında durumun farklı olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

Bu gerekçelerle, kitabın şurasında burasında bulunan, şikâyet prosedürü dâva değildir, itirazın kaldırılması prosedürü dâva değildir türünden bütün ifadelerin değiştirilmesi gerekir kanısındayım¹⁷.

11. İcra Tâkip Gideri Olan Vekâlet Ücreti Kime Ödenecek?

Kitabın 1991’de yapılmış 5. basımında s. 68 satır 4-5’de yer alan, “İcra dairesi, alacaklının talebi olmasa bile vekâlet ücretini kendiliğinden hesaplayıp, diğer icra giderleri ile birlikte, *alacaklıya* ödemek zorundadır” ifadesi, şimdiki 15. basılıştta da, s. 84 ortasında aynen tekrarlanıyor. Oysa bir sonraki sayfada, Avukatlık Kanunu m. 164 f. V’e göre bu avukatlık ücretinin artık müvekkile değil *avukatın kendisine* ait sayıldığı belirtiliyor ve bu kural eleştiriliyor.

“Hocamız değişikliği unutmuş, s. 84’deki ifade değiştirilmeli” demekle acele etmemelidir. Çünkü hocamız s. 85’de Avukatlık Kanunundaki kuralın 2001 değişikliğinden sonraki içeriğini yazmamış; şimdiki metinde “Dâva sonunda” deyişi var; kuralın son içeriği şöyle: “*Dâva sonunda*, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir”. Oysa icra tâkibi hiç kuşkusuz dâva değildir. Hele hele itirazın kaldırılması prosedürünü yahut şikâyet prosedürünü dâva saymayan Kuru hocamızın bir icra tâkibini dâva sayması hiç olmayacak hâldir. Öyleyse icra tâkibindeki, ipso iure borçluya yüklenen vekâlet ücreti, Av.K. m. 164 f. V kapsamına girmez, avukata ait olmaz.

etmektedir; **Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. bsl. İstanbul 2002 s. 496-497.

¹⁶ “Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde *gerekçeleri ile de bağlıdır*” (Anayasa Mahkemesi Kararı 24.4.1988 E.88/11 K. 88/11, Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 498 ve orada dn. 128; ayrıca aynı kitapta s. 532’ye bkz.)

¹⁷ Örneğin, s. 70 dn. 3: “şikâyet bir dâva olmadığından”; s. 81 satır 8: “İtirazın kaldırılması (m. 68 ve 68a) ve şikâyet (m. 16) birer dâva olmadıklarından” vs.

Gerçi burada sayın avukatlar, kanunun lâfzının yanı sıra amacına, ruhuna da bakmak gereğinden dem vurup icradaki giderler cümlesinden olan vekâlet ücreti de bu kural dolayısıyla artık bizimdir iddiasında bulunabilir iseler de, hukuk kurallarının yorum tekniğine ilişkin temel ilkelerden biri şudur ki, genel ilkelere istisna getiren kurallar, kapsamına şu da giriyor mu girmiyor mu tartışması yapılırken, daima en dar kapsamda yorumlanmak gerekirler. Sayın avukatların bir koyundan iki post çıkarmasını sağlayan m. 164 f. V kuralı, eski içeriğiyle dahi, mantığı ve adaleti ayaklar altına almaktaydı (ve Kuru hocamız da gerek MUH kitabında gerek İİH kitabında buna değinmiştir); kuralın kapsamını olabildiğince dar yorumlamak gereği onun bu niteliğinin de zorunlu sonucudur. Yâni kanımca Kuru hocamız, s. 84'deki "alacaklıya verilecek" ifadesini adı gibi bâki tutmalı; keza s. 85'deki ifadesini bâki tutup oraya yasa kuralının yeni metnini tam yazmalı ve "Bu metin gereğince Avukatlar ancak *dâvalarda* bir koyundan iki post çıkarabilir, icra tâkiplerinde değil" kaydını eklemelidir sanıyorum.

12. İcra İşlerinde Görevli Yargıtay Daireleri

İcra işlerinde şimdi Yargıtayın 12. ve 15. Hukuk Dairelerinin yanı sıra 19. ve 21. Hukuk Dairelerinin de bazı görevleri bulunduğu kitapta s. 45'de anlatıldığı halde s. 120 ortasında bu yenilik metne yansıtılmamış ve icra organları arasında Yargıtayın yalnızca 12. HD ile 15. HD'nden söz edilmiş

13. Ehliyet ile Sıfat Arasındaki Ayırma Uymayan Bir İfade

Kitapta (s. 157'de) şöyle bir bölüm var:

III. Ödeme emrine itiraz edebilme ehliyeti: Ödeme emrine itirazın geçerli sayılabilmesi için, bunun, itiraz edebilme ehliyetine sahip olan kimse tarafından yapılmış olması gerekir. Ödeme emrine itiraz ehliyetine sahip olan kimse, takip talebi ve ödeme emrinde borçlu olarak gösterilmiş ve kendisine bu sıfatla ödeme emri tebliğ edilmiş olan borçludur.

Kitabın ilk basımında (yalnız Kuru tarafından, 1965 yılında) s. 118'de, "III. Ehliyet" başlığı altında, pek doğru olarak, "Ödeme emrine itiraza hakkı olan kimse, takip talebi ve ödeme emrinde borçlu olarak gösterilen ve kendisine bu sıfatla ödeme emri tebliğ edilmiş olan kimsedir ki, buna borçlu diyoruz" girişiyle, önce sıfat'ın aranacağı vurgulandıktan sonra, o bölümün sonuncu paragrafında, yine pek doğru olarak, bu sıfat sahibi kişinin yaptığı

itirazın geçerli olabilmesi için ayrıca o kişinin takip ehliyetine de sahip olması gerektiği söyleniyordu. Yeni basımlardaki ifade ise, özellikle yukarıdaki alıntının ikinci cümlesinde açıkça görüldüğü üzere, kısaca “itiraz ehliyetine sahip olan kimse, borçlu sıfatına sahip kimsedir” içeriğine bürünmüştür ve en hafif deyimle pek tuhaftır. Bir kez, takip ehliyetinin dışında, ödeme emrine itiraz ehliyeti diye bir kavramı ayrıca kabullenmek gereksizdir (ilk basımda böyle şey yoktu). İkinci olarak, yeni baskılardaki ifade, sıfat sahibi kişinin itirazının geçerli olabilmesi için onun takip ehliyetine de sahip bulunması gerektiğini vurgulamamakta, sanki her sıfat sahibi sırf bu yüzden ehliyetli sayılacakmış anlamını yansıtmaktadır.

14. Likid Olmayan Alacağa İtirazda Miktar Bildirme Yükümlüğü Bulunmamasının Yanlış Bir Çözüm Olduğu Kitapta Vurgulanmıyor

Kitapta (s. 158) borçlu borcun bir kısmına itiraz ediyorsa kabullenmediği miktarı belirtmesi gerektiği, aksi takdirde itiraz etmemiş sayılacağı yolundaki yasa kuralının (İİK m. 62 f. III), alacak likid değil idiye, uygulanmayacağı, aslında tam da doğru olmayan bir ifade ile, anlatılıyor; deniyor ki, “Borçlunun kısmî itirazında itiraz ettiği miktarı açıkça bildirebilmesi için, alacağın likid olması ... gerekir”. Pek öyle değil. Örneğin haksız fiilden doğan zararın faili ve tazminat borçlusunu olan kişi, çoğu kez, sebep olduğu zararın miktarı diye belirlenmesi hakça olacak miktarın hiç değilse en alt (asgari) çizgisini bilecek veya pek küçük bir soruşturmayla öğrenebilecek durumdadır. Haksız fiilini inkâr etmeyen kişinin paldır küldür borcum yoktur demesini yahut da alacak muhtac-ı muhakemedir, alacaklının talep ettiği miktarı kabul etmiyorum demesini, ona “Peki zât-ı âlinizce alacaklının hakça istiyebileceği miktar nedir, onu beyan buyurunuz” demeden ve alacaklının hiç değilse böyle bir beyan üzerine kesinleşen miktar için beklemeksizin tâkibi yürütmesine olanak sağlamadan, sırf borçlunun bu çeşit itirazıyla alacağın bütünü bakımından tâkibi durdurmak ve daha da kötüsü bu borçluya icra inkâr tazminatını hiç yüklememek (şimdi uygulanan çözüm böyledir), âdil midir? Özellikle bankaların kredi kullandırmaktan doğan likid alacaklarının tahsili konusunda şâhinleşen, onların kendi yazılarının kendi lehlerine delil olabilmesi gibi hiç işitilmemiş kuralları (İİK m. 68b f. III) bile benimseyen İİK, haksız fiil mağduru vatandaşı korumakta niçin böylesine umursamaz tutum takınır?

15. İtirazın İptali Dâvasındaki Harç

Bunu anlatan yerde (s. 174 satır 5-9) kullanılan son ifade, “yâni normal bir dâvaya oranla binde beş eksik harç yatırarak dâva açılır” denmesi, yanıltıcıdır ve o dâva itirazın iptali dâvası olmayarak açılışaydı diyelim 135 000 000 TL harç ödenecek idiye şimdi bunun binde 5 eksiğiyle binde 995’i oranında, demek ki örneğimizde 134 325 000 TL harç ödenecek anlamı çıkıyor. Oysa anlatılmak istenen bu değil. Örneğin 10 000 000 000 TL alacak için ilâmsız icra takibine girişildi ve bunu yapabilmek için binde 5, demek ki 50 000 000 TL tâkip harcı ödendi; borçlunun itirazı ile karşılaşp da itirazın iptali davası açmak yoluna gidilince, o davayı açmak için normalde binde 54 oranındaki dâva harcının dörtte birini (demek dâva değerinin binde 13.5’i oranında harcı) peşin ödemek, dolayısıyla 135 000 000 TL peşin harç ödemek gerekirken, daha önce ilâmsız takibe girişirken ödenmiş bulunan 50 000 000 TL bundan mahsup edilecek, demek ki 85 000 000 TL harç alınacaktır.

16. Borçlunun Haksız İtirazından Dolayı İtirazın İptali Dâvasında Ona Yüklenebilecek Tazminat İle İcra İnkâr Tazminatı Arasında İlişki

Alacaklının icra inkâr tazminatı alabilmesi için borçlunun haksız yere itirazda bulunmuş olduğunun anlaşılması yeter ve bundan dolayı alacaklının malvarlığında bir zarar doğmuş olması aranmaz, dolayısıyla alacaklının öyle bir zararı isbat etmesi de istenmez. Bunda duraksama yoktur ve kitapta bunlar belirtilmiştir (s. 181 sonu; son değişiklik yasası dahi İİK m. 67’nin bu doğrultudaki ilkesine hiç dokunmamıştır). Keza, alacaklının, bu yüzden bir zarara uğramış idiye o zararının tazminini talep edebileceği de söylenmiştir ama, bir kayıtla: *Kuru hocamıza göre alacaklı, uğradığı zararın (zarara uğramamış olsa bile almaya hakkı bulunan) % 40 icra inkâr tazminatı miktarından yüksek olduğunu isbat ederse, “mahkeme yüzde kırktan yüksek bir inkâr tazminatına da karar verebilir”* (s. 182 başı). Bu görüş, sistemle açıkça çelişiyor. Verdiği daha düşük zarar borçlunun yanına kâr mı kalsın ? Demek, haksız itirazdan dolayı özel bir zarara uğramayan alacaklı A, % 40 icra inkâr tazminatını alacak, ama ayrıca alacağın % 35’i oranında bir zarara uğramış idiye bunun tazminini talep edemeyecek ve onun alacağı icra inkâr tazminatı tek kuruş artmayacak. Yahut, alacağın % 45’i kadar miktarda zarara uğramışsa, alacağı icra inkâr tazminatı % 40 değil % 45 olabilecek, ama o zaten hiç zarara uğramasaydı % 40 alıyordu, demek ki zararından yalnız % 5’i

borçluya tazmin ettirilecek. Mahkemelerin böyle bir yola gidip haksız itirazda bulunmuş ve zarara yol açmış borçluyu, mağdur ettiği kişinin karşısında hiç hak etmediği bir korumadan yararlandırması bana hiç savunulamaz gibi görünüyor.

17. İtirazın Kaldırılması (Prosedürü) Bir Dâva Değildir Görüşü

Bu görüş, kitapta s.184’de, konu tartışılmaksızın, ifade ediliyor. Aynı görüş, herhalde Kuru hocamızın kitabına bakılarak, 12. HD’nin bir kararında da yer alıyor¹⁸. Söz konusu görüşe katılamıyorum. Çünkü:

İTM’nin, bu süreç sonunda, “itirazın kaldırılmasına” yahut “itirazın kaldırılması isteminin reddine” içeriğinde olarak verdiği karar, tâkip konusu alacağın varlığı yahut yokluğu konusu bakımından kesin hüküm oluşturmaz ve o konuda hukuk mahkemesinde dâva açılmasını engellemez; burası doğrudur. Ama buna bakıp da bundan, “demek ki süreç bir dâva değilmiş” sonucunu çıkarmak, hele hele “demek ki İTM, bir mahkeme değilmiş” sonucunu çıkarmak bana çok yanlış görünüyor. Sözümlü ettiğimiz sonuç, kesin hükümden hangi halde söz edilebileceğini düzenleyen yasa kuralının kaçınılmaz sonucu olarak ortaya çıkar ve ona başka neden aramak yersizdir. Gerçekten, o yasa kuralı (HUMK m. 237 f. I) “Kaziyeyi muhkeme ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir” diyor. Kaynak yasa metni (CPCN m. 211 cümle 1) daha bilç açıktır: “Kesin hükmün geçerliliği ancak hükmün konusu ne olmuş ise onun bakımından etkilere sahiptir”. İtirazın kaldırılması istemini sonuçlandırmak üzere yürütülen süreç sonunda verilen hükmün konusu, sâdece “Bu süreç sonunda icra hukuku kuralları gereğince istemi kabul etmek ve böylece başlamış icra tâkibinin sürdürülmesine cevaz vermek mi, yoksa istemi reddetmek ve böylece zaten itiraz üzerine durmuş olan ilâmsız tâkibin sürdürülmesine olanak vermemek mi gerekir ?” sorusunu yanıtlamaktan ibarettir; tâkip konusu alacağın varlığı yokluğu hükmün konusu değildir ki o ikinci konuda görevli mahkeme türünde yâni hukuk mahkemesinde ayrı dâva açılmasına, İTM’nde verilen hüküm engel olabilsin. Türkiye’de hukuk mahkemelerinden başka bir de İTM denen mahkeme türü oluşturulmamış ve itirazın kaldırılması istemini incelemek dahi hukuk mahkemelerine verilmiş olsaydı, durum tıpatıp aynı olurdu. İTM’de görülen

¹⁸ 12. HD 27.2.1990 E.89/8745 K. 90/1848 (Talih Uyar, İİK c.I, İzmir 1996 m. 68 açıklamalarında s. 1438.

bu dâvanın dâva türleri içindeki yerini dahi söyleyebiliriz. Bu, tâkip alacaklısının elinde borçlunun itirazına rağmen îlâmsız tâkibi sürdürmeğe yetecek türden belgeler olup olmadığını yahut onun elinde bu tür belge olsun olmasın tâkip borçlusunun elinde o tâkibi engellemeğe yetecek belgeler bulunup bulunmadığını İTM hükmüyle belirlemeğe yönelmiş bir tesbit dâvasıdır. İşlevi bundan ibarettir ve tâkip konusu alacağın gerçekten doğmuş ve hâlen de var olup olmadığını tesbite yönelmiş değildir.

18. Borçlunun İtiraz Dilekçesinde veya Tetkik Mercii Önündeki Duruşmada Mürekkep İkrarda Bulunmasının Sonucu

Kitapta (s. 186 ve 198) bu konuya değinilmiyor; tersine, (s. 198'de) "Alacaklının, borçludan alacaklı olduğunu yukarıda incelenen (m. 68 f. I'deki) belgelerden biri ile tetkik merciinde ispat etmesi üzerine, itirazını ispat etmek (yâni ispat yükü) borçluya düşer" deniyor ve borçlunun "Aldım ama ödedim" gibi, mürekkep ikrar içeren türde itirazları için bir ayırım yapılmıyor. Demek ki, itirazın bu türde olmasına rağmen önce alacaklı, İİK'nun istediği türden belgelerle alacağını isbat edecek, ancak bunu yapabildiği takdirde ödeme vb. savunmasını yine o çeşit bir belgeyle kanıtlama yükü borçluda bulunacak. Oysa burada, borçlunun itiraz dilekçesindeki yahut da İTM önünde duruşmada yaptığı, usulen tutanağa geçirilen ve kendisine imzalatılan (bkz. HUMK m. 151 f. V) ikrarı, hiç kuşkusuz, İİK m. 68'in aradığı "borç ikrarını mutazammın senet" niteliğindedir ve borcun doğumunu ikrar ederken onun bir şarta bağlandığını da öne sürmemektedir (zaten süremez, çünkü şarta bağlılık durumu olsaydı borcunu ödemezdi, oysa bizzat kendisi borcu ödemiş olmak iddiasındadır).

Öğretide, bu konudaki görüş ayrılığı bir hayli eskidir. Postacıoğlu hocamız, çok açık olarak, borçlunun itiraz dilekçesindeki veya merci önünde tutanağa geçirilip imzalatılmış "aldım fakat ödedim" ikrarına rağmen İTM önünde itirazın kaldırılması sürecinde alacaklının yine de alacağının doğumunu İİK m. 68'deki belgelerden biriyle kanıtlaması gerektiğini, ancak o bunu yaptıktan sonra borçluya ödeme savunmasını isbat yükü düşeceğini savunuyordu ve kitabının son basımında da savunmağa devam etmiştir¹⁹. Burada, benim o kitabın daha önceki basımıyla ilgili bir bibliyografya kroniği yazımda belirttiğim, şimdi de ifade etmekte olduğum eleştiriye dipnotunda

¹⁹ Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 basımı, s. 203-204.

değınmiş ve şöyle demişti: “Umar, merci önünde vâki ikrarın senet teşkil edeceğini ileri sürerek bizi tenkit ediyorsa da, tediye defii ile müterafık olan böyle bir ikrara [İİK m. 68 anlamında-Umar] senet nazarıle bakılıp bakılamayacağını açıklamıyor. ...Eğer bu durumda dahi senet fikrine bağı kalıyorsa, münderecatını tekzip eden yazıya senet nazarıle bakılamıyacağını hatırlatmak isteriz”. Doğrusu, “aldım fakat ödedim” içeriğindeki bir mürekkep ikrarı yansıtan yazıya “kendi münderecatını tekzip eden yazı” denmesinin mantığını anlamak kolay değildir. Ayrıca unutmayalım ki bir hukuk dâvasında olduğu gibi burada da, alacak iddiasındaki kişiden sâdece alacağının doğmuş bulunduğunu isbat etmesi ve bunun belgesini ortaya koyması istenebilir; yoksa, o alacağın sonradan düşmemiş olduğunu da ayrıca kanıtlaması istenmez. Dolayısıyla, borcun doğumunu ikrar eden ama bunun sonradan düştüğünü beyan eden bir belge, alacaklı için gerekli isbatı yerine getirir. Yargıtayımızın uygulamasında, İİK m. 68’deki senet kavramı, asla, bir kimsenin kendi aleyhine ileride delil olsun iradesiyle düzenlediğı belgelere hasredilmiyor ve örneğın Belediye Başkanının “olur, ödensin” şeklindeki yazısını içeren bir belge dahi Belediyeye karşı yapılan tâkipte İİK m. 68’e uygun belge sayılıyor²⁰. Kaydedelim ki Yargıtay, savunduğumuz çözümünü, saptayabildiğimiz bir kararında, doğru bulmaktadır. Olayda, vekâlet ücreti için ilâmsız tâkip yapan alacaklı avukat, İİK m. 68’e uygun belge ibraz edemediğı halde, borçlu, icra dairesine yaptığı yazılı bildirimde, alacaklıya vekâlet ilişkisi nedeniyle 1 300 000 TL borcu olduğunu, ancak bunun 800 000 TL kısmını peşin ödediğı ve yalnız bakiye 500 000 TL’ni borçlu kaldığıını bildirmiştir, ama 800 000 TL’lık ödemeyi “geçerli bir belge ile” kanıtlayamamıştır. Yargıtay bu durumda tâkip konusu alacağın, doğumu ikrar edilmiş bütünü (1 300 000 TL) üzerinden itirazın kaldırılmasının gerektiğine karar vermiştir²¹.

19. İİK’nun, Büyük Alacaklılar Lehine Herkesi Ezen Haksız Kurallarından Bir Diğeri

İİK m. 134’de değıştirilmiş f. II’ye göre, bir kimse ihalenin feshi talebinde bulunup da talebi reddolunursa, İTM, fesih isteyen kişiyi, kötüniyetinin isbatına gerek olmadan ve hatta kötüniyetli mi iyiniyetli mi

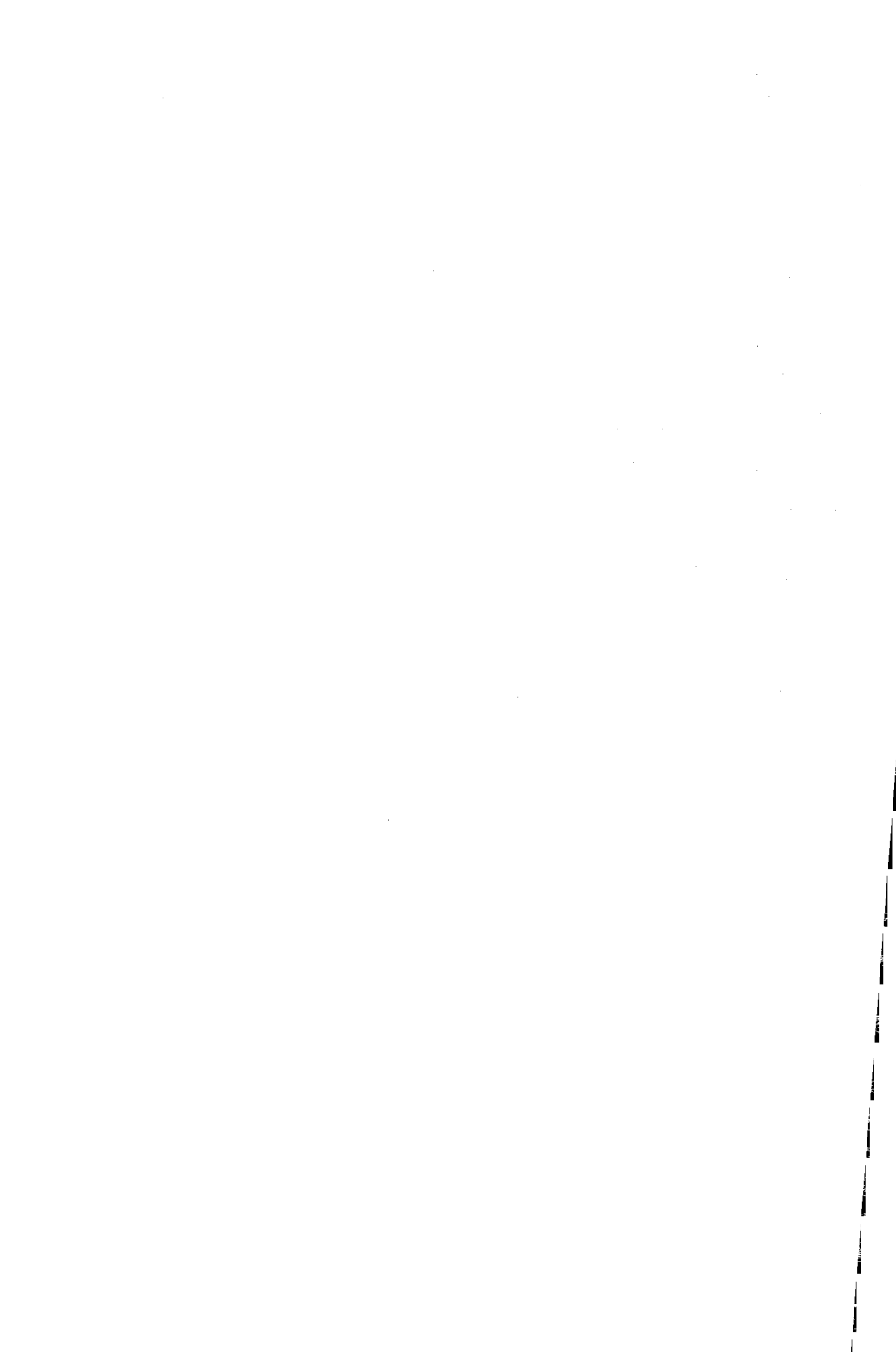
²⁰ Talih Uyar, a.g.e., s. 1346’da 40 sayılı karar (12. HD 19.10.1982 E. 7041 K. 7431).

²¹ Talih Uyar, a.g.e., s. 1420’de 17 sayılı karar (12. HD 1.7.1994, E. 8403 K. 9008).

olduğuna hiç bakmadan, belki de çok büyük rakamlara ulaşan ihale bedelinin % 10'u tutarında para cezasına mahkûm eder. Bu kuralın eleştirisine kitapta (s. 373) yer verilmemiş olmasını doğru bulmuyorum. Getirilen değişikliğin amacı, apaçıktır ki, ihalenin feshini isteyebilecek kişileri, başlarına gelebilecek büyük bir felâket tehdidiyle sindirmek, ihalenin feshini engellemek, tâkip alacaklısının rezilce bir ihaleyle dahi olsa satış bedeli üzerinden tatminine engel çıkmasını önlemektir. Hak sahiplerinin dava açmak zorunda bırakılmasına ve onların açtığı dâvaların da bin türlü kötüniyetli manevra ile sürüncemede bırakılmasına hiçbir yaptırım bağlamayan bir hukuk düzeninde, sırf ihaleyi feshettirmek istemi haksız sayıldı diye bir kimsenin ocağına incir dikilmesi, ona yüzmilyarlarca TL para cezası yüklenmesi hangi mantığa, hangi vicdana sığar ?

III. SONUÇ

Bu değerli kitabın kanımca yeniden gözden geçirilmesi gereken birkaç yerine böylece işaret etmekle, Türkiye'de İcra ve İflâs Hukuku öğretisine küçük bir katkı getirdiğimi sanıyorum. Kitabın değerli yazarının daha nice yaşlar görmesini dileyerek, kendisine saygı ve sevgilerimi sunuyorum.



İCRA TETKİK MERCIİNDE YARGILAMA USULÜ (İİK. mad. 18)

Av. Talih UYAR*

Tetkik merciiinde uygulanacak y a r g ı l a m a u s u l ü , İİK. mad.18**
de düzenlenmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

** Yargılama Usulleri

538 sayılı kanunla değişik 2004 sayılı İİK. MADDE: 18-“Tetkik Merciiine arz edilen hususlarda basit yargılama usulü uygulanır.

Şu kadar ki talep ve cevaplar dilekçeyle olabileceği gibi tetkik merciiine ifade zaptettirmek suretiyle de olur.

Kanunda sarahat bulunmayan hallerde tetkik mercii iki taraf arasında duruşma yapılmasına lüzum olup olmadığını takdir eder; duruşma yapılmasını tensip ettiği takdirde tarafları en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile icabeten kararı verir. Duruşma yapılmayan işlerde mercii, işin kendisine geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde kararını verir. Duruşmalar ancak zaruret halinde ve onbeş gün geçmemek üzere talik olunabilir”.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda yukarıdaki şekilde düzenlenmiş olan 18. maddenin 3. fıkrası 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli “İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 4. maddesi ile;

“Takip hukukunda başvuru şikayet bir dava olmadığından şikayette davalı taraf yoktur. Çünkü şikayet eden kişi bir başkası ile uyuşmazlık içinde değildir. İşlemine karşı şikayet yoluna başvuru icra dairesi veya işlemde yararı bulunan kişiler taraf değildir. İşlemin açıkça kanuna aykırı olması halinde tetkik merciiin işlemi yapan memuru ya da işlemde yararı bulunan kişileri dinlemesi gerekli olmayabilir. Bununla beraber şikayeti inceleyen tetkik mercii şikayet konusu işlemi yapan icra organını veya işlemle ilgili olan kişileri çağırıp dinleyebilir. Bu kişilerin başında, şikayet konusu işlemi yapan icra ve iflas müdürleri gelmektedir. Madde ile, kaynak İsviçre Kanunu’na ve uygulamasına uygun olarak, tetkik merciiine, “şikayete konu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapması” olanağı tanınarak, işlemin gerekçesini öğrenme imkanı sağlanmıştır. Böylece, şikayet konusu işlemin gerekçesini öğrenen tetkik mercii hakiminin daha isabetli karar vermesi ve ayrıca icra dairesinin de işlemlerinde daha dikkatli olması amaçlanmıştır. Öte yandan, uygulamada tebligat için gerekli olan süreden kaynaklanan sorunları gidermek amacıyla

I- Tetkik merciinde, HUMK mad.507-511'de düzenlenmiş olan “*basit yargılama usulü*” uygulanır (İİK mad. 18/I)¹.

Bu yargılama usulünün özelliği; *basit, kısa ve merasimsiz* bir usul oluşudur. Bu usulde²;

a) Kanıtlar, dilekçeye eklenir (HUMK.mad. 508) ve duruşma yapılırsa, ilk celsede incelenir. Ancak uygulamada; duruşmada yapılan işlerde, delillerin “ilk oturumda” sunulmasına izin verilmektedir³.

b) Duruşma yapılacaksa, taraflara⁴ duruşma günü için “çağrı belgesi” (davetiye) gönderilir. Bu çağrı belgesine, “*tarafların dayandıkları kanıtları belirli günde göndermeleri ya da duruşmaya getirmeleri gerektiği, duruşmaya gelmemeleri halinde yokluklarında (giyaplarında) da karar verilebileceği*” uyarısı (*ihartı*) yazılır (HUMK. mad. 509)⁵.

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde de, “*imza itirazı*”nın inceleneceği duruşma için borçluya İİK. 18/I uyarınca, HUMK. 509 ve 510'a göre ihtarlı davetiye çıkarılması gerekir⁶.

duruşmaların ancak zorunluluk halinde 30 günü geçmemek üzere ertelenebileceği hükme bağlanmıştır” gerekçeleriyle;

“*Aksine hüküm bulunmayan hallerde tetkik mercii, şikayet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığı takdir eder; duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir. Duruşma yapılmayan işlerde tetkik mercii, işin kendisine geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde kararını verir. Duruşmalar, ancak zorunluluk halinde ve otuz günü geçmemek üzere ertelenebilir*” şeklini almıştır.

¹ Bknz: 12. HD 20.4.1999 T.4526/5068

² Ayrıntılı bilgi için bknz: **SUNAR, G.**, Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, sh:46 vd.); **KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:V, sh:5578 vd.; **BİLGİ, N./ÖNEN, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, 1978, sh:740 vd.; **ÇELİKSULAR, A.**, Özel Yargılama Usulleri, (ABD. 1975/5, sh:726 vd.); **DOĞAN, M.**, Giyapta Yargılama, 1979, sh:163 vd.; **ÖZCENGİZ, M. N.**, Tetkik Mercii, 1975, sh:6 vd.

³ Bknz: 12. HD. 5.3.1987 T. 7647/3107; 24.3.1986 T. 9670/3201

⁴ Bknz: 12. HD. 18.2.1998 T. 187/1655; 6.10.1997 T. 9503/10065; 29.6.1981 T. 4579/6113

⁵ Bknz: 12. HD. 20.5.1987 T. 10120/6640; 31.1.1986 T. 7864/1044; 12.3.1990 T. 9474/2405; HGK. 8.10.1969 T. İc. İf. 1968-541/740; İİD. 6.10.1966 T. 9225/9389; 29.5.1962 T. 5708/6242; 12.1.1961 T. 9895/256; 15.4.1980 T. 1992/3486

⁶ Bknz: 12. HD. 7.7.1992 T. 1577/9328

Bu uyarının “*okunaklı biçimde*” yazılması (ya da mühür şeklinde basılması) gerekir⁷.

Duruşma davetiyesinin, vekil vasıtasıyla icra takibinde bulunmuş olan *alacaklı asile* değil *vekile* gönderilmesi gerekir (HUMK.mad. 62; Teb. K. mad. 11; Teb. Niz.mad. 15)⁸. Aynı şekilde, borçlunun vekil vasıtasıyla takip dosyasına itirazda bulunmuş olması halinde, duruşma davetiyesinin *borçluya* değil, *vekiline* gönderilmesi gerekir⁹.

Duruşma davetiyesine, “*duruşma saati*”nin yanlış -“saat:20:30”da” şeklinde- yazılmış olması, davetiyeyi hükümsüz hale getirir ve taraflara yeni duruşma gününün tekrar bildirilmesi gerekir¹⁰. Duruşma davetiyesinde, “*duruşma saati*” yazılmazsa, “duruşmanın çalışma saati sonuna kadar bekletilmesi” gerekir¹¹. Duruşma davetiyesinde¹² veya duruşma tutanağında (tensip kararında)¹³ belirtilen saatten önce, duruşmaya başlanamaz. “*Duruşma saati*” davetiyede ve tutanakta birbirinden farklı belirtilmişse davetiyedeki saate göre duruşmanın yapılması gerekir¹⁴. Duruşmanın yapılacağı *gün ve saat* yazılı olmayan duruşma davetiyesi geçerli olmaz¹⁵.

Duruşma davetiyesinde belirtilen “*duruşma günü*”nden önce duruşma yapılamaz¹⁶.

Duruşma davetiyesinin taraflara, Tebligat Kanunu’na uygun olarak tebliğ edilmiş olması gerekir. **Yüksek mahkeme;** “*daimi işçisi imzasına*” şeklinde borçlu şirkete yapılan duruşma davetiyesi tebligatının geçersiz

⁷ Bknz: 12. HD. 10.5.1973 T. 5066/4964; 2.2.1968 T. 806/1004; 24.5.1962 T. 5708/6242

⁸ Bknz: 12. HD. 21.1.1985 T. 10952/336; 28.3.1983 T. 1187/2307; 24.12.1984 T. 10364/13438

⁹ Bknz: 12. HD. 7.3.2003 T. 1875/4659; 21.3.2000 T. 3493/4276; 11.11.1999 T. 12873/14025; 19.4.1999 T. 4516/4940; 20.12.1995 T. 18080/18240; 13.5.1987 T. 1986-10032/6475; 6.11.1986 T. 1561/11797; 1.10.1984 T. 7615/9808

¹⁰ Bknz: 12. HD. 24.2.1983 T. 411/1363

¹¹ Bknz: HGK. 23.10.1971 T. İc. İf. 683/613

¹² Bknz: 12. HD. 27.5.1986 T. 12354/6309; 2.8.1979 T. 7285/6619

¹³ Bknz: 12. HD. 6.12.1990 T. 5680/12648; 27.5.1986 T. 12354/6309; 2.8.1979 T. 7285/6619

¹⁴ Bknz: 12. HD. 23.10.1989 T. 3534/12679

¹⁵ Bknz: 12. HD. 19.4.1994 T. 5090/4949

¹⁶ Bknz: 12. HD. 27.2.1989 T. 7226/2659; 15.3.1988 T. 5500/3060; 27.2.1986 T. 8696/2259

olduğunu”¹⁷, “ ‘birlikte çalışan’ kaydıyla yapılan duruşma davetiyesi tebligatının usulsüz (geçersiz) olduğunu”¹⁸, “duruşma davetiyesinin ‘eşi... eliyle’ şeklinde tebliğe çıkartılamayacağını”¹⁹, “tebligat tutanağında, tebliğ yapılan kişinin, *muhatabın aile fertlerinden veya hizmetçilerinden birisi olduğunun* açıklanmamış olmasının, tebligatı usulsüz hale getireceğini”²⁰, “Tebligat Kanununun 35.maddesine göre duruşma davetiyesinin tebliğ edilmiş sayılabilmesi için hem tebligat parçasından anılan maddedeki hususların yerine getirildiğine dair açıklama bulunması hem de mahkeme divanhanesine davetiyelerin bir örneğinin asılmış olmasının zorunlu olduğunu”²¹ (ancak hemen belirtelim ki; 4829 sayılı kanunla 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35. maddesinde yapılan değişiklikle, “tebliğ olunacak evrakın -örneğin; davetiyenin- mahkeme divanhanesine de asılması” usulünden vazgeçilmiş ve evrakın bir örneğinin, eski adrese ait binanın kapısına asılması, tebliğ için yeterli sayılmıştır...), “Almanya’da olduğu anlaşılan borçlu hakkında duruşma davetiyesinin ilan tebliğ edilemeyeceğini”²² belirtmiştir... Duruşma davetiyesinin usulsüz olarak tebliğ edildiğini saptayan tetkik mercisinin, kendiliğinden yeni bir duruşma davetiyesi tebliğ ettirmesi (tebliğe çıkarması) gerekir²³.

Duruşma davetiyesinin tebliğ edilemeden iade edilmiş olması halinde, Tebligat Kanunu hükümlerine göre duruşma davetiyesinin tebliği sağlanmadan duruşmaya devam edilemez²⁴.

Duruşma gün ve saati, dava dilekçesi üzerine imzası alınarak davacı²⁵ (ve davalıya) tebliğ edilebilir.

Tetkik mercii, tarafların (ya da vekillerinin) bildirdiği *mazereti* kabul ederse, yeni duruşma gününün taraflara (ya da vekillerine) tebliği gerekir²⁶.

¹⁷ Bknz: 12. HD. 12.9.1994 T. 10224/10286

¹⁸ Bknz: 12. HD. 14.10.1986 T. 15444/10514

¹⁹ Bknz: 12. HD. 21.3.1990 T. 10250/3070

²⁰ Bknz: 12. HD. 30.6.1986 T. 13595/7576

²¹ Bknz: 12. HD. 28.6.1983 T. 3635/5310

²² Bknz: 12. HD. 24.9.1986 T. 8560/9480

²³ Bknz: 12. HD. 17.4.1984 T. 2188/4723

²⁴ Bknz: 12. HD. 26.10.1992 T. 5653/12630

²⁵ Bknz: 12. HD. 19.3.1990 T. 2675/2891

²⁶ Bknz: 12. HD. 14.1.1993 T. 10994/443; 18.10.1990 T. 6204/10187; 18.6.1987 T. 6790/7669; 19.3.1987 T. 6594/3233; 26.5.1986 T. 12246/6224

Taraf vekillerinden birisi, mazeret dilekçesi vererek ve fakat ayrıca tebliğ pulu vermeden “*duruşmanın belli bir güne ertelenmesini*” ister ve isteği doğrultusunda duruşmanın ertelendiği gün duruşmaya gelmezse duruşmaya yokluğunda devam edilerek dava sonuçlandırılabilir²⁷.

Tetkik mercii, duruşmaya gelmeyen ve mazereti kabul edilen taraf hakkında, “*duruşma gününü kalemden öğrenmesine*” şeklinde karar vererek²⁸, belirlenen yeni duruşma gününde gelmeyen tarafın yokluğunda karar veremez²⁹, Bu durumda, mazereti kabul edilen tarafa (vekiline) duruşma gününün ayrıca tebliğ edilmesi gerekir³⁰. Ancak, mazeret dilekçesi veren ve altına “*duruşma gününü kalemden öğreneceğini*” belirten tarafa duruşma gününü belirtir davetiye gönderilmesi gerekmez³¹.

Vekil, dilekçesine vekaletname eklemeyen de, duruşma için mazeret dilekçesi verebilir³². Tetkik mercii, mazeretin niteliğini belirtip belgelendirmeyen taraf vekilinin yokluğunda duruşmaya devam edebilir³³. Ancak, “*mazeret bildirerek duruşmanın başka güne ertelenmesini isteyen*” taraf vekilinin bu istemi hakkında olumlu-olumsuz bir karar verilmeden, duruşmaya devam edilerek, mazeret bildiren taraf vekilinin yokluğunda dava sonuçlandırılmaz³⁴.

Vekilin *istifa* etmesi halinde, yeni duruşma gününün asile bildirilerek duruşmaya devam edilmesi gerekir³⁵.

Duruşma davetiyesi, taraflardan birine, “*duruşma günü*” tebliğ edilmişse, tetkik mercii bu davetiyeye dayanarak, o gün gelmeyen tarafın yokluğunda duruşma yapamaz. **Yüksek mahkeme**, duruşma gününde yapılan tebligatı, “*savunma hakkının ihlali*” niteliğinde görerek geçersiz saymıştır³⁶.

²⁷ Bknz: 12. HD. 22.2.1983 T. 10717/1314

²⁸ Bknz: 12. HD. 14.12.1993 T. 15619/16401; 22.2.1989 T. 13167/2444

²⁹ Bknz: 12. HD. 21.1.1986 T. 6386/490; 21.1.1986 T. 6610/520; 25.2.1985 T. 11869/1670; 23.5.1984 T. 4476/6567

³⁰ Bknz: 12. HD. 18.10.1990 T. 6204/10187; 18.6.1987 T. 6790/7669; 9.3.1987 T. 6594/3233; 26.5.1986 T. 12246/6224

³¹ Bknz: 12. HD. 7.7.1987 T. 5586/8396

³² Bknz: 12. HD. 27.3.1980 T. 1037/2876

³³ Bknz: 12. HD. 29.1.1980 T. 10096/588

³⁴ Bknz: 12. HD. 16.1.1980 T. 9909/123

³⁵ Bknz: 13.3.1990 T. 2017/2508

³⁶ Bknz: İİD. 10.10.1950 T. 3793/4333

Hatta, **yüksek mahkeme**, duruşma davetiyesinin, *duruşma gününden bir gün önce* -Tebliğat Kanunu mad. 21 uyarınca; “*kapıya ihbarname yapıştirılarak*”-tebliğini -‘tebliğ günü ile duruşma günü arasında uygun bir süre bulunmadığı’ gerekçesiyle- geçersiz saymıştır³⁷.

Duruşma davetiyesinin *duruşma gününden sonra* tebliğ edilmiş olması halinde, yeniden belirlenecek duruşma gününün taraflara tebliği gerekir³⁸. Duruşma günü ile duruşma davetiyesinin tebliği arasında en az *on günlük süre* bulunması gerekir³⁹.

Duruşma davetiyesi, borçluya, cezaevinde tebliğ edilmişse, Cumhuriyet Savcılığına tezkere yazılıp, “*borçlunun duruşmada hazır bulundurulması*”nın istenmesi gerekir⁴⁰.

Yenileme dilekçesinin, taraflara değil, dosyada vekaletnamesi bulunan taraf vekiline gönderilmesi gerekir⁴¹.

Az önce belirtildiği şekilde tebliğ edilmiş *davetiye* “çağrı belgesi” üzerine taraflardan biri duruşmaya gelmezse, kendisine *gyıap kararı tebliğ edilmeden*, yargılamaya *gyıabında* (yokluğunda) devam edilir⁴². Ancak hemen belirtelim ki, gelmeyen tarafın yokluğunda yargılamaya devam edilebilmesi için, *davetiyenin* (çağrı belgesinin) okunaklı biçimde⁴³ -HUMK. mad. 509’daki- uyarıyı taşıması gerekir.

Yokluğunda yargılamaya devam edilen taraf, herhangi bir oturuma geldiği takdirde, duruşmaya kabul edilir⁴⁴.

Duruşma, *mücbir sebeplerle* -örneğin, sokağa çıkma yasağı nedeniyle⁴⁵- önceden belirlenen günde yapılamazsa, taraflara yeni duruşma gününün bildirilmesi gerekir. Böyle yapılmayarak, tarafların duruşma gününü

³⁷ Bknz: 12. HD. 4.11.1980 T. 6442/778

³⁸ Bknz: 12. HD. 28.6.1995 T. 9450/9691

³⁹ Bknz: 12. HD. 1.6.1998 T. 5961/6445

⁴⁰ Bknz: 12. HD. 1.4.1986 T. 10028/3662

⁴¹ Bknz: 12. HD. 7.4.1988 T. 6877/4451; 3.7.1980 T. 4441/5860

⁴² Bknz: 12. HD. 25.1.1979 T. 81/398

⁴³ Bknz: 12. HD. 12.4.1984 T. 2053/4503; 10.5.1973 T. 50066/4964; 2.2.1968 T. 806/1004

⁴⁴ Bknz: 12. HD. 2.12.1980 T. 7328/8632

⁴⁵ Bknz: 12. HD. 10.3.1981 T. 9077/2331

“kalemde öğrenmelerine” şeklinde karar verilerek, duruşma günü duruşmaya gelmeyen tarafın yokluğunda karar verilemez.

c) Davalının on gün içinde “cevap verme” zorunluluğu yoktur. İsterse, esasa ilişkin cevabını ve itirazlarını *ilk celsede* y a z ı l ı ya da s ö z l ü olarak bildirebilir.

d) Bu tür davalara *adli ara vermede* de bakılır ve süreler -örneğin, *temyiz süresi*- adli ara vermede de işler.

e) Bu yargılama usulünün uygulandığı tetkik merciiine dilekçe ile -yani y a z ı l ı olarak- başvurulabileceği gibi, beyanın tutanağa geçirilmesi ile -yani s ö z l ü olarak- da başvurulabilir (mad. 18/II)⁴⁶.

f) Tetkik mercii, *duruşma yapılmasını uygun gördüğü* durumlarda, *yasada açıkça duruşma yapılması öngörülen* durumlarda, tarafları “e n k ı s a z a m a n d a” duruşmaya çağırır, duruşmalar ancak zorunluluk halinde de *otuz günü*⁴⁷ geçmemek üzere ertelenir.

Duruşma yapılmayan işlerde ise, tetkik merciiinin “işin kendisine gelmesinden itibaren en geç *on gün*⁴⁸ içinde” karar vermesi gerekir (mad.18/III).

Takiplerin hızla sonuçlanması amacını güden bu hükme uygulamada -işlerin çokluğu nedeniyle- gerektiği şekilde uyulduğu -maalesef- söylenemez.

Kanunun öngördüğü bu sürelerle uyulmaması, kuşkusuz, verilen hükmün geçerliliğini etkilemez. Sadece, hükmün gereğini titizlikle yerine getirmeyen ve gecikmeye neden olan yargıç hakkında “*disiplin cezası*” uygulanabilir⁴⁹.

⁴⁶ Bknz: HGK. 4.12.1968 T. İc.İf.-259/802 ; İİD. 21.3.1969 T. 2830/3072

⁴⁷ Bu süre 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda **on beş gün** olarak düzenlenmişken, (yeni) 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda “...uygulamada *tebligat için gerekli olan süreden kaynaklı sorunları gidermek amacıyla duruşmaların ancak zorunluluk halinde otuz günü geçmemek üzere ertelenebileceği hükmüne bağlanmıştır...*” ş e k l i n d e k i gerekçeyle; süre **otuz gün**'e çıkarılmıştır...

⁴⁸ Bu süre 2004 sayılı İcra ve İflas kanununda **on beş gün** olarak düzenlenmişken, (yeni) 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda -“herhangi bir gerekçe gösterilmeden”- **on gün**'e indirilmiştir... Kuşkusuz bu yeni düzenleme, uyuşmazlıkların tetkik merciiinde olabildiğince kısa sürede çözümlenmesini sağlama amacına yöneliktir...

⁴⁹ **POSTACIOĞLU, İ.**, 538 sayılı Kanunun İcra ve İflas Kanunu'na Getirdiği Yenilikler, 1965, sh:52.

Hatta bu durum yargıç için “*hukuki sorumluluk*” kaynağı (HUMK.mad. 573) olabilir⁵⁰.

II- Tetkik Merciiine başvuruda bulunan kişinin “*aktif dava ehliyeti*”ne sahip olması ve “*davacı sıfatı*”nı taşıyor olması gerekir.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

-“634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 35. maddesinde sayılan durumlar dışında apartman yöneticiliğinin ‘*aktif (ve pasif) husumet ehliyeti*’ bulunmadığını⁵¹”

-“Takibe taraf olmayan üçüncü kişinin bu dosyadan icra müdürlüğüne yediemine takdir edilen ücret için şikayet hakkına sahip bulunmadığını⁵²”

-“Üçüncü kişinin, borçluya yapılan tebligatın usulsüzlüğünü şikayet konusu yapamayacağını⁵³”

-“Kendisine -borçlunun vekili sıfatıyla- kıymet takdir raporu tebliğ edilen avukatın, bu tebligatı icra dairesine iade etmeyip, tetkik merciiine ‘*tebligatın iptali*’ için şikayette bulunamayacağını⁵⁴”

-“İİK. 133/II’de sayılanlar arasında bulunmayan üçüncü kişilerin, ihalenin feshini isteyemeyeceklerini ve bu kişilerin taleplerinin ‘*aktif husumet ehliyeti*’ yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini⁵⁵”

belirtmiştir...

Aynı şekilde, tetkik merciiinde aleyhine başvuruda bulunulan kişinin “*pasif dava ehliyeti*”ne sahip olması gerekir.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

-“634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 35. maddesinde sayılan durumlar dışında, apartman yöneticiliğinin ‘*pasif (ve aktif) husumet ehliyeti*’ bulunmadığını⁵⁶”

⁵⁰ BERKİN, N., İcra Hukuku Rehberi, 1980, sh:43.

⁵¹ Bknz: 12. HD. 3.4.2003 T. 3903/7101; 17.2.2003 T. 1996/2496; 24.1.2003 T. 28036/961; 26.11.2002 T. 23350/25195; 5.11.202 T. 20667/22579 vb.

⁵² Bknz: 12. HD. 9.5.2002 T. 8447/9777

⁵³ Bknz: 12. HD. 24.4.2001 T. 5911/6973; 11.4.2000 T. 4880/5679

⁵⁴ Bknz: 12. HD. 7.4.1999 T. 3780/4344

⁵⁵ Bknz: 12. HD. 12.3.2001 T. 3292/4135; 7.4.1999 T. 3786/4349

-“Borçlunun ‘pasif takip ehliyeti’ne (gerçek ya da tüzel kişiliğe) sahip olup olmadığının tetkik merciiince doğrudan doğruya araştırılacağıni⁵⁷”

-“Apartman yöneticisinin kendisine ancak özel olarak yetki verilmişse, kat malikleri kurulu adına kambyo senedi düzenleyebileceğini, bu durumda dahi yöneticinin ‘pasif husumet ehliyeti’ne sahip olmadığını, açılacak davada kat maliklerinin hasım (davalı) gösterilmesi gerekeceğini⁵⁸”

belirtmiştir...

III- Tetkik merciiine başvuru (dava) tarihi hangi tarihtir? Bu konuda şöyle bir ayırım yapmak gerekir:

a) “Sözlü olarak” yapılan başvurular; başvurunun tetkik mercii tutanağına geçirildiği (yazdırıldığı) tarihte yapılmış sayılır.

b) “Dilekçe” ile yapılan başvurular; **aa-**Eğer başvuru harca bağlı değilse, -örneğin; “icra ve iflas dairelerinin kusuru yüzünden yanlış yapılmış olan işlemlerin ıslah ve iptali için” şikayette bulunulmuş ise- “**şikayet dilekçesinin kaleme havale edildiği tarihte**” şikayet yapılmış sayılır⁵⁹. **b-**Eğer başvuru harca bağlı ise, -6.2.1984 T. 7/3 s. İçt. Bir. K. gereğince⁶⁰- harcın ödendiği tarihte tetkik merciiine başvurulmuş kabul edilir^{61, 62, 63}. Harca bağlı bir başvuru-

⁵⁶ Bknz: 12. HD. 3.4.2003 T. 3903/7101; 17.2.2003 T. 1996/2496; 24.1.2003 T 28036/916; 5.11.2002 T. 20667/22579 vb.

⁵⁷ Bknz: 12. HD. 19.3.1996 T. 3650/3675

⁵⁸ Bknz: 12. HD. 16.4.1997 T. 4388/4722; 20.9.1995 T. 11583/11681

⁵⁹ Bknz: 12. HD. 16.2.1990 T. 7044/1340; 16.2.1990 T. 7045/1341; HGK. 12.4.1967 T. İc. İf. 1358/203

⁶⁰ Bknz: (“...Harca tabi olmayan davalarda hakimin dava dilekçesini havale tarihinde, harca tabi davalarda ise, harcın ödendiği tarihte açılmış sayılır. Ancak, dava dilekçesinin ilgilisi tarafından daha sonraki bir tarihte mahkeme kalemine verildiği belgelendirilmiş ise, davanın o tarihte açıldığının kabulü gerekeceği...”) (RG. 19.3.1984 T. 18346 s.) (Bu İçt. Bir. K.’nin eleştirisi için bknz: KUNTMAN, O., Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Eleştirisi (İBD. 1984/10-12, sh:677 vd.; ÖNEN, E., Hukuk Davasının Hangi Tarihte Açılmış Sayılacağı Belirleyen Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine (Selçuk Üniv. Huk. Fak. D. C:1, S:1, 1988/Ocak-Haziran, sh:207 vd.; İKİD. S:292, 1985/Nisan, sh:3305 vd.).

⁶¹ KURU, B., İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1, sh:99.

⁶² Bknz: 12. HD. 27.3.2001 T. 4396/5225; 7.5.1987 T. 5575/6232; 6.2.1986 T. 973/1373; 31.12.1984 T. 10525/13793; 27.3.1984 T. 246/3660; 11.10.1984 T. 7054/10239

nun (şikayetin) harç ödenmeden yapılmış olduğunun saptanması halinde, harcın ödenmesi için ilgiliye süre verilmesi ve bu süre içinde karar gereğinin yerine getirilmemesi halinde ‘dosyanın işlemden kaldırılması’ gerekir...⁶⁴

Yüksek mahkeme, “başka bir tetkik mercii vasıtasıyla gönderilen dilekçelerin, ‘harçlandırıldığı tarihte’ verilmiş sayılacağı”⁶⁵ “harçlandırılmış dilekçenin kaleme geç götürülmüş olması halinde, ‘kaleme götürüldüğü tarihte’ verilmiş sayılacağı”⁶⁶ belirtmiştir...

IV- Tetkik merciine verilen dilekçenin *imzasız* olması halinde, bu noksanlığın giderilmesi ve bundan sonra istemin incelenmesi gerekir⁶⁷.

Taraflar tetkik merciine verdikleri dilekçede yaptıkları *maddi hataları* her zaman düzeltebilirler. Bu yolla, dilekçede yanlış yazılan *şikayetçinin*⁶⁸ ya da *karşı tarafın ismi*⁶⁹, dilekçede yanlış bildirilen *takep dosyası numarası*⁷⁰ düzeltebilir. **Yüksek mahkeme**, “yapılan şikayette *alacaklının isminin* hatalı belirtilmiş olması”⁷¹ nın, “*alacaklının yanlış gösterilmiş olması*”⁷² nın “şikayet (ihalenin feshi) dilekçesinde ‘*alacaklı*’ ve ‘*alıcı*’ nın isimlerinin yazılı olmaması”⁷³ nın ya da “*alacaklının isminin hiç yazılmamış*”⁷⁴ veya *vekilinin isminde hata yapılmış olması*”⁷⁵ nın şikayetin reddine neden olmayacağını belirtmiş-

⁶³ Karş. ÜSTÜNDAĞ, S., İcra Hukukunun Esasları, 1995, sh:57 (Bu görüşe göre; şikayet dilekçesi üzerine, bu dilekçe ayrıca kayda tabi olmadığından, hakimın havale tarihi, şikayet tarihi olarak kabul edilir. Yani şikayet tarihi, havale tarihi olup, dilekçe üzerine harç pullarının yapıştirıldığı tarih değildir...); aynı görüşte: PEKCANİTEZ, H., İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, 1986, sh:129.

⁶⁴ Bknz: 12. HD. 4.4.2003 T. 4940/7410

⁶⁵ Bknz: 12. HD.16.5.1989 T. 11275/7265

⁶⁶ Bknz: 12. HD. 3.2.1985 T. 12198/1825

⁶⁷ Bknz: 12: HD. 17.4.1996 T. 4818/5381; 22.11.1989 T. 5124/14337; 6. HD 20.12.1976 T. 843/8449; HGK 6.4.193 T. 1980-7-1677/328

⁶⁸ Bknz: 12.HD. 28.4.1986 T. 11081/4953

⁶⁹ Bknz: 12. HD. 20.10.1987 T. 14445/10442

⁷⁰ Bknz: 12. HD. 7.5.1985 T 13810/4289

⁷¹ Bknz: 12. HD. 11.10.1988 T. 13856/11238

⁷² Bknz: 12. HD. 21.3.1996 T. 3681/3874

⁷³ Bknz: 12. HD. 7.10.1994 T. 11067/11885

⁷⁴ Bknz: 12. HD. 3.3.1997 T. 1816/2246

⁷⁵ Bknz: 12. HD. 30.5.1994 T. 6915/7017

tir... Aynı şekilde **yüksek mahkeme** “istihkak davasına ait dilekçede maddi bir hata sonucu, istihkak iddiasında bulunmuş olan *üçüncü kişinin* yanlış gösterilmiş olmasının, davanın gerçek üçüncü kişi huzurunda yürütülmesine engel teşkil etmeyeceğini”⁷⁶, “istihkak davasına ait dilekçede, *icra dosya numarası* bildirildiği halde, *davalıların isimlerinin* yazılmamış olması halinde, dava dilekçesindeki bu noksanlığın tamamlanması gerekeceğini”⁷⁷ belirtmiştir.

“Şikayet” teknik anlamda “dava” olmadığından, “şikayet dilekçesi” de HUMK. 179’daki “*dava dilekçesi*” niteliğinde değildir. Bu nedenle “şikayet dilekçesi”nin HUMK. 179’daki koşulları içermesi gerekmez⁷⁸.

Dilekçede *temsilcinin adının ve sıfatının* yazılmamış olması⁷⁹ hatta *temsilcide* yanılığa düşülmüş olması⁸⁰ halinde, bu noksanlık ve yanılığa daha sonra düzeltilebilir.

Tetkik merciine başvuruda bulunan taraf, *yabancı uyruklu* ise, tetkik merciin, bu kişinin -2675 sayılı yasanın 32. maddesi uyarınca- “teminat göstermek zorunda olup olmadığını” araştırması ve bu araştırmasının sonucuna göre hareket etmesi gerekir⁸¹.

Yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak;

-“*İcra takibinde bulunan HUMK 97, MÖHUK 32 uyarınca teminat göstermek zorunda olan yabancı gerçek ve tüzel kişiye ‘teminat yükümlülüğünü yerine getirmesi için’ uygun bir süre verilmeden doğrudan doğruya, ‘yaptığı takibin iptaline’ karar verilemeyeceğini*”⁸²

-“*Almanya*⁸³ ve *Bulgaristan*⁸⁴ ile Türkiye arasında karşılıklı olarak teminat gösterme zorunluluğunun kaldırılmış olduğunu”

⁷⁶ Bknz. 15. HD. 28.3.1990 T. 107/1419

⁷⁷ Bknz: 15. HD. 16.5.1990 T. 1140/2214

⁷⁸ Bknz: 12. HD. 23.3.1998 T. 2697/3400

⁷⁹ Bknz: 12.HD. 27.3.1979 T. 11027/2465

⁸⁰ Bknz: 12.HD. 7.12.1987 T. 615/12684; 7.3.1983 T. 577/1675

⁸¹ Bknz: 12. HD 8.2.1993 T. 12739/2110; 27.3.1989 T. 8951/4621; 5.11.84 T. 8370/11261

⁸² Bknz: 12. HD 10.6.2003 T. 10267/13678, 5.5.2003 T. 6788/10022

⁸³ Bknz: 12. HD 18.4.2002 T. 7220/8053

⁸⁴ Bknz: 12. HD. 3.10.1995 T. 12382/12691

-“İcra takibinde bulunan yabancı uyruklu kişinin -HUMK.97 ve MÖHUK.32 uyarınca- takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanının karşılamak için -kural olarak- teminat göstermek zorunda olduğunu”⁸⁵

-“Yabancı uyruklu olan takip alacaklısının ‘teminat göstermek zorunda olup olmadığı’nin tespit edilmeden, esas hakkında karar verilemeyeceğini”⁸⁶ belirtmiştir.

V- “Şikayet” d a v a niteliğinde olmadığından, şikayet dilekçesinde ilgililerin yanlış gösterilmesi⁸⁷ veya hiç gösterilmemesi⁸⁸, şikayetin ‘husumet yönünden’ reddini gerektirmez...

Yüksek mahkeme;

-“ ‘Tebliğatin usulsüzlüğü’ne dair şikayet dilekçesinde, alacaklının hasım gösterilmesi zorunluluğu bulunmadığını”⁸⁹

-“Şikayet dilekçesinde hasım gösterilme zorunluluğunun bulunmadığını”⁹⁰

-“İhalenin feshi istemi ‘şikayet’ niteliğinde olduğundan ‘dava’ prosedürü uygulanmayacağını ve bu nedenle ihalenin feshi isteminde tüm ilgililerin ‘karşı taraf’ olarak gösterilmemiş olmasının, şikayetin reddini gerektirmeyeceğini”⁹¹ ve “ihalenin feshi davasının şikayetinin yanlış hasım aleyhine açılmış olması halinde, davanın (şikayetin) sırf bu yüzden reddedilemeyeceğini, mercice davacı (şikayetçi) borçluya, ‘alacaklı ve alıcı’yi hasım göstermesi için süre verilmesi gerekeceğini”⁹²

belirtmiştir...

⁸⁵ Bknz: 12. HD 3.10.2000 T. 15406/14168

⁸⁶ Bknz: 12. HD 30.3.1992 T. 8269/3910; 11.10.1991 T. 9366/10420

⁸⁷ Bknz: İİD. 15.12.1970 T. 12868/12592; 24.5.1976 T. 4346/6550

⁸⁸ Bknz: 12. HD. 8.3.1993 T. 15740/4321; 23.9.1994 T. 10316/11053

⁸⁹ Bknz: 12. HD. 23.9.1994 T. 10316/1153

⁹⁰ Bknz: 12. HD. 8.3.1993 T. 15740/4321

⁹¹ Bknz: 12. HD. 26.3.2002 T. 5030/6200

⁹² Bknz: 12. HD. 19.6.2000 T. 9791/1044; 4.4.2000 T. 3877/5090; 28.6.1984 T. 7217/8283

VI- Tetkik merciiinde d u r u ş m a, “İcra ve İflas Kanunu’nda açıkça öngörülen” durumlarla “tetkik mercii tarafından duruşma yapılmasına gerek görülen” işlerde yapılır.

A- İİK.’nda duruşma yapılması öngörülen durumlar (duruşma yapılması zorunlu olan işler):İcra ve İflas Kanununun tetkik merciiinde duruşma yapılmasını öngören maddeleri şunlardır:

a) -“Genel haciz yoluyla takiplerde” (İİK.mad. 68, 68/a, 70)⁹³,

-“Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde” (İİK.mad. 145)⁹⁴,

-“İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde” (İİK.mad. 150 a)⁹⁵,

-“Kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takiplerde” (İİK.mad. 269 d)⁹⁶ **itirazın kaldırılması talepleri,**

b) Üçüncü kişilerdeki mal ve hakların -İİK.mad. 89’a göre- haczinde, haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz edilmesi üzerine a l a c a k l ı n ı n , üçüncü kişinin cevabının aksini ileri sürmesi (İİK.mad. 89/IV)⁹⁷

c) İİK.mad. 121 gereğince, “iştirak halinde yararlanılan bir maldaki hissenin” n a s ı l s a t ı l a c a ğ ı⁹⁸,

d) İhale nin feshi istekleri (İİK.mad. 134/II, c.3)⁹⁹,

e) Kambiyo senetlerine dayanan haciz yoluyla takiplerde, b o r c a (İİK.mad. 169/a)¹⁰⁰ ve i m z a y a (İİK.mad. 170/II)¹⁰¹ i t i r a z l a r ,

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda İtiraz, 2. Bası, 1990, sh:529 vd.; 787 vd.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi, 2. Bası, 1992, sh:99.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., Rehlin Paraya Çevrilmesi, sh:125 vd.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda Tahliye, 2. Bası, 1987, sh:388.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda Haciz, 2. Bası, 1990, sh:309.

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, 2002, 3. Bası, C:2, sh:1567 vd.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İhale ve İhalenin Feshi, C:2, sh:1556 vd.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, 3. Bası, 2001, C:1, sh:1382 vd.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., Kambiyo Senetleri, C:1, sh:1762 vd.

f) Tahliyesi istenen taşınmazda bulunan üçüncü kişinin gösterdiği kanıtlara göre -İİK. mad. 276/III'e göre-¹⁰² **tahliyesinin gerekip gerekmediği**,

g) Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen borçlunun konkordato talebi üzerine -İİK. mad.285, 286/I ve 287'ye göre- **borçluya konkordato mehli verilmesi**,

h) İİK.mad. 318 ve 319 gereğince “fevkalade mehil” isteminde bulunan borçlunun **fevkalade mehil istemi hakkında karar verilmesi**,

Tetkik merciinde, **duruşma yapılarak** incelenir.

B- Tetkik merciinin duruşma yapılmasına gerek gördüğü durumlar (Duruşma yapılması isteme bağlı (ihtiyari) işler: Tetkik mercii, “yasanın mutlaka duruşmalı inceleme yapılmasını emrettiği işler” d ı ş ı n d a da, duruşma yapılmasını uygun görebilir. Gerçekten, tetkik mercii, başvuruda bulunanın dilekçesine eklediği kanıtlar ve getirttiği icra dosyasının uyumsuzluğu çözmekte yeterli bulunmadığını göyerek, karşı tarafın da görüş ve kanıtlarını öğrenmek isteyebilir. Bu gibi durumlarda, “noksan inceleme” ile e v r a k ü z e r i n d e karar vermek yerine, uyumsuzluğu **duruşmalı** o l a r a k görmek “*yararlı*”, hatta “*zorunlu*” hale gelir. “Zorunlu” diyoruz çünkü, yeterli olmayan kanıtlarla başvuruyu kabul ya da reddetmesi Yargıtay’ca “noksan inceleme” nedeniyle bozma sebebi yapılır. Bu nedenle çok kez “duruşma yaparak uyumsuzluğu çözmek” tetkik mercii yargıcının takdirine bırakılmış bir davranış biçiml olmayıp, uyumsuzluğun niteliğinden doğan bir zorunluluk şeklinde karşımıza çıkar. **Yüksek mahkeme**¹⁰³ “yasada açıklık bulunmayan hallerde, duruşma yapılmasına gerek olup olmadığının tetkik merciince isabetle takdir edilmesi gerektiğini” vurgulamıştır.

Tetkik merciinin *duruşma yapılmasını gerekli görerek, duruşma yaptığı* bazı işler hakkında yasakoyucu, açıkça tetkik merciine bu konuda seçim hakkı verdiğini belirtmiş, bazı işler hakkında ise, tetkik merciinin bu takdir hakkından hiç bahsetmemiştir.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., Tahliye, sh:678 vd.

¹⁰³ Bkz: İİD. 3.4.1969 T. 3557/3673

a- Yasanın, tetkik merciiine “duruşma yapıp yapmama” konusunda açıkça seçim hakkı tanıdığı işler:

aa- İİK. mad. 65/III gereğince, borçlunun “*gecikmiş itiraz*” istemi üzerine, tetkik mercii, duruşma yaparak ya da duruşma yapmadan evrak üzerinde inceleme ile yetinerek karar verebilir¹⁰⁴.

bb- İİK. mad. 97/1 gereğince, “istihkak iddiasına karşı, alacaklı ya da borçlunun itiraz etmesi” ve icra memurunun dosyayı tetkik merciiine sunması üzerine, tetkik mercii “dosya üzerinde” ya da gerek görürse “tarafı duruşmaya davet ederek” *takibin devamına veya takibin talikine karar verir*¹⁰⁵.

cc- İİK. mad. 225 gereğince, iflasta, alacaklılar toplantısının kararlarına karşı -alacaklılar ve müflis tarafından- şikayette bulunulması üzerine, tetkik mercii, iflas dairesinin görüşünü aldıktan sonra gerekli görürse duruşma yapıp “şikayet edeni ve dinlenmesini isteyen alacaklıları” da dinleyerek kısa zamanda kararını verir.

b- Yasanın, tetkik merciiine “duruşma yapıp yapmama” konusunda açıkça seçim hakkı tanımadığı işler : İcra ve İflas kanununun pek çok maddelerinde, uyuşmazlığın tetkik merciiinde çözüleceği belirtilirken, tetkik mercii'nin bu konuda “*duruşma yaparak*” mı yoksa “*evrak üzerinde inceleme ile yetinerek*” mi karar vermesi gerektiği ayrıca açıklanmamıştır.

Bu gibi durumlarda, tetkik mercii yargıcı, başvuruda bulunanın istemi hakkında, dosyayı ve başvuruda bulunanın dilekçesine eklediği kanıtları inceleyerek karar verebiliyor ve karşı tarafın savunmasının alınmasında bir yayar görmüyor ise, incelemesini dosya üzerinde yapmakla yetinmeli ve ayrıca duruşma açmamalıdır. Buna karşın, başvuruda bulunanın istemi hakkında bir karar verebilmek için, karşı tarafın savunmasının alınmasına, yerinde *keşif yapılmasına ve bilirkişiye başvurulmasına* -çok ender de olsa, *tanık dinlenmesine*- gerek görülürse, mutlaka taraflara çağrı kağıda (davetiye) gönderilip duruşma açılmalıdır...

VII- Tetkik mercii'nin, yasa gereği duruşma yapmak zorunda olduğu -yani, yukarıda V-A'da belirtilen- ya da duruşma yapılmasına kendisinin

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İtiraz, sh:53 vd.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bası, 1994, sh:192 vd.

gerek gördüğü -yani, yukarıda **V-B**'de belirtilen- **d u r u m l a r d a**, taraflardan birinin duruşma gelmemesi halinde, gelenin yüzüne karşı ve gelmeyenin yokluğunda (gıyabında) karar verilebilirse de¹⁰⁶, **iki taraf da duruşmaya gelmezse** ne yapılacaktır? HUMK. mad. 409 gereğince, “*dosya işlem*den” mi kaldırılacaktır? Yoksa yine “*tarafların yokluğunda (gıyabında)*” mı(İİK. mad. 18/III) karar verilecektir?

Bu durumda verilecek kararı belirlemek için şöyle bir ayırım yapmak gerekir: Yasa gereği (İİK. mad. 68, 68a, 70, 97/XI, 134/II, 169a, 170, 269 d vb.) tetkik merciinde *duruşma yapılması zorunlu olan işlerde*, iki taraf da duruşmaya gitmezse -taraflara daha önce usulüne uygun duruşma davetiyesi tebliğ edilmiş olması koşuluyla-¹⁰⁷ HUMK. mad. 511'in, mad. 409'a yaptığı atıf nedeniyle “*dosyanın işlem*den kaldırılmasına” karar verilmesi¹⁰⁸, buna karşın, *duruşma yapılması takdire bırakılmış olan işlerde* tetkik mercii, takdir hakkını “*incelemenin duruşmalı olarak yapılması*” doğrultusunda kullanmış ve iki taraf da bu duruşmaya gitmemişse, -İİK. mad.18/III uyarınca- tetkik merciinin “*icab eden kararı vermesi*”¹⁰⁹ gerekir¹¹⁰.

Buna karşılık, tarafların her ikisi de çağrıldıkları oturuma gelir ve “*yargılamaya devam etmeyeceklerini*” bildirirlerse, artık HUMK.mad. 511 yolu ile 409. maddeyi uygulamak ve “*dosyanın işlem*den kaldırılmasına”

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bknz: **ULUKAPI, Ö.**, Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi (Selçuk Üniv. Huk. Fak. D. C: 1, S: 1, 1988/Ocak-Haziran, sh: 178 vd.).

¹⁰⁷ Bknz: 12. HD. 3.3.2003 T. 753/3987

¹⁰⁸ Bknz: 12.HD. 14.11.1995 T. 15660/15831; 20.6.19995 T. 9150/9170; 6.11.1990 T. 3542/11107; 10.11./1989 T. 4191/13681; 16.1.1989 T. 4774/241; 5.5.1986 T. 1173/5320; 12.2.1986 T. 7661/1529; 5.2.1986 T. 196/125; 24.3.1989 T. 8764/4150; 21.4.1986 T. 10396/4600; 15.HD. 27.2.1991 T. 799/917

¹⁰⁹ Bknz: 12. HD. 8.5.2003 T. 8505/10414, 10.4.203 T. 4523/7828; 11.3.2003 T. 2487/4941; 17.12.2002 T. 25392/26841; 14.3.20002 T. 4050/5108; 7.11.200 T. 16030/16695 vb. - 3.6.1990 T. 6619/7393 12.HD. 75.5.1991 T. 1990-14040/6688

¹¹⁰ Bu konuda ayrıca Bknz: **KURU, B.**, İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1, sh:100 vd.; **KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.**, İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı), 2000, 13. Bası, sh:74; **ÇELİKSULAR, A.**, Özel Yargılama Usulleri (ABD. 19875/5, sh: 726 vd.); **SUNAR, G.**, sh: 211 vd.; **PEKCANİTEZ, H.**, Şikayet, sh:144; **KARSLI, A.**, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, 1995, sh:61 vd.; **ULUKAPI, Ö.**, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, 1997, sh:130vd.; **ERTEM, S.**, İcra ve İflas Kanununda Önemli Bahisler, 1951, sh:31; **ÖZCENGİZ, M. N.**, age., sh:54.

karar vermek gerekir. Aksi takdirde, medeni usul hukukunun temel ilkelelerinden olan “tasarruf ilkesi”ne aykırı hareket edilmiş olunur¹¹¹.

Bu vesile ile ayrıca belirtelim ki; HUMK. 409/son uyarınca “*davanın açılmamış sayılmasına*” karar verilebilmesi için, davanın ilk yenilemeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılmış olması gerekir¹¹². Yine belirtelim ki, “şikayet” niteliğinde olan “ihalenin feshi” duruşmalarına, iki tarafın da gelmemesi halinde, İİK. 134/II’deki özel hüküm nedeniyle, HUMK. 409 hükmü uygulanarak “*dosyanın işlemden kaldırılmasına*” karar verilemez¹¹³...

VIII-Tetkik mercii, kendisine başvuruda bulunan kişinin dilekçesinde kullandığı “sözcüklere” göre değil, “gerçek amacı”na göre, uyuşmazlığın hukuki niteliğini saptayarak -örneğin; başvurunun “*itiraz*” mı, “*şikayet*” mi olduğunu belirleyerek- başvurunun kapsamına göre hukuki değerlendirmeyi yapıp, isteğe uygun yasa maddesini uygular (HUMK. 76)¹¹⁴.

Yüksek mahkeme;

-“ *‘İstihkak davası’ şeklinde çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın, (şikayet) şeklinde tetkik merciiine getirilmiş olması halinde, hukuki nitelendirmeyi yapmak hakime ait bir görev olduğundan, uyuşmazlığın ‘istihkak’ prosedürüne göre çözümlenmesi gerekeceğini*”¹¹⁵

-“ *HUMK. 76’ya göre hukuki nitelendirmeyi yapmak hakimin görevi olduğundan, dilekçede ‘gecikmiş itiraz’dan bahsedilmiş olmasının, uyuşmazlığın ‘usulsüz tebligat nedenine dayalı şikayet’ olarak algılanıp çözüme kavuşturulmamasına engel teşkil etmeyeceğini*”¹¹⁶

¹¹¹ SUNAR, G., sh:213; YILMAZ, Z., Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması, 2001, sh:184; Karş. ULUKAPI, Ö., age. sh:131.

¹¹² Bknz: 12. HD. 20.4.2001 T. 5782/6846; 30.16.2000 T. 17967/18695

¹¹³ Bknz: 12. HD. 16.5.2002 T. 10463/10208; 12.6.2001 T. 9582/10496

¹¹⁴ Bknz: 12. HD. 21.12.1989 T: 6455/15787

¹¹⁵ Bknz: 12. HD. 26.5.2003 T. 9083/12030, 18.3.2003 T. 3127/5605; 25.2.2003 T. 888/3406; 4.6.2002 T. 10931/11821; 27.3.2001 T. 44.14/5207; 5.11.1999 T. 12185/13605 vb.

¹¹⁶ Bknz: 12. HD. 2.5.2003 T. 7115/9950; 4.2.2003 T. 27147/1995; 8.4.2002 T.6046/7279; 7.3.2002 T. 3328/4661; HGK. 1.3.2001 T. 12-246/248 vb.

-“ ‘İhaleden sonra yapılan satışın durdurulmasına’ yönelik başvurunun, ‘ihalenin feshi’ istemiyle yapılmış bir başvuru olarak kabul edilmesi gerekeceğini”¹¹⁷

-“ Alacaklının tetkik merciine yaptığı başvuruda hem ‘itirazın iptali’nden hem de ‘itirazın kaldırılması’ndan bahsetmiş olmasının, başvurunun tetkik merciince ‘itirazın kaldırılması’ olarak kabulüne engel teşkil etmeyeceğini”¹¹⁸

-“Başvuruda bulunanın yaptığı başvuruyu ‘itiraz’ ya da ‘şikayet’ olarak nitelenmiş olmasının önem taşımayacağını”¹¹⁹

belirtmiştir...

Tetkik mercii, gerek “evrak üzerinde” (duruşmasız olarak) ve gerekse “duruşmalı olarak” baktığı işlerde, kendisine yapılan başvurunun “hukuki niteliği”ni bu şekilde tesbit ettikten sonra,

a) Ö n c e , uyuşmazlığı çözenin kendi **görevine** girip girmediğini araştırır.

Yaptığı inceleme sonucunda, başvurunun bir “dava” niteliğinde olduğunu, bu nedenle uyuşmazlığın mahkemede ya da idari yargı yerinde görülmesi gerektiğini tesbit ederse -görevli yargı yerini de belirterek-¹²⁰ “görevsizlik kararı”¹²¹ verir. **Yüksek mahkeme;**

-“ ‘Rehin sözleşmesinin muvazaalı olarak düzenlendiği’ iddiasının tetkik merciinde ileri sürülemeyeceğini”¹²²

-“İhtiyati tedbir kararını infaz eden icra memurunun bu işlemine karşı şikayetin tetkik merciine değil, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılması gerekeceğini”¹²³

¹¹⁷ Bknz: 12. HD. 7.2.2003 T. 28425/2378

¹¹⁸ Bknz: 12. HD. 28.11.2002 T. 23555/25402

¹¹⁹ Bknz: 12. HD. 29.2.2000 T. 2448/3449; 17.10.1995 T. 12749/13772; 12.3.1991 T. 1332/3032 vb.

¹²⁰ Bknz: 12. HD. 21.3.1991 T. 10751/3570

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, 1991, 2. Bası, sh:184.

¹²² Bknz: 12. HD. 13.12.2002 T. 26945/28221

¹²³ Bknz: 12. HD. 12.4.2001 T. 5331/6266; 9.4.2001 T. 4939/6046; 19.9.2000 T. 12139/13133

-“Muvazaa iddiasının tetkik merciiinde incelenemeyeceğini”¹²⁴

-“İhtiyati tedbir kararının kalkıp kalkmadığının, yürürlükte bulunup bulunmadığının, kararı vermiş olan mahkemece değerlendirileceğini, bu konuda tetkik merciiinin görevsiz olduğunu”¹²⁵

belirtmiştir...

Buna karşın; gerek alacak miktarının ve gerekse alacağın istenebilir istenemeyeceğinin (doğmuş olup olmadığının) takip dayanağı belgeden açıkça anlaşılabilmesi halinde (bunun tesbiti için yargılama yapılmasına gerek duyulan hallerde), “kendisinin bu uyuşmazlığa bakamayacağı” sonucuna varırsa, yapılmış olan icra takibin durmasını sağlayacak biçimde, borçlu lehine olarak “**borçlunun itirazının kabulü**” ve “**takibin durdurulması**”¹²⁶ doğrultusunda karar verir. **Yüksek mahkeme**, bu konu ile ilgili olarak;

-“İİK.’nin 68. maddesinde öngörülen koşulları içermeyen ‘taahhüt-manen’ başlıklı belgeden doğan alacakla ilgili uyuşmazlığın tetkik merciiinde çözümlenemeyeceğini, ‘borçlunun itirazının kabulüne’ karar verilmesi gerekeceğini”¹²⁷

-“ ‘Kefil’ (ya da müşterek borçlu) tarafından yapılan ödeme nedeniyle diğer ‘kefil’ (veya müşterek borçlu) ya da -asıl borçlu- hakkında rücu amacıyla yapılan takipten doğan uyuşmazlığın tetkik merciiinde çözümlenemeyeceğini, bu konuda ‘itirazın kaldırılması talebinin -ya da şikayetinin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”¹²⁸

-“*Teminat senetlerinin kambiyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamayacağını, borca itiraz üzerine doğan uyuşmazlığın yargılamayı gerektireceğini, bu durumda ‘borçlunun itirazının kabulüne’ karar verilmesi gerekeceğini*”¹²⁹

¹²⁴ Bknz: 12. HD. 26.6.2000 T. 10168/10585

¹²⁵ Bknz: 12. HD. 25.12.1997 T. 14083/14541

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bknz: Yuk. **UYAR**, T., Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, sh:184 vd.

¹²⁷ Bknz: 12. HD. 16.5.2003 T. 8524/11252

¹²⁸ Bknz: 12. HD. 16.5.2003 T. 8519/11262; 24.3.2003 . 2934/6170; 13.12.1999 T. 16075/16290; 21.4.1998 T. 3879/4385; 9.6.1997 T. 6506/6753; Karş; 12. HD. 9.2.1995 T. 1790/1720; 10.10.1994 T. 11643/11957; 23.6.1994 T. 7868/8381 vb.

¹²⁹ Bknz: 12. HD. 12.5.2003 T. 7794/10733; 18.2.1998 T. 805/1610; 26.6.1997 T. 6172/6453

-“İİK. mad 68/I’de öngörülen belgelerden sayılmayan -ve ‘borç ikrarını içeren belge’ niteliğinde bulunmayan- belgelerde yer alan alacakla ilgili takibe yönelik itiraz üzerine ‘alacaklının itirazın kaldırılması isteminin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”¹³⁰

-“Takip konusu senedin -inşaat, kredi, alım satım vb.- iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme uyarınca düzenlenmiş olması halinde, senet bedelinin tahsilinin gerekip gerekmediği yargulamayı gerektirdiğinden, tetkik merciince ‘takibin iptaline’ (İİK. mad. 170 a) karar verilmesi gerekeceğini”¹³¹

-“Cezai şart niteliğindeki alacağın takibinin yargulamayı gerektireceğini, bu konuda yapılan ilamsız takibin iptaline karar verilmesi gerekeceğini”¹³²

-“ ‘Temlikin geçerli olmadığı’ yönündeki alacaklının iddiasının tetkik merciinde değil, mahkemede incelenebileceğini”¹³³

-“Avukatlık ücret sözleşmesi ‘İİK.mad. 68/I’de yazılı belgelerden olmadığı için’ buna dayanılarak yapılan icra takibinde, alacaklının ‘itirazın kaldırılması talebinin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”¹³⁴

-“Önceki takipte talep edilmemiş olan faiz alacağının müstakil olarak takip konusu edilmiş olması halinde, BK.’nun 113/II maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığı olgusunun yargulamayı gerektireceğini, bu durumda ‘borçlunun itirazının kabulüne’ karar verilmesi gerekeceğini”¹³⁵

belirtmiştir...

“Görev” ve “yetki” ye ilişkin uyumsuzluklarda, öncelikle görev uyumsuzluğunun çözümlenmesi ve görevli mahkemenin (tetkik merciinin) yetki uyumsuzluğu konusunda karar vermesi gerekir¹³⁶.

¹³⁰ Bknz: 12. HD. 1.5.2003 T. 6670/9689; 14.3.2003 T. 2175/5256; 31.12.2002 T. 26957/28198; 3.12.2002 T. 23760/25854 vb.

¹³¹ Bknz: 12. HD. 21.4.2003 T. 6247/8807; 30.1.2003 T. 28549/1473; 14.4.2001 T. 5204/6110; 5.6.2000 T. 8716/9285; 2.12.1999 T. 14440/15494 vb.

¹³² Bknz: 12. HD. 18.2.12003 T. 29516/2664

¹³³ Bknz: 12. HD. 1.11.2002 T. 21310/22104

¹³⁴ Bknz: 12. HD. 7.12.2002 T. 1382/2647

¹³⁵ Bknz: 12. HD. 1.2.2002 T. 924/2053; 25.2.1991 T. 9198/2250

¹³⁶ Bknz: 12. HD. 25.9.1999 T. 11924/10732

b) Uyuşmazlığı çözümlemenin görevi içine girdiğini saptayan tetkik mercii daha sonra, yapılan başvuruyu incelemeye yetkili olup olmadığını araştırır.

İcra ve İflas Kanunu'nda şikayet'lerin (İİK.mad.16 vd.) ve itirazın kaldırılması (İİK.mad. 68, 68 a) taleplerinin “hangi tetkik merciiinde inceleneceğini” açıkça belirtmemiştir. Fakat doktrinde “şikayet için yetkili tetkik merciiin şikayet konusu işlemi yapmış olan icra (ve iflas) dairesinin bağlı olduğu tetkik mercii olduğu”¹³⁷ ve “itirazın kaldırılması talepleri için yetkili tetkik merciiin, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu tetkik mercii olduğu”¹³⁸ kabul edilmektedir. **Yüksek mahkeme** de aynı görüştedir.¹³⁹:

“İstihkak davasının hangi tetkik merciiinde görüleceğini” de, İİK. değil, **HUMK.’nun 512. maddesi** “eşyanın bulunduğu veyahut haczin vazolunduğu mahal mahkemesi” şeklinde düzenlemiştir¹⁴⁰. Bu durumlar dışında, **İİK. mad.79/II**'de “Haczolunacak mallar başka yerde ise, haciz yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine yazar. Bu halde hacizle ilgili şikayetler, istinabe olunan icra dairesinin tabi bulunduğu tetkik merciiince çözümlenir” ve İİK.mad. 360'da “Artırma ve ihaleye mütedair ihtilaflar istinabe olunan icra dairesinin tabi bulunduğu tetkik merciiince hallolunur” şeklinde tetkik merciiin yetki konusu düzenlenmiştir.

Tetkik merciiin “yetki”sini -icra hukukunda- belirleyen kurallar (İİY.mad. 360 ve 79/II) kamu düzeni ile ilgili olduğundan¹⁴¹, tetkik mercii, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmadığını “kendiliğinden” araştırmak zorundadır¹⁴². Çünkü tetkik merciiin yetkisi “kesin yetki”dir.

¹³⁷ Bknz: **POSTACIOĞLU**, İcra Hukuku Esasları, 1982, sh:72; **KURU**, B., İcra ve İflas Hukuku, C:1, sh:97; **ÜSTÜNDAĞ**, S., age., sh:65; **UYAR**, T., İcra Hukukunda Şikayet, 2. Bası, 1991, sh: 621.

¹³⁸ Bknz: **POSTACIOĞLU**, İ., age. sh:209 vd.; **KURU**, B., age.C:1, sh:372; **UYAR**, T., İtiraz, sh:528.

¹³⁹ Bknz: 12. HD. 19.1.1993 T. 11227/728; 7.3.1989 T. 7713/3214

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR**, T., İstihkak Davaları, sh:318 vd.

¹⁴¹ Bknz: 12. HD. 6.2.2001 T. 1873/2077; 12.3.1997 T. 2560/2986 vb.

¹⁴² Bknz: Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR**, T., Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, sh:118.

Tetkik mercii, kendisinin yetkili olmadığı kanısına varırsa, “**yetkisizlik nedeniyle** (ya da “**yetki itirazının kabulüne**” ve) **dosyanın istek halinde yetkili tetkik merciine gönderilmesine**” şeklinde karar verir^{143,144}.

Tetkik mercii, yapılan “*yetki itirazı*”nı çözümlenmeden, “*esasa ait itirazları*” inceleyemez.¹⁴⁵ Yetki itirazı”nı reddeden tetkik merciinin -borçlunun yetki itirazı ile birlikte ileri sürdüğü- esasla ilgili itirazlar hakkında da karar vermek zorundadır¹⁴⁶...

“Yetkisiz kararı” veren tetkik merciinin bununla yetinmesi ve diğer itirazlar hakkında karar vermemesi gerekir¹⁴⁷. Çünkü bu durumda, esasa ait itirazları yetkili tetkik mercii inceler¹⁴⁸. **Yüksek mahkeme**, bu nedenle “*yetki itirazının kabulü halinde, zamanaşımı hakkında da karar verilemeyeceğini*” belirtmiştir¹⁴⁹.

c) Yapılan başvuruyu incelemenin “*görev*” ve “*yetki*”sine girdiğini saptayan tetkik merciinin, başvurunun belirli bir *süreye* bağlı olduğu durumlarda (İİY. mad. 16/I; 67/IV; 97/VI; 134/II; 142/I; 168/3, 4, 5; 264/II vb) **s ü r e s i n d e** başvuruda bulunulup bulunmadığını araştırması gerekir¹⁵⁰.

d) Yapılan başvurunun “*görev*” ve “*yetki*”sine girdiğini ve “*süresi içinde*” olduğunu tespit eden tetkik merciinin, başvuruda bulunanın, başvuruda bulunmakta **hukuki yararı**’nın bulunup bulunmadığını da araştırması gerekir.

Eğer tetkik merciine gereksiz olarak başvurulmuşsa, tetkik merciinin, “*hukuki yararı bulunmaması nedeniyle*” başvuruyu reddetmesi gerekir. Örneğin; borçlu icra dairesine başvurup itirazda bulunduktan ve bu şekilde hakkındaki takibi durdurduktan sonra, ayrıca tetkik merciine “*borca itiraz*”da bulunmuşsa ya da alacaklı, borçlunun icra dairesine yaptığı itiraz geçersiz olduğu -

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, sh:122.

¹⁴⁴ Bknz: 12.HD. 20.4.1999T. 4536/5076; 30.12.1992 T.10512/17534 vb. -24.4.1989 T. 11529/6090; 6.3.1989 T. 2637/3052

¹⁴⁵ Bknz: 12.HD. 8.6.1989 T. 13736/8552

¹⁴⁶ Bknz. 12. HD. 19.2.1991 T 8305/2022

¹⁴⁷ Bknz. 12. HD. 2.3.1984 T. 3426/3826

¹⁴⁸ Bknz. 12.HD. 20.31.991 T. 10649/3525; 21.2.1983 T. 1303/1233

¹⁴⁹ Bknz. 12.HD. 24.6.1982 T. 5495/573

¹⁵⁰ Bknz: 12. HD. 5.2.1986 T. 7660/1239; 19.1.1987 T. 4800/3098

bu nedenle icra takibini durdurmadığı- halde, tetkik merciinden “itirazın kaldırılmasını” istemişse, tetkik merciinin, yapılan bu tür başvuruları reddetmesi gerekir.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

“ *Takipte ve ödeme emrinde taraf gösterilmemiş olan kimsenin ‘takibin iptalini’ istemekte hukuki yararının bulunmadığını*”¹⁵¹

-“*Mirasçının, takip tarihinde ölü olan mirasbırakan hakkında yapılan takibin iptalini istemekte hukuki yararının bulunduğunu*”¹⁵²

-“*Borçlunun esasla ilgili itirazlarını ilgili yere bildirmeden sadece ‘tebliğ tarihinin düzeltilmesi’ni isteyebileceğini, bunu talep etmekte hukuki yararının bulunduğunu*”¹⁵³

-“*Takipte taraf olmayan üçüncü kişinin haciz işleminin usulsüzlüğünü ileri süremeyeceğini*”¹⁵⁴

-“*Üçüncü kişinin İİK.nun 96 veya 99. maddelerinin uygulanması gerektiği konusunda şikayet hakkına sahip bulunmadığını*”¹⁵⁵

-“*3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu uyarınca -kiracının iflas etmesi veya icra takibine uğraması halinde- ‘haczedilmezlik’, ‘istihkak’ ve ‘finansal kiralama konusu malların haciz veya iflas (takibi) dışında bırakılması’ konularının gündeme gelebileceğini, icra memurunun son konuda vereceği karara karşı, hukuki yararı bulunan ‘alacaklı’nın, ‘borçlu’nun ve ‘finansal malları kiralayan’ın yedi gün içinde tetkik merciine şikayette bulunabileceğini*”¹⁵⁶

-“*Takibe itiraz etmemiş olan borçlunun da ‘ödeme (icra) emri tebligatının usulsüzlüğünü ve öğrenme tarihinin tesbiti’ni -şikayet yolu ile- istemekte hukuki yararının bulunduğunu*”¹⁵⁷

¹⁵¹ Bknz: 12. HD. 1.4.2003 T. 4139/6973

¹⁵² Bknz: 12. HD. 4.7.2000 T. 10557/11389; 6.11.1996 T. 13662/13871

¹⁵³ Bknz: 12. HD. 3.2.2003 T. 29410/1973

¹⁵⁴ Bknz: 12. HD. 21.5.2001 T. 8029/8939

¹⁵⁵ Bknz: 12. HD. 9.3.2000 T. 3220/4145

¹⁵⁶ Bknz: 12. HD. 30.11.1999 T. 14700/15348

¹⁵⁷ Bknz: 12. HD. 24.10.2002 T. 23707/21709

-“ ‘Ödeme emri tebliğ edilmeden ve takip kesinleşmeden haciz yapılamayacağı’ konusunda şikayet hakkının borçluya ait olduğunu, üçüncü kişilerin bu konuda hak sahibi olmadığını”¹⁵⁸

belirtmiştir.

e) Tetkik Merciiinin; yapılan başvurunun “görev” ve “yetki”sine girdiğini, “süresi içinde” olduğunu, başvuruda bulunanın “hukuki yararı”nın bulunduğunu saptadıktan sonra, *işin esasına girip uyumsuzluğu çözmesi gerekir...*

4949 sayılı yeni İcra ve İflas Kanunu ile, İcra ve İflas Kanununun 18. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde “*Takip hukukunda başvuru şikayet eden kişi bir başkası ile uyumsuzluk içinde değildir. İşlemine karşı şikayet yoluna başvuru icra dairesi veya işlemde yararı bulunan kişiler taraf değildir. İşlemin açıkça kanuna aykırı olması halinde tetkik mercii işlemi yapan memuru ya da işlemde yararı bulunan kişileri dinlemesi gerekli olmayabilir. Bununla beraber şikayeti inceleyen tetkik mercii şikayet konusu işlemi yapan icra organını veya işlemle ilgili olan kişileri çağırıp dinleyebilir. Bu kişilerin başında, şikayet konusu işlemi yapan icra ve iflas müdürleri gelmektedir. Madde ile, kaynak İsviçre Kanunu’na ve uygulamasına uygun olarak, tetkik merciiine, ‘şikayete konu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapması’ olanağı tanınarak, işlemin gerekçesini öğrenme imkanı sağlanmıştır. Böylece, şikayet konusu işlemin gerekçesini öğrenen tetkik mercii hakiminin daha isabetli karar vermesi ve ayrıca icra dairesinin de işlemlerinde daha dikkatli olması amaçlanmıştır”* şeklinde gerekçe ile değişiklik yapılarak, tetkik mercii hakiminin “*şikayet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına gerek olup olmadığını takdir edeceği*” öngörülmüştür.

IX- Tetkik mercii, “takip hukukuna ilişkin” uyumsuzlukları çözme görevini yerine getirirken kural olarak **tanık**¹⁵⁹ dinleyemez, **yemin**¹⁶⁰

¹⁵⁸ Bknz: 12. HD. 19.10.1993 T. 11825/15908

¹⁵⁹ Bknz: 12. HD. 6.5.2003 T. 7346/10185; 21.10.1996 T. 12573/12751; 9.6.1993 T. 5597/10362; 25.5.1993 T. 5862/9841 vb.

¹⁶⁰ Bknz: 12. HD. 6.5.2003 T. 7346/10185; 15.1.1991 T. 6493/150; 25.10.1990 T. 3320/10528; 22.10.1990 T. 3320/10268; 1.10.1990 T. 23.08/9303; 17.9.1990 T. 21.17/8598; 28.6.1990 T. 1538/8208

veremez, **defter kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi**¹⁶¹ yaptıramaz. Yazılı kanıtlarla yetinip karar vermek zorundadır. Örneğin; borçlu, tetkik merciiinde “*takip dayanağı senedin alacaklı tarafından anlaşmaya aykırı olarak doldurulmuş olduğunu*”¹⁶² ya da “*senedin boş olarak imzalandığını*”¹⁶³ veya “*senedin ödendiğini*”¹⁶⁴ yazılı belge ile ispat edebilir.

“Yazılı belge”lerle yetinip karar vermesi nedeniyle, tetkik merciiine “*sınırlı yetkili*” mahkeme gözü ile bakılır ve bunun sonucu olarak da -az sonra belirteceğimiz gibi- tetkik merciiinin kararları¹⁶⁵ “*kesin hüküm*” sayılmaz.

X- “Tetkik Mercii’nin kural olarak tanık dinleyemeyeceği”ni belirttik. Gerçekten, yüksek mahkeme de;

-“*İpoteğin hangi amaçla tesis edildiğini tesbit etmek için, tetkik merciiinde tanık dinletilemeyeceğini*”¹⁶⁶

-“*Dar yetkili tetkik merciiinde ‘hamilin kötüniyetli olduğu’ (borçlunun bile bile zararına hareket ettiği) konusunda tanık dinletilemeyeceğini*”¹⁶⁷

-“*TK. 723’de yazılı ‘mücbir sebep’ iddiasının tetkik merciiinde yazılı belge ile isbat edilebileceğini*”¹⁶⁸

-“*Tahliye takiplerine ilişkin ‘itirazın kaldırılması’ duruşmalarında tanık dinlenemeyeceğini,*”¹⁶⁹

-“*Tetkik Merciiinde, “kira süresi” ve ‘aylık kira miktarı’ konusundaki uyumsuzluğun, tanık dinlenerek çözümlenemeyeceğini*”¹⁷⁰,

-“*Kötüniyet iddiasının, tetkik merciiinde tanık dinletilerek ispat edilemeyeceğini*”¹⁷¹

¹⁶¹ Bknz: 12. HD. 28.5.1990 T. 13682/6419- 15.5.1990 T. 12707/5652- 16.10.1989 T. 2868/12286- 14.2.1989 T. 981/1965

¹⁶² Bknz: 12. HD. 14.12.1990 T. 5948/13091

¹⁶³ Bknz: 12. HD. 16.12.1983 T. 9287/10574

¹⁶⁴ Bknz: 12. HD. 20.5.1985 T. 14652/4839; 16.12.1983 T. 9287/10574

¹⁶⁵ Bknz: İleride; AÇIKLAMA: XXII

¹⁶⁶ Bknz: 12. HD. 19.2.2001 T. 2099/3096

¹⁶⁷ Bknz: 12. HD. 18.9.1996 T. 9505/10599; 19.3.1996 T. 2304/3707

¹⁶⁸ Bknz: 12. HD. 26.10.1995 T. 13359/14549

¹⁶⁹ Bknz: 12. HD. 12.2.1991 T. 8871/1636

¹⁷⁰ Bknz: 12. HD. 20.3.1989 T. 8451/3817

-“Tetkik merciinde, kambiyo senetlerine ilişkin ‘borca itiraz’a ait duruşmada tanık dinlenemeyeceğini”¹⁷²

-“İmza inkarı üzerine doğan uyuşmazlığın, tetkik merciinde tanık dinletilerek çözümlenemeyeceğini”¹⁷³

-“Borçlunun ‘haczi öğrenme tarihi’ni belirleme konusunda, tetkik merciinin tanık dinleyemeyeceğini”¹⁷⁴

belirtmiştir...

Buna karşın, “istihkak davası”na genel hükümlere göre (İİK.mad. 97/XI) bakan tetkik mercii, bu davalarda tanık dinleyebilir¹⁷⁵.

A.“Tetkik Merciiinin, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözerken tanık dinleyemeyeceği” kuralına, uygulamada nafaka alacağından dolayı yapılan ilamlı takiplerde, borçlunun “nafaka alacaklısının kendisi ile birlikte oturduğunu, nafaka borcunu kendisini bakmak suretiyle yerine getirmiş olduğunu, bu nedenle nafaka alacaklısının, yanında bulunduğu dönem için kendisinden nafaka istemeyeceğini” ileri sürerek, tetkik merciinden -İİK. mad. 33/I,II uyarınca- “icranın geri bırakılması” isteminde bulunması halinde, “nafaka borçlusunun bu iddiasını tanıkla kanıtlayabileceği” kabul edilmektedir^{176,177}. Bu uygulamanın yasallığı -özellikle; İİK. mad. 33’e uygunluğutartışılabilir. En doğrusu, İİK. mad. 33’de değişiklik yapılarak, “bu tür iddiaların Tetkik Merciiinde tanıkla isbat edilebileceği” konusunda yasaya açık hüküm koymaktır...

B. Yukarıda belirtilen durum dışında, “icra dairesince yapılan tebligatın usulsüz (Tebliğat Yasasına aykırı) olduğu” iddiasıyla ve “tebliğ tarihinin, u-

¹⁷¹ Bknz: 12. HD. 16.3.1989 T. 8301/3710

¹⁷² Bknz: 12. HD. 26.5.1988 T. 9207/6714-3.5.1988 T. 7324/5928-2.2.1988 T. 800/772-21.5.1988 T. 3819/6363

¹⁷³ Bknz: 12. HD. 26.6.1986 T. 13527/7481-HGK. 27.2.1980 T. 12-621/1368

¹⁷⁴ Bknz: 12. HD. 14.4.1986 T. 1057/4291

¹⁷⁵ Bknz: 21. HD. 19.6.2001 T. 4638/4916; 12.6.2001 T. 4521/4689; 3.7.2000 T. 5143/5284; 25.4.2000 T. 3029/3278

¹⁷⁶ UYAR, T., İlamlı Takipler, sh: 430.

¹⁷⁷ Bknz: 12. HD. 14.2.2000 T. 1377/2226; 21.9.1999 T. 9484/10485; 7.2.1994 T. 1467/1496; 15.10.1984 T. 7649/10378; 17.5.1984 T. 3907/6197; 14.4.1983 T. 1824/2912; 10.2.1983 T. 10612/866

sulsüz tebligatın öğrenildiği tarih olarak düzeltilmesi” istemiyle¹⁷⁸ -şikayet yolu ile-¹⁷⁹ yapılan başvurularda, tetkik merciiinin, “tebligatı yapan PTT memurunu da tanık olarak dinleyerek,” uyuşmazlığı çözmesi gerektiği u y u l a m a d a kabul edilmektedir. Gerçekten, **yüksek mahkeme**, bu konu ile ilgili olarak; “tebliğ belgesindeki (zarfındaki) imzanın inkarı halinde, o meşruhatı veren tebliğ memuru dinledikten sonra, gerekirse imza incelemesi de yapılarak uyuşmazlığın (şikayetin) çözümlenmesi gerekeceğini”¹⁸⁰, “tebliğ belgesindeki ‘tebliğ tarihi’ne ilişkin uyuşmazlığın (şikayetin), tebligatı yapan memurun tanık olarak dinlenmesi ve PTT Müdürlüğündeki o tebligatla ilgili belge ve kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümlenebileceğini”¹⁸¹, “ödeme emrinin tebliğ tarihinde değişiklik yapılmış olması halinde, değişikliğin sebebinin tebliğ memurundan sorulması gerekeceğini”¹⁸² belirtmiştir...

C. Tetkik mercii -“şikayet” niteliğindeki bir başvuru olan¹⁸³ -“ihalenin feshi” isteğini incelerken, ileri sürülen fesih nedeninin niteliğine göre -örneğin; fesat nedeniyle ihalenin feshinin istenmiş olması halinde- tanık dinleyebilir¹⁸⁴. **Yüksek mahkeme**; “İhale tutanağında imzası bulunmayan tellalin gerçekte ihalede hazır bulunduğu¹⁸⁵ ve ‘ihale tutanağının aksinin’¹⁸⁶ tanıkla kanıtlanabileceğini” belirtmiştir.

D. Kendisine -İİK. mad. 89 uyarınca- haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin buna “borçlunun kendisinde bir alacağı bulunmadığı” şeklinde itiraz etmesi üzerine, alacaklının Tetkik Merciiinde, üçüncü kişi aleyhine açtığı tazminat davasında, **kanımızca**, alacaklı, “davalı üçüncü kişinin icra dairesine verdiği cevabın (yani üçüncü kişinin itirazının) doğru olmadığını”

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., Şikayet, sh: 6 vd.

¹⁷⁹ Bknz: UYAR, T., a.g.e. sh. 7.

¹⁸⁰ Bknz: 12. HD.19.9.1989 T. 1348/10874-22.6.1989 T. 916/9419- 18.11.1986 T. 1436/12510- 10. HD. 29.5.1978 T. 7048/4057

¹⁸¹ Bknz: 12. HD. 16.4.1984 T. 4048/4635-4.4.1984 T. 2965/4110

¹⁸² Bknz: 12. HD. 24.10.1985 T. 2786/8629

¹⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T., İhale ve İhalenin Bozulması, C:2 sh:1353 vd.

¹⁸⁴ Bknz: UYAR T., İhale ve İhalenin Bozulması, C:2, sh. 1357 vd.

¹⁸⁵ Bknz: 12. HD. 12.31984 T. 201/2774

¹⁸⁶ Bknz: 12. HD. 20.7.1978 T. 6941/7250, 20.4.1978 T. 3477/3729

her türlü delille -bu arada, tanıkla- isbat edebilir.^{187,188} Çünkü, Tetkik Mercii, bu davayı, genel hükümlere göre -tıpkı bir mahkeme gibi- duruşma yaparak çözümler¹⁸⁹ (İİK. mad. 89/IV).

E. Borçlunun “*gecikmiş itiraz*” (İİK. mad. 65) istemini, duruşma yaparak incelemeye gerek gören tetkik mercii, basit yargılama usulüne göre bu isteği incelerken, borçlu duruşmada, süresi içinde itirazda bulunmasına engel olan hususları -yani; özürünün dayanağı olan olayları- her türlü delille ispat edebilir. Gerekirse “*tanık*” da dinletebilir¹⁹⁰.

F. Nihayet, tetkik mercii, sonunda verdiği karar *maddi anlamda kesin hüküm* (HUMK mad. 237) teşkil eden ve hukuki niteliği “bir takip hukuku davası” olan¹⁹¹ *istihkak davasında* (İİK mad. 97 vd) -diğer deliller yanında- *tanık* da dinleyerek uyuşmazlığı çözer¹⁹². Örneğin; “*haczedilen eşyaların kime ait olduğu*”¹⁹³ ya da “*davacı-üçüncü kişinin hacizli malları satın alacak gelire sahip olduğu*”¹⁹⁴; “*istihkak iddiasının muvazaalı işleme dayandığı*”¹⁹⁵ konularında tetkik merciiinde *tanık* dinlenebilir...

XI- Tetkik merciinin, **bilirkişi incelemesi** yaptırma yetkisi de kısıtlıdır. Tetkik mercii “görevine giren”¹⁹⁶ uyuşmazlıkları çözümlerken özellikle, *imza inkarlarının, sahtekarlık (tahrifat) iddialarının, haczedilmezlik iddialarının, ehliyetsizlik iddialarının, faizin yüksekliği iddialarının* araştırılması sırasında bilirkişi incelemesi yapılabilir.

Nitekim, bu konu ile ilgili olarak, **yüksek mahkeme;**

-“*Herhangi bir belgedeki imza ve yazının inkar edilmesi halinde, tetkik merciince, grafaloji dalında uzman olan bilirkişiler vasıtasıyla yeterli teknik donanımına sahip bir laboratuvar ortamında , optik aletlerle, grafalojik ve*

¹⁸⁷ Bknz: 12. HD. 4.7.1978 T.

¹⁸⁸ Karş; CGK. 28.5.1979 T. İc. Ceza/221-264

¹⁸⁹ UYAR, T., Haciz, sh: 311 vd.

¹⁹⁰ UYAR, T., İtiraz, sh: 54.

¹⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., İstihkak Davaları, sh: 223 vd.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., İstihkak Davaları, sh: 768.

¹⁹³ Bknz: 21. HD. 19.6.2001 T. 4638/4916; 12.6.2001 T. 4521/4689

¹⁹⁴ Bknz: 12. HD. 28.1.1991 T. 5479/220

¹⁹⁵ Bknz: 15. HD. 16.2.1984 T. 4187/442

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, sh:182 vd.

grafometrik yöntemlerle yazı ve imza üzerinde inceleme yaptırılması gerekeceğini”¹⁹⁷

-“ ‘İşlemiş faiz’, ‘yasal faiz’, ‘temerrüt faizi’, ‘akdi faiz’, ‘en yüksek mevduat faizi’, ‘kapital faizi’, ‘en yüksek işletme faizi’ oranları ve bunların başlangıcı hakkında tetkik merciince bilirkişi incelemesi yaptırılabilceğini”¹⁹⁸

-“ ‘Borçlunun haline münasip evi kaç liraya alabileceği’ konusunda bilirkişiden görüş alınması gerekeceğini”¹⁹⁹

-“ İİK. 150/ı maddesine dayanılarak yapılan ipotekli takiplerde, borçlunun daha önce -alacaklı banka tarafından gönderilmiş olan- ‘hesap özeti’ne itiraz etmiş olduğunun kanıtlanması halinde, borç miktarının saptanması yönünden, tetkik merciince bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerekeceğini”²⁰⁰

-“ ‘Tapu siciline teferruat olarak tescil edilmiş olan şeylerin gerçekte teferruat niteliğinde bulunmadıklarının ileri sürülmesi halinde -MK. 862, 686 ve İİK. 83 c çerçevesinde- bilirkişi incelemesi yaptırılarak bu hususun araştırılması gerekeceğini”²⁰¹

-“ Alacaklıya teslim edilen şikayet konusu menkul malların, ‘ilamda yazılı menkul mallarla aynı olup olmadığı’ konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini”²⁰²

-“Belediyenin hacze konu hesaplarındaki paraların niteliği gereği kamu hizmetine tahsis edilmiş durumda olup olmadığıнын tesbiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini”²⁰³

belirtmiştir. Buna karşın, **yüksek mahkeme;**

¹⁹⁷ Bknz: 12. HD. 20.6.2003 T. 13103/4809; 5.5.2003 T. 8382/11058; 15.4.2003 T. 5661/8296; 24.1.2003 T. 28026/1013; 21.11.2002 T. 27622/461 vb.

¹⁹⁸ Bknz: 12. HD. 9.5.2003 T. 7526/10620; 6.5.2003 T. 7666/10208; 24.4.2003 T. 6168/9144; 7.4.2003 T. 29189/7530; 1.4.2003 T. 4288/6905; 27.5.2002 T. 9987/11063 vb.

¹⁹⁹ Bknz: 12. HD. 25.4.2003 T. 6115/9322; 28.2.2003 T. 599/3854

²⁰⁰ Bknz: 12. HD. 7.4.2003 T. 4028/7457; 12.4.2001 T. 5282/6256; 31.12.1992 T. 26670/28185; 21.11.2002 T. 22129/24427

²⁰¹ Bknz: 12. HD. 27.5.2003 T. 9509/12187; 7.4.2003 T. 5047/7484; 20.3.2003 T. 3023/5897, 20.3.2003 T. 2912/5829; 4.7.2001 T. 12912/14557; 8.6.2001 T. 9299/10285

²⁰² Bknz: 12. HD. 11.3.2003 T. 2469/4976; 31.5.1976 T. 5156/6831

²⁰³ Bknz: 12. HD. 28.1.2003 T. 28153/1294

-“Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi incelesi yaptırılmayacağını”²⁰⁴

-“Alacaklının ‘iyiniyetli olup olmadığı’ konusunda tetkik merciinde bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağını”²⁰⁵

-“Dar yetkili tetkik merciince şirket kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağını”²⁰⁶

-“ ‘Borca itiraz’ın incelendiği tetkik merciindeki duruşmada, ticari defterler üzerinde inceleme yaptırılmayacağını”²⁰⁷

-“İcra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğundan, icra memuru huzurunda yapılan ve tutanakla tespit edilen tebligatın geçerli olduğunu, tetkik merciince ‘tutanaktaki imzanın borçluya ait olup olmadığı’ konusunda inceleme yapılamayacağını”²⁰⁸

-“Senetteki tahrifat iddiasının mutlaka ‘senet aslı’ üzerinden bilirkişiye incelettirilebileceğini, ‘senet fotokopisi’ üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağını”²⁰⁹

vurgulamıştır...²¹⁰

XII- Tetkik Mercii “görevine giren” uyuşmazlıkları çözerken, uyuşmazlığın niteliği zorunlu kıldığı ölçüde, **keşif** yapar. Özellikle; “haczedilmezlik” şikayetlerinin incelenmesinde²¹¹, ilamlı takiplerde, “infaz işleminin ilama uygun olarak yapılmış olup olmadığı” tesbit için²¹², “tahliye ilamları”nın infazı sırasında doğan uyuşmazlıklarda²¹³ ve “hata” nedenine dayalı ihalenin

²⁰⁴ Bknz: 12. HD. 10.3.2003 T. 1896/4716, 23.1.2003 T. 27370/828; 10.12.1999 T. 14773/16131

²⁰⁵ Bknz: 12. HD. 24.2.2003 T. 863/3272

²⁰⁶ Bknz: 12. HD. 8.7.1997 T. 7933/8217

²⁰⁷ Bknz: 12. HD. 3.2.2000 T. 867/1449; 12.2.1988 T. 3709/1363, 6.10.1987 T. 13041/9773, 18.6.1987 T. 3301/7665

²⁰⁸ Bknz: HGK. 7.3.1990 T. E: 12-30, K:160

²⁰⁹ Bknz: 12. HD. 23.10.1989 T. 3496/12674; 30.6.1988 T. 11633/8903, 9.6.1988 T 104/7591

²¹⁰ Bknz: 12. HD.16.3.1982 T. 1683/2082

²¹¹ UYAR, T., Haciz, sh:732 vd.

²¹² UYAR, T., İlamlı Takipler, sh:288 vd.

²¹³ UYAR, T., Tahliye, sh:464 vd.

feshi isteklerinde²¹⁴ ve istihkak davalarında ‘ibraz edilen fatura ile cihaz senedinde bahsedilen eşyaların dava konusu eşyalarla aynı olup olmadığının’ saptanması için²¹⁵ yerinde keşif yapılması gerekir.

Yüksek mahkeme;

-“Madenlerin işletilmesinde 6309 sayılı Maden Kanunu’nda Değişiklik Yapan 3213 sayılı Kanun uyarınca üzerine haciz konulabilecek tesis, vasıta, alet ve malzeme ile çıkarılmış cevherlerin tesbiti için yerinde bilirkişi aracılığıyla keşif yapılması gerekeceğini”²¹⁶

-“İstihkak davalarında ibraz edilen fatura ile cihaz senedinde bahsedilen eşyaların dava konusu eşyalarla aynı olup olmadığını saptamak için yerinde keşif yapılması gerektiğini”²¹⁷

-“Üzerine haciz konulan makinelerin fabrika binasından bağımsız olarak haczedilip edilemeyeceğini, başka bir deyişle bunların teferruat niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yerinde bilirkişilerle birlikte keşif yapılması gerekeceğini”²¹⁸

-“Tahliye istenen yerde karşılaşılan üçüncü kişinin ‘tahliye ilamının kendi işgal ettiği yeri kapsamadığını’ ileri sürmesi halinde, bu savunmanın yerinde keşif yapılarak araştırılması gerektiğini”²¹⁹,

-“El atmanın önlenmesi’ (men’i müdahale)²²⁰ ve ‘taşınmazın teslimi’²²¹ ilamlarının, icra dairesince infazına yönelik şikayetlerin, yerinde keşif yapılarak, asıl dava sırasındaki keşifte dinlenen bilirkişiler ve ilamın dayandığı krokiyi çizen fen memuru da mümkünse hazır bulundurularak, mümkün

²¹⁴ UYAR, T., İhale ve İhalenin Bozulması, C:2, sh:1357 vd.

²¹⁵ UYAR, T., İstihkak Davaları, sh:768 vd.

²¹⁶ Bknz: 12. HD. 28.1.2002 T. 586/1538

²¹⁷ Bknz: 21. HD. 13.2.2001 T. 830/1060; 31.10.2000 T. 7404/7466

²¹⁸ Bknz: 12. HD. 31.10.2000 T. 15535/16287

²¹⁹ Bknz: 12. HD. 24.12.1990 T. 6183/13550

²²⁰ Bknz: 12. HD. 23.1.2001 T. 131/786, 20.4.1999 T. 4713/5040; 4.5.1995 T. 6387/7040; 11.4.1995 T. 4881/5341; 20.6.1989 T. 822/9325-8.12.1988 T. 12566/15140-9.3.1987 T. 2954/3292

²²¹ Bknz: 12. HD. 26.9.1988 T. 13053/10353-19.3.1984 T. 380/3119-16.11.1981 T. 7078/8369

değilse yeniden tayin edilecek ehil bilirkişi vasıtasıyla, infazın yapılmasında hatalı bir işlem bulunup bulunmadığının araştırılması gerekeceğini” belirtmiştir.

XIII- Tetkik Mercii, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözerken, y e- m i n teklif edemez ve bir tarafın diğer tarafa yemin teklifine izin veremez²²². Bir “şikayet” niteliğinde bulunmasına rağmen sonunda verdiği karar “kesin hüküm” (HUMK mad. 237) olan “ihalenin feshi” isteklerini incelerken, ‘tanık’ dinleyebilen, ‘keşif’ yapabilen tetkik mercii, “fesat iddiasının gerçek olup olmadığı” konusunda -“ihaleye fesat karıştırmak” suç (TCY. mad. 366-368) teşkil ettiğinden- taraflara ‘yemin’ yönelmez.^{223,224}

Yüksek mahkeme;

-“*Borca itirazın incelendiği tetkik merciindeki duruşmalarda, ‘borcun ödendiği’ konusunda*”²²⁵,

-“*‘İtirazın kaldırılması’ duruşmalarında*”²²⁶,

-“*Tahliye takiplerinde, takip konusu yapılan kira borcuna itiraz edilmesi üzerine, ‘kira borcunun ödenip ödenmediği’ konusunda kiralayana yemin teklif ve eda ettirilemeyeceğini*”²²⁷ isabetle belirtmiştir.

Buna karşın, hukuki niteliği “takip hukuku davası” olan²²⁸ “*istihkak davası*”nı -yine “basit yargılama usulü”ne (HUMY. mad. 507-511) göre-görürken, tetkik merciinde yemin teklif edilebilir²²⁹. Tetkik Mercii, haciz edilen malların borçluya mı, üçüncü kişiye mi ait olduğunu araştırırken, kendisi yemin teklif edebileceği gibi, davacı taraf, davalı tarafa yemin teklif

²²² Bknz: 12. HD. 17.5.2001 T. 7989/8633; 15.1.1991 T. 6493/150-25.10.1990 T. 3320/10528-22.10.1990 T. 3230/10268-1.10.1990 T. 2308/9303-17.9.1990 T. 2117/8598

²²³ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., İhale ve İhalenin Bozulması, C:2, sh: 1358

²²⁴ Bknz: 12. HD. 3.4.1986 T. 10088/3838-15.10.1985 T. 2138/8187-4.10.1966 T. 8905/9299

²²⁵ Bknz: 12. HD. 7.12.2000 T. 18303/19361; 30.11.2000 T. 17943/18683; 17.2.1999 T. 1098/1477

²²⁶ Bknz: İİD. 6.5.1969 T. 5138/4985-10.10.1962 T. 8927/9630

²²⁷ Bknz: 12. HD. 28.3.1996 T. 4048/4304; 24.9.1992 T. 3494/10796; 5.6.1992 T. 1097/7894; 17.9.1990 T. 2070/8600; 20.5.1985 T. 14657/4851

²²⁸ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., İstihkak Davaları, sh: 223 vd.

²²⁹ Bknz: UYAR, T., İstihkak Davaları, sh: 768.

edebilir hatta tetkik merciiinin, gerekiyorsa davacıya, “yemin yöneltme hakkını kullanması” için hatırlatmada bulunması gerekir²³⁰.

XIV- Tetkik merciiindeki duruşmalarda **tahkim iddiası**’nda (alacaklının, hakemde dava açması gerektiği def’inde) bulunmak mümkün müdür?

Tetkik merciiinin görevine giren, gerek “*itiraz*” ve “*itirazın kaldırılması*” istekleri, gerekse “şikayet” şeklinde yapılan başvurular teknik anlamda d a v a sayılmadığından²³¹ tetkik merciiindeki duruşmalarda “*tahkim iddiası*” ileri sürülemez. Bu nedenle, yüksek mahkemenin yeni tarihli içtihadı daha doğrudur^{232, 233, 234}.

Ayrıca, uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, kamu kurum ve kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların hakem ile çözümlenmesini öngören 3533 sayılı -kısaca, Mecburi Tahkim Kanunu diye anılan- kanunun kapsamına sadece “adliye mahkemelerinin görevi içinde bulunan davalar” girdiğinden²³⁵ (mad. 1), bu kurumlar arasında yapılan icra takipleri ile ilgili “itirazlar” ile “itirazın kaldırılması istekleri” ve “şikayetler” tetkik mercii tarafından -diğer, itiraz ve şikayetler gibi- incelenir²³⁶.

XV- Tetkik mercii, görevine giren uyuşmazlıkları çözerken **ihtiyati tedbir kararı** da verebilir²³⁷. Bu ihtiyati tedbir kararlarının bir kısmı yasada açıkça öngörülmüştür. Örneğin; istihkak davalarında tetkik merciiinin verdiği “takibin ertelenmesi (taliki)” kararları (İİY. mad. 97/I, II, III), “istihkak davası sonuçlanmadan paraya çevrilen dava konusu malın bedelinin yargılama sonuna kadar alacaklıya ödenmemesi veya teminat karşılığında (yahut halin

²³⁰ Bknz: 21. HD. 30.1.2001 T. 123/426; 13. HD. 21.1.1982 T. 8115/199-İİD. 16.12.1952 T. 5115/5453-17.5.1951 T. 2645/2691

²³¹ UYAR, T., İtiraz, sh: 493 vd.; UYAR, T., Şikayet, sh: 2 vd.

²³² Bknz: 12. HD.27.2.1990 T. 8745/1848

²³³ Karş: 12. HD.9.11.1987 T. 15663/11370

²³⁴ Bu konuda ayrıca bknz: SUNAR, G., age. sh:112 vd.

²³⁵ 3533 s. kanun hakkında ayrıca bknz: ÖKTEMER, S., 3533 sayılı Kanun Hakkında Bir İnceleme (Ad. D. 1965/5-6, sh:613 vd.); MUSLUOĞLU, L., Mecburi Tahkim Usulü, (Ad. D. 1960/7, sh:364 vd.)

²³⁶ Bknz: 12. HD. 28.4.1986 T. 11203/4899-14.2.1983 T. 10796/952

²³⁷ Bknz: KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt; IV),sh:4324; YILMAZ, O., İhtiyati Tedbirlerde Görev ve Yetki (Yarg. D. 1977/1-4, sh:267 vd.); SUNAR, G., age. sh:93 vd.

icabına göre, teminatsız) ödenmesi hususundaki” kararları, *ihtiyati tedbir* niteliğindeki kararlardır.

Keza, Tetkik Mercii, ihalenin feshi davalarında -özellikle, ihale kesinleştiikten sonra açılan davalarda- “dava konusu taşınmazın başkasına devredilmemesi için” *ihtiyati tedbir kararı* verebilir.

“Şikayet”, “dava” niteliğinde bulunmadığından, tetkik merciindeki “şikayet”e, üçüncü kişilere **müdahale**’de (HUMK.mad. 54 vd.) bulunmaları mümkün değildir²³⁸. **Yüksek mahkeme** de, bu hususu çeşitli içtihatlarında;

-“Şikayete ‘müdahale’ yoluyla katılamayacağını”²³⁹

-“Müflisin, üçüncü kişi tarafından açılan ‘ihalenin feshi davası’na (şikayetine) müdahale edemeyeceğini”²⁴⁰

-“Davacının (şikayetçinin) açtığı ihalenin fehi davasından (şikayetinden) vazgeçmesi halinde, tetkik merciinin fer’i müdahil sıfatıyla davaya katılmış olan kişilerin talebi çerçevesinde ‘ihalenin feshi’ne karar veremeyeceğini”²⁴¹

-“Borçlu tarafından açılan ‘ihalenin feshi’ davasına, ihaleye katılan kimselerin de katılma isteminde bulunamayacaklarını”²⁴²

belirtmiştir...

XVI- Tetkik merciinde hangi iddialar ve savunmalar **bekletici mesele** yapılabilir?

İİK. mad. 68/IV’de, “*itirazın kaldırılması duruşmasında, mirasbırakınasına ait bir borç için takip edilmekte olan borçlunun, ‘terekenin borca batık olduğunu’ -ve dolayısıyla mirasın reddedilmiş sayılacağını (MK. mad. 605)-ileri sürmesi halinde, tetkik merciinin borçluya bu hususun tesbiti için dava açmak üzere mehil vereceği ve açılacak bu davanın sonuçlanmasına kadar incelenmesini erteleyeceği*” belirtilmiştir²⁴³.

²³⁸ Bknz: 12. HD. 5.7.1993 T. 7135/12098

²³⁹ Bknz: 12. HD. 3.12.1991 T. 90/25

²⁴⁰ Bknz: 12. HD. 5.12.1989 T. 10286/14958

²⁴¹ Bknz: 12. HD. 26.1.1989 T. 4580/884

²⁴² Bknz: 12. HD. 4.5.1981 T. 3074/4424

²⁴³ Bknz: 12. HD. 27.6.2000 T. 9809/10823; 25.1.1988 T. 2434/407

Uygulamada, yüksek mahkeme;

-“Alacaklı tarafından açıldığı bildirilen ‘reddi mirasın iptali’ davasının sonucunun”²⁴⁴,

-“Belediye meclisince (encümenince) verilen ‘kamuya tahsis kararı’ nın iptali için, alacaklı tarafından idari yargıda dava açıldığının anlaşılması halinde, tetkik merciiindeki haczedilmezlik şikayetinde, bu davanın sonucunun beklenmesi gerekeceğini”²⁴⁵

-“Şirketi tek başına temsil yetkisi bulunmayan kişinin ihalenin feshini istemiş olması halinde; aynı kişinin şirkette oluşan yönetim boşluğu giderilene kadar kayyum atanması konusundaki başvurusunu sonucunun beklenip, atanacak kayyumun huzuru ile yargılamaya devam edileceğini”²⁴⁶

-“Elatmanın önlenmesi ilamı kesinleştikten sonra, ilamın infazı aşamasında borçlu tarafından açıldığı bildirilen ‘zorunlu geçit hakkı tanınması’ na dair davanın bekletici mesele yapılamayacağını”²⁴⁷

-Tetkik merciiinde açılan “sıra cetveline itiraz” (şikayet) lerle (İİK. mad. 142) ilgili olarak;

--“Tetkik merciiinde açılan istihkak davasının sonucunun, sıra cetveline yönelik şikayetin incelendiği Tetkik merciiinde bekletici sorun yapılması gerekeceğini”²⁴⁸

--“Tetkik merciiindeki sıra cetveline itiraz davasına, Hazinenin müdahil olarak katıldığı tasarrufun iptali davasının sonucunun beklenmesi gerekeceğini”²⁴⁹

--“ ‘Mal Müdürlüğünün geçerli takibi bulunmadığı ve haczin yasal dayanaktan yoksun olduğu’ ileri sürülerek açılan davanın, tetkik merciiinde bekletici sorun yapılması gerektiğini”²⁵⁰

²⁴⁴ Bknz. 12. HD. 4.6.2002. T. 11059/11910

²⁴⁵ Bknz. 12. HD. 7.11.2000 T. 15733/16790; 9.12.1999 T. 15844/16050; 24.3.1999T. 3260/3858; 22.10.1997 T. 10514 /11258

²⁴⁶ Bknz: 12. HD. 31.10.1997 T. 10539/11954

²⁴⁷ Bknz: 12. HD. 31.10.1995 T. 14814/14851

²⁴⁸ Bknz: 19. HD. 30.1.1997 T. 9005/610

²⁴⁹ Bknz: 12. HD. 20.6.1995 T. 5138/5621

²⁵⁰ Bknz: 19. HD. 28.2.1995 T. 1213/1742

--“Haczin iptali kararının kesinleşmesinin, tetkik merciinde bekletici sorun yapılması gerekeceğini”²⁵¹

--“Sıra cetvelinde yer almak isteyen alacaklının alacağına yönelik itirazın iptali davasının sonucunun, tetkik merciinde bekletici sorun yapılması gerekeceğini”²⁵²

-Tetkik merciinde açılan “istihkak davaları” (İİK.mad. 97/XI; 99) ile ilgili olarak;

--“Davalı-alacaklı tarafından, genel mahkemede açıldığı bildirilen ‘iptal davası’nın, istihkak davasında bekletici mesele yapılması gerekeceğini”²⁵³

--“Tanıklığı, uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak olan tanık hakkında ‘yalan tanıklık’ yaptığı iddiasıyla yapıldığı ileri sürülen şikayetin sonucu araştırılmadan -dava açılmışsa sonucu beklenmeden- uyuşmazlığın çözümlenemeyeceğini”²⁵⁴

--“İhalenin feshi davasının sonucu beklenmeden, istihkak davası hakkında karar verilemeyeceğini”²⁵⁵

--“Hem ‘alacaklı’nın ve hem de ‘üçüncü kişi’nin ayrı ayrı, aynı hacizli mal hakkında ‘istihkak davası açmış olmaları halinde, ‘tevhid (birleştirme)’ istemi varsa, davaların birleştirilmesi gerekeceğini, yoksa bir davanın diğeri için ‘bekletici mesele’ kabul edilerek, diğerrinin sonucunu beklemesi gerekeceğini”²⁵⁶

--“Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde, tetkik merciince -borca itiraz üzerine- verilmiş olan ‘itirazın reddi’ kararının temyizinin, haczedilmezlik şikayettinin incelenmesine etkili olmayacağını”²⁵⁷

--“Yargılamanın iadesi (yenilenmesi) yoluna gidilmiş olmasının tetkik merciinde bekletici mesele yapılamayacağını”²⁵⁸

belirtmiştir...

²⁵¹ Bknz: 19. HD. 23.12.1994 T. 10028/13177

²⁵² Bknz: 19. HD. 18.10.1994 T. 7283/9634

²⁵³ Bknz: 13. HD. 3.2.1982 T. 204/544 (İleride; İçt. No: 275)

²⁵⁴ Bknz: 13. HD. 16.9.1981 T. 5085/5718 (İleride; İçt. No: 279)

²⁵⁵ Bknz: 12. HD. 10.9.1979 T. 4764/4227 (İleride; İçt. No: 320)

²⁵⁶ Bknz: 12. HD. 8.2.1979 T. 98/479

²⁵⁷ Bknz: 12. HD. 9.3.1990 T. 9427/2358

²⁵⁸ Bknz: 12. HD. 10.10.1990 T. 7904/1126-16.1.1989 T. 2548/206

Borçlu tarafından açıldığı bildirilen “olumsuz tesbit (senet iptali) davası”, tetkik merciiince ‘bekletici mesele’ yapılamaz^{259,260}.

Borçlu, tetkik merciiindeki “itirazın kesin olarak kaldırılması” duruşması sırasında, takip konusu belge hakkında hukuk mahkemesinde ‘sahtelik davası’ açmış olduğunu bildirirse, tetkik mercii, açılan davanın sonucunu “bekletici mesele” yapmak zorunda mıdır? Takip konusu belge hakkında borçlunun hukuk mahkemesinde açmış olduğu “sahtelik davası” gerçekte, “menfi tesbit davası” (İİK. mad. 72) niteliğinde olan bir davadır. Bu nedenle, “borçlunun, hakkında başlayan icra takibinden sonra açmış olduğu bu menfi tesbit davası niteliğindeki sahtelik davası nedeniyle takibin durdurulmasını isteyemeyeceği” çünkü “İİK. mad. 72/III gereğince, icra takibinden sonra açılan menfi tesbit davasına bakan mahkemenin ihtiyati tedbir yolu ile icra takibinin durdurulmasına karar veremeyeceği” düşünülebilir. Ancak, böyle bir düşünce hem pratik gereksinimlere ve hem de açılan sahtelik davalarının hukuki sonuçlarını düzenleyen HUMK. mad. 317 hükmüne aykırı olur. Gerçekten, sahte bir belgeye dayanarak icra takibi yapılması halinde, borçlu, alacaklı olduğunu ileri süren kimsenin elinde kendisini borçlu gösteren sahte bir belge olduğunu önceden bilemeyeceği için, bu kişi hakkında icra takibinden önce İİK mad. 72/I’e göre menfi tesbit davası açıp, mahkemeden “icra takibinin durdurulması” konusunda bir ihtiyati tedbir kararı alamaz. Borçlu, alacaklı olduğunu ileri süren kişinin, kendisini borçlu gösteren sahte bir belge düzenlemiş olduğunu ancak, hakkında icra takibine geçildikten sonra öğrenebilir ve sahtelik (menfi tesbit) davasını da ancak -ve zorunlu olarak- icra takibinden sonra açabilir. Bu halde, “borçlunun açacağı sahtelik (menfi tesbit) davasının icra takibine etkisinin ne olacağı İİK. mad. 72/III hükmüne göre belirlenir” denirse, kendisine karşı sahte bir belge ile icra takibi yapılan ve her nasılsa ödeme emrine itiraz etmemiş ya da itirazında imzayı inkar ettiğini ayrıca ve açıkça bildirmemiş olan borçlunun durumu çok ağırlaşmış olur. Bu nedenle, takip konusu belge hakkında hukuk mahkemesinde açılan sahtelik davasının icra takibine etkisini, İİK mad. 72’ye göre değil, HUMK mad. 317 hükmüne göre incelemek doğru olur²⁶¹. Bu hükme göre, “sahtelik davasına bakan

²⁵⁹ Bknz: 12. HD. 11.2.1980 T. 1190/1550

²⁶⁰ Bknz: 12. HD. 21.5.1981 T. 3088/5128; 3.3.1983 T. 621/1592-1.12.1981 T. 7648/9188

²⁶¹ KURU, B., Hukuk Mahkemeleri Usulü, C:II ,sh:2099 vd.; UYAR, T., İcra Hukukunda Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, 3. Basi, 1993, C:1, sh:34.

*mahkeme, sahteliği ileri sürülen belge (senet) hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına ve senedin yazıldığını gören tanıkların dinlenmesine karar vermiş -ve borçlu 'ceza davasına' şahsi hak bakımından müdahalede bulunmuş-*²⁶² *ise, sahteliği ileri sürülen senet (belge) "sahtelik davası" sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme dayanak yapılamaz".* Bu nedenle, tetkik merciince, takip dayanağı senetle ilgili olarak, alacaklı hakkında ceza mahkemesinde açıldığı bildirilen "sahtelik davası"na ait dosya incelenerek, borçlunun kişisel hak bakımından ceza davasına müdahale ederek, senedin iptalini isteyip istemediği, ceza mahkemesince bilirkişi incelemesine ve tanık dinlenmesine karar verilip verilmediği araştırılarak, böyle bir kararın mevcut olması halinde HUMK. mad. 317'ye göre, bu senet hakkında herhangi bir işlem yapılamayacağından, bu durumun "bekletici mesele" kabul edilip, "takibin durdurulması"na karar verilmesi gerekir²⁶³ ...

Sahtelik davasına bakan mahkemenin bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verdiği sırada, sahteliği ileri sürülen senede dayanarak yapılan icra takibi henüz kesinleşmemişse, bundan sonra takibin kesinleşmesi için bir işlem yapılamaz yani, itirazın kaldırılması istemini inceleyen tetkik merciinin, sahtelik davasının sonuçlanmasını "bekletici mesele" yapması gerekir. Sahtelik davasında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildiği anda icra takibi kesinleşmiş durumda ise, bundan sonraki işlemler yapılamaz, örneğin; borçlunun malları haczedilemez, daha önce haczedilmiş ise satılamaz²⁶⁴.

Bu nedenle **yüksek mahkeme**'nin zaman zaman aksi doğrultuda beliren içtihatlarına²⁶⁵ katılmak mümkün değildir. Çünkü, açılan bu davaların icra takibine etkisi yasada -birinci durumda İİK mad. 72'de, ikinci durumda, HUMK mad. 317'de- açıkça belirtilmiştir²⁶⁶.

²⁶² Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., Kambiyo Senetleri, C:2 sh:2176 vd.; UYAR, T., Kambiyo Senetlerine İlişkin Suçlar (Ceza Hukukunda Kambiyo Senetleri) (ABD. 1982/4, sh: 129); UYAR, T., Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları, C:1, sh: 34 vd.

²⁶³ Bknz: 12. HD. 20.5.2003 T. 9286/11390; 24.4.2003 T. 6561/9211; 17.4.2003 T. 6967/8492; 14.3.2003 T. 2349/5279; 20.2.2003 T. 29/2949; 18.2.2003 T. 28842/2716 vb.

²⁶⁴ KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü; C: sh: 1451 vd.

²⁶⁵ Bknz: 12. HD. 14.5.1981 T. 3456/4885; 15.5.1981 T. 3433/4884

²⁶⁶ UYAR, T., İtiraz, sh: 531.

Borçlu tarafından açıldığı bildirilen olumsuz tespit davası, borçlu lehine sonuçlanmışsa, tetkik merciinin bu kararın kesinleşmesini bekletici mesele yapması gerekir²⁶⁷.

Tetkik merciindeki, “itirazın kesin olarak kaldırılması” duruşması sırasında, borçlu, takip konusu senedin ‘hata’, ‘hile’, ‘korkutma’ sonucu düzenlenmiş oluşunu -İİK mad. 68’de belirtilen belgelerle bu durumu kanıtlamayacağı için- tetkik merciinde ileri süremeyeceği gibi, “takip konusu senedin bu nedenle hükümsüz olduğu” gerekçesiyle iptali için genel mahkemede dava açtığını belirtip, bunun tetkik merciinde “bekletici mesele” sayılmasını da isteyemez²⁶⁸.

XVII- Tetkik Merciiindeki “itirazın kesin olarak kaldırılması” duruşmasında, borçlu daha önce ödeme emrine itiraz ederken bildirmedeği ve alacaklının dayandığı senet metninden de anlaşılmayan itirazın sebeplerini -örneğin; borcu ödediğini- **alacaklının muvafakati ile** ileri sürülebilir mi? **Bir görüşe göre**²⁶⁹, HUMK. mad. 202/II ve III icra ve iflas hukukunda uygulanmaz. Bu nedenle, borçlu, alacaklının muvafakati ile dahi, itiraz sebeplerini değiştiremez, genişletemez... Buna karşın, katıldığımız **diğer bir görüşe göre**²⁷⁰ ise, HUMK. mad. 202, basit yargılama usulünde de uygulanır. İtirazın kaldırılması talebi, basit yargılama usulüne göre incelendiğinden, burada da bu hüküm uygulanır. Kaldı ki, İİK. mad. 62/IV ve 63’deki “*itiraz sebeplerini değiştirme ve genişletme yasağı*” alacaklı lehine konulmuş olduğundan, alacaklı kendi lehine olan bu yasaktan vazgeçebilir. **Yüksek mahkeme**²⁷¹ de, ikinci görüşü benimsemiştir.

XVIII- Tetkik Merciiindeki duruşmada, daha önce ihtiyati haciz (ya da haciz) uygulanırken, **icra memuru huzurunda borcu kabul etmiş olan borçlunun bu ikrarı (kabul beyanı) kendisini bağlar mı?**

²⁶⁷ Bknz: 12. HD. 24.12.1990 T. 6117/13515

²⁶⁸ **POSTACIOĞLU, İ.**, İcra İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası (İHFM. 1967/2-4, sh: XXXX)

²⁶⁹ **POSTACIOĞLU, İ.**, a.g.e. sh: 161 vd.; **ÜSTÜNDAĞ, S.**, a.g.e. sh: 120.

²⁷⁰ **KURU, B.**, a.g.e. sh: 380.

²⁷¹ Bknz: HGK. 12.4.1967 T. E: İc İf. 1246, K. 199-İİD. 7.10.1965 T. 10701/10831

İcra dairesinde yapılan ikrar bir *mahkeme dışı ikrar* (HUMK. mad. 236/IV) sayılır²⁷². Ancak, bu ikrarı içeren tutanak bir *hukuki işlemi* -örneğin; borçlunun kabul beyanını- belgelendiriyorsa o zaman icra tutanağı borçlu aleyhine *senet* teşkil eder ve bu tutanağın aksini isbat etmek ancak kesin (yazılı) delillerle mümkün olur (HUMK. mad. 290)²⁷³.

Borçlu haciz ya da ihtiyati haciz sırasında “borçlu olduğunu” kabul (ikrar) ederek borcunu kısmen ya da tamamen öder veya ödeme taahhüdünde bulunursa, bu kabulü (ikrarı) ile *takep hukuku* bakımından -yani sadece o takep dosyası bakımından- bağlı olur. Daha sonra “*icra tutanağındaki ikrarının haciz baskısı (tehdidi) ile yapıldığını*” belirterek “*bunun geçersiz olduğunu*” tetkik merciine başvurarak -tetkik mercii kısıtlı yetkili mahkeme olduğundan, borçlu burada tanık dinleterek- ileri süremez²⁷⁴. Aynı gerekçe ile ihtiyati haciz sırasında takep konusu borcu kabul etmiş olan borçlu, daha sonra kendisine ödeme emri tebliği üzerine, tetkik merciine başvurarak ne borca²⁷⁵ ve ne de imzaya²⁷⁶ itirazda bulunamaz.²⁷⁷ Çünkü borçlunun icra tutanağındaki ikrarı, kendisinin *takep hukuku* bakımından bağlarsa da *maddi hukuk* bakımından bağlamaz.

Buna karşın, borçlu genel mahkemede *olumsuz tesbit/geri alma davası* (İİK.mad. 72) açarak veya aleyhine alacaklı tarafından açılan *itirazın iptali* (İİK.mad. 67/I) ya da *alacak* (İİK.mad. 67/son) davasında, “*icra tutanağındaki ikrarının (ve ödemesinin) haciz baskısı (tehdidi) altında yapıldığını*” belirterek bunu -tanık da dinleterek- mahkeme önünde kanıtlayabilir²⁷⁸.

XIX- Uygulamada, *tebligat işlemindeki usulsüzlüklerin* “şikayet” yolu ile tetkik merciine bildirilmesi istenmektedir²⁷⁹. Tetkik merciinin, “*tebligatın*

²⁷² KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:2, sh:2041.

²⁷³ Bknz: 12. HD. 27.6.2000 T. 9799/10791; 23.9.1998 T. 9576/9484

²⁷⁴ Bknz: 12. HD. 5.4.1999 T. 3635/4125; 13.6.1988 T. 10511/7742; 12.10.1987 T. 13397/10007

²⁷⁵ Karş: 12. HD. 4.10.1993 T. 9597/14564

²⁷⁶ Karş: 12. HD. 26.11.1992 T. 7920/14835; 13.3.1987 T. 7975/1543

²⁷⁷ Aynı görüşte: ÖZEKES, M., İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, 1999, sh:291.

²⁷⁸ Bknz: 11. HD. 15.6.1989 T. 6597/3653; 19.3.1985 T. 628/1533; 19. HD. 25.2.1964 T. 2666/1731; 23.12.1993 T. 11915/8937

²⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T., Şikayet, sh: 6 vd.

usulsüz olduğu”nu saptaması halinde, “tebligatın iptaline” değil “tebliğ tarihinin borçlunun (alacaklının) bildirdiği tarih olarak düzeltilmesine...” şeklinde²⁸⁰ karar vermesi gerekir...

“Tebliğatın usulsüz olduğu” tetkik merciiine ayrı bir başvuru (şikayet) olarak bildirilebilirse de, bunun tetkik merciiine yapılan diğer başvuru içinde ileri sürülebilip sürülemeyeceği uygulamada duraksama konusu olmaktadır. Gerçekten, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde, tetkik merciiine başvurarak “borca” ya da “imza”ya itirazda bulunan borçlu veya “yapılan haczin İİK mad. 82 gereğince kaldırılmasını” tetkik merciiinden isteyen borçlu, aynı dilekçede “kendisine yapılan -örneğin; ödeme emri’ne, 103 davetiyesi’ne ilişkin- tebligatın da usulsüz olduğunu” bildirebilir mi? “Usul ekonomisi” bakımından bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Nitekim **yüksek mahkeme** de; “tebligatın usulsüzlüğüne” ilişkin ş i k a y e t ile ‘imzaya itiraz’ın²⁸¹ borca itirazın²⁸² ve ‘tebligatın usulsüzlüğüne’ ilişkin şikayet ile ‘haczin kaldırılması’ isteğini içeren şikayetin²⁸³ tetkik merciiinde, birlikte (aynı dilekçe üzerine) incelenebileceğini” kabul etmiştir.

XX- Tetkik Mercii, “**istekle bağlı olarak**” karar verir (HUMK mad. 75).²⁸⁴ Bu nedenle, tetkik mercii; “icra emri”nin²⁸⁵ ya da “ödeme emri”nin²⁸⁶ iptalinin istenmiş olması halinde “takibin iptaline” karar veremez. Aynı şekilde; tetkik merciiince “faiz oranına itiraz edilmeyen dönemleri de kapsar biçimde”²⁸⁷ “şikayet/itiraz konusu edilmemiş olan faiz hakkında”²⁸⁸ karar verilemeyeceği gibi, “ ‘takibin iptaline’ karar vermekle yetinilmeyerek, talep aşılarak ‘borçlu tarafından ödenen... liranın alacaklıdan alınıp borçluya

²⁸⁰ Bknz: 12. HD. 25.2.2003 T. 987/3491; 11.11.2002 T. 21774/22997; 8.11.2002 T. 21098/22926; 22.5.2001 T. 8308/9091; 21.4.2000 T. 4702/5142 vb.

²⁸¹ Bknz: 12. HD. 30.3.2000 T. 3760/4861 T. 1.2.1996 T. 1185/1379

²⁸² Bknz: 12. HD. 18.4.1995 T. 5934/5945; 27.5.1992 T. 182/7297; 28.4.1992 T. 12681/5665; 16.11.1990 T. 4464/11640-13.11.1989 T. 3929/13760

²⁸³ Bknz: 12. HD. 4.4.1989 T. 3518/4760

²⁸⁴ Bknz: 12. HD. 3.12.1990 T. 4599/12388

²⁸⁵ Bknz: 12. HD. 21.5.2003 T. 9190/11538; 24.1.2003 T. 28013/991

²⁸⁶ Bknz: 12. HD. 13.2.1990 T. 7920/1131; 13.2.1989 T. 6356/809

²⁸⁷ Bknz: 12. HD. 25.2.2003 T. 670/3458

²⁸⁸ Bknz: 12. HD. 10.9.2002 T. 15222/16306

verilmesine...’ şeklinde”²⁸⁹ karar verilemez... Sıra cetveline yönelik şikayetlerde Tetkik Merciiince “şikayet sebebine bağlı olarak” inceleme yapılarak, şikayetçi-alacaklı tarafından, sırasına itiraz edilmeyen alacaklının sırası değiştirilemez²⁹⁰ ... Keza, borçlunun bu yöne ilişkin bir şikayeti olmadıkça, kendiliğinden icra emrinin biçimi yönünden inceleme yaparak “icra emrinin iptaline” karar veremez²⁹¹. Alacaklının “itirazının kaldırılması” yönünde bir isteği olmadığı halde, tetkik mercii bu doğrultuda bir karar veremez²⁹².

Tetkik merciiince şikayetin konusuz kalması -örneğin; şikayetin şikayet tarihinden sonra tarafların ibralaşmaları²⁹³ veya haczedilmezlik şikayetine konu olan takibin iptali²⁹⁴- halinde, “şikayetin / itirazın konusu kalmaması nedeniyle reddine” değil²⁹⁵ “...şikayet / itiraz hakkında karar verilmesine yer olmadığına...” şeklinde karar verilirken, hükmedilmesi istenen “inkar tazminatı”²⁹⁶ ya da “yargılama gideri ve vekalet ücreti”²⁹⁷ yönünden şikayet ya da itirazda bulunmuş olan borçlunun (alacaklının), şikayet veya itirazında haklı olup olmadığı belirlenerek, sonucuna göre yukarıdaki istekler hakkında karar verilmesi gerekir.

Tetkik mercii, duruşmada tefhim ettiği “kısa karar”a uygun “gerekçeli karar” yazmak zorundadır²⁹⁸. “Kısa karar” ile “gerekçeli karar” arasında çelişki bulunması -örneğin; “kısa karar”da, davacı (davalı) aleyhine % 40 tazminata hükmedilmediği halde, “gerekçeli karar”da bu tazminata hükmedilmiş olması, “kısa karar”da ‘dosyanın HUMK.mad. 409 gereğince yenileninceye kadar işlem den kaldırılmasına’ karar verildiği halde, “gerekçeli kararda” ‘şikayetin kısmen kabulüne ve faiz oranının iptaline’ hükmedilmiş

²⁸⁹ Bknz: 12.HD. 9.2.2001 T. 1278/2339

²⁹⁰ Bknz: 19. HD. 25.9.1992 T. 4571/2262

²⁹¹ Bknz: 12. HD. 7.3.1988 T. 4951/2462

²⁹² Bknz: 12. HD. 26.4.1991 T. 4039/5067

²⁹³ Bknz: 12. HD. 11.5.1981 T. 3377/4771

²⁹⁴ Bknz: 12. HD. 26.6.1980 T. 3789/5588

²⁹⁵ Bknz: 12. HD. 2.11.1990 T. 3801/10892; Karş: 11.5.1981 T. 3377/477

²⁹⁶ Bknz: 12. HD. 20.2.2003 T. 469/2952

²⁹⁷ Bknz: 12. HD. 7.4.2003 T. 6998/7420; 31.12.2002 T. 23778/25839; 12.4.2001 T. 5345/6277

²⁹⁸ Bu konuda ayrıca bknz: SEYHUN, Ş., Hukuk Muhakemeleri Usulünde Kısa Karar Sorunu (Yarg. D. 1984/1-2, sh: 5 vd)

olması, “kısa karar”da ‘itirazın kaldırılmasına’ karar verildiği halde, “gerekçeli karar”da, ‘akdin feshi ve tahliyeye’ karar verilmiş olması, “kısa karar”da ‘kabülüne’ karar verilmesine rağmen, “gerekçeli karar”da ‘davanın kısmen kabulüne’ karar verilmiş olması, “kısa karar”da ‘icra inkar tazminatının davalıdan alınıp davacıya ödenmesine’ dendiği halde, “gerekçeli karar”da ‘inkar tazminatının davacıdan alınarak, davalıya verilmesine’ şeklinde hüküm konulmuş olması, “kısa karar”da ‘zamanaşımı itirazının kabulü ile takibin iptaline’ karar verildiği halde, “gerekçeli karar”da, buna ilişkin hüküm konulmamış olması “kısa karar”da ‘ihale bedelinin % 10’u nisbetinde para cezasına’ hükmolunduğu halde, “gerekçeli karar”da ‘ihale bedelinin %40’ı oranında para cezasına’ hükmolünmüş olması vb.- hallerinde, bu husus **yüksek mahkemece** “bozma” sebebi olarak kabul edilmekte ve bu durumda “10.4.1992 T. ve 7/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince çelişkinin giderilmesi için, eski kararla bağlı olmaksızın yeniden karar verilmesi” istenmektedir²⁹⁹. Ancak, *maddi bir hata* sonucu, “kısa karar” yanlış yazılmış ise, o zaman “gerekçeli karar”ın kısa karar’dan farklı olabileceği kabul edilmektedir³⁰⁰.

Mahkeme kararında nelerin belirtileceği (yazılacağı) HUMK. 388’de ayrıntılı biçimde belirtilmiş olduğundan, “*hükümün sonucu*” kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, isteklerin her bir hakkında verilen hükümde, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık ve tereddüt uyandırmayacak biçimde gösterilmesi gerektiğinden, tetkik merciiince sadece “davanın kabulüne (reddine)” ya da “önceki kararda direnilmesine” denilerek karar verilemez³⁰¹...

Tetkik mercii, uyduğu ve böylece “*müktesep (kazanılmış) hak*”³⁰² haline gelen Yargıtay bozma kararına aykırı düşecek şekilde karar veremez³⁰³.

²⁹⁹ Bknz: 12. HD. 3.6.2003 T. 10392/12921; 12.5.2003 T. 7822/10702; 15.4.2003 T. 5518/8329; 1.4.2003 T. 4261/6881; 6.3.2003 T. 1295/4440; 7.2.2003 T. 28953/2360 vb.

³⁰⁰ Bknz: 12. HD. 4.2.1991 T. 7900/1300

³⁰¹ Bknz: 12.HD. 30.6.2000 T. 9944/11081; 3.5.2000 TE:12-878, K: 861 HGK. 4.2.2000 T. E: 12-22, K:86 vb. -29.12.19992 T.10421/17451; 2011.1992 T.7493/14539

³⁰² Bknz: 12. HD. 1.3.2002 T. 2843/4293; 22.6.1998 T. 7012/7596

³⁰³ Bknz: 12. HD. 26.5.1988 T. 9569/6755-16.2.1987 T. 6656/1950-1.11.1983 T. 6455/8240

Ancak “maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmamış olması, lehine bozma yapılan taraf yararına ‘kazanılmış hak’ yaratmaz³⁰⁴...

Tetkik mercii, şikayetin reddi / kabulü halinde -yasada ayrıca öngörülmediği için- ayrıca -lehine karar verdiği taraf yararına- % 40 tazminata hükmedemez³⁰⁵...

Tetkik mercii, başka bir tetkik merciinin daha önce, aynı konuda verdiği kararı değiştirir nitelikte yeni bir karar veremeyeceği gibi³⁰⁶ kendisinin verdiği kararı, taraflardan birisinin başvurusu üzerine, daha sonra kaldıramaz (değiştiremez)³⁰⁷.

Tetkik mercii, *yorum yoluyla* takip konusu ilamın hüküm fıkrasını (infaz edilecek kısmını) belirleyemez³⁰⁸...

Tetkik mercii, verdiği kararda bulunan “*maddi hata*”yı her zaman kendisi düzeltebilir³⁰⁹. Ayrıca, taraflar, hükmün infazına kadar, -“hükmün açık olmadığını, çelişkili fıkraları içerdiğini” ileri sürerek- tetkik merciinden, hükmün “*tavzih*”ini isteyebilirler (HUMK. mad. 455 vd)³¹⁰ Ancak, tavzih yolu ile hüküm değiştirilemez³¹¹. Örneğin, tetkik mercii; tavzih yoluyla “inkar tazminatına” na hükmedemez³¹², tavzih talebi kabul edip, “ödeme emrinin iptaline” karar veremez³¹³, “asıl kararda noksan hükmedildiğini” ileri sürerek, “hükmedilen avukatlık ücreti miktarında” değişiklik yapamaz³¹⁴. Temyize

³⁰⁴ Bknz: 12. HD. 14.12.1988 T. 12893/15475

³⁰⁵ Bknz: 12. HD. 8.11.2002 T. 21077/22875; 21.11.2000 T. 17236/18029; 4.7.2000 T. 10597/11326 vb.

³⁰⁶ Bknz: 12. HD. 22.9.1988 T. 12290/10124-15.3.1988 T. 1883/3046-6.2.1987 T. 7842/1349-22.10.1985 T. 2773/8492

³⁰⁷ Bknz: 12. HD. 4.5.1992 T. 4576/5997; 20.6.1989 T., 195/9267-4.10.1988 T. 13149/10759-19.1.1988 T. 6937/177-16.2.1987 T. 5532/1924 vb.

³⁰⁸ Bknz: 12. HD. 15.4.2003 T. 5524/8307; 20.2.2003 T. 218/3014; 8.3.2002 T. 2902/4783; 12.4.2001 T. 5330/63201; 22.3.2001 T. 3887/4799 vb.

³⁰⁹ Bknz: 12. HD. 1.11.2000 T. 14324/16360; 26.9.2000 T. 12396/13707; 29.3.1990 T. 10628/3531

³¹⁰ Bknz: 12. HD. 29.3.1990 T. 10628/3531

³¹¹ Bknz: 12. HD. 25.2.1993 T. 14462/3467; 2.11.1992 T. 5981/12993; 29.5.1990 T. 13865/6541-6.4.1989 T. 9726/4933-15.3.1988 T. 4119

³¹² Bknz: 12. HD. 21.1.2003 T. 28631/498

³¹³ Bknz: 12. HD. 28.4.2000 T. 6023/6924

³¹⁴ Bknz: 12. HD. 24.6.1988 T. 10756/8524

konu teşkil edebilecek bir hususta tetkik merciiince tanzih yolu ile esasa ilişkin biçimde, hüküm fıkrasında değişiklik yapılamaz³¹⁵.

Aynı konuda birbirinden farklı iki merci kararı bulunması halinde -merci kararlarına karşı ‘yargılamanın yenilenmesi’ yoluna gidilemeyeceğinden- önceki tarihli merci kararına itiraz edilmesi gerekir³¹⁶...

XXI- Tetkik mercii, ister d u r u ş m a y a p a r a k, isterse d u r u ş m a y a p m a y a r a k (evrak üzerinde) sonuçlandırdığı işlerde³¹⁷, lehine karar verdiği tarafın^{318,319} -varsa- vekili için, “*hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre*³²⁰ “**avukatlık ücreti**” hükmetmek zorundadır.

Uygulamada, tetkik merciiinin duruşma yapmadan karar verdiği durumlarda, başvuruda bulunanın lehine karar verirken, vekili için de avukatlık ücretine hükmettiği pek görülmemektedir. Bu uygulama **kanımızca**, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine aykırıdır. Çünkü, tarifede, bu gibi durumlar için hükmedilmesi gereken “avukatlık ücreti”nin miktarı ayrıca ve özel olarak -Tarife’nin İKİNCİ KISIM, “İkinci Bölüm”ünün 2. sırasında- belirtilmiştir.

U y g u l a m a d a, tetkik mercileri, “istihkak davalarında” **nisbi**, diğer başvurularda ise **maktu** avukatlık ücreti hükmetmektedirler. Bu uygulama da **kanımızca** Asgari Ücret Tarifelerinin çok açık olan 12. maddesine aykırı bulmaktadır.

³¹⁵ Bknz: 12. HD. 23.11.1989 T. 4398/715 -5.2.1990 T. 1381/713

³¹⁶ Bknz: 12. HD. 25.10.1995 T. 13434/14372

³¹⁷ Bknz: 12. HD. 27.1.1981 T. 7744/615; 22.5.1980 T. 3130/4446

³¹⁸ Bknz: 12. HD. 27.5.2003 T. 9029/12216; 6.2.2003 T. 28854/2299; 24.1.2003 T. 29685/903 vb.; 20.2.2003 T. 219/3013; 15.12.1992 T. 9318/16368; 12.2.1991 T. 8780/1619-12.4.1990 T. 11626/4305-7.11.1989 T. 4006/13450-2.10.1989 T. 2321/11512-14.9.1981 T. 5131/6662

³¹⁹ Avukatlık ücretinin “müvekkil” adına mı yoksa, “avukatı” adına mı hükmedilmesi gerektiğine ilişkin teorik tartışma için bknz: **UYAR, T.**, Mahkemelerce Karşı Tarafa Yüklenecek Avukatlık Ücretinin Uygulamada Yarattığı Tereddüt ve Problemler (ABD. 1970/2, sh: 270 vd)-1136 sayılı Yeni Avukatlık Kanunu Karşısında Avukatlık Ücreti (İBD. 1971/5-6, sh: 411 vd)

³²⁰ Bknz: 12. HD. 28.2.2003 T. 515/3904; 21.2.2003 T. 29181/3178; 27.1.2003 T. 28777/1195

Kanımızca, tetkik mercii, “lehine karar verdiği taraf yararına” vekalet ücretine hükmederken, avukatın yaptığı hukuki yardımın “*para ile değerlendirilebilen*” bir uyuşmazlıkla ilgili olup olmadığını araştırmalıdır. Eğer, “konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen bir uyuşmazlık” sözkonusu ise, avukatlık ücretinin, Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin 2. bölümünün 3. kısmına göre -yani, **n i s b i** olarak hükmedilmesi gerekir. Ancak, bu şekilde **n i s b i** olarak hükmedilecek avukatlık ücretlerine, son Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nde bir de “alt sınır”(taban) öngörülmüştür (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi md.11).

Az önce de belirttiğimiz gibi, uygulamada hep “*maktu*” vekalet ücreti hükmedildiğinden, çok defa da bu kararlar temyiz edilemediğinden, bu konuya ilişkin Yargıtay’ın görüşünü yansıtan içtihatlar hayli azdır. Yaptığımız araştırmalar sonucunda, **Yargıtay (12. Hukuk Dairesi “ve ‘istihkak davaları’ bakımından 21. Hukuk Dairesi”)**;

-“*İstihkak davalarında*” *takep konusu alacağın miktarı ile haczedilen eşyanın değerinden hangisi azsa, onun üzerinden*³²¹,

-“*İtirazın kaldırılması*” *istemlerinin kabul ve reddi halinde, itiraz konusu alacak miktarı üzerinden*³²²,

-“*Faize yönelik*” *itirazın kabul edilmesi halinde, itiraz konusu faiz miktarı üzerinden*³²³,

-“*Miktar*” *bakımında, ilama aykırı işlemde bulunulduğuna ilişkin şikayetlerde, şikayet konusu miktar üzerinden*³²⁴,

-“*Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen*” *itiraz ve şikayetlerde*³²⁵,

-“*Takibin iptali*” *istemlerinde, takibin iptal edilen bölümü üzerinden*³²⁶,

‘**n i s b i** vekalet ücretine hükmedilmesini’ istemiştir.

³²¹ Bknz: 21. HD. 27.6.2000 T. 4979/5154; 25.4.2000 T. 3021/3274

³²² Bknz: 12. HD. 28.12.1989 T. 12957/16149; 17.4.1986 T. 10484/4527; 18.2.1986 T. 7782/1820; 5.2.1985 T. 11560/889

³²³ Bknz: 12. HD. 6.5.1982 T. 3319/3948

³²⁴ Bknz: 12. HD. 1.12.1981 T. 6715/9090

³²⁵ Bknz: 12. HD. 12.11.1981 T. 7321/8311-16.6.1981 T. 4113/8580-23.2.1981 T. 206/1681-2.6.1980 T. 2893/4720-11.10.1977 T. 8080/8266-22.2.1977 T. 1436/1874

³²⁶ Bknz: 12. HD. 24.4.1981 T. 2700/4190-26.11.1980 T. 8200/8431-19.6.1980 T. 4146/5362

Buna karşın **yüksek mahkeme;**

-“ ‘İşlemiş faiz miktarı’na itirazlarda³²⁷,

-“ ‘Sıra cetveline yönelik şikayet’in kabul veya reddi halinde³²⁸,

-“ ‘İhalenin feshi’ne ilişkin şikayetlerde”³²⁹

-“ Satis memurunun muamelelerine ilişkin şikayetlerde”³³⁰

-“ Haczedilmezlik şikayetlerinde”³³¹ lehine karar verilen -ve vekili bulunan- taraf yararına ‘**maktu** vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini’ vurgulamıştır...

Buraya kadar yaptığımız ayrıntılı açıklamalardan şu sonuca varıyoruz:

A) İY mad. 97/XI uyarınca, genel hükümlere göre bakılan **i s t i h k a k d a v a l a r ı n d a** : -Yargıtay’ın da benimsediği gibi-³³² “takip konusu alacağın miktarı ile istihkak davasına konu olan şeyin kıymetinden **hangisi az ise** o’nun değeri üzerinden” *nisbi* olarak avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

B) Konusu **para olmayan** ya da **para ile değerlendirilemeyeen** -örneğin; çocuk teslimi, çocuklu kişisel ilişki kurulmasına, bir işin yapılmasına ya da yapılmamasına ilişkin- ilamın yerine getirilmesi sırasında doğan uyuşmazlıklarda; *maktu* avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

C) “**Konusu para olan** ya da **para ile değerlendirilebilen**” -yukarıda³³³ ayrıntılı biçimde örneklendirilen- takiplerde ise; “**uyuşmazlığın parasal değeri üzerinden**” *nisbi* olarak, avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

Bu nedenle; Yargıtay’ın³³⁴ bir olayda; “...*şikayet halinde, icra tetkik işlerinde vekalet ücreti maktu olup, nisbi vekalet ücretine ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir*” şeklindeki görüşlerine tam olarak katılmıyoruz. Bu

³²⁷ Bknz: 12. HD. 21.5.2000 T. 8107/8968

³²⁸ Bknz: 19. HD. 21.5.1998 T. 2662/3527

³²⁹ Bknz: 12. HD. 20.6.1995 T. 9147/9167; 6.6.1995 T. 8350/8331; 25.10.1994 T. 12355/12996

³³⁰ Bknz: 12. HD. 22.10.1990 T. 3021/6537

³³¹ Bknz: 12. HD. 7.4.1980 T. 1779/3210

³³² Bknz: Yuk. dipn. 321’daki içtihatlar

³³³ Bknz: Yuk. dipn. 322 vd.’daki içtihatlar

³³⁴ Bknz: 12. HD. 21.10.1976 T. 8548/10373

içtihat eğer az önce (B) paragrafında belirtilen “*konusu para olmayan ve para ile değerlendirilemeyen*” takiplere ilişkinse, doğrudur, aksi halde, hatalıdır.

Tetkik mercii, ister “*dosya üzerinde*” (duruşma yapmadan), ister “*duruşmalı olarak*” inceleme yapmış olsun, lehine karar verdiği taraf yararına avukatlık ücretine hükmederken “**karşı tarafın bu uyuşmazlığa neden olup olmadığına**” başka bir deyişle, “**karşı tarafın kusurlu olup olmadığına**” bakmalıdır³³⁵. Tetkik merciiine başvuruda bulunulmasına neden olmayan taraf aleyhine avukatlık ücreti hükmetmemelidir. Buna karşın, gereksiz yere tetkik merciiine başvurarak istekte bulunan taraf aleyhine, karşı tarafın avukatı varsa, -duruşmalı işlerde- avukatlık ücretine hükmedilmelidir. Uygulamada, özellikle icra dairesine yaptığı itirazla hakkındaki takibi dur-duran borçlunun, ayrıca takibi için tetkik merciiine -gereksiz yere- başvurduğu görülmektedir. Bu gibi durumlarda gereksiz yere tetkik merciiine başvuruda bulunan taraf aleyhine avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir³³⁶.

Bu konu ile ilgili olarak yüksek mahkeme;

-“*Şikayete konu işlemin münhasıran icra müdürlüğünün hatasından kaynaklanmış olması halinde, karşı tarafın (alacaklının/borçlunun) yargılama gideri ve avukatlık ücreti ile sorumlu tutulamayacağı*”³³⁷

-“*Takas def’ine tetkik merciiinde karşı çıkmayan alacaklının, ayrıca yargılama gideri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulamayacağı*”³³⁸

-“*Takibi yürütme imkanına sahip olan alacaklının gereksiz yere tetkik merciiine başvurmuş olması halinde, borçlunun vekalet ücreti (ve yargılama giderleri, ile sorumlu tutulamayacağı*”³³⁹

-“*Senet aslının takip talebi ile birlikte icra dairesine verilmemiş olması nedeniyle ödeme emrinin iptali halinde, ayrıca borçlu şikayetçi yararına yargılama giderine (ve vekalet ücretine) hükmedilmeyeceğini*”³⁴⁰

³³⁵ Bknz: 12. HD. 6.11.1980 T. 7658/7902; 5.7.1979 T. 5873/6263 - HGK. 3.10.1973 T. İc. İf. 685/755

³³⁶ Bknz: 12. HD. 19.6.1979 T. 5463/5614

³³⁷ Bknz: 12. HD. 3.2.2003 T. 29003/1884; 31.5.2002 T. 9824/11576; 14.3.2002 T. 3978/5164; 5.3.2002 T. 3716/4451; 5.1.2001 T. 6353/7493 vb.

³³⁸ Bknz: 12. HD. 7.6.1999 T. 7127/7641; 21.4.1980 T. 2283/3671

³³⁹ Bknz: 12. HD. 21.3.1990 T. 9772/3051-12.10.1989 T. 2813/12121-11.10.1989 T. 3014/12048

-“Haczedilmezlik şikayetinden önce, haczin kaldırıldığından haberi olmayan borçlunun vekalet ücretinden sorumlu olmayacağını”³⁴¹

-“Verilen kesin önele rağmen davacının noksan harcı tamamlamaması halinde, tetkik merciiince dava reddedilip, davalı yararına vekalet ücretine hükmedilemeyeceğini”³⁴²

belirtmiştir...

XXII- “Görevsizlik” ve “yetkisizlik” kararı üzerine yapılacak işlemi belirten **HUMK mad. 193/II** hükmünün icra hukukunda da uygulanması mümkün müdür? Yani, tetkik merciiine başvuru-görevsizlik kararı gerekirken mahkemeye başvuran ve mahkemenin verdiği “görevsizlik kararı”nın kesinleştiği (yani; “görevsizlik kararı”na karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay’ın onama kararının tebliğ edildiği) tarihten itibaren on gün içinde tetkik merciiine başvuran ya da başvuruda bulunduğu tetkik merciiinin verdiği “yetkisizlik kararı”nın kesinleştiği (yani; “yetkisizlik kararı”na karşı temyiz süresinin sona erdiği veya Yargıtay onama kararının tebliğ edildiği) tarihten itibaren on gün içinde yetkili olduğu anlaşılan tetkik merciiine müracaat eden ilgili, süresi içinde Tetkik Merciiine başvurmuş sayılacak mıdır?

Bu konu doktrinde tartışmalıdır. **Bir görüşe göre**³⁴³, İcra ve İflas Kanununda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa açıkça yapılmış bir atıf olmadıkça, HUMK’nun hükümleri, icra hukukunda uygulanamaz. Bu nedenle, HUMK mad. 193’e yapılmış bir atıf olmadığı için, bu hükmün icra hukukunda uygulanması mümkün değildir. **Diğer bir görüşe göre**³⁴⁴ ise, icra tetkik mercii, hukuk mahkemeleri ile aynı yargı koluna dahil “özel bir mahkeme”dir. Bu nedenle, HUMK mad. 193, kıyasen icra hukukunda da uygulanır. Bu görüşe göre, ihalenin feshi, tetkik mercii yerine mahkemeden istenirse, mahkemenin vereceği “görevsizlik kararı”nın kesinleşmesi üzerine, ilgili on gün içinde tetkik merciiine başvurursa, bu başvuru, süresinde yapıla-

³⁴⁰ Bknz: 12. HD. 1.12.1985 T. 4775/10319-4.11.1985 T. 3383/9035-14.3.1985 T. 12731/2425

³⁴¹ Bknz: 12. HD. 8.3.1984 T. 1550/2690

³⁴² Bknz: 12. HD. 27.11.1980 T. 5669/6253

³⁴³ **POSTACIOĞLU, İ.**, age., sh: 111; **ÜSTÜNDAĞ, S.**, agm., sh:625.

³⁴⁴ **KURU, B.**, İcra ve İflas Hukuku, C:1, sh:188, 353, 373; **PEKCANİTEZ, H.**, age., sh: 124.

cak bir başvuru sayılacak ve tetkik merciince incelenecektir³⁴⁵. Aynı şekilde, talimatla uygulanan bir hacze karşı, takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu tetkik merciine başvurularak haczedilmezlik iddiasında bulunulmuşsa, burasının vereceği “yetkisizlik kararı”nın kesinleşmesi üzerine, on gün içinde, yetkili tetkik mercii olan “fiilen haczi yapmış olan icra dairesinin bağlı olduğu tetkik merciine” başvurulursa, bu başvuru da süresince sayılacaktır³⁴⁶.

Yüksek mahkeme bu konu ile ilgili olarak;

-“Tetkik merciince ‘yetkisizlik kararı’ verilmesinden sonra, HUMK.mad. 193/IV’e göre inceleme yapıp karar verme yetkisinin, yetkili tetkik merciine ait olduğunu”³⁴⁷

-“Tetkik merciince ‘icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yetkisizliğine’ karar verilmesi halinde, yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren alacaklının -HUMK.mad. 193/II uyarınca- on gün içinde ‘dosyanın yetkili icra dairesine gönderilmesini’ istemesi (aksi takdirde -HUMK.mad. 193/III uyarınca- ‘takibin açılmamış sayılmasına’ karar verilmesi) gerekeceğini”³⁴⁸

-“Mercice verilen ‘yetkisizlik kararı’nın alacaklıya tebliğ edilmemiş olması halinde, HUMK. mad. 193/III hükmünün uygulanamayacağını”³⁴⁹

-“HUMK. mad. 193 hükmünün kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğunu”³⁵⁰

belirtmiştir...

Yüksek mahkemenin (Yargıtay 12.³⁵¹, 13.³⁵², 15.³⁵³, 21.³⁵⁴ Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulunun³⁵⁵) ikinci görüşü benimseyerek, HUMK.

³⁴⁵ ARSLAN, R., a.g.e. sh: 161.

³⁴⁶ PEKCANITEZ, H., a.g.e. sh: 124 vd.

³⁴⁷ Bknz: 12. HD. 20.5.2003 T. 8457/11483

³⁴⁸ Bknz: 12. HD. 17.4.2003 T. 7307/8609; 28.2.2003 T. 613/3841; 24.2.2003 T. 2086/3892; 31.1.2003 T. 28135/1730 vb.

³⁴⁹ Bknz: 12. HD. 8.4.2003 T. 4178/7678

³⁵⁰ Bknz: 12. HD. 3.2.2003 T. 29105/1772

³⁵¹ Bknz: 12. HD. 20.5.2003 T. 8457/11483; 28.4.2003 T. 6529/9510; 17.4.2003 T. 7307/8629; 8.4.2003 T. 4178/7658; 17.1.2003 T. 27313/325; 19.11.1999 T. 12967/14634; 29.6.1999 T. 8384/8907; 16.11.1985 T. 16363/16343; 27.3.1994 T. 10366/3423; 18.11.1995 T. 4046/9650; 18.14.1993 T. 1865/2964; 26.11.1980 T. 7273/8445; 10.4.1980 T. 838/3346; 3.4.1984 T. 1580/3102

³⁵² Bknz: 13. HD. 3.3.1987 T. 421/1249

mad. 193 hükmünü gerek “görevsizlik” ve gerekse “yetkisizlik” kararları hakkında uyguladığını görüyoruz...

Kanımızca, “mahkeme”lerde açılan “dava”lar sonucunda verilen ‘görevsizlik’ ve ‘yetkisizlik’ kararları üzerine yapılacak işlemi belirten, HUMK’nın 193’üncü maddesini, icra hukukunda doğrudan doğruya uygulamak, zaman kazanmak amacı ile, kötüniyetle, tetkik mercii yerine mahkemeye başvuran kişilerin ödüllendirilmesine neden olur. Bu nedenle, İİK’da görev konusunda, HUMK’na bir atıf (yollama) bulunmadığı için, mahkemelerin verdiği “görevsizlik” kararları hakkında, bu karar kesinleştikten sonra on gün içinde tetkik merciiine başvurulursa, yapılan başvuru süresinde yapılmamış sayılmalı ve tetkik merciiince incelenmemelidir³⁵⁶. Buna karşın, yetki kanunda, İİK mad. 50/I’de, HUMY’na yapılan atıf nedeniyle, HUMK mad. 193 hükmü icra hukukunda da uygulanmalıdır...

Ancak hemen belirtelim ki, 17.7.2003 tarihinde kabul edilen 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 34. maddesi ile İİK.’na eklenen 128/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan “kıymet takdirine ilişkin şikayet yetkisiz tetkik merciiine yapılırsa, tetkik mercii evrak üzerinde inceleme yaparak, başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde yetkisizlik kararı verir. Bu madde gereğince icra tetkik merciiinin verdiği kararlar kesindir” ve 38. maddesi ile İİK.’nun 134. maddesine eklenen “ihalenin feshine ilişkin şikayet görevsiz veya yetkisiz tetkik mercii veya mahkemeye yapılırsa, tetkik mercii veya mahkemeye yapılırsa, tetkik mercii veya mahkeme evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir. Bu kararlar kesindir” şeklinde yeni hükümlerle, kötüniyetle yetkisiz/görevsiz mercie (mahkemeye) yapılacak başvuruların süratle karara bağlanarak “yetkisizlik” / “görevsizlik” kararı verilmesi sağlanmak istenmiştir.

Bu kararlar “kesin olarak” verileceğinden şikayetçinin on gün içinde -HUMK. 193 uyarınca- yetkili/görevli tetkik merciiine başvurması gerekecektir...

³⁵³ Bknz: 15. HD. 18.2.1991 T. 312/722; 24.10.1994 T. 2847/4297; 19.10.1989 T. 3059/4351; 13.5.1983 T. 1162/1294

³⁵⁴ Bknz: 21. HD. 21.5.2002 T. 3787/4678

³⁵⁵ Bknz: HGK. 3.2.1999 T. 15-48/63

³⁵⁶ UYAR, T., Şikayet, sh: 620.

“**Davadan feragat**”a ilişkin HUMK. 91 vd. hükümleri tetkik mercisindeki duruşmalarda da kıyasen uygulanır³⁵⁷.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

-“ *‘İhalenin feshi’ talebinde bulunmuş olan şikayetçinin, daha sonra - hüküm kesinleşinceye kadar- şikayetinden feragat edebileceğini*”³⁵⁸

-“*Feragatin geçerliliğinin, karşı tarafın muvafakatına bağlı olmadığını*”³⁵⁹

-“ *‘İhalenin feshi’ istemini içeren şikayetten feragat edilebileceğini*”³⁶⁰

-“*Feragat hakkında karar verme yetkisinin yerel mahkemeye (merciye) ait olduğunu*”³⁶¹

-“*Davacının (şikayetçinin) ‘ihalenin feshi’ davasından (şikayetinden) feragatının, davalının muvafakatına bağlı olmadığını*”³⁶²

-“*Davadan feragatın ‘temyiz isteğinden vazgeçme’ yanında daha kapsamlı olduğunu*”³⁶³

belirtmiştir...

Taraflar tetkik mercii önünde **sulh** olabilirler³⁶⁴.

³⁵⁷ Karş: **SUNAR, G.** sh:265; **ARSLAN, R.**, İcra - İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, sh:191 vd.; **PEKCANITEZ, H.**, age. sh:131.

³⁵⁸ Bknz: 12. HD. 22.3.2002 T. 4449/5945

³⁵⁹ Bknz: 12. HD. 7.2.2003 T. 29424/2446; 10.9.2002 T. 15496/16095; 31.5.2002 T. 9857/11550

³⁶⁰ Bknz: 12. HD. 22.3.2002 T. 1449/5945

³⁶¹ Bknz: 12. HD. 25.5.2001 T. 8214/9199

³⁶² Bknz: 12. HD. 10.11.2000 T. 15250/17153; 23.2.2000 T. 2879/2934; 15.3.1999 T. 2855/3147 vb.

³⁶³ Bknz: 12. HD. 4.2.2000 T. 655/1587

³⁶⁴ Ancak, bu sulhün “*mahkeme içi sulh*” mü, yoksa “*mahkeme dışı sulh*” olarak mı değerlendirileceği konusu doktrinde tartışmalıdır: **ÖNEN**, “bunun, icra tetkik mercilerinin gerçek anlamda bir mahkeme olmadığı ve icra tetkik mercilerinde görülen işlerin, teknik anlamda ‘dava’ olmaktan uzak olmaları nedeniyle ‘mahkeme dışı sulh’ olduğunu savunmuşken (**ÖNEN, E.**, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, 1972, sh:101), **SUNAR** aksi görüştedir (**SUNAR, G.**, age. sh:263 vd.)

XXIII- Tetkik merciiinin, takip hukukuna ilişkin kararları *-kural olarak-* sadece yürütülen takip bakımından tarafları bağlar ve sadece takip hukuku bakımından **“kesin hüküm”** yaratır. Yani, tetkik mercii kararları sadece birbirlerine karşı -aynı konuda- *“kesin hüküm”* teşkil eder³⁶⁵. **Yüksek mahkeme;** *“aynı senetlere dayalı takip hakkında tetkik merciiince verilen ve kesinleşen ‘itirazın kaldırılması talebinin reddine’ ilişkin kararın, yeni takip bakımından da ‘kesin hüküm’ oluşturacağını”*³⁶⁶ vurgulamıştır. Bu nedenle, “aynı konuda” daha önce başka bir tetkik merciiince karar verilmiş olduğunun saptanması halinde, yeni (sonra) başvurulanan tetkik merciiince, aynı konuda karar oluşturulamaz³⁶⁷ ...

Buna karşın, “sıra cetveline itiraz davası”nda (şikayetinde), “hasım” (davalı) olarak gösterilmeyen alacaklı yönünden, dava (şikayet) sonucunda verilen karar bağlayıcı olmaz³⁶⁸ ...

Keza, tetkik merciiince iptal edilen “sıra cetveli” (derece kararı), davada taraf olmayanların haklarına (sıralarına) etkili olmaz³⁶⁹ ...

Tetkik mercii kararları, maddi hukuk bakımından *“kesin hüküm”*³⁷⁰ teşkil etmez. Bu nedenle, takip konusu alacağın varlığı, takip konusu belgenin geçerliliği konusunda, tetkik mercii kararı kesin hüküm teşkil etmez³⁷¹. Örneğin; **ilamsız takiplerde**, tetkik mercii tarafından itirazı kesin ya da muvakkat olarak kaldırılan ve bu karar Yargıtay’ca onanmak suretiyle kesinleşen borçlu, İY mad. 72 uyarınca genel mahkemede “olumsuz tesbit” ya da,

³⁶⁵ Bknz: 12. HD. 15.4.2002 T. 6661/7845; 16.10.1997 T. 10449/10974

³⁶⁶ Bknz: 12. HD. 20.10.1994 T. 12258/12610

³⁶⁷ Bknz: 12. HD. 31.1.2003 T. 28218/1721; 10.4.2000 T. 4785/5585; 17.12.1998 T. 14356/14624

³⁶⁸ Bknz: 19. HD. 25.4.1994 T. 3465/4149

³⁶⁹ Bknz: 19. HD. 3.5.1994 T. 2865/4480

³⁷⁰ **KURU, B.**, İcra ve İflas Hukuku, C:1, sh:65; **KURU, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V, sh:5043 vd.; **ARSLAN, R.**, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği (ABD. 1988/5-6, sh:733); **GÜRDOĞAN, B.**, Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, 1960, sh:39; **DOMANIÇ, H.**, Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuveti, 1964, sh:17; **ÖNEN, E.**, Medeni Yargılama Hukuku, 1979, sh:338.

³⁷¹ Bknz: 12. HD. 27.3.1990 T. 11956/3454-HGK. 27.10.1982 T. 11-1915/865-HGK. 18.11.1981 T. 11-165/739-15. HD. 15.1.1979 T. 5593/3-13. HD. 31.3.1977 T. 1254/1836 vb.

“istirdat” davası açabilir³⁷². Keza, tetkik merciince “ taraflar arasındaki temel ilişkiden doğan borcun zamanaşımına uğradığına” dair verilen karar *maddi anlamda kesin hüküm* teşkil etmediği gibi³⁷³, “İİK.mad.89/IV uyarınca, haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz eden üçüncü kişinin bu itirazına (verdiği cevabın) gerçeğe aykırı olduğuna” karar veren tetkik merciinin bu kararı ‘*kesin hüküm*’ teşkil etmediğinden, üçüncü kişi bu karara rağmen takip borçlusunu aleyhine ‘olumsuz tesbit’, takip alacaklısı aleyhine de ‘muvazaanın önlenmesi’ davası açabilir³⁷⁴... Aynı şekilde, **ilamlı takiplerde** örneğin, icranın geri bırakılması (İİK. mad. 33) isteminin reddi halinde, borçlu borcunu ikinci kez ödemek zorunda kalırsa, alacaklıya karşı İY mad. 72 uyarınca, genel hükümlere göre “geri alma davası” açabilir. Keza, icranın geri bırakılması istemi kabul edilerek, ilamın uygulanmasına gidilmemişse, bu karar, ilamın uygulanabilirlik niteliğini (infaz kabiliyetini) kaybetmiş olduğu hakkında kesin hüküm sayılmaz. Alacaklı, ilamdaki alacağın varlığını ikinci bir dava ile kanıtlayabilir³⁷⁵.

Tetkik Merciiinin “takip hukuku ile ilgili kararlarının” k u r a l o l a r a k “*kesin hüküm*” teşkil etmediğini belirttik. Bu kuralın istisnaları nelerdir? **Doktrinde** genellikle, tetkik merciinin;

a) “*İstihkak davaları sonucunda verdiği kararların*” (İİK mad. 97,99)^{376,377}

³⁷² Bknz: 3. HD. 25.6.1990 T. 9571/5935-11. HD. 23.11.1983 T. 5024/5181

³⁷³ Bknz: HGK. 25.2.1983 T. 1980-11-1254/180

³⁷⁴ Bknz: 11. HD. 7.7.1987 T. 3602/4101

³⁷⁵ UYAR, T., İlamlı Takipler, sh: 427 vd.

³⁷⁶ KURU, B., İcra ve İflas Hukuku, C: 2, sh: 1107; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V, sh:5048; DOMANIÇ, H., a.g.e. sh: 18; ARSLAN, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1977, sh: 67; GÖRGÜN, Ş., İflasta İstihkak Davası, 1977, sh: 133; SUNAR, G., age., sh:289; ULUKAPI, Ö., İcra ve İflas Hukuku, 2001, sh:22; ÜSTÜNDAĞ, S., age., sh:31; MUŞUL, T., İcra Hukuku, 2001, sh:90. *Bu görüşün gerekçesi şudur:* İstihkak davaları teknik anlamda bir davadır. Tetkik Mercii, her türlü delili tıpkı bir genel mahkeme gibi serbestçe değerlendirerek kararını verir. Gerekirse tanık dinler, keşif yapar, bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu davalarda hakim, takip hukukunun dar kalıpları içinde hareket etmez. Bu nedenle, Tetkik Merciiinin bu davalar sonucunda verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder...

³⁷⁷ Aksi görüş için bknz: ANSAY, S. Ş., Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 1960, sh: 113 vd.; ARAR, K., İcra ve İflas Hükümleri, 1944, C:1, sh: 218 vd.; ÜSTÜNDAĞ, S., sh:249 vd.; BERKİN, N., İflas Hukuku, 4. Bası, 1972, sh: 344; GÜRDOĞAN, B., İcra Hukuku

b) “İhalenin feshi isteminin reddine ilişkin kararlarının” (İİK mad. 134)³⁷⁸

c) “Zamanaşımı nedeniyle (tetkik merciince) aleyhine icranın geri bırakılmasına karar verilmiş olan alacaklının, yedi gün içinde mahkemede dava açmaması halinde, ilamın zamanaşımına uğradığı hususunun (tetkik mercii kararının)” (İİK mad. 33a/II)

k e s i n h ü k ü m teşkil edeceği belirtilmektedir.

Yargıtay (12. Hukuk Dairesi) çeşitli içtihatlarında; “tetkik merciinin takip hukuku ile ilgili kararlarının -kural olarak- kesin hüküm teşkil etmeyeceğini” belirttikten sonra³⁷⁹, önceki kararlarında “tetkik merciinin ‘istihkak’, ‘ihalenin feshi’ davaları gibi davalar sonucunda verdiği kararların kesin hüküm teşkil edeceğini” belirtmişken³⁸⁰, yeni tarihli kararlarında ise daha açık olarak “ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm (HUMK. mad. 237) teşkil edeceğini”³⁸¹ buna karşın “ihalenin feshine ilişkin kararların, kesin hüküm (HUMK. mad. 237) teşkil etmeyeceğini”³⁸² belirtmiştir...

Burada “istihkak davaları” sonucunda tetkik merciince verilen kararların “kesin hüküm” teşkil edip etmeyeceği konusunda Yargıtay’ın ilgili Daireleri arasındaki görüş ayrılığına da değinelim: **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi**³⁸³; “tetkik merciinin “mahkeme hüviyeti ile istihkak davaları sonucunda verdiği

Dersleri, 1966, sh: 99. *Bu görüşün gerekçesi şudur*: İstihkak Davası bir takip hukuku davasıdır, sadece takip hukuku alanında sonuç doğurur. Bu davanın konusu ve amacı, alacaklı tarafından haczettirilen mallar üzerinde, üçüncü şahsın istihkak iddiası dolayısıyla, cebri icraya devam edilip edilmeyeceğinin tesbitinden ibarettir... Bu dava, borçlu ile üçüncü kişinin birbirlerine karşı maddi hukuk alanındaki dava haklarını etkilemez...

³⁷⁸ KURU, B., İcra ve İflas Hukuku, C:2, sh:1506; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:V, sh:5048; DOMANIÇ, H., age. sh:18; ARSLAN, R., Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, sh:66 vd.; ULUKAPI, Ö., age. sh:22; MUŞUL, T., age. sh:90; ÜSTÜNDAĞ, S., age. sh:30 vd.; SUNAR, G., age., sh:289; PEKCANİTEZ, Şikayet, sh:175 vd.

³⁷⁹ Bknz: Yuk. dipn. 345 civarı.

³⁸⁰ Bknz: 12. HD. 2.6.1986 T. 5576/6588; 3.11.1977 T. 9191/9125; 13. HD. 31.3.1977 T. 1254/1836

³⁸¹ Bknz: 12. HD. 13.6.2000 T. 8866/9783; 28.9.1998 T. 8782/9656; 17.2.1997 T. 963/1337

³⁸² Bknz: 12. HD. 2.11.1997 T. 8894/12665

³⁸³ Bknz: Yuk. dipn. 380.

kararların kesin hüküm teşkil ettiğini” kabul etmişken, -istihkak davalarına ait verilen kararları temyizen incelediği dönemde- **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**^{384,385} “*istihkak davalarının amacının, haczedilen mal üzerinde cebri icranın yürütülüp yürütülemeyeceğini saptamak olduğunu, istihkak davasını kaybeden üçüncü kişinin, borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini*” ileri sürerek, “*bu davalar sonucunda verilen kararların kesin hüküm oluşturmayacağını*” kabul etmiştir. Halen, istihkak davaları sonucunda tetkik mercilerince verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 21. Hukuk Dairesi** ise, önceleri³⁸⁶ Yargıtay 13. Hukuk dairesi doğrultusunda içtihatla bulunmuşken, yeni tarihli kararlarında³⁸⁷ “*istihkak davaları sonucunda verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm (HUMK.mad. 237) teşkil edeceğini*” kabul etmiştir...Nihayet, ayrıca belirtelim ki, **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**³⁸⁸ de tetkik mercilerince istihkak davaları sonucunda verilen kararların ‘kesin hüküm’ teşkil edeceğini belirtmiştir.

Kanımızca, tetkik merciinin hem “*ihalenin feshi istemi*” ve hem de “*istihkak davaları*” sonucunda verdiği kararlar *maddi anlamda kesin hüküm* (HUMY mad 237) teşkil ederler. Tetkik merciinin, delilleri serbestçe takdir ederek bir “mahkeme” hüviyeti ile verdiği bu kararlara “kesin hüküm” niteliğini tanımamak, usul ekonomisine de aykırı olur.

Belirtilen, “*ihalenin feshi istemi*” ve “*istihkak davaları*” dışında **kanımızca**, İY mad. 89/IV uyarınca, alacaklının, (birinci) haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz eden üçüncü kişinin icra dairesine verdiği cevabın gerçek dışı olduğunu ileri sürerek tetkik merciinde açtığı “*tazminat davası*” sonunda tetkik merciinin verdiği karar da kesin hüküm teşkil eder.^{389,390} Çünkü, tetkik mercii hakimi, tazminat hakkındaki bu davayı -İİK. mad. 89/IV c.2’de açıkça vurgulandığı gibi- genel hükümlere göre sonuçlandırır.

³⁸⁴ Bknz: 13. HD. 22.9.1987 T. 4531/4379; Aynı doğrultuda; HGK. 26.4.1989 T. 13-197/336; 3.6.1981 T. 3538/4244

³⁸⁵ Karş: 13. HD. 31.3.1977 T. 1254/1836

³⁸⁶ Bknz: 21. HD. 4.11.1997 T. 5834/7065

³⁸⁷ Bknz: 21. HD. 27.12.2002 T. 8253/11427

³⁸⁸ Bknz: 4. HD. 19.3.2001 T. 11931/2552

³⁸⁹ UYAR, T., Haciz, sh: 313.

³⁹⁰ Karş: 11. HD. 7.7.1987 T. 3602/4101

Nihayet, tetkik merciiinin, “kesin hüküm teşkil eden diğer bir kararı; İİK mad. 33a/II’de öngörülmüştür. Borçlunun “zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması” isteminin kabulü kararına karşı, alacaklı yedi gün içinde mahkemede dava açmazsa, tetkik merciiinin verdiği “ilamın zamanaşımına uğradığı” konusundaki kararı kesin hüküm teşkil eder...

Ayrıca belirtelim ki; tetkik mercii kararlarının temyizi -İİK.mad. 364/III uyarınca- sadece satışı durdurduğundan, bu kararlar kesinleşmesi beklenmeden -satış durumu ayırık olmak üzere- uygulanırlar...³⁹¹.

³⁹¹ Bknz: 12. HD. 11.4.2000 T. 4401/5635

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ANSAY, S. Ş.;** Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, 1960.
- ARAR, K.;** İcra ve İflas Hükümleri, 1944, C:1.
- ARSLAN, R.;** Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği (ABD. 1988/5-6)
- Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1977.
 - İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984.
- BERKİN, N.;** İflas Hukuku, 1972, 4. Bası
- İcra Hukuku Rehberi, 1980.
- BİLGE, N./ÖNEN, E.;** Medeni Yargılama Hukuku, 1978.
- ÇELİKSULAR, A.;** Özel Yargılama Usulleri, (ABD. 1975/5)
- DOĞAN, M.;** Gıyapta Yargılama, 1979.
- DOMANIÇ, H.;** Hukukta Kazıyye-i Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, 1964.
- ERTEM, S.;** İcra ve İflas Kanununda Önemli Bahisler, 1951.
- GÖRGÜN, Ş.;** İflasta İstihkak Davası, 1977.
- GÜRDOĞAN, B.;** İcra Hukuku Dersleri, 1966.
- Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, 1960.
- KARSLI, A.;** İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, 1995.
- KURU, B.;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C:II, C:IV, C:V
- İcra ve İflas Hukuku, 1988, C:1
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.;** İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı), 2000, 13. Bası
- KUTMAN, O.;** Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Eleştirisi (İBD. 1984/10-12)
- MUSLUOĞLU, L.;** Mecburi Tahkim Usulü (Ad. D. 1960/7)
- MUŞUL, T.;** İcra Hukuku, 2001.
- ÖKTEMER, S.;** 3533 sayılı Kanun Hakkında Bir İnceleme (Ad. D. 1965/5-6)
- ÖNEN, E.;** Medeni Yargılama Hukuku, 1979.
- Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, 1972.
- ÖZCENGİZ, M. N.;** Tetkik Mercii, 1975.

ÖZEKES, M.; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, 1999.

PEKCANITEZ, H.; İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, 1986.

POSTACIOĞLU, İ.; İcra Hukuku Esasları, 1982.

- İcra ve İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tesbit Davası (İHFM. 1967/2-4)

- 538 Sayılı Kanunun İcra ve İflas Kanunu'na Getirdiği Yenilikler, 1965.

SEYHUN, Ş.; Hukuk Muhakemeleri Usulünde Kısa Karar Sorunu Yarg. D. 1984/1-2)

SUNAR, G.; Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002)

ULUKAPI, Ö.; İcra ve İflas Hukuku, 2001.

- Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi (Selçuk Üniv. Huk. Fak. D. C:1, S:1, 1988/Ocak-Haziran)

- Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, 1997.

UYAR, T.; İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, 2002, 3. Bası, C:2

- İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, 2001, 3. Bası, C:1, C:2

- İcra Hukukunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları, 1993, 3. Bası, C:1

- İcra Hukukunda Şikayet, 1991, 2. Bası

- İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, 1991, 2. Bası

- İcra Hukukunda Haciz, 1990, 2. Bası

- İcra Hukukunda İlamlı Takipler, 1991, 2. Bası

- İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 1994, 3. Bası

- İcra Hukukunda İtiraz, 1990, 2. Bası

- İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 1992, 2. Bası,

- İcra Hukukunda Tahliye, 1987, 2. Bası

- Adi ve Rehinli Alacakların Sırası (İİK.mad. 206) (İBD. 1975/1-2)

- Kambiyo Senetlerine İlişkin Suçlar (Ceza Hukukunda Kambiyo Senetleri) (ABD. 1982/4)

- Paraların Paylaştırılması Zamanı, Masraflar ve Vekalet Ücreti (İİK.mad. 138) (Yasa D. 1978/2)

ÜSTÜNDAĞ, S.; İlamsız İcrada, İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (İBD. 1986/10-11-12)

- İcra Hukukunun Esasları, 1995.

YILMAZ, O.; İhtiyati Tedbirlerde Görev ve Yetki (Yarg. D.1977/1-4)

YILMAZ, Z.; Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması, 2001.

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA SENETLE İSPAT

*Arş.Gör. Gülümden ÜRCAN**

GİRİŞ

İş davalarında ispat ve senet, özel önem taşımaktadır. İş sözleşmesinin niteliği gereği, işverenin asıl borcu ücret ödeme borcudur ve bireysel iş uyuşmazlıklarının işveren tarafı, dava konusu işçilik alacaklarını ödediğini ancak senetle ispatlayabilir. Fakat, iş hukukunun işçiyi koruma işlevi ve çalışmasının karşılığında hak ettiği alacaklarını tam olarak elde edebilmesini sağlama amacıyla, iş yargısında senet delili, bazen genel hukuk yargılamasına kıyasla farklı ve kendine özgü değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Bu noktada iş ilişkilerinin uygulamadaki gerçeklerine kayıtsız kalamayan doktrin ve özellikle Yargıtay içtihatları belirleyici olmaktadır. Buna göre, iş yargısında senet deliliyle ilgili olarak göze çarpan temel husus, işveren açısından senetle ispat zorunluluğuna sıkı sıkıya bağlı kalınırken; işçi tarafın ispat faaliyetine girişmesinde senede karşı senetle ispat zorunluluğunun bu derece katı uygulanmadığı, aksine hukuk yargılamasının genel sisteminden ve şekilciliğinden ayrı, kendine özgü sonuçlara ulaşılabilmiştir.

Ancak, iş hukukunun kendine özgü esasları ve uygulamada karşılaşılan sorunlar dikkate alınarak çözümlenmeye gidilirken hukuk yargılaması usulünün genel ilkeleri ve ispat kuralları ihlal edilmemelidir. Zira iş yargılaması da, medeni yargıya dahildir ve hukuk yargılaması normlarına bağlıdır. O halde delillerin ve ispat gücünün değerlendirilmesinde, işçiyi koruma amacı her zaman tek kıstas olamaz, olmamalıdır. Yargılamada iddia ve savunma özgürlüğü, bu iddiaları ispatlama hakkı, silahların eşitliği prensibi gibi temel yargısal haklar zedelenmemeli, yargılama süreci ile bunun sonunda verilen

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

kararlar, temyiz incelemesinde ortaya konan hususlar ve sonuçlar, hukuk yargılaması normlarına uygun olmalıdır.

Bu incelemede, esas olarak senetle ilgili olarak iş yargılamasının özellikler arz eden yönlerine, doktrin ve yargıtay içtihatlarıyla ön plana çıkan konulara yer verilecek ve ayrıca bunların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu esaslarına uyup uymadığı irdelenmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK “SENET” KAVRAMI VE SENETLE İSPAT

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun sistematigi açısından bakıldığında; Deliller ve İkamesi ana başlığını taşıyan 8. Fasıllık, 4. Kısımda yer alan 287 ila 336. maddeleri senet deliline ilişkin düzenlemeleri içermektedir¹. Kanun'un senede bu kadar geniş ve ayrıntılı düzenlemelerle yer vermesi, senetle ispat zorunluluğunu öngören yargılama hukuku sistemimizin bir yansımasıdır.

Hakimi bağlayıcı nitelikte olan deliller, kesin delillerdir ve senedin yanı sıra ikrar (m. 236), kesin hüküm (m. 237) ile yemin (m. 377 vd.) de kesin deliller arasında yer alır. Ancak en geniş uygulama alanı bulan ve diğer kesin delillere nazaran, ikrar ve yeminde olduğu gibi karşı tarafın iradesine, arzusuna bağlı bulunmadığından emin ve doğru bir ispat vasıtası olarak değerlendirilen senet delili, en önemli kesin delil olarak nitelenmektedir². O itibarla “kesin delille ispat zorunluluğu” yerine “senetle ispat zorunluluğu” ifadesi de kullanılabilirle beraber, esasen burada işaret edilen sözkonusu hukuki işlemin senetten başka diğer kesin delillerle de ispat edilebileceği ya da bu kesin delillerden biriyle ispatın zorunluluğudur.³

Kanun'da tanımlanmayan “senet”, doktrinde; bir kimsenin vücuda getirdiği veya getirttiği, bir hususun kanıtlanması amacıyla düzenlenen veya bu amaçla kullanılan, düzenleyenin kendi aleyhine delil teşkil eden, yazılı

¹ Anılan hükümler, senetle ispat zorunluluğu - senede karşı senetle ispat zorunluluğu ve istisnaları, yazılı delil başlangıcı, adi-resmi senetler ve sahtelik iddiası, senetdeki silinti ve çıkıntılar, senetlerin üçüncü kişiler üzerindeki ispat gücü ile senetlerin mahkemeye verilmesi zorunluluğuna ilişkindir.

² Bkz. Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2003, s. 446.

³ Bu çalışmada da senetle ispattan kastedilen, kesin delille ispattır.

irade beyanını içeren belgedir, şeklinde tanımlanmaktadır⁴. *Berkin ve Postacıoğlu*,⁵ senedin tanımında “bir kimsenin kendi aleyhine delil teşkil etmek amaç ve iradesiyle düzenlenme” unsuruna yer vermekte iseler de; bu husus senedin ortaya çıkmasında kurucu bir unsur değildir. Senedin onu düzenleyen imza sahibi aleyhine kesin delil olması, yargılamaya dahil edilen senedin ispat kuvvetinin bir sonucudur. Nitekim, anılan kastı taşımadan yazılıp imzalanmış herhangi bir mektup, belge de senet sayılabilmektedir (tesadüfi senetler)⁶.

Tanımdan da belirlenebildiği üzere, senetten söz edebilmek için; öncelikle yazılı bir belge bulunmalı, bu belge kanıtlanacak hukuki işlem hakkında tam bir bilgi içermeli ve düzenleyen kişinin imzasını taşımalıdır.⁷ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenleyen kişiler ile ispat güçleri bakımından resmi ve gayri resmi (adi, hususi) olmak üzere iki senet türü esas alınmıştır (m. 295, 296, 299, 314 gibi).

Adi Senetler, resmi bir memurun, makamı senedin düzenlenmesine katılmadığı, taraflardan birince ya da taraflarca düzenlenmiş, imzalanmış senetlerdir. Bireysel iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar hizmet akdine dayanmaktadır (İşM. K. m. 1) ve sözleşmenin tarafları da işçi ile işverendir (BK. m. 313, İş K. m. 8). Dolayısıyla bir iş davasında taraflarca ibraz edilecek senetler de işçi veya işverenden sadır olabilecek ve bu kişilerce imzalanacaktır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu’ nun 2. maddesindeki tanıma

⁴ **Onar, S.S./Belgesay, M.R.**, Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 106; **Karafakih, İ.H.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 180; **Berki, Ş.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959, s. 57; **Ansay, S.Ş.**, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 286; **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II., İstanbul 2001, s. 2073; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 445; **Alangoya, Y.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s.343; **Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000, s. 637; **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 401; **Kiper, O.**, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara 1995, s. 109.

⁵ **Berkin, N.M.**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 176; **Postacıoğlu, İ.E.**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1970, s. 513; **Postacıoğlu, İ.E.**, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, s.191 vd.

⁶ **Kuru**, s. 2074; **Alangoya**, s. 343.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 402; Örneğin işçinin yıllık izinlerini kullanıp ücretlerini de aldığını bildirerek işverene yazdığı teşekkür mektubu kendisini bağlar. 9. HD. 31.12.1968 T., 10739 E., 17041 K. (**Çenberci, M.**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 655).

⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 402.

göre; “işyerinde işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler” işveren vekilidir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yüklemelerinden doğrudan doğruya işveren sorumludur. O halde, işyeri kayıtlarının, bir belgenin işveren vekili tarafından imzalanması da, o delilin iş yargısında işveren aleyhine senet olarak kullanılmasına engel olmayacak, aksine senet sanki işverence imzalanmış gibi hüküm ve sonuç doğurabilecektir. Bu husus, borç altına giren kimse tarafından kendi el yazısıyla imzalanmadıkça hiçbir belgenin senet sayılmayacağı esasının temsil, vekalet ilişkisinden kaynaklanan bir istisnasıdır.

Resmi Senetler, adi senetler dışında kalan, senedin düzenlenmesine resmi bir makam veya yetkili memurun katıldığı senetlerdir. Bu katılım, sadece imza onayıyla sınırlı olabileceği gibi senedin re'sen yetkili memurca düzenlenmesi şekliyle de olabilir⁸. 296.maddede mahkeme huzurunda ikrar olunan senetlerin resmi senet hükmünde olduğu öngörülmekte ise de, bundan kasıt, adi senedin şeklen resmi senede dönüşmesi olmayıp, ispat gücü bakımından resmi senet değerinde kabul edilmesidir⁹.

İş davalarında, imzalı ücret bordrosu, iş sözleşmesi, yüzdelerin ödenmediğine dair belgeler adi senetlere örnektir. 4857 sayılı İş Kanunu m.92/son fıkra gereğince iş hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklar, aksi sabit oluncaya geçerlidir. Benzer bir hüküm 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 130. maddesinde yer almakta olup, sigorta müfettişleri tarafından tutulan tutanıklara da kesin delil niteliği verilmiştir. Yine aynı Kanun'un 81.maddesine göre, ödenmeyen primler ve verilen cezalar için Kurumca düzenlenecek belgeler iş yargısında kesin delil teşkil ederler.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; geçerlik şartı ile ispat şartı birbirinden farklı kavramlardır. Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği şekil serbestisi ilkesine göre, sözleşmenin geçerliliği yasada açıkça öngörülmedikçe veya taraflarca kararlaştırılmadıkça hiçbir şekle bağlı değildir (m. 11/I, 16). Maddede sadece sözleşmeler ifade edilmekte ise de; bu ilke hukuki sonuç doğurmaya elverişli

⁸ **Berkin, N.**, Usul Hukukunda Senetler ve Senetlerin Delil Kuvveti, İBD, Kasım 1947, S. 11, Yıl. XXI, s. 509; **Karafakih**, s. 183-184.; **Kuru**, s. 1460-1461; **Pekcamitez/Atalay/Özekes**, s. 403 vd.

⁹ **Erdemir, İ.**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 1998, s. 1371; **Kuru**, s. 1461; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 447; **Alangoya**, s. 347.

her türlü irade beyanı ve tek taraflı hukuki işlemleri de kapsar¹⁰. Buradaki anlamıyla şekil; ispat değil, geçerlik şartı olan şekildir. O itibarla, şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan bir sözleşmenin, herhangi bir yazılı delille, senetle ispatından söz edilemez. Bu noktada, senedin varlığı için zorunlu unsur olan yazılı şekil ile hukuki işlemin, sözleşmenin sıhhat (geçerlik) şartı olan yazılı şeklin birbirinden tamamen ayrı kavramlar olduğu göz ardı edilmemelidir.¹¹ Kural olarak maddi hukuk bakımından yazılı şekil geçerlik şartı olmadığı halde (şekil serbestisi ilkesi), usul hukuku bakımından, istisnalar ve diğer kesin deliller hariç olmak üzere, ispat şartı olarak zorunludur (senetle ispat zorunluluğu). Bir sözleşme şekil şartına tabi olmasa da yazılı olarak akdedilmişse, bu sözleşmenin taraflar arasında kesin delil olacağı tabiidir.

İş hukukunda da, iş sözleşmesi kural olarak yazılı şekle bağlı değildir (İş K. m.8/f.1 son c.). Taraflar sözlü olarak iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi içine girebilirler. İş hukukunda süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeleri (İş K. m. 8/f.2) ile süresi ne olursa olsun takım sözleşmelerinin (İş K. m. 16) yazılı olarak yapılması zorunludur. 854 sayılı Deniz-İş Kanunu'nda düzenlenen, gemi adamı ile işveren veya vekili arasında akdedilen deniz iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ve iki nüsha olan sözleşmenin taraflarına birer nüshanın verilmesi gerekmektedir (DİK m. 5). 5953 sayılı Basın-İş Kanunu m. 4 uyarınca gazeteci ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin de yazılı şekilde yapılması mecburidir. İşçi ile işveren arasında bağitlanan rekabet yasağı gibi sözleşmelerin geçerliliği için yazılı olarak yapılması Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir (m. 350). Biz, takım sözleşmesi, çıraklık mukavelesi (BK m. 318), toplu iş sözleşmesi (TSGLK m. 4) ve rekabet yasağı sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasının Kanun hükümlerinin açıklığı karşısında geçerlik şartı olduğunu kabul eden görüşe katılmaktayız¹². Yargıtay ise yazılı şekil şartını, ispat şartı olarak değerlendirmektedir¹³.

¹⁰ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001, s. 247.

¹¹ Bkz. 4. HD. 27.3.1972 T., 835 E., 2608 K. (RKD 1973/2-3, s. 83.); Berkin, N., İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil, İÜHFİM, 1946/4, C. 21, s. 1181 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 445-446; Üstündağ, s. 649; Alangoya, s. 353.

¹² Saymen, F.H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 474; Erman, E.S., İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956, s. 151; Tolga, M.V., İş Hukuku, İstanbul 1958; s. 124; Reisoğlu, S., Hizmet Akdi-Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1969, s. 142; Ekonomi, M., İş

Kanun'da öngörülen yazılı şeklin geçerlik şartı olarak nitelenmesi halinde de işçi açısından ortaya çıkabilecek sakıncaların bertaraf edilmesi mümkündür. Örneğin, belirli süresi 1 yıl ve daha fazla olduğu halde yazılı olarak akdedilmeyen sözleşmenin “belirli süreli iş sözleşmesi” olarak geçersizliğinin, taraflar arasındaki iş ilişkisinin “belirsiz süreli” olduğunun kabulü gerekir. Doktrindeki bu tahvil görüşü¹⁴, Yargıtayca¹⁵ da benimsenmiştir. Ayrıca iş hukukunda kabul edilen kendine özgü geçersizlik görüşü ve iş sözleşmesi geçersiz olsa dahi bunun ancak ileriye etkili olmasından hareketle, işçinin geçersiz bir sözleşmeye de dayansa geçersizliğin tespitine kadar doğmuş bulunan haklarını elde edebilmesi mümkündür ve bu yolla işçinin korunması sağlanabilmektedir¹⁶.

Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.I., İstanbul 1984, s. 92; **Esener**, T., İş Hukuku, Ankara 1978; s. 150; **Tunçomağ**, K., İş Hukuku, C.I., İstanbul 1981, s. 137; **Tunçomağ**, K./**Centel**, T., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s. 76-77; **Süzek**, S., İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 259. Karşı görüş ise belirli süreli hizmet akitleriyle ilgili yazılı şekil şartını, ispat şartı olarak değerlendirmekte ve Kanun'un sadece sözüne dayalı bir yorumla hükmün amacı göz ardı edilerek bunun geçerlik şartı olarak kabul edilemeyeceği öne sürülmektedir (**Çenberci**, s. 208 vd.; **Çenberci**, M., Yeni İş Kanununun 9. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, İBD., Temmuz-Ağustos 1967, C. XLI, s. 375 vd.; **Alpagut**, G., Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 20 vd.; **İzveren**, A./**Akı**, E., İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, C.I, İzmir 1999, s. 166-167).

¹³ “Basın Mesleği'nde Çalışanlar...Hakkında Kanun'un 4.maddesinde öngörülen yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir. Dosya içinde...ödeme icmal cetveli ile muntazam şekilde aylık ödemeleri davacıya ücret adı altında yapıldığı gibi tedavi giderleri de karşılanmış olup davacı tanıkları da bu yazılı belgeleri doğrular şekilde açıklamada bulunmuşlardır...arada hizmet akdi ilişkisi olduğunu göstermektedir” 9. HD. 18.10.1999 T., 13238 E., 15919 K. (YKD. Kasım 2000, C. 26, S. 11, s. 1696); Aynı yönde 9. HD. 13.2.1964 T., 562 E., 761 K. (**Orhaner**, B., Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1966, s. 201-202); “Yazılı şekil şartı, gerçekte yasal yükümdür; yoksa geçerlik şartı değildir.” 9. HD. 11.7.1969 T., 5050 E., 8083 K. (**Çenberci**, s. 214). Aynı yönde 9. HD. 28.5.1985 T., 2971 E., 5867 K. (TEKSTİL İŞVEREN, Haziran 1986, S. 99, s. 15).

¹⁴ **Çenberci**, s. 209; **Ercül**, İ., Türk İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1974, s. 112, dn. 91; **Narmanhoğlu**, Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 155.

¹⁵ 9. HD. 21.4.1966 T., 2874 E., 3217 K. (**Şafak**, C./**Çalık**, Ş./**Yalçın**, A., İş Yasası Uygulaması, İstanbul 1983, s. 56); TD. 4.1.1955 T., 7910 E., 22 K. (**Erman**, s. 151); 9. HD. 10.4.2000 T., 1247 E., 4994 K. (**Günay**, C.İ., Şerhli İş Kanunu, C. I., Ankara 2001, s. 404).

¹⁶ Bu konuya aşağıda “İş Sözleşmesinin Varlığını İspat” başlığı altında daha geniş yer verilecektir.

II. İŞ KANUNLARINDA SENET DÜZENLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İş hukukunun bir yandan işçiyi koruma amacı ve ruhu diğer yandan çalışma barışı ve toplumsal dengenin sürekliliğini sağlama işlevi, iş mevzuatının kendine özgü müesseseleri ve tekniğini beraberinde getirmiştir. İş Kanunları incelendiğinde, bunların sadece işçi-işveren ilişkisinin sürdüğü, iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu süreçle sınırlı maddi hukuk normlarını düzenlemekle yetinmediği görülmektedir. Yasa koyucu uyuşmazlık çıkması muhtemel pek çok konuda, yargılamaya ışık tutacak delillerin oluşturulmasına, özellikle işçinin iddialarını ispatlayabilmesine yarayacak delillerin ona henüz iş ilişkisinin devamı esnasında verilmesine özen göstermiştir. Bu noktada, senet delilinin önem taşıdığı, iş koşullarına ve işin düzenlenmesine dair birçok vakianın kayıt altına alınmasına çalışıldığı dikkat çekmektedir. Bu tercih, usul hukukunda önem taşıyan delilin temsilîlik ve güvenilirlik niteliğine sahip olması esasına uygundur. Öyle ki, senet davadan önce, hukuki ve fiili ilişkinin sürdüğü sırada uyuşmazlığa zaman bakımından daha yakın bir tarihte oluşturulmuştur ve kalıcıdır. Bu bakımdan maddi gerçek konusunda senette anılan nitelikler oldukça yoğundur.¹⁷

İş Kanunlarında bu gibi senetlerin düzenlenmesi ve kayıtların tutulması işverenin ihtiyarına bırakılmayıp zorunluluk öngörülmüştür. Buna uyulmaması, ayrıca cezai hükümlerle yaptırıma bağlanmıştır. Bu düzenlemelerle açıkça işverene senet düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Şöyle ki;

1. Bildirimlerin Yazılı Olması

4857 sayılı İş Kanunu 109.maddesi (eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesinde olduğu gibi) ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 47.maddesine göre "bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir..." Bu hüküm özellikle fesih bildirimini ile ilgili olarak önem taşımaktadır¹⁸. İş sözleşmesinin sona erme tarihinin belirlenmesi ve buna göre

¹⁷ Konuralp, H., İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 10 vd.

¹⁸ Ancak haklı nedenle fesih halleri dışında kalan durumlarda söz konusu olabilecek bir diğer fesih türü olan "sürelî fesihte", İş Kanunu'nun 19.maddesi uyarınca fesih bildirimının işverence yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık, kesin bir şekilde belirtilmesi zorunluluğu öngörüldüğüne göre buradaki fesih bildirimini için öngörülen şartın geçerlik şartı olarak kabulü gerekmektedir.

işçinin kıdeminin, o süre içinde ortaya çıkan bir takım yeni haklardan, ücret artışından, toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamaması, son ücreti, sözleşmenin kötüniyetle feshedilip edilmediği, fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılması gibi pek çok hususun ve uyuşmazlık konularının çözüme bağlanabilmesi, bildirim yapıldığı tarihin kanıtlanmasına bağlıdır. Bu da muhatabın imzasını taşıyan yazılı bildirimle kanıtlanabilir. Bildirimlerin yazılı olarak yapılması 1959 yılında verilen İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ispat şartıdır¹⁹. O halde, uyuşmazlık durumunda, ispat yükünü taşıyan iddia sahibi bildirim yapıldığını, karşı tarafın imzasını taşıyan bir senet veya imzadan kaçınıldığını saptayan bir tutanakla kanıtlayabilecektir. Ancak böyle bir yazılı delilin ibraz edilememesi halinde hakimin tarafa yemin teklif etme hakkı tanınması gerekmektedir²⁰.

Senetle ispat şartına bağlanan bildirimlerden örneğin; fesih beyanı, var olan bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir. İşçinin işverence bir başka işyerinde çalışmasının bildirilmesi de hukuki işlemin içeriğinin değiştirilmesine yönelik bir bildirimdir. Öyle ki, bu irade beyanının açıklanmasıyla iş görme borcunun ifa yeri ve ifa alacaklısı değiştirilmektedir. Benzer şekilde “ödünç iş ilişkisi” olarak adlandırılan²¹ “işverenin, işçisini geçici olarak bir başka işveren nezdinde çalıştırması”²² halinde de bu hukuki işlemin senetle ve İş Kanunu m. 109 uyarınca bildirim yazılı şekilde yapılması esasına uygun olarak ispatı gerekir. Çünkü, ödünç iş ilişkisinde işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi, sözleşmesi varlığını korumakla birlikte, hükümlerinde geçici bir değişiklik söz konusu olmaktadır. İşveren, işçinin de yazılı rızasıyla iş görme borcunu talep hakkını bir başka işverene temlik etmekte, işçi de iş görme edimini artık bu kişiye sunmaktadır. Yine işçinin rızasıyla aksi kararlaştırılmamışsa, geçici süre boyunca ücreti ödünç alan kişi ödeyebilmektedir. Böylelikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 288. maddesinde yer aldığı gibi, bir hakkın doğumu-devri-değiştirilmesi amacıyla yapılan bir hukuki işlemde söz etmek mümkün görünmektedir. Tüm bunlar

¹⁹ İBK 18.02.1959 T., 1958/28 E., 1959/17 K. (Günay, s. 371).

²⁰ HGK 10.1.1962 T., 4/31 E., 1 K. (Şafak/Çalık/Yalçın, s. 47).

²¹ 4857 sayılı Kanun 7.maddesinde *geçici iş ilişkisi* kavramıyla düzenlenmiştir.

²² Bkz. Narmanlıoğlu, s. 203; Engin, M., İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkının Devri: Ödünç İş İlişkisi, İHD, Temmuz-Eylül/1991, S. 3, C. I., s. 335 vd.; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul Ekim 2003, s. 88 vd.

göz önüne alındığında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 288 uyarınca bir hakkın doğumu, düşürülmesi, *devri*, *değiştirilmesi*, sona ermesi amacıyla yapılan hukuki işlemlerin senetle ispatı kuralına uygun olarak 109. maddedeki yazılı bildirimlerin ve 7. maddeye göre işçinin bu değişikliğe rızasını gösteren yazılı bildirimının senet olarak nitelenmesi mümkün olmaktadır.

Ancak bu tür iş ilişkisinde, geçici iş ilişkisi kurulan işveren de, bu sürede işçinin ödenmeyen ücretinden, sosyal sigorta primlerinden sorumlu olduğundan (İş K. m. 7/f. 3) söz konusu hakların varlığının diğer bir ifadeyle geçici iş ilişkisinin bu işverene karşı onun aleyhine bağlayıcı nitelikte senetle ispat olunması gerekir. Yoksa (asıl iş sözleşmesinin tarafı) işverenin devir beyanı ile işçinin yazılı muvafakatını içeren bir delil, üçüncü kişi konumundaki diğer işverene karşı tek başına bağlayıcı olmamak gerekir. Bu husus, borçlar hukukunun hiç kimsenin temsil ilişkisi dışında bir sözleşme ile üçüncü bir kişiye borç yükleyemeyeceği ile Usul'ün 299. maddesinde düzenlenen, adi senetlerin senette taraf olmayan üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade etmeyeceği prensiplerinin doğal bir sonucu ve gereğidir.

2. Çalışma Belgesi ile Çalışma ve Kimlik Karnesi Verilmesi

İş Kanunu m.8/son fıkra hükmüne göre, yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, çalışma süresini, temel ücretini (ve varsa ücret eklerini), ücret ödeme dönemini gösteren... yazılı bir belge vermek zorundadır.

1475 sayılı (eski) İş Kanunu'nun 9.maddesinde benzer yönde getirilen düzenlemede, bu belgenin işçinin istemesi halinde verilmesi söz konusu iken artık, bu konuda işveren kesin bir zorunluluk altına girmekte olup, anılan çalışma belgesinin düzenlenmesi işçinin isteğine bağlı olmadığı gibi işverenin ihtiyarında da değildir. Yine önceki Kanun döneminde bu belgenin düzenlenip verilmesi bakımından herhangi bir süre öngörülmemiş iken yeni düzenleme ile süre unsuru da eklenmiştir. İşveren bu yükümlülüğe aykırı davranırsa para cezasına mahkum edilmektedir (İş K. m.99/b). Maddede sözü edilen belge, tarafların imzasını havi bir iş sözleşmesi değil, işçi işveren arasında bağitli bir iş sözleşmesinin varlığına, işçinin ücretine, ücret ödeme dönemlerine, genel ve özel iş şartlarına ilişkin ve tek taraflı olarak işverenin imzasını taşıyan bir senettir. İşverene senet düzenleme mükellefiyeti yükleyen bu hüküm, yazılı iş sözleşmesinin bulunmadığı hallerde, işçinin şekil şartının yararlarından

tümüyle yoksun kalmasını önleyerek ona ispat kolaylığı sağlamak amacıyla yönelik özgün bir müessesedir²³.

Aynı Kanun'un 28. madde 1.fıkrasına göre de, işinden ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir²⁴. Ancak işveren, çalışma belgesini süresinde vermez veya belgeye doğru olmayan bilgiler yazarsa, işçi yahut yeni işine girdiği işveren uğradığı zararın tazminini isteyebilir (İş K. m.28/f. 2). Kanımızca bu tazmin yükümü, kanunla öngörülen senet düzenleme yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkan, geniş anlamda haksız fiilden doğan borç niteliğinde, sorumluluk hukukuna özgü bir müessesedir.

Deniz-İş Kanunu'nun Çalışma Belgesi başlığını taşıyan 12.maddesine göre "işinden ayrılan gemi adamına işveren veya işveren vekili tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir...İşveren veya vekilinin belgedeki imzası, gemiadamı dilerse bağlama limanındaki liman reisliği tarafından onaylanır." Ancak bu onay, sadece imzanın işveren (veya diğer yetkili kişiye) ait olduğuna delil teşkil eder, yoksa belgenin içeriğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır²⁵.

Bu maddelerdeki çalışma belgesi verme yükümlülüğü, işçinin işinden ayrılması halinde doğmaktadır. Böyle bir belgenin verilmesinde iş sözleşmesinin sona erme sebebi ve şekli önemli değildir. Belge, işçinin belirli bir işte çalışmış olduğunu tespit işlevi görür, yoksa sözleşmenin tarafların rızasıyla bozulduğuna delil sayılması kanuna aykırıdır²⁶. Bu belgeler taraflar arasındaki iş sözleşmesinin varlığını, yani bir hukuki işlemi ispat vasıtası olarak kullanılabilir.

Deniz-İş Kanunu'nun 11.maddesine göre, işveren veya vekili, işe aldığı her gemiadamına en geç 15 gün içinde çalışma ve kimlik kartesi vermek zorundadır. Çalışma belgesinden farklı olarak, karne verilmesi işçinin isteğine bağlı olmayıp, zorunludur. Bu emredici hüküm sözleşmeyle bertaraf edilemez. Karne, işveren veya vekilince doldurulup imzalandığından, burada yer

²³ Çenberci, s. 208.

²⁴ Borçlar Kanunu m. 335'de benzer şekilde, işçinin yalnız hizmet türü ve süresini içeren bir şahadetname verilmesini işverenden isteyebileceği öngörülmüştür.

²⁵ Saymen, s. 584; Oğuzman, K., Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 234.

²⁶ 4. HD. 4.3.1957 T., 77 E., 1322 K. (Çenberci, s. 428); Erkul, s. 187.

alan kayıtlar işveren aleyhine delil teşkil edebilir. Aynı şekilde işçinin de bu karnedeki kayıtlara itiraz etmemesi halinde, karnenin işçi aleyhine delil olarak kullanılması da mümkün görülmektedir²⁷.

3. Ücret Hesap Pusulası, Bordrolar ve Ücret Hesap Defteri

İşveren her ödemede işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır (İş K. m.37). Bu maddede yazılı ücrete ilişkin hesap pusulalarını işçiye vermeyen işveren para cezasına çarptırılır (İş K.m.102/b)

Deniz-İş Kanunu 31.maddesinde konu, *ücret defteri* başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre her gemide noterlikçe tasdikli bir ücret ödeme defteri tutulur. Sözleşme gereğince gemiadamlarına yapılacak her çeşit ödemenin bu deftere kaydedilmesi ve kayıtların imza veya makbuzla belgelenmesi zorunludur. İstek halinde bu kayıtların tasdikli bir örneği gemiadamına verilir.

Vergi Usul Kanunu'nun 238.maddesi gereğince; işverenler her ay ödedikleri ücretler için ücret bordrosu tutmaya mecburdurlar. Ücret bordroları, iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından da önemli bir ispat belgesidir. Ücret hesap pusulalarının, bu bordrolara uygun düzenlenmesi gerekmektedir²⁸. Bu belgelerde işçinin ücreti, işverenin ve işçinin imzası yer aldığından bunlar hem ücret miktarıyla hem de ödemeye ilgili olarak senet niteliğindedir. Ücret hesap pusulası ve defteri ile ücret bordrolarının senet niteliği ve ispat kuvvetlerine aşağıda yer verilecektir²⁹.

4. Yüzdelerin Belgelenmesi

Otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri...yerlerden yüzde usulünün uygulandığı müesseselerde işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulalarına “yüzde” eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paraların işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödenmesi zorunludur (İş K.m.51/f. 1). İşveren veya vekili burada sözü edilen paraların eksiksiz olarak işçilere dağıtıldığını belgelemekle yükümlüdür (m. 51/f. 2).

²⁷ Çenberci, s. 433.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uygulamalı İş Hukuku, Ankara Muhasebe ve Vergi Dairesi Yayını, Ankara (Tarihsiz), s. 324 vd.

²⁹ Bkz. aşağıda III, 2, c, bb.

52. maddedeki yüzdelerin belgelenmesine dair hüküm de, işverenin bu ispat yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceğine ilişkindir. Buna göre, işveren her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işçiye ya da işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciye vermeye mecburdur.

Yüzdelerin gösterildiği bu belge, iş sözleşmesi veya toplu sözleşmede öngörülen şekle uymadan düzenlenmiş olsa dahi, işveren aleyhine delil teşkil eder³⁰. Fakat yüzdelerin eksiksiz ödendiği yasal ve akdi unsurlara uymadan düzenlenen kayıtlarla ispat edilemeyeceği gibi bu konuda tanık da dinletilemez. Yüzdelerin ödendiğini imza karşılığında kanıtlayan bu belgeler de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 288 uyarınca bir hakkın düşürülmesi, itfası amacıyla yapılan hukuki işlemi kanıtlama yönüyle senet niteliğindedir.

5. İşçi Özlük Dosyaları

Her işveren çalıştırdığı işçilerin kimlik bilgilerinin yanı sıra Kanun hükümleri uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır (İş K. m. 75). Bu dosyalarda işçinin işyerine giriş ve çıkış bilgileri, işyerine giriş ücreti ile ücretindeki değişikliklere ilişkin veriler de bulunduğundan bu dosya ve kayıtlarının işveren aleyhine yazılı delil teşkil etmesi söz konusu olabilmektedir ve işveren aleyhine özellikle iş sözleşmesinin ve bir takım şartlarının senetle ispatlanması bakımından dayanılabilecek deliller arasındadır.³¹ Elbette bu belgeler arasında işverence tek taraflı düzenlenip, işçinin imzasını taşımayanlar yargılama esnasında işçi aleyhine senet niteliği taşımazlar.

III. SENETLE İSPAT ZORUNLULUĞU

1. Genel Olarak

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288.maddesinde düzenlenen senetle (kesin delille) ispat zorunluluğuna ilişkin hükme göre "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve*

³⁰ Çenberci, s. 632; Aynı görüş, Akyiğit, s. 1309.

³¹ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 71.maddesinde "işçi çizelgeleri" adı altındaki düzenlemeye göre de, bu çizelgeler ispat bakımından benzer işleve sahip bulunmaktaydı.

ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri kırkmilyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.” 1959 yılında verilen İçtihadı Birleştirme Kararı’nda işaret edildiği üzere; senetle ispat zorunluluğuna (tanıkla ispat yasağına) ilişkin esaslar kamu düzeni düşüncesiyle kanuna konulmuş hükümler değildir³².

Senetle ispat zorunluluğunun kapsamının belirlenmesinde hükümde geçen “hukuki işlem” kavramı önem taşır. Hukuki işlem, bir hakkın veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi, devredilmesi veya ortadan kaldırılması gibi hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş, tek taraflı, iki veya çok taraflı irade açıklamasından oluşan hukuki bir olgudur³³.

Kırkmilyon liralık ispat sınırının belirlenmesinde, işlemin yapıldığı tarihteki değeri esas alınacağından, dava tarihinde işlem miktarının değişmesi önem taşımaz. Yine hukuki işlemin miktar veya değeri ödeme, ibra gibi bir sebeple kırk milyon liranın altında kalsa bile senetsiz ispat olunamaz (m. 288/son).

Kanun’un senetle ispat zorunluluğuna 292-294. maddelerinde sınırlayıcı olarak getirdiği istisnalar dışında, bu kural ancak diğer yanın açık muvafakati ile bertaraf edilebilir ve hukuki işlem tanıkla (takdiri delille) ispat edilebilir (m. 289).

2. İş Yargısında Senetle İspat Zorunluluğu

Senetle ispat sınırının üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispat edilebileceği esası, iş yargısında da geçerli bir ilkedir. Bireysel iş uyuşmazlıklarının kaynağını teşkil eden iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı edim yükümleri; işçi açısından belirli ya da belirsiz sürede bir iş görme borcu, bunun karşılığında işveren açısından ise ücret ödeme borcudur. Dolayısıyla, alacak talebinin konu edildiği iş davalarında, temelde iş sözleşmesinin niteliği ve ispat yükünün dağılımı göz önüne alındığında, senetle ispat zorunluluğu özellikle işverenin asli edim yükümü olan ücret ödeme borcunu yerine getirdiğini kanıtlayabilmesi açısından oldukça geniş ve önemli bir yer tutmak-

³² 18.3.1959 T., 18/21 sayılı İBK (RG. 26.6.1959 T., 10237 S.).

³³ Postacıoğlu, İspat Memnuiyeti, s. 38; Eren, s. 115; Kuru, s. 2205; Akı, E., Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2003, s. 169 vd.; Zevkililer, A., Medeni Hukuk, Ankara 1992, s. 111 vd.

tadır. Zira işveren, gerek iş sözleşmesinden, gerek toplu iş sözleşmesinden gerekse kanundan doğan işçilik alacaklarını ödediğini, bu şekilde borcun sona ermesine yönelik her hukuki işlemi senetle ispat zorundadır. Oysa sözleşmenin (ve uyuşmazlığın) diğer tarafı olan işçi açısından şahsen yerine getirilmesi gereken borç, bedeni ya da fikri bir iş görme fiili olduğundan, yargılama esnasında işçi bakımından senetle ispat zorunluluğunu gerektiren hallerin işverene nazaran daha sınırlı olabileceğini söylemek mümkündür.

Öyle ki, işveren ücret alacağı, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil, ulusal bayram ücretleri, yıllık izin ücreti, ikramiye, provizyon, diğer ücret ekleri ve sosyal yardımları, kıdem ve ihbar tazminatlarını v.s. işçiye ödediğini ancak senetle ispatlayabilir. Buna karşılık işçinin, örneğin fazla mesai ücreti talebini dayandırdığı vakıa, normal mesai süresini aşan fazla çalışma fiili olup bu husus tanık deliliyle de ispatlanabilir.

Ayrıca iş yargısında senetle ispat ve senede karşı senetle ispat zorunluluğu esaslarının uygulanmasında iş kanunlarının kendine özgü tekniği içinde yer alan belirli deliller ile Yargıtay içtihatları etkin ve belirleyici rol oynamaktadır. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu, özellikle işçi ücretlerinin yargılama esnasında gerçek olarak belirlenebilmesi amacıyla, bazı kararlarında işçi tarafından imzalı bordrolara dahi itibar etmemekte, bu hususta genellikle tecrübe kurallarının, fiili karinelerin, işçinin nitelikli işçi olup olmaması gibi hususların göz önünde tutulması gereğine işaret etmektedir. Yine ibra belgelerinin delil niteliği ve gücünün değerlendirilmesinde Yargıtay'ın zaman içinde çok çeşitli kıstaslardan hareket ettiği ve özünde işçiyi koruyucu bir yorumla ibranameye, senet delilinin sağladığı kesinlikten uzak bir değer atfettiği gözlenmektedir. Bunların yanısıra, işçinin imzasını taşıyan ve işveren tarafından Kurum'a verilen "işe giriş bildirgelerinde" (506 s.SSK. m. 8, 9, Ek m. 40) kayıtlı bulunan işe giriş tarihinin aksinin tanık dahil her türlü delille kanıtlanabileceği konusunda 9. ve 10. Hukuk Daireleri aynı görüştedir³⁴.

³⁴ 10.HD. 31.3.1988 T., 1943 E., 2067 K. (Tuncay, C., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, s. 196); Yargıtay burada, sigortalının işe giriş bildirgesindeki imzasının, kendisine ait kimlik bilgilerinin doğruluğunu kabul ve kanıtlamaya yönelik olduğunu, bildirgenin işverence Kurum'a verilmesi veya altındaki tarihin sonraki bir tarih olarak yazılmasının işçinin denetimi dışında kaldığını ve sonuçta imzasını taşıyan bildirmede yazılı işe giriş tarihinin aksini eşdeğerdeki delillerle ispatlaması zorunluluğundan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. 10. HD. 18.5.1987 T., 2978 E., 2972 K.; 10.HD.

Bu başlık altında, iş yargısında senetle ispat zorunluluğunun önem taşıdığı konular ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. İş Sözleşmesinin Varlığını İspat

İş görme borcu doğuran sözleşmelerden biri olan iş sözleşmesi, işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak belirli veya belirsiz bir süre içinde iş görmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında işçiye ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir (BK m.313). 4857 sayılı İş Kanunu 8. maddesindeki tanıma göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, iş sözleşmesi (hizmet akdi) taraflar arasında bir iş ilişkisini gerektirmekte ve sözleşme de esasen bu iş ilişkisini düzenlemekte, bu ilişkiye dair hüküm ve sonuçları içermektedir. İş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının birbiriyle iç içe geçen görüntüsü bir yana, bunların birbirinden ayrı kavramlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Sosyal güvenlik hukuku bakımından da, sigortalı sayılmak için hizmet akdinin kurulması yeterli olmayıp, fiilen çalışmaya başlamak önemlidir³⁵. İş ilişkisi - iş sözleşmesi kavramlarının ayırt edilmesi kanımızca sözleşmenin varlığının nasıl ispatlanacağı sorusuna yanıt bulmayı kolaylaştıracaktır.

Bir kimsenin işçi sayılarak, işçilik haklarından yararlanabilmesi ve taraflar arasındaki fiili ilişkinin dikkate alınıp alınmayacağını değerlendirmesi bakımından doktrinde iki görüş ileri sürülmektedir: Bunlardan birincisi *sözleşme*, diğeri *katılma görüşüdür*.³⁶ Sözleşme görüşü, hukuki nitelik taşıyan iş ilişkisinin kurulması için iş sözleşmesinin (hizmet akdinin) gerekli ve yeterli olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık, katılma görüşüne göre bir sözleşmenin kurulmuş olması, taraflara karşılıklı hak ve borçların yerine getirilmesi mükellefiyeti yükler. Fakat iş ilişkisi işçinin işyerindeki faaliyete katılması ile doğar, bu ilişkinin hukuki sonuç doğurması için iş sözleşmesi bağitlanması şart değildir.

09.4.1987 T., 2067 E., 2105 K. (Berkun, A./Eşmelioğlu, İ., Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s. 947); 9. HD. 15.6.1987 T., 5600 E., 6013 K. (Berkun/Eşmelioğlu, s. 948).

³⁵ Tuncay, s. 171.

³⁶ Bu görüşler ve değerlendirmeler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Çenberci, s. 55 vd.; Narmanhoğlu, s. 189; Çelik, s. 70-71.

Konuya İş Kanunu'nun yaklaşımı açısından bakıldığında, 1. ve 2. maddeler uyarınca "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma, çalıştırılma" esasının getirilmesiyle sözleşme görüşünün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bize göre, katılma görüşünde yer verilen, işçinin işyerindeki faaliyete katılarak iş görmesi olgusu da esasen tarafların bu yöndeki zımnî veya açık iradelerinin sonucudur. Öyle ki, işçinin o işyerinde bulunarak hizmet üretmesi, işverenin de bunu engellemeyerek işçinin hizmetinden yararlanması karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin dışı vurumudur. Kural olarak işçinin, bir kimsenin işyerinde iradelerin hilafına zorla çalışması ya da çalıştırılması düşünülemeyeceğine göre, ortada bir anlaşmanın, sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir.

Katılma görüşünün desteklenebilecek yanı, iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz, hükümsüz sayılması durumunda kendini göstermektedir. İş ilişkisi, iş sözleşmesine dayandırılmadığından, sözleşme geçersiz bile olsa, işçinin geçersizliğin tespit edildiği ana kadarki fiilî hizmeti sonuç doğuracak, hükümsüzlük ileriye etkili olacaktır³⁷. Aynı çözüm yolu, batıl evliliklerin bile hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağını öngören Medeni Kanun'un 156.maddesinde de benimsenmiştir. Ayrıca işçinin emeğinden yararlanan işverenin sonradan sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek, kendi yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaya çalışması hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve korunamaz³⁸.

Tüm bu açıklamaların ardından, kanımızca senetle ispat zorunluluğuna ilişkin olarak iki hususu birbirinden ayrı değerlendirmek gereği ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki;

³⁷ "İş kanunlarının...kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumaktır. İş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsirinin lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşer." İBK 18.6.1958 T., 20 E. 9. K. (RG. 30.09.1958 T., 10020 S.); Çenberci, s. 62 vd.; Tunçomağ, s. 137-138, 162; İzveren/Akı, s. 82; Akyiğit, E., Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 38; Narmanhoğlu, s. 191 vd.; Çelik, s. 111-112; Süzek, s. 274 vd.

³⁸ "Sözleşme...Kanunu'nun...maddesi buyruğuna uyulmaması nedeniyle geçerli değilse de bu sözleşmeden doğan ...borçlar davacı tarafından tamamen yerine getirilmiş...bulunmasına rağmen sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğinden söz edilmesi, MK.nun 2.maddesi uyarınca afaki iyiniyet kurallarına da aykırı düşmektedir. 15. HD. 6.4.1977 T., 511 E., 821 K. (YKD. Mart 1979 S. 3, s. 392).

Yargılamada örneğin işçi alacaklarıyla ilgili taleplerin hükme bağlanabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu ispat edilmelidir. İş sözleşmesinin varlığını ispat yükü davacıdadır³⁹. İş sözleşmesini karakterize eden unsur, işçinin işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak, şahsen bir iş görmesi fiilidir ki, bu fiil bir vakia olduğundan ispatının 288.madde kapsamına girmediği düşünülebilir. Ne var ki burada asıl kanıtlanmak istenen, taraflar arasındaki sözleşmenin varlığı yani bir hukuki işlemdir. *Kuru*'nun belirttiği gibi, "...hizmet vakiasının ispatı, aynı zamanda hizmet sözleşmesinin ispatı demek olduğundan, bu hukuki işlem olduğu şüphesiz bulunan hizmet sözleşmesinin de m. 288'e göre (kural olarak) senetle ispat edilmesi gerekir. Aksi halde, her hukuki işlem bir vakiya dayanacağından, vakianın tanıkla ispatı bahanesi ile m. 288'deki ana kural işlemez hale getirilebilir"⁴⁰.

Kural olarak, iş hukukunda geçerlik şartı bakımından iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması esası benimsenmemiştir (İş K. m.8/f.1, son c.). Bir işçinin işvereni yazılı iş sözleşmesi yapmaya zorlaması da, pek mümkün görünmemektedir. Fakat yasakoyucu, işçinin bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını senetle ispatına yarayacak çeşitli yasal düzenlemelere de yer vermiştir. Kanımızca, İş Kanunlarında bu tür hükümlerin bulunması, Usulün senetle ispat zorunluluğunun iş sözleşmesinin ispatı bakımından da geçerli olacağından hareketle işçiyi koruyucu bir yaklaşımın göstergesidir. Yukarıda açıklandığı üzere⁴¹, iş sözleşmesinin yazılı olarak akdedilmediği hallerde işçi, işverenden yazılı bir belge verilmesini isteyebileceği gibi, esasen işveren bununla yasal olarak yükümlüdür. Yine her işveren gemiadamına çalışma ve kimlik kartesi vermeye mecburdur. Ayrıca işten ayrılan işçiye işveren tarafından çalışma belgesi verilmesi gerekmektedir (İş K. m. 28). Sosyal güvenlik mevzuatının gerekleri ile de, bir işçinin o işyerinde iş sözleşmesine dayalı olarak çalıştığını senetle ispatına yarayacak delillerin bulunması mümkündür (506 Sayılı SSK m. 77, 79, 80 gibi).

³⁹ Umar, B./Yılmaz, E., İspat Yükü, Büyükçekmece 1980, s. 106-107.

⁴⁰ Kuru, s. 2233; Ayrıca bkz. Erdemir, s. 1237-1238; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 411.

⁴¹ Bkz. yukarıda II, 2.

Bir hukuki işlem olan sözleşmelerin 288. madde gereğince ancak kesin delille ispatlanabileceğine işaret eden içtihatların⁴² yanı sıra, bazı Yargıtay içtihatlarında ise, iş sözleşmesinin tanıkla ispat edilebileceğinin kabul edildiği görülmektedir⁴³. Bunun gibi, Yargıtay özellikle sigortalı hizmet tespit

⁴² “BK’nın 355-371. maddelerinde eser sözleşmesinin yazılı biçimde yapılmasında bir zorunluluk yoktur. Ne var ki, davalı davacının iddia ettiği eser (istisna) sözleşmesini inkar ettiğinden Medeni Kanununun 6.maddesindeki kural uyarınca sözleşmenin varlığını ve bunun koşullarını ispat davacının görevidir. Olayda eser sözleşmesinin değeri ...lirayı aşan bir işe ilişkin olduğundan HUMK’un 288/1.maddesi gereğince...senetle ispat olunması gerekir.” 15. HD. 15.5.1979 T., 1080/11 (Kaçak, N., Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 890); “Halledilmesi lazım gelen sorun davacı ile davalı arasında bir kira ilişkisi bulunup bulunmadığının saptanması ile ilgilidir. Davacı, davalı ile yapılmış bir kira sözleşmesi ibraz edememiştir. HUMK’nun 288.maddesi gereğince müddeabihin miktarına göre kira ilişkisinin tanık dinlenmek suretiyle kanıtlanma olanağı yoktur...” 6. HD. 26.9.1995 T., 8955/8796 (Erdogan, C., Tahliye Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara Ocak 1998, s. 57); “Davada, açıkça saklama (vedia) ilişkisine dayanılarak ücret istenmiştir. Saklama ise BY’nın 463.maddesinde bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Davalı davayı yadsımıştır. Öyle ise, genel kural uyarınca ispat yükünü taşıyan davacının savını yazılı kanıtla kanıtlaması, HYUY’nın 288. (maddesi) gereğindedir. Eş deyişle olayda tanık dinlenmez...” 13. HD. 28.5.1981 T., 3382/4070 (İnal, N., Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C. I, Ankara (Tarihsiz), s. 1257-1258); “Dava edilen miktara göre akdi ilişkinin ispatı 288.madde gereğince senetle mümkündür.” HGK. 01.4.1992 T., 15/128-212 (İnal, N., Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C. II, Ankara (Tarihsiz), s. 1502); “Akdin varlığı konusunda çekişme mevcutsa tanık dinlenemez.” HGK. 19.10.1988 T., 15-541/820 (Erdemir, s. 1244-1245).

⁴³ “...iş akdini ispat ödevi kendisine düşen davacının dinlettiği tanığın sözleri, taraflar arasında bir akit bulunduğunu...sabit saymaya yeter niteliktedir...” HGK. 23.12.1964 T., 9-1252 E., 751 K. (AD. 1965/9, s. 1095); “Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların ispatı için mutlaka yazılı delil gerekmemekte, her türlü inandırıcı deliller, çalışma olgusunun ispatı için yeterli kabul edilmektedir. Belirtilen niteliğe haiz iki bordro tanığı davacının iddia ettiği dönemde çalıştığını açıkça söylemişlerdir. Öte yandan, davacının 01.6.1987 tarihli işe giriş bildirgesinden başka 1987 yılına ait üç aylık çalışmaları da ücret bordrolarına dayalı Kuruma bildirilmiş, ancak işyerinden çıkışına ilişkin bir bildirimde bulunulmadığı gibi işyeri kayıtlarına da bu yönde şerh düşülmüştür.” 12. HD. 02.9.1996 T., 21/338 (İnal, C. II, s. 1506). Bu içtihatla dikkati çeken husus; her ne kadar başlangıçta, çalışma olgusunun her türlü delille ispat edilebileceği görüşü zikredilmiş ise de, devam eden ifadelerden esasen hizmet fiilinin ve iş sözleşmesinin varlığının senetle ispat edildiği, hukuki işlemin sona ermesi ve/veya bunun tarihi ise işverence senetle ispatlanamadığından o noktada davacı işçi tarafından, bordroda kayıtlı tanık işçilerin ifadesiyle iddianın ispatlanabilmesidir.

davalarıyla ilgili olarak bazı kararlarında⁴⁴, bu davalar davacı işçinin o işyerindeki “hizmet fiilinin” belirlenmesine yönelik olduğundan bu konuda senetle ispat zorunluluğundan söz edilemeyeceğine içtihat etmiş ise de, konuya genelde senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları doğrultusunda yaklaştığı gözlenmektedir⁴⁵.

İspat kurallarında iş sözleşmesi için herhangi bir istisna tanınmadığına göre ve Yargıtay’ın gerek iş sözleşmesinin gerekse vedia, kira, eser sözleşmesi gibi diğer sözleşmelerin varlığını yasaya uygun olarak, kesin delille ispat kuralı çerçevesinde ele alan içtihatlarının beraberce değerlendirilmesinden, iş sözleşmesinin de senetle (kesin delille) ispat kuralına tabi olduğu sonucuna ulaşmak gereklidir.

Hukuki işlemin miktarı bakımından ise, işçinin bir yıllık ücret tutarının esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶. Nitekim örneğin kira sözleşmeleri bakımından da senetle ispat sınırının belirlenmesinde Yargıtay’ca 1 yıllık kira sözleşmesi tutarı esas alınmaktadır⁴⁷. Ancak 1 yıldan kısa süreli

⁴⁴ “...506 sayılı Yasanın 79/8.maddesine dayalı olarak açılan bu tür tespit davalarının kanıtlanması yönünden yazılı delillere başvurulma zorunluluğu bulunmamaktadır...somut bilgiler içeren tanık beyanları ile dahi hüküm kurulması mümkündür” 21. HD. 08.02.1996 T., 401 E., 597 K. (Kaçak, s. 896).

⁴⁵ “...gerek daha az prim ödemek gerekse sair nedenlerle sigortalının çalışmalarını eksik bildiren işverenin bu eylemi sigortalının kesintili çalıştığına karine teşkil etmez. Zira özellikle dört aylık prim bordrolarında sigortalının imzası yoktur. Sigortalı şayet kesintili çalışmayı gösteren bordroları imzalamışsa ve imza işlemi, hata, hile, manevi baskıya dayanmıyorsa o takdirde gerçekten çalışmanın kesintili geçtiği kabul edilir. Ancak bu halde bile, sigortalının çalışmanın kesintili geçmediğini yazılı delillerle ispat edebilme hakkı mevcuttur.” 10. HD. 19.6.2001 T., 4473/4791 (yayınlanmamıştır). Aynı yönde 21. HD. 13.11.2000 T., 7136/7831 (yayınlanmamıştır). İşçilik alacağına ilişkin olarak 2002 yılındaki bir içtihat da -Mahkemece karara esas alınan hizmet akdinde davalı işverenin imzası mevcut olmadığından yalnız davacının imzasını taşıyan bu sözleşme ile sonuca gidilemeyeceğine- işaret edilmiştir. 9. HD. 14.10.2002 T., 5151/19177 (Günay, C.İ., İş Hukuku, Yeni İş Yasaları, Ankara 2003, s. 340).

⁴⁶ **Kuru**, s. 2235. Esasen, iş sözleşmesi ile çalışan kimselere verilecek ücret asgari ücretten (İş K. m. 39) az olamayacağından, işçi asgari ücretle dahi çalıştırılrsa bugün için genellikle ücret miktarı 40 milyon liralık sınırın üstünde kalabilecektir.

⁴⁷ 6. HD. 11.11.1986 T., 3347/4095 (Erdoğan, s. 51).

akdedilen belirli süreli iş sözleşmeleri açısından, senetle ispat sınırı için ücretin de sözleşme süresine göre esas alınması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁸.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin geçerli olmadığı durumlarda ise, iş hukukunda kendine özgü geçersizlik görüşü ile hükümsüzlüğün ileriye etkili olacağını ve geçersizliğin tespiti anına kadar işçinin fiili hizmeti karşılığında, hak kazandığı tüm işçilik haklarını talep edebileceğini bu başlık altında belirtmiştik. İşte bu noktada, zaten ispatı söz konusu olabilecek geçerli, mevcut bir sözleşme bulunmadığından ispat bakımından önem taşıyan husus, başlı başına işçinin hizmet fiili olduğu için böyle bir ihtimalde artık, kanımızca davacının bu iddiasını tanıkla ispatı mümkündür.

b. Bildirimlerin İspatlanması

İş Kanunu' na göre bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir (İş K.m. 109., DİK m. 47). Burada Kanun yazılı şekli bir ispat şartı olarak benimseyerek senetle ispat zorunluluğu öngörmüştür.⁴⁹ Bireysel iş uyuşmazlıklarında, özellikle feshin ihbar edilmesi önem taşımakta ve anılan maddelerde yazılı bildirim şartından söz edildiğinde ilk akla gelen, iş sözleşmesini fesih bildirimidir⁵⁰. Fesih, var olan hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaya yönelik tek yanlı bir irade açıklaması olduğuna göre bir hukuki işlemdir ve bu bakımdan 288.madde kapsamında senetle ispat zorunluluğunu gerektirir⁵¹.

⁴⁸ Bu arada, eğer hizmet akdinin varlığını inkar eden işveren, senetle ispat sınırının belirlenmesine esas olan ücretin, 40 milyon liranın üstünde olduğunu ve bu nedenle akdin senetle ispat zorunluluğunun doğduğunu ileri sürerse bir bakıma inkarıyla çelişir şekilde iş sözleşmesinin varlığını ikrar etmiş olacaktır. *Postacıoğlu*' na göre, böyle bir durumda ikrar bölünebilir ancak davalının bunun yerine makul olarak, davacının talebine konu olan şeyin niteliklerine dair beyana davet etmesi ve beyan üzerine bunun değerini tartışması, hatta çözüm için bilirkişiye başvurulması uygun olur (*Postacıoğlu*, İspat Memnuiyeti, s. 111).

⁴⁹ Esasen bir kimsenin belirli bir durumdan haberdar olması, bir fiil olduğu gibi, bildirim kendisi de hukuki işlem niteliğinde değildir (*Postacıoğlu*, İspat Memnuiyeti, s. 50).

⁵⁰ Taraflar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi, bir hakkın devri gibi hukuki işlemlere ilişkin bildirimlerin senetle ispatı ve İş K. m.19 uyarınca "süreli fesih" halinde yazılı bildirim geçerlik şartı olduğu hakkında ayrıca bkz. yukarıda II, 1.

⁵¹ "...Usul Kanununun 288.maddesi muvacehesinde ve fesih ihbarını tazammun eden bu ihtarin bir hukuki sonuç olan feshi sağlamak gayesini gütmesi itibariyle şahit dinlenmesine imkan olmaması..." 4. HD. 26.01.1970 T., 11279/604 (*Erdemir*, s. 1245).

Maddedeki ispat şartı, sadece fesih bildirimini hakkında düzenlenmediğine göre bu şart işçi işveren arasındaki ilişkinin gerektirdiği diğer bildirimler açısından da geçerlidir⁵².

Doktrinde, bildirim yazılı şekilde yapılmasıyla ilgili olarak üzerinde durulan konulardan biri de, İş Kanunu m. 25/II-h bendinde (1475 sayılı İş K. m. 17/II-g) “işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” şeklindeki haklı fesih sebebinde yer alan “hatırlatma” unsurunun ispatıdır. Genel kabul, bu hatırlatmanın sözlü olarak bildirilmesinin yeterli olduğu ve tanıkla dahi ispatlanabileceği merkezindedir⁵³. Sanırım 3008 sayılı (eski) İş Kanunu’ndaki “ihtarda bulunma” yerine “hatırlatma” ibaresinin tercih edilmesi, hükmün uygulanmasında sözlü uyarı ve tanıkla ispatın yeterli olduğu kanaatini güçlendirmiştir.

Bize göre, 25.maddede söz edilen hatırlatma unsurunu bildirimsiz fesih hakkını kullanabilmek için sadece kanun gereğini yerine getirmiş sayılmaya yarayan bir formalite gibi görmek pek kolay değildir. Kanun’un kastettiği, işçinin zihninden çıkan, unuttuğu bir işi işverenin ona anımsatması fiili değildir. Burada iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinin iş görme borçlusu işçi, borcunu ifa etmemektedir. Alacaklı-ışveren ise, tek taraflı irade beyanıyla onu ifaya davet ederek iş görmeye yöneltmekte, hatta sözleşmenin feshedileceği uyarısında bulunmaktadır. İşçi, ihtar uymaz ve iş görme borcunu yerine getirmezse temerrüt nedeniyle, İş Kanunu m. 25/II-h bendi uyarınca işveren haklı sebeple, tazminatsız olarak sözleşmeyi fesih yetkisi elde etmektedir. Kanımızca, 25.maddedeki bu hüküm, bir nevi Borçlar Kanunu m.101’de genel olarak düzenlenen temerrüt ihtarının iş sözleşmesindeki yansımasıdır⁵⁴. İş hukukunun kendine özgü bazı kurallarıyla şekillense

⁵² Ancak belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesinde yer alan yeni bir düzenlemeye göre, işverence işçinin *çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğindeki bildirimlerin*, yazılı olarak yapılması ve işçi tarafından da bunun (6 işgünü içinde) yazılı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde değişiklikler işçiyi bağlamaz. O halde maddede anılan yazılı bildirim şartının bir ispat değil, geçerlik şartı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

⁵³ Çenberci, s. 405-406; Narmanhoğlu, s. 374; Kaplan, E., İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s. 160; Akyiğit, s. 853; Kılıçoğlu, M., İş Kanunu Şerhi, Ankara, (Tarihsiz), s. 610; Karşı görüşte, Selçuki, S., İlmi-Kazai İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1967, s. 292-293.

⁵⁴ Aksi görüşte Tunçomağ, s. 357; Narmanhoğlu, s. 374.

de sonuçta, iki tarafa borç yükleyen iş sözleşmesini borçlar hukukundaki esasları da göz ardı etmeden değerlendirmek gerekir. Zira, Borçlar Kanunu'ndaki düzenlenişi itibarıyla ihtar, alacaklının muaccel olduğu halde borcu yerine getirmekten kaçınan borçluyu edimini yerine getirmeye davet etmesini, borcun ifası talebini içeren tek taraflı bir irade açıklamasıdır⁵⁵. Borçlu-işçi, hizmet borcunu ifa etmemekte direnirse alacaklı-işveren sözleşmeyi haklı sebeple tazminatsız feshedebilecektir. Bu hal, borçlu (işçi) temerrüdünün iş hukukuna özgü hüküm ve sonuçlarındandır. 25. maddenin konuyu düzenleyişinde, sadece işçinin iş görmekten kaçınması fesih sebebi olarak yeterli görülmemiş, böyle bir durumda işverene ihtar/uyarı şartı getirmiştir. Benzer şekilde Borçlar Kanunu m. 101 vd.da olduğu gibi. Kanunkoyucu bu hususta borçlar hukukunun genel hükümlerinden tümüyle ayrılmak isteseydi, böyle bir hatırlatma şartına yer vermeyip sadece işçinin hizmet görmemesini sözleşmenin feshi için yeterli kabul edebilirdi.

Hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olan ihtara, hukuki işlemlere ilişkin kuralların uygulanacağı görüşü⁵⁶ bağlamında ihtarın da senetle ispatlanması gerekir. Ayrıca İş Kanunu m.25/II-h bendi ile 109.madde birlikte değerlendirildiğinde, işçiyi ifaya davet eden ihtar bildirimini de bu ispat kuralı kapsamında kanıtlanması gerekir⁵⁷. Diğer yandan, işverenin sözlü bildirimini yeterli görmek, aleyhine dava açılan işverene sonradan, sözleşmeyi bu maddeye dayanarak haklı sebeple feshettiği iddiasını neredeyse hiçbir aksi delil ve engelle karşılaşmadan kanıtlama olanağı sağlayacak bir kurtarıcı yol olarak işletilmeye elverişlidir. Oysa, ele aldığımız hüküm, işverenin gerçekten ihtarda bulunup bulunmadığını, işçiden hangi işin görülmesini istediğini, uyarıya konu olan görevin gerçekten işçinin yapmakla yükümlü olduğu bir iş olup olmadığının tereddütsüz belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Uygulamada “iş yapmama” üzerine yapılacak hatırlatmanın yazılı olmasına özen gösterildiği tespit edilmektedir⁵⁸.

⁵⁵ Eren, s. 1082.

⁵⁶ Eren, s. 1082.; *Kuru*'ya göre, İhtar, kanundan dolayı hukuki sonuç doğurmakta ise de, ihtar çekenin irade beyanı da bu hukuki sonucu doğurmaya yöneliktir. Bu nedenle hukuki işlemler gibi ihtar da tanıkla ispat edilemez (*Kuru*, s. 2237); Aynı yönde 4. HD. 23.02.1968 T., 595/2026 (*Kaçak*, s. 288).

⁵⁷ *Selçuki* de, (eski) 7.madde hükmünün bu halleri de kapsadığını ileri sürmektedir (*Selçuki*, s. 293).

⁵⁸ Bkz. *Çelik*, s. 227.

Yargıtay'ın “*Davalı işverenin davacı işçiye işe gelmesi için yaptığı çağrıya ilişkin mektubun davacı işçinin evine ulaştığı, usulüne uygun ispat edilmemiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 7.maddesi hükmüne göre, bildirimlerin ilgiliye imza karşılığında yapılması gerekir*”⁵⁹ yönündeki tespiti bu değerlendirmelere uygundur. Hukuk Genel Kurulu'nun “*Vazifeye daveti mutazammum ihtar şifahen yapılabilir*”⁶⁰ yargısını içeren kararı ise, madde-deki hatırlatmanın yerine getirildiğinin ispatına değil, geçerliliğinin şekle bağlı olmadığına emsaldir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, burada üzerinde durulan husus, menfi bir vakıa olan “işçinin görevli olduğu işi yapmaması” olgusunun değil; Kanun'da öngörülen “hatırlatma”nın ispatıdır. Dolayısıyla Yargıtay kararlarını değerlendirirken, tanık beyanına bu iki noktadan hangisi için değer verildiğini de doğru belirlemek gerekir. Bize göre Yargıtay'ın şu kararında iki husus arasındaki ayırım gözden kaçırılmış ve kanaatimizce yerinde olmayan bir sonuca ulaşılmıştır:

“*Davacının verilen proje işini şifahi ihtara rağmen yapmadığı... Ancak, ihtarın İş Yasası'nın 7.maddesi uyarınca yazılı yapılması gerektiğinden bahisle dava kabul edilmişse de anılan 7.maddedeki yazılı bildirim şartı geçerlik şartı değil, ispat şartıdır. Başka delillerle davacının verilen işi yapmadığı kabul edildiğine göre...isteminin reddi gerekir*”.⁶¹ Kanımızca bu içtihatla, ihtarın yapıldığının ispatı ile işçinin işi yapmadığının ispatlanması birbirine karıştırılmıştır. Yargıtay bir yandan ihtarın ispatıyla ilgili olarak -eski- 7.maddeyi (4857 sayılı İş K. m.109), -eski- 17/II-g bendi (4857 sayılı İş K. m.25/II-h) ile birlikte değerlendirmektedir; ki bu bize göre de doğrudur, fakat diğer yandan başka delillerle işçinin verilen ödevi yapmadığının ispatlandığını gerekçe göstererek yerel mahkeme kararını bozmaktadır. Oysa, bildirim senetle ispat şartına bağlı olduğunu kabul ettikten sonra, başka delillerle ispatı aranacak vakıa, işçinin işi yapıp yapmadığı değildir. Davacı işçi, gerçekten sözleşmeyi ihlal etmiş olsa da, bunun m.17/II-g uyarınca haklı fesih sebebi olması ve ispatı, işverence hatırlatma külfetinin yerine getirildiğinin ispatına bağlıdır. Eğer işveren ihtarında bulunduğunu Yargıtay'ın da kararda yer verdiği üzere, senetle ispatlayamıyorsa, artık işçinin gerçekten

⁵⁹ 9. HD. 07.10.1971 T., 18075 E., 21023 K. (Akyiğit, s. 242).

⁶⁰ HGK. 06.2.1955 T., 24 E., 21 K. (Erman, s. 179).

⁶¹ 9. HD. 12.10.1979 T., 10610 E., 12752 K. (Akyiğit, s. 241).

verilen işi yapmamış olması feshi haklı kılmaz. İşveren sözlü bildirimde, hatırlatmada bulunduğu için bunu 7. madde (4857/m. 109) uyarınca ispatlamadığına göre, bu ispat yükünü göz ardı ederek diğer vakıanın başka delillerle ispatlandığını tartışmak usule uygun değildir görüşüdeyiz. Ulaşılan sonucu haklı bulsak da bizim açımızdan bu kararın emsal niteliği bakımından önemli yanı, m. 25/II-h bendindeki “hatırlatma” bildirimiminin, 109. maddedeki bildirimlerin senetle ispat zorunluluğu hükmü ile birlikte, o kapsamda değerlendirilmesidir. Artık bu noktadan sonra işverenin görevini işçiye hatırlatmasının tanıkla dahi ispatının mümkün olduğu kabul edilme-melidir. Bu ihtar, sözlü olarak yapılırsa da geçerlidir fakat bu haliyle yargılama esasında tanıkla ispat edilemez.

c. Ücret Ödemelerinin İspatlanması

aa. Gerçek Ücretin Tespiti ve İspatlanması

Anayasa'ya göre angarya yasaktır (m. 18/1) ve ücret emeğin karşılığıdır (m.55/1). Yine Anayasa'nın 55.maddesine göre, devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirlerden biri, asgari ücrettir⁶². Asgari ücretin altında olmamak kaydıyla (Asg.ÜY m.10, İş K. m. 102, DİK m. 51) Borçlar Kanunu'nun işçi ücretinin miktarına ilişkin 323.maddesinden hareketle, işveren iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan veya adet olan ücreti ödemekle yükümlüdür. Ücretin belirlenmesine ilişkin bu kaynakların yanısıra, işçinin yaptırılan iş konusunda bilgi ve becerisi, deneyimi ile mesleki formasyonunun etkili olacağı kuşkusuzdur⁶³.

Ücretin ispatı bakımından, imzalı ücret bordroları ve ücret hesap pusulaları da önemli ispat araçlarıdır. Yazılı bir belge olan ve işçiye ücret ödendiğine dair bir hukuki işlemi içeren bordroların işçi tarafından imzalı olması, ona senet vasfı kazandırır. İmzalı bordrodaki ücretin, işçinin gerçek ücreti olup olmadığı, iş davalarında oldukça çekişmelidir. Bu nedenle ücretin gerçeğe uygun olarak ispatlanıp belirlenmesi ve bordroların bağlayıcılığı gerek doktrin gerekse Yargıtay'ın özellikle ele aldığı konular arasındadır.

⁶² Bkz. Centel, s. 179 vd.

⁶³ 9. HD. 12.3.1979 T., 1771 E., 3869 K. (Çenberci, s. 462); 9. HD. 14.4.1986 T., 3103 E., 4008 K. (Berksun/Eşmelioglu, s. 952).

Ücretin kendi imzasını taşıyan bordroda kayıtlı olandan daha fazla olduğunu iddia eden işçi, bunu ispat yükü altındadır⁶⁴.

Uygulamada zaman zaman, bordrolara işçiye ödenen gerçek ücret yerine, asgari ücretin kaydedildiği, fiilen gerçek ücretini elde eden işçilerin de bordroya geçen miktarı pek önemsemeden imzaladıkları bir vakıadır. Bazı işverenler, sigorta primi ile vergileri daha düşük olan asgari ücret üzerinden tahakkuk ettirmek, ikramiye, fazla mesai, hafta tatili, yıllık izin ücreti gibi ödemeleri ve yine akdin feshinde kıdem ve ihbar tazminatlarını asgari ücret (ya da işçinin gerçek ücretinden daha düşük bir miktar) üzerinden ödeyebilmek niyetiyle hareket etmektedirler⁶⁵. Acaba, işçinin imzasını taşıyan bordro, senet delilinin kesinliği karşısında işçiyi bağlayacak mıdır?

Bu soruya yanıt veren Yargıtay içtihatları ana hatlarıyla değerlendirildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

Yargıtay değişik dönemlerde verdiği kararlarında, imzalı bordroları kesin delil olarak görmüş ve bunun aksini iddia eden işçinin senede karşı senetle ispat zorunluluğu gereğince imzasını taşıyan bordrodaki ücretten yüksek ücretle çalıştığını tanıklarla ispatlayamayacağına hükmetmiştir⁶⁶.

Fakat bu konuda Yargıtay birçok kararında olayın özelliklerine göre, imzalı bordroyu kesin delil olarak görmemekte, işçiye gerçek ücretini her türlü delille ispatlama olanağı getirirken, hakim de işçinin gerçek ücretini araştırması gereğine işaret etmektedir. Bu içtihatlarda Yargıtay'ın iş hukukunun özelliklerini dikkate alarak dayandığı gerekçe ve kıstaslar; işçinin kıdemi, vasıflı işçi olup olmaması, gördüğü işin niteliği, benzer işçilere verilen ücretler, işçilerin aleyhlerine kanıt oluşturabilecek bordroları isteyerek,

⁶⁴ Umar/Yılmaz, s. 118; Bozkurt, A., İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 1999, s. 268.

⁶⁵ Akı, s. 29; Soyer, P., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul 1999, s. 29.

⁶⁶ 9. HD. 27.10.1969 T., 8230 E., 10293 K. (Çenberci, s. 530); "...bordrolarda davacının da imzası bulunmaktadır. Davacı sonradan bu belgelerin gerçek durumu yansıtmadığını ileri süremez çünkü bu yazılı delil eşdeğer bir delille çürütülmemiştir..." 9. HD. 17.4.1996 T., 1995/35990 E., 1996/8379 K.(Kılıçoğlu, s. 764); "İş sözleşmesi ve imzalı bordrolar varken, işçinin ücretinin belirlenmesinde bunların yerine tanık anlatımlarına itibar edilemez" 9. HD. 05.11.1998 T., 13251 E., 15668 K. (İzBD. Temmuz 2000, S. 3., s. 102); aynı yönde 9. HD. 24.6.1996 T., 2521 E., 14229 K. (TEKSTİL İŞVEREN Ekim 1996, s. 17-18); 9. HD. 15.3.1997 T., 2053 E., 7490 K. (Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Ekim/1997, C. XVI, S. 190/9, s. 1354).

gönül rızalarıyla imzalamalarının mümkün olmadığı, hayatın olağan akışı gibi tecrübe kurallarıdır. Örneğin, yirmi yıl boyunca elektrik işleri ile görevli davacılar uzmanlaşmış birer işçi olduklarından bu nitelikte işçilerin asgari ücret karşılığında çalıştırılmalarını yaşamın olağan akışına aykırı bulan Yargıtay, gerçek ücretlerinin tespiti için ilgili meslek kuruluşuna sorulmasına karar vermiştir⁶⁷. Tüm bunlara yer verilen bir içtihadı göre de; “*Davacının ücret bordrolarını ihtirazi kayıt ileri sürmeden imzalamış bulunması, davacıya ödenen gerçek ücretin bu bordrolarda gösterilen ücret olduğunu kabule yeterli görülemez. Nitekim,...dinlenen tanık sözlerinden de davacıya asgari ücretin çok üstünde bir ücret ödendiği anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece yapılacak iş, gerekirse işyerinde inceleme yapılarak, davacının yaptığı işin niteliği, hizmet süresi ve iş tecrübesi ile işyerinin özellikleri, aynı veya benzer işlerde çalışan işçilere ödenen ücretler nazara alınarak ve tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle davacının gerçek ücretinin tesbitinden ibarettir.*”⁶⁸ Diğer yandan, ücretin belirlenmesinde yararlanılan *sigorta prim bordroları*, işçinin imzasını taşımayıp işverence tek yanlı olarak düzenlendiğinden işçi aleyhine senet teşkil etmezler. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ilgili meslek kuruluşundan sorularak davacı gibi kıdemli bir işçinin fesih tarihi itibarıyla ücretinin belirlenmesidir. Alacaklarının ödenmesi talebine ilişkin olarak işçinin işverene gönderdiği bir ihtarnamede açıkladığı ücret miktarı ise işçiyi bağlayacaktır⁶⁹.

⁶⁷ 01.6.2000 T., 5756 E., 7776 K. (YHD. Ekim 2000, S. 10, s. 1414); “Davacının vasıflı bir eleman olduğu tartışmasıdır. Böyle bir elemanın asgari ücretle çalıştığı kabulü gerçeklerle bağdaşmaz” 9. HD. 15.9.1998 T., 10223 E., 13047 K. (Akyiğit, s. 1090); Aynı yönde 9. HD. 01.10.2001 T., 11388/15206 (Kılıçoğlu, s. 1312).

⁶⁸ 9. HD. 14.3.1988 T., 873 E., 2968 K. (Berkun/Eşmeliöglü, s. 956); “Gazinoda aşçı olarak çalışan davacının asgari ücretle çalışmış olduğunun kabulü isabetli değildir. Esasen davacının şahitleri...TL yevmiye ile çalıştığını söylemişlerdir. Davacının bordrolara ihtirazi kayıt koymaksızın ücretini almış olması asgari ücretten çalıştığını gösterir kesin delil olarak kabul edilemez.” 9. HD. 14.11.1988 T., 8056 E., 10803 K. (Berkun/Eşmeliöglü, s. 956).

⁶⁹ Aki, E., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, s. 30-31; Hatta Yargıtay bir kararında yargılama esnasında davacı vekilinin işverene çektiği faksın dahi yazılı belge olarak davacıyı bağlayacağına hükmetmiştir. 9. HD. 20.5.1997 T., 4746 E., 9390 K. (Akyiğit, s. 1094).

Kanımızca, alacak davalarında, imzalı ücret bordrosuna rağmen hakimin gerçek ücreti belirlemek üzere araştırma yapması, ancak tarafın bu yönde bir talebinin bulunması, bordroda kayıtlı ücretin çekişmeli olması halinde kabul edilebilir. İşçinin işyeri kayıtlarında görünen ücretine dair aksi yönde bir iddiası yoksa hakimin bordrolardaki ücretin gerçek ücret olup olmadığını kendiliğinden araştırması söz konusu olmamalıdır. Zira bu tür iş davalarında da iddia ve savunmanın taraflarca getirilmesi esastır ve yargılama çekişmeli hususların giderilmesine yöneliktir (HUMK m. 75). Nitekim, Yargıtay'ın gerçek ücretin saptanmasına ilişkin içtihatlarına konu olan davalarda da, ücretin taraflar arasında çekişmeli bulunduğu, uyuşmazlığın giderilmesi noktasında işçinin kıdemi, vasfı, gördüğü iş dikkate alınarak, gerekirse meslek kuruluşundan sorulmasına hükmedildiği anlaşılmaktadır⁷⁰. Sigortalı hizmet tespit davaları ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri, kamu düzeniyle ilgili davalar olduğundan, hakimin gerçek ücreti yine senetle bağlı olmadan, fakat bu kez kendiliğinden araştırması kabul edilmelidir⁷¹.

İş davalarında karşılaşılan sorunlardan biri de, ücretin muvazaalı olarak yüksek miktarda gösterildiği hallerde, böyle bir belgenin işçi tarafından delil olarak kullanılmasıdır. Bu durum özellikle, işçinin bir kredi kurumuna başvurusu esnasında ortaya çıkmaktadır. Kredi alımı ya da daha yüksek miktarda kredi temini için, bankaya sunulan belgede işçinin gerçek ücretinden yüksek bir meblağ yazılarak işverence imzalanıp tanzim edilmektedir. Daha

⁷⁰ "...taraflar arasındaki uyuşmazlık konularından biri ücretin miktarıyla ilgilidir...Bu durumda mahkemece yapılacak iş, meslek teşekkülünden sorularak davacı gibi kıdemli bir işçinin ne kadar ücret alabileceğinin fesih tarihi itibarıyla belirlenmesidir" 9. HD. 24.11.1998 T., 13630 E., 16619 K. (Birben, E./Öktem, S., İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1108, dn. 139); "Taraflar arasında işçilik haklarının hesaplanmasına esas alınacak ücret miktarında uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu sorunun çözümlenebilmesi için işverenin bağlı olduğu meslek kuruluşu ya da dernekten bir yazı ile davacının kıdemi, yaptığı iş ve işyerinin bulunduğu yer dikkate alınmak suretiyle.. sorularak...bir karar verilmelidir" 9. HD. 11.3.1997 T., 21266 E., 4832 K. (İBD. 1999/1-3, s. 199 vd.); "Davacı iddialarında ayda net 10 milyon lira ücret aldığını ileri sürmekle beraber Sosyal Sigortalar Kurumuna verilen bordrolarda gösterilen asgari ücret hesaplamalara esas alınmıştır...davacının gerçek ücreti belirlenip..."9. HD. 15.9.1998 T., 10223 E., 13047 K. (Akyiğit, s. 1090); Soyer, Genel Görüşme, s. 84.; Arıcı, K., Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul 1999, Genel Görüşme, s. 74.

⁷¹ Birben/Öktem, s. 1105-1106 ve orada anılan kararlar.

sonra yargılama esnasında da, işçi tarafından bunların ücreti ispat aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. Böyle bir durumda, muvazaa iddiasını ileri süren işveren, 3. kişi olmadığı için, iddiasını senetle ispatlamak zorundadır. Eğer bordrolar imzalı ise, bunların muvazaa iddiasını kanıtlamada delil olarak kabulü gerekir. Ayrıca hakim burada emarelerle de bağlıdır⁷². Yüksek ücret gösterilen belgenin verildiği dönemdeki asgari ücret ya da adet olan ücretin miktarı, o tarihe rastlayan günlerde işçinin imzaladığı kredi sözleşmesi, ücretin yazılı olduğu iş sözleşmesi gibi deliller beraberce incelenerek sonuca gidilmelidir.

Yargıtay'ın imzalı bordroları, işçi lehine senedin kesin delil niteliğine aykırı olarak değerlendirmesi ve ispat gücünü hafifletmesi, usulün ispat kuralları doğrultusunda kabul edilebilir bir hukuki gerekçeye dayandırılmamıştır. Bu noktada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir üyesinin, Daire görüşünü açıklarken 288.maddeyi kastederek "*biz o konuda bir sınır tanımıyoruz. Doğrudan doğruya yani belli bir miktara kadar şahitle dinlenme meselesi var ya onu da kabul etmiyoruz*"⁷³ şeklindeki açıklaması kanımızca amacını aşan ve bu haliyle kabul edilemez bir beyandır. Zira bir hukuk devletinde hukuk düzeninin öngördüğü ilke ve kurallara bağlı kalınmalıdır. İş yargısında, işçinin imzasını taşıyan bir bordronun kendisi aleyhine senet teşkil etmemesinin yine usul hukuku ilkelerine uygun olarak açıklanması zorunludur.

Bu konuda fiili kareneler ve imzalı bordronun sadece belirtilen miktarın tahsil edilmiş olduğuna dair bir makbuz, senet olarak kabulünün söz konusu edilip edilemeyeceği incelenmelidir⁷⁴. Bir başka açıdan, sorunun dürüstlük

⁷² Eren, s. 337.

⁷³ Serim, E., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul 1999, s. 84; Buna karşılık 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka üyesi daha önceki yıllardaki açıklamasında "...Kayıt dışı ödenen ücretin ispatı konusunda Dairemiz kural olarak yazılı belgelere itibar etmektedir. Ancak uygulamada öyle durumlarla karşıyoruz ki, örneğin 20 yıldır ustabaşı olarak çalışan işçi, asgari ücretle çalışıyor görünüyor. Bu, herhalde hayatın olağan uygun düşmüyor. Biz ancak istisnai hallerde çalışmanın özelliğine bakarak şahitle ispatı kabul ediyoruz. Burada da çok hassas davranıyoruz" diyerek Yargıtay'ın tutumunu özetlemiştir. (Bkz. Çankaya, G., Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, İstanbul 1997, s. 22).

⁷⁴ Soyer, s. 30.; Şahlanan, F., Ferdi İş İlişkilerinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1997), İstanbul

kuralı ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 293.maddesinde düzenlenen senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralının istisnaları kapsamında değerlendirilmesi de düşünülebilir. Şöyle ki;

i. Fiili Karineler ve İmzalı Bordronun Makbuz Niteliğinde Kabulü

Fiili Karineler, bir hukuk kuralına dayanmaksızın, varlığı bilinen bir vakıadan hareketle, tarafların vakıa iddialarının doğruluğu ya da bir delilin değeri hakkında yargıcın kanaat oluşturmasına yarayan, hayat tecrübesi kurallarına dayanan değer yargılarıdır⁷⁵. İş davalarında ücret bordrosunun gerçeği yansıtip yansıtmadığının değerlendirilmesinde, hakim hayat tecrübesi kurallarına dayanarak mübrez bordronun güvenilebilirlik derecesini tayin etmektedir. Böylece ispat hukukundaki sıkı şekilcilik yerine, sunulan bir delilin mantık kurallarına ve hayatın olağan akışına uygunluğu beklenmektedir⁷⁶. Konuyla ilgili olarak tecrübe kuralları bakımından değerlendirilen başlıca haller; kıdemli ve nitelikli bir işçinin asgari ücretle çalışmayacağı olgusu ile işçilerin kendi aleyhlerinde kanıt oluşturabilecek bordroları isteyerek, gönül rızalarıyla imzalamalarının mümkün olmadığıdır⁷⁷. Tecrübe kurallarından özellikle delillerin değerlendirilmesinde, bir delilin ispat gücünün belirlenmesinde yararlanır ve hukuk kuralı çoğu zaman, kendisine atılma yeteneği kazandıran bu kural olmaksızın uygulanamamaktadır⁷⁸.

1999, s. 61; **Engin**, M., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2000), Ankara 2002, s. 14.

⁷⁵ **Karafakih**, s. 170-171; **Ansay**, s. 265; **Umar**, B., Hususi Hukukta Karineler, S.Ş.Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 183; **Umar/Yılmaz**, s. 165-166; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 429; **Kuru**, s. 2006 vd.; **Alangoya**, s. 325 vd.; **Taşpınar**, S., Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD 1996/1-4, C. 45, s. 541 vd.; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s.368; **Atalay**, O., Emare İspatı, MBD. Temmuz-Ekim/1999, Yıl: 18, S. 70, s. 11 vd.

⁷⁶ **Yıldırım**, M.K., Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 188 vd.; -Hayatın olağan akışı- ile kastedilen, alışıl gelmiş ve yaygın olan deneyimlere göre, ilgili sonucun uyumsuzluk konusu somut vakıa bakımından da gerçekleşmiş olduğu çıkarımını mümkün kılan vakıalardır (Bkz. **Atalay**, s. 12).

⁷⁷ **Akı**, Değerlendirme 1998, s. 31; **Soyer**, s. 30; **Engin**, s. 14; ayrıca bkz. yukarıda III, 2, c, aa.

⁷⁸ **Yıldırım**, s. 116-117; ayrıca bkz. **Keser**, L., İlk Görünüş İspatı, Prof. Dr. M. Tevfik BİRSEL'e Armağan, İzmir 2001, s. 236.

Burada işçinin ücreti, doğrudan doğruya onun miktarını gösteren bordro veya başka bir belgeye değil; olasılık derecesi yüksek bir hayat tecrübesine dayanılarak dolaylı olarak ispatlanmaktadır. Ancak tecrübe kuralının devreye girmesiyle henüz gerçek ücret miktarı belirlenmiş ve çekişmeli vakıa sonucu kanıtlanmış değildir. Sadece işçinin bordroda kayıtlı ücretle çalışmadığı, fiili karineye dayalı olarak, kabul edilmiştir. Bu kabul uyarınca gerçek ücretin tespitinde tanık beyanlarına itibar edilebileceği gibi hakim, ilgili meslek kuruluşundan sorarak gerçek ücreti belirleyebilecektir.

Ancak fiili karinelere hakimın delil değerlendirme serbestisinin bulunduğu hallerde dayanılabileceği tespiti⁷⁹ karşısında konuya salt bu noktadan yaklaşmak tatminkar değildir. Zira Kanun'un 288. ve 290.maddelerinde düzenlenen senetle ispat ve senede karşı senetle ispat zorunluluğunda ise delil değerlendirme serbestisi yoktur (m. 240). Oysa burada, imzalı bordro bir senet olmasına rağmen buna karşı yöneltilen iddianın fiili karineye dayandırılarak kanıtlanması ve bu yönde hüküm verilmesi söz konusu olabilmektedir.

O itibarla, ibranameyi dahi makbuz niteliğinde değerlendiren içtihatları da dikkate alarak, imzalı bordroların ücretin tutarına değil, sadece senette belirtilen miktarın işçi tarafından tahsil edildiğine delil teşkil etmesi ve bordro miktarının üzerindeki kısım için diğer delillerin değerlendirilmesini öneren görüş⁸⁰ dikkate alınabilir. Bu sayede işçinin gerçek ücretiyle ilgili tanık beyanları da fiili karinelere hareketle değerlendirilebilecektir. Yargıtay'ın olayın özelliklerine göre, imzalı bordrolara itibar etmeyerek işçinin gerçek ücretinin araştırılmasına yönelik içtihatları, işçi ücretinin piyasada adet olan, rayiç ücrete göre ödenmesi esasına da (BK m.323/1) uygundur⁸¹. Ayrıca Yargıtay'ın bu eğiliminin diğer sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara

⁷⁹ Umar/Yılmaz, s. 166; Keser, s. 232 vd., 237, 239.

⁸⁰ Soyer, s. 30; Engin, s. 14; Şahlanan ise, bordronun kural olarak ücretin miktarını belirten bir belge olduğunu, sistemin de ona göre işlediğini, nitekim verginin ve sigorta primlerinin de o matrah esas alınarak kesildiğini ileri sürmekte ve önerilen görüşe katılmamakta, buna karşılık fiili karinelere yararlanmayı mümkün görmektedir (Şahlanan, s. 61); Tunçomağ, Borçlar Kanunu'nun makbuz vermeye ilişkin 88.maddesine dayanarak, işçinin ücret bordrosunu imzalamasının makbuz verme hükmünde sayılabileceğini kabul etmekle beraber, bordronun çekincesiz imzalanmasının önceki aylara ilişkin ücreti aldığına karine teşkil edeceğini, işçinin bunun aksini ispatı mümkün olsa da ispatın tanıkla değil, senetle yapılması gereğine işaret etmektedir (Tunçomağ, s. 224).

⁸¹ Soyer, s. 29; Engin, s. 14; Çelik, s. 123-124.

dair içtihatlarıyla da uyumlu olduğu ve kendi içinde tutarlık taşıdığı söylenebilir. Öyle ki Yargıtay, örneğin eser (istisna) sözleşmelerinde, “*varlığı kabul edilen akdin çekişmeli şartlarının tespiti için tanık sözüne ve bilirkişi düşüncesine başvurulabileceğine*” içtihat etmektedir.⁸² Burada da taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığı çekişmesiz olup, sorun bu sözleşmenin şartlarına yani ücretin ne miktarda olduğuna ilişkindir.

ii. Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralının İstisnaları Bakımından Değerlendirme

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 293.madde açısından bakıldığında; özellikle 4. ve 5. bentlerde yer alan düzenlemeler öne çıkmaktadır. 4.bentte “*halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler*”in tanıkla ispatına olanak sağlanmaktadır. İş davalarında başlıca uyuşmazlık noktalarından birini oluşturan işçinin gerçek ücretinin bordroya yansıtılmaması, aslında ödenmesi gereken ücretin imzalı bordroda kayıtlı bulunandan fazla olduğuna dair iddiaları, piyasada pek çok işyerinde böyle bir uygulamanın olduğu, işverenlerin işçilerin gerçek ücretlerini bordroda göstermedikleri gibi bir teamüle dayandırmak ve bu durumu 4.bent kapsamında mütalaa etmek kanımızca mümkün değildir. Öncelikle, m.293/4. bentte yer alan bu istisna, senede karşı senetle ispat kuralının (m. 290) değil; senetle ispat kuralının bir istisnasıdır⁸³. Ayrıca 4. bent hükmü 290.maddeye teşmil edilecek olsa dahi, böyle bir gelenekselleşmiş, yaygın uygulamanın kabulünden hareketle tanıkla ispatı kabul etmek, kanuna, hukuka aykırı şekilde gerçek ücretlerin bordrolara yansıtılmamasına cevaz vermek, bu durumu meşrulaştırmak anlamına gelir. Gerek vergi hukuku, gerekse iş ve sosyal güvenlik mevzuatı gereğince işyeri kayıtlarının doğru, gerçeğe uygun tutulması, ödemelerin gerçek değerleri göstermesi bir zorunluluktur. Hukuka aykırı, yürürlükteki mevzuatı ihlal eden bir teamülden söz edilemeyeceğine

⁸² 15. HD. 8.10.1992 T., 1997/4610 (İnal, C. II., s. 1502); “Taraflar arasında bir eser sözleşmesi yapıldığında uyuşmazlık yoktur. ...fiyat üzerinden mi yapıldığı ihtilaf konusudur. Sözleşmenin yapıldığı ihtilafsız olmakla şartlarının ispatı için şahit dinlenmesine yasal bir engel yoktur.” 15. HD. 15.02.1980 T., 430/6165 (İnal, C. II, s. 1488-1489).

⁸³ **Kuru**, s. 2279, 2397; **Üstündağ**, s. 670; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 482 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 412, 416; **Özekes, M.**, Karar İncelemesi-İş Akdinin Sona Ermesinde Boşa Atılan İmza, AÜHFD, C. 51, 2002, S. 3 (Ayrı Bası), s. 56.

göre sorunu 293.maddenin 4.bendi kapsamında değerlendirmek uygun olmamak gerekir.

Aynı maddenin 5. bendinde yer alan hata, hile, gabin, cebir ve ikrah (irade sakatlığı hallerinde) vukuunda tanık dinletilmesine olanak sağlanmaktadır. İşçinin de yaşamını sürdürebilmesi için ücretini almaya muhtaç olduğu bir halde bordroyu düşük ücret üzerinden de olsa imzalamak zorunda kalmasını iradesinin sakatlandığı yönünde değerlendirmek mümkündür. Burada özellikle gabin ve ikrah önemlidir. İşçi, ücretini alabilmek kaygısıyla ya da işten çıkarılma korkusuyla bordroyu mevcut haliyle imzalamış olabilir. Yine işçinin gördüğü işin özellikleri de dikkate alınarak, kıdemi, vasıflı işçi olduğu bir hizmet ilişkisinde bordroda ödendiği görülen ücret, edimler arasında açık bir dengesizlik, oransızlık yaratıyorsa bu durum işverenin akdin diğer tarafı olan ve zayıf durumdaki, muzayaka halindeki işçiden aşırı yararlanması anlamında gabin teşkil eder⁸⁴. 5. bentte yer alan bu düzenleme, aynı zamanda senede karşı senetle ispat kuralına da istisna teşkil ettiğinden⁸⁵ işçinin ücretini ve imzalı bordroda yer alanın üzerinde ücret alacağı bulunduğunu senede karşı senetle ispat zorunluluğuna bağlı olmaksızın, m. 293/b.5 uyarınca ispatlayabilmesi kabul edilebilir.

iii. Dürüstlük Kuralı Bakımından Değerlendirme

Medeni Kanun'un 2.maddesinde temel bir hukuk normu olarak ifadesini bulan haliyle, "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Dürüstlük kuralı, medeni yargılama hukukunda da geçerli bir ilkedir. Dürüstlük kuralı ile birlikte doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerindedir. Tarafların dayandığı vakıaların ve bunları ispatlamak için sunacakları delillerin bu yükümlülüklere uygun olması gerekir.⁸⁶

İncelediğimiz konu bakımından, hukuki ilişkinin tarafı olan işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmesi sırasında dürüstlük kuralına uyması zorunludur. Bu bağlamda dürüstlük kuralı işverene hem işçiye adil, sözleşmeye ve kanuna uygun olarak ücretini ödemesi hem de buna dair kayıtları

⁸⁴ Bkz. Eren, s. 387 vd.

⁸⁵ Bkz. dn. 83'de anılanlar.

⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 261 vd.

gerçeğe uygun olarak düzenlemesi yükümlülüğü getirir. Fakat işverenin, tazminat ve diğer işçilik alacaklarını daha az ödeme kastı yine sigorta primlerini düşük ücret üzerinden ödeme isteği gibi sebeplerle davranması dürüstlük kuralına aykırıdır ve bu kötüniyetli tutumun hukuk düzenince korunması beklenemez.

bb. Ödemelerin İspatlanması

İş sözleşmesinin tarafı olan işverenin asıl borcu, ücret ödemektir (BK. m. 313, 323, İş K. m.8). Bir para borcunun ifasını sağlayan ve böylece işvereni borçtan kurtaran ödeme, senetle ispat edilir. İş hukukunda işveren, çalışma ücreti, ikramiye, prim, fazla mesai ücreti, hafta ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti v.s. ücret alacakları ile kıdem, ihbar tazminatı gibi tazminat alacaklarını işçiye ödeme borcu altındadır.

İşçinin imzasını taşıyan *ücret bordroları*, bordroda gösterilen alacaklar bakımından ödemeyi ispatlayan senetlerdir. Yine yüzde usulüyle çalışılan işyerleri bakımından İş Kanunu yüzdelerin ödendiğinin senetle ispatını 51. ve 52. maddelerinde özel olarak düzenlemiştir⁸⁷. *Ücret hesap pusulaları* ise⁸⁸ bordrolardan farklı olarak işçinin imzasını taşımadıklarından işveren tarafından ücret ödendiğinin ispatında senet olarak işçi aleyhine kullanılamazlar⁸⁹. Fakat, işçi tarafından işveren aleyhine bunlar senet olarak kullanılabilir. Bir başka ifadeyle, işveren, kendi imzası ve işyerinin kaşesini, mührünü taşıyan hesap pusulasında kayıtlı ücretle bağlıdır. İşçinin ücretinin bunun altında olduğunu iddia edemez ve pusulanın aksini tanıkla ispat edemez⁹⁰.

Hesap pusulaları işveren bakımından (işveren lehine) yazılı delil başlangıcı dahi teşkil etmezler. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

⁸⁷ Bkz. yukarıda II, 4.

⁸⁸ Bkz. yukarıda II, 3.

⁸⁹ Bu nedenle, "eğer işçiye ücret hesap pusulası verilmişse ücretin ödenmediğinin kanıtlanması işçiye ait olur" (İnce, E., Her Yönüyle Ücret, Milliyet Yayınları, Mayıs 1990, s. 225) yönündeki tespite katılmıyoruz. Zaten ücret hesap pusulalarının, işlevi ve düzenleme gereğinin amacı, ücretin ödenip ödenmediğinin ispatı değil, işçi ücretinin nasıl hesaplandığının, vergi-prim gibi kesintilerin yapıldığının bilinmesini sağlamaktadır. İşçinin hesap pusulası ibraz edememesi ispat bakımından aleyhine sonuç doğurmaz (Çenberci, s. 547; Centel, s. 399; Akyiğit, s. 1153); Konuyla ilgili 9. HD. 01.3.1975 T., 25088 E., 15927 K. (Çenberci, s. 547).

⁹⁰ Çenberci, s. 546-547; Kılıçoğlu, s. 766.

292.maddede tanımlanan yazılı delil başlangıcının, “yazılı belgenin aleyhine ileri sürülen taraftan sadır olması” şartı burada gerçekleşmemiştir. Fakat bunun tersine, yani işçinin hesap pusulasına dayanması halinde pusulaların işverene karşı yazılı delil başlangıcı teşkil edeceği ileri sürülmektedir⁹¹. Bu görüş, yazılı delil başlangıcının düzenlendiği 292. madde bakımından irdelenmelidir.

Maddeye göre, bir belgenin yazılı delil başlangıcı olabilmesi için; yazılı bir belgenin bulunması, bu belgenin aleyhine ileri sürülen tarafça düzenlenmiş, onun elinden çıkmış olması ve iddia edilen hukuki işlemin varlığı hakkında tam bir kanaat edinilmesine elverişli olmaması gerekir. İşçinin ücret hesap pusulasına dayalı iddiası, muhtemelen ücret miktarıyla ilgili olacaktır. Yoksa ücretlerin ödenip ödenmediğiyle ilgili değil. İşçinin gerçek ücretine ilişkin iddiasında da iki ihtimal söz konusu olabilir: Birincisi; işçi işverenin iddia ettiği ya da bordroya yansıtılan ücretle çalışmadığı (daha yüksek ücretle çalıştığı) iddiasındadır. Ki bu ihtimalde daha yüksek ücret kaydı içeren hesap pusulası zaten başlı başına senet teşkil edecektir. İşveren işçiye karşı işçinin imzasını taşıyan bordro ibraz etmiş olsa bile, işçi bu senede karşı işverence imzalı hesap pusulası sunarak, senede karşı senetle ispat zorunluluğuna da uygun şekilde iddiasını ispatlayabilecektir. İkinci ihtimal ise, işçinin hesap pusulasında gösterilenin üzerinde bir ücretle çalıştığı ve hesap pusulasının gerçeği yansıtmadığı iddiası olabilir. Bu durumda da, pusula işçi tarafından düzenlenmediğine, onun tarafından imzalı bulunmadığına göre işçiyi bağlayan bir delil olma özelliği yoktur. İşçi, iddiasını ücretin ispatına ilişkin esaslar uyarınca kanıtlayabilecektir. Bu ihtimalde de işçinin iddiası pusuladaki miktarla ilgili bulunmadığından, bu tutarı hedef almadığından ortada hesap pusulasının yazılı delil başlangıcı sayılmasını gerektiren bir durum yoktur. Çünkü, yazılı delil başlangıcı olan belge, ispat konusu vakıaya, hukuki işleme delalet etmeli, tam olarak ispatı sağlamasa da onun varlığına kanı uyandırmalıdır⁹². Oysa burada zaten işçi hesap pusulasında yer alan ücret miktarını ispata yönelik bir çaba ve gereksinim içinde değildir ki, pusula yazılı delil başlangıcı teşkil etsin.

⁹¹ Centel, s. 400; Akyiğit, s. 1153; Kılıçoğlu, s. 766.

⁹² Postacıoğlu, İspat Memnuiyeti, s. 291 vd.; Tiftik, M., Yazılı Delil Başlangıcı, AD. Ocak-Şubat/1984, Yıl. 75, S. 1, s. 247.; Kuru, s. 2291; Konuralp, s. 40 vd.; Pekcamtez/Atalay/Özkes, s. 413.

Ücret defterleri ise (DİK m. 31), bu deftere işlenecek her türlü ödeme gemiadamının imzası ile veya makbuz karşılığında kaydedileceğinden, bu usule uygun düzenlenmişlerse anılan belgelerle birlikte ücret ödemesini kanıtlayan kesin delil niteliğindedir. Belgeye dayanmayan ödeme iddiaları muteber değildir (son fıkra).

İmzalı ücret bordroları, ödemenin ispatı bakımından senedin tüm unsurlarını taşımaktadır. İşçinin bordroda kayıtlı ödemeleri aldığını gösteren imzası, kendisini bağlar. Paraf, imza olmadığından işçi tarafından paraflanmış bir bordro ancak yazılı delil başlangıcı teşkil edebilir (HUMK m. 292/2). Böyle bir bordronun yazılı delil başlangıcı teşkil etmesinin hukuki sonucu, o hukuki işlem hakkında tanık dinlenebilmesidir (m. 292/1). Hatta hakim salt tanık beyanıyla yetinmeyip kanaatini güçlendirmek için işçiye re'sen yemin de teklif edebilir⁹³. Yargıtay bir kararında işçinin parafının bulunduğu bordroyla ilgili olarak, “bu hususun davacıya sorulması ve gerekli inceleme yapılarak ücretin ödenip ödenmediğinin açıklığa kavuşturulmasına” işaret etmiştir⁹⁴. Yargıtay bu kararında yazılı delil başlangıcından, tanık dinletilmesinden ve yemin delilinden söz etmemekle birlikte, “gerekli incelemenin yapılarak ödemenin açıklığa kavuşturulmasından” kastedilenin bu yönde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca Yargıtay kararında sözü edilen davacıya sorulma ile amaçlanan, kanımızca ödemeye dair bir ikrar elde etmeye yarayacak şekilde tarafın isticvap edilmesidir (HUMK m.230-235).

Normal çalışma ücretinin ödendiğinin senetle ispatının yanısıra, özellikle fazla mesai ücreti alacaklarıyla ilgili olarak da bordroların delil gücü farklı açılardan ele alınmaktadır. Yargıtay’ın bu konudaki içtihatları uyarınca bordroda fazla çalışma sütunu, fazla çalışma ücreti tahakkuku ve işçinin imzasının bulunup bulunmaması ile bordronun ihtirazi kayıtsız imzalanmasına göre bunların ispat fonksiyonu değişmektedir.

Bordroda fazla çalışma sütunu bulunmakta fakat ücret tahakkuku yoksa, bu bordronun işçi tarafından çekincesiz imzalanması, kural olarak işçinin fazla çalışma yapmadığının ya da bu ücret alacağından feragat ettiğinin delili olamaz. Ancak aynı bordroda fazla çalışma olmadığı açıkça yazılı bulunan ya da bir kısım işçilerin fazla çalışma ücretine hak kazandıkları yazılı bulunan

⁹³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 477.

⁹⁴ 9. HD. 24.11.1999 T., 14829 E., 17866 K. (**Ekonomi**, M., Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2002, s. 243-244).

durumlarda işçi bordroyu imzalarken bu yönde bir önkoşul ileri sürmek zorundadır, aksi halde bordroyu imzalaması feragat anlamına gelir.⁹⁵ Bordrolar fazla mesai ücreti ödemesini de içeriyorsa bunun işçi tarafından imzalanması ücretin ödendiğini ispatlar. Çekincesiz imzalanmışsa bu aylar için artık fazla mesai iddiası dinlenmez⁹⁶.

cc. Ödemelerin Banka Aracılığıyla Yapılması Halinde İspat

Ücret ödeme borcunun ispatı bakımından, ödemelerin banka aracılığıyla yapılması da ayrı bir önem taşımaktadır. Günümüzde teknolojik gelişme, iş ilişkilerine de yansımış ve işyerlerinde ödemelerin tek tek işçilere yapılmak yerine, banka hesapları üzerinden, otomatik vezne makinaları aracılığıyla yapılması yaygınlaşmıştır. Yargıtay da bu duruma uygun olarak, ücret ödemelerinin ispatlanmasında *“bordrolarda işçinin imzası bulunmasa da, uygulamada ödemeler banka aracılığı ile yapıldığına göre, uyumsuzluk konusu ödemelerin bankaya yatırılıp yatırılmadığının araştırılması”* gereğine isabetli olarak işaret etmiştir⁹⁷. Bu gelişmeler doğrultusunda 4857 sayılı yeni

⁹⁵ HGK. 13.4.1977 T., 9-1646 E., 359 K. (Eyrenci, Ö., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi -1994-, İstanbul 1996, s. 13); HGK. 27.4.1983 T., 1980/9-2386 K., 1983/422 K. (YKD. Kasım/1983, S. 11, s. 1579 vd.); *“...fazla mesai sütunu olması ve orada fazla mesai tahakkuku bulunmaması işçinin o aylarda fazla mesai yapmadığını göstermez. Aylık normal ücret alınırken bu konuda ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması da bu durumu değiştirmez. Yargıtay içtihatları bu yöndedir.”* 9. HD. 07.11.1989 T., 6473 E., 9596 K. (Kamu-İş Dergisi Ocak/1990, s. 9); Aynı yönde 9. HD. 15.01.2001 T., 14922/137 (Kılıçoğlu, s. 1325).

⁹⁶ 9. HD. 29.11.1988 T., 8987 E., 11366 K. (Akyiğit, s. 1252); 9. HD. 03.4.1989 T., 2635 E., 3043 K. (Kamu-İş Dergisi, Nisan/1989, s. 43-44); *“...dosyada mevcut fazla mesai yapıldığı iddia edilen döneme ilişkin belgelerde yapılan fazla mesainin saatinin gösterildiği, davacının da bu fazla mesai belgesini imzaladığı ve ihtirazi kayıta da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu belge karşısında davacı daha sonra açtığı bir dava ile daha fazla mesai yaptığını iddia ederek alacak talebinde bulunamaz. Dairemizin ve HGK.nun yerleşmiş görüşü bu doğrultudadır.”* 9. HD. 01.2. 1996 T., 1995/24760 E., 1996/1080 K. (Kılıçoğlu, s. 823).

⁹⁷ *“Davacı, Haziran 1998 ayı ücret alacağının ödenmediğini iddia ederek...istekte bulunmuş ise de, dosyaya sunulan banka hesap ekstresinde anılan aya ait ücretin davacı adına 30.6.1998 günü bankaya yatırıldığı anlaşılmaktadır. Bu husus araştırılarak...mahkemece bu ekstre ile ilgili bilgiler bankadan sorulmalıdır. Eksik inceleme ile Haziran 1998 ayına ait ücret alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.”* 9. HD. 22.12.1999 T., 16749 E., 19950 K. (Ekonomi, 1999 Yılı Emsal Kararları, s. 239-240). Aynı yönde 9. HD. 29.12.1995 T.,

İş Kanunu “Ücret, kural olarak işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir” (m. 32) hükmü ile buna yasal olarak da cevaz vermiştir.

Kural olarak, para borçlarının ifa yeri alacaklının ikametgahıdır (BK m.73) ilkesinden hareketle, bu yeni düzenlemeden önce 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, ödemelerin tarafların rızasıyla (örneğin hizmet akdi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği ya da işyeri uygulamasına dayalı olarak) otomatik vezne makinalarıyla yapılmasının kararlaştırılabileceği ancak önemli olanın anlaşmanın uygulama başlamadan önce yapılması gerektiği öne sürülmektedir.⁹⁸ Artık banka hesabına ödeme yasal bir ifa yeri ve şekli olduğundan böyle bir ön anlaşma olmasa da bu yolla yapılan ödeme işvereni borçtan kurtarabilecektir. Banka hesabı işçi tarafından açılmışsa senette, düzenleyenin imzası bulunması gerektiğine dair koşulun da, alacaklı işçinin bankada hesap açarken imzaladığı sözleşmeyle ve bu hususta bankayı yetkilendirmesi ile sağlandığı düşünülebilir.

Fakat, kasamatik gibi otomatik para makinalarıyla ödemenin yapılması halinde bunların imza içermeyen çıktıları, senet olarak kabul edilemez⁹⁹. Yazılı delil başlangıcı olarak kabulü de, özellikle karşı taraftan sadır olma koşulu bakımından güçtür. Zira, söz konusu çıktı işçi tarafından düzenlenmeyip onun elyazısını, parafını içermemektedir. Bunların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 367’de belirtilen özel hüküm sebebi olması da düşünülemez. Çünkü bunlar maddenin açık hükmüne göre, senetsiz ispatı caiz olan hususlarda takdiri delil teşkil eder. Ödemeler bu tür otomatik veznelere yapıldığında, yargılama esnasında mahkemenin ilgili banka şubesinden celbedeceği hesap hareketleri dökümü gibi onaylı bir belge, İş Kanunu’ndaki yeni düzenleme de göz önüne alınarak ispatı sağlamaya yeterli olmalıdır. Ancak işçi, hesap dökümünde yer alan, karşı tarafça yapılan ödemenin başka bir hukuki işleme dayandığını iddia ederse yine işveren ödemenin ücret borcunun ifasına yönelik olduğunu kanıtlamak zorunda kalacaktır. Bu halde vasıflı ikrardan söz edilir ve hukukumuzda vasıflı ikrarın bölünemeyeceği

34994 E., 36853 K. (Çelik, s. 132); 9. HD. 24.3.1998 T., 6460 E., 5644 K. (İŞVEREN, Ağustos 1998, C. XXXVI, S. 11, s. 15); Ayrıca bkz. Akı, Değerlendirme 1998, s. 35; Narmanhoğlu, s. 236.

⁹⁸ Akın, L., İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme Makinaları İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, YD. Temmuz/1996, C. 22, S. 3, s. 349 vd.

⁹⁹ Konuralp, s. 73.; Akın, s. 360.

kabul edildiğinden ispat yükü vasıflı ikrar eden tarafta değil, vakıyı ileri süren (işveren) taraftadır.¹⁰⁰

Ödemeler banka hesabına yapılırsa da, işveren ücret hesap pusulası, bordro düzenleyeceğinden işçinin bordroyu imzalarken çekince ileri sürmesi her zaman mümkündür. Hatta işçinin daha sonra ek taleplerde bulunabilmesi için fazlaya ilişkin haklarına dair bir çekince koyması ya da ihtarname keşide etmesi şarttır.¹⁰¹

dd. Yıllık İzin Kullandırıldığı ve Ücretinin Ödendiğinin İspatlanması

Yıllık ücretli izin hakkı; terimden de anlaşıldığı üzere birbiriyle bütünleşmiş iki unsuru ifade eder. Bunlardan birincisi, işçiye yıllık izin kullandırılması, diğeri de izin süresi boyunca işçinin ücretinden herhangi bir kesinti yapılmaması, ücret ödeme borcunun devam etmesidir.¹⁰² Usul hukuku bakımından da bu iki unsur kural olarak farklı ispat esaslarına bağlıdır. İşçiye fiilen izin kullandırılması, ilk bakışta fiili bir durumu yansıttığı, bir vakıa olarak değerlendirilebileceği için senetle ispat kuralına bağlı olmamak gerekir. Ancak işveren, işçiye fiilen izin kullandırmakla yetinemez. Onun borcu, bu süre içinde ücret ödemeyi sürdürmesi, çalışmadığı halde işçinin ücretinden herhangi bir kesinti yapmamak üzere devam eder. Yıllık izin süresine ilişkin ücretin ödenmesi ise hukuki bir işlem olup, senetle ispat kuralına tabidir. İşte işveren, bu iki borcu yerine getirdiğinde, işçiye kanuna uygun olarak yıllık ücretli izin hakkını kullandırmış olmaktadır (İş K. m.53-61).

İş Kanunu 56.madde ile her işverene işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir bir kayıt tutma zorunluluğu getirmiş ve bu kayıtların nasıl tutulacağını ise 60.maddede yönetmeliğe bırakmıştır. Buna göre işveren ya yıllık izin defteri tutacak ya da aynı esaslara uyan kartoteks sistemi uygulayabilecektir (YÜİY m.15). Yıllık ücretli iznin gereği gibi kullandı-

¹⁰⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 442; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 363, 365; “Davalının gerekçeli inkarının aksini davacı ispat eder.” 13. HD. 20.10.1994 T., 7054/8911 (İnal, C. I., s. 1339).

¹⁰¹ **Akın**, s. 357; **Süzek**, s. 310; **Özkuş**, A., Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Düzenlenmesi, Genel Görüşme, İstanbul 2000, s. 58.

¹⁰² Geniş bilgi için bkz. **Akyiğit**, E., Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s. 31 vd.

rıldığını ispat yükü hem genel ispat kuralları hem de İş Kanunu uyarınca işverene aittir¹⁰³. Bu ispat, ancak senetle sağlanabilir¹⁰⁴.

Fakat yıllık izin defteri veya çizelgesi, sadece işçiye verilen yıllık izin süresini yani fiilen izin kullandırma vakiasını ispata yarayacak bir delildir. İzin ücreti sütunu içermeyen kayıtlarda işçinin imzası bulunsa da, bunlar izin ücretinin ödendiğine dair işçi aleyhine senet teşkil edemezler¹⁰⁵. Ayrıca işçinin izin almış olması kendisine izin ücretinin de ödendiği anlamına gelmez, o halde işçi, yıllık izin kullandığını ancak bu günlere ilişkin ücretlerinin ödenmediğini ileri sürüyorsa ücret ödemesinin ayrıca senetle kanıtlanması gerekir¹⁰⁶. Bu tür bir uyuşmazlıkta yıllık izin kullanılan aya dair imzalı bordroda aylık ücretin 30 gün üzerinden, kesinti yapılmadan tahakkuk ettirilip ödendiğinin tespiti halinde artık izin ücreti ödendiğinin usulünce ispatlandığını kabul etmek gerekir.

Davada yıllık izin defteri ibraz edilmemiş olsa da, eğer ücret bordrolarında yıllık izin sütunu ve ücret tahakkuku varsa, böyle bir bordronun işçinin imzasını taşıması halinde işveren iddiasını senetle ispat etmiş olur. Yine işçinin yıllık ücretli izinlerini kullanıp ücretini de aldığını bildirdiği mektup gibi tesadüfi senetler de işçiyi bağlar.¹⁰⁷ Yargıtay bir kararında, olayın özelliklerini ve davacı işçinin işyerindeki statüsünü göz önüne alarak yıllık izin ücreti defteri imzalı olmasa bile, yıllık izin kullandırıldığının tanıkla ispatını kabul etmiştir. Bu içtihadta dayanılan gerekçeler, davacının işyerinde genel müdür konumunda, üst yöneticilik yaptığı sırada işin düzenlenmesi ve defterlerin davacının elinde bulunduğu, böyle bir üst yöneticinin yıllık ücretli izinlerinin defterde gösterilmemiş olduğundan hareketle izin parasına hak kazandığının kabulünün doğru olmayacağı ve nitekim tanıkların da yıllık izinlerini kullandığını beyan etmeleridir.¹⁰⁸ Bu karara katılmıyoruz. Çünkü

¹⁰³ "...İzin ücretinin ödendiği ve kullandırıldığının belgeleri ile ispatı işverene aittir." 9. HD. 13.01.1997 T., 1996/21897 E., 1997/19 K. (Akyiğit, Yıllık İzin, s. 695).

¹⁰⁴ "İşveren, uyuşmazlık durumunda işçiye yıllık ücretli izin verdiğini isbatla yükümlüdür. Bu isbat, kayden olacaktır" 9. HD. 25.6.1974 T., 21958 E., 13587 K. (Çenberci, s. 654);

¹⁰⁵ Çenberci, s. 655-656.

¹⁰⁶ 9. HD. 31.10.1995 T., 21900 E., 33185 K. (Akyiğit, Yıllık İzin, s. 696).

¹⁰⁷ HGK. 06.4.1994 T., 1993/9-985 E., 1994/199 K. (TEKSTİL İŞVEREN Mayıs/1995, s.15) Ayrıca bkz. yukarıda dn. 6.

¹⁰⁸ 9. HD. 06.2.1996 T., 1995/35202 E., 1996/1476 K. (Kılıçoğlu, s. 865-866).

yıllık ücretli izin kullandırıldığıının ispat yükü ve ispat şekli, Kanun'da açıkça belirlenmiştir. İşverenin bu yükümlülüğü işçiden işçiye farklılık göstermez. Davacının işyerinde, yönetici sıfatıyla çalışıyor olması onun işçilik sıfatını ortadan kaldırmaz. İşveren, imzalı bordro, yıllık izin defteri, çizelgesi ibraz ederek borcun ifasını ispatlayamadığına göre senetle ispat kuralını bertaraf ederek tanık dinlenmesi isabetli değildir. Ayrıca yine Yargıtay'ın dayanak noktasından hareket edilerek, üst düzey yöneticinin iş yoğunluğu sebebiyle yıllık izin kullanmadığı gibi bir antitez de ileri sürülebilir. Kararda tanık beyanları delil olarak değerlendirilmişse de ücret ödemesinin kural olarak tanıkla ispatına cevaz yoktur. Nitekim tanıklar, yıllık izin ücreti verildiğini değil, yıllık izinlerin kullanıldığını beyan etmişlerdir.

Buraya kadarki açıklamalarda belirtildiği üzere, iş davalarında gerek yıllık izin kullandırılması gerekse buna ilişkin ücretin ödenmesi takdiri delillerle (örneğin tanıkla) ispatlanamaz. Oysa işverenin, işçisine yıllık izin hakkını kullandırması başlı başına bir hukuki işlem değil, fiildir. Yıllık ücretli izin hakkının niteliği gereği, hizmet akdi devam ederken, işveren ücret ödemeyi sürdürdüğü halde işçinin iş görmemesine katlanmak zorundadır. Fakat Kanun bir bakıma, işverenin bu katlanma edimine hukuki sonuç bağlamış ve ispatı için yazılı delil (işçinin imzasını taşıyan izin defteri, çizelgesi v.b.) şartı öngörmüştür. Ancak sayılan yazılı belgeleri senet olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bunlar da senetler gibi yazılıdır ve aleyhine delil olarak kullanılan işçinin imzasını taşımaktadırlar. Fakat, içerik itibariyle bir hukuki işlemi yansıtmazlar. Çünkü, işçinin buradaki imzası izin süresi boyunca işyerinde bulunmadığına, hizmet görmediğine yani fiilen yıllık izin kullandığı vakiasına yöneliktir. Bu şekilde işveren sözkonusu yazılı belgelerle bir ifa fiilini kanıtlamış olmaktadır, yoksa bir hukuki işlemi değil. Ne var ki, Usul Kanunu uyarınca hukuki fiiller veya maddi vakıaların tanıkla (takdiri delille) ispatı mümkün¹⁰⁹ olmasına karşın İş Kanunu'nun öngördüğü esas gereğince bunların tanıkla ispatı mümkün değildir. Esasen, işverenin işçisine izin kullandırma fiili, istisna akdindeki müteahhidin üstlendiği sıva, badana işini yapması gibi borcun ifasına yönelik bir fiildir. Bu örnekte müteahhit, bir

¹⁰⁹ **Kuru**, s. 2317 vd.; **Postacıoğlu**, İspat Memnuiyeti, s. 39 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 478-479. Örneğin, istisna akdinde müteahhidin üstlendiği sıva ve badana işini yaptığını tanıkla ispat etmesi mümkündür. Çünkü bu, hukuki bir işlem değil, hukuki fiildir (**Kuru**, s. 2319).

yapma borcunun borçlusu olup edimini yapma fiili ile yerine getirirken, yıllık ücretli izin hakkının borçlusu işveren de bu borcunu bir katlanma fiili ile ifa etmektedir. Fakat işverenin bunu tanıkla ispat serbestisi yoktur. O halde bu konuda, genel usul hukuku kaidelerindeki tanıkla ispat serbestisinin iş yargısında ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşılabilir. Bize göre ispatla ilgili bu sınırlama, yıllık ücretli izin hakkının özündeki “yıllık izin” ve “yıllık izin ücreti” birlikteliğinin sonucudur. Her iki olgu, bütünlük arz eder ve birbirinden ayrı değerlendirilemez. İkisinin birlikte ve eş zamanlı yerine getirilmesi ile borç sona ereceğinden, ispat bakımından da bunlar birbirinden ayrı esaslara bağlanmamıştır.

IV. İŞ YARGISINDA İBRANAMELERİN DELİL NİTELİĞİ

Borçlar Kanunu’nda tanımlanmayan ibra, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesi sonucu, borçluyu edimini yerine getirmekten kısmen veya tamamen kurtaran, alacaklı ile borçlu arasındaki bir sözleşmedir¹¹⁰. Bireysel iş ilişkilerinde özellikle iş sözleşmesinin sona ermesi aşamasında işverenlerce işçilerden alınan ibranameler, iş yargısında sıklıkla kullanılan delillerdir. İbraname, işçinin ücret ve tazminat gibi çeşitli alacak haklarının işverence ödendiğine ilişkin bir hukuki işlemi içeren, düzenleyenin imzasını taşıyan bir yazılı belge olması itibariyle senettir. Buna göre, işçinin imzasını taşıyan ve işvereni borçtan kurtarmaya yönelik her belge ibranamedir¹¹¹. İş davalarında ibranamelerin niteliği ve delil değeri konusunda Yargıtay, usul hukuku sonuçları bakımından etkili içtihatlar vermiştir. Hemen belirtelim ki, bugün için ortaya çıkan sonuç, işçilik haklarının korunması amacıyla ibranamelerin geçerliliği ve etkisinin sınırlı bir yoruma tabi tutulduğudur¹¹².

İbra, borcun sona ermesini sağlayan bir hukuki işlem olması itibariyle 288.ve 290.maddeler uyarınca ancak senetle ispatlanabilir. İbraname, makbuz metninin bulunduğu kağıtta yer alabilir. Mutlaka ayrı bir kağıda yazılması şart

¹¹⁰ Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 985 vd.; Eren, s. 1258; Bir Yargıtay kararındaki tanıma göre *ibra*, kapsadığı ilişkileri tasfiye eden ve varsa alacağı düşüren bir sözleşmedir. 4. HD. 10.12.1962 T., 15278 E., 12358 K. (Berkun/Eşmeliöğlu, s. 969).

¹¹¹ Çenberci, s. 509.

¹¹² Saymen, s. 614; Oğuzman, s. 288; Çenberci, s. 503; Soyer, s. 36; Akı, Değerlendirme 1998, s. 40.

olmadığı gibi, metnin elle, daktilo, bilgisayarla v.b. yazılması da mümkündür. Yargıtay, bazı kararlarında matbu olarak düzenlenip boşlukları sonradan doldurulan ibranameleri olayın özelliklerini de dikkate alarak geçersiz saymaktadır¹¹³.

İbra, bir tasarruf işlemi olduğuna göre işçinin henüz doğmamış bir alacak hakkı ile ilgili ibraname verilemez. Dolayısıyla işçiye işe girerken imzalatılan ya da sözleşmenin devamı sırasında alınan ibranameler geçersizdir¹¹⁴. Gerçekten bu durum, ibranamenin geçerliliğinde zaman unsuruna ilişkin esasa aykırıdır. Özellikle işe giriş esnasında, işçilerden beyaza imza suretiyle alınan imzaların, daha sonra ibraname olarak doldurulup işverence mahkemeye sunulması halinde, ibranamenin bu yolla hazırlandığının ispatı işçiye düşer¹¹⁵.

İş hukukunda ibra belgelerinin imzalanmasında irade sakatlığı halleri önem arz eder. Doktrinde de ileri sürüldüğü gibi, işçi yanılma, hile, korkutma gibi bir nedenle imzaladığı ibranamenin hükümsüzlüğünü, ispat yükü işçide olmak üzere, ileri sürme olanağına sahiptir¹¹⁶. Yargıtay bir kararında, işverenin işçiyi imzaladığı belgenin önemi hakkında uyarımamasının dahi yanıltma durumunun gerçekleşmiş sayılmasına yeterli bulunacağına ve ibranamenin irade bozukluğundan dolayı hükümsüzlüğüne içtihat etmiştir¹¹⁷. İşçi, Borçlar

¹¹³ 9. HD. 28.1.1993 T., 1992/6412 E., 1993/999 K. (İHD. Ocak-Mart 1993, s. 129); *Çenberci*'ye göre de ibra belgesinin işçi tarafından imzalanması yeterli olmayıp belgenin tümüyle işçinin elinden çıkması gerekir (*Çenberci*, s. 511); Aksi görüş *Centel*, s. 393; *Doğan*, M., Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İBD. Ekim-Kasım-Aralık/1990, C. 64, S. 10-11-12, s. 175; *Keser*, H., Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Kamu-İş Dergisi Temmuz/1999, S. 1., s. 105.

¹¹⁴ *Sayı*, İ., İbraname ve Hukuki Değeri, İŞVEREN, Ekim/1968, C. VII, S. 1, s. 28; *Sözen*, M., Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, AD. 1973/10, s. 856; *Doğan*, s. 172 vd.; *Keser*, s. 108; "İhbar ve kıdem tazminatlarına ilişkin istekler, mahiyetleri bakımından iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili ve feshin sonucu bulunan isteklerdir. Bu duruma göre iş sözleşmesinin devamı sırasında doğmuş hakların ibrasına ilişkin olan bir belgenin bu nitelikteki istekleri kapsadığı düşünülemez." 9. HD. 09.5.1969 T., 2348 E., 5197 K. (*Berksun/Eşmelioglu*, s. 970); 9. HD. 04.6.1985 T., 2869 E., 6097 K. (*Berksun/Eşmelioglu*, s. 976). Tarihsiz bir ibraname de önceden alınmış sayılarak geçersiz kabul edilmelidir (*Sayı*, s. 28).

¹¹⁵ *Çenberci*, s. 505; *Keser*, s. 108; *Günay*, s. 387.

¹¹⁶ *Saymen*, s. 614; *Oğuzman*, s. 287; *Çenberci*, s. 507; *Güven*, E./*Aydın*, U., İş Hukuku, Eskişehir 2000, s. 105.

¹¹⁷ 9. HD. 24.01.1969 T., 8140 E., 476 K. (*Çenberci*, s. 508). Feragatnameyle ilgili bir kararda da Yargıtay "İşveren,...toplu iş sözleşmesi uygulamamanın çarelerini aramış bunun

Kanunu 31.maddesine göre 1 yıllık hak düşürücü süre içinde ibranameyi iptal edebileceği gibi bu süre içinde açılan bir davada da ibranamenin geçersizliğini def'i yoluyla savunabilir. Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun "akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu" nda şahit dinlenebileceğine ilişkin istisna hükmü de imzalı ibranameye karşı işçiyi senetle ispat zorunluluğundan kurtarabilir (HUMK m. 293/b.5).

Bazen uygulamada, işveren kötüniyetle, işçilik alacaklarından bir kısmını, işçinin diğer alacaklarından vazgeçmesi şartıyla ödemeyi aksi halde hiç ödeme yapmayacağını ileri sürmektedir. Böyle bir durumda işçi almadığı haklarını da kapsayacak şekilde ibraname imzalamak zorunda kalmışsa, *Çenberci*'nin haklı olarak tespit ettiği üzere, bu hal korkutma teşkil eder ve işçi irade sakatlığına dayanarak ibra belgesinin hükümsüzlüğünü ileri sürebilir¹¹⁸. Diğer yandan işçinin hür iradesiyle işverenle uzlaşarak bir miktar alacağı veya fer'ileri üzerinde tasarrufta bulunması mümkün ise de, anılan durumda işçi hiç ödeme yapılmayacağı tehdidiyle karşı karşıya bırakılmış ve gerçekte ödenen miktar üzerinden değil, sanki tüm alacağı ödenmiş gibi ibraname imzalatılmış ise işçinin iradesinin sakatlandığını ve ibranamenin geçersizliğini kabul etmek gereklidir.

Ancak ibranamenin okunmadan imzalanması bir geçersizlik nedeni teşkil etmez. Aksi halde şuurlu bilgisizlik, hata ile bir tutulmuş olur ki bu durum kabul edilemez¹¹⁹.

İbramenin ispat fonksiyonunda dikkat edilecek bir başka husus, iddiaya yöneltilen savunma sebepleri ile çelişmemesidir. Davalı işveren bir yandan talep konusu alacak hakkının doğmadığı yönünde davaya cevap verirken diğer yandan bu alacak kalemleriyle ilgili ödemeleri ispat amacıyla

neticesi olarak davacıya -sizi anonim şirket işyerine alacağız ancak kolektif şirketten istifa etmeniz gerekiyor...Aksi halde...kolektif şirketten çıkaracağız ve anonim şirkete de bu durumda alınmayacaksınız- diyerek manevi bir baskı uygulamıştır. Ekonomik yönden güçsüz olan davacı yeni bir iş bulamamanın zorluğu karşısında işini kaybetmemek için istifa etmek ve noterden feragatname vermek zorunda kalmıştır. Burada işveren, davacı üzerinde manevi bir cebir kullanmıştır...feragatnamenin geçersizliğine" hükmetmiştir. 9. HD. 19.12.1984 T., 11370 E., 11383 K. (*Berksun/Eşmelioğlu*, s. 974).

¹¹⁸ *Çenberci*, s. 509.

¹¹⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, N., Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 33.

ibraname sunuyorsa, bu ibranameye değer verilemez¹²⁰. Yine ibranamenin ibra edilen tutarı içermesi gerekir. Soyut, herhangi bir miktar içermeyen ibranamenin işvereni borçtan kurtarıcı senet delili olarak değerlendirilmesi beklenemez¹²¹. İbraname miktar içerse dahi, bu miktar ile işçinin gerçekte hak ettiği miktar arasında fark bulunması durumunda, bakiyenin ödetilmesine karar vermek gerekir¹²². *Çelik*'e göre, Yargıtay'ın miktarlar arasında büyük bir fark, açık oransızlık bulunmasa da, geri kalan kısmın işçiye ödenmesi gerektiği ve ibranamenin makbuz niteliğinde değerlendirilmesi yönündeki içtihadı sonucunda ibranameler pratik bir anlam taşımayacaktır. Ancak, bugüne kadar uygulamada doğan sakıncaları gidereceği için bu sonuca katlanılabilir. Hem ibranameye değer kazandıracak hem de sakıncaları ortadan kaldıracak bir yasal düzenleme gereklidir. Bu yöndeki bir düzenlemeyle, işçinin tüm alacaklarını aldığını gösteren bir ibraname vermesi geçerli

¹²⁰ “Davaya esas olan alacağın ödenmesi gerekmediğinin (doğmadığının) ileri sürülmesi halinde; davalının kural olarak ibra savunmasında bulunamayacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile özel dairelerinin kökleşmiş içtihatlarındandır.” HGK. 10.01.1962 T., 4/35 E., 3 K. (*Çenberci*, s. 510); Aynı yönde 9. HD. 15.02.1983 T., 1982/10083 E., 1983/1160 K. (YKD. Ağustos 1983, S. 8, s. 1181).

¹²¹ “Davacının imzasını taşıyan ibranamede miktar bulunmamaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış kararlarında miktar içermeyen ibranameler geçersiz sayılmaktadır...” 9. HD. 02.02.1995 T., 1994/15864 E., 1995/2225 K. (*Karademir*, D., Yargıtay Kararları Perspektifinde İbraname Uygulamaları, ÇİMENTO İŞVEREN, Mart/1997, C. 11., S. 2, s. 16).

¹²² 9. HD. 10.12.1981 T., 12255 E., 14651 K. (İHU, 1982/I, İŞK. 26, No. 8, s. 1 vd.); Bu halde ibraname ancak kayıtlı olan miktarlar bakımından bir makbuz niteliğinde değerlendirilmektedir. 9. HD. 05.10.1993 T., 2285 E., 14105 K. (*Karademir*, s. 18); “Yargısal kararlarda da benimsendiği üzere, işçinin işverene verdiği ibranamenin, kural olarak, işçiye yapılmış olan ödemeye sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. İş hukukunun işçiyi koruyucu amacı gözönünde tutulduğunda, bu konuda dar yorum esasının benimsenmesi ve yine kural olarak bir işçinin işvereni karşılıksız ibra etmesinin ihtimal dışı olması da bu kabul tarzını destekleyici bir nitelik taşır (HGK.nun 16.06.1971, E.1215-K.378). Yine yargısal kararlarda işçiye yapılmış olan ödemelerin miktarını belirleyen ve ibraname adı altında düzenlenmiş olan belgelerin makbuz niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. (HGK.nun 17.03.1978 gün, E.1977/10-26, K. 1978/250). Hal böyle olunca, davacının makbuz niteliğindeki bu ibraname dışında kalan haklarını ve bu arada noksan ödeme varsa bu kesim alacağını istemesini engelleyici bir neden de bulunmamaktadır...” HGK. 27.4.1983 T., 1980/9-3055 E., 1983/427 K. (*Kılıçoğlu*, s. 755 vd).

sayılmakla birlikte, işçiye akdin sona ermesinden itibaren belli bir süre içinde ibranameye itiraz hakkı sağlanabilir.¹²³

İş hukukunun koruyucu niteliğinden hareketle kendine özgü tekniği içinde dar yoruma tabi tutulan ibranamelerin, Yargıtay'ın işaret ettiği ölçütlere uyması halinde tek başına borçluyu borçtan kurtaran bir senet olarak kabulü gerekir. Ayrıca bu ibranameyi destekleyen bir ödeme belgesi aramayan Yargıtay, "*Davalı, hafta tatili ve genel tatil çalışma ücretlerini ödendiğini savunarak buna dair ibraname ibraz etmiştir. Davacı, ibranamedeki imzayı inkar etmemiş, ancak bunun yanında herhangi bir ödeme belgesi ibraz edilmediğinden bu yöndeki savunmayı kabul etmemiştir. Gerçekten davalı tarafından böyle bir ödeme belgesi ibraz edilmemiş ise de; bu yön ibranamenin kabul edilmemesi için yeterli bir sebep teşkil etmez. Davalının savunması ibraname ile birleşmektedir. Davalı şahitleri de bunu doğrulamışlardır. Öyle ise hafta tatili ve genel tatil paralarının ödendiğinin kabulü gerekir*"¹²⁴ sonucuna ulaşmıştır.

V. İŞ DAVALARINDA KESİN DELİL NİTELİĞİ TAŞIYAN DİĞER BELGELER

İş Kanunu m. 92/son fıkra (1475 sayılı İş K. m.89) uyarınca, iş hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklar, aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun resmi senetler ile ilgili 295.maddesine göre, yetkili memurların yetkileri dahilinde ve usulü uyarınca düzenledikleri ya da onadıkları belgeler, aksi kanıtlanıncaya dek kesin delil teşkil ederler. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, iş hayatını denetleme, izleme ve teftişe yetkili memurlarca düzenlenen bu tür belgeler de iş davalarında kesin delille ispata yarayan deliller arasında yer almaktadır.¹²⁵ İş Kanunu'nun 91. maddesine göre, çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın uygulanmasını izleme, denetleme ve teftişe

¹²³ Çelik, N., Karar İncelemesi, İHU 1982/III, İşK. m.26, No. 10, s. 1-2.

¹²⁴ 9. HD. 06.10.1986 T., 7557 E., 8911 K. (Berksun/Eşmelioglu, s. 980).

¹²⁵ Bozkurt, s. 296; Erkul, s. 324; Çenberci, s. 828; Akyiğit, s. 1559; 931 sayılı İş Kanunu gerekçesinde konu, "*Ayrıca maddenin sonuna eklenen bir fıkra ile iş hayatının denetim ve teftişine yetkili memurlar tarafından tutulacak zabutlara hukuki bir vechе verilmiş ve bu suretle bu zabutların tanınması sağlanmıştır*" şeklinde gerekçelendirilmiştir (Bkz. Selçuki, s. 17). İşte bu hukuki yön ve tanımadan kasıt, anılan belgelerin kesin delil olma özelliğidir.

ilgili resmi makam ve kişiler, Çalışma Bakanlığı ile Bakanlığın yetkili memurlarıdır (iş/sigorta müfettişleri gibi).

Yargıtay'ın bu tür resmi belgelerin delil gücü ve bunların aksinin ispatlanmasına dair kararlarında şu tespitlere yer verilmiştir: “1475 sayılı İş Kanununun 89/son maddesine göre, iş hayatını teftişe yetkili memurlar tarafından tutulan tutanaklar, aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Davacı (işçi) bu tutanağın aksini kesin ve yeterli delillerle ispat edememiştir...”¹²⁶. Buna karşılık Yargıtay 2001 yılındaki bir içtihadında ise kanımızca bu tür belgelerin bağlayıcılığı ve delil gücü konusunda haklı bir ayrıma giderek isabetli bir sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki; “...SSK 130. maddesi hükmüne göre Kurum müfettişlerince düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar muteberdir. Dosyada mevcut müfettiş tutanağında, davacının ifadesinin alınmadığı gibi imzasının dahi bulunmadığı görülmektedir...Müfettiş tutanağında, çalışmanın fiilen gerçekleşmediğine ilişkin, davacının imzası bulunsaydı aksinin ancak eşdeğerde yazılı delillerle kanıtlanması gerekecekti. Ne var ki tutanakta, davacının imzası olmasa bile tutanağın delil gücünü taşıdığı açık seçiktir. Tutanakta, davacının imzası bulunmadığına göre, davacının tanık dinletebileceği tartışmasız olduğu gibi mahkemece gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından re'sen dahi araştırma ve inceleme yapılmalıdır...”¹²⁷

Tutanakların ve teftiş raporlarının değerlendirilmesi ile aksini ispat konusunda, genel usul kuralları işleyeceğinden, bunlara karşı ileri sürülecek savunmalar da iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, sahtelik mahiyetinde olanlar; diğeri sahtelik iddiası dışında senedin içeriğine dair, hukuki fiil veya hukuki işlemlerle ilgili olanlardır¹²⁸. Örneğin, hafta tatili ve genel tatil günleriyle ilgili olarak tutanakta yer alan kayıtların aksini tanıkla ispat serbestisinin bulunduğuna işaret eden Yargıtay, “...iş müfettişlerince tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Davalı tanık dinletmemiş, davacı tanıkları da kendisinin hafta tatili ve genel tatil günlerinde de çalıştığını söylemiş olmakla iş müfettişi tutanağının aksi kanıtlanmıştır...”¹²⁹

¹²⁶ 9. HD. 25.10.1978 T., 13055 E., 12900 K. (Bozkurt, s. 296-297); Aynı yönde 9. HD. 28.6.1999 T., 8725 E., 11573 K. (Akyiğit, s. 1568).

¹²⁷ 10. HD. 08.01.2001 T., 6263/6599 (yayınlanmamıştır).

¹²⁸ Erdemir, s. 1363.

¹²⁹ 9. HD. 02.3.1982 T., 2235 E., 2201 K. (Bozkurt, s. 297).

sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, hukuki fiil olan tatil günlerinde çalışma vakıası tanıkla ispat edilebilmektedir.

İşçinin gerçek ücretinin tespiti bakımından da yetkili memurlarca düzenlenen raporların bağlayıcılığı kabul edilmemekte, yargılama esnasında ücret miktarının diğer tüm deliller ve olayın özellikleri (işin ve işçinin niteliği, kıdemi v.b.) birlikte değerlendirilerek uyuşmazlık çözümlenmektedir¹³⁰. Gerçekten, işçinin imzasını taşımaksızın geniş ölçüde işyeri kayıtları üzerinden yapılan inceleme sonucunda teftiş raporları ve tutanaklarına geçirilen tespitler tek başına hükme esas alınamaz. Ayrıca, işyerinde dinlenen tanık işçilerin, işverenin etki ve baskısı altında olmaları da muhtemeldir. Tarafların iddia ve savunma haklarını kullanmaları ve ispat faaliyetine etkin biçimde katılmaları, ancak yargılama yoluyla sağlanabilir. Aksi düşüncenin kabulü, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahip olduğu yönündeki hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil eder (Anayasa m.36/1).

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre de, bu Kanuna göre alınacak sigorta primleri ve para cezalarının ödenmesi için Kurumca düzenlenen, prim borcunu ve para cezasını gösteren belgeler de, resmi dairelerin usulüne göre verdikleri belgeler hükmündedir (m. 81).

Bu gibi belgelerde işverenin imzası varsa, çekince koyulmuş olmadıkça, hükümden düşürülmesi ancak eşdeğerde bir belgeyle mümkündür (senede karşı senetle ispat zorunluluğu)¹³¹. Aynı şekilde, davacı işçinin (sigortalının) SSK ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirdiği şikayetindeki ücret seviyesi, çalışma süresi ve şartları daha sonra açtığı hizmet tespiti davasında kendisini bağlar¹³².

¹³⁰ Akyiğit, s. 1018, dn. 18.

¹³¹ "Müfettiş tutanağı ve vizite kağıdı aynı güçte delille çürütülmedikçe, tanık sözleriyle karar verilemez" 10. HD. 03.02.1975 T., 6590 E., 555 K. (Çenberci, M., Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 1056); Aynı yönde 10. HD. 2040 E., 2178 K. (Bozkurt, s. 300); Kuru, s. 2161-2163.

¹³² 10. HD. 902 E., 1069 K. (Bozkurt, s. 299); Benzer şekilde borçlunun icra dairesinde borcunu kabul etmiş ve sözlerinin altını imzalamış olduğunu gösteren icra tutanağı da bir resmi senettir (Kuru, s. 2115).

SONUÇ

Uygulama alanı ve niteliği bakımından başlıca kesin delil olan senet, iş davalarında da büyük önem taşımaktadır. İş sözleşmesinde işverenin asli edim yükümünün ücret ödeme borcu olması ve ispat yükünün dağılımına göre senet delilinin işveren açısından daha da önemli olduğu söylenebilir. Ne var ki, uygulamada birçok işyerinde çeşitli nedenlerle kayıtların düzenli tutulmadığı, bordroların, izin defterlerinin işçilere imzalatılmadığı bir vakiadır. Hal böyle olunca, belki de iş ilişkisi sürerken ödenen işçilik alacaklarının dava sonunda tekrar ödenmek zorunluluğunun doğması da kaçınılmaz olabilecektir. İş Kanunları aslında maddi hukuka ilişkin kanunlar olmakla beraber, bazı hükümlerin yargılama hukukuyla ilgili olduğu görülmektedir. İşverene, uyuşmazlık konusu olabilecek birçok hususta yasakoyucu yargılamaya ışık tutacak, özellikle işçiye ispat kolaylığı sağlayacak pek çok hukuki işleme dair senet düzenleme yükümlülüğü getirmiş ve bunlara aykırılık yaptırıma bağlanmıştır. İş yargısında senet delili ile ilgili olarak dikkat çeken bir başka husus genellikle Yargıtay içtihatlarıyla ortaya konan ve belki de senet delilinin ispat fonksiyonunu nispeten azaltan esaslardır. Öyle ki, bu içtihatlarda iş hukukunun genel ilkeleri ve hayatın olağan akışı gibi kuralardan hareketle örneğin imzalı bordrolar, ibranameler dar yorumu tabi tutulmakta ve işçinin iddialarını kesin delille ispat kuralına bağlı olmaksızın her türlü delille ispatlayabileceğine işaret edilmektedir. Elbette ulaşılan bu tür sonuç ve değerlendirmelerin usul hukuku kurallarıyla uyum arz etmesi gerekmektedir. Zira gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu hususta istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda hakimin delilleri değerlendirmesi ve diğer ispat kurallarıyla ilgili olmak üzere, iş ilişkilerinin kendine özgü nitelikleri ve iş piyasasının yapısı da göz önüne alınarak özel hükümler düzenlenebilir. Diğer yandan senetle ispat kuralının istisnaları, dürüstlük kuralı ve fiili karineler gibi kural ve ilkelerden yararlanılması da mümkün olabilir.

İş davalarında, iş ilişkilerinin uygulamadaki sorunları ve gerçekleri, iş hukukunun işçiyi koruyucu ruhu, işçi lehine yorum ilkesi ve iş hukukunun kendine özgü müesseseleri elbette yadsınamaz. Ne var ki, bu durum medeni yargılama hukuku sistemiyle uyum içinde olmalıdır. Gerek yerel mahkemedeki yargılama sürecinde gerekse Yargıtay'ın temyiz denetimi sonucunda ortaya çıkan içtihatlarda temel usul hukuku normları göz ardı edilmemelidir.

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
Asg. ÜY	: Asgari Ücret Yönetmeliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DİK	: Deniz-İş Kanunu
dn	: Dipnotu
Ė	: Esas
f	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İş K	: İş Kanunu
İşM. K	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K	: Karar
m	: Madde
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
S	: Sayı
s	: Sayfa
SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
T	: Tarih
TSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

HAKİMLE TARAFLARIN İŞBİRLİĞİ İLKESİ VE YARATTIĞI İDEOLOJİK ÇAĞRİŞIMLAR*

Doç.Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM

I. GİRİŞ

Liberal Neuchatel Kantonu Medeni Usul Kanunu'na dayanan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu esas itibariyle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini benimsemiş ise de (HUMK. m. 75), 20. ve 21. yüzyılda özellikle Alman hukuk çevresinde yapılan tartışmalar ve kanun değişiklikleri, Türk doktrininde de hakimle tarafların işbirliği ilkesi çerçevesinde yapılan tartışmaları gözönünde tutmayı zorunlu hale getirmiştir. Alman ve Avusturya hukuk çevresinde bu çerçevede verilen çetin kavgalar ve hakimle tarafların işbirliği ilkesinin Avusturya Medeni Usul Kanunu'nda büründüğü şekil bu incelememizin konusunu oluşturmaktadır.

II. AVUSTURYA MEDENİ USUL KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞİ

Avusturya Medeni Usul Kanunu (ZPO) 1.8.1895'te kabul edilip, 1.8.1898'de yürürlüğe sokulmuştur. Medeni Yargılama alanındaki büyük hukuk devrimi öncesinde Avusturya çeşitli hukuk sistemlerinin etkisi altında idi¹. Napolyon'un 1806 tarihli "code de procedure" adlı düzenlemesi, Avrupa'nın ilk modern usul kanunlarından biri olarak o dönemin yargılama

* Bu makaleyi, şekli hukuk alanında sayısız eserler vermiş değerli bilim adamı Prof. Dr. Baki **Kuru**'ya ithaf ediyorum.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Geniş bilgi için bkz: **Fasching**, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Zweite Auflage, Wien 1990, s. 19 vd.

hukuku anlayışına yeni bir soluk getirmişti ve sözlülük, aleniyet ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi gibi esasları içeren bu kanunda, taraf egemenliğine de büyük önem verilmekteydi. Napolyon'un Orta Avrupa'yı işgal etmesi gibi faktörlerin de etkisi ile, Fransız yargılama hukuku anlayışı, 1879 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'na da kısmen egemen oldu. Koyu bir liberalizmin hüküm sürdüğü, hızlı bir ekonomik kalkınmanın yaşandığı dönemin izlerini taşıyan Alman Medeni Usul Kanunu'nda da aleniyet, sözlülük, doğrudanlık, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve taraf egemenliği esastı. Avusturya ise, Medeni Yargılama Hukuku'nda reform yapmakta oldukça geç kaldı. Modern yargılama hukuku anlayışına doğru ilk adım, Kraliçe Maria Theresia'nın çabaları ile Kral II. Josef döneminde yürürlüğe konulan 1871 tarihli Genel Mahkemeler Kanunu (AGO) ile atıldı. Bununla Habsburg hanedanı zamanında ortaya çıkan dağınık düzenlemeler aynı çatı altında birleştirilmek istenmiştir². Lakin, 1871 tarihli Genel Mahkemeler Kanunu, hızlı sanayileşmenin ve yoğun ticari ilişkilerin yaşandığı bu dönemde toplumun gereksinimlerine yanıt vermekten uzaktı, çünkü zor, pahalı ve uzun süren yargılama bireylere hukuki korunma sağlayamıyordu. 19. yüzyılın başında Avusturya'da sözlülük, doğrudanlık, aleniyet, hızlı yargılama³ ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkelerine ağırlık veren yeni bir yasal düzenleme arayışına girildi⁴. Otuz yıllık dönem içinde altı Medeni Usul Kanunu taslağı hazırlandı. 1876 ve 1881 tarihli taslaklar tamamen Alman Medeni Usul Kanunu'nu örnek almış iseler de, bunlar yürürlüğe konmadı, bunun ardında Alman Hukuku'nda yapılan hataları tekrarlama korkusu ve Almanya'dan bağımsızlaşma isteği yatmakta idi. Reform çabalarının gitgide azaldığı dönemde Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent olarak görev yapan Franz Klein Adalet Bakanlığı yetkililerinin dikkatini çekti. Franz Klein 1891 tarihinde yazdığı "Pro Futuro" isimli eseri ile yargılamanın amacını yeniden formüle etmiş ve farklı yargılama hukuku ilkelerine dayalı, yeni bir yargılama hukuku anlayışı geliştirmişti. Avusturya Medeni Usul

² **Rechberger/Simotta**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 5. Auflage, Wien 2000, s. 2.

³ (Verfahrenskonzentration). Bu konuda geniş bilgi için bkz.: **Rechberger**, Walter H., Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Herausgeber: **Yıldırım**, M. Kamil, İstanbul 2001, s. 1 vd. Aynı makalenin Türkçe çevirisi için bkz.: İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 1 vd.

⁴ **Rechberger** (dn.2), s. 2.

Kanunu'nun hazırlandığı dönemde artık Alman Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe konduğu dönemde olduğu gibi, liberalizm tam anlamı ile hüküm sürmemekte, kapitalizm sonrası döneme geçiş yaşanmaktaydı, diğer bir anlatımla "Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler" anlayışı gibi uç noktada bireyselliğe dayalı bir yargılama anlayışı, yavaş yavaş endüstri toplumuna geçişin yaşandığı Avusturya toplumunun gereksinimlerine yanıt vermekten uzaktı⁵. Franz Klein'in etkisi ile kısa sürede hazırlanan 1.8.1895 tarihli Avusturya Medeni Usul Kanunu liberalizme ödün vermemesinden ötürü "sosyal hukuk devletinin ilk yargılama modeli" olarak adlandırılmaktadır⁶.

Franz Klein, döneminin liberal yargılama anlayışını yansıtan Wach'a da şiddetle karşı çıkmakta idi. Bilindiği üzere Wach, dava konusunun devlete yabancı olan bireysel bir menfaate dayandığını, davanın ne zaman açılacağına, ne kadar süreceğinin ve içeriğinin ne olacağına taraflarca belirlendiğini, davanın salt davacı ile davalı arasında kurulan ilişkiden oluştuğunu ileri sürmekteydi⁷. Oysa Klein için özel hukuka ilişkin menfaatlerin korunmasında devletin hiçbir menfaatinin olmadığı görüşü kabul edilemezdi⁸. Rechberger⁹, Franz Klein'in asıl amacının tarafların dava malzemesinin getirilmesindeki yetkilerine dayanarak hakimi hatalı veya nispi olarak doğru ya da belirsiz bir hüküm vermeye sevk etmelerini önlemek üzere, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini reddetmek olduğunu ileri sürmektedir. Diğer bir anlatımla, Klein Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini araştırma ilkesi yararına ötelemiştir. Buna göre, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkları hızlı ve doğru bir karar vererek çözmek konusunda devletin çıkarı bulunmaktadır ve hukuki korumayı sağlama devlete ait bir görevdir. Bu uğurda Klein, hakimin rolünü arttırmış, güçlü hakimin maddi hukuka uygun doğru karar vermeye hizmet edeceğini düşünmüştür¹⁰. Avusturya Medeni Usul Kanunu'nda hakimin daha

⁵ Fasching (dn. 1), s. 22.

⁶ Rechberger (dn. 2), s. 2.

⁷ Wach, Adolf, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, Bonn 1896, s. 52 vd.

⁸ Karş.: Klein, Franz, Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim 1927, s. 321'deki bilgiler.

⁹ Walter H., Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts, in: Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilfahrensrechts, s. 1 vd., özellikle s. 8.

¹⁰ Klein (dn. 8), s. 318 vd.

aktif hale getirilmesi, yargılamanın şeklen yürütülmesinde taraflara nazaran hakimnin yetkili kılınması ve dava malzemesinin toplanmasında hakimnin yetkisinin artırılması ile gerçekleşmiştir¹¹.

III. AVUSTURYA MEDENİ USUL KANUNU'NDA DAVA MALZEMESİNİN TOPLANMASI

Avusturya Hukuku'nda vakıaların getirilmesi öncelikle taraflara ait bir husustur¹². Taraflardan her biri talebin temelini oluşturan ve hasmın taleplerini ve savunma sebeplerini ortadan kaldıran vakıaları dilekçeleri ile daha sonra doğrudanlık ilkesi çerçevesinde duruşmada dermeyan etmekle ve doğruyu söylemekle yükümlüdür¹³. Sözlü duruşmanın sonuna kadar vakıa getirilebilir¹⁴. Görüldüğü üzere, dava malzemesinin temininde Avusturya Hukuku'nda da "saf araştırma ilkesi" kabul edilmemiştir; saf araştırma ilkesi geçerli olsa idi, hakim davanın başında, yani taraflar vakıalarını dermeyan etmeden önce resen vakıaları araştırabilecekti¹⁵. Rechberger¹⁶, Avusturya Hukuku'nda "sınırlı araştırma ilkesinin"¹⁷ geçerli olduğunu savunmaktadır. Sınırlı araştırma ilkesinin saf araştırma ilkesinden farkı, başlangıçta hakime resen vakıa araştırma yetkisi tanımaması, bu aşamada dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden¹⁸ hareket ederek tarafları vakıaları ve bunlara ilişkin delilleri getirme zorunluluğu altında bırakmasıdır. Taraflardan yalnız biri yargılamaya katıldığı takdirde onun getirdiği vakıalar gerçeğe uygun addedilecektir¹⁹. İkrar edilmiş vakıaların ise ispatı aranmaz²⁰. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden araştırma ilkesine geçiş, taraflara

¹¹ Bu şekilde: **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukuku'nda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 55.

¹² Geniş bilgi için bkz.: **Petschek/Stagel**, Der österreichische Zivilprozess, Wien 1963, s. 224 vd.

¹³ öZPO § 177, 178.

¹⁴ öZPO § 179.

¹⁵ reiner Untersuchungsgrundsatz.

¹⁶ in: **Rechberger/Simotta** (dn. 2), s. 175.

¹⁷ abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz.

¹⁸ Verhandlungsmaxime.

¹⁹ öZPO § 396.

²⁰ öZPO § 266/I.

doğruyu söyleme yükümlülüğünün getirilmesi ile gerçekleşmiş ise de, hakim aydınlatma ödevine ilişkin § 182/I hükmü de bu geçişi desteklemiştir²¹. Buna göre, mahkeme başkanı duruşma sırasında soru sorarak veya başka bir biçimde hüküm için önem taşıyan vakıaların dermeyanını ve eksik dermeyan edilmiş vakıaların tamamlanmasını sağlamak, vakıaların ispatını sağlayacak delillerin gösterilmesini veya tamamlanmasını ve nihayet tarafların hak ve talepleri için önem taşıyan vakıaların gerçeğe uygun şekilde belirlenmesini talep etmek zorundadır. Hükümden de anlaşıldığı üzere, Avusturya Medeni Usul Kanunu mahkemeye özellikle deliller konusunda geniş imkanlar sunmaktadır. Buna göre, hakim taraflardan yalnız hangi delilleri ikame etmek istediklerini bildirmelerini istemekle yetinmemekte, ayrıca dava veya duruşma sırasında açıklanması gerekli vakıaların ispatı için önem taşıyan delilleri resen ikame etme yetkisi de bulunmaktadır²². Hakim, senetlerin, belgelerin, ibrazını isteyebilecek, resen keşfe, bilirkişiye başvurulmasını emredebilecektir²³. Avusturya Hukuku'nda hakim, tanık deliline de resen başvurabilmektedir, oysa Alman Hukuku'nda tanık delilini münhasıran taraflar ikame etmekte ve mahkeme resen tanıkları dinleyememektedir²⁴. Avusturya Hukuku'nda tarafların senet ve tanık deliline başvurulmaması konusunda aralarında anlaşmaları halinde hakim resen bu delillere başvuramıyor ise de²⁵, doktrinde söz konusu hükmün saf araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda önem taşımadığı ileri sürülmektedir²⁶. Rechberger²⁷, söz konusu sınırlandırmanın dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin Avusturya Hukuku'nda geçerli olduğu şeklinde yorumlanamayacağı, uygulamada taraflar arasında yapılan bu tür

²¹ Aynı yönde: **Rechberger/Simotta** (dn. 2), s. 176. Aydınlatma ödevi Türk Hukuku'nda da geçerlidir. Bkz.: HUMK. m. 75/II.

²² Bkz.: § 183/II/4 öZPO.

²³ § 183/I.

²⁴ Karş.: **Schilken**, Eberhard, Medeni Yargılamada hakimnin Rolü, in: İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 65 (çev.: **Deren-Yıldırım**, N.), (Yazar, bu delile de resen başvurulabilmesi gerektiğini dermeyan etmektedir). Aynı husus, Türk Hukuku'nda da geçerlidir.

²⁵ § 183 4, 2.

²⁶ **Rechberger**, Walter H. (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, Wien/New York 2000, § 183, Rdnr. I.

²⁷ in: Rechberger/Simotta (dn. 2), s. 176.

anlaşmalara hiç rastlanmadığı, zaten bunun doğruyu söyleme yükümlülüğü ile de tezat oluşturacağı fikrindedir.

Mahkeme, dava konusu ile sınırlı olmak kaydı ile, davanın maddi açıdan yürütülmesine ilişkin yetkilerine dayanarak tarafların da yardımı ile tüm vakıaları etraflı olarak incelemekle yükümü ise de, tahkikat esnasında tarafların getirdikleri vakıaları aşan ispat sonuçlarına dayanamaz.²⁸ Deliller, taraflarca mahkeme önünde dermeyan edilmiş vakıalara yönelik olmalıdır.

Bazen deliller taraflarca dermeyan edilmiş somut vakıaların gerçeğe uygun olduğunu göstermeye değil, o delile başvuran tarafın bir vakıayı daha iyi tanımaya ve bundan belirli iddialar çıkarmasına hizmet eder. Buna Alman Hukuk çevresinde “Ausforschungsbeweis” yani “soruşturma delili” ismi verilir. Alman doktrininde nesep davalarında bilimdeki gelişmelere dayanılarak § 372 a dZPO çerçevesinde genetik incelemeye dayanan yeni bilirkişi raporları alınması geçerli addedilmekte, bu alanda soruşturma delili yasak delil sayılmamaktadır²⁹. Avusturya Hukuku’nda ise şu eğilim göze çarpmaktadır. Hakim, kural olarak yalnız tarafların karşılıklı olarak dermeyan ettikleri vakıaların ispatlanmış olup, olmadığını incelemekle yükümlüdür. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu alanlarda somut vakıalar kompleksinin ispatına değil, o vakıaları tanımaya dayalı delillerin (soruşturma delili = Ausforschungsbeweis) ikamesine kural olarak izin verilmemektedir. Araştırma ilkesinin geçerli olduğu alanlarda ise, bu tür deliller de ikame edilebilecektir³⁰. Fakat Avusturya doktrininde araştırma ilkesinin geçerli olmadığı davalarda da bu nitelikte delillerin reddedilmemesi gerektiği, yalnızca vakıa daha önce taraflardan biri tarafından ileri sürülmemiş ve ancak delil ikamesi ile ortaya çıkmışsa, yasağın gündeme geleceği genellikle kabul edilmektedir³¹. Görüldüğü üzere, deliller ile taraflarca sunulan

²⁸ **Fasching** (dn. 1), s. 471.

²⁹ **Stephan**, in: **Zöllner**, Zivilprozessordnung, 17. Auflage, Köln 1991, § 372 a, Rdnr. 3. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz.: **Peters**, Egbert, Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln/Berlin 1966, s. 71 vd.; **Stürner**, Rolf, Die richterliche Aufklärungspflicht im Zivilprozess, Tübingen 1982, s. 109, 123.

³⁰ **Fasching** (dn. 1), s. 471.

³¹ **Fasching** (dn. 1), s. 471, Rdnr. 898; **Rechberger/Simotta** (dn. 2). Aksi yönde: **Pollak**, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes unter Einschluss des Exekutionsrechtes, 2. Auflage, Wien 1932, 647 (Yazar, soruşturma deliline izin verilmesinin medeni yargıyı ceza hukukuna benzeteceği fikrindedir).

vakıalar arasında kurulan irtibat, Türk Hukuku'ndaki³² gibi sıkı değildir. Nitekim Alangoya açıkça hakim delil emretme ödevinin “iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere” ibaresi ile sınırlandırıldığı³³, ibrazı emredilecek delil için yargılamaya yansımış dayanak noktalarının bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Yıldırım³⁴ da, hakim delil araştırması için tarafların verdikleri dilekçenin (soruşturma delili = Ausforschungsbeweis) yasak delil kapsamında olduğuna, tarafların mahkemeye delillerin araştırılması hakkında bir dilekçe veremeyeceğine, ancak bu yasağa rağmen mahkemenin vakıalandırılmadan ikame edilen delil mevcutsa bu delili değerlendirmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

IV. AVUSTURYA MEDENİ USUL KANUNU'NDAKİ HAKİM İLE TARAFLARIN İŞBİRLİĞİ İLKESİ (KOOPERATIONSMAXİME) VE BU ÇERÇEVEDE YAPILAN TEORİK TARTIŞMALAR

Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun gerekçesinde, Alman Medeni Usul Kanunu'nun aksine prensiplere ve genel ilkelere yer verilmemiş, “yararlılık” ve “amaca uygunluk” öne çıkarılmıştır³⁵. Kanunkoyucu, yargılama hukukunda ekonomik ve sosyal açıdan sınıflar arasında varolan derin uçurumun giderilmesinden ve o dönemde korumasız bırakılan işçi sınıfının, esnafın ve küçük işletme sahibi tacirlerin durumlarının gözönünde tutulmasından yana idi. Bu amaçla, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi bir ölçüde gözardı edildi. Ekonomik olarak güçlü olanın hasmını yargılama esnasında ezmesi Franz Klein tarafından önlenmek istendi. Bu da ancak davada taraf egemenliğinin

³² Bkz.: **Alangoya**, Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 3. Bası, İstanbul 2003, § 27 V; **Pekcanitez**, Hakan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2000, § 13; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2001, s. 356; **Kuru**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 5. Baskı, C. II, İstanbul 1990, s. 1355 vd., s. 2241 vd.; **Kuru**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995, § 27; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2000, § 27 B; **Üstündağ**, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, § 12, 2 (Delil de muhakemeye getirilmiş vakıalar hakkında istenir). Aynı yönde: **Bilge/Önen**, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1978, s. 490 vd.

³³ (dn. 32), § 27/V (s. 316, dn. 22a).

³⁴ Yıldırım, M. Kamil, *Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 236-238, ayrıca bkz.: s. 102.

³⁵ **Bomsdorf**, Falk, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin 1971, s. 259 vd.

sınırlandırılması ve dava malzemesinin getirilmesi ve açıklanmasındaki sorumluluğun tek başına taraflara bırakılmaması ile mümkündür. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine yönelik eleştirel bir yaklaşım, Avusturya Hukuku'nda hakim ile tarafların işbirliği ilkesinin (=Kooperationsmaxime) kabulüne yol açtı. Hakimle tarafların işbirliği ilkesi terimi doktrinde bazı yazarlarca dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile araştırma ilkesi arasında kalan ve bu ikisini dengeleyen bir esas olarak ele alınmaktadır³⁶. Liberal yargılama hukuku anlayışından sosyal yargılama anlayışına geçişin maksim düşüncesine veda ile mümkün olduğunu savunan “Der soziale Prozess” isimli eserin yazarı Wassermann ise, Alman Medeni Usul Kanunu'ndaki doğruyu söyleme ödevi ve hakimin aydınlatma ödevinin yer aldığı hükümlere yaptığı gönderme ile sosyal hukuk devletinde işbirliği yapmanın gerektiğini; bu “davranış modelinin” ise “Kooperationsmaxime” (hakimle tarafların işbirliği ilkesi) diye adlandırılacak bir ilkenin doğumuna yol açtığını iddia etmiştir³⁷. Taraf egemenliğinin 1924³⁸, 1933³⁹, 1976⁴⁰ yılında yapılan kanun değişiklikleri ile bir ölçüde sınırlandırıldığı Almanya'da 1970'lerin sonunda Franz Klein'in düşüncelerinin Wassermann tarafından yansıtılması ilginçtir. Ne var ki, Alman doktrininde Bonn Anayasası'na dayalı demokratik hukuk devleti düşüncesini kabul eden yazarlar⁴¹, Wassermann'ın temelde Avusturyalı Franz Klein ve Anton Menger'e dayanan sosyal yargılama hukuku anlayışını şüpheyle karşılamışlar, söz konusu eserde Nasyonalsosyalist dönem ile Demokratik Alman Cumhuriyeti'ndeki olumsuz gelişmelerin kasten yansıtılmadığını ileri sürmüşlerdir. Leipold'a göre, liberal Alman Medeni Usul Kanunu'nda tarafların deneyimsiz, ihmalkar ve beceriksiz olabilecekleri gözönünde tutularak, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin ortaya çıkaracağı bazı sakıncalar giderilmeye çalışılmıştır. Avukat tutma zorunluluğu söz

³⁶ **Bettermann**, K.A., Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, Jur. Bl. 1972, s. 57 vd.

³⁷ **Wassermann**, Rudolf, Der soziale Zivilprozess, **Neuwied/Darmstadt** 1978, s. 108 vd.

³⁸ **Verordnung** über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13.12.1924, RGBI I, s. 135.

³⁹ RGBI I, s. 780, 821.

⁴⁰ Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (BGBl I, s. 3281).

⁴¹ **Leipold**, Dieter, Zivilprozessrecht und Ideologie -am Beispiel der Verhandlungsmaxime-, JZ 1982, s. 441 vd., özellikle s. 446 vd.

konusu sakıncaları gidermedeki etkili yöntemlerden biridir. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi yargılama hukukunda irade serbestisi esasını yansıttığı için maddi hukuk ile şekli hukukun uyumunu da sağlamaktadır⁴². Bu düşünce çerçevesinde hakimin “soru sorma ve işaret etme ödevi”⁴³ ile desteklenmiş dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, dava malzemesinin açıklanması için yeterlidir, araştırma ilkesinin kabulü ise sadece hakimin yükünü arttırmaya hizmet edecektir, çünkü zaten bu ilke esas alınsa bile vakıalar ve deliller taraflarca getirilecektir. Yazara göre, tarafların dinlenmesi ilkesi, hakimin tarafsızlığı ile desteklenmiş tasarruf ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkeleri demokratik hukuk devletinin en önemli kazanımlarından biridir⁴⁴. Jauernig de objektif hukukun gerçekleştirilmesinin yargılamanın amacı olmasının ve “hukuki” hakim tipinin yerini “sosyo psikolojik” hakime bırakmasının maddi hukuka hizmet etmeyeceğini, bir sonraki adımın davanın savcı tarafından açılması olduğu bunun medeni yargı ile bağdaşmayacağını belirtmektedir⁴⁵. Nitekim Schilken da hakimin sosyal mühendis rolünü üstlenerek toplumsal uyumsuzlukları çözmesi gerektiğine ilişkin görüşün anayasal nedenlerle reddinin gerektiği, hakimin kanunla ve hukukla bağlı olduğuna dikkat çekmektedir⁴⁶. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini Alman Medeni Usul Kanunu’nun en önemli ilkesi sayan Becker-Eberhard, bunun ardında tarafların doğrudan davaya katılanlar olarak hükme etkili vakıaları en iyi bilen ve bunların en doğru takdimini yapacak kişi olmalarının yattığı düşüncesindedir⁴⁷. Prütting hakimin Alman Medeni Usul Kanunu § 139 çerçevesinde soru sorma ve işaret ödevinin hakimi hayat olayını kendiliğinden araştırma zorunluluğu altında bırakmadığı, bu nedenle aydınlatma ödevinden değil, işaret etme ödevinden bahsedilmesinin daha doğru olacağı, 1976 değişikliğinden sonra dahi Almanya’da dava

⁴² **Leipold** (dn. 41), s. 448.

⁴³ richterliche Frage- und Hinweispflicht.

⁴⁴ **Leipold** (dn. 41), s. 448.

⁴⁵ **Jauernig**, Othmar, JuS 1971, s. 329 vd., özellikle s. 334.

⁴⁶ **Schilken** (dn. 24), s. 45.

⁴⁷ **Becker-Eberhard**, Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, (Çev.: **Yıldırım**, Mehmet Kamil), in: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2003, s. 17 vd.

malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin bertaraf edilmediğini açıkça beyan etmiştir⁴⁸.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde Alman doktrininde yapılan bu yoğun tartışmalara daha ziyade pragmatik düşüncelere dayanan ve hızlı ve etkin yargılama yönteminin araştırıldığı Avusturya doktrininde rastlanmaması ilginçtir. Avusturya doktrininde “Sammelmaxime” veya “Kooperationsmaxime” olarak anılan hakimle tarafların işbirliği ilkesi, Alman doktrinine nazaran çok daha rahat bir biçimde dile getirilmekte ve medeni yargılamanın daha aktif bir hakimle amacından sapacağından korkulmamaktadır. Bunun dışında, işbirliği ilkesi sadece dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile bağlantılı olarak ele alınmamaktadır. Doktrinde işbirliği ilkesinin üç boyutu mevcuttur⁴⁹. Bunlardan ilki “tasarruf ilkesi”⁵⁰, ikincisi “sınırlı araştırma ilkesi”⁵¹, nihayet üçüncüsü ise “yargılamanın hakim tarafından yürütülmesi ilkesi”⁵²dir.

Tarafların dava konusu üzerindeki işlemlerine yönelik tasarruf ilkesi⁵³ Avusturya Medeni Usul Kanunu’nda da geçerlidir. Medeni yargının konusu özel hukuka ilişkin haklar olduğundan taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler. Davanın ikamesi ve kanunyollarına başvuru için tarafın insiyatifi gerekir⁵⁴. Netice-i taleple bağıllık esası⁵⁵, Avusturya Hukuku’nda da geçerlidir⁵⁶, netice-i talebin ve ileride verilecek hükmün sınırlarını taraflar çizer. Re’sen hareket ilkesine Avusturya Medeni Usul Hukukunda çekişmeli yargıda değil, veraset ve vesayet hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı ile kısmen iflas takibinde yer verilir. “Davacı yoksa, hakim de yok” esasının ise, bu

48 **Prütting**, Hanns, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, s. 361 vd. Aynı yönde: **Schilken** (dn. 24), s. 61; **Becker-Eberhard** (dn. 47), s. 34.

49 **Rechberger/Simotta** (dn. 2), Rdnr. 266 vd.

50 Dispositionsgrundsatz.

51 abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz

52 Amtsbetrieb.

53 Geniş bilgi için bkz.: **Alangoya** (dn. 11), s. 2 vd.

54 iudex ne procedat ex officio. Aynı yönde: HUMK. m. 72.

55 ne eat iudex ultra petita partium. Aynı yönde: HUMK. m. 74 (Ancak hakimin aza hükmetme yetkisi vardır).

56 **Fasching** (dn. 1), s. 339 vd.

hukuk düzeninde de istisnası yoktur⁵⁷. Savcıya dava takip yetkisinin verildiği, bazı evlilik ve nesep hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ise, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf hakkı kısmen veya tamamen sınırlanmış olabilir⁵⁸. Tasarruf ilkesinin olumsuz yönlerine Avusturya doktrininde dikkat çekilmiştir. Fasching⁵⁹, davacının fazlayı istemesi halinde, davanın kısmen reddi tehlikesine maruz kaldığı; kanunun davacıya tanımadığı bir netice-i talebi⁶⁰ mahkemeye yönelttiği hallerde ise, bu davanın tamamen reddolunacağına; nihayet daha azını istediği durumda, ikinci bir dava açma zorunda kalacağına dikkat çekmektedir. Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun § 84/III⁶¹, § 182⁶² hükümlerinde tanıdığı imkanlar çelişki ve eksiklerin giderilebilmesinde hakime aktif rol vermektedir⁶³. Sosyal haklara yönelik davalarda ise, tasarruf ilkesi önemli ölçüde sınırlanır. Tasarruf ilkesinin olumlu tarafı ise, taraflara davayı değiştirme, davanın geri alınması, sulh olma, davayı kabul ve feragat imkanı vererek dava konusu üzerinde tasarruf etmelerini sağlamasıdır⁶⁴.

Görüldüğü üzere, Avusturya Hukuku'nda hakimle tarafların işbirliği ilkesinin kabul edilmesi, doktrinde tasarruf ilkesini kapsayacak biçimde ele alınıyor ise de, söz konusu ilkenin görünümü liberal düşünceye dayanan Medeni Usul Kanunları'ndakinden pek farklı değildir. Ancak yine de ZPO § 84/I-III ve § 182'de hakime tanınan yetkiler daha geniştir.

İşbirliği ilkesinin kabulü esas itibariyle dava malzemesinin teminindeki esasları önemli ölçüde değiştirmiş, liberal düzenlemelerdeki dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini modifiye ederek, onu "sınırlı araştırma ilkesi"ne dönüştürmüştür. Bu konudaki hususlar dava malzemesinin toplanmasına ilişkin bölümde etraflı biçimde incelenmiştir⁶⁵.

⁵⁷ **Rechberger/Simotta** (dn. 2), Rdnr. 267.

⁵⁸ § 158 ABGB; § 28 Ehe G.

⁵⁹ **Fasching** (dn. 1), Rdnr. 643.

⁶⁰ aliud.

⁶¹ Bu hükme göre, bazı sınırlara dikkat etmek şartıyla dilekçedeki eksiklerin giderilmesini hakim re'sen emredebilir.

⁶² Hakimin aydınlatma ödevine ilişkin hüküm. Karş.: HUMK. m. 75/II.

⁶³ **Fasching** (dn. 1), Rdnr. 643.

⁶⁴ **Rechberger/Simotta** (dn. 2), Rdnr. 268.

⁶⁵ Bölüm III (Avusturya Medeni Usul Kanunu'nda Dava Malzemesinin Toplanması).

Hakimle tarafların işbirliği ilkesinin Avusturya Medeni Usul Kanunu'nda kabulünün önemli sonuçlarından biri ise, yargılamanın şekli olarak yürütülmesinde hakime geniş yetkiler tanınmış olmasıdır. Bu konuda esas itibarıyla iki ilke mevcuttur: Yargılamayı hakim yürütmesi ve yargılamayı tarafların yürütmesi⁶⁶. Yargılamanın taraflarca şeklen yürütülmesi esası, bireyci liberal anlayışın ürünü olarak yargılamayı sekteye uğratmak suretiyle hukuk güvenliği ilkesine zarar verebilir⁶⁷. Avusturya Hukuku'nda "davayı devlet eliyle refaha ulaşma aracı"⁶⁸ olarak ele alınan Franz Klein'in etkisiyle yargılamanın hakim eliyle yürütülmesi ilkesi ağırlıktadır. İkame edilmiş bir davanın yürütülmesi, yani celselerin tayini, çağrılarının yapılması, davetler, tebliğler, delillerin ikamesi vb. işler tamamen mahkemenin yetkisindedir⁶⁹. Yine davanın sonuçlandırılması da hakimindir, fakat taraflar sulh, kabul ve feragat yoluyla dava konusu üzerinde tasarruf ederek davanın daha önce bitmesini sağlayabilirler.

V. SONUÇ

Avusturya doktrininde⁷⁰, Medeni Yargılama Hukuku alanında son yıllarda dünyada yaşanan gelişmelerin ağırlıklı olarak Franz Klein'in yargılama hukuku anlayışına göre şekillenmiş Avusturya Medeni Usul Kanunu'na paralel olduğu, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kapsamının giderek daraldığı, ilk başlarda tam anlamıyla tezat halinde olan liberal anlayışa göre biçimlendirilmiş Alman Medeni Usul Kanunu ile sosyal angajmanlarla yüklü Avusturya Medeni Usul Kanunu arasındaki farkların dahi yavaş yavaş ortadan kalktığı ileri sürülmüş, buna çarpıcı bir örnek olarak da İngiltere'de yürürlüğe sokulan 1998 tarihli "Civil Procedure Rules" isimli düzenlemede adil ve ekonomik bir yargılama için taraflarla hakim işbirliği yapmasının genel esaslar arasında yer alması gösterilmiştir.

Gerçekten de Alman Medeni Usul Kanunu'nun "Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi" başlıklı § 139/I hükmü, 1.1.2002 tarihli Medeni

⁶⁶ Alangoya (dn. 11), s. 3 vd.

⁶⁷ Rechberger/Simotta (dn. 2), s. 177.

⁶⁸ staatliche Wohlfahrtseinrichtung.

⁶⁹ Rechberger/Simotta (dn. 2), s. 177 vd. Karş.: (Türk hukuku için) Alangoya (dn. 11), s. 4.

⁷⁰ Rechberger (dn. 9), s. 1 vd.

Usul Kanunu reformunda yeniden formüle edilmiştir⁷¹. Becker-Eberhard⁷², söz konusu düzenlemenin hakim yargılamaya katılımına yönelik yükümlülükleri arttırdığı, artık hakimin müzakere ve soru sorma yükümlülüğünün tarafları dava malzemesini tamamlamaya sevk yükümlülüğü olmaktan çıktığı, hakim açısından yargılamayı maddi bakımdan yürütme yükümlülüğünün getirildiği görüşündedir.

2002 değişikliğinden sonra da -1976 değişikliğinden sonra olduğu gibi- Alman yazarlar Avusturyalı yazarların yorumunu doğrulamamakta ve dava malzemesinin temininde taraf egemenliği esasının korunduğunu kabul etmektedirler⁷³. Bu fikre göre, § 139/I'deki değişiklik dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin sınırlandırılması olarak ele alınmak gerekir.

Tüm bu değişikliklerin Türk doktrininde usulün amacını subjektif hakların korunması olarak değil, maddi gerçeğe ulaşılması olarak açıklayan, eserlerinde Franz Klein'in "Pro Futuro" isimli monografisine atıf yapan, aktif hakim özlemi içinde olan, kendilerini Avusturya yargılama modeline çok yakın hissedilen Yavuz Alangoya⁷⁴ ve Kamil Yıldırım⁷⁵ gibi yazarları memnun edecek gelişmeler olduğu aşikardır. Avusturya'nın etkin hukuki korunmayı

⁷¹ "Mahkeme olayın ve hukuki uyumsuzluğun olgusal ve hukuksal boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele almak ve sorular sormak zorundadır. Mahkeme tarafların zamanında, uyumsuzluğun çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını sağlamalı, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamak, delilleri ikame ettirmek ve gerekli talepleri ileri sürmelerine yol açmalıdır..."

⁷² **Becker-Eberhard**, Ekkehard, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında (Çeviren ve Derleyen: **Deren-Yıldırım**, Nevhis), in: 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, C.I, s. 69.

⁷³ Örn.: **Schilken**, Eberhard, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, Rdnr. 345 vd.; **Becker-Eberhard** (dn. 72), s. 70.

⁷⁴ (dn. 11), s. 1 vd.

⁷⁵ (dn. 34), s. 1 vd. Yazarın delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ele alış biçimi günümüzde yaşanan gelişmelere tam anlamı ile uygundur. **Luhmann**'ın felsefi yaklaşımı, **Wassermann** ve Franz **Klein**'in sosyal angajmanlarla yüklü, hakimi aktif kılan yargılama modeli, **Gilles**'in hukuki olgular araştırmasına önem veren düşüncelerinin de izlerini taşıyan bu monografideki temel düşünceler, çeşitli hukuk çevrelerinde yapılan Kanun değişiklikleri ile uyum halindedir. Gerçekten de delillerin serbestçe değerlendirilmesi, doğrulanlık ve sözlülük ilkelerinin birlikte bir hukuk düzeninde geçerli olması etkin hukuki korunmanın onsuz olmaz şartı olarak görülmektedir. Aynı yönde: **Fasching** (dn. 1), Rdnr. 641.

sağlamadaki başarısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu ülke aleyhinde adil yargılanma hakkına yönelik verdiği kararların azlığı ile de perçinlenmektedir⁷⁶.

Ben tüm bu gelişmeleri yargılamanın amacını subjektif hakların korunması ile sınırlayan, yargılama hukukundaki ideolojik yaklaşımlara karşı hassas, bireyci-liberal anlayışın temsilcisi olarak ilgi ile izlemeye devam etmekteyim⁷⁷. Ancak hiç kuşkusuz Avusturya yargılama modelinin "pragmatik" yaklaşımı ile Demokratik Alman Cumhuriyeti'ndeki ve Nasyonaldemokratik dönemdeki ideolojik yargılama anlayışı salt hakimi aktif kılma noktasında birleştikleri için aynı kefeye konamaz. Ve taraflara doğruyu söyleme yükümlülüğü getiren açık bir hükme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da yer verilmesi, ayrıca HUMK. m. 75/II hükmünün –Alman Medeni Usul Kanunu'nda olduğu gibi- yeniden genişletilerek formüle edilmesi, Türk Hukuku'nda da hakimi daha aktif hale getirerek dünyadaki eğilimin yakalanmasını sağlayacaktır.

⁷⁶ **Rechberger** (dn. 3), s. 1 vd., özellikle s. 15-16.

⁷⁷ **Gaul, H.F.**, Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (Çeviren: **Deren-Yıldırım, Nevhis**), in: İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 82 vd.; **Deren-Yıldırım, Nevhis**, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 1 vd.; **Deren-Yıldırım**, Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, Yargıtay Dergisi 1995, S. 3, s. 224 vd.; **Deren-Yıldırım**, Kollektif Hukuki Himaye -Medeni Usul Hukuku'nda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mı? Yargıtay Dergisi 1997, S. 1-2, s. 137-154, S. 3, s. 308-328, özellikle s. 137.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukuku'nda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003.

BECKER-EBERHARD, E., Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev.: Yıldırım, M. Kamil), in: İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2003, (Derleyen: Yıldırım, M. Kamil), s. 17 vd.

Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında (Çev.: Deren-Yıldırım, Nevhis), in: 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları (Derleyen: Deren-Yıldırım, Nevhis), İstanbul 2003, C. I.

BETTERMANN, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, Jur. Bl. 1972, s. 57 vd.

BİLGE/ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.

BOMSDORF, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Berlin 1971.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış, Yargıtay Dergisi 1995, S. 3, s. 224 vd.

Kollektif Hukuki Himaye- Medeni Usul Hukuku'nda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?, Yargıtay Dergisi 1997, S. 1-2, s. 137-154; S.3, s. 308-328.

Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuku'nda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.

FASCHING, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Zweite Auflage, Wien 1990.

GAUL, H.F., Yargılamanın Amacı- Güncelliğini Koruyan Bir Konu, (Çev.: Deren-Yıldırım, Nevhis), in: İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2003, (Derleyen: Yıldırım, M. K.), s. 82 vd.

JAUERNIG, Materielles Recht und formelles Recht, Jus 1971, s. 329 vd.

KLEIN, Franz, Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim 1927.

Pro Futuro, Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich, Leipzig/Wien 1891.

- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, C.II, İstanbul 1990.
Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995.
- KURU/ARSLAN/YILMAZ**, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2000.
- LEIPOLD**, Zivilprozessrecht und Ideologie am Beispiel der Verhandlungsmaxime, JZ 1982, s. 441 vd.
- PEKCANITEZ**, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.
- PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001.
- PETERS**, Der Ausforschungsbeweis im Zivilprozess, Köln/Berlin 1966.
- PETSCHKEK/STAGEL**, Der österreichische Zivilprozess, Wien 1963.
- POLLAK**, Sytem des Österreichischen Zivilprozessrechtes unter Einschluss des Exekutionsrechtes, 2. Auflage, Wien 1932.
- PRÜTTING**, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, s. 361 vd.
- RECHBERGER**, Walter H., Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Zivilprozess im Lichte der Maximen, Herausgeber: Yıldırım, M. Kamil, İstanbul 2001, s. 1 vd.
Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts, in: Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, s. 1 vd.
Kommentar zur ZPO, Wien/New York 2000 (Hrsg).
- RECHBERGER/SIMOTTA**, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 5. Auflage, Wien 2000.
- SCHILKEN**, Eberhard, Medeni Yargılamada Hakimin Rolü (Çev.: Deren-Yıldırım, N.), in: İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Derleyen: Yıldırım, M. K.), İstanbul 2003, 3. Bası, s. 43 vd.
Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- STÜRNER**, Die richterliche Aufklärungspflicht im Zivilprozess, Tübingen 1982.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- WACH**, Vortäge über die Reichs-Civilprocessordnung, Bonn 1896.
- WASSERMANN**, Der soziale Zivilprozess, Neuwied/Darmstadt 1978.
- YILDIRIM**, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- ZÖLLER**, ZPO, Köln 1991.

BİLİRKİŞİ DELİLİN MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMU

*Prof.Dr. Kâmil YILDIRIM**

1. BİLİRKİŞİ DELİLİN TARİHÇESİ VE İŞLEVİ

Bilirkişi delilin tarihçesi, şahit, senet, yemin ve ikrar kadar eski değildir. Roma hukukunda taraflar ihtilafa bakmak üzere bir bilirkişi hakim seçmekteydiler¹. Bilirkişi, Ortaçağ Alman hukuku olan Kanonik hukuka uygulanan, ispata muhtaç konuların taraflarca belirlenmesi esasına dayanan Positionalverfahren'da, başlangıçta, kanuni ispat kuralları sistemi² içinde, delil değerini de tarafların belirlediği bir taraf delili olarak kabul edilmiştir. O dönemde, yargılama yazılı olarak yürütülürdü (Aktenprozess), taraflar yargılama sürecini getirdikleri malzeme ile belirlerlerdi, fakat her bir usul işlemi için kesin süreler tayin edilirdi (Positionalverfahren, Artikelprozess), bu ise yargılama sistemini zorlaştırmaktaydı³.

Müşterek hukukta bilirkişi, kısmen kesin bir delil değeri atfedilmeksizin hakim yardımcısı olarak nitelendirilmiştir⁴. Alman hukuku çevresinde (Avusturya ve İsviçre Kantonları da dahil olmak üzere) Cermen hukuku

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Baden-Baden 1967, s. 145; genel bilgi için ayrıca bkz.: Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 3 vd.

² Kanuni ispat sistemi için bkz.: Nagel, s. 166 vd.; Yıldırım, s. 7 vd., 207 vd.

³ Wesel, Geschichte des Rechts, 2. Auflage, München 2000, no. 222.

⁴ Örneğin Endemann, Das deutsche Civilprozessrecht, 1868, s. 732-733.

geleneğinden beri ve 19. yüzyıldaki kodifikasyonlarda da bu fikir benimsenmiştir⁵.

Mukayeseli hukukta, bilirkişinin, bir taraf delili mi yoksa hakim yardımcısı mı olduğu bugün de tartışılmaktadır. Bilirkişinin taraf delili olduğu, Roman hukuk çevresinde cari olmuştur ve bu halen kısmen de olsa İspanya'da geçerlidir⁶. Ancak günümüzde Kıt'a Avrupası hukuk çevresinde egemen olan görüş, bilirkişinin hakim yardımcısı olduğudur⁷. Avusturya hukukunda bir görüşe göre⁸, bilirkişi ilk planda, hakime bir konu hakkında sahip olmadığı bilgiyi sağlayan hakim yardımcısıdır, ancak bundan sonra ikinci planda bilirkişi bir delildir. Hakim yardımcısı işlevinden ötürü, kısmen hakim gibi ele alınır, diğer taraftan kanun onun raporunun, şahit ifadesi gibi bir delil olarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmasını öngörmektedir (§ 367 öZPO). Buna mukabil bilirkişinin konumu uygulamada genellikle hakim gibidir.

Hakimin bağıllığı sadece tarafların anlaşarak seçtikleri isimler yönündendir⁹. Avusturya hukukunda ise hakim bu halde dahi bağılı değildir¹⁰. Özel raporlar, Alman ve Avusturya hukukunda özel belge sayılırlar ve içerikleri mahkeme vasıtasıyla alınan raporların değerlendirilmesinde dikkate alınırlar¹¹.

⁵ Almanya için 1877 tarihli CPO §§ 364 vd., Avusturya için öZPO § 351 vd., İsviçre Kantonları için bkz.: **Habscheid**, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, 1990, no: 669 vd.

⁶ Art. 1242, 1243 Codigo civil.

⁷ **Zöller/Stephan**, ZPO, 17. Auflage, § 402 no: 1. **Nagel**'e göre ise, bilirkişi delil hakim yardımcısı olmaktan ziyade diğer delillerin yanında bağımsız özel bir delildir (s. 375 ve orada dn. 288'de anılan **Blomeyer**, ZPR, Berlin 1963, s. 393; **Schmidhäuser**, Zeuge, Sachverständiger und Augenscheinsgehilfe, ZJP 72 (1959), s. 365 vd., s. 377 vd.). **Bremer**'e göre, hakim yardımcısı betimlemesi hakimin sorumluluğunu hafifleteceği şeklinde bir yanlış anlaşılmaya da yol açabilir (Sachverständige, 2. Auflage, Heidelberg 1973, s. 21).

⁸ **Rechberger**, ZPO Kommentar, vor § 351 no: 2 ve orada anılan **Jelinek**, **Kramer** ve **Fasching** adlı hukukçular.

⁹ Alman hukukunda § 404 ZPO; HUMK. m. 276 I: "Ehli vukuf, iki taraf ittifak edemedikleri halde tahkikat hakimi tarafından intihap olunur."

¹⁰ §§ 351, 352, 183/I b. 4, 363/II.

¹¹ Alman hukuku için bkz.: § 401 ZPO; BGH NJW 1993, s. 2382. **Thomas/Putzo**, 22. Auflage, 1999, s. 3401 no:5. Avusturya hukuku için bkz.: **Rechberger**, ZPO 1994, Vor § 351, no: 8.

Bu tablo, Kıta Avrupası medeni usul hukuklarında liberal anlayışın yerine hakim in davada etkin kılınması esasının benimsenmesi eğilimi ile de uyumludur.

Bilirkişinin işlevi konusunun, Mukayeseli hukukta taraf delili ve hakim yardımcısı açıklamaları çerçevesinde ele alınmasına ve Türk Medeni Usul Kanunu sistematığının nötr bir ifade taşımasına rağmen, Türk literatüründe ağırlıklı olarak, bilirkişinin hakim yardımcısı olduğu ifadesi ile karşılaşılmaktadır¹². Bazı yazarlarca, bilirkişinin hakim in yardımcısı değil, ona yardım eden kişi olduğu vurgulanmaktadır¹³. Bu son ifade, hakim karşısında bilirkişinin konumunu, etkisini nisbileştirmektedir.

Bilirkişilik hakkındaki bir monografide, bilirkişiyi delil mi, yoksa hakim yardımcısı mı saymak gerektiği üzerinde durulmuştur ve Türk hukukunda da, bilirkişi bir yönden ispat vasıtası, diğer yönden hakim yardımcısı sayan bir ara modelin geçerli olduğu ileri sürülmüştür¹⁴. Türk literatüründe dikkati çeken husus bilirkişinin şahit gibi taraf delili olarak nitelendirilip, nitelendirilmeyeceği tartışılmadan, bilirkişinin şahit delil ile karşılaştırılmış olmasıdır¹⁵.

Bilirkişinin yargılamadaki rolü, işlevi bakımından taraf delili ve hakim yardımcısı kavramları karşılaştırıldığında, taraf delilinin hakim in ve hasmın güven duymaması ve bir çok bilirkişiyeye müracaat edilmesi mecburiyetini doğurması gibi olumsuz sonuçları olduğu tespit edilmektedir. Ancak bu, bilirkişi seçiminde tarafların tamamen etkisiz kılınmasına da yol açmamalıdır.

“Bilirkişi hakim yardımcısıdır” ifadesi sözel açıdan vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde hakim in, bilirkişiyeye re’sen

¹² **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 5.Bası, İstanbul 1990, s. 1801; **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 222.

¹³ **Arslan**, Bilirkişi uygulaması Yargıtay Dergisi özel sayısı 1989, s. 156; ve takiben **Aşçıoğlu**, Bilirkişilik Sorunu, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.III, s. 83; **Ulukapı**, Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, Bilirkişilik Sempozyumu-Samsun 2001, s. 291 vd., 292. Ayrıca bkz.: Bilirkişinin usul kanunlarında taraf delili olarak düzenlendiği görüşü için, **Arslan**, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyum, İzmir Barosu, s. 190.

¹⁴ **Tanverdi**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 30 vd., 41 vd., 113. Yazar, Alman hukukçu **Niklisch**’i takiben açıklamalarda bulunmaktadır.

¹⁵ **Örneğin**, **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 653; **Kuru**, C.II, s. 1800.

başvurmasını izaha yardımcı olmaktadır. Ayrıca hakim yardımcısıdır fikri, bilirkişiyi delil saymaya da engel değildir. Bunun mümkün olduğu yukarıda Avusturya hukukuna ilişkin açıklamalardan da rahatlıkla çıkarılabilir.

2. BİLİRKİŞİ DELİLE BAŞVURMA İNSİYATİFİ

Bilirkişiyeye hem taraflar, hem de hakim başvurmak isteyebilir (HUMK. m. 241/II, 226, 275)¹⁶. Hakimin insiyatif kullanabilmesi, bilirkişi hakim yardımcısıdır fikrini de bir ölçüde çağrıştırmaktadır.

Acaba hakim, konu hakkında bilgisi varsa bilirkişiden feragat edebilir mi? Bilirkişi hakim yardımcısıdır görüşü çerçevesinde, burada hakime takdir hakkı tanınması uygun olacaktır¹⁷. Böyle bir durumda, hakimin konu hakkındaki bilgisini, delillerin değerlendirilmesinde detaylı olarak ortaya koyması da beklenecektir. Ancak, konu hakkındaki özel bilgi, başka bir bilim dalının temel eğitimini almayı da gerektirecek nitelikte ise (örneğin tıbbi ihtisas konuları gibi), hakimin yine bilirkişiyeye başvurması mecburiyeti söz konusudur¹⁸.

3. BİLİRKİŞİ VASITASIYLA VAKIA İKAME OLUNABİLİR Mİ?

Bilirkişinin, bilgileri keşif suretiyle, deney yaparak, üçüncü kişilerden veya taraflardan açıklamalar alarak toplamasına bütün hukuk sistemleri izin vermektedir.

Ancak Almanya'nın da aralarında bulunduğu bazı hukuk sistemleri, başlangıçta dikkatli davranmakta ve sadece hakimin görev tevdi ettiği hallerde araştırmaya izin vermektedir (§ 404 a/III-IV ZPO).

¹⁶ Avusturya hukukunda §§ 183/II, 275, 351, 363 öZPO; Alman hukukunda § 144, 358a b.4, 403 dZPO. **Kuru**, C.II, s. 1815 vd.

¹⁷ Bkz.: **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 744 ve orada Alman hukukunda **Pieper**, ZZP 84'deki makaleye atfen yapılan açıklamalara. Federal Almanya'da, Federal Mahkeme heyetten bir üye gereken özel bilgiye sahip ise, bilirkişiyeye başvurulmayacağı fikrindedir (BGH MDR 1961, 784). Karş.: **Pieper**, agm, s.17 vd.

¹⁸ BGH NJW 1993, s. 2378; 1999, s. 863. Ayrıca bkz: **Rechberger**, ZPO Kommentar, Vor § 351 no: 2.

Avusturya ve Fransız modeli ise bilirkişiye serbesti tanımakta, gerekiyorsa hakim bu hususta karar vermesini istemektedir¹⁹. Avusturya modeli daha pratiktir, yargılama hakim kararı nedeniyle geciktirilmemiş olmaktadır. Bilgi vermektan imtina veya bilginin doğruluğu hakkında sonradan şüphe duyulması hallerinde mahkeme devreye girebilmektedir. Fransız ve Avusturya hukukundaki bilgi toplama girişimi için bilirkişiye yetki verilmesi modeli, deliller arasındaki boşlukların doldurulmasına hizmet etmesi bakımından takdire şayandır.

Bir tarafın delil ikamesi söz konusu değil iken, hakimın resen bilirkişiye başvurabilmesi vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesine bir istisna teşkil etmektedir. Mahkeme davaya re'sen yeni vakıalar getiremez. Re'sen başvuru bilirkişi raporundan tarafın dilekçesindeki eksiklikleri giderecek şekilde yeni vakıalar ortaya çıkarsa Alman hukukunda, mahkeme, bunları artık hakimın aydınlatma ödevine ilişkin § 139 ZPO uyarınca davaya dahil edebilir²⁰. Türk hukukunda Medeni Usul Kanunu m. 75/II hükmü uyarınca, hakim, ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia ve sebepler hakkında izahat isteyebilir. Türk hukukunda maddi gerçeğe ulaşmak için bu madde olabildiğince geniş yorumlanmaya çalışılmış ve aydınlatma ödevi gibi iddialı bir terimle anılmıştır²¹. Yukarıda andığımız gibi, uygulamada çıkan bir çok sorunu aşmak için, Alman Medeni Usul Kanunu'nda olduğu gibi, hakime vakıa ve delillerin getirilmesi konusunda daha geniş yetki verecek bir hükme HUMK'da yer verilmesi gerekir.

4. BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Bilirkişi, mahkemece tevdi olunan görevi tarafsız bir şekilde ifa etmekle yükümlüdür (HUMK. m. 276/IV). Söz konusu yükümlülüğe rağmen raporun,

¹⁹ § 359/I, 362/I öZPO, **Rechberger**, § 362, no.2; Fransız hukuku Art. 242 cpc.; Art. 244/II-III cpc.

²⁰ **Zettel**, Der Beibringungsgrundsatz, Berlin 1977, s. 85; 2001 tarihli Reform Kanunu ile ödevin genel bir müzakere ve soru sorma yükümlülüğüne dönüştüğü hakkında bkz.: E. **Becker-Eberhard**, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında, (çev.: N. **Deren-Yıldırım**), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları (Derleyen: N. **Deren-Yıldırım**), 1. Bası, İstanbul 2003, s. 68 vd.

²¹ Bkz.: **Yıldırım**, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 159-163; **Alangoya**, Medeni Usul Hukuku Esasları, s. 311 vd.

tarafli, gerçeğe aykırı verilmesi halinde, zarara uğrayan taraf sorumluluk davası açabilir. Sorumluluk konusu, bilirkişinin hakim yardımcısı veya taraf delili olarak nitelendirilmesi ile ilgilidir. Bilirkişi, salt taraf delili ve tarafın akitteki muhatabı kabul edilirse, ayıplı ifadan dolayı akdi sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Alman hukukunda eskiden, bilirkişi de hakim gibi, ancak kastı varsa sorumlu tutulmaktaydı, sorumluluk açısından hakimlere tanınan imtiyaza sahipti²². Alman Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1978 tarihli ve 84/74 sayılı içtihadından bu yana, literatürdeki hakim fikre göre, bilirkişi kastından başka ağır ihmalden de sorumludur²³. Bu husus, Medeni Usul Kanunu'na 19.7.2002 tarihinde eklenen § 839a ile dahil edilmiştir.

Avusturya hukukunda, önce zarar veren hükmün yargılamanın yenilenmesi yoluyla bertaraf edilmesi şartıyla bilirkişinin sorumluluğuna gidilebilmektedir²⁴.

Türk doktrininde, bilirkişinin hangi fiillerinden dolayı sorumlu tutulacağı tartışmalıdır. Bir fikre göre, bilirkişi yalnız kasten (hile ile) gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması durumunda tazminatla sorumlu tutulabilir. Bunun dayanağı, HUMK. m. 445 b.5 hükmüdür²⁵. Diğer bir fikre göre, bilirkişi, hakimlere tanınan dar sorumluluk şartlarına tabi değildir ve uzmanlık konusuna layıkıyla hakim olan bir bilirkişinin yapmayacağı her kusurdan, hafif bile olsa, sorumlu olacaktır²⁶. Bilirkişiler ne hakimler gibi imtiyaza sahip kılınmalı, ne de her türlü hatasından sorumlu tutulmalıdır, alelaide bir hatadan

²² Türk literatüründe **Kuru**, C.II, s. 1918'de ve **Üstündağ**, s. 756'da anılan Alman Federal Mahkemesi'nin BGH 18.12.1973 tarihli kararı (NJW 1974, s. 312-315).

²³ BVerfG NJW 1979, s. 305; **Zöller/Stephan**, § 402 no: 10. Türk literatüründe **Tanrıver**, Bilirkişinin Etik, Hukuki ve Cezai Açılardan Sorumluluğu, Bilirkişilik Sempozyumu-Samsun 2001, s. 406 vd., 418.

²⁴ **Fasching**, ZPR, no.997.

²⁵ İhmal ile gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olan bilirkişi, haksız fiil hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulursa, çok büyük bir sorumluluk riski altında görev yapmak zorunda kalacaktır ki, bu da onun hakim yardımcısı olması durumuna uygun düşmeyecektir (**Kuru**, C.II, s. 1917). Doktrinde **Tanverdi** ise, söz konusu bendin sadece yargılamanın yenilenmesi açısından getirildiğini, hakimlerin hukuki sorumluluğu açısından bilirkişiye bir gönderme yapılmadığını fikrindedir (s. 223).

²⁶ Fransız hukukundaki bilirkişiye isnat olunan kusurun ispatı hususunda müşkül pesent davranıldığı hakkındaki açıklamalar için de bkz.: **Postacıoğlu**, s. 656, dn. 18.

da sorumlu olurlarsa bu, kurumun bağımsızlığını da zedeler, sorumluluk, ancak, belirli ve ağır hatalar bulunması haliyle sınırlı tutulmalıdır²⁷.

5. BİLİRKİŞİ DELİLİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilirkişi raporunu hakim serbestçe değerlendirir (HUMK. m. 286)²⁸. Medeni Usul Kanunu'nda bu açıkça ifade edilmemiş olsa da, mukayeseli hukukta cari olan, hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi kuralının doğal olarak bilirkişi raporunu da kapsadığı kabul edilmektedir.

Rapor, çelişkili, eksik veya muğlak olduğu için hakim raporu yeterli bulmaz ise, tarafların iradelerine, özel bir dilekçe vermelerine bağlı olmaksızın yeni bir rapor düzenlenmesini ister (HUMK. m. 283, 284)²⁹.

Hakimin, raporla bağlı olmadığı fikri yaygın ise de, hakim delillerin değerlendirilmesinde olgusal sınırlar olan mantık ve düşün kanunlarıyla ve bilimsel tahkikat metotlarıyla bağlıdır. Bu yönlerden mahkemenin kararları, üst mahkemelerin denetimine tabidir³⁰.

Türk hukukunda Yargıtay bazı kararlarında, bilirkişi mütalaası ile hükmedilebilmesi için bunlarda kesinlik aramaktadır. Bir görüşe göre, Kanun böyle bir kesinliği aramamaktadır, hakim takdir hakkını rasyonel esaslara göre kullanmış olması yeterlidir³¹.

Hakimin, bilirkişi raporuyla özel bilgiye ulaştıktan sonra, rapora aykırı karar verebilip, veremeyeceği Türk doktrininde tartışmalıdır. Bir görüş ve Yargıtay'ın bazı içtihatları, hakim buna yetkili olduğunu savunmaktadır³².

²⁷ Bir görüşe göre, bu noktada tarafların da, bilirkişi raporuna itiraz imkanı bulunduğu dikkat edilmelidir (**Pekcamtez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001, s. 432).

²⁸ Nöşatel CPC Art. 281 (eski Art 257); Fransız CPC Art. 246.

²⁹ § 412/I dZPO; § 362/II öZPO; Fransız CPC Art. 245/II, 264.

³⁰ Olgusal sınırlar hakkında geniş bilgi için bkz.: **Yıldırım**, s. 177-206, s. 200 vd. ve orada anılan mukayeseli hukuk; ayrıca bkz.: **Tanverdi**, s. 115 vd.

³¹ **Postacioğlu**, s. 655. Doktrinde, bu durumu karmaşık ifade edenler de vardır örneğin, **Ulukapı**, s. 308.

³² **Kuru**, C.II, s. 1899 vd.; **Alangoya**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 391, 392. Yargıtay kararına örnek olarak: I.HD., 10.11.1994 tarih, 11683/14123, YKD 1995/5, s. 718; **Arslan**, Yargı Reformu 2000, s. 207 ve orada anılan Yargıtay 4. HD.'nin

Diğer bir görüş ise, hakimın edinebileceği bilginin sınırlı oluşundan kaynaklanan sakıncalara dikkat çekmektedir³³.

Alman hukukunda, eksik ve anlaşılmayan raporlara karşı hakim, bilirkişiden ek rapor, açıklama almadan kendi bilgisiyle farklı bir değerlendirme yapamaz. Çelişkili raporlar karşısında, doğru ve eksiksiz olanı bunun gerekçelerini zikrederek takip eder. Her ne kadar bilirkişi raporunun eleştirel değerlendirilmesi ve şahsi kanaate ulaşılması zorunluluğu varsa da, hakim bilirkişilerden daha iyi bildiğinden hareketle bilirkişi raporundaki görüşten ayrılmaktan kaçınmalıdır. Zira, o özel bilginin kendisinde bulunmaması ve boşluğun bilirkişi aracılığıyla doldurulması amacıyla bilirkişiye başvurmuştur³⁴.

Avusturya'da 1983 yılında § 364'de yapılan değişiklik ile, hakimın gereken özel bilgiye veya teamüle ulaştığı takdirde, tarafların da muvafakati olması şartıyla bilirkişiye gerek olmayacağı esas getirilmiştir³⁵.

6. SONUÇ

21. Yüzyılda, bir önceki yüzyılın başında tasavvur edilmesi imkansız olan bir tabloyla karşılaşmıştır. Hukuk davalarının sayısı anormal şekilde artmış, dava konuları vakıalar ve hukuki bakımdan giderek daha zor problemler haline almış; bir hayat olayı hakkında hüküm verilebilmesi için belirli özel bir bilgiye ihtiyaç duyulması nedeniyle, giderek daha çok bilirkişiye başvurulur olmuştur. Bütün bu hususlar, devletleri olağan yargılamalarının yapısını sabitleştirmeye, sık görülen davalar için basit usulleri tatbik³⁶, çeşitli uzlaşma prosedürlerinin tanınmasına ve medeni yargılamada

9.4.1984 tarih ve 3007/3527 sayılı içtihadı: "...Davanın eriştiği bu noktada, basit bir matematiksel işlemle doğru bir sonuca varılabilirdi..."

³³ Üstündağ, s. 755; Bilge/Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 550; Tanverdi, s. 123.

³⁴ Zöller/Stephan, § 402 no: 7.

³⁵ Rechberger, ZPO Kommentar, § 364 no:1-2; Rechberger/Simotta, no: 601 ve orada tarafın muvafakati şartı getirilmesinin eleştirisi için Fasching, no: 856.

³⁶ Yargılama usulleri ve özellikle basit usulü muhakeme hakkında bakınız son olarak: M.K. Yıldırım, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, E. Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467 vd., özellikle s. 473.

da bilgisayar teknolojisinden mümkün olduğunca yararlanmaya yöneltmektedir.

Mukayeseli hukukta medeni usulde modern bilgisayar tekniğinin kullanımında da doğal sınırlara ulaşılmış olduğu kabul edilmektedir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesinde, kanunun yorumunda ve altlamada sorumlu karar verici olarak insanın yerinin doldurulması sözkonusu değildir³⁷.

Medeni yargılama hukukuna ilişkin bu olgular çerçevesinde, bilirkişi delilin bir taraf delili olmaktan çok hakim yardımcısı olarak nitelendirilebileceği; sıklıkla başvurulmasını yadırgamamak ve bundan şikayetçi olmamak gerektiği düşünülmektedir. Ancak bilirkişi seçiminde hakimin özen göstermesinin gerekliliği ve ayrıca hakimin raporla bağlı olup olmaması meselesinde hakimin esasen mantık ve düşün kanunlarıyla bağlılığı olgusunun önemi de vurgulanmalıdır.

³⁷ **Rechberger**, Rückblick auf das Prozessrecht des 20. Jahrhunderts, Aktuelle Entwicklung des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrecht, Bielefeld 2002, s. 1 vd., 7, 20.

AVUKATIN UZLAŞMA SAĞLAMA YETKİSİ (Avukatlık Kanunu m.35/A)

*Prof.Dr. Ejder YILMAZ**

A. GİRİŞ

Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı Kanunla değişik 35/A maddesi ile avukatlık mevzuatımıza yeni bir hüküm (ve hatta müessese) eklenmiştir.

“Uzlaşma Sağlama” kenar başlığını taşıyan bu hükme göre:

“**Avukatlar** dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz **duruşma başlamadan önce** kendilerine intikal eden iş ve davalarda, **tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara** inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya **davet edebilirler**. Karşı taraf bu davete icabet eder ve **uzlaşma sağlarsa**, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren **tutanak**, avukatlar ile müvekkilleri tarafından **birlikte imza** altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında **ilâm niteliğindedir**”.

Maddenin konuluş gerekçesi şöyledir: “Maddeyle getirilen düzenlemeyle mahkemelerin iş yükünün azalması amaçlanmaktadır. Buna göre dava açılmadan evvel veya dava açılmakla beraber duruşmaya başlanmadan önce avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucunu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, karşı taraf avukatını uzlaşmaya davet edebilecektir. Taraf vekilleri ve müvekkilleri

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hazır oldukları halde düzenlenen uzlaşma metni İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde sözü edilen ilam niteliğinde olacaktır”¹.

Bu hükümlerle ilgili olarak, Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 16 ncı maddesinde “uzlaşma müzakereleri”ne, 17 nci maddesinde “uzlaşma tutanağının şekli”ne ilişkin düzenlemeler yapılmış ve ayrıca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne (m.16) uzlaşma tutanağının hazırlanması ücretine dair hüküm konulmuştur.

B. SÖZKONUSU DÜZENLEMENİN YARGILAMA HUKUKUNDAKİ ÖNEMİ

Mahkemelerin aşırı iş yükü altında buldukları, hakim kadrolarının yeterli olmadığı, hakimlerin ve mahkemelerin maddi yönden yeterli donanıma sahip bulunmadıkları, hakimlerin ve avukatların yeterince yetiştirilmedikleri; bunların sonucunda, adalet dağıtımının yeteri kadar etkin, verimli ve hızlı olamadığı; adaletin geciktiği, geciken adaletin ise, gerçek adalet olmadığı; yargılama faaliyetlerinin pahalı olduğu gibi şikayetler, hepimizin malûmudur. Bu hususlar, hemen hemen her adli yılın açılışında Yargıtay Başkanı ve / veya Türkiye Barolar Birliği Başkanı tarafından, devletin en üst yöneticilerin önünde tekrarlanır ve yainlanır durur².

Keza bu hususlar, bilim adamları tarafından da çeşitli vesilelerle “bıkmadan usanmadan” çok sık bir şekilde dile getirilirler³.

Aslında bu şikayetler yalnızca bizim ülkemize özgü değildir; gelişmiş ülkelerde de benzeri şikayetler mevcuttur.

Öte yandan, bireylerin hukuk kurallarına tam olarak uymaları, birbirlerinin haklarına saygı göstermeleri, sulh / sükûn içerisinde yaşamaları ve aralarında hukuksal uyuşmazlıkların çıkmaması, çıkan uyuşmazlıkların ise,

¹ “Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile... Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/422, 1/411, 2/317), Dönem: 21, Yasama yılı: 2, TBMM S.Sayı 413.

² Bkz. Derli toplu bir yayın olarak örneğin: Yargıtay Birinci Başkanlarının Adli Yıl Açılış Konuşmaları, 1943-1993 (Derleyen: Ali Rıza Geniş), Ankara 1993.

³ Örneğin, Ejder Yılmaz, Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s.470-493; Ejder Yılmaz, Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996) s. 55-76.

taraflar arasında sulhen çözümlenmesi toplumsal barışın arzuladığı bir amaçtır. Bu nedenle, “bir uyuşmazlıkta sulh sonucu elde edilen en kötü sonuç, aynı konudaki en iyi mahkeme kararından daha iyidir” yolundaki tekerleme anlamlıdır.

Arzu edilen ideal durum bu olmasına rağmen, gerçek hayatta yaşanan sorunlar sebebiyle tüm Dünyada bilim adamları, uygulamacılar, yöneticiler ve politikacılar, uyuşmazlıkların sulhen sonuçlanmasını, adalet hizmetlerinin yeterince etkin, verimli ve hızlı yürütülmesini sağlayıcı çözümler üzerinde çalışılmaktadır. Bu çözümlerden biri de, “alternatif uyuşmazlık çözümü (alternatif dispute resolution; kısa adı ile ADR)” yollarıdır. Bu yollar, tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme, çözüm haftası, tespit duruşması ve kısa jüri yargılaması gibi yöntemlerdir⁴.

Üzerinde uzun zamandanberi çalışılan “alternatif uyuşmazlık çözümü yolları”, yavaş yavaş ülkelerin mevzuatında yerini bulmaya başlamıştır. Bunun öncülüğünü Amerika Birleşik Devletleri yapmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri bölge mahkemelerinde 1970 yılında arabuluculuk ve tahkim programları uygulanmaya başlanmış; 1980’de kısa jüri yargılaması, tarafsız ön değerlendirme yolları yenilik olarak ortaya çıkmış; 1988’de bazı federal bölge mahkemelerine cebri tahkim programı uygulama yetkisi verilmiş; 1990’da kabul edilen Civil Justice Reform Act (Medeni yargı Reformu Kanunu) ile tüm bölge mahkemelerinde “alternatif uyuşmazlık çözümü”nün geliştirilmesi hedeflenmiş, bölgesel hukukçuların, bilim adamlarının ve yurttaşların katılım ve yardımlarıyla, medeni yargıdaki gecikmenin önüne geçilmesi ve giderlerin azaltılması için bir plan yapılmıştır. Bu arada, American Bar Association (Amerika Barolar Birliği)’in çabalarıyla Federal Hükümet, dava sayısının azaltılmasını ve medeni yargı sisteminin gelişmesini teminen “alternatif uyuşmazlık çözümü” tekniklerinin daha çok kullanımını teşvik etmeye başlamıştır. Bu arada, 1990 yılındaki bir düzenleme ile idari davalarda “alternatif uyuşmazlık çözümü” usullerinin kullanımına da olanak tanınmıştır⁵.

⁴ Bkz. Mustafa **Özbek**, Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk (Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s.113 vd).

⁵ Bkz. **Özbek** s.118-119.

Amerika'daki bu gelişmeler, Anglo Sakson ülkelerini (İngiltere'yi ve Avusturalya'yı) de hemen etkilemiştir. Buna karşılık, Kara Avrupası Ülkeleri'nin etkilenmesi biraz daha ağır yürümektedir⁶.

Gözlemlenen gelişmelere bakıldığında, "alternatif çözüm yolları"nın yasama organları tarafından gittikçe rağbet bulacağı kolaylıkla söylenebilir.

"Alternatif uyuşmazlık çözüm"ü, çok genel bir tanımlama ile , Devletin, yargı işlevini yürütmek üzere oluşturduğu mahkemelerin (diğer bir ifadeyle, devlet mahkemelerinin) yanısıra tarafsız üçüncü kişi / kişiler eliyle uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olunmasıdır.

"Alternatif uyuşmazlık çözümü" yollarının bugüne kadar bilinenlerin başında tahkim yolu gelmektedir. Tahkim özellikle son çeyrek yüzyılda bütün dünyada eskiye oranla inanılmaz ölçüde gelişim göstermiştir. Bu gelişim ülkemizi de etkilemektedir. Son zamanlarda tahkim mevzuatımızda yapılan değişiklikler ve yenilikler bunun delili niteliğindedir⁷.

Tahkim, özel bazı uyuşmazlıklar bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Tüketicinin Korunması Kanunu (m.22) tahkim ile ilgili yenilikler içermektedir.

Tahkimin yanısıra, "alternatif uyuşmazlık çözümü" yollarından olan arabuluculuk kurumunun özellikle Amerika Birleşik devletlerinden başlayarak yavaş yavaş diğer ülkelerde de kabul edilmeye başlandığı görülmektedir.

Arabuluculuk kurumun temelinde, bizim hukuk sistemimizde de bilinen sulh kurumunun olduğu söylenebilir.

Bilindiği üzere, davayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan sulh⁸ mevzuatımızda ayrıntılı bir şekilde (bir kurum olarak) düzenlenmiş değildir. Ancak hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda hem de Medeni Kanun gibi çeşitli yasalarda sulh ile ilgili çeşitli hükümler vardır ve taraflar sulh yoluyla davayı sona erdirebilirler.

⁶ Nedenleri hakkında bkz. Peter Gilles (çeviren: Ejder Yılmaz), Alman Hukuk (Medeni) Yargılaması Örneğinde Devlet Mahkemelerinin Aşırı İşyükü ve Bu Yükün Azaltılması Hakkında Stratejiler (Ankara Barosu Dergisi, 1992/5, s.749-770).

⁷ Bu konuda bkz. Ejder Yılmaz, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000) s.268 -286.

⁸ Bkz. Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun “Tahkikat” üst başlığını taşıyan hükümlerden 213 üncü maddeye göre, “Davanın her aşamasında hakim iki tarafı ve vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir ve **sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulha da teşvik edebilir**”.

Ancak itiraf edelim ki, uygulamada hakimlerin tarafları sulhe teşvik ettiklerine pek rastlanmamaktadır.

Kişisel gözlemlerime göre, bunun en önemli nedenlerinden biri sulhün uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların arasını bularak onları uzlaştırabilme işinin zaman ve sabir isteyen bir iş olması ve aşırı iş yükü altında bulunan hakimin buna olanak bulamamasıdır.

Bir başka neden ise, tarafları sulhen anlaştıırabilme işinin deyiş yerinde ise bir “maharet” olmasındadır. Türk hukukçusu böyle bir maharet için eğitilmemektedir. Hata, genel düzeyde Türk insanının genel olarak eğitilip yetiştirilmesinde “uzlaşmacılık” üzerinde hemen hemen hiç durulmamaktadır.

Oysa, bugün başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, kişiler daha çocuk yaşta iken “uzlaştırma” fikrine alıştırılmakta, okullarda bu konu üzerinde hassasiyetle durulmaktadır. Keza hukuk fakültelerinin ders programlarında uzlaşmacılık üzerine dersler bulunmakta; hukukçular mesleklerini icra ederken bu konuda meslek içi eğitim almakta ve çeşitli kurslara katılmaktadırlar.

Öte yandan hukukçularımız, arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemlerini de bilmemektedirler. Çünkü bu konuda, düzenleme eksikliği vardır.

İşte, Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi hükmü, bu yönde değerlendirilmesi gereken bir hüküm olup; bu müessese, Batı ülkelerindeki “alternatif uyuşmazlık çözümü yolları”dan biridir. Bu hüküm sayesinde normatif kurala bağlanmıştır.

C. AVUKATLIK KANUNUNUN 35/A HÜKMÜNÜN İNCELENMESİ

Avukatlık Kanunu’nun 35 inci maddesine göre uzlaşma sağlanması halinde düzenlenen tutanaklar, ilâm hükmünde belgelerdir. Bu haliyle, kanunun aradığı usul ve şartlara uygun olarak düzenlenen tutanağa, mahkeme kararına (ilâma) eş nitelik tanınmıştır.

Hem söz konusu belgenin önemi hem de uygulanabilirliği açısından, 35/A hükmünün usul ve şartlarını iyi belirlemek gerekmektedir:

I. Uzlaştırmanın Avukatlar Tarafından Yapılabilmesi

Avukatlık Kanunu m.35/A hükmü, yalnız avukatlara tanınan bir yetkidir. Bu durum, avukat olmayan kişilerin de herhangi bir uyuşmazlığı taraflarının kendi aralarındaki uyuşmazlığı sulhen çözümü için faaliyette bulunmalarını yasakladığı anlamına gelmez. Ancak, üçüncü kişilerin bu tür faaliyetleri, 35/A hükmünün doğurduğu hukuki sonucu (“ilâm niteliğinde” belge olma özelliğini) kesinlikle doğurmaz.

II. Uzlaştırma Yapılabilme Zamanı

35/A hükmü, taraflar arasında uzlaşma sağlamayı belli bir zamana bağlamak istemiştir. Bunun için kullanılan ifade şöyledir: “Dava başlamadan önce veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda ... karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler”.

Zaman olarak burada kullanılan ölçüt, “**duruşma başlamadan önce**”dir. Burada kullanılan “duruşmanın başlaması” ibaresi alışılmış bir usul terimi değildir. Bunu davanın “**ilk duruşmasından önce**” şeklinde anlamak daha doğru olur. Elbette ki, bu ibare davanın açılmadığı bir dönemi de kapsar.

“Duruşmaya başlamadan önce” yapılması gereken iş nedir? Yalnızca uzlaşmaya davet mi, yoksa uzlaşma görüşmelerinin de bitirilerek tutanağının imzalanması mı? Kanımca, burada Kanunun aradığı husus, en geç ilk duruşmadan önce uzlaşma **çağırısının** karşı tarafa yapılmış olmasıdır⁹. Aksi takdirde davanın açılmasından ilk duruşmaya kadar geçecek olan sürenin kısalığı, uzlaşma yapılabilmesine fiilen (pratik olarak) olanak tanımaz.

Aslında, uzlaşma çağırısı için böyle bir zaman sınırı da aranmayabilirdi. Çünkü önemli olan tarafların uzlaşmasıdır ve dava bitinceye kadar avukatların bu yetkisinin devam ettirilmesinde herhangi bir sakınca olmamak gerekir. Gerçi, davanın görülmesi sırasında tarafların uzlaşmaya varması halinde, mevcut hukuk sistemimizde olduğu gibi, bu durum, bir mahkeme içi sulh olarak değerlendirilebilir ve bu işin mahkeme yapılabileceği düşünülerek bir

⁹ Bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s. 84.

sınır getirildiği akla gelebilirse de¹⁰, önemli olan tarafların uzlaştırılması sonucu olduğuna göre, avukatın uzlaştırma girişimini her zaman yapabilmesine olanak vermek, kanunun amacına daha uygun olurdu. Bu nedenle kanunun buradaki hükmü, olması gereken hukuk bakımından yeniden gözden geçirilmelidir.

Kaldı ki, bir an için her iki taraf da uzlaşmaya hazır iseler, avukat (ilk duruşmadan önce çağırma yapmamış dahi olsa, aralarındaki uyuşmazlığa her zaman son verebilirler. Bunun adının mahkeme içi sulh olup olmamasının da önemi yoktur. Hatta “duruşma başlamadan önce” yapılması şartının, bir an için kanunun mutlak surette aradığı bir şart olduğu varsayılsa bile, tarafların kendilerine, duruşmadan önce çağırma yapılmış gibi tutanak düzenlemeleri halinde de kolaylıkla sonuca varılabilecektir.

Kanun avukata, dava açılmadan dahi kendisine intikal eden işler bakımından uzlaşma sağlama yetkisini vermektedir. Bu nedenle, avukat henüz dava açmadan, karşı tarafa çağırıda bulunabilir ve karşı tarafın bu çağırma olumlu cevap vermesi ve sürdürülen görüşmelerin uzlaşma ile sonuca vardırıması halinde uzlaşma tutanağı düzenleyebilir. Diğer bir deyişle, herhangi bir dava açılmadan dahi taraflar arasında uzlaşma sağlanabilir. Yani, uzlaşma sağlanması ve ilâm niteliğindeki uzlaşma tutanağının düzenlenmesi için dava açılması şartı bulunmamaktadır.

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, “uzlaşma sağlama (azlaştırma)”nın amacı, mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğuna göre, herhangi bir dava açılmadan uzlaşmanın sağlanmış olması, dava açılıp da dava sırasında uzlaşma sağlanmasına oranla yasa koyucunun amacına daha da uygun düşmektedir.

III. Uzlaştırmanın Konusu

Uzlaştırmanın konusu yalnızca, “**tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konular**”a münhasırdır. Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun, “Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde (meselelerde) tahkim cereyan etmez” diyen tahkim ile ilgili 518 hükmü ile paraleldir.

¹⁰ Güner, s. 84.

Diğer bir ifadeyle uzlaştırma, tarafların arzularına tâbi hususlar bakımından mümkündür. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları konularda uzlaştırma yapılamaz. Örneğin kamu düzeni ile ilgili konularda (boşanma, babalık, velayetin kaldırılması vb) uzlaştırma yapılması mümkün değildir.

Bu vesileyle Yargıtay'ın tahkimle ilişkin 518 inci madde uygulamasıyla ilgili olarak, "iki tarafın arzularına tabi olmayan işler"i oldukça geniş yorumladığına ve tahkimin uygulama alanını daralttığına dikkat çekmek isterim. Yargıtay'a göre, örneğin iş uyuşmazlıkları, kira tespiti işleri, kat mülkiyetinde kat malikleri arasındaki uyuşmazlıklar gibi bazı işler, iki tarafın arzularına tabi olmayan işlerdir ve buralarda tahkim cereyan etmez¹¹. Yargıtay'ın bu uygulamasına katılmamaktayım.

Yargıtay'ın Avukatlık K. m.35/A uygulamasında da aynı görüşü sürdüreceği halinde, bu tutumun kanun koyucunun sözkonusu hükmü koyarken güttüğü "mahkemelerin işini azaltmak" amacı ile ters düşeceğini değerlendirmekteyim.

Şayet iki tarafın arazındaki uzlaşma tutanağı, kendi arzularına tabi olmayan (tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edemeyecekleri) bir konuya ilişkin ise, icra müdürünün ilâmlı icra takibini kabul etmemesi ve icra emri göndermemesi gerekir. Aksine davranış ile borçluya icra emrinin gönderilmesi halinde, bu süresiz şikayete tâbi olmalıdır.

IV. Karşı Tarafın Müvekkil ile Birlikte Çağırılması

Uzlaşma da bir sözleşme biçimine bürüneceğinden, karşı tarafa bu konuda öneride bulunulması gerekir. Bu sebeple, karşı tarafın uzlaşmaya çağırılması (davet edilmesi) zorunludur.

Kanun (m.35/A) bu çağırının yalnızca avukat tarafından yapılmasına olanak vermemekte ve çağırıcıyı müvekkili ile birlikte yapılmasını öngörmektedir. Bilindiği gibi, avukatın sulh yapabilmesi için vekaletnamesinde özel yetkinin (HUMK m.63) bulunması gerekir. Uzlaştırmaya çağırıcı ve uzlaştırma için ise avukatın vekaletnamesinde sulh yetkisinin bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur; çünkü, çağırıcı asıl taraf (müvekkil) ile birlikte yapılmaktadır. Avukatın vekaletnamesinde böyle bir yetkisi bulunmasa dahi, müvekkili de

¹¹ Bkz. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt IV, İstanbul 2001, s.5945 vd.

çağırığa iştirak ettiği içindir ki, vekaletnamesinde uzlaştırma yetkisinin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur.

Çağırığı, taraflardan herhangi birinin (davacı veya davalı) avukatı ile onun müvekkili tarafından yapılır.

Kanunda çağırığı (davet) usulü ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, çağırığı yazılı da sözlü de yapılabilir. Toplantı yeri ve tarihi de tarafların mutakabâtı ile kararlaştırılacağı işin doğası gereğidir. Bu nedenle, Avukatlık Yönetmeliği'ne (m.16,IV) göre, uzlaşma önerisinde bulunan avukat, önerinin kabulü halinde uzlaşma müzakerelerinin yapılacağı yeri ve zamanı karşı tarafa bildirir. Çağırığı ile birlikte toplantıda görüşülecek konuların neler olduğunu içeren bir gündem hazırlanarak karşı tarafa ulaştırılması uygun olur. Müzakerelerin yapılmasını daha da kolaylaştırabileceği için mümkünse, gündemin karşı tarafla birlikte kararlaştırılması da tavsiye olunur.

V. Karşı Tarafın Daveti Kabul etmesi ve Uzlaşmaya Varılması

Karşı taraf daveti kabul ederse, taraflar arasında uzlaşma görüşmeleri başlar (Av.K. Yön. m.16).

Kanun, çağırığı yapan avukatın müvekkili ile birlikte çağırığı yapacağını açıkça düzenlerken, karşı tarafın avukatının bulunup bulunmadığı konusunda tam bir açıklık içermemektedir. Eğer karşı taraf davasını bizzat kendisi takip ediyorsa (yani, avukatı yoksa) onu avukat tutmaya zorlamak mümkün olmadığından, karşı tarafın bizzat kendisi uzlaşma görüşmelerini yapar. Karşı tarafın da avukatı varsa, müvekkilinin arzusunun göre avukatı da bu müzakerelere katılabilir.

Av.K.Yön. m.16,V'e göre, uzlaştırma müzakereleri, aksi kararlaştırılmadıkça yalnızca uzlaşmazlığın taraflarının ve avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilir. Ancak taraflar isterlerse kendi teknik elemanlarının ve hatta her iki tarafın tanıklarının da müzakerelere katılmasını isteyebilirler. Kanımca tarafların bunlar dışında konunun uzmanlarının da toplantıya katılmalarını istemeleri uygun olur; ki, bunlar adeta davadaki bilirkişilerin işlevini göreceklerdir.

Uzlaşma müzakereleri, avukatlar tarafından yönetilir ve sırasında avukatlar, taraflara hukuki durumları hakkında bilgi verir, çözüm önerilerinde

bulunur ve uzlaşmaları konusunda tarafları teşvik ederler (Av.K.Yön. m.16,II).

Davanın tarafları, insani ilişkiler açısından birbirinden kopmuş ve deyiş yerinde ise adeta hasım haline gelmişlerdir. Bu yüzden, her iki tarafın içinde buldukları psikolojiden uzaklaştırılmaları ve aralarındaki soğukluğun giderilmesi, uzlaştırmanın temel koşuludur. Tarafların dava açılmakla içinde buldukları olumsuz ruh hallerini yumuşatmak bakımından müzakereleri yürüten avukatlara çok iş düşmektedir. Müzakerelerin “ılımlı” bir havada başlaması ve bitirilmesi esastır. Bu sebeple, müzakerelerden önce her iki taraf avukatının kendi aralarında biraraya gelerek, havayı nasıl yumuşatacaklarını ve görüşmeleri nasıl yürütecekleri konusunda görüş alışverişinde bulunmaları uygun olur. Deyiş yerinde ise, taraf avukatlarının uzlaştırma ortamını hazırlamalarının, müvekkillerini ikna etmek bakımından büyük önem taşıdığıının bilincinde olmaları ve ona göre davranmaları gerekir.

Avukatlar, uzlaşma müzakereleri sırasında, uyuşmazlığın tarafları arasında yansız bir şekilde hareket etmeye ve taraflardan hiçbirinin etkisi altında kalmaksızın tarafları uzlaştırmaya özen gösterirler (Av.K.Yön. m. 16,III).

Bu noktada avukatların, davanın sürdürülmesi halinde ne gibi hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalınacağını açık açık anlatmaları uygun olur. Unutulmamalıdır ki, avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamaktır . Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetlerine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder (Av.K. m.2).

Uzlaşma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyanlar ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması halinde geçerli olmayıp, uzlaşma konusuyla ilgili olarak açılmış veya daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz (Av.K.Yön. m.16,VI).

Uzlaşma müzakerelerinin ne kadar süreceği, bu amaçla kaç kez bir araya gelineceği konusunda herhangi bir kural konulamaz. Bu husus, her bir olayın özelliğine ve davanın taraflarının tutumlarına göre değişir. Müzakereler

tarafların uzlaşmaya varmasına kadar veya uzlaşmaya varılamayacağıının anlaşılmasına kadar devam eder.

VI. Uzlaşma Sağlanması Halinde Tutanak Düzenlenme

Kanun'a (m.35/A) göre, müzakerelerin sonucunda uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini; tarihini karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bir tutanak düzenlenir ve tarafların avukatları ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır.

Avukatlık Kanunu Yönetmeliği (m.17) uzlaşma tutanağının şeklini ayrıntı ile düzenlemiştir. Buna göre:

Uzlaşma müzakereleri sonunda anlaşma sağlanması halinde uzlaşma konusu ve uzlaşma sonucunda alınan kararlar, müzakerelere katılan avukatlar ve anlaşmazlığın taraflarınca en az iki nüsha olarak tanzim olunacak bir tutanakla tespit edilir ve imza altına alınır (Av.K.Yön. m.17,I).

Bu tutanağın şu hususları içermesi gerekir:

- a) Müzakerelere katılan avukatların adı, soyadı, adres ve bağlı oldukları Baro sicil numaraları,
- b) Tutanağın düzenlediği yer ve tarih,
- c) Tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin, tercüman tanık ve bilirkişilerin kimlik ve ikametgahları,
- d) Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa ve özlü bir şekilde anlatılması ve uzlaşmanın konusu,
- e) Uzlaşma konusunda varılan anlaşma,
- f) Uzlaşma müzakerelerine katılan tarafın ve avukatların imzaları (Av.K.Yön. m.17,II).

Uzlaşma sonucu kısmında, uyuşmazlığın ne şekilde çözüldüğünün, uzlaşma giderlerinin, uzlaşma dava açıldıktan sonra yapılmışsa, yargılama harç ve giderlerinin paylaşırma şeklinin, tarafların talep sonuçlarından her biri hakkında verilen karar ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir (Av.K.Yön. m.17,III).

Uzlaşma neticesinde düzenlenen tutanak, ilam hükmünde sayıldığından, bu tutanağın son derece dikkatli hazırlanması ve hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde düzenlenmesi gerekir. Aksi takdirde, icra aşamasında ortaya çıkabilecek tereddütler nedeniyle uzlaştırma amacına ulaşmayabilir. Özellikle, uzlaşmanın şarta bağlanmış olması halinde de, ileride icra aşamasında şartın yerine getirilip getirilmediği yönündeki itirazlar nedeniyle ilamlı icra amacına varmayabilir.

Bilindiği gibi sulh uygulaması bakımından da, sulhün şarta bağlı olması durumunda şarta bağlı hüküm tesis edemeyeceğinden, mahkeme “karar verilmesine yer olmadığı” yolunda karar verir. Sulh şarta bağlı değilse ve taraflar mahkemeden yalnızca sulhü tespit etmesini isterlerse, mahkeme keza “karar verilmesine yer olmadığı” yolunda karar verir. Buna karşılık taraflar, mahkemenin şarta bağlı olmayan sulh anlaşmasına göre karar vermesini isterlerse, mahkeme sulh anlaşmasına göre karar verir¹². Kanımca sulh halinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı mahkeme kararı ile çözümleme bakımından, yukarıdaki sonuncu ihtimal en çok tercih edilen yöntem olmalıdır.

Taraflar arasındaki “uzlaşma”ya bu açılardan bakıldığında ve buna ilişkin olarak düzenlenecek olan tutanağın ilam niteliğinde belge olması değerlendirildiğinde; tutanağı düzenleyecek olan avukatların “uzlaşma tutanağı”nı (olabildiğince) şarta bağlamadan ve ortada adeta mahkemenin bir ilamı varmışçasına hazırlamalarının pratik (uygulamasal) önemi açıktır.

Avukatlık Kanununun 35/A maddesinin uygulaması zamanla gösterecektir ki, taraflar arasındaki uyuşmazlığı en iyi biçimde çözen, tutanağı açık bir şekilde düzenleyen ve böylece yeni uyuşmazlıklar çıkmasına meydan vermeyen avukatlar, “uzlaştırma avukatı” olarak ünleneceklerdir.

Uzlaşma tutanağının aslı, tutanağı düzenleyen avukat ya da avukatlarda kalır ve örneği taraflara verilir (Av.K.Yön. m.17,IV).

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne (m.16) göre, uzlaşma tutanağının hazırlanmasında, konusu itibarıyla görevli mahkemeler için, Tarife’nin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin 1/2’si uygulanır (karş. Tarife m.7). Aslında bu avukatlık ücretinin miktarı, hangi tarafın ödeyeceği ve benzeri hususlar, yukarıda belirtildiği üzere tutanakta yargılama giderleri arasında ayrıca

¹² Bkz. **Kuru**, cilt IV s.3578 vd.

düzenleneceğinden (Av.K.Yön. m.17,II), Tarife'nin sözkonusu hükmünün pratik anlamı pek kalmayacaktır.

Davadan önce (dava dışarıda) veya davanın açılmasından sonra (dava sırasında) hazırlanan uzlaşma tutanağı, hakimin (mahkemenin) tasdikine tâbi değildir.

Bununla birlikte, eğer taraflar isterlerse, bu uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz ederek, mahkemenin bunu sulh şekline dönüştürmesini isteyebilirler. Bu durumda, mahkeme sulh üzerine gerekli karar ne ise o yolda hareket eder.

Taraflar isterlerse, bu uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz etmezler ve ancak haricen anlaştıklarını mahkemeye beyan edebilirler.

Taraflar isterlerse, duruşmaya gitmeyerek davayı takipsiz bırakma yoluyla dosyanın işlemden kaldırılmasını ve üç ay içinde yenileme talebinde bulunmayarak davanın açılmamış olmasını sağlayabilirler (HUMK m.409).

VII. Uzlaşma Tutanağının İlâm Niteliğine sahip Olması

Uzlaşma tutanağı, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında **ilâm niteliğindedir**. Dolayısıyla, ilâmların icrası hükümlerine tâbidir.

D. SONUÇ

Avukatlık Kanununun 35/A maddesi ile avukatlara önemli bir yetki verilmiştir. Bu yetkinin iyi bir şekilde kullanılması ve bu yolun işler hale getirilmesi durumunda, çağdaş ülkelerde olduğu gibi, mahkemelerin iş yükünün azalması sonucu ortaya çıkabilecektir.

Hükmün hakkıyla uygulanabilmesi, hukukçuların, öncelikle avukatların ve hakimlerin “uzlaşma”nın önemini kavramalarını ve “uzlaşma teknikleri” üzerinde eğitimlerini gerekli kılmaktadır.

Bunu teminen, öncelikle hukuk fakültelerinin ders programlarına “alternatif uyumsuzluk çözümü” konusunun dahil edilmesi ve ayrıca meslek içi eğitim programlarıyla bu hususun pekiştirilmesi yolunda çalışmalar yapılmalıdır. Bu açıdan üniversitelere, Adalet Bakanlığına, Türkiye Barolar Birliğine ve barolara büyük iş düşmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KÜTÜPHANESİ



25.000.000.- TL

Karanfil Sokak No: 5/62 06650 Kızılay-ANKARA
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr