



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı - IV

Medeni Usûl Hukukunda
Çekişmesiz Yargı

İcra ve İflâs Kanunu'nda
Yapılan Değişikliklerin
Değerlendirilmesi

Ankara / 30 Eylül -11 Ekim 2005



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
IV

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
ÇEKİŞMESİZ YARGI

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİ

ANKARA

30 Eylül - 1 Ekim 2005

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 108

*Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı IV*

Yayına Hazırlayan
Doç Dr. Muhammet Özekes

ISBN: 975-6037-50-4
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Ağustos 2006, Ankara

347.05
M488
2006
k. 1

000101

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 ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

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

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
IV

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
ÇEKİŞMESİZ YARGI

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİ

ANKARA
30 Eylül - 1 Ekim 2005

ORGANİZASYON KOMİTESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Halûk KONURALP

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İÇİNDEKİLER

Önsöz	VII
-------------	-----

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Organizasyon Komitesi Başkanı)	3
Niyazi GÜNEY (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü)	10

I. OTURUM

“Medeni Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı”

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA	15
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı	18
Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı	49

II. OTURUM

Oturum Başkanı	
Prof. Dr. Baki KURU	109
Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA	
İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya	
İlişkin Düşünceler.....	110
Doç. Dr. Ali Cem BUDAK	
Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı	128
Tartışmalar	189

III. OTURUM

Oturum Başkanı	
Mustafa OSKAY	
(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Başkanı).....	233
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	
İİK'da İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin	
Değerlendirilmesi	234
Doç. Dr. Oğuz ATALAY	
İİK'da İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin	
Değerlendirilmesi	259
Tartışmalar	279

Dördüncüsünü 30 Eylül-1 Ekim 2005 tarihlerinde Ankara'da gerçekleştirdiğimiz Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısında, "*Çekişmesiz Yargı ile İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*" tartışıldı. Toplantı konularının ikisinin seçiminin de özel sebepleri vardı. Toplantı tarihinde çalışmaları devam eden Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Komisyonu'nda, çekişmesiz yargının düzenlenmesine duyulan ihtiyaç ortaya konulmuş, çok yönlü değerlendirme gerektiği yönünde ortak bir görüşe varılmıştı. Ancak, çekişmesiz yargı konusunda, Prof. Dr. Baki Kuru hocamızın 1961 tarihli çalışmasından sonra, aradan geçen sürede çok az çalışma yapılmış; ayrıca, konunun tüm yönleriyle birlikte tartışıldığı bir ortam da bu tarihe kadar oluşturulamamıştı. Toplantı bu eksikliği gidermeyi amaçlamaktaydı. Bu çerçevede Toplantıda sunulan tebliğler ve yapılan tartışmalar, özellikle Tasarının hazırlanması sırasında önemli katkı sağlamış ve bu tartışmalardan Tasarıda doğrudan yararlanılmıştır. Toplantının ikinci konusu ise, son yıllarda İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklere ayrılmıştı. Bunun sebebi de, İcra ve İflâs Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmasına ve bazı toplantılarda bu değişiklikler değerlendirilmesine rağmen, tüm usûl hukukçularının katıldığı bir toplantıda değerlendirme imkânı olmamıştı. Böylece, aradan geçen sürede, ortaya çıkan yargı kararları da dikkate alınarak, "*İcra ve İflâs Kanunu Değişiklikleri*" birlikte değerlendirilebilmiştir.

2002 yılında yapılan birinci toplantının tebliğleri ile tutanaklarının bir kitapçık halinde basımını, bir sonraki top-

lantıya yetiştirebilmemize rağmen, ikinci (2003) ve üçüncü (2004) Toplantının tebliğ ve tutanaklarını değişik sebeplerle maalesef zamanında basamadık. Ancak, dördüncü toplantının tutanak ve tebliğlerinin, beşinci toplantıdan önce basımını gerçekleştiriyoruz. Önceki iki toplantının basım hazırlıkları da devam etmekte olup, en kısa sürede onların basımını da gerçekleştireceğiz.

Dördüncü toplantının yapılmasında Adalet Bakanlığı ile Türkiye Barolar Birliği'nin önemli desteği ve katkıları oldu; ayrıca toplantının bant çözümleri için Türkiye Noterler Birliği'nin desteğini aldık. Bu katkı ve destekleri için Adalet Bakanlığı'na, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği'ne teşekkür ediyoruz. Toplantının kitap halinde basımını ise, Türkiye Barolar Birliği üstlendi. Türkiye Barolar Birliği'ne, sürekli yanımızda hissettiğimiz desteği dışında, bu konudaki yardım ve destekleri için de şükranlarımızı sunuyoruz. Ayrıca TBB yayın işlerine ve yayın işlerindeki personele de teşekkür ederiz. Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi ve tashihleri ise, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doç. Dr. Muhammet Özekes ve Arş. Gör. Pınar Çiftçi tarafından yapılmıştır.

Önümüzdeki günlerde beşincisini gerçekleştireceğimiz Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısının, geçen beş yıllık süre sonunda, artık geleneksel hale geldiğini söyleyebiliriz. Bundan sonra da, hep birlikte yürüteceğimiz bu çabanın, Türk hukuk ve bilim hayatına önemli katkılar sağlayacağı umudunu taşıyoruz.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Organizasyon Komitesi Başkanı

AÇILIŞ KONUŞMALARI

30 Eylül 2005

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi
Organizasyon Komitesi Başkanı)

Niyazi GÜNEY

(TC Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü)

Sunucu: Değerli yargı mensupları, değerli konuklar; “*Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı*”na hoş geldiniz.

2002 yılından beri her yıl düzenli olarak yapılmakta olan Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları toplantılarının dördüncüsünü bu sene Ankara’da gerçekleştiriyoruz.

Bu seneki toplantının konuları; “*Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı ve İcra İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”dir.

Şimdi açılış konuşmalarını yapmak üzere Organizasyon Komitesi Başkanı Galatasaray ve Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim Üyesi Sayın Profesör Doktor Hakan Pekcanitez’i arz ediyorum.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez: Değerli meslektaşlarım, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı’nın dördüncüsünü Ankara’da gerçekleştiriyoruz. Öncelikle dördüncüsünü gerçekleştirdiğimiz bu toplantı nedeniyle, mutluluğumu ve sevincimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Bu toplantının konularından bir tanesi “*nizasız kaza*”dır. Neden “*nizasız kaza*” denirse, bunun en önemli sebebi, Adalet Bakanlığı’nın hazırlatmakta olduğu Tasarı ile ilgili taleplerin-

HAKAN
PEKCANITEZ’İN
KONUŞMASI

den birisi de, Çekişmesiz Yargı ile ilgili düzenleme yapılmasıdır. Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanun Komisyonu'na gelen teklifi biz böyle bir toplantıda öncelikle masaya yatırmak, mukayeseli hukuk bakımından değerlendirmek, buradaki tartışmaların sonucuna göre bir yön vermek, değerlendirme yapmak istiyoruz. Bu konuda, belki tartışmaların sonunda, iki görüşün savunulması mümkün hâle gelebilecektir: Bunlardan bir tanesi, çekişmesiz yargıyı ayrı bir kanunla düzenlemek; ikincisi de, çekişmesiz yargı işlerini Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu Tasarısı içinde birkaç madde çerçevesinde değerlendirebilmek. İşte bu toplantı, belli ölçüde bu konuda verilecek olan kararın da daha açık hâle gelmesini sağlayabilecektir diye düşünüyorum.

1961 yılında Baki Kuru hocamızın nizasız kaza çalışmasından sonra günümüze kadar yaklaşık sadece dört makale yazıldığını ben tespit edebildim; son makaleyi de Ali Cem Budak arkadaşımız, yine Baki hocamızın "*Armağanı*"nda yayınladı. Sonuç şunu gösteriyor: Nizasız kaza bizim hukukumuzda gerçekten çok az incelenmiş ve çok az tartışılmış bir konu. Öyle ki, yeni hazırlanan bir kanun taslağında bile, hepimize ulaştığını tahmin ediyorum, açıkça şu söyleniyor: "*Hasımsız çekişmesiz dava*". Bunu hazırlayan komisyon üyeleri içinde çeşitli üniversitelerden hocalarımız var, uygulamadan gelen temsilcilerimiz var; ama komisyon taslağında hâlâ çekişmesiz yargı işinin adı doğru konulabilmiş değil. 1961 yılında, hasımsız dava olamayacağını ve daha sonraki bütün bilimsel çalışmalarda söylenmesine rağmen, yeni hazırlanan taslaklarda dahi hasımsız çekişmesiz dava gibi terimleri görebilmekteyiz. Yargıtayımız çok eskiden beri bunu "*hasımsız dava*" olarak değerlendirmekte. Pek çok çekişmesiz yargıya ilişkin talebin içinde "*davacı*" sözcüğünün geçtiğini görebilmekteyiz. Bütün bunlar, yaklaşık 80 yıllık Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun uygulamasında gelinen noktada, çekişmesiz yargının gerçekten bir üvey evlat muamelesi gördüğünü ve bugüne kadar gelişemediğini gösteriyor. Bugün, öncelikle Alman ve Avusturya hukukundaki çekişmesiz yargıyla ilgili düzenlemeleri meslektaşlarımız değerlendirecek. Bu konuda, İsviçre

hukukunun hiç tartışılmaması bir eksiklik idi. Yavuz Alangoya hocam lütfetti ve kendiliğinden, İsviçre hukukundaki düzenlemeyi, özellikle son İsviçre Federal Usûl Kanunu Taslağı'ndaki düzenlemeyi bize bugün aktarmayı teklif etti. Bugün öğleden sonra hem Türk hukukundaki gelişmeleri, hem Yavuz hocamızın İsviçre hukukundaki değerlendirmesini, arkasından da Baki hocamızın genel bir değerlendirmesini dinleyeceğiz.

Yarınki program; İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi olacak. Bu konuda, 4949 sayılı Kanun'un Komisyon Başkanlığı'nı yapmış olan Sayın Selçuk Öztekin hocamızdan icra hukukuna ilişkin gelişmelerin tartışılmasına yardımcı olmasını istemiştik; o da kabul etti. Fakat daha sonradan, yurt dışında bir başka toplantıya katılması nedeniyle bu toplantıya tebliğ sunamayacağını bildirdi. Onun üzerine, icrayla ilgili kısmı ben üstlendim; iflâs hukukuna ilişkin kısmı da Oğuz Atalay arkadaşımız yarınki toplantıda değerlendirecek.

Yarınki toplantıya özellikle Yargıtay'ın 12, 19, 11 ve 15. hukuk daireleri başkan ve üyelerinin katılmasını bekliyoruz. Yaklaşık iki yıldır yürürlükte bulunan 4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikleri değerlendirme fırsatı bulacağız.

Şimdiden söyleyeyim, icra cezalarıyla ilgili olarak bu toplantıda herhangi bir tartışma ve değerlendirme yapılmayacak.

Son iki yıldır Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'ndaki tebliğlerin ve tartışmaların basımı konusunda bir gecikme yaşandı. İlk önce tebliğ veren arkadaşlarımızın tebliğlerini bize ulaştırmaması sebebiyle bir sıkıntı yaşadık; daha sonra bant çözümlerinde bir problem yaşandı. Bütün bunlar aşıldı. Yaklaşık nisan ayından itibaren bu bant çözümleri, tebliğlerin toplanması işini özellikle Muhammet Özekes arkadaşımız yapmaya gayret etti. Ama maalesef, bazen tebliğlerin verilmemesi, bazen de gönderdiğimiz tashihlerin bize tekrar geri gelmemesi sebebiyle bugüne kadar bekledik. Özellikle

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

birkaç arkadaşımızın hâlâ tebliğlerini bize sunmadığını ifade edeyim. Çözüm olarak şunu bulduk: Biz, kendilerinin buradaki konuşmalarının bant çözümlerini göndereceğiz, onların üzerinde yaptıkları tashihleri aldıktan sonra ki, bunu her hâlde bir ay içinde tamamlayabiliriz, kasım ayı içinde son iki yıllık Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'yla ilgili konuşmalar, tebliğler basılmış olacak. Bu konudaki gecikmeden ötürü özür diliyorum. Bu gecikmenin sebebi büyük ölçüde, bu tashihlerin bir türlü geri gelmeyişi.

Bu kötü haberden sonra iki tane iyi, güzel haber vermeye çalışayım: Birincisi, adını Yavuz Alangoya hocamız koydu, bana öyle söyledi, benim de hoşuma gitti, Türk ZZP'si. Bundan sonra her yıl iki kez "*Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuk Dergisi*" adı altında bir dergi yayınlanacak. Bundan sonra bu dergiye herkesin bir yazı vermesini özellikle bekliyoruz. Hakemli bir dergi. Hem de bu konuda medenî usûl ve icra iflâs hukukunun başhakemleri bu dergide var.

Bundan sonra bütün doçentlik, doktora, yüksek lisans, diğer bütün başvuru yazılarının da bu dergide yayınlanması herkes için güzel bir yayın olacak diye düşünüyorum. Şimdilik yılda iki kez yayınlanacak, ama eğer dergi daha fazla yazı ile karşılaşırsa, bu konuda, her hâlde yılda üç veya dört kez yayınlanma ihtimali de var. Bu derginin editörleri: Sayın Halûk Konuralp ve Sayın Muhammet Özekes. Her zamanki gibi burada da lokomotif görevini üstlendiler.

İkinci iyi haberim: Artık bir web sayfamız var. Bunu geçen sene görüşmüş ve kararlaştırmış idik. Size özellikle yarın sunumunu yapacağımız, renginden içeriğine kadar sizin tartışmanıza açacağımız artık bir web sayfamız var. Bu sayfada, 2002 yılından itibaren yaptığımız toplantılardaki tüm tebliğler, tartışmalar, fotoğraflar yayınlanacak. Bu web sayfasının en önemli özelliklerinden bir tanesi şu: Bakın, medenî usûl ve icra iflâs hukukçuları ailesi olarak her geçen gün büyüyoruz. Sayımız 80 civarında. Özellikle pek çok yeni yüksek lisans ve doktora çalışmalarımız var; ama bunları birbirimizden öğrenilme imkânına sahip değiliz.

Bazen aynı konunun iki-üç kez seçilerek üzerinde çalışıldığını görüyoruz. Halbuki bizim pek çok konunun daha araştırılması gerekiyor. Bu yüzden, bu web sayfasında öncelikle, hangi üniversitede hangi hocaların hangi doktora tezlerini ve yüksek lisans tezlerini yürüttüğünü ve bunların konularını web sayfasında yayınlayacağız.

Yeni arkadaşlarımızın yeni bir konu almaları gerektiğinde ya da hocalarımızın yeni bir konu vermeleri gerektiğinde buradan kolaylıkla, daha önceden alınmış olan konuları görmeleri mümkün olabilecek. İkincisi, Türkiye'deki kütüphaneler son derece kötü bir durumda.

Her ne kadar bazı devlet üniversiteleri zaman zaman birkaç kitap alsada dahi, bu, her anabilim dalı için birkaç kitaptan öteye gidemiyor. Bunun için bir tasarruf nasıl yapılabilir? Bunu web sayfamızda sağlayabiliriz diye düşündüm.

Fakülteler, her yıl, kütüphanelerine aldıkları kitapları hemen web sayfasında yayınlayabilirlerse, diğer fakültelerin bu kitapları almaktan vazgeçmeleri daha uygun olabilir; onlar da bir başka kitap alabilirler diye düşünüyorum.

Böylelikle, daha fazla kitabın Türkiye'ye getirilebilmesi mümkün. Bu kitaplardan istenilen bölümlerin, istenilen kısımların fotokopi çekilerek birbirimize gönderilmesi için bir örgütlenmeyi eğer yapabilirsek, kısa sürede yurt dışındaki pek çok kitabın kolaylıkla bu biçimde sağlanabilmesi de mümkün olabilecek.

Örneğin geçen yıl Galatasaray Üniversitesi'ne pek çok yabancı kitap alındı. Bunların artık her hâlde İstanbul'daki, Ankara'daki fakülteler tarafından alınmasına, sipariş edilmesine gerek yok. Şu örneği vereyim: Biz bir "Kommentar"ı Dokuz Eylül'de aldık, aynı yıl Ankara'da aldı. Bu gerçekten pahalı bir şerh. Meselâ yine geçen sene Stein-Jonas'ın yeni şerhini aldık; bir başka fakültenin artık bunu almasına gerek yok. Bu şerhten faydalanmak isteyen herkes Galatasaray'dan veya Dokuz Eylül'den bunu isteyebilir.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

Ankara'da neler olduğunu bilmiyoruz, Marmara'da neler olduğunu bilmiyoruz. İşte bu web sayfası bunu mümkün hâle getirebilecek. Bunun dışında; haberler, makaleler ve yeni Yargıtay kararları ve bizi ilgilendiren özellikle mevzuatın bu web sayfamızda yayınlanmasını düşünüyoruz. Bu şimdilik, Gazi Üniversitesi'nin web sayfasında görünüyor, ama bu yakın bir zamanda bağımsız hâle gelecek ve sadece Gazi Üniversitesi'nden değil, başka üniversitelerden de bu web sayfasına girip, eklemeler, ilaveler yapabilmek mümkün olacak. “*Bunu kim yaptı*” dersiniz, bunu, Gazi Üniversitesi'nde araştırma görevlisi arkadaşımız Mustafa Göksu yaptı. Kendisine teşekkür ediyorum. Bundan sonraki gelişiminde de bize katkısı olacağını biliyorum.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bir komisyon tarafından ele alınıyor ve bir Taslak hazırlanıyor. Bu konuda yaklaşık iki yıldır Komisyonun sürdürdüğü çalışmalar yılbaşında en azından hükümlerin tamamlanması ile noktalanacak. Mart sonuna kadar ise gerekçelerin yazımı tamamlanarak bu kanun taslak görüşe gönderilecek. Umarım, görüşe gönderilen bu taslak Türkiye'de yeteri kadar tartışılır, değerlendirilir ve daha sonra bu değerlendirmeler çerçevesinde ele alınabilir.

Önümüzdeki yıl Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın konusu şimdiden belli; bu taslağın tartışılmasına zaman ayırmak istiyoruz. Belki bu toplantı tarihini biraz öne çekebiliriz. Ama gerekmediği takdirde Toplantımızı yine Eylül ayı sonunda yapabiliriz. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Taslağını, özellikle komisyon üyesi olmayan hocalarımızın, arkadaşlarımızın değerlendirmesi son derece yararlı olacaktır.

Önümüzdeki yıl nerede toplanacağız? Nereden daha fazla güzel teklif alırsak orada bu toplantıyı yapabiliriz. Bu İstanbul olabilir. Şimdiden İzmir konusunda çok güzel teklifler var. Gerçi Eskişehir bizim için çok güzel bir merkezdi, ama “*tebdil-i mekânda feralılık vardır*” diye bu sene Ankara'ya geldik. Katılmayan hocalarımız, belki onların bulunduğu şehirlere gidersek katılırlar diye düşündük. Bunda ne kadar haklı olacağımız toplantının sonunda görülecek.

Öğle yemeklerini, hemen çıkışta karşı tarafta pembe salonda birlikte yiyeceğiz. Bu akşam yine bir akşam yemeğimiz var. Geleneksel demek istemiyorum, çünkü bu toplantının dördüncüsünü yapıyoruz, ama bu alışlagelmiş bir birlikte yenilen akşam yemeği. Keza, yarın öğle yemeğimizi de bu pembe salonda yiyeceğiz.

Bugün bazı hocalarımızın döneceğini biliyorum. Yine her yıl bir aile fotoğrafı çektiyoruz. Bu yılki fotoğraf için bugün saat 13.50' de, yani toplantı başlamadan bir 10 dakika önce herkesin bahçede olmasını istiyorum. Bugün hava güzel. Dışarıda çekilirse çok daha güzel olacak.

Son olarak teşekkür etmem gerekiyor. Öncelikle, gerek bu salonun bize tahsis edilmesinde, gerekse bize diğer konularda maddî ve manevî desteği nedeniyle Sayın Adalet Bakanı'na ve Sayın Kanunlar Genel Müdürü Niyazi Güney'e teşekkür etmek istiyorum. Hatta, Adalet Bakanlığı'nun bundan sonraki toplantılar için de desteği olduğunu biliyorum; bu yüzden de şimdiden teşekkür ediyorum.

Yine bu toplantıyı Türkiye Barolar Birliği'nin maddî ve manevî desteğini alarak gerçekleştiriyoruz. Barolar Birliği Başkanı iki değerli temsilcisiyle bize ayrıca katkı verdiler. Kendisi yurt dışında olduğu için katılamadı. Bu katkıları nedeniyle de Türkiye Barolar Birliği'ne özellikle teşekkür etmek istiyorum.

Son teşekkürü de, artık yerine getirilmesi gereken bir ödev olarak, bu toplantının gerçekleşmesinde her zamanki gibi katkıları olan, sevgili Halûk Konuralp ve sevgili Muhammet Özkes'e huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum. Bunun dışında, emeği geçen pek çok araştırma görevlisi arkadaşımız var; onlara da, vakit kazanabilmek için adını anmadan tek tek, hepsine ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Bu toplantının daha önceki toplantılar gibi başarılı olmasını, bilime, uygulamaya katkı sağlamasını diliyor ve hepimize saygılar sunuyorum.

Sunucu: Adalet Bakanlığı adına konuşmalarını yapmak üzere Kanunlar Genel Müdürü Sayın Niyazi Güney'i arz ederim.

NIYAZI
GÜNEY'İN
KONUŞMASI

Niyazi Güney: Organizasyon Komitesi'nin değerli Başkan ve üyeleri, üniversitelerimizin değerli ve çok saygın hocaları, Barolar Birliği'nin sayın temsilcileri, Yargıtayımızın Onursal Daire Başkanı ve değerli meslektaşlarım; hepiniz hoş geldiniz.

Şahsım ve Bakanımız Sayın Cemil Çiçek adına hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın dördüncüsü yapıldığına ve bu birinci olmadığına göre artık geleneksel hâle gelmiştir.

Organizasyon Komitesine gerçekten seçtiği konular itibarıyla da teşekkür etmek istiyorum. Zira, yargının hızlandırılması, adaletin daha az maliyetle ve süratle daha isabetli bir şekilde tevdi edilebilmesi, yargı yükünün azaltılabilmesi için çekişmesiz yargı konusunun bir an önce hâll edilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bakanlığımızın da öncelikli hedeflerinden bir tanesi, bir an önce, işte değerli hocalarımıza, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Komisyonu'nu teşkil eden değerli hocalarımıza da, bu konuda bir nevi ödev verdik; bunu burada açıkça ifade ediyorum. Zira, bu konuda gerekli düzenlemeleri yapabilme yetkisine, ehliyetine sahip olanlar bu hocalarımızdır. O itibarla, kendilerini bulmuşken bu konuyu da hâletmeleri için kendilerinden istirhamda bulunduk; sağ olsunlar, bizi kırmadılar ve bu toplantının da konusunu çok mükemmel bir şekilde seçmişler.

Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'nun artık yamalı bohça hâline geldiğini hepimiz kabul ediyoruz. Palyatif birtakım değişikliklerle ve başka ülkelerden alınan birtakım müesseselerle bu kanunun da insicamı bozulmuştur, bütünlüğü bozulmuştur. O itibarla, bir an önce İcra ve İflâs Kanunu'nun da yine buradaki icra iflâs hukukçularının gündemine girmesini talep ediyoruz

Bakanlık olarak. Burada sevgili ve çok yetkin hukukçularımız var, icra iflâs hukukçuları, zaten toplantının adından da anlaşılacağı üzere. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yıl sonuna kadar bitirileceğini, bize değerli Sayın Pekcanitez hocamız burada müjdeledi, inşallah o biter bitmez de İcra ve İflâs Kanunu'na başlayacağız. Tabii, öyle bir performans sahibiki bu Komisyon, artık geceleri de mesai yapıyorlar. Yaklaşık altı-yedi yılda bitirilmesi mümkün olabilen bir yasa tasarısını çok şükür, işte Yargıtay Onursal Daire Başkanı'nın da katkıları ile iki yıl gibi kısa bir süreye sığdırma başarısını inşallah gösterecekler ve önümüzdeki yıl hocamızın ifade ettiği gibi, tartışma konusu yaparak son şeklini vereceğiz ve Bakanlık olarak Parlamentoya sunacağız.

Sayın Pekcanitez hocamız açılış konuşmalarında, mutak olan her şeyi söyledi; bana söyleyecek söz bırakmadı. Ben de, Sayın Bakan'ın mesajını burada sözlerimi noktalamadan ifade etmek istiyorum. Bu toplantının yapılacağından haberdar olmadan bir resmi ziyaret sebebiyle Bulgaristan'a gitmek zorunda kaldılar ve çok üzüldüler tabii. Biz, Sayın Konuralp hocamızla birlikte daveti ilettik kendilerine. Buraya katılan tüm katılımcılara, hocalarımıza selam ve saygılarını iletti Sayın Bakanımız. Bu toplantının başarılı olmasını, Türk hukuk hayatımıza güzellikler, iyilikler getirmesini dilediler; bunu da burada bir mesaj olarak iletmek istiyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum.

Sunucu: İlk Oturumun başkanlığını yapmak üzere Sayın Profesör Doktor Yavuz Alangoya'yı, "*Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı*" konulu tebliğini sunmak üzere Marmara Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Sayın Profesör Doktor Kâmil Yıldırım'ı, "*Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı*" konulu tebliğini sunmak üzere Gazi Üniversitesi öğretim üyesi Sayın Yardımcı Doçent Doktor Murat Atal'yı kürsüye davet ediyoruz.

BİRİNCİ OTURUM
30 Eylül 2005 (Sabah)

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
ÇEKİŞMESİZ YARGI

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA
(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM
(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı

Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI
(Gazi ve Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA

I. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Kamil YILDIRIM

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA (Oturum Başkanı): Siz değerli meslekdaşlarımla yeniden bir arada olmaktan mutluyum. Sayın Profesör Pekcanitez'in lütfedip söylediği gibi, yine hemen memnuniyetle ZZP'nin isim babalığını ben hemen kabul ediyorum. Zira, belli bir yaştan sonra "*fırsatlar ertelenemez, iltifatlar reddedilemez*", bunu daha sonra öğreneceksiniz. Bir de, onun birinci sayısının çıkması ki, hakikaten çok ümitvar değildim böyle bir şeyin yapılmasından, o da bizim açımızdan ayrı bir mutluluk vesilesidir. Bu, bize büyük bir ufuk açacak. O bakımdan, bu işte çaba harcayan bütün arkadaşlara çok büyük teşekkür borçluyuz. Bize de bir çaba düşüyor; gerek bu toplantıları, gerek bu dergiyi malzemesiz bırakmamak. Bu da zaten bizim görevlerimizden biri. Bu teşekkürle başladıktan sonra, Sayın Genel Müdür'ün de söylediği gibi, nizasız kazanın, ufak hazırladığım notta da söyledim, konu olarak tespitinin hem çok zamanlı hem de çok akıllıca olduğunu kabul ediyorum.

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
KONUŞMASI

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
KONUŞMASI

Profesör Pekcanitez'in de söylediği gibi, bu Komisyon ayrı bir kanun mu, yoksa Usûl Kanunu'nun içinde mi bunun hâll edilmesi meselesine karar verme durumunda olduğu için, eğer bu kanunun içinde olsun denilirse, o zaman bu mesele üzerinde de taslak açıklanmadan evvel çalışmak durumunda kalacak. Onun için, çok akıllıca yapılmış bir şeydir. Buradaki konuşmalar bu ışığı tutacak. İki model var, Alman ve Avusturya modeli ki, bunlar müstakil kanunlara dayanmaktadırlar, İsviçre ise farklı. Öğleden sonra kısaca temas edeceğim gibi, orada ikinci model seçilmiştir: Usûl kanununun içinde hâletme modeli, şimdi biz, eskiden gelen bir alışkanlıkla, Baki Kuru hocamızın tezinden bu yana gelen bir alışkanlıkla, hep bunun ayrı bir kanun olması gereğini savunduk; fakat fazla düşünmeden yaptığımızı da kabul edelim, hiç olmazsa ben ediyorum. İsviçre modelini gördüğüm zaman, kafamda *"acaba müstakil bir kanun gerekli mi?"* şeklinde bir tereddüdün doğduğunu itiraf edeyim. Tabii buna sonuçta kanun koyucu karar verecek, ama bunun tartışılmasının, bu modellerin tartışılmasının büyük önemi olduğunu düşünüyorum. O bakımdan, medenî usûl hukuku bakımından seçim çok isabetli.

Komisyon'un taslağından bahsetti Profesör Pekcanitez. *"Muhtemelen size de geldi"* dedi. Nizasız kazayla ilgili söylediniz galiba. Doğru mu?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hayır hocam. Söylemek istediğim...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Estağfurullah.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez: Bir başka kanun taslağı. İsmi vermek istemedim. Bizim dışımızdaki...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam. Özür dilerim. Ben konuyla irtibatlı, nizasız kaza zannettim. Tamam. O zaman onu geçiyoruz.

Şimdi, tasarının martta açıklanması hususunu da Sayın Genel Müdür'ün söylediği gibi büyük bir başarı olarak kabul ediyorum, ama nizasız kaza da dahil olursa, belki burada bir

gecikme söz konusu olabilir; çünkü, amiyane tabirle, nizasız kaza, ben yeni yeni içine girdim, zor bir çamaşır; o kadar kolay bir iş değil. Nizasız kazayı hele sistematik bir kanunda ele alıp düzenlemek kesinlikle kolay bir iş değil. Alman Kanunu'yla ilgili eleştirileri okuduğum zaman tereddütlerim ve sıkıntım biraz daha arttı işin doğrusu. O bakımdan, marta yetişmemesi ihtimali de çok dramatik değil. İsviçre Taslağı, bakınız, 2003'te açıklandı. Komisyon'a 1999'da verildi, yani halk oylamasından evvel Komisyona verildi. 2003, aşağı yukarı dört sene civarında bir zamanda hazırlandı, ki buna bir yazar, *"İsviçre hukuku bakımından alışılmadık bir sürattir bu"* diyor. Bizim komisyonumuzun daha süratle çalıştığını görüyorum. İsviçre Federal Usûl Kanunu'nun kanunlaşması da, onu hemen ilave edeyim, bu yazıdan gördüğüme göre 5 ila 10 yıllık bir süre sonra mümkün görünüyor. Bu bakımdan, bizim süratimiz iyidir; ama bu sürate fazla da bir şey feda etmemek lazımdır. Özellikle Sayın Pekcanitez'in söylediği gibi, bunun yayılması ve görüşlerin alınmasında bonkör davranılması uygun olur; çünkü bunlar, incelenmesi kolay işler olmuyor. Ancak, bu arada nizasız kaza bakımından unutmamamız gereken önemli bir durum var: 5236 sayılı kanunla değiştirilen HUMK m. 428/4 hükmüne göre *"çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar"*a karşı temyiz yolu kabul edilmemiştir.

Programımıza bakacak olursak, ilk önce, *"Alman hukukunda Çekişmesiz Yargı"* Sayın Profesör Kâmil Yıldırım tarafından bize intikal ettirilecektir, daha sonra Avusturya'ya geçeceğiz. Şimdi, daha fazla uzatmadan, *"Alman hukukunda Çekişmesiz Yargı"* hususundaki tebliği için Profesör Yıldırım'dan ricada bulunuyorum.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

ALMAN HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI

Giriş

Çekişmesiz yargı, dünyada sıklıkla ciddi araştırmalara konu teşkil etmiştir. Çekişmesiz yargının “*zor bir alan*” olduğu ifade edilmektedir. Çekişmesiz yargının problemleri, 1960 yılında Milano’da, 1962’de Venedik’te, 1966’da Uppsala’da, 1983’de Würzburg’da Milletlerarası Usûl Hukuku kongrelerinin konusunu oluşturmuştur.¹ Würzburg’da, Carpi’nin hukukî korunma düşüncesini kuvvetle vurgulayan tebliği sayesinde doktrinde artık çekişmesiz yargı, insan haklarının korunmasında bir bağlama noktası olarak düşünülmektedir.² Konu, Alman Medenî Usûl Hukukçuları Derneği’nce 1980 ve 2000 yılında Göttingen’de tertiplenen kongrelerde de ele alınmıştır.

Çekişmesiz yargının hukukî düzenleniş biçimi bakımından mukayeseli hukukta üç sistem mevcuttur: birincisi, çekişmesiz yargının çerçeve kanun ile düzenlenmesi (Almanya³ ve Avusturya); ikincisi, çekişmesiz yargının önemli hükümlerle

¹ K. Lubinski, Das Wesen und die juristische Natur der Tätigkeit des Gerichts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FS Nakamura, Tokyo 1996, s. 360 vd., 362.

² M. Sawczuk, Zur Frage nach dem Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FS Gaul, Bielefeld 1997, s. 6 49 vd., s. 662. Bkz., Ubi remedium ibi ius (Nerede koruma vasıtası varsa, orada hukuk vardır) esası hakkında ve 1988 Uluslararası Bologna Kongresi ana raportörleri F. Matscher ve Meiler’in açıklamaları için de: Sawczuk, s. 663.

³ Almanya’da çekişmesiz yargının kaynakları, 1898 tarihli Federal Hukuktaki Çekişmesiz Yargı Kanunu (FGG) dışında Tapu Kanunu, Tevsik-Tasdık Kanunu ve ayrıca özel Kanunlardır. Bunun dışında Eyalet Hukukları’nda da hükümler mevcuttur. 1.1.1900 de yürürlüğe giren FGG, varlığını özel hukukun kodifikasyonuna borçludur; o tarihte kanunkoyucu maddi hukukun yeknesak şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla Medeni Kanun, Ticaret Kanunu ve diğer kanunlar açısından, onları tamamlayıcı mahiyette bir kanun öngörmüştür.

rinin medenî usûl kanunlarında yer alması (Fransa,⁴ İtalya, İspanya, Yunanistan ve eski "Doğu Bloğu" ülkeleri olan Rusya, Polonya, Bulgaristan ve Romanya); üçüncü sistem ise kanun koyucunun ilgili hükümleri medenî usûl kanununda değil, muhtelif normatif düzenlemelere dağıtmış olmasıdır (Türkiye ve Macaristan).⁵

İsviçre'nin durumu özellik arzetmektedir. Çekişmesiz yargıya ilişkin yargılama kuralları ve çekişmesiz yargı işleri hakkındaki kurallar Federal hukukta ve Kantonal Medenî Usûl Kanunları'nda dağınık şekilde yer almaktadır.⁶ 2003 tarihli Federal Medenî Usûl Kanunu Taslağı'nda basit usûlü muhakemenin çekişmesiz yargıda da uygulanacağı, çekişmesiz yargıda mahkemenin hayat olayını re'sen araştıracağı; kararların iptal edilebileceği, değiştirilebileceği; Kantonlardaki idari makamların artık basit usûle göre karar vermek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Taslak'taki hükümlere rağmen hukukî dağınıklığın süreceği, Taslak'taki hükümlerin hukuk devleti açısından, çekişmesiz yargının genel hükümleri için yeterli sayılmayacağı ve Almanya'daki gibi kapsamlı, müstakil bir kanunun yapılmasının gerekli olduğu ileri sürülmektedir.⁷

I. Kavram ve Konu

Almanya'da çekişmesiz yargı, olağan yargının bir türüdür. Almanya'da yargı beş kola ayrılmaktadır: genel mahkeme-

⁴ Fransız hukuku için bkz., Sonnenberger/ Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Auflage, Heidelberg 2000, s. 249-251 ve orada açık bir hükme örnek olarak verilen Art. 587/III CPR.

⁵ Lubinski, s. 366-367. Ayrıca bkz., B. Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 124 vd.

⁶ W. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel-Franfurt a.M. 1990, No: 136-137. Ayrıca bkz., Kuru, s. 116 vd.

⁷ F. Walther, Die aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach schweizerischem Recht, ZZP 117 (2004), s. 421 vd., 429, 431, 438, 439, 443 ve orada anılan Taslak Art. 258, 268-270. Ayrıca bkz., Y. Alangoya, İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83 vd., s. 97.

ler (genel yargı, adli yargı) yanında idari, vergi, iş ve sosyal mahkemeler mevcuttur. Genel yargı kendi içinde çekişmeli medenî yargı, ceza yargısı ve çekişmesiz yargıya ayrılmaktadır. Almanya'da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen yeni Anayasa'dan (Grundgesetz) bu yana "yargı erki" tek bir kavram olarak ele alınmaktadır. Buna bağlı olarak genel yargı kolları içindeki çekişmeli-çekişmesiz yargı ayrımı önemini kaybetmiştir.⁸ Özel hukuk ihtilâflarında Medenî Usûl Kanunu (ZPO), çekişmesiz yargı için Çekişmesiz Yargı Kanunu (FGG) caridir. Genel yargı bu şekilde üçe ayrılınca aralarındaki sınırın da belirlenmesi gerekmektedir. Medenî ve ceza yargısı ayrımı kolaylıkla yapılabilir, ancak medenî yargı ve çekişmesiz yargı ayrımını yapmak zordur.

Almanya'da İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürürlüğe giren Anayasa'dan beri yargı erki tek bir kavram olarak ele alınmaktadır; bu nedenle genel yargı kolları içindeki çekişmeli ve çekişmesiz yargı ayrımı eski önemini kaybetmiştir.⁹ Türk hukukunda çekişmesiz yargı, adli yargının alt kolu olan medenî yargı kapsamında ele alınmaktadır.¹⁰

A. Şekli Anlamda Çekişmesiz Yargı

Medenî yargıda yargılamanın konusu, sübjektif özel haklardır. Bu yüzden taraf iradesi belirleyici öneme sahiptir. Çekişmesiz yargının kendine ait bir hukuk alanı yoktur, özel unsurları da bulunmamaktadır, usûl yönünden de bağımsız değildir. Kabaca bakıldığında dahi açıkça görülmektedir ki, çekişmesiz yargı birbiriyle hiç irtibatı bulunmayan, tamamen farklı malzemeleri içermektedir, bu yüzden çekişmesiz yargının toplam alanı, ancak pozitif hukuk sayesinde belirlenebilir. Bir

⁸ Türk hukukunda adli yargı kendi içinde ceza-medenî yargı olarak, medenî yargı da çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere tasnife tâbî tutulmaktadır (örneğin bkz., H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, s. 57).

⁹ W. J. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Auflage, Münih 1983, § 25 III 1a.

¹⁰ Örneğin, Kuru, s. 14.

çekişmesiz yargı durumu, ancak kendisine bir yollama yapılmış ise mevcuttur. Bu şekilde bir kavram belirlemesi, nesnel kriterlerden arınmış olduğu için şekli anlamda çekişmesiz yargıdan söz edilebilir. Kanun tekniği açısından, yollama çeşitli şekillerde yapılabilir. Kanun bazen bir çekişmesiz yargı organını yetkili kılmış olabilir, yollama bazen açık olarak yapılmış olabilir. Kanun her zaman hangi yargının uygulanacağını açıkça ortaya koymaz. Saf pozitif hukuka dayalı kavram ile bir konunun çekişmesiz yargıya gireceği gerekçelendirilemeyebilir. Böyle yollama boşlukları tespit edildiğinde, maddi anlamda çekişmesiz yargı kavramına müracaat edilmesi mecburiyeti doğmaktadır.¹¹

B. Maddi Anlamda Çekişmesiz Yargı

Alman literatüründe genellikle çekişmesiz yargıyı maddi olarak tanımlama teşebbüsleri reddedilir, ancak buna ihtiyaç vardır. Fakat tüm çekişmesiz yargıya ilişkin konuları kapsayacağı da beklenilmemelidir. Her duruma uygun bir tanım o kadar soyut olacaktır ki, kavramı diğer faaliyetlerden ayırt etme imkanı ortadan kalkacaktır.

Tarihi açıdan bakılırsa, çekişmesiz yargı ilk ortaya çıkışından beri hiçbir zaman bu günkü kadar renkli bir kompozisyonda olmamıştır. Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda ve özel kanunlarda düzenlenmiş olan klasik çekişmesiz yargı alanına bakıldığında, çekişmesiz yargı olarak gösterilen faaliyeti karakterize eden kriterlere rastlanmaktadır. Bu kriterler, çekişmesiz yargının hukukî niteliğine ilişkin açıklamalarda kullanılmaktadır.

II. Hukukî Niteliği

Çekişmesiz yargıda hâkimin faaliyetinin hukukî niteliği hakkında üç görüş mevcuttur. Birinci görüş, devletin idari bir

¹¹ W. Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Auflage, Stuttgart 2002, No: 1-2.

faaliyeti olduğu, ikinci görüş, yargı faaliyeti veya mahkemenin yargısal bir faaliyeti olduğu, üçüncü görüş ise karma görüştür.

A. Devletin İdari Bir Faaliyeti Olduğu Görüşü

Klasik çekişmesiz yargı konularına özellikle vesayet işleri, tereke işleri, sicil işleri (tapu sicili) ve belge (tevsik-tasdik) işleri girer. Bunların tümünde, devletin özel hukukun hizmetinde idari bir faaliyeti söz konusudur.¹² Bu görüşü savunanların gerekçeleri: kamusal menfaatin korunmasının söz konusu olması; bir ihtilâfa ilişkin hukukun ne olduğu hakkında karar verilmemesi; mahkeme vasıtasıyla hukukun veya hukukî ilişkinin inşa edilmesi; kararların kesin hüküm etkisinden yoksun olması; kararların re'sen iptali veya değiştirilmesinin mümkün olması; çekişmesiz yargıdakiler ile idari faaliyetlere dair ilkelerin benzerliğidir.

Brehm'e göre, çoğu özel hukuk ilişkisi devletin etkisi olmadan gerçekleşse ve icra edilse dahi, hukukun sorunsuz bir şekilde uygulanabilmesi için devletin yardımına ihtiyaç vardı. Devlet, ihtilâflara baştan engel olmak, irade serbestisine dayalı

¹² Brehm, No: 11 ve orada dn. 7'de anılan Pawlowski/Smid, No: 28; E. Schilken, GVG, No:64. Ayrıca: Alman Hukuku'nda, W.Kisch, Deutsches Zivilprozessrecht, Leipzig 1929, s. 36 vd.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1929, s. 613; J. Hagen; Elemente einer allgemeinen Prozesslehre, Freiburg 1972, s. 103 vd. İsviçre Hukuku'nda, M. Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, s. 2; R. Staehelin, Die systematische Darstellung der Behandlung der nichtsstreitigen Gerichtsbarkeit in schweizerischen Recht, Zürich 1941, s. 30; M. Gerwig, Über Wesen und Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, "Basler Juristische Mitteilungen", 1956/4 s. 199; M. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, s. 22; G.Messmer/H.Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, § 12 No:54; A.Staehelin/T.Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 7 No:1; H.U.Walder-Richli, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Auflage, Zürich 1996, § 1 No: 20. Avusturya Hukuku'nda, B. König, Grundlagen des österreichischen Ausserstreitverfahrens, ZZP Nr. 1979/3, s. 319 vd; H. Dolnar, Österreichisches Außers- treitverfahrensrecht, Allgemeiner Teil, Wien-New York 1982, s. 13 vd.

davranışı mümkün kılmak veya taraflar arasında güç dengesini kontrol etmek için özel hukuk ilişkilerinin kurulmasında da bir katılımda bulunmaktadır. Çoğu zaman önleyici olan hukukî yardım, çekişmesiz yargının maddi anlamdaki görev alanına girmektedir. Bu olmasaydı, kanunkoyucu maddi özel hukukun kurulmasında, özel düzenleme tekniklerinden vazgeçmek zorunda kalacaktı.

Önemli bir örnek eşya hukukundan verilebilir: çekişmesiz yargının özel bir hâli olan tapu prosedürü (hakların kayda geçirilmesi ve şerhler) devletin idari faaliyetini düzenlemektedir; tapu işlemlerinde faaliyetin maddi özel hukukla doğrudan ilişkili olması, bu faaliyeti kamu idaresinden ayırmaktadır. Çekişmesiz yargı işleri özel kanununda düzenlenmiş olmakla beraber, bazı işlerin maddi anlamda çekişmesiz yargıya gireceğine Medenî Usûl Kanunu'nda da rastlanmaktadır, hatta maddi anlamda çekişmesiz yargıya, her ne kadar İflâs Kanunu (Insolvenzordnung) § 4, ZPO'nun tali olarak geçerli olacağını düzenlemiş olsa da, iflâs prosedürü de dahildir.¹³

B. Yargı Faaliyeti Olduğu Görüşü

Çekişmesiz yargıda mahkemenin yargı faaliyetinde bulunduğu görüşünü savunanlar gerekçe olarak: ağırlıklı olarak özel hakların korunması ve fakat devletin yararına doğrudan bir korunma sağlanmaması; mahkemenin tarafsız ve bağımsız bir organ olarak işlem yapması; en azından geniş anlamda hak üzerindeki ihtilâfların mahkemece karara bağlanması; hukuk normunun mahkemece tatbik edilmesi; çekişmesiz yargıda medenî usûl hukuku ilkelerinin geçerli olması ve ayrıca medenî usûlün yapısı ile çekişmesiz yargı prosedürünün uyumlu olmasını öne çıkarmaktadırlar.¹⁴

¹³ Brehm, No: 12, 18 ve orada dn. 8'de anılan Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Auflage, No: 3.05.

¹⁴ Alman Hukuku'nda: K.Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1912, s. 75, 233; F. Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912, s. 36; F. Baur, Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, s. 507

Bu gün Avrupa literatüründe, mahkemenin çekişmesiz yargıdaki faaliyeti, giderek yaygınlaşan bir şekilde, yargı kategorisi içinde ele alınmaktadır. Bu eğilim, çekişmesiz yargıyı geleneksel olarak idari işlem sayan hukukçuların ağırlıkta olduğu Fransız ve İtalyan doktrininde dahi görülmektedir.¹⁵ Bu bağlamda yargı, hukukî ihtilâflar hakkında karar verilmesi yanında, çekişmesiz yargı işlerinde vatandaşa temel haklar ve özgürlükler alanında meri hukuk normlarının korunması ve gerçekleştirilmesinin temin edilmesine dair mahkemenin emredici faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.¹⁶

C. Karma Görüş

Bu görüşteki yazarlar, çekişmesiz yargı kapsamında mahkemenin faaliyetini kısmen idari kategoride, kısmen yargı kategorisinde görmektedirler.¹⁷

III. Kriterler

Gerek özel çekişmesiz yargı kanununa sahip olan hukuk sistemlerinde, gerek özel bir kanuna sahip olmayan hukuk

vd; A.Schönke/H.Schröder/W.Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrecht, Karlsruhe 1956, s. 73 vd., 77; Habscheid, § 4 IV 2, § 5 III 3. Avusturya Hukuku'nda: E. Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens, Wien 1906, s. 109 vd.; H. Schuma, Gedanken zur Ausgestaltung des Verfahrens außer Streitsachen, Festschrift Heinrich Demelius, Wien 1970, s. 461 vd. Türk Hukuku'nda: Kuru, s. 10; Pekanttez/Atalay/Özekes, s.58.

¹⁵ Lubinski, s 371 ve orada dn. 27'de anılan D. Martiny, Nichtstreitige Verfahren in Frankreich, München 1976, s. 61 vd.

¹⁶ Lubinski, s. 374.

¹⁷ Alman Hukuku'nda: K.A. Bettermann, Die freiwillige Gerichtsbarkeit in Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für E. Lent, München-Berlin 1957, s. 24 vd.; F. Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, München-Berlin 1958, s. 10; U. Bumiller, Zur Reform freiwilliger Gerichtsbarkeit, Rpfleger, 1972, s. 3; L.Rosenberg/K.Schwab/P.Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2004, § 11 No: 1 vd., 15; H.Kollhossler/R.Bork, Freiwillige Gerichtsbarkeit, München 1992, s. 19.

sistemlerinde, pozitif düzenlemelerin sınırlı kalışı dolayısıyla bir konunun çekişmesiz yargıya tâbi olup olmadığının tespiti için kriterler oluşturulmaya çalışılmaktadır. Çekişmesiz yargı alanında özel bir kanuna sahip olan Alman Hukuk çevresinde ihtiyarilik, inşaî tesir (özel hukuk düzenini inşa etme), çekişmesiz yargının amacının önleyici mahiyette oluşu ve son olarak koruyucu amaç kriter olarak öne çıkmaktadır.

Türk literatüründe bu kriterlerden, ihtiyarilik, inşaî tesir, önleyici mahiyette olma yanında ve onlardan daha yaygın bir şekilde, ihtilâf yokluğu (hasım yokluğu), sübjektif hakkın yokluğu, re'sen harekete geçme kriterleri de kullanılmaktadır.¹⁸

İsviçre'de çekişmeli yargıda iki taraf, çekişmesiz yargıda çoğunlukla birden fazla ilgili bulunmasının şekli ayrıma yaradığı; çekişmesiz yargının, çekişmeli yargıdaki gibi hukukî ihtilâfa ilişkin karar verilmesine matuf olmadığı, özel hukuk alanında hukukî korumanın malvarlığına yönelik olduğu, bunun da maddi ayrıma yaradığı belirtilmektedir.¹⁹

İsviçre öğretisinde, tek başına belirleyici olmamakla birlikte, özellikle şu kriterler kullanılmaktadır: tek ve iki taraflı yargılama arasındaki sınırlama; üçüncü kişiye kanun yoluna başvurma veya dava açması için hak tanınması; çekişmesiz yargıda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm oluşturması. Doktrin, Federal Mahkeme ile uyumlu olarak, çekişmesiz yargıyı, Federal Mahkemece Teşkilat Kanunu m. 44 vd. anlamında özel hukuk ihtilâfı olarak anlaşılan çekişmeli yargının, karşıt kavramı olarak tanımlamaktadır. Bir özel hukuk yargılamasının özel hukuk ihtilâfı (Zivilrechtsstreitigkeit) kavramı altında altlanması imkanı yoksa orada -aksinden hareketle- bir çekişmesiz yargı işi söz konusudur; İsviçre'de buna "binäres System" (iki parçadan oluşan sistem) denilmektedir.²⁰

¹⁸ Kuru, s. 16 vd.; S. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 32 vd.; Y. Alangoya/M.K. Yıldırım/N. Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 55-56; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 59.

¹⁹ Habscheid, Zivilprozessrecht, No: 136.

²⁰ Walther, s. 431-433 ve orada atıf yapılan BGE 104 II 164/165 E. 3 b; 103 II

Fransa'da çekişmesiz yargıyı (jurisdiction gracieuse) sınırlamada kullanılan yegane kriter, hasım yokluğudur (Art. 25 Fransız Medenî Usûl Kanunu, CPrC). Çekişmesiz yargı, kural olarak dava ile değil, dilekçe ile ve kısmen de müşterek dilekçe ile yürütülmektedir (Art.60 vd., 1088 CPrC); aleniyet ilkesine tâbi değildir; hâkim vakıaların açıklanmasında geniş yetkiye sahiptir; re'sen araştırma ilkesi caridir; kararlar, ilam (jugement) olarak adlandırılırlar ama ihtilâfı halletmezler ve bu yüzden maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğurmazlar; kesin hüküm etkisinin yokluğu uzun süre çekişmesiz yargının kararlarının mahkeme kararı karakterinden şüphe duyulmasına yol açmıştır. Bu kararların daha ziyade idari işlemlere benzedikleri ve böylece bunların bir iptal davası "*action en nullite*" ile bertaraf edilecekleri benimsenmiştir. Bu sorun günümüzde, Art. 543, 546/II, 583/II CPrC nin istinaf kanunyolu ("*appel*") ile olağanüstü bir yol olan üçüncü kişinin itirazını ("*tierce opposition*") öngörmesi sayesinde önemli ölçüde halledilmiştir.²¹

A. İhtiyarilik Unsuru

1793 tarihli Prusya Genel Mahkemeler Kanunu, çekişmesiz yargıyı tarafların serbest iradesine dayandıran bir kanunî tanıma yer vermiştir. Sadece hâkimin veya noterin özel hukukî işlemlerde etkisinin sona erdiği noktada, ilgililerin ihtiyari işlerinden söz edilebilir.

Başlangıçta "*çekişmesiz yargı*" ibaresi de sadece bu alan ile ilgili sayılmıştır. Çekişmesiz yargı ibaresi, kölelerin ve çocukların serbest bırakılmasında hâkimin katılması ile de ilgili olan *Digesta*'da anılan "*iurisdictio voluntaria*"nın (*Digesta* I, 16, 2pr.) tercümesi sayesinde ortaya çıkmıştır, kaynağı budur. Diğer işler, özellikle re'sen yürütülen yargılamalar, prosedürler için "*ihhtiyarilik*" unsuru yanlıcıdır.²²

317 E. 2 c; 107 II 499 E. 3 b.

²¹ H.J. Sonnenberger/C.Autexier, Einführung in das französische Recht, 3 Auflage, Heidelberg 2000, No: 160.

²² Bkz., Brehm, No: 20-21'de "Das Merkmal der Freiwilligkeit" başlığı altın-

B. İnşâî Tesir (Özel Hukuk Düzenini İnşa Etme)

A. Wach,²³ çekişmesiz yargıyı yeni hukukî ilişki kurmak, geliştirmek veya değiştirmek suretiyle özel hukuk düzenini inşa etmek amacıyla bir devlet faaliyeti olarak karakterize etmiştir. Buna karşı çıkanlar, Medenî Usûl Kanunu'nun da bu amacı takip ettiğini belirtmişlerdir.²⁴ Kararların inşâî tesiri haiz olmasının çekişmesiz yargıya özgü olmadığı belirtilebilir.

C. Çekişmesiz Yargının Amacının Önleyici Mahiyette Oluşu

Alman Hukuku'nda bazı yazarlar, önleyici amacı öne çıkarmışlardır.²⁵ Yaşı küçük olanın menfaatinin zedelenmemesi için vesayet mahkemesinin iznine ihtiyaç vardır, fakat önleyici amaç, çekişmesiz yargıyı, Medenî Usûl Kanunu'ndan ayırt etmeye yeterli bir unsur değildir; Medenî Usûl Kanunu dahi önleyici etkiye sahiptir; tespit davaları buna örnek verilebilir.²⁶

D. Koruyucu Amaç

Maddi anlamda çekişmesiz yargı prosedürü çoğu halde koruyucu yargılama olarak nitelendirilmiştir.²⁷ Brehm'e göre, koruyucu (Fürsorge) kavramı çok dar tutulmaz, bireyin yararına olarak dolaylı devlet işlemlerini dahi kapsar şekilde an-

daki açıklamalara.

²³ A. Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1885, Band I., s. 47 vd, 53.

²⁴ Habscheid, § 4 II 2.

²⁵ R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, 1906, s. 162; Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, 1932, s. 68; F. Lent, Die wachsende Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege, DNotZ 1950, s. 320 vd.

²⁶ Wach, s. 52; F. Lent, Grundriss der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Leipzig und Erlangen 1922, s. 6.

²⁷ Hellwig, System, s. 54; Habscheid, § 6; F. Baur/M. Wolf, Grundbegriffe des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Auflage, Stuttgart 1980, I 1 2 b; Pikart/Henn, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1963, s. 5.

laşılr ise, bu nitelendirmenin kapsayacağı alan aşırı derecede genişleyecek, o zaman da bunun, eleştirilen maddi anlamda çekişmesiz yargı kavramından farkı kalmayacaktır. Çekişmesiz yargı prosedürünün, sadece ilgili kişinin iyiliği için zorunlu olduğunu düşünmek hatalıdır.

Pek çok olayda, bu amaç sadece kurumsal olarak anlaşılabilir; örneğin, sicile kayıt yaptırma gereği, birey için gerçekten bir yükür; devlet burada korumayı, hukukî hayat (Rechtsverkehr) için yapmaktadır.²⁸

IV. Organlar

Çekişmesiz yargıda asli organ mahkemelerdir. Kural olarak, olağan mahkemeler ve bunların en alt derecesinde bulunanlarıdır; Almanya'da Amtsgericht, Fransa'da tribunal d'instance. En alt derecedeki mahkemenin çekişmesiz yargı işlerini göreceği kuralının istisnası, bazı ülkelerde bu alanda özel mahkemelere yetki tanınmasıdır (örneğin, Fransa'da Ticaret Mahkemeleri'ne tanınan yetkidir; ayrıca Avusturya ve Hollanda'da da buna benzer bir durum söz konusudur). Almanya'da duruma göre, Vesayet Mahkemesi, Aile Mahkemesi, Tereke Mahkemesi ve Sicil Mahkemesi görevlendirilmiştir.

Birçok devletin kanunkoyucusu, belirli fonksiyonları özellikle klasik çekişmesiz yargı alanında noterlere, özel adli memurlara, devletin idari organlarına ve toplumsal kuruluşlara aktarmıştır.²⁹

Almanya'da 1957 yılından beri yardımcı adalet memurları (yüksek adliye memurları)³⁰ çekişmesiz yargı işlerinde özel bir organ olarak görev yapmaktadırlar. Yardımcı adalet memurları 1970 yılında yürürlüğe giren Kanun ile sulh mahkemesi hâkimleri yerine işlerin büyük bir çoğunluğunda gö-

²⁸ Brehm, No: 24.

²⁹ Lubinski, s. 375-376; Habscheid, s. 52; Brehm, No: 73 vd.

³⁰ "Rechtspfleger" kelimesinin Türkçede tam bir karşılığı olmadığı hakkında da Bkz., Kuru, s. 127.

revlendirilmişlerdir.³¹ Bu memurlar, işlerini kanun dairesinde, kendi sorumlulukları altında yürütürler, bağımsızdırlar; görev dağıtımını mahkeme başkanı tarafından yapılmaktadır, bu nedenle kanunî hâkim ilkesi geçerli değildir. Yardımcı adalet memurlarına hangi görevlerin verildiği tespit edilirken, üçlü bir ayırım yapılmaktadır:

1. Herhangi bir kısıtlama olmaksızın tamamen kendilerine bırakılan alanlar: örneğin, dernek işleri, giyap kararı ile ilgili işler, tapu kaydı işleri ve sicil işleri (Musterregistersachen). 2. Münferit olarak bir kısıtlama ile -ki bu alanda hâkim yetkilidir- bırakılan alanlar: örneğin, vesayet işleri, aile işleri, koruma altına alma işleri, tereke ve izaleyi şüyu işleri ve ticari işler. 3. Hâkimin alanında olan ve münferiden yardımcı adalet memurlarına devredilmiş olan işler: Yardımcı Adalet Memurları Kanunu (Rechtspflegergesetz) § 3'ün atfı dolayısıyla aynı Kanun'un 20-24a maddelerini kapsayan Üçüncü bölümdeki yardımcı adalet memurlarına bırakılan medenî hukuk ihtilâfları, masraflar ve avukat ücretinin tespiti prosedürü (Festsetzungsverfahren), ceza ve para cezasına ilişkin mahkeme işlemlerindeki prosedür, Patent Mahkemesi önündeki davalar, açıklamaların kayıt edilmesi işlemleri ve danışmanlık hizmeti temini talebi hakkındaki kararlar (Beratungshilfe).³²

Almanya'da mahkemelerin yanında noterler çekişmesiz yargı işlerinde önemli bir yere sahiptirler. Noterler, klasik çekişmesiz yargı alanındaki belge (tevsik-tasdik) işleri, taşınmaz satışı dolayısıyla sözleşme taraflarının akdettikleri borçlandırıcı işlem ile tapu siciline müracaat işlemleri yanında, sadece Baden-Württemberg Eyaleti'nde mirasçılık belgesi düzenlenmesi işlerini de yaparlar.³³

³¹ 5.Kasım.1969 tarihli "Rechtspflegergesetz" hakkında Bkz., A.C.Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273 vd., 278-279.

³² J. Kuntze, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Textausgabe, München 2003, Einführung XV.

³³ W. Zimmermann, Praktikum der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage, Heidelberg 2004, s. s. 50; Brehm, No: 77.

Almanya'da ayrıca diğer memurlar olarak, gençlik dairesi memurları, evlendirme dairesi memurları, belge çıkarmak ödevi verilen federal konsoloslar ve belediye başkanları, Medenî Kanun (BGB) § 890 uyarınca verilmiş dilekçeler bakımından kadastro memurları, tebligatın belgelendirilmesi bakımından posta memurları da çekişmesiz yargı alanında hizmet verirler.³⁴

V. İlgililer

Medenî usûlde, yargılamanın sùjeleri, orada dava söz konusu olduğu için, davacı ve davalı olarak anılmaktadır; dava kural olarak iki taraf sistemine göre düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargıda ise dava olmadığı için, yargılamanın sùjeleri, ilgili olarak adlandırılabilir. Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu çeşitli hükümlerinde ilgili terimini kullanmıştır.³⁵

Ancak Almanya'da, Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun kabul edildiği 1898 yılında, devletin yürütme erkine dayalı, mecburî koruma anlayışı hâkim olduğundan, Kanun'un genel hükümleri, prosedüre kimin katılması gerektiğine ve ilgililerin hangi usûlî haklara sahip olacaklarına yer vermemektedir. İlgililer konusu, Almanya'da Kollhoser'in doçentlik tezi³⁶ ile büyük ölçüde aydınlanmıştır.³⁷ Doktrin ve içtihat, medenî usûl hukukundaki şekli ve maddi anlamda taraf kavramından yola çıkarak bu ayrımı ilgililer bakımından da yapmaktadır.³⁸

Şekli anlamda ilgililer, dilekçelerde adları yazılanlar ile mahkemece sùje olarak prosedüre dahil edilenlerdir. Buna göre, şahit ve bilirkişi dışında, sùje olarak gerçekten prosedüre katılan her kişi şekli anlamda ilgilidir. Dilekçe veren veya aley-

³⁴ Brehm, No: 78-80.

³⁵ İlgilinin kanunî bir tanımı Beurkundungsgesetz § 6 fıkra II' de yer almaktadır.

³⁶ H. Kollhoser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1970.

³⁷ R. Bork, Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, ZZP 117 (2004), s. 399 vd., s. 407.

³⁸ Brehm, No: 179 vd.

hinde dilekçe verilen kişi, dilekçenin kabule şayan ve gerekçeli olup olmamasından bağımsız olarak ilgilidir ve şekli anlamda ilgili olma, maddi anlamda ilgili olmanın ön şartı değildir. Re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı konularda, dilekçenin, verene ilgili konumu sağlamadığı, dilekçenin sadece bir tahrik fonksiyonuna sahip olduğu kabul edilmektedir.³⁹

Maddi anlamda ilgililer ise, yargılama nedeniyle hakları ve ödevleri doğrudan etkilenebilecek olanlardır; prosedürde yer alıp almamaları da önemli değildir.⁴⁰ Bu kişilere de hukukî dinlenilme hakkı, hâkimi reddedebilme hakkı, delil ikamesine katılma hakkı vs. tanınmıştır, bu hakları kullanabilmeleri için prosedüre katılmaları da gerekir.⁴¹

Şekli ve maddi anlamda taraf ayrımında olduğu gibi, medenî usûl hukukundaki takip yetkisinden yola çıkılarak, çekişmesiz yargıda maddi anlamda ilgililerin, burada "*ilgili takip yetkisi*"ni (Beteiligtenbefugnis) haiz olduğu kabul edilmektedir.⁴²

VI. Çekişmesiz Yargıya İlişkin Usûl İlkeleri

Medenî usûlün amacı gerçeklik temeline dayalı olarak maddi hukukun tanınması, tespiti suretiyle sübjektif hakların korunmasıdır. Medenî usûlün amacının açıklanması, usûlün anlaşılması bakımından önemlidir. Amaç sorusu, usûl ve maddi hukuk arasındaki işlevsel bağı açıkla ve usûl hukukunu izole edilmekten korur.⁴³

Çekişmesiz yargı prosedürü de medenî usûl gibi, gerçeklik temeline dayalı olarak maddi hukukun gerçekleştirilmesini

³⁹ BGH NJW 1999, 3718 vd. Bu kararın, tarihi kanunkoyucunun, otoriter, koruyucu devlet anlayışına uygun olduğu, ancak günümüz devlet anlayışına uymadığı eleştirisi için Bkz., Brehm, No: 188.

⁴⁰ Brehm, No: 184; Habscheid, § 14 I 1; Pıkart/Henn, s. 68.

⁴¹ Bork, s. 407.

⁴² Bkz., Brehm, No: 191; Kollhosser, s. 28.

⁴³ H.F. Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozess, AcP 168 (1968), s. 27 vd., s. 62.

amaç edinmiştir.⁴⁴

Medenî usûl hukukunda, çekişmeli ve çekişmesiz yargının bir bütün olduğu fikrî açıdan konuya bakıldığında, bir medenî usûl hukukunda, amacın ne olduğu sorusunun cevabı, hukuk sisteminin usûl kanununun ne denli taraf hâkimiyeti ilkesine göre belirlenmiş olduğu ile bağlantılıdır.

Bir medenî usûl hukuku sıkı bir şekilde taraf hâkimiyeti esasına bağlı ise, artık hâkimin koruması, sorumluluğu alanına bırakılmış çekişmesiz yargıdan o ölçüde farklı olacağı söylenebilir. Almanya'da Baur, basit bir formül ile şöyle demektedir: *"Eğer taraflarca getirme ilkesi medenî usûlün en temel ilkesi ise, bu durumda re'sen araştırma çekişmesiz yargının temel ilkesidir"*.⁴⁵

Türk hukuku bakımından, HUMK.'un liberal anlayışın izlerini taşıdığı kabul edilecek olur ise, çekişmeli ve çekişmesiz yargı ayrımı da önemini koruyacaktır.

Çekişmeli medenî yargılama hukukunda geçerli olan ilkeler, çekişmesiz yargıda aynen geçerli değildir; ilkelerden sözlülük, doğrudanlık ve aleniyet ilkeleri ya hiç uygulanmamakta veya sınırlı biçimde uygulanmaktadır.⁴⁶

⁴⁴ H.F. Gaul, Bemerkungen zur Wiederaufnahme im geltenden und künftigen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in FS Habscheid (1989), s. 99, 106 ve orada atıf yapılan Habscheid, Fehlerhafte Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1966, s. 1787; Habscheid, § 4 II: "...Çekişmesiz yargı kural olarak özel hukuk ilişkilerinin tespiti, geliştirilmesi ve korunmasına hizmet eder...". Habscheid bu fikre, doktrinde Wach'ın savunduğu "çekişmesiz yargı özel hukuk düzeninin inşasında, özel hukuk ilişkilerinin kurulması, geliştirilmesi ve değiştirilmesinde mahkemelerin tesiridir, çekişmeli yargı ise mevcut özel hukuku korumakla ve geçerli kılmakla görevlidir" ayrımına karşı yaptığı açıklamalar sonucunda varmaktadır. Polonya hukuku açısından Bkz., Sawczuk, s. 649 vd.

⁴⁵ F. Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, I. Buch, Allgemeines Verfahrensrecht, 1955, s. 164; Sawczuk, s. 661.

⁴⁶ E. Schilken, Çekişmesiz Yargıya İlişkin Usul İlkeleri, 7.Ekım.2004 tarihinde İ.Ü.H.F.'de verilmiş olan konferans metni (çeviren, N.Deren-Yıldırım), s. 1, 12.

A. Dinlenme İlkesi

Bu ilkenin önceleri, Anayasa m. 103'e dayanılarak yalnızca Çekişmesiz Yargı Kanunu nedeniyle çekişmesiz yargının çekişmeli yargı işlerinde tanınacağı kabul edilmekte idi;⁴⁷ günümüzde, Anayasa m. 103/I hükmünün mahkeme önünde uygulanması için bir mahkemeye şeklen sevk edilmesi yeterli görülmekte, içeriğin daha ziyade idari nitelikte olmasının da önemi bulunmadığı düşünülmektedir.⁴⁸

B. Re'sen Hareket İlkesi ve Tasarruf İlkesi

Re'sen hareket ilkesinin egemen olduğu yargılamada, tarafların, yargılamanın başlatılması ve sonlandırılmasını etkileme ve dava konusu üzerinde tasarruf hakları bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda re'sen hareket ilkesi çok önemlidir; ancak bu, tüm çekişmesiz yargı işlerinin bu ilkeye tâbi olduğunu göstermez. Yargılamayı mahkemenin başlattığı durumda, re'sen hareket ilkesi geçerlidir. İlgililerin talebiyle başlatılan yargılamada ise, tasarruf ilkesi esastır.⁴⁹

a. Re'sen Hareket İlkesi

Çekişmesiz yargıda re'sen yargılamanın yapıldığı hukuk alanları, devletin ilgiliyi, onun bir talebi olmadan, himaye altına almak zorunda olduğu alanlardır.⁵⁰ Bireyin yaş durumu veya sağlık nedenleriyle kendine bakamadığı vesayet, bakım altına-gözetim altına alma işleriyle bazı özel aile hukuku meselelerinde durum böyledir. Sulh, feragat ve kabul, tasarruf

⁴⁷ A. Bettermann, FS Lent, 1957, s. 42.

⁴⁸ İddia ve müdafaa hakkının yardımcı adalet memurları önünde görülen işlerde uygulanmasının Anayasa m. 103'e mi yoksa adil yargılanma hakkına mı dayandığı konusundaki tartışma ve JZ 2000, s. 783'de yer alan BVerfG kararı için de Bkz., E. Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Auflage, 2003, § 11 No: 135.

⁴⁹ Schilken, Konferans Metni, s. 5.

⁵⁰ Brehm, No: 242.

serbestisi olmadığından imkansızdır; yargılama konusu ortadan kalktığında, yargılamaya, ilgililerin beyanda bulunmaları beklenmeden, re'sen son verilir.⁵¹

Bireyin insiyatifine bırakılmayacak kadar önemli, devlet korumasını gerektiren kamu menfaatinin olduğu hallerde re'sen hareket ilkesi ortaya çıkmaktadır. Bireylerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin konu edilmesi halinde (çekişmesiz yargılamanın çekişmeli işlerinde) ise, tasarruf ilkesi uygulanmaktadır. Tasarruf ilkesinin geçerli olmasının istisnası ise, boşanma davası çerçevesinde, boşanmadan sonra mahkemenin re'sen karara bağladığı iştirak nafakasıdır; bunun nedeni, özel hukuk karakterine rağmen, ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafın sosyal güvenceye kavuşturulmasında kamu menfaatinin bulunmasıdır.⁵²

b. Tasarruf İlkesi

Çekişmesiz yargının yukarıda sayılan vesayet, bakım altına-gözetim altına alma işleri ile bazı özel aile hukuku meseleleri dışında kalan, çekişmeli işlerinde ve birçok koruma altına almaya ilişkin işlerde tasarruf ilkesi geçerlidir; mahkeme talep ile bağlıdır; yargılamanın konusu buna göre belirlenmiş olur; talebin geri alınması mahkeme bunu kabul etmese de yargılamayı sonlandırır.⁵³

Tasarruf ilkesinin sınırlandırılması, talebe bağlı yargılamada, yargılamanın dayandığı maddi haktan kaynaklanabilir; bu sınırlandırma özellikle talep sahibinin kabulünün ne oranda bağlayıcı olduğu ya da sulhun veya feragatin mümkün olup, olmadığı soruları açısından önemlidir.⁵⁴

⁵¹ Schilken, Konferans Metni, s. 6; Brehm, No: 314, 317, 318.

⁵² Schilken, Konferans Metni, s. 8 ve orada dn. 25'de karşılaştırılması istenen BGH NJW 1983, s. 173, 174 vd.

⁵³ Brehm, No: 244.

⁵⁴ Schilken, Konferans Metni, s. 8.

Çekişmesiz yargılamanın talebe bağlı olan çekişmeli işleri, öncelikle kat mülkiyeti ve tarım işleri, bunun yanı sıra aile (örneğin, ev yönetimi işlerinde) ve miras işleridir (örneğin, vasiyeti tenfiz memurunun görevine son verilmesi). Bu tür çekişmeli işlerde ilgililerinin tasarruf yetkisi kısmen kanunda açıkça düzenlenmiştir. Yasal bir düzenleme olmaksızın da ilgililerin yargılama konusu üzerinde tasarruf edebildikleri oranda, sulh, feragat, kabul veya davayı sona erdirmeleri, talebi geri almaları mümkündür.⁵⁵

C. Araştırma İlkesi ve Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesi

Çekişmesiz yargıda, mahkemenin, re'sen araştırma ilkesi gereği, deliller de dahil olmak üzere, tüm dava malzemesinden sorumlu olduğunu Çekişmesiz Yargı Kanunu § 12 açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle ilgililerin somut vakıaları ikame etme ve vakıaları ispat yükümlülüğü bulunmadığı gibi, onlar, bir vakıanın ispata muhtaç olup olmadığına da karar veremezler. Doktrinde, hâkimin aydınlatma ödevinin sınırsız olmadığı kabul edilmektedir, ancak ilgililere düşen birlikte hareket etme yükümlülüğünün çerçevesinin ne olacağı tartışmalıdır.⁵⁶

Araştırma ilkesinin geçerliliğine ilişkin bir başka sorun da, hangi yargılamada ne tür delilin ikame edilmesi gerekeceğidir. Bununla kastedilen sıkı ve serbest ispat ayrımının yapılması sorunudur. Çekişmeli yargıda sıkı ispat rejimi geçerlidir;⁵⁷ çe-

⁵⁵ Brehm, No: 318; Habscheid, § 22 II 2; W. F. Lindacher, Verfahrensgrundsätze in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JuS 1978, s. 577 vd., 579.

⁵⁶ Geniş bilgi için Bkz., Brehm, No: 254 vd.; Schilken, Konferans Metni, s. 10.

⁵⁷ Almanya'da sıkı (tam)-serbest ispat ayrımı yapılmaktadır. Sıkı ispat, usûlî prosedüre uygun olarak ve sadece kanunda katalog şeklinde sayılmış olan beş delil (senet, keşif, şahut, bılırkışı ve taraf isticvabı) ile ispattır. Serbest ispat, ne bu delillerle bağlı, ne de usûlî prosedüre tabi olan ispat şeklidir. Geniş bilgi için Bkz., E. Schilken, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, No: 480-481; M.K. Yıldırım, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 87-90; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 323.

kişmesiz yargıda ise durum farklıdır. Çekişmesiz Yargı Kanunu m. 15'in yaptığı atıf dolayısıyla sıkı ispat imkanının mevcut olduğu, içtihat ve doktrinde uzun süreden beri hâkim olan fikre göre de Çekişmesiz Yargı Kanunu m. 12'den hareketle serbest ispata da izin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁸ Günümüzde serbest ispat, çekişmesiz yargının çekişmeli işlerinde yasaklanmıştır; belirli bakım işlerinde geçerli sayılmaktadır. Uygulama ise, vakıaların aydınlatılması ve işin mahiyeti için gerek duyulduğunda sıkı ispatı aramaktadır.⁵⁹

Araştırma ilkesinin uygulandığı çekişmesiz yargıda, sıkı ispat kurallarından ayrılmak, çekişmeli yargıya nazaran daha kolaydır; yeter ki, serbest ispat çerçevesinde ikame olunan deliller hakkında taraflar dinlenmiş olsun.⁶⁰

D. Sözlülük İlkesi

Çekişmesiz Yargı Kanunu sözlü yargılamayı zorunlu kılmamaktadır; buna göre yazılılık esastır ve ancak gerekirse sözlü duruşma yapılır. Sözlülük esasına uyulması gerektiğini düzenleyen emredici hükümler, bakım nafakası yargılaması (Çekişmesiz Yargı Kanunu § 53b/I) için, ev yönetimi yargılaması (Ev Yönetimine İlişkin Tüzük § 13/II) için ve kat mülkiyeti yargılaması (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 44/I) için söz konusudur.⁶¹

E. Delil İkamesinin Doğrudanlığı İlkesi

Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun hiçbir yerinde delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesine değinilmemektedir, bu yüzden

⁵⁸ Habscheid, § 21 II. Ayrıntılı bilgi ve aksi fikir için bkz. Brehm, No: 282-289.

⁵⁹ BayObLG NJW-RR 1992, 653; BayObLG NJW-RR 1996, 583. Ayrıca bkz., Brehm, No:284; Schilken, Konferans Metni, s. 11, dn. 41.

⁶⁰ Schilken, Konferans Metni, s. 12.

⁶¹ Schilken, Konferans Metni, s. 12.

doktrinde çoğunluk çekişmesiz yargıda bu esasın göz önünde tutulmayacağını savunmaktadır.⁶²

F. Aleniyet İlkesi

Almanya'da ilk zamanlarda, Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun, Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun'un sadece birkaç hükmüne gönderme yapmış olması ve bunlar arasında aleniyet ilkesine uyulacağına ilişkin § 169 hükmünün bulunmaması nedeniyle aleniyet ilkesinin çekişmesiz yargıda uygulanamayacağı benimsenmiştir.

Genellikle kabul gören fikre göre, aleniyet ilkesi çekişmesiz yargıda tam olarak geçerli değildir; daha çok şahsiyetin ve kişinin dokunulmazlık alanının korunması söz konusudur; ancak çekişmesiz yargının sadece saf mamelek hukukuna ilişkin (örneğin, kat mülkiyeti) işlerinin dışındaki subjektif haklara yönelik çekişmeli işlerinde, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu m. 6/I/1 hükmünden hareketle aleniyet ilkesi kabul edilebilir.⁶³

VII. Çekişmesiz Yargıda Karar, Kanunyolları ve Ücretler

A. Karar

Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu ve onunla bağlantılı Kanunlar, mahkeme kararları bakımından yeknesak bir kavram tanımamaktadırlar. Kararlar, değişik hükümlerde: Verfügungen, Anordnungen, Beschlüsse, Massregeln olarak ifade

⁶² Habscheid, § 19 III 2; OLG Köln. FamRZ 1992, s. 2000. Aksi fikirde: Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 16 IV; Brehm, No: 264; Schilken, Konferans Metni, s. 13.

⁶³ H.F. Gaul, Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: FS Matscher, 1993, s. 111 vd.; Brehm, No: 268; Schilken, Konferans Metni, s. 14.

edilmiştir,⁶⁴ Entscheidung (karar) teriminin açıkça kullanıldığı hükümler de mevcuttur.⁶⁵

Yargılamaya tesiri açısından kararlar, ara kararları ve nihai kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Ara kararlar kendi içinde Zwischenverfügung, Zwischenstreit- und Grundentscheidung, Verfahrensleitende Anordnungen, Vorbescheid, Eintsweilige Anordnung olarak türlere ayrılmaktadır. Zwischenverfügung için örnek olarak, tapu memurunun, dilekçe sahibine talebinin kabulüne engel olan hususu ortadan kaldırması için süre vermesi şeklindeki kararı verilebilir. Verfahrensleitende Anordnungen, yargılamanın şekli anlamda yürütülmesine ilişkin kararlardır. Vorbescheid ise, Kanun'da yer almayan, uygulamada oluşan bir karar şeklidir, burada aslında mahkeme, esas hakkında karar verme olgunluğuna erişmiştir, ancak bir şüphe de duymaktadır, bu nedenle kararı vermezden önce hatalı bir kararın verilmesi tehlikesine karşı, ilgiliye, şikâyet için bir süre tanımakta, bu süre içinde şikâyet edilmezse kararını vermektedir. Örneğin, veraset ilâmı veya vasiyeti tenfiz memuru belgesinin verilmesinden önce böyle bir süre verilerek doğru olmayan bir belge verilmesi önlenmiş olur. Eintsweilige Anordnung, nihai kararın çok geç kalacağı durumlarda verilen ihtiyati tedbir kararlarıdır.⁶⁶

Nihai kararlar, yargılama konusunu, esastan veya usûlden, kısmen veya tamamen halleden kararlardır.

Kararlar sözlü veya yazılı olabilir, ancak sözlü karar pratik değildir; gerekçe ve hüküm fıkralarının ayrı yazılması gerekmektedir. Gerekçelendirme, kararı verenin takdirinde olmakla birlikte,⁶⁷ özellikle ilgililerin karşılıklı olarak gerekçeli dilekçeler sunmaları ve ilgililerin haklarına müdahale edecek ise gerekçe yazılması tavsiye edilmektedir. Kanun, bazı hallerde gerekçelendirme mecburiyetini açıkça öngörmüştür [korunmaya

⁶⁴ Kuntze, s. XVII.

⁶⁵ Brehm, No: 322 ve orada Karar(Entscheidung)'ın açıkça yer aldığı hükümler: FGG § 20a, 25, 26, 28/II, 29/II.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Brehm, No: 323-330.

⁶⁷ Karş.: Brehm, No: 333.

muhtaç ergin kişiler hakkında vesayet (Betreuungsachen, § 69/II FGG); özgürlüğün kısıtlanması işleri (Unterbringungsachen, § 70f/II FGG); şikâyet derecesinde de gerekçelendirme mecburiyeti bulunmaktadır (§ 25 FGG)].⁶⁸

Habscheid, İsviçre hukuku için yazdığı ders kitabında, çekişmeli ve çekişmesiz yargı ilişkisini ele alırken, her iki yargının birbirinden bağımsız olduğunu; bunun prensip olarak her iki yargı kolunda verilen tespit kararlarının karşılıklı olarak birbirini bağlamayacağını; buna karşılık inşâî kararlar söz konusu olduğunda bunun bağlayıcı olacağını; örneğin, çekişmeli yargıdaki hâkimin, bir kez daha veraset ilâmının geçerliliği hakkında karar verebileceğini ancak vasi tayini hakkında yeniden karar veremeyeceğini; çekişmesiz yargıdaki hâkim bakımından da onun bir boşanma kararı ile bağlı olacağını söylemektedir.⁶⁹

Çekişmesiz yargıda mahkeme, kural olarak, haksız olduğunu anladığı kararı değiştirme yetkisine ve hakkına sahiptir. Almanya'da değiştirme prosedürünün dayanağı § 18/I FGG'dir. Bir karar (Verfügung) dilekçe üzerine verilebiliyorsa ve olayda dilekçe reddedilmişse, mahkeme değişikliği ancak bir dilekçe üzerine yapabilir (§ 18/I cümle 2 FGG). Çekişmesiz yargıda karar veren mahkeme, kararıyla kural olarak bağlı değildir, kararını değiştirebilir, kararından dönebilir. Bunun bir istisnası § 18/II FGG'de düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, kararı aleyhine acele şikâyet tanınmış ise bu kararını değiştiremeyecektir.⁷⁰

B. Kanunyolları

Bir karar, eğer kanunyolu ile iptal edilemiyor ise, şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder. Kararlar aleyhine, kanuna göre, kanunyolu tanınmamış ise, karar verilmekle şekli anlamda kesin hüküm oluşur.

⁶⁸ Kuntze, s XVII, XVIII.

⁶⁹ Zivilprozessrecht, No: 141.

⁷⁰ "Innerprozessuale Bindungswirkung": mahkemenin derdest yargılama boyunca kendi kararı ile bağlılığı, kararından dönebileceği kuralı hakkında Bkz., Brehm, No: 363.

Çekişmesiz yargıya ilişkin kararların iptali, Çekişmesiz Yargı Kanunu § 19-30 arasında düzenlenmiştir. Ayırık durumlar dışında, bu hükümler bütün çekişmesiz yargı alanında geçerlidir. İlk derece kararlarına karşı kural olarak, süresiz şikâyet⁷¹ yolu tanınmıştır; bu konuda Landgericht (asliye mahkemesi) karar verir. Eğer acele şikâyet (sofortige Beschwerde) kanunyolu olarak açıkça öngörülmüş ise, şikâyet süresi kararın bildirilmesinden itibaren iki haftadır (§ 22/I FGG). Şikâyet hakkında karar veren ikinci derece mahkemesi kararına karşı Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi) nezdinde müteakip şikâyet (weitere Beschwerde) yolu tanınmıştır (§ 27/I cümle 1 FGG); müteakip şikâyette sadece hukukî yönden inceleme yapılır. Belirli şartlar altında Eyalet Yüksek Mahkemesi konuyu Federal Mahkemeye (Bundesgerichtshof) aktarmakla yükümlüdür (§ 28/II FGG).⁷²

Yardımcı adalet memurlarının yetkisi bakımından da kanunyolu tanınmıştır (Yardımcı Adalet Memurları Kanunu § 11/I). Yardımcı adalet memurunun kararına karşı, şayet Çekişmesiz Yargı Kanunu'na göre iptal edilemiyor ise, Yardımcı Adalet Memurları Kanunu'na göre acele şikâyet için tanınmış süre içinde süreli itiraz yoluna başvurulabilir (§ 11/I-II RPfGG). Bu son durumda, üst mahkemeye aktarma etkisi (Devolutivveffekt) söz konusu değildir, bu nedenle buna dar anlamda kanunyolu denilmemektedir, bu bir hukukî çaredir.⁷³

Çekişmesiz Yargı Kanunu § 20/I'deki "*Tasarruf nedeniyle hakkı ihlâl edilen şikâyet edebilir*" ifadesi yüzünden, şikâyet kanunyoluna, kural olarak hukuken korunmuş bireysel menfaati etkilenenlerin başvurabileceği; iktisadi, kültürel ve politik menfaatler ya da salt hukukî refleksler nedeniyle kanunyoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir.⁷⁴

⁷¹ Şikâyet kanunyolu hakkında ayrıntılı bilgi ve mukayeseli hukukta kanunyolları için Bkz., M. K. Yıldırım, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 56-73.

⁷² Kuntze, s. XVIII.

⁷³ Brehm, No: 418.

⁷⁴ Brehm, No: 434. İstisnası olarak, § 57 FGG'de hukukî veya ideal menfaatler dolayısıyla vesayette şikâyet yetkisi genişletilmektedir.

C. Ücretler

Ücretler konusu, Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Ücretler Kanunu ile düzenlenmiştir.⁷⁵ Bunun yanı sıra, bir dizi kanunda da özel hükümler mevcuttur. Ücretin miktarı ve sorumluluğun kime ait olduğu Ücretler Kanunu'ndan anlaşılır ve her somut olayda ücretlerden sorumlu memur tarafından incelenir.

Çekişmesiz yargıda, medenî yargıda olduğu gibi kaybeden tarafın ücretlerden otomatikman sorumlu olacağına dair bir kural yoktur. Ücretler Kanunu § 2'ye göre, dilekçeye tâbi işlerde, dilekçe veren; re'sen görülen işlerde ise, menfaati korunan ücretlerden sorumludur.

VIII. Çekişmesiz Yargıda Karşılaşılan Sorunlar ve Reform Çalışmaları

Alman Adalet Bakanlığı'nca 1964 yılında bir değişiklik komisyonu kurulmuştur. Komisyon, 13 yıllık çalışmadan sonra 1977 yılında kapsamlı bir taslak sunmuştur. Taslak, diğer hususlar yanında yargılamaya kimin katılacağı konusunu kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir.⁷⁶ Taslak bütünü itibariyle akademik ve uygulama çevrelerinde yoğun bir şekilde tartışılmış ve İlgililer konusu bakımından da eleştirilmiştir.⁷⁷ Medenî Usûlcüler Derneği'nin Göttingen'de tertiplemediği 1980 yılındaki kongrede Kollhoser⁷⁸ ve König⁷⁹ tarafından sunulan tebliğlerde reform planları üzerinde tartışılmıştır.

Taslak hakkındaki görüşler Adalet Bakanlığı tarafından toplanmış ve 02.05.2002 tarihinde bir problem katalogu oluş-

⁷⁵ 26.07.1957 BGBl I, 960.

⁷⁶ Münferit yargılama türlerini düzenleyen özel bölümde sık görülen 52 ilgili bakımından bir katalog teklif edilmiştir. Bu belirleyici katalogun eleştirisi için Bkz., Habscheid, § 14 III 1-2.

⁷⁷ Bkz., Bork, s. 399; Brehm, No: 48. Karş.: Habscheid, § 14 III.

⁷⁸ Zur Problematik eines "Allgemeinen Teils" in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZJP 93 (1980), s. 265 vd.

⁷⁹ Probleme eines "Allgemeinen Teils" einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZJP 93 (1980), s. 312 vd.

turulmuştur.⁸⁰ Bu katalog esas alınarak, bir taslak (Referen-
tenentwurf) hazırlanmıştır. Bu duruma göre, 1977'den 27 yıl
sonra 2004 yılında Adalet Bakanlığı yeniden inisiyatifi ele almış
görünmektedir.⁸¹ Son hazırlanan Taslak'taki önemli başlıklar
şunlardır:

– Kapsamlı, eksiksiz aile mahkemeleri yargılaması oluş-
turulması,

– Tüm gerçek çekişmeli yargı konularının, Çekişmesiz
Yargı Kanunu'nun dışına çıkarılması (özellikle Kat Mülkiyeti
Kanunu'ndan doğan işlerin çekişmeli yargı içine alınması).

Çekişmesiz yargıda tipik olan husus: icra amacı taşıyan
talepler hakkında karar verilmemesi, daha ziyade hukukî
korumanın temini ile ilgilenilmesidir. Almanya'da çekişmeli
işlerin dahi, pratiklik ve hukuk devleti mülhazaları ile çe-
kişmesiz yargıya bırakıldığı görülür (örneğin, § 1357/II BGB
uyarınca ev idaresi yetkisinin kime verileceği ihtilâfı); buna
karşılık İsviçre'de, maddi bakımından çekişmesiz yargıya ait
olan işlerin, özel medenî yargılama prosedüründe halli yoluna
gidilmiştir.⁸² Hukukî korunma bağlamında, devletin, hedefine
ulaşmak isteyen vatandaşına yardıma amade olduğuna; bu
yardımın devlet organının bir kereye mahsus fiilden ibaret ol-
madığına, daha ziyade sürekli hukukî ilişki tesis ettiğine; evlilik
ve ailenin kamu düzeninin özel koruması altında olduğuna;
bu alanlarda “*birakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler*” ilkesine yer
olmadığına; bir devlet kontrolünün gerekli olduğuna temas
edilmektedir. Özel hukuka ilişkin çekişmeli işler –ki İkinci
Dünya Savaşı'ndan sonra giderek önemi artmıştır– amaca
uygunluk mülhazası ile çekişmesiz yargıya dahil edilmiştir.
Bunlar özellikle, eda hükmüne yönelik talepler ve inşai kararlar
şeklinde tezahür etmektedirler; çekişmesiz yargının çekişmeli

⁸⁰ Problem Katalogunun 24 konu başlığı içeren tasnifi için Bkz., E. Herler,
Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Deutsche Richter
Zeitung (DRIZ) 2002, s. 437-440.

⁸¹ Bkz., Bork, s. 400.

⁸² Habscheid, Zivilprozessrecht, No: 140, dn. 48'de zikredilen 1911 tarihli
ZGB Art. 167/II hükmü.

işleri ile medenî yargıdaki eşitliğin sağlanabilmesi için bu son gruptakilere de maddi anlamda kesin hüküm etkisinin tanınması gerekmektedir.⁸³

Almanya'da çekişmesiz yargı alanında reforma ihtiyaç duyulmasının nedenleri olarak şu hususlar gösterilmektedir:

– Mer'î Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun yetersiz oluşu, Kanun'da boşluklar bulunması: Kanun'un Genel Hükümler bölümü başlangıçta sadece 34 hükümden ibaretti, günümüzde 36 hükümden oluşmaktadır. 1896 yılında kanun koyucunun çekingen davranmasının sebepleri: Anayasa hukuku açısından, bu alanlarda düzenleme yapılmasında yetkili olup olmadığı hakkında şüphenin bulunması, diğer bir sebebi ise, hâkime imkan ölçüsünde esneklik tanımak ve ona somut olayda makul yargılamayı mümkün kılmak istenmesidir. Hâkime tanınmak istenen esneklik, hukukî belirsizlik yaratmıştır. Yapılacak kapsamlı bir değişiklik ile bunun giderilmesi zorunluluğu vardır.⁸⁴

– Kanun homojen değil, heterojendir: Başlangıçta Çekişmesiz Yargı Kanunu klasik konularla sınırlı idi, zamanla kanunkoyucu uygulama alanını genişletti. Bu gün çekişmesiz yargıya giren işlerin sayısı yaklaşık 350'dir; bunların yaklaşık beşte biri çekişmeli işlerdir.⁸⁵ Doktrinde Habscheid bunu "çekişmesiz yargının zaferi" olarak adlandırmıştır.⁸⁶

– Düzenlemelerin karmaşık olması ve çok sayıdaki münferit kanunların üst bakış imkanı vermemesi: Çekişmesiz yargı hukuku özellikle üst bakış imkanı vermemektedir. Bunun sebepleri, yargılama hükümlerinin sadece Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda değil, bir kısmının maddi hukukta yer alması; Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda boşluklar bulunması ve gerçek çekişmeli işlerin bu kanuna dahil olması ve bunların sonuçta Medenî Usûl Kanunu'na müracaatı zorunlu kılmasıdır.⁸⁷

⁸³ Habscheid, § 6 I 3; § 7 I-II.

⁸⁴ Bork, s. 400.

⁸⁵ Bork, s. 401.

⁸⁶ Habscheid, § 3 II 4.

⁸⁷ Bkz., W. Zimmermann, ZPO-Verweisungen im FGG, FS Musielak, Mün-

– Hukuk devleti ilkesi yönünden yetersizlik: Çekişmesiz Yargı Kanunu, ihdas edildiği dönemde cari olan anlayışla, devletin yürütme erkine dayalı olarak hazırlanmıştır. Kanun'un Genel Kısmı'nda, ilgililerin katılım haklarına ilişkin hiçbir bilgiye rastlanmaz; sadece özel kısımda koruma prosedüründe sonradan modern etki ile eklenen hükümler görülmektedir; örneğin, ilgililerin yargılama ehliyeti, hukukî dinlenmesi, kararların gerekçelendirilmesi gibi hükümler bulunmakla birlikte, yine de hukuk devleti açısından, eksiklikler vardır.⁸⁸ Alman Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar, 68 kararında çekişmesiz yargı ile ilgili konulara yer vermiş ve söz konusu normların Anayasa ile bağdaşmadığını açıklamıştır.⁸⁹

Reformun Amacı

Medenî Usûl Kanunu'na alternatif olarak, mümkün olduğunca eksiksiz, yeknesak bir kanun yapılmalı ve böylece hukuk devletinin talepleri karşılanmalıdır; Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun ayrıcalığı korunmalıdır. Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun, Medenî Usûl Kanunu'na nazaran üstünlüğü onun özel bir elastikiyete, mevcut duruma rahatlıkla uygulanacak bir yapıya sahip oluşudur.

Çekişmesiz Yargı Kanunu'na, Medenî Usûl Kanunu'na nazaran elastikiyet sağlayan hususlar şunlardır:

- Re'sen harekete geçme ilkesi (Medenî Usûl Kanunu'ndaki tasarruf ilkesi yerine);
- Çok kişinin katılma imkanı (katı iki taraf sistemi yerine);
- Vakıaların mahkemece re'sen toplanması (tarafarca getirme ilkesi yerine);

chen 2004, s. 729 vd.

⁸⁸ Bork, s. 403.

⁸⁹ Bork, s. 403.

- Serbest delil ikamesi (katı ispat kuralları yerine);
- Yargılamanın mahkemece serbestçe düzenlenmesi (mahkemenin katı yargılama safhaları, süreler, sözlü yargılama zorunluluğu ile sınırlanması yerine);
- § 18 FGG hükmüne göre, mahkeme kararlarının sonradan değiştirilmesi imkanı.

Çekişmesiz Yargı Kanunu yargılamaasının elastikiyeti aslında sadece koruma yargılamasına uygun düşmektedir; gerçek çekişmeli yargı konuları Medenî Usûl Kanunu'na terk edilmelidir. Kanun'un hâkime sağladığı serbest takdir yetkisi, hem bir şans, hem de bir tehlike arz etmektedir.⁹⁰

Reformun kapsamının ne olması gerektiği de tartışılmaktadır. Reformun dar kapsamlı olması, mer'î Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun genel hükümlerinde Anayasa hukuku açısından gerekli düzeltmeler ve tamamlamalar yapılması ile sınırlı tutulması demektir. Alman Adalet Bakanlığı ise, kapsamlı bir reformdan yanadır; reformun amacı, gerçekten nizalı konuları mümkün olduğu kadar çekişmesiz yargı alanı dışına çıkartmak, aile hukuku yargılamalarının tamamını çekişmesiz yargıya dahil etmek ve Kanun'un özel kısmından arta kalan hükümleri, genel hükümlere uyacak şekilde yeniden formüle etmektir.⁹¹ Almanya'da Haziran 2005 tarihli Aile İhtilaflarına İlişkin Yargılama ve Nizasız Kaza İşlerinde Reform Kanunu Taslağı'nın (Almanya'da kısaca "FGG-Reformgesetz" adıyla anılmaktadır), bu özellikleri taşıdığı tespit edilmektedir. Taslak, çekişmesiz yargı işlerini, 5 Kitap halinde ve sırasıyla: Genel Hükümler (§ 1 vd); Aile Hukuku İşleri Yargılaması (§ 125 vd); Vesayet İşleri (§ 283- 353); Tereke İşleri (üzerinde henüz çalışılmakta olduğundan yayınlanmamıştır § -); Sicil İşleri ve İşletmelere İlişkin İşler (§ 400 vd) olmak üzere düzenlemiştir. § 500- 504 hükümleri "Son Hükümler" başlığını taşımaktadır.⁹²

⁹⁰ Bork, s. 403, 404.

⁹¹ Bork, s. 404-406.

⁹² Avusturya'da 12.12.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak kanunlaşmış olan Çekişmesiz Yargı Kanunu (Außerstreitgesetz, BGBl 2003/111,

Sonuç

Almanya'da çekişmesiz yargı alanında 1898 yılında kabul edilmiş ve pek çok kere kısmî değişiklik görmüş olan özel bir kanun (FGG) mevcuttur. Kanun, genel hükümler bölümü ve uygulama alanına yönelik özel bölümden oluşmaktadır. Kanun, her iki bölüm bakımından da yetersiz görüldüğünden ve diğer kanunlarla birlikte üst bakış imkanı sağlamayacak derecede karmaşık bir manzara ortaya çıktığından, çekişmesiz yargı alanında köklü bir reform yapılarak bu alanın tamamen yeniden düzenlenmesi düşüncesi süre gelmektedir. Yukarıda açıklanan Haziran 2005 tarihli Tasarı'dan sonra, buna ek olarak 15.02.2006 tarihli Tamamlayıcı Tasarı da kamuoyuna sunulmuş bulunmaktadır.⁹³

Kanun'un (FGG) genel bölümündeki yetersizlikler, hâkime tanınmak istenen esneklik dolayısıyla hukukî belirsizlik doğması, çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemelerin karmaşıklığı ve çok sayıdaki münferit kanunların üst bakış imkanı vermemesi, yargılamaya ilişkin bazı hükümlerin maddi hukukta kalmış olması ve Medenî Usûl Kanunu'na müracaatı zorunlu kılması; özel bölümde çok farklı konuların hatta önemli ölçüde çekişmeli işlerin yer alması nedeniyle kanunun homojen olmamasıdır. Özel bölümdeki problemler, hangi işlerin çekişmesiz yargıya dahil olması gerektiği noktasındadır. Çekişmesiz yargıya girecek olan işlerin tespiti hukuk politikası ile ilgili olmakla birlikte, gerçekten çekişmeli olan işlerin, çekişmesiz yargı dışına çıkarılması gerektiği tartışmasızdır. Almanya'da, Kat Mülkiyeti Kanunu'na ilişkin ihtilâfların çekişmesiz yargıdan çıkartılması, buna karşılık aile hukuku ihtilâflarının tamamının kanun kapsamına alınması düşünülmektedir. Ancak, aile

112, 113) 6 ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm genel hükümleri, takip eden dört bölüm özel hükümlere ilişkin olup sırasıyla aile hukuku, çocuk ve kayımlık ile ilgili işler; tereke ile ilgili işler; belgelendirme işleri ve rızai açık artırma işlerini düzenlemektedir. Son bölüm ise, son hükümler ile geçiş hükümlerini içermektedir.

⁹³ Geniş bilgi için bkz: Alman Adalet Bakanlığı resmi internet sitesi (www.bmj.bund.de).

hukukunda bazı işler çekişmeli olup, Medenî Usûl Kanunu yargılaması ile ilgilidir.

Bu noktada, çekişmeli yargıyı, çekişmesiz yargıdan sınır-lama problemi ve bunun çözümünde kriterlere başvurulması gereği ortaya çıkmaktadır. Kriterler üzerinde ise fikir birliği yoktur.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, bu konuda müstakil bir kanun bulunmayan hukuk sistemlerinde, hâkim hukukunun ön plana çıktığı, bunun, somut olaya uygun elastiki bir yapı sağlamakla birlikte, anayasal yargılama garantileri sağlayan hukuk devleti ilkesi açısından ciddi boşluklar doğurduğu gözlemlenmektedir.

Türk hukuku, çekişmesiz yargı alanında müstakil bir kanuna sahip değildir. Yargılamada, kanunda mevcut olan yargılama usûlleri arasındaki farklılığa, yargılamanın safhalarına riayet edilmemesi; çoğu çekişmesiz yargı işlerinde suni olarak hasım (taraf) yaratılması Türk yargılama kültürünün tipik özellikleridir. Literatürümüzde de genellikle, mukayeseli hukuktaki sıkı ve serbest ispat ayırımına, kararların ve bunlara karşı başvurulacak kanunyollarının çeşitliliğine yeterince yer verilmemektedir; çekişmesiz yargı bakımından da mukayeseli hukukta öne çıkan koruyucu amaç kriteri üzerinde durulmamaktadır.

Türk hukukunda, mukayeseli hukuktan yararlanmak suretiyle çekişmesiz yargı konusunda yeni bir düzenleme yapılabilir. Bu yeni bir müstakil kanun, yahut Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içinde çekişmesiz yargıya ilişkin bir bölüm oluşturulması şeklinde gerçekleşebilir. Bu noktada, öncelikle 2003 yılında kabul edilmiş olan 4787 sayılı Aile Mahkemele-rinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun ve uygulamasının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, İsviçre'deki gelişmeler dikkat çekicidir. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu Taslağı'nda, basit usûlü muhakemeye ilişkin maddeler içerisinde, birkaç maddede çekişmesiz yargı ele alınmıştır. Doktrinde, bunun, ciddi yenileme ihtiyacını karşılamaya yeterli olmayacağı ifade edilmektedir.

Almanya'da, çekişmesiz yargı alanında, özellikle aile hukuku ihtilâfları için kullanılmak üzere bir Çekişmesiz Yargı Kanunu Taslağı hazırlanmıştır.

Özel bir kanun yapılmak istenirse, bu kanunun, genel hükümler ve özel hükümler bölümleri olmalıdır. Genel hükümler bölümünün, taraf kavramını, açık bir biçimde yargılamanın safhalarını, dilekçe verilmesi ilkesi ve dilekçenin bağlayıcılığı hususunu, ilgililerin katılma yükümlülüğü ve haklarını, sulh imkanını, hayat olayının serbest ispat ile araştırılacağı ilkesini, çocukların dinlenme hakkını, kesin hüküm konusunu, kararlara karşı kanunyollarını ve çekişmesiz yargıya özgü icra problemlerini düzenlemesi gerekmektedir. Kanunda, çekişmesiz yargıya ilişkin bir tanıma teşebbüs edilmeden, bir Genel Bölüm yapılabilir. Özel hükümler bölümü, münferit çekişmesiz yargı işlerini düzenleyecektir. Bu bölüm ile genel bölüm arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Özel bölümde hangi konuların yer alacağına karar verilirken, genel hükümler göz önünde tutulmalıdır. Özel bölümün uygulama alanının homojen olması halinde genel hükümler işleve sahip olabilecektir. Özel Bölüme gerektiğinde eklemeler yapılabilecektir. Bu bakımdan başlangıçta uygulama alanı sarih olmayabilir.

Şekli anlamda çekişmesiz yargı sisteminin tercih edilmesi, çekişmesiz yargı hallerinin mutlaka tahdidi olarak sayılması zorunlu kılmaz.⁹⁴ Buna karşı, maddi anlamda çekişmesiz yargı sistemi tercih edilirse, bir tanım yapılması zorunlu hale gelir. Almanya'daki tecrübeler, bir tanımın yapılmasının zor olduğunu göstermektedir. Kanaatimizce, şekli anlamda çekişmesiz yargı sistemi tercih edilmeli; somut olayda pozitif hukuka dayalı kavram ile bir konunun çekişmesiz yargıya girip girmeyeceği konusunda bir boşluk tespit edilirse, bu, mukayeseli hukukta özellikle Alman hukukundaki maddi anlamda çekişmesiz yargı çerçevesinde mevcut olan kriterler kullanılmak suretiyle doldurulabilir.

⁹⁴ Bkz., yukarıda I A "Şekli Anlamda Çekişmesiz Yargı" başlığı sonundaki açıklamalara.

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA

II. Tebliğ Sahibi: Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sayın Doktor Murat Atalı'nın konusu, *"Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı"*. Tabii ilginçliği, Alman hukukundan bir farklı boyutu var. Avusturya'da çok yeni bir Nizasız Kaza Kanunu'nun 1.1.2005'ten itibaren yürürlüğe girmiş olması söz konusu. Hatta burada başta şunu söyleyeyim: Bu son Almanya'daki toplantıda, 2004 Nizasız Kaza Toplantısı'nda, bir Avusturyalı, (Profesör Yıldırım bir kısmını söyledi) tartışmalar oluyor, *"nasıl olacak yeni kanun"* vesaire, bir Avusturyalı Profesör Alman hukukçularına hitaben konuşmasında *"bizim kanun yürürlüğe girdi, siz bir komisyon kurun, bu Avusturya Kanunu'nun Avusturya'daki uygulamalarını takip etsin, buradan yararlanırsınız"* diyor. Şimdi, bunu birçoğunuz bilirsiniz, bunun Almanya usûlcüleri üzerinde yaptığı etkinin ne kadar önemli olduğunu; katiyen kabul etmezler. Avusturyalı birisi kalkacak, *"biz yaptık, sen bunlara bir bak bakalım ne oluyor, ona göre yaparsın"*, şimdi ben okuyunca çok eğlendim doğrusu; Almanlar müthiş kızmışlardır buna.

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
KONUŞMASI

Avusturya'yı örnek alsınlar vesaire... Ama mukadderat odur ki, Alman hukuku belirli müesseseleri itibarıyla böyle yavaş yavaş, Avusturya'nın bundan 50 sene, 60 sene evvelki şeylerine ufak ufak yaklaşmaktadır; ama hâlâ kabul etmezler, bunlar için, "önemsiz" derler.

Sayın Murat Atalı, "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı" için buyurun.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

AVUSTURYA HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI

I. Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargının Tarihi Gelişimi

A. 1854 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu

Avusturya Hukukunda 1781 tarihli "Hukuk Yargılamasına İlişkin Genel Kanun"un (Allgemeine Gerichtsordnung=AGO) hazırlıkları sırasında, bu Kanun'un çekişmeli ve çekişmesiz yargı yanında, icra ve iflâs hukukuna ilişkin yargısal faaliyetleri de kapsamı düşünölmüştü.

Ne var ki, bu Kanun, belirtilen amacı gerçekleştirememiş, çekişmesiz yargının sadece çok sınırlı bir alanı yasal düzenlemeye kavuşturulabilmiş, daha sonraki (özellikle 1824 yılındaki) reform çalışmaları da arzu edilen neticeyi vermemişti.

Ülkede 1848 yılında yaşanan ve İmparator 1. Ferdinand'ın tahttan indirilmesiyle sonuçlanan devrim niteliğindeki köklü değişikliklerin bir yansıması olarak İmparator (1. Franz Joseph), en azından uygulamanın acil ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, çekişmesiz yargının iki önemli uygulama alanı olan terekeye ilişkin bazı işler ile vesayet ve hacir işlerini düzenle-

yen iki ayrı kanunu, 1850 yılında yürürlüğe koydu.¹ Ne var ki, bu kanunlar, bir taraftan uygulamanın ihtiyaçlarına karşılık vermekten uzaktılar, diğer taraftan da, yeni mutlakiyetçilik döneminin² (Neoabsolutismus) etkisi altında yargılama hukukunun temel ilkelerinde önemli ölçüde bir geriye gidişi beraberinde getirmekteydiler. Bunun yanında, imparatorluğun içinde bulunduğu genel politik durum da, kapsamlı bir çekişmesiz yargı reformunu gerekli kılmaktaydı: Zira, Rus askeri desteği sayesinde Macaristan'ın ayrılmasının önlenmesi ve Habsburg imparatorluğunda birliğin tekrar sağlanması, imparatorluğun tamamında hukuk birliğinin temin edilmesi suretiyle sağlanmaya çalışılmak zorundaydı. Bu amaçla, örneğin Macaristan ve Transilvanya'da (Siebenbürgen), Avusturya hukuku emsal alınmak suretiyle, sadece Medenî Kanun ve (çekişmeli yargıya ilişkin) Hukuk Muhakemesi Kanunu 1852 yılında alelacele yürürlüğe konulmakla kalmadı, bunun yanında 1852 ve 1853 yıllarında yayınlanan iki geçici fermanla³ (provisorische Instruktion) çekişmesiz yargıya ilişkin yargılama usûlüne de el atıldı. Bütün bu düzenlemelerin kaynağını, 19. yüzyılın başlarında hazırlanan ancak kanunlaşamayan tasarılar oluşturmaktaydı. Çalışmalar bununla kalmadı; hemen aynı yıl (1853) 27 Şubat tarihinde adalet bakanı, hazırlanan "*çekişmesiz yargıya ilişkin yargılama usûlü kanun tasarısını*"⁴ İmparatorluğa dâhil bütün ülkelerde geçerli olmak üzere, İmparatorun onayına sundu. Tasarı, o zaman için sadece istisari bir fonksiyonu olan İmparatorluk Meclisi (Reichstag) tarafından görüşülmesini müteakip, Kırım Savaşı'nın yarattığı gergin dış politika atmosferinin yaşandığı bir döneme rastlayan 9 Ağustos 1854

¹ "Gesetz über das Verfahren bei Verlassenschaftsabhandlungen" ve "Gesetz über das Verfahren in Vormundschafts- und Kuratelangelegenheiten", RGBl 255.

² İmparator 1. Franz Joseph'in zorla kabul ettirdiği Anayasayı 1851 yılında yürürlükten kaldırmasından itibaren (İtalyanlara karşı) 1859 tarihli Solferino ve Magenta yenilgisine kadar süren dönem, (bu yenilgi aynı zamanda Kızıl Haç Örgütü'nün kurulmasına vesile olmuştur).

³ RGBl 1852/263 ve 1853/109.

⁴ "Entwurf eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen für alle Kronländer".

tarihinde⁵ İmparator 1. Franz Joseph tarafından onaylanarak 21 Eylül 1855 tarihinde, İmparatorluğa dâhil bütün ülkelerde yürürlüğe sokuldu.

Kısacası, 1854 tarihli Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu, üzerinde uzun uzadıya düşünülmüş, tartışılmış ve çalışılmış bir kanunlaştırma hazırlığının sonucu olarak değil, aksine, günlük politik ihtiyaçların karşılanmasında, diğer bir ifadeyle, İmparatorluğun tamamında yeknesak bir hukuk sisteminin sağlanması bakımından gereksinim duyulduğundan, 19. yüzyılın başlarında yapılmış olan çalışmalar temel alınarak oluşturulan metnin yürürlüğe konulması suretiyle ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkış serüveni karşısında hiç kimsenin kendisinden uzun süreli olmasını beklemediği bu yasa, yaklaşık 150 yıl yürürlükte kaldıktan sonra yerini yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu'na bırakmıştır.

B. Reform Çalışmaları ve Yeni (2003 tarihli) Çekişmesiz Yargı Kanunu

1. Reforma Giden Süreç

1854 tarihli Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu, aslında ilk yıllarından itibaren önemli tenkitler almış, birçok reform tasarısının konusunu oluşturmuş ve ciddi değişikliklere de uğramıştır. İlk reform düşüncesi, meşrutiyete (Konstitutionalismus) geçişin dayanağı olan 1860 (Oktoberdiplom) ve 1861 (Februarpatent) yıllarında yaşanan anayasal değişimle irtibatlıdır. Bu değişimden sadece birkaç yıl sonra, 1867 yılında hazırlanan reform taslağı, ciddi itirazlar ve çekişmeli yargı reformunun daha acil bulunması nedeniyle, yasalasamamıştır. Bu ara da, bir çok kez akamete uğradıktan sonra, özellikle Franz Klein ve Joseph M. Baernreither'in önemli katkılarıyla meydana getirilen 1 Ağustos 1895 tarihli Hukuk Yargılaması Kanunu'nun⁶ 1898 yılında yürürlüğe girmesiyle gerçekleşen

⁵ RGBI 1854/208.

⁶ Gesetz vom 1. August über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen

büyük medenî (çekişmeli) yargılama hukuku reformu, temel yapısına hâkim olan sosyal karakteri sayesinde, her iki hukuk dalı arasında, kısmî de olsa, bir yakınlaşma sağlamıştır. Söz konusu reform, “*Hukuk Yargılamaına İlişkin Genel Kanun*”un (Allgemeine Gerichtsordnung=AGO) Avusturya medenî yargılama hukukuna getirmiş olduğu bireyci, liberal ve taraf hâkimiyetini esas alan anlayışı ortadan kaldırarak, bunun yerine, maddi gerçeğin bulunması ve toplumsal refahı önde tutan; bu amaçla, taraflara gerçeği söyleme yükümlülüğü, hâkime ise, kendiliğinden davet ve tebligat da dâhil, davayı aktif olarak sevk ve idare yetkisi veren bir anlayışı Avusturya yargılama hukukuna taşımıştır. Söz konusu bu anlayış, Çekişmesiz Yargı Kanunu’nun bu Kanun’a kısmen sarıh olan atıfları nedeniyle, dolaylı olarak çekişmesiz yargı alanına da yansımıştır.

Yeni (çekişmeli) Hukuk Yargılaması Kanunu’nun uygulama tarafından benimsenmesini müteakip hemen 1902 yılında yeni bir Çekişmesiz Yargı Kanunu’nu tasarısı hazırlanmıştır. Ancak, avukat ve noterlerin çıkarlarını doğrudan olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olması ve tasarının mimarı Franz Klein’in bu meslek gruplarıyla bir çatışmayı göze alamaması; öte yandan, o sıralarda hazırlıkları devam eden maddi hukuk reformu ile de ahengin sağlanması gereği karşısında, bu tasarı yasalaşamamıştır. Birinci Cumhuriyet döneminde yapılan kısmî reform⁷ ise, terekeye ilişkin işlerde usûlün basitleştirilmesi konusuyla sınırlı kalmıştır.

Bu arada, sözü edilen maddi hukuk reformunun gerçekleşmesi ile birlikte özellikle Medenî Kanun’un, bunun yanında özel hukuk alanında zaman içinde yürürlüğe giren birçok özel kanunun, bir taraftan Çekişmesiz Yargı Kanunu’na atıf yaparken diğer taraftan da belli hususlara ilişkin olarak ayrı hükümler getirmesi, çekişmesiz yargı alanını oldukça karmaşık duruma getirmişti. Öyle ki, Çekişmesiz Yargı Kanunu’nun “*genel hükümler*” kısmında yer alan maddeler artık istisnaen uygulanır hükümler haline gelmişti. 1970’li yılların sonların-

Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung), RGBl. Nr. 113/1895.
BGBl 1923, 636.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

dan itibaren gerek uygulama ve gerekse öğretilerde artan reform istekleri nihayet sonuç getirdi ve 1984 yılında Avusturya Adalet Bakanlığı bir Çekişmesiz Yargı Yasa Tasarısı hazırladı. Bu Tasarı, söz konusu alandaki bilimsel tartışmaların ve yayınların artmasına yol açtı. Hatta, Viyana'daki Ludwig Boltzmann Enstitüsü'nde Prof. Kralık başkanlığında kurulan komisyon tarafından hazırlanan bir Karşı-Tasarı, 1988 yılında yayınlandı.

Bu arada yapılan sınırlı değişiklikler, reform hareketlerini biraz yavaşlatsa da, 1995 yılı Hâkimler Haftası "*Çekişmesiz Yargı Usûlü - Acil Reform (Außerstreitverfahren - die fällige Reform)*" sloganıyla toplandı. Bu toplantıdaki tartışmaların değerlendirilmesi sonucu, Adalet Bakanlığı, iki yıl sonraki Hâkimler Haftası toplantısında, üzerinde yeni tasarının "*Genel Hükümler*" kısmını tartışmaya açtı. Bu kısmın çoğunluk tarafından olumlu karşılanmasının ardından, bunun üzerine bina edilen "*Özel Hükümler*" kısmı ile, gerekli uyum yasalarının tasarıları hazırlanarak 2000 yılı yazında, bakanlık tasarısı⁸ olarak kamuoyu görüşüne sunuldu.

Gelen görüşlerin de değerlendirildiği nihai metin, Uyum Kanunu (Außerstreit-Begleitgesetz) tasarısı ve Kira Hukukuna İlişkin Çekişmesiz Yargı Kanunu (Wohnrechtliches Außerstreitbegleitgesetz) tasarısı ile birlikte, hükümet tasarısı olarak, 3 Ekim 2003 tarihinde Millet Meclisi'ne sunuldu. 5 Kasım 2003'de Adalet Komisyonu ve 13 Kasım 2003'de Genel Kurul'da kabul edilen Tasarı, 27 Aralık 2003 tarihinde Senato tarafından da onaylandı ve 12 Aralık 2003 tarihinde *Resmî Gazete*'de yayınlanarak⁹ kanunlaştı. Avusturya hukukunda büyük çoğunluk tarafından başarılı bir reform olarak değerlendirilen bu Kanun, 1854 tarihli kanunun yerini alarak 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girdi.

Uyum yasalarıyla birlikte "*Çekişmesiz Yargı 2003 reformu*" olarak adlandırılan ve oldukça kapsamlı bir hazırlık aşaması

⁸ Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz - AußStrG).

⁹ BGBl 2003/111,112,113.

sonucu gerçekleşen bu reform, başarılı ve ileri bir adım olarak değerlendirilmekte, ve bununla, iyi bir (çekişmeli yargı) usûl kanununa sahip olan Avusturya'nın aynı zamanda modern bir çekişmesiz yargı kanununa da kavuştuğu kabul edilmektedir.¹⁰ Bir taraftan şimdiye kadarki uygulamaya yasal bir temel oluşturulurken diğer taraftan –özellikle– hukuk devleti ilkesi bakımından eleştirilen uygulamadaki durum düzeltilmiş oldu. Bütünü hakkında getirilen en temel eleştiri ise, kanun koyucunun aşırı dikkatli davranması, “devrim” yerine “evrim”i tercih etmesi, avukat ve noterlik mesleğiyle ilgili çıkar çatışmaları hakkında ideal çözüm yerine uzlaşmacı bir tavır alması, özellikle temsil, çekişmesiz yargının konusuna giren hususların genel bir çerçeve yahut tanımlama ile belirlenmesi (Materiendiskussion) ve Yüksek Mahkeme'ye başvuru konularında yeterince cesur olamamasıdır.¹¹

2. Reformun Hedefi

Reforma giden sürece ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, reformun temel amacı, çekişmesiz yargı hukukuna ilişkin önemli yasal boşlukların hukuk devleti ilkesi doğrultusunda giderilmesidir. Bu çerçevede, özellikle eski kanunun sadece 19 maddeden ibaret olan ve ihtiyaca cevap vermediği için uygulama tarafından –çekişmeli yargı– Usûl Kanunu emsal alınarak doldurulmaya çalışılan, ancak bu durumda da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesi ile Avusturya Anayasası'nın 18. maddesi (Legalitätsgebot / yetki kullanımının kaynağının Anayasa'ya dayanması) karşısında tartışmalı bir zemin oluşmasına yol açan “genel hükümler kısmı”nın yeniden düzenlenmesi, ve çekişmesiz yargının kendine özgü amaç ve karakterine uygun, günlük yaşamın karmaşık ihtiyaçlarına cevap veren, müstakil ve modern bir çekişmesiz yargı kanunu oluşturulmak amaçlanmıştır.

¹⁰ Mayr/Fucik, Kn. 7.

¹¹ Mayr/Fucik, Kn. 7.

C. 2003 Tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun Genel Yapısı ve Temel İlkeleri

1. Terminoloji

Aynı usûl hukuku alanı için Alman hukukunda “*freiwillige Gerichtsbarkeit*” ifadesi kullanılırken,¹² Avusturya hukukunda, 1854 tarihli Kanundan itibaren yerleşmiş olan “*Rechtsangelegenheiten auſſer Streitsachen*” yahut “*Verfahren auſſer Streitsachen*” ifadesi, 2003 tarihli Kanunda da muhafaza edilmiştir.

“*Streitsache*” kelimesi Almanca’da sadece hukukî literatürde ve “*Zivilprozess*” ile aynı anlama gelmek üzere kullanılan bir sözcük olup “*çekişmeli şey*” olarak Türkçe’ye çevrilebilir. “*Auſſer =dışında*” kelimesiyle yapılan istisna sayesinde, kanunun başlığı “*çekişmeli olanlar dışındakileri*” ifade ederek, kanunun kapsamını tam olarak karşılamaktadır.

Bununla, “*çekişmesiz yargı*” ifadesi, “*torba*” bir ifade olarak, hangi nedenle olursa olsun, çekişmeli yargının dışında kalan bütün işleri kapsamaktadır. Buna karşılık, Alman Hukukunda kullanılan “*freiwillig*” kelimesi “*gönüllü, isteğe bağlı*” anlamına gelmektedir. Tarihi nedenleri bulunduğu muhakkak olan bu kelimeye nazaran Avusturya hukukunda kullanılan ifadenin daha yerinde olduğu söylenebilir.

2. Çekişmeli Yargı ile İlişki

1854 tarihli Kanun’un ilk halinde, çekişmesiz yargıda verilen kararların çekişmeli yargıda kaldırılabilmesi veya değiştirilebilmesi mümkün olduğundan, çekişmesiz yargı, öncül, geçici ve uzlaştırıcı bir ön aşama olarak nitelendirilmekteydi. Her ne kadar zaman içinde çekişmesiz yargının önem ve fonksiyonu değişmiş, her iki yargı alanının birbirini tamamlayan değil aksine medenî yargılamanın birbirinden bağımsız iki farklı

¹² Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898, RGBl. 189.

kolu olduğu görüşü benimsenmiş idiyse de, Kanun birkaç konuda¹³ çekişmeli yargıya yaptığı yollamayı muhafaza etmişti. 2003 tarihli Kanun ise her iki yargı çeşidi arasında kesin bir sınır koymuş ve fonksiyonları burada da aynı olan temel usûl hukuku ilkelerini çekişmesiz yargı için de öngörmüştür.

3. Kanun Tekniği Bakımından

a. “Genel Hükümler” Kısmı

Çekişmesiz yargı, torba bir yargı alanı olmakla, birbirinden çok farklı nitelikteki işleri kapsamaktadır. Sadece çekişmesiz yargı kanunu ile değil, diğer kanunlarla da çekişmesiz yargıya dâhil edilen, yapısı ve niteliği birbirinden çok farklı işler söz konusudur. Buna rağmen, Avusturya kanun koyucusu, bütün bu birbirinden farklı karakterdeki işlerin tamamının halli bakımından uygulanacak bir “Genel Hükümler” kısmını, (eski kanunda olduğu gibi) yeni çekişmesiz yargı kanununda da muhafaza etmiştir.

¹³ Örn: § 2,II/7 AußSrG 1854: “7. In soferne die Verfügungen über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Erörterung streitiger Rechtsfragen, oder von Thatumständen abhängen, die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen, soll das Gericht über die Rechte der Parteien nicht voreilig entscheiden, sondern entweder sogleich die rechtliche Verhandlung einleiten, oder die Betheiligten auf den Rechtsweg weisen, und, soweit es besondere Vorschriften verordnen, dafür sorgen, daß bis zum Ausgange des Rechtsstreites Sicherheit geleistet, oder die Lage der Sache nicht geändert werde.”

§ 18 AußStrG 1854 (Rechtskraft der gerichtlichen Verfügungen): “(1) Gegen die über Gegenstände der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen von dem Gerichte ohne Vorbehalt einer weiteren rechtlichen Erörterung getroffenen Verfügungen kann kein Rechtsstreit erhoben werden. Wer dadurch beschwert zu sein glaubt, daß ihm der Rechtsweg nicht vorbehalten wurde, muß die im §. 9 erwähnten Rechtsmittel ergreifen. (2) Doch finden diese Bestimmungen auf diejenigen Fälle keine Anwendung, in welchen entweder die Rechte dritter, bei der Verhandlung nicht eingeschrittener Parteien eintreten, oder das Gesetz der Partei ein eigenes Klagegerecht gewährt.

b. Çekişmeli Yargı Usûl Kanunu'na Genel Bir Yollama Yapılmaması

Çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan birçok temel konuda tamamen farklı ve ondan bağımsız bir yargılama hukuku olduğu göz önünde tutan Avusturya kanun koyucusu, yeni çekişmesiz yargı kanununda çekişmeli yargı usûl kanununa genel bir tâli atıf (subsidiärer Globalverweis) yoluna gitmemiş, aksine, belli bazı somut hususlarda usûl kanununun hükümlerinin kıyasen uygulanmasını öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, (bazı kanunların aksine)¹⁴ “*bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde çekişmeli yargı usûl kanunu hükümleri kıyasen tatbik olunur*” şeklindeki bir genel yollama yerine, örneğin usûl kanununun adli yardıma ilişkin hükümlerinin (§§ 63 ilâ 73 öZPO) çekişmesiz yargıda da kıyasen uygulanmasının öngörülmesinde (§ 7/I AußStrG) olduğu gibi, sadece belli konularda bilinçli yollamalar mevcuttur.¹⁵ Bununla birlikte, kanun yollarında olduğu gibi, çekişmeli yargı usûl kanunundaki hükümlerin burada da aynen tekrarlanma sı suretiyle yapılan gizli atıflar (ör. § 78 AußStrG) da vardır. Öte yandan, bilhassa içinde doğası gereği bir çekişme bulunan çekişmesiz yargı işlerinde, her şeye rağmen ortaya çıkacak boşlukların doldurulmasında çekişmeli yargı usûl kanununun kıyasen uygulanması gerektiği, öğreti tarafından savunulmaktadır.¹⁶

c. Kanun'un Sistematiği

Yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu 6 ana bölümden oluşmaktadır. 80 paragraftan oluşan birinci ana bölüm genel hükümlere ayrılmıştır. Daha sonraki dört ana bölüm özel hükümler niteli-

¹⁴ Bu şekildeki yollamalar Avusturya Hukukunda, örneğin Exekutionsordnung'un 78. ve Konkursordnung'un 171 paragraflarında, mevcuttur.

¹⁵ Diğer örnekler için bkz. § 2/III (dava ehliyeti), § 6/IV (temsil), § 10 (layıhalar), § 14 (davayı sevk ve idare ve aydınlatma ödevi), § 19/V (aleniyet), § 21 (eski hale iade), § 22 (dosya ve tutanaklar, duruşmanın disiplininin sağlanması), § 23 (süreler), § 24 (tebligat), § 35 (delillerin toplanması) AußStrG.

¹⁶ Mayr/Fucik, Kn. 19.

ğinde olup, sırasıyla, aile hukuku, çocuk ve kayımlık ile ilgili işler (§§ 81-142 AußStrG);¹⁷ tereke ile ilgili bazı işler (§§ 143-185 AußStrG);¹⁸ belgelendirme işleri (§§ 186-190 AußStrG);¹⁹ rızai açık artırma işlerini (§§ 191-198 AußStrG)²⁰ düzenlemektedir.

Altıncı bölüm ise son hükümler ile geçiş hükümlerini ihtiva etmektedir (§§ 199-208 AußStrG).²¹

Bununla, eski kanunda olduğu gibi, ana kanunda genel hükümler ile en temel çekişmesiz yargı işleri düzenlenmek yolu seçilmiş, birçok özel kanunda yer alan çekişmesiz yargıya ilişkin hükümler yerlerinde bırakılmış, ancak bu Kanun'la uyumları, kendisiyle aynı tarihte yürürlüğe giren üç uyum kanunu²² (Begleitgesetz) aracılığıyla sağlanmıştır.

¹⁷ Verfahren in Ehe-, Kindschafts- und Sachwalterschaftsangelgenheiten

¹⁸ Verlassenschaftsverfahren.

¹⁹ Beurkundungen.

²⁰ Freiwillige Feilbietung.

²¹ Schluss- und Übergangsbestimmungen.

²² (1) Bundesgesetz, mit dem im Zusammenhang mit der Erlassung des Außerstreitgesetzes die Notariatsordnung, das Gesetz betreffend die Einräumung von Notwegen, die Jurisdictionsnorm, die Zivilprozessordnung, die Exekutionsordnung, das Gerichtsorganisationsgesetz, das Tiroler Höfegesetz, das Allgemeine Grundbuchslegungsgesetz, das Liegenschaftsteilungsgesetz, das Ehegesetz, das Todeserklärungsgesetz 1950, das Kraftloserklärungsgesetz 1951, das Eisenbahnteilungsgesetz 1954, das Allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das Scheckgesetz 1955, das Anerbengesetz, das Aktiengesetz 1965, das Bundesgesetz über Notare als Gerichtskommissäre im Verfahren außer Streitsachen, das Personenstandsgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Bundesgesetz zur Durchführung des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts, das Unterhaltsvorschußgesetz 1985, das Rechtspflegergesetz, das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, das Kartellgesetz 1988, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, das Auslandsunterhaltsgesetz, das Firmenbuchgesetz und das Bundesgesetz zur Umsetzung der Richtlinie 93/7/EWG über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft verbrachten Kulturgütern geändert werden (Außerstreit-Begleitgesetz - AußStr-BegleitG), BGBl 2003/112.

(2) Bundesgesetz, mit dem im Zusammenhang mit der Neuordnung des Außerstreitverfahrensrechts das Mietrechtsgesetz, das Wohnungseigen-

4. 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun Getirdiği Önemli Yenilikler

Yeni Çekişmesiz Yargı Kanun'un getirdiği yeniliklerin başlıcalarını şöylece sıralamak mümkündür:

a. Genel Hükümler Kısımında

- Taraf kavramının (Parteibegriff) sınırlarının belirlenmesi (§ 2 AußStrG),
- Talebin açık ve kesin olması ilkesinin yumuşatılması (§ 9 AußStrG),
- Yargılamanın sevk ve idaresi ile hadiseyi aydınlatma ödevi bakımından hâkime özel bir yükümlülük getirilmesi (§ 14 AußStrG),
- Hukukî dinlenilme hakkının garanti edilmesi (§ 15 AußStrG),
- İlk derecede istisnai olarak, ikinci derecede çoğu işlerde, temyiz aşamasında ise mutlak olarak vekille takip zorunluluğunun getirilmesi (§§ 4, 6, 101, 162, AußStrG),
- Duruşmaların aleniliğinin ve sözlülüğü ilkelerinin düzenlenmesi (§§ 18, 19 AußStrG),
- Re'sen araştırma ilkesi (Untersuchungsgrundsatz) ve taraflarca katkıda bulunma yükümlülüğünün (Mitwirkungs-

tumsgesetz 2002, das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, das Heizkostenabrechnungsgesetz, das Richtwertgesetz, das Sportsättenschutzgesetz, das Landpachtgesetz, die Exekutionsordnung und das Rechtsanwalts-tarifgesetz geändert werden (Wohnrechtliches Außerstreitbegleitgesetz - WohnAußStrBeglG), BGBl 2003/113.

(3) Bundesgesetz, mit dem familien- und erbrechtliche Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht sowie das Gebührenanspruchsgesetz 1975 geändert werden (Familien- und ErbrechtsÄnderungsgesetz 2004 - FamErbRÄG 2004), BGBl 2004/58.

pflicht der Parteien) (§§ 16, 31 AußStrG) açıkça düzenlenmesi. Avusturya medenî yargılama hukukunda genel olarak re'sen araştırma ilkesi (Untersuchungsgrundsatz) ile taraflarca hazırlama ilkesi (Beibringungsgrundsatz = Verhandlungsgrundsatz) birbiriyle telif edilmekte ve ortaya çıkan sistem Kooperation-grundsatz = Sammelmaxime veya abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz (yumuşatılmış re'sen araştırma ilkesi) olarak adlandırılmaktadır.

- (Çekişmeli Yargı) Usûl Kanunu'na sadece belli bazı konularda atıf yapılması,
- Yargılamanın kesilmesi (Unterbrechung) ve durması (Ruhen) ve altı aya kadar bekletilmesi (Innehalten) imkânının getirilmesi (§§ 25-29 AußStrG),
- Kanun yolu yargılamasının yeniden düzenlenmesi (§§ 45 vd. AußStrG),
- Kararların yürürlük ve icra edilebilirlik anının düzenlenmesi (§§ 37, 44 AußStrG),
- Değişiklik yargılamasının öngörülmesi (§§ 72 vd. AußStrG),
- Yargılama giderlerinin taraflara yüklenip yüklenmeyeceğinin ve yüklenecekse bunun hangi tarafa ne oranda yapılacağına düzenlenmesi (§ 72 AußStrG),
- Çekişmesiz yargıda verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir ve sair cebri önlemlerin nasıl icra edileceği konusunun düzenlenmesi (§§ 79, 80 AußStrG).

b. Özel Hükümler Kısımında

Yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun özel hükümler kısmında aile, çocuk, kayımlık, tereke, belgelendirme ve rızai açık artırma işleri hakkında uygulanan çekişmesiz yargı usûlünde

büyük ölçüde yeni ve esaslı değişiklikler yapan düzenlemeler getirilmiştir.

Çocuk hukuku bakımından getirilen en önemli yenilikler olarak, neseple ilgili çekişmesiz yargı usûlünün tamamen değiştirilmesi ve çocuğun mallarının idaresinde mahkeme denetiminin sınırlandırılması ile nafaka taleplerinin karara bağlanmasının çekişmesiz yargıya dâhil edilmesi zikredilebilir.

Terekeye ilişkin olarak ise, miras hakkına ilişkin olarak verilecek kararın çekişmesiz yargıya dâhil edilmesi önemli bir yenilik olmuştur. Bu ve diğer yeniliklerin ayrıntısına, yeri geldikçe ve gerek duyuldukça ileride girilecektir.

D. Çekişmesiz Yargının Kaynakları

Çekişmesiz yargının doğrudan (asli) kaynakları arasında ilk sırayı hiç şüphesiz buraya kadar üzerinde durduğumuz 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu oluşturmaktadır. Bunun yanında:

- 1 Ağustos 1895 tarihli Medenî Yargılama Hukukunda Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerin Yetkisi Hakkında Kanun,²³
- 27 Kasım 1896 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Kanunu,²⁴ ve
- 9 Mayıs 1951 tarihli İlk Derece Mahkemeleri ile İstinaf Mahkemelerinde Uygulanacak Yazı İşleri Yönetmeliği²⁵

²³ Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdictionsnorm), RGBl.1895/111.

²⁴ Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden (Gerichtsorganisationsgesetz), RGBl. 1896/217.

²⁵ Verordnung des Bundesministeriums für Justiz vom 9. Mai 1951, womit die Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo.) teilweise geändert und neu verlautbart wird, BGBl. Nr. 1951/264.

de çekişmesiz yargı hukukunun asli kaynakları arasında yer alır.

Diğer taraftan, Çekişmeli Yargı Usûl Kanun'un açıkça yollama yapılan hükümleri, yukarıda sözünü ettiğimiz uyum yasaları ve çekişmesiz yargı alanına ilişkin hükümler ihtiva eden birçok özel kanun da, çekişmesiz yargının kaynakları arasında yer alır.

II. Çekişmesiz Yargının Yargılama Hukukundaki Konumu ve Çekişmeli Yargı İle Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

A. Çekişmesiz Yargının Yargılama Hukukundaki Konumu

Çekişmesiz yargı usûlüne tâbi olan işler, Avusturya Hukukunda da, çekişmeli yargı usûlüne tâbi olan dava ve işlerde olduğu gibi, “*medenî yargı*” yoluna dâhil olup, § 1 Jurisdictionsnorm gereğince, adliye mahkemeler tarafından halledilmek gerekir. Bu işlerin neredeyse tamamının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi anlamında “*özel hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülükler*” olması karşısında, bu maddede düzenlenen yargılama hukukuna ilişkin ilkelerin çekişmesiz yargıda da nazara alınması gerekir. Öte yandan, özel hukuk kaynaklı bazı taleplerin muhatabının “*idare*” olması ile benzer bazı taleplerin çekişmesiz yargının konusuna girmesi, her iki alanı birbirine yaklaştırmaz.²⁶ Aksine, yargı ile yürütme arasındaki sınır ve farklara ilişkin genel kurallar burada da geçerlidir; dolayısıyla, söz konusu olan “*yargı yolunun caiz olmaması (unzulässigkeit des Rechtswegs)*” ve buna bağlı olarak da mutlak dava şartının (absolute Verfahrensvoraussetzung) yokluğudur.²⁷ Bununla birlikte, kira hukuku²⁸ ile kamulaştırma

²⁶ Bu konuda geniş izahat için bkz. Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 5 vd.

²⁷ Mayr/Fucik, Kn. 25, 26.

²⁸ §§ 39 vd. MRG (= Mietrechtsgesetz).

hukukunda²⁹ olduğu gibi, bazı çekişmesiz yargı işleri bakımından önce bir idari merciye başvuru zorunluluğunun getirilmesi AİHS bakımından bir sakınca yaratmaz.

Özel hukuka ilişkin olup adliye mahkemeler tarafından halledilmesi gereken işlerin bir kısmının çekişmesiz yargı bir kısmının ise çekişmeli yargı usûlüne tâbi kılınması usûlî bir müeyyideye de bağlanmıştır. Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki ilişkinin “*çekişmeli yahut çekişmesiz yargı yolunun caiziyeti ni (Zulässigkeit des streitigen bzw. Außerstreitigen Rechtsweg)*”³⁰ yoksa kendine özgü³¹ (sui generis) bir durum mu olduğu tartışmaları, bu ilişkiye riayet edilmesinin gerek re’sen gerekse talep üzerine, nihai kararın kesinleşmesine kadar her zaman gözetilebilecek bir dava şartı (Verfahrensvoraussetzung) olduğunun ittifakla kabulüne engel olmamaktadır. Keza, 1854 tarihli Kanun döneminde çekişmeli-çekişmesiz yargı ayırımı hakkında da uygulanırlığı öğretti tarafından savunulan “*perpetuatio fori*” (§ 29 Jurisdictionsnorm) ilkesinin yeni Kanun karşısında artık geçerli olmadığı, karşı tarafın bu yöne itiraz etmeksizin esasa cevap vermesinin yahut iki tarafın anlaşmasının bu sonucu değiştirmedığı kabul edilmektedir.³²

Bir talebin çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı dahil olduğu konusunda tereddüt hasıl olması durumunda, esas alınması gereken husus, talep sahibinin nitelmesi değil, aksine onun talebin içeriğidir (§ 40a Jurisdictionsnorm).³³ Bu içeriğin değerlendirilmesi suretiyle hâkim, yargılamanın her aşamasında bir ara kararı (Beschluss) vererek görüşünü açıklayabilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurmak için esas hakkındaki nihai kararı beklemeye gerek yoktur (§§ 514 vd. öZPO veya §§ 45 vd AußStrG). Yanlış yargı kolunda yapılmış

²⁹ § 18 EisbEG (= Eisenbahn-Enteignungsentschädigungsgesetz).

³⁰ Rechberger/Simotta, Kn. 85.

³¹ Mayr/Fucik, Kn. 28.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Mayr/Fucik, Kn. 28.

³³ Usûl ekonomisi ilkesine vurgu yapan bazı yazarlar, bu konuda karşı tarafın itirazları ile hâkimin konuya ilişkin sair bilgisinin de nazara alınabileceğini savunmaktadırlar, bkz. Simotta, FS Fasching, s. 467; Ballon, Fasching Kommentar, § 40a, Kn. 2.

olan işlemler ile verilmiş olan kararlar, kanun yolunda, geçmişe yönelik olarak iptal edilirler (als nichtig aufheben). Bununla birlikte, bu iptal, davanın açılmış yahut duruma göre çekişmesiz yargıya dair bir talebin ileri sürülmüş olması vakiasını kapsamaz. Diğer bir ifadeyle, salt mahkemeye başvuru vakiası ve buna bağlı olarak kendiliğinden doğan sonuçlar, iptalden etkilenmez. Başlangıçta dava olarak ileri sürülen bir talebin gerçekte çekişmesiz yargıya ait olduğuna karar verilmesi durumunda dosya re'sen yetkili ve görevli mahkemeye gönderilir (§ 44 Jurisdictionsnorm). Ters durumda ise, re'sen göndermeye kanunen imkân yoktur, talebin dava şartının mevcut olmaması nedeniyle reddine karar verilir. Ancak, bu durumda da, talep üzerine dosyanın yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesi mümkündür (§ 230a veya 261/VI öZPO).

B. Çekişmesiz Yargı ile Çekişmeli Yargı Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

Avusturya Hukukunda, çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki sınırın maddi kriterler esas alınmak suretiyle nasıl belirleneceği hususu ve bu kriterlerin elverişlilik derecesi, Sayın Kuru'nun 1961 tarihli eserinde "*genel geçer*" olarak ve mukayeseli hukuku da nazara alarak yaptığı değerlendirmelerden³⁴ farklı değildir. Bununla birlikte, örneğin nafaka ve bakım işlerinde olduğu gibi, Kanun tarafından çekişmesiz yargıya dâhil edilen bazı işlerde en az çekişmeli yargıya ait işler kadar "*çekişme*" yaşanması, buna karşılık çekişmeli yargıya ait davaların bazen hiçbir çekişme yaşanmaksızın sulh, kabul veya feragat ile sonuçlanabilmesinin yarattığı zihin bulanıklığının kolayca giderilememesi karşısında, Avusturya kanun koyucusu, bu ayırımda "*şekli kriterin*" esas alınmasını benimsemiştir. Şekli kriter ise, bir işin kanun tarafından "*çekişmesiz yargı işi*" olarak kabul edilmesidir. Kanun koyucunun zaman içinde şu veya bu sebeple çekişmesiz yargıya dâhil ettiği ve büyük bir kısmı da aslında çekişmeli olan işlerin sayısı ve çeşitliliği

³⁴ Kuru, s. 15-34.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

nazara alındığında, bunların içeriklerinden hareketle “*ortak bir yargılama amacı*” şemsiyesi altında toplanmaları da artık mümkün değildir. Öğretide, gerçek anlamda bir çekişmesiz yargı reformunun ön şartının, “*öncelikle çekişmesiz yargı alanının sınırlarının, yargılamanın amacı ve bu meyanda maddi kriterler esas alınarak belirlenmesi olduğu ve niteliği gereği çekişmeli yargıya ait olan işlerin bu alandan çıkarılması gerektiği*” ileri sürülmüştür.³⁵ Ancak, bu tartışmaya girilmesi durumunda, artık kaçınılmaz derecede gerekli olduğunu düşündüğü çekişmesiz yargı reformunun yapılabilmesinin tehlikeye düşeceğini gören Avusturya kanun koyucusu, şekli kriteri esas almaya karar vermiştir. Buna göre, Avusturya hukukunda bir işin çekişmesiz yargıya ait olduğunu söyleyebilmek için onun açık bir hükümle çekişmesiz yargıya dâhil edilmiş olması aranacaktır. Nitekim 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında bu husus açıkça ifade edilmiştir.³⁶

Bir işin çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı ait olduğu konusunda tereddüt hâsıl olması durumunda, çekişmeli yargı lehine yorum yapılacaktır (Subsidiaritätsregel).³⁷

Buna göre, Avusturya Hukukunda kanunla çekişmesiz yargıya dâhil edilen işlerin belli başlılarını –tespit edebildiğimiz kadarıyla–, biri ana kanunda (Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda) belirlenenler ve diğeri özel kanunlarda öngörülenler olmak üzere, iki kategoride ve aşağıdaki gibi sıralayabiliriz: şunlardır:

a. Ana Kanunda Belirlenenler:

aa. Evlilik, Çocuk ve Kayımlık ile İlgili İşler

- Soybağının tespiti (§§ 81-85 AußStrG),

³⁵ Ezcümle Mayr, Grundlagen, LBI XX, s. 24 vd.

³⁶ “Das Außerstreitverfahren ist in denjenigen bürgerlichen Rechtssachen anzuwenden, für die dies im Gesetz angeordnet ist.”

³⁷ Böyle bir açık düzenleme bulunmasaydı dahi aynı sonuca, çekişmeli yargıdaki sıkı şekle bağlılığın ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş taraf haklarının daha yüksek bir hukuki koruma garantisi sunmasına bakılarak yorum yoluyla da varılabileceği hakkında bkz. Mayr/Fucik, § 1 AußStrG, Kn. 4.

- Çocuğun tanınması (§§ 86-91 AußStrG),
- Evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi (§ 92 AußStrG)
 - Evlilikle ilgili bazı çekişmesiz işler (§§ 93-96 AußStrG), özellikle anlaşmalı boşanma (§ 55a EheG), evlilik esnasında ortak kullanılan malların ve yapılan tasarrufların paylaşılması (§§ 81 vd. EheG), eşlerden birinin diğer eşin bir edinimine katkısının ödenmesi (§ 98 ABGB),
 - Bir evliliğin mevcut olduğuna dair yabancı bir mahkeme kararının tanınması (§§ 97-100 AußStrG),
 - Nafaka uyuşmazlıkları (§§ 101-103 AußStrG),
 - Çocuğun bakımı, çocukla şahsi ilişki kurulması ve verilecek dini eğitimin (§ 2/III RelKEG) düzenlenmesi (§§ 104-111 AußStrG),
 - Çocuğun bakımı ve çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması (§§ 112-116 AußStrG),
 - Engelli kişilerle ilgili kayyım tayin edilmesi (§§ 117-139 AußStrG),

bb. Tereke ile İlgili İşler (§§ 143-185 AußStrG),

cc. Belgelendirme işleri (§§ 186-190 AußStrG),

dd. İradi Açık Artırmalar (§§ 191-198 AußStrG).

b. Özel Kanunlarda Düzenlenen Çekişmesiz Yargı İşleri:

- Tapu sicilinin tutulması ile ilgili işler (§ 75/II GBG),
- Ticaret sicilinin tutulması ile ilgili işler (§§ 15 vd. FBG),

- Akıl hastalarının hastanelere yerleştirilmesi (§ 12/II UbG) ve verem hastalarının hastanede tutulması ile ilgili işler (§ 15 TubG),
- Yaşlı, özürlü ve bakıma muhtaç kimselerin yurtlara yerleştirilmesinde hürriyetlerinin sınırlandırılması ile ilgili işler (§ 11 HeimAufG; 1 Temmuz 2005 tarihinden itibaren),
- Tedbir olarak önceden (avans olarak) nafaka ödenmesi (§ 10 UVG),
- Gaiplik kararı (§ 14 TEG),
- Müşterek mülkiyetten kaynaklanan uyuşmazlıklar (§§ 833 vd. ile 838a ABGB),
- Geçit hakkına ilişkin uyuşmazlıklar (§ 9/III NWG),
- Kira ilişkisinden kaynaklanan işlerin büyük bölümü (§ 37 MRG, § 52 WEG 2002, § 22 WGG, § 25 HeizKG, § 12 LPG, § 14 KIGG, § 12/VI BTWG, § 10/V TNG),
- Kamulaştırma bedelinin tespiti (özellikle §§ 22 Eis-BEG),
- Kültür varlıkları ile ilgili bazı işler (§ 10/I BGBI I 1998/67),
- Kıymetli evrakın iptali (§ 1/II KEG),
- Viyana Eyalet Yüksek Mahkemesinin kartel mahkemesi Yüksek Mahkemenin (OGH) kartel üst mahkemesi sıfatıyla baktığı işlerde (§ 43 KartG),
- Ticari mümessilin veya şirket ortağının ticari defterleri incelemesine ilişkin talebi hakkında karar vermek (§ 16 HVertrG; §§ 118,166,183 HGB),
- Anonim Şirketler Kanunu'nun (AktienG) 14 ve 225e, Limited Şirketler Kanunu'nun (GmbHG) 102, Sermaye Şirketlerinin Ayrılmasına İlişkin Kanun'un (SpaltG) 15/III ve 16/II maddelerinden kaynaklanan işler,

- Bilanço denetçileri ile şirket arasındaki görüş ayrılıkları (§ 276 HGB),
- Kambiyo senetlerinde protesto işleri ile çek ile ilgili bazı müeyyideler (Art. 44 WG; Art. 40 vd. ile 67 SchG),
- Özel vakıflar ile ilgili işler (§ 40 PSG),
- Sigorta Murakabesi Kanunu'nun (VersicherungsaufsichtsG) 11a maddesinde belirtilen işler,
- Yeminli mal bildiriminde bulunulması (Art. XLII EG-ZPO),
- Mahkemeye tevdi işleri (§ 1425 ABGB),
- Mahkemeye tevdi edilen şeylerin müsaderesine karar verilmesi (§ 7 VerwEinzG),
- Mahkemelerin Yetkisi Hakkında Kanun'un (Jurisdictionsnorm) 121a ve özellikle Üremeye Yönelik Tıbbî Müdahaleler Hakkında Kanun'un 7 (FMedG) ile İş ve Sosyal Mahkemeler Kanunu'nun (ASGG) 92 nci maddeleri gereğince hukukî aydınlatma,
- İş ve Sosyal Mahkemeler Kanunu'nun (ASGG) 54/II hükmü gereğince Yüksek Mahkeme (OGH) tarafından yapılan özel tespit işleri.

III. Çekişmesiz Yargıda Yer Alan Mahkemeler

A. Genel Olarak

Çekişmesiz yargıya tâbi işlerin tamamı özel hukuka ilişkin olduğundan, bunlar 1895 tarihli Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun'un (Jurisdictionsnorm) 1. maddesi gereğince adliye mahkemeleri tarafından çözümlenir.³⁸ Diğer bir ifadeyle, çekişmesiz yargı

³⁸ Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen,

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

usûlüne tâbi işler için ayrı çekişmesiz yargı mahkemeleri mevcut değildir. Çekişmesiz yargı mahkemesinden veya hâkiminden (Außerstreitgericht/ Außerstreitrichter) söz edildiğinde, bundan anlaşılması gereken, bir çekişmesiz yargı işinde çekişmesiz yargı usûlünü uygulayan adliye mahkemesi ve bunun hâkimidir.

Avusturya Hukukunda adliye mahkemeleri sulh (Bezirksgericht) ve asliye (Landesgericht) mahkemeleri ile eyalet yüksek mahkemeleri (Oberlandesgericht) ve Yüksek Mahkemedir (der Oberste Gerichtshof). Bunların yanında, Viyana Sulh Ticaret Mahkemesi (das Wiener Bezirksgericht für Handelssachen), ticaret mahkemesi (Handelsgericht), iş mahkemesi (Arbeitsgericht) ve sosyal mahkeme (Sozialgericht) de adliye mahkemeleri arasında yer alır. Keza, ilk derecede bütün ülke bakımından tek kartel mahkemesi olan Viyana Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Wien) ile üst derecede Yüksek Mahkeme (OGH), bu sıfatlarıyla da bir adliye mahkemesidirler.

B. Çekişmesiz Yargıda Görev

Mahkemelerin Yetkisi Hakkında Kanun'un (Jurisdictionsnorm) 104a paragrafı gereğince, çekişmesiz yargı işlerinde asıl görevli mahkeme sulh mahkemesidir (Bezirksgericht).³⁹ Bununla birlikte, ticaret sicilinin tutulması ve kıymetli evrakın iptalinde (§§ 120, 120a, 115 Jurisdictionsnorm) ticaret mahkemelerinin, kamulaştırma bedelinin tespitinde asliye mahkemesinin görevli olması gibi, açıkça kanunla getirilen istisnalar mevcuttur.

Görev konusunda tarafların yapacakları anlaşmalar geçersizdir.⁴⁰ Hâkim görev konusunu yargılamanın her aşamasında

RGBl.1895/111.

³⁹ Ayrı bir yapılanmaları bulunmayan aile mahkemeleri ise, Avusturya hukukunda sulh mahkemesinin bir dairesi olarak belli işlere bakarlar (§ 26/3 ve 3a, § 32/4 GOG); diğer dairelerle arasındaki ilişki "işbölümü ilişkisi"dır.

⁴⁰ Mayr/Fucik, Kn. 45.

talep üzerine veya re'sen araştırmak ve görevsiz olduğu kanısına varırsa dosyayı re'sen görevli mahkemeye göndermek zorundadır. Görev konusu gerek istinaf ve gerekse temyiz aşamalarında da bir bozma sebebi teşkil eder (§ 44 Jurisdictionsnorm).

Çekişmesiz yargıya tâbi işlerde tahkimin caiz olup olmadığı sorusunun ise genel ve yeknesak bir cevabı yoktur. Zira, somut olayda tahkimin caiz olup olmadığına, ilgili konunun niteliğine bakılarak cevap verilmek gerekir. Yüksek Mahkeme, genel bir ifadeyle, eğer çekişmesiz yargıya tâbi bir "ihtilâf"ta taraflar çekişmeli yargıdaki ile aynı pozisyona sahip iseler, bu ihtilâf bakımından tahkimin caiz olduğunu kabul etmektedir.⁴¹

C. Çekişmesiz Yargıda Yetki

Çekişmesiz yargı işlerinde hangi yer mahkemesinin genel yetkili mahkeme olduğunu belirleyen genel bir kural mevcut değildir. Aksine bu konu, her bir çekişmesiz yargı işi için ayrı ayrı düzenlenmiştir (§105 vd Jurisdictionsnorm). Evlilikle ilgili çekişmesiz yargı işleri dışında, çekişmesiz yargıya tâbi işlerde yetki sözleşmesi caiz değildir. Zira, yetki sözleşmesini düzenleyen § 104 Jurisdictionsnorm, bunu sadece çekişmeli yargıya inhisar ettirmektedir. Bu itibarla, hâkim, yetkisizliğini yargılamanın her aşamasında re'sen veya talep üzerine gözetmek ve dosyayı yetkili mahkemeye göndermek zorundadır (§ 44 Jurisdictionsnorm). Buna karşılık, evlilikle ilgili işlerde § 114a Jurisdictionsnorm tarafından § 104 Jurisdictionsnorm hükmünün kıyasen uygulanması açıkça öngörüldüğünden, bu işlerde yetki anlaşması caizdir.⁴²

⁴¹ SZ 57136 = 6 Ob 16/84 = EvBl 1985/52; karşı RdW 2003/438; bilhassa kira hukukuna ilişkin işler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Reiner, Zur objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem MRG unterliegenden Mietverträgen, 2001, s. 161.

⁴² Fucik/Kloiber, § Vor 1 AußStrG, Kn. 2.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

Başlangıçta mevcut olan yetkinin daha sonra ortadan kalkması, mahkemenin yetkisizlik kararı vermesini gerektirmez (§ 29 Jurisdictionsnorm=perpetuatio fori ilkesi). Buna karşılık, başlangıçta mevcut olan yetkisizliğin, diğer tarafın buna itiraz etmeksizin esasa cevap vermesi suretiyle (rügelse Einlassung) giderilmesi mümkün değildir.⁴³ Ancak evlilikle ilgili çekişmesiz yargı işlerinde, yetki sözleşmesinde olduğu gibi, diğer tarafın yetkiye itiraz etmeksizin esasa cevap vermesi halinde artık yetkisiz mahkeme yetkili hale gelir.⁴⁴

İlk derecede ileri sürülmeyen ve kendiliğinden de gözetilmeyen yetkisizliğin artık istinaf derecesinde ileri sürülmesi veya kendiliğinden gözetilmesi caiz değildir. Ancak, yetkisiz mahkemeden verilen kararın başka bir nedenle bozulması halinde, dosya bu kez yetkili mahkemeye gönderilir (§ 44 Jurisdictionsnorm).

D. Çekişmesiz Yargıda İşbölümü İlişkisi

Çekişmesiz yargının kendine mahsus ayrı mahkemeleri olmaması, bu işlerin de adliye mahkemeleri tarafından görülmesi, bir mahkemenin birden fazla dairesi arasındaki işbölümü ilişkisini önemli hale getirmektedir. Acaba çekişmesiz yargı işleri sadece belli bir daireye bırakılabilir mi? Kanun tarafından öngörülme-yen böyle bir belirlemenin -çekişmesiz yargıya ait işler bakımından da olsa- bir idari merci tarafından yapılması, yargının yürütmenin her türlü müdahalesine kapalı olması ve kanunî (doğal) hâkim ilkesiyle bağdaşmaz (Avusturya Federal Anayasası m. 83/2, 87/3). Bu belirlemenin genel ve objektif bir kritere göre (örneğin, dava veya işin taraflarından birinin adının baş harfine göre) ve önceden yapılmış olması, kanunî (doğal) hâkim ilkesinin bir gereğidir.

⁴³ Mayr/Fucik, Kn. 53.

⁴⁴ § 114a Jurisdictionsnorm tarafından § 104 Jurisdictionsnorm'a yapılan açık ve sınırsız atf.

Bu gereğe riayet edilmemiş olmasının müeyyidesi çekişmeli yargıda, bir davanın toplu mahkemede tek hâkim yerine heyet veya tam tersi olarak (§ 477/I Nr. 2 öZPO) görülmesinin müeyyidesine atıfla düzenlenmiştir. Buna göre, daha önce itiraz edilmeyen söz konusu eksiklik, sözlü yargılamaya geçildikten sonra artık ileri sürülemez (§ 260/IV öZPO). Buna karşılık çekişmesiz yargıda böyle bir aşama mevcut olmadığından, aynı hükmün kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir. Öğretide savunulan görüş (getirilen öneri), bu durumda, yetkisizlik hakkındaki hükümlerin kıyasen tatbik edilmesi gerektiği yönündedir.⁴⁵

E. Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev Alan Adli Personel

1. Hâkimler

Kartel Mahkemeleri bir tarafa bırakılırsa, çekişmesiz yargı işlerinde görev alan hâkimlerin tamamı meslekten hâkimlerdir.⁴⁶ Keza bunlar da atandıkları mahkeme hangisi ise (hukuk-ceza) onun görevine giren dava ve işlere bakan (deyim yerindeyse “*genel/universal*”) hâkimlerdir. Uzmanlaştırmaya yönelik bir eğitim ne lisans ne de staj aşamasında mevcuttur. Bununla birlikte, atandıkları mahkemenin iş çeşidine göre kendiliğinden oluşan bir fiili uzmanlaşmaya daha sonraki tayin ve atamalarda itibar edildiği görülmektedir.⁴⁷

2. Yardımcı Adalet Memurları (Rechtspfleger)

Yardımcı adalet memurları,⁴⁸ bizdeki adalet yüksekokulu

⁴⁵ Mayr/Fucik, Kn. 68.

⁴⁶ Hâkimlerin atanması konusu Federal Anayasa'nın (Bundesverfassungsgesetz = B-VG) 86,87,88 ve 88a maddeleri ile Hâkimlik Hizmeti Hakkında Kanununda (Richterdienstgesetz = RDG) düzenlenmiştir.

⁴⁷ Mayr/Fucik, Kn. 69.

⁴⁸ Alman ve Avusturya hukuklarındaki “Rechtspfleger” müessesesinin Türk hukukunda tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu

benzeri, özel bir eğitime tâbi tutularak yetiştirilen ve medenî yargıda ilk derece mahkemelerinin görevine giren bazı işlerin kanunla kendilerine verilebildiği kamu görevlileridir.⁴⁹ Bütün ülke sathında 700 civarında yardımcı adalet memurunun bulunduğu ve bunların medenî yargıda -çoğunluğu rutin işler olmak üzere- adli işlerin yaklaşık yüzde 85'ini hallettiği söylenmektedir.⁵⁰

Avusturya'da yardımcı adalet memurları çekişmesiz yargı işlerinde çok önemli bir fonksiyona sahiptirler. Zîra, Yardımcı Adalet Memurları Kanunu'nun (RpflG) 2. paragrafı gereğince, çekişmesiz yargı işlerinden tereke ve kayımlık ile ilgili olanların yanında mahkemelere yapılan her türlü ödemeler (Angelegenheiten des Gerichtserlages), mahkemeye tevdi edilen şeylerin müsaderesi (§ 7 VerwEinzG), tapu sicili, gemi sicili ve ticaret sicili ile ilgili işler yardımcı adalet memurlarına bırakılabilir. Yardımcı adalet memurunun bu işlerdeki görev ve yetkisinin sınırı Yardımcı Adalet Memurları Kanunu'nun (RpflG) 18 vd. paragraflarında tespit edilmektedir. Yardımcı Adalet memurunun bu sınırı aşması halinde yaptığı işler ve verdiği kararlar iptal edilebilir.⁵¹ Fakat bunun için öngörülmüş olan sürelerin geçirilmesi halinde, yapılan işlem veya verilen karar kesinleşir; bundan sonra artık bir değişiklik talebi de (Abänderungsantrag) dikkate alınmaz.

Hâkim ile yardımcı adalet memuru arasındaki ilişki aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

müessese usûl hukuku literatürümüze "yardımcı adalet memuru" olarak tercüme edildiğinden, biz de aynı tabiri kullanmayı tercih ettik; bkz. Les-sing, Volker, Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasının Teşkil Eden Yardımcı Adalet Memuru Kimdir? (Çev.: Öztan, B./ Öztan, F.), AÜHFD, C. 40 (1988), S. 1-4, s. 347 vd; Budak, A.C., Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 278-279.

⁴⁹ Bu görevlilerin medenî yargıda görev almalarının dayanağını Federal Anayasa'nın m. 87a maddesi ile Adalet Memurları Kanunu (Rechtspflegergesetz = RpflG, RGBl. 1985/560, 2003/112, 2004/67) teşkil etmektedir.

⁵⁰ Mayr/Fucik, Kn. 70.

⁵¹ § 55/III, § 58/IV,2, § 66/I,1 RpflG.

• Kendisine bırakılan işlerin halledilmesinde yardımcı adalet memuru, bu işlerin, işbölümü ilişkisi gereği kendisine düşmüş olduğu mahkemenin talimatları ile bağlıdır (Weisungsgebundenheit, Art. 87a/III B-VG, § 8 RpfLG).

• Münferit bazı işlerin halledilmesi yetkisini kendisinde tutabilir veya kendisi üstlenebilir (Vorbehaltsrecht: Art. 87a/II B-VG, § 9 RpfLG).

• Yardımcı adalet memurunun, bir işin halledilmesinde, bağlı olduğu hâkimin o konudaki görüşünden -bu görüş kendisince bilinmek şartıyla- ayrılmak istemesi halinde, bu işi hâkime bırakması gerekir (Vorlagepflicht: § 10 RpfLG).

• Yardımcı adalet memurunun kararları, hâkim kararı gibi iptal edilebilir (§ 11 RpfLG).

3. Noterler

Noterler, sözleşmelere ve belgelere resmiyet kazandıran, kendilerine tevdi edilen eşyayı muhafaza eden, kendilerine başvuran kimselere hukukî danışmanlık ve belli şartların varlığı halinde onları temsil eden, ayrıca bir kısım yargısal nitelikli görevleri de mahkeme komiseri (Gerichtskommissär) sıfatıyla yerine getiren kimselerdir.⁵² Noterler, Avusturya hukukunda da devlet tarafından atanırlar, kamu itimadına mazhardırlar ve faaliyetlerini bağımsız olarak yürütürler.⁵³ Bütün ülke çapında belli sayıda noterlik (halen yaklaşık 460), bu sayı Federal Adalet Bakanlığı tarafından tespit edilir. Noterliğe atanabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak, iki aşamalı noterlik sınavını

⁵² Bu müessesenin Avusturya Hukukundaki temel kaynağını 1871 tarihli Noterlik Kanunu (Gesetz vom 25. Juli 1871 betreffend die Einführung einer neuen Notariatsordnung, RGBl. Nr. 75/1871 = Notariatsordnung = NO) oluşturmaktadır.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rechberger, W.H., Avusturya'da Noterlik (Çev.: Dr. Sema Taşpınar), Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Noterliğin Sorunları, Noterlik Hukuku Sempozyumu VI, Notev Yayınları, Ankara 2001, s. 7 vd.

başarmak⁵⁴ ve yedi yıllık meslekî tecrübeye sahip bulunmak gerekir (§ 6, 10 vd. NO).

Tevsik ve tevdi işleri bakımından Türk hukuku ile benzerlik gösteren Avusturya hukukundaki noterlik müessesesinin, hukukumuzda yabancı olan en önemli yönü, Avusturya'da noterlerin "*malikeme komiseri*" olarak –özellikle bazı çekişmesiz yargı işlerinde– faaliyet göstermeleridir. Noterlerin bu alandaki faaliyetleri 1970 tarihli ayrı bir kanunda düzenlenmiştir.⁵⁵ Bu Kanun'un 1. paragrafına göre noterler çekişmesiz yargı işlerinden:

1. Tereke ile ilgili olarak:

a. Ölümün tespiti (Todesfallaufnahme)⁵⁶ ve bununla ilgili olarak gecikmesinde sakınca olan tedbirleri almaya,

b. Tereke ile ilgili olarak yapılması gereken diğer resmî işlemleri yapmaya,

2. Veraset işleri dışında:

a. Gayrimenkullerin (Liegenschaft), özel müştemilatın (Superädifikat)⁵⁷ ve üst hakkının (Baurecht) açık artırma yoluyla satılması,⁵⁸

⁵⁴ Noterlik sınavı ayrı bir kanunla düzenlenmiştir: Notariatsprüfungsgesetz, BGBl 1987/522.

⁵⁵ Bundesgesetz vom 11. November 1970 über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes (Gerichtskommissäre) im Verfahren außer Streitsachen (GKG), BGBl. 1970/343.

⁵⁶ Buradaki tespitten maksat ölüm halinin tıbben yahut biyolojik olarak gerçekleştiğinin tespiti değil, tıbben (biyolojik olarak) gerçekleşmiş olan ölüm vakasını "hukuken" tespit etmektir.

⁵⁷ Özel müştemilattan (Superädifikat) maksat, Avusturya Medenî Kanununun 297 nci maddesinde düzenlenen, bir arazi üzerinde daimi kalmak maksadıyla olmaksızın kurulu bulunup mülkiyeti başkasına ait olan (halat, zincir, söndürme aleti vb.) yapılardır; tarihi ve kültürel kökleri bulunan bu müessese Avusturya hukukunda "üst hakkı"nın yanında ayrıca düzenlenmiştir; bkz. § 297 ABGB (Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr. 946/1811 – allgemeines bürgerliches Gesetzbuch).

⁵⁸ Bu artırmanın nasıl ve hangi şartlarda yapılacağına ilişkin hükümler ise Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanununun (AußStrG) 191 ve devamında yer almaktadır.

b. Bir malvarlığının paylaşılması da dahil, bilanço, hesap ve tabloları (envanter) yapmaya veya kontrol etmeye yetkilidirler.

Bununla birlikte, söz konusu bu işlerle ilgili olarak dahi, mahkeme kararı, cebri artırma, zecri tedbir yahut yurt dışı adli yardım gibi işlerin noterler tarafından yapılması mümkün değildir (§ 1/II GKG).

Yukarıda belirtilen işler, “*görev dağılım planı*” gereğince kendisine tevdi edilmiş olmak şartıyla, belli bir bölgede yetkili olan her noter tarafından yerine getirilmek zorundadır⁵⁹ (notwendiges Gerichtskommissariat). Söz konusu Kanun’un 2 vd. paragraflarında belirtilen çekişmesiz yargı işlerinin de bir “*görev dağılım planı*” çerçevesinde noterlere bırakılması mümkündür (fakultatives Gerichtskommissariat). Bir davanın açılmasına takaddüm eden safhada noter tarafından yerine getirilen faaliyetler hakkında mahkeme gecikmeksizin bilgilendirilir (ex lege Zuständigkeit des Gerichtskommissärs). Mahkeme komiseri olarak notere tevdi edilen veraset işleri ile ilgili olarak gerekli olması durumunda taraflar, her zaman, talep, beyan ve açıklamalarını doğrudan mahkemeye yazılı olarak sunabilirler ve terekenin değerinin 4.000 €’yu geçmemesi halinde noter veya avukat dışındaki bir kimse aracılığıyla da kendilerini (mahkemede) temsil ettirebilirler.

Hâkimler hakkındaki red ve yasaklılık nedenleri (§ 19-25 JN) mahkeme komiserleri hakkında da geçerlidir (§ 6 GKG).

Mahkeme komiseri olarak yürüttükleri faaliyetler bakımından noterler, bağlı oldukları mahkemenin denetim ve gözetimi altındadırlar (§ 7a GKG). Kendilerin tevdi edilen işin tamamlanması için mahkemenin noterlere bir süre tayin etmesi mümkündür (§ 7 GKG). Bu işlerin görülmesinde noter kendi yetki çevresi ile sınırlı olmaksızın ülkenin tamamında gerekli çalışmaları yapabilir, delil toplayabilir ve tebligat çıkarabilir (§ 9/I GKG). Noter tarafından görülen işe taraf, tanık veya

⁵⁹ § 1/1 c. 2 b GKG hariç.

bilirkişi olarak katılan kimseler, bu iş mahkeme tarafından halledilseydi sahip olacakları hak ve yetkilere, noter önünde de sahiptirler (§ 9/II GKG).

IV. Çekişmesiz Yargıda Taraflar ve Tarafların Temsili

A. Genel Olarak

Yargılama faaliyetinde kimlerin “*taraf*” sıfatıyla yer alacağı, usûl hukukunun temel meselelerinden birisidir. Zira, hukukî dinlenilme hakkında olduğu gibi sadece taraflara garanti edilmiş olan usûlî haklardan kimlerin yararlanabileceğini tespit yanında, yargılama faaliyeti neticesinde verilen kararın kimler hakkında etkili olacağını belirlenmesinde, taraf kavramının önemi büyüktür. Bu konuda iki temel görüş vardır. Bunlardan birisi, maddi hukuk ilişkisinin süjesini esas alan “*maddi taraf kavramı (materieller Parteibegriff)*”, diğeri ise, mahkemeye yöneltilen hukukî himaye talebinde taraf olarak belirtilen kişileri esas alan “*şekli taraf kavramıdır (formeller Parteibegriff)*”. Çekişmeli yargıda, şekli taraf kavramının ağırlıklı olarak kabul gördüğü söylenebilir.⁶⁰

B. Çekişmesiz Yargıda Taraf Kavramı

Çekişmesiz yargıda her ne kadar “*taraf (Partei)*” yerine “*talepte bulunan (Antragsteller)*” ve “*kendisine karşı talepte bulunan (Antragsgegner)*” tabirlerinin kullanılması, -bu yargılama faaliyetinin niteliği nazara alındığında- daha isabetli ise de,⁶¹ taraf kelimesinin kullanılmasının da bir sakıncası yoktur.

Yeter ki, buradaki “*taraf*”ın çekişmeli yargıdaki “*taraf*”tan farklı olduğu bilinsin.⁶² Kaldı ki, Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu’nun 2. paragrafında açıkça “*Partei*” kelimesi kullanıldı-

⁶⁰ Mayr/Fucik, Kn. 83; Türk hukuku bakımından ezcümle Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 121.

⁶¹ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Kuru, s. 139 vd.

⁶² Mayr/Fucik, Kn. 86.

ğından, -en azından Avusturya Hukuku bakımından- bizim de “*taraf*” tabiri kullanmamızda bir sakınca olmamak gerekir.⁶³

2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu’nun eski kanuna nazaran taşıdığı farklardan birisi de,⁶⁴ yeni kanunun daha 2. paragrafında taraf kavramının sınırlarını belirlemeye çalışmasıdır. Bunun sebebi, çekişmesiz yargıda şekli veya maddi taraf anlayışının tek başına yeterli olmamasıdır. 2. paragrafın 1. ve 2. bentlerinde açıkça şekli taraf anlayışına yer verilmesine karşılık⁶⁵ 3. bentte maddi taraf anlayışı da kabul edilmiştir. Buna göre, hukuken korunan durumları yargısal faaliyetten doğrudan etkilenecek olan kimseler de çekişmesiz yargıda taraf olarak yer alırlar. Bunun yanında, özel bir hüküm gereği yargısal faaliyete dâhil edilen kişi yahut merciler de, çekişmesiz yargıda taraf olarak kabul edilmektedir (Amts-oder Legalparteien). Örneğin, gaiplik kararında savcılığın⁶⁶ ve avans şeklinde nafaka ödenmesinde⁶⁷ eyalet yüksek mahkemesinin başkanının taraf olarak yer almasında olduğu gibi.

Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu’nda fer’i müdahale (§§ 17 ff. öZPO) ve dava arkadaşlığı (§§ 11 ff. öZPO) müesseselerine yer verilmemiştir. Bunun sebebi, çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıdaki aksine, katı bir “*iki tarafın bulunması zorunluluğunun*” mevcut olmamasıdır. Aksine, tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı bir çekişmesiz yargı faaliyeti caiz olduğundan, hukukî durumları bu faaliyetten etkilenecek olan kimselerin doğrudan “*taraf*” olarak bu faaliyete katılmaları mümkündür.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Birkner, Parteistellung und rechtliches Gehör im Außerstreitverfahren, Wien 1996, s. 1 vd. Schoibl, Rechtliches Gehör und Beteiligtenstellung im österreichischen Außerstreitverfahren, FS Matscher (1993), s. 401 vd.

⁶⁴ Eski kanun zamanındaki durum hakkında bkz. Mayr/Fucik, § 2 AußStrG, Kn. 9.

⁶⁵ Bu bentlerde, talepte bulunanlar ile kendilerine karşı talepte bulunan veya sair bir şekilde karşı taraf olarak belirtilen kimseler “*taraf*” olarak kabul edilmektedir.

⁶⁶ § 20 TEG (Todeserklärugsgesetz).

⁶⁷ § 3 vd. UVG (Unterhaltsvorschussgesetz).

Dava ve taraf ehliyeti bakımından ise, çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında herhangi bir fark yoktur. Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun 2. paragrafının üçüncü cümlesi bu konular ile kanunî temsil hakkında çekişmeli yargıya yollama yapmakla yetinmiştir.

Tarafların konumuna ilişkin olarak 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun getirdiği bir başka yenilik ise, tarafların soru sorma hakkıdır (Fragerecht). Buna göre, taraflardan her biri, diğer bir tarafa, onun temsilcisine, tanıklara ve bilirkişilere, hâkim aracılığıyla yahut onun izin vermesi halinde doğrudan doğruya soru sorabilirler (§ 3 AußStrG).

C. Çekişmesiz Yargıda İradi Temsil

1. Yargılamayı Bizzat Takip Yetkisi

(Postulationsfähigkeit = Verhandlungsfähigkeit)

Dava ehliyetine sahip bir kişinin, tarafı olduğu somut yargılama prosedürünü kendi başına yürütebilme yetkisi olarak tanımlanan yargılamayı bizzat takip yetkisi,⁶⁸ çekişmesiz yargıda da geçerli olan bir müessesedir. Temsilin zorunlu olduğu haller (Vertretungspflicht) dışında kural olarak herkes çekişmesiz yargıda kendi başına yargılama faaliyeti içinde yer alabilir.

Şu kadar ki, yargılamanın konusu hakkında açıklama yapabilir durumdaki sağır veya dilsiz kimse uygun bir temsilci yahut işaret dilinden anlayan bir tercüman aracılığıyla dinlenir; bu tercümanın ücreti devlet tarafından karşılanır (§ 4/III AußStrG). Keza, kendisini yazılı veya sözlü olarak ifade etmekten aciz olan kimselerin uygun bir temsilci bularak kendilerin temsil ettirebilmeleri için uygun bir süre verilir. Bu süre zarfında kendisine bir temsilci bulmayan tarafa hâkim kendisi uygun bir temsilci atayarak yargılamaya devam eder; bu temsilcinin giderine ise tarafın kendisi katlanır (§ 4/II AußStrG).

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi ve benzer müesseselerle sınırı hakkında bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 45, s. 268 vd.

2. Temsil Zorunluluğu (Vertretungspflicht)

Birkaç istisna bir tarafa bırakılırsa, eski kanun döneminde çekişmesiz yargıda bütün derecelerde genel bir temsil serbestisi mevcuttu. 2003 tarihli Kanun bu serbestiyi -meslek örgütlerinin de baskısı sonucu- büyük ölçüde sınırlayarak oldukça karmaşık bir sistem getirmiştir. Buna göre:

İlk derecede kural, temsil serbestisidir (§ 4/I AußStrG). Ancak, evlilik ile ilgili işlerde (§ 93/I AußStrG), ergin kişilerin 4000 €'yu aşan nafaka taleplerinde (§ 101/I AußStrG) ve terekenin aktifinin tahmini değerinin 4000 €'yu geçmediği veraset işlerinde (§ 162 AußStrG) taraflar kendilerini avukatla temsil ettirebilirler. Terekenin aktifinin tahmini değerinin 4000 €'yu geçtiği hallerde ise avukatla takip mecburidir (§ 162 AußStrG).

İkinci derecede (istinaf derecesinde) kural olarak göreceli bir temsil mecburiyeti vardır.⁶⁹ Buna göre, taraflar kendilerini temsil ettirmek mecburiyetinde değildirler, ancak bunu yapmak isterlerse, sadece avukatları ve noterleri temsilci tayin edebilirler. Hatta, birden fazla talep veya tarafın karşı karşıya olduğu hallerde (çekişmeli çekişmesiz yargı işlerinde =in streitigen Außerstreitverfahren) noterler temsilci tayin edilemezler (§ 6/I AußStrG).

Bununla birlikte, evlat edinme, engelli kişilerin mallarının idaresi, § 162 AußStrG haricindeki tereke işleri, gaiplik, kıymetli evrakın iptali, tapu sicili, ticaret sici ve diğer sicillerle ilgili işlerde noterler herhalde temsilci tayin edilebilirler (§ 6/II AußStrG).

Üçüncü derecede ise (temyiz) çekişmeli çekişmesiz yargı işlerinde mutlak avukatla takip mecburiyeti, diğer işlerde ise avukat veya noter vasıtasıyla temsil mecburiyeti vardır (§ 6/II AußStrG).⁷⁰

⁶⁹ İstisna: § 37/III,9 MRG (Mietrechtsgesetz).

⁷⁰ § 37/III,9 MRG'de belirtilen halde bir "menfaat temsilcisi (Interessenvertreter)" aracılığıyla da temsil mümkündür.

Eyalet yüksek mahkemelerinin başkanları, hâkimler, savcılar, noterler, gençlik dairesi başkanları (Jugendwohlfahrtsträger) ve mali müşavirler hakkında, temsil mecburiyetinden “*zuta mahisus=kişisel*” bir istisna söz konusudur (§ 6/III AußStrG).

V. Çekişmesiz Yargıda İlk Derece Yargılaması ve Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler

A. Yargılamamanın Başlatılması

Çekişmesiz yargı usûlünde talep (Antrag), beyan (Erklärung) ve bildirimler (Mitteilung) için ortak olarak “arz=sunma (Anbringen)” kavramı kullanılmakta (§ 10 AußStrG) ve –çekişmesiz yargıyı başlatan talep de dahil olmak üzere– bunun yazılı veya– tutanağa geçirilmek üzere –şifahi yolla olabileceği belirtilmektedir. Fakat, vekil ile temsile ilişkin düzenlemelerin anlam ve amacı, şifahi yolun sadece temsilci bulunmayan hallerde caiz olmasını gerektirir.⁷¹ Öte yandan yazılı veya tutanağa geçirmek üzere sözlü yöntemin ayrıntıları Çekişmesiz Yargı kanununda düzenlenmemiştir, bu konuda Usûl Kanunu’nun (özZPO) ilgili hükümlerinin (§§ 74 vd. ile §§ 79 vd. özZPO) uygulanması gerekir.

Çekişmesiz yargıda da kural, mahkemenin ancak talep üzerine harekete geçmesidir (§ 8/I AußStrG=Dispositionsgrundsatz). Bununla birlikte, çekişmesiz yargıya tâbi işlerden belli bir kısmına (sadece veya aynı zamanda) mahkeme de kendiliğinden el koyabilir (§ 8/III AußStrG=Offizialgrundsatz).⁷²

Sadece talep üzerine başlatılan bir çekişmesiz yargı faaliyeti, ilgili tarafın talebi üzerine, ilk derecede nihai karar verilinceye kadar geri alınabilir. Kanun yolunda ise böyle bir talep, ancak karşı tarafın muvafakatıyla yahut talebin dayandığı haktan feragat edilmek şartıyla dikkate alınır. Re’sen de

⁷¹ Mayr/Fucik, Kn. 130.

⁷² Mahkemenin kendiliğinden el koyabildiği çekişmesiz yargı işleri daha ziyade çocukların ve sakatların korunması ile tehlike arzeden akıl hastaları hakkındadır, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mayr/Fucik, Kn. 130.

başlatılması mümkün olan çekişmesiz yargı faaliyeti ancak ilk derecedeki yargılamanın sonuna kadar ve mahkemenin bu faaliyeti re'sen devam ettirmemesi hâlinde geri alınabilir (§ 11 AußStrG).

B. İlk Derecede Yargılama Usûlünün Tipik Özellikleri

İster talep üzerine isterse re'sen harekete geçmek suretiyle olsun, çekişmesiz yargıda her halükarda re'sen araştırma ilkesi (Untersuchungsgrundsatz) geçerlidir. Eski Kanun dönemindeki uygulama da bu şekilde olmakla birlikte 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu bu ilkeyi 16 ve 31. paragraflarında açık olarak benimsemiştir. Bununla birlikte, çekişmesiz yargıda da işlerin makul bir süre zarfında neticelendirilebilmesi için -ki bu husus AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının da açık bir gereğidir- tarafların da tam ve etkin olarak çekişmesiz yargılama faaliyetine katılmaları, bu bağlamda karar için gerekli olan vakıa ve delilleri mahkemeye sunmaları ve mahkemenin kendilerine sorulan soruları gerçeğe uygun olarak cevaplandırmaları gerekir (§ 16/II AußStrG=Mitwirkungspflicht).

Bunun yanında, şeklin usûl hukukunda kendi başına bir amaç olmayıp, aksine tarafların korunmasına hizmet etmesi gerektiği anlayışı 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda açık bir düzenlemeye kavuşmuştur. Zira, bu Kanun'un 13. paragrafı gereğince, mahkeme yargılama faaliyetini öyle yürütmelidir ki, talep konusu tam olarak aydınlansın ve mümkün olan en kısa sürede esaslı (iş tam olarak karşılayan) bir karar verilebilsin. Öyle ki, bu amaçla "doğrudan doğruluk (Unmittelbarkeit)" ilkesi dahi burada "mutlak" olarak değil, aksine "kural" olarak benimsenmekte ve usûl ekonomisi ilkesi ile bir arada değerlendirilmektedir.⁷³

Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun 10. paragrafının 4 ve 5. fıkraları ile 14. maddesi, taraflarca yapılan usûlî hataların giderilmesi, yargılamanın sevk ve idaresi ile tarafların aydınlatılması

⁷³ Mayr/Fucik, Kn. 108-109.

konularında getirdiği özel düzenlemelerle, hâkimin taraflara yardımcı olmasını öngörmektedir. Keza, 13. paragrafın 3. fıkrası gereğince, hâkim, yargılamanın her aşamasında barışçıl bir çözümü teşvik etmekle görevlendirilmiştir.

Kanun'un 9. paragrafı ise çekişmeli yargıya (§ 226/I öZPO)⁷⁴ nazaran çok özel ve farklı bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, netice-i talebin mutlaka açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş olması gerekmez; talepte sahibinin hangi kararı almak yahut sair nasıl bir yargısal faaliyeti amaçladığı ve bunu hangi vakıalara dayandırıldığının çıkarılabilmesi yeterlidir. Konusu para olan taleplerde, paranın miktarı belirtilmemişse, bunun için talep sahibine bir süre verilir, bu süre içinde miktar belirtilmezse talep reddedilir.

Aleniyet (§ 16 AußStrG), sözlü yargılama (§ 18 AußStrG) ve hukukî dinlenilme hakkı (§ 15 AußStrG) 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda açık bir düzenlemeye kavuşturulmuşlardır. Ancak, bu konularda çekişmesiz yargının amaç ve niteliği ile kendisine tâbi işler nazara alınarak modifiye edildiklerini belirtmek gerekir.⁷⁵

C. İlk Derecede Yargılamanın Yürütülmesi

1. Başvurunun Karşı Tarafa Bildirilmesi

Çekişmesiz yargılamanın başlamasına yönelik talep, usûle ilişkin sebeplerle hemen reddi gerekmediği takdirde, tıpkı dava dilekçesinde olduğu gibi, derhal ve re'sen karşı tarafa veya taraflara tebliğ edilir. Çekişmesiz yargılamanın re'sen

⁷⁴ "Die mittels vorbereitenden Schriftsatzes anzubringende Klage hat ein bestimmtes Begehren zu enthalten, die Thatsachen, auf welche sich der Anspruch des Klägers in Haupt- und Nebensachen gründet, im einzelnen kurz und vollständig anzugeben, und ebenso die Beweismittel im einzelnen genau zu bezeichnen, deren sich der Kläger zum Nachweise seiner thatsächlichen Behauptung bei der Verhandlung zu bedienen beabsichtigt."

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fucik/Kloiber, AußStrG, §§ 16, 18, 15; Mayr/Fucik, Kn. 115 vd.

başlatılmış olması halinde ise, hâkim en geç bir usûlî işlem yapmadan önce, karşı tarafı bundan haberdar etmek zorundadır (§ 8/II-III AußStrG).⁷⁶

2. Derdestlik

Çekişmesiz yargılamada, bunun talep üzerine başlaması hâlinde talebin mahkemeye verilmesi, mahkemenin re'sen harekete geçmiş olması durumunda ise ilk usûl işleminin mahkemece yapılması anında derdestlik başlar ve -zamanaşımının kesilmesi ve hak düşürücü sürenin korunması gibi- buna bağlı sonuçlar kendiliğinden hâsıl olur (§ 12/I AußStrG). Aynı konunun birden fazla mahkeme önünde derdest olması ve bunların hepsinin yetkili bulunması hâlinde, dosya, talebin kendisine ilk olarak yapıldığı mahkemeye gönderilir (§ 12/II AußStrG). Derdestlik, çekişmesiz yargıda da bir "*dava engeli*" oluşturur ve re'sen dahi nazara alınır.⁷⁷

3. İspat

Çekişmesiz yargıda ispat hukukuna ilişkin olarak kesin ve ayrıntılı düzenlemeler getirilmemiştir. Aksine, 13. paragrafta genel bir çerçeve çizilmiş, hâkimin yargılamayı kendiliğinden ele alarak bu çerçeve dâhilinde serbestçe yürütmesi öngörülmüştür. Buna göre, hâkim, tarafların beyanlarıyla bağlı olmaksızın, maddi meseleyi etraflıca inceleyerek, mümkün olan en kısa sürede, talep konusunu bütün yönleriyle kapsayan bir karar vermekle yükümlüdür. Re'sen araştırma ve taraflarca katkıda bulunma ilkeleri bir arada uygulanan bu yargılamada ispat hukuku bakımından öne çıkan özellikleri şöylece sıralamak mümkündür:

⁷⁶ Tebligat, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça Usûl Kanunu (§§ 87-121 öZPO) ve Tebligat Kanunu (Zustellgesetz) hükümlerine göre yapılır (§ 24 AußStrG)

⁷⁷ Karş § 233/1 öZPO ve § 230/III öZPO.

• Çekişmeli yargıda geçerli olan beş çeşit delil (belge/tanık/bilirkişi/keşif/isticvap) ile bağlı olmaksızın hâkim, maddi hakikate ulaşmaya elverişli her türlü delile başvurabilir (§ 31/I AußStrG).

• Re'sen delil ikamesi sınırlanmamıştır; taraflar vakıanın yeterli derecede aydınlanmış olduğu konusunda mutabık kalsalar veya ilgili hususta kanunî bir karine mevcut olsa yahut o konu tam ispat ölçüsünde ispatlanmış bulunsa dahi, haklı endişeleri bulunan hâkim, buna rağmen re'sen delil ikamesi yoluna gidebilir (§ 31/II AußStrG).⁷⁸

• Bilirkişi deliline başvurulmasında birçok formalite kaldırılmıştır. Buna göre, hâkim önce tarafları dinlemeksizin de bilirkişiyi atayabilir.⁷⁹ Keza, çekişmeli yargının aksine, gerekli özel ve teknik bilgiye kendisi sahip bulunmaktaysa, bilirkişiye başvurmadan kaçınabilir (§ 31/III AußStrG). Halbuki, çekişmeli yargıda, hâkim özel veya teknik bilgiye bizatihi sahip olsa bile, bu hususta bilirkişiye başvurmadan sarfınazar edebilmesi için tarafların onayına ihtiyacı vardır (§ 364 öZPO).

• Hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmemek şartıyla, hâkim, duruşma dışında da delil toplayabilir ve değerlendirebilir. Ancak bu durumda, söz konusu delillerden tarafları haberdar etmesi gerekir (§ 31/IV ve § 15 AußStrG).

• Çekişmeli yargının aksine, tarafların katkıda bulunma yükümlülüklerini (Mitwirkungspflicht der Parteien) yerine yetirmelerini sağlamak için zor kullanmak mümkündür.

Mahkemenin, taraflardan birinin dinlenilmesini, bir belgeyi sunmasını veya bir konuda keşif yapılmasını mümkün kılmasını, olayın aydınlatılması bakımından kaçınılmaz bulması hâlinde, haklı bir mazereti olmaksızın buna yanaşmayan tarafa karşı, para cezası ve tazyik hapsi dahil, 79. paragrafın 2.

⁷⁸ Karş. §§ 183/II, 270, 215/I, 292 öZPO; ayrıca bkz. Rechberger/Simotta, Kn. 602 vd.

⁷⁹ Karş. § 351 öZPO.

fıkrasındaki cebri tedbirlere⁸⁰ başvurabilir (§ 35/V AußStrG).

• Tarafın veya tanığın yeminli olarak dinlenmesi söz konusu değildir (§ 35 AußStrG).

4. Süreler ve Eski Hale İade

Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda süreler ve eski hale getirme konusunda özel hükümler sevk edilmediğinden, Usûl Kanunu'nun ilgili hükümleri⁸¹ çekişmesiz yargıda da kıyasen uygulanacaktır (§§ 21, 23 AußStrG). Bununla birlikte çelişmesiz yargıda adli tatil ve buna ilişkin hükümlerin uygulama alanı yoktur.⁸²

5. Yargılamanın Tatil Edilmesi

Yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun özelliklerinden birisi de, çekişmesiz yargı faaliyetinin tatil edilmesine ilişkin olarak üç farklı durumu, kısmen çekişmeli yargıya yollama yaparak kısmen de getirdiği ayrı hükümlerle düzenlemesidir.

Bunlardan birincisi, tarafın veya vekilinin ölmesi ile tarafın iflâs etmesi durumunu düzenleyen “*yargılamanın kesilmesi (Un-*

⁸⁰ § 79 AußStrG: (1) Für den Fortgang des Verfahrens notwendige Verfügungen hat das Gericht gegenüber Personen, die sie unbefolgt lassen, von Amts wegen durch angemessene Zwangsmittel durchzusetzen.

(2) Als Zwangsmittel kommen insbesondere in Betracht:

1. Geldstrafen, auch um vertretbare Handlungen zu erzwingen; für deren Ausmaß und Rückzahlung gilt § 359 EO sinngemäß;

2. die Beugehaft, die nur bei unvertretbaren Handlungen, bei Duldungen oder Unterlassungen bis zur Gesamtdauer von einem Jahr verhängt werden darf;

3. die zwangsweise Vorführung;

4. die Abnahme von Urkunden, Auskunftssachen und anderen beweglichen Sachen;

5. die Bestellung von Kuratoren, die auf Kosten und Gefahr eines Säumigen vertretbare Handlungen vorzunehmen haben.

⁸¹ Süreler bakımından §§ 123-129 öZPO ve eski hale getirme bakımından §§ 146 vd. öZPO; vakia bunlardan § 154 öZPO çekişmesiz yargıda uygulanmaz (§ 21 AußStrG).

⁸² Art. XXXVI EGZPO (Einführungsgesetz für Zivilprozessordnung).

terbrechung des Verfahrens)”;⁸³ diğeri –re’sen açılması mümkün olmayan çekişmesiz yargılama usûlünde– tarafların gelmemeleri yahut bu yöndeki anlaşmaları sonucu “yargılamanın durması (*Ruhen des Verfahrens*)”⁸⁴ ve nihayet üçüncüsü, –özellikle ilgili kuruluşun da katılımıyla– taraflar arasında barışçıl bir çözümün mümkün görülmesi ve bu amaçla yargılamayı tehirlenmenin tarafların yahut kamunun menfaatleriyle çelişmemesi durumunda, yargılamanın altı aya kadar “bekletilmesi (*Innehalten des Verfahrens*)” yoludur.⁸⁵

D. İlk Derecede Yargılamanın Sona Ermesi ve Karar

1. Genel Olarak

İlk derece yargılaması ya bir sulh anlaşmasıyla (*Vergleich*) ya da bir kararla (*Beschluss*)⁸⁶ sona erer. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olmak şartıyla, çekişmesiz yargıda sulh, teşvik edilen bir müessesedir ve bu yolla yapılan anlaşmalara da İcra Kanunu’nun (*Exekutionsordnung=EO*) 1. maddesinin 5. bendi anlamında kabili icra belge niteliği bahşedilmiştir (§ 30 *AußStrG*).

Yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu, usûle veya esasa ilişkin olmasına göre bir ayırım yapmaksızın, mahkemenin bir husustaki ihtilâfı neticelendirirken kullanacağı şekle karar adını vermekte ve bunun “*Beschluss*” formatında olmasını kâfi görmektedir. Bununla birlikte, karar çeşitlerinden “kısmî karar (*Teilbeschluss*)” ve “ara kararı (*Zwischenbeschluss*)” ismen zikredilerek düzenlenmişlerdir (§ 36/II *AußStrG*).⁸⁷

⁸³ §§ 25, 26, 27 *AußStrG*; karş. §§ 155 vd., 190 vd. *öZPO*.

⁸⁴ § 28 *AußStrG*; karş. § 168 *öZPO*.

⁸⁵ § 29 *AußStrG*.

⁸⁶ Çekişmesiz Yargı Kanununda yargılamayı sona erdiren karar çeşidi olarak “hüküm (*Urteil*)” kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, “karar (*Beschluss*)” kavramı onu da kapsamaktadır. Esasen “*Beschluss*” denilen kararlar “*Urteil*” denilen kararlardan daha ziyade şekli özellikleri itibarıyla ayrılırlar. Birincisi, ikincisine nazaran daha yumuşak şekil şartlarına tâbidir ve çoğu kez ayrıntılı bir gerekçe kısmı da ihtiva etmez.

⁸⁷ Karş. §§ 391, 393 *öZPO*.

Kararlar kural olarak yazılı şekilde verilir. Ancak, taraflardan en az birinin hazır bulunması hâlinde kararın ona sözlü olarak da bildirilmesi mümkündür. Fakat her halde, kararın ayrıca yazılı olarak taraflara mutlaka tebliğ edilmesi gerekir. Tebliğ ile birlikte karar taraflara karşı hüküm ifade eder ve kanun yollarına başvurma süresi işlemeye başlar (§§ 36/I, 38 AufStrG).⁸⁸

Karar, sözlü olarak açıklandığı, eğer bu yola gidilmemişse tebliğe çıkarılmak üzere hâkim tarafından mahkeme kalemine verildiği andan itibaren, hâkimi de bağlar. Kararın değiştirilmesi ancak kanun yollarında ve değişiklik talebi (Abänderungsantrag) ile mümkündür.⁸⁹

2. Karara Kesinleşmesinden Önce Etkinlik Tanınması (Vorläufige Beschlusswirkungen)

Çekişmesiz yargıda da kural, kararların ancak şekli anlamda kesinleştikten sonra etkilerini doğurmalarıdır. Bununla birlikte, Kanun'un 44. paragrafı, taraflar yahut genel olarak kamunun menfaati bakımından gerekli görülen durumlarda, tebliğ edildiği an ile şekli anlamda kesinleştiği an arasındaki zaman kesitinde de, karara geçici olarak bağlayıcılık ve icra edilebilirlik bahşetmiştir. Daha ziyade, yeni bir hukukî durum yaratan veya mevcut hukukî durumu düzenleyen kararlar ile tedbir yahut sair bir koruyucu düzenleme getiren kararlar bakımından söz konusu olan bu imkân, bir nevi geçici hukukî himaye tedbirinin geçerlik süresinin kararın kesinleşmesine kadar uzatılmasıdır.⁹⁰ Bununla birlikte, ahvali şahsiyeye ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde (örneğin: nesebin tespiti, evlat edinme, anlaşmalı boşanma vb) çekişmesiz yargı kararının kesinleşmeden tesir icra etmesi mümkün değildir.⁹¹

⁸⁸ Karş. § 415 öZPO; § 91 GOG.

⁸⁹ § 50 AufStrG gereğince, belli şartlar altında, istinaf incelemesini ilk derece mahkemesinin kendisi de yapabilir.

⁹⁰ Karş. HUMK. m. 112.

⁹¹ Bkz. Mayr/Fucik, Kn. 236.

3. Kararın Şekli Anlamda Kesinleşmesi ve Bunun Sonuçları

a. Genel Olarak

Kararın şekli anlamda kesinleşmesi ve bunun sonuçları bakımından çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasında büyük oranda benzerlik mevcuttur. Bir çekişmesiz yargı kararı aşağıdaki hallerde şekli anlamda kesinleşir:

- Karara karşı bir kanun yolunun öngörülmemiş olması (verildiği anda kesin olması),
- Kanun yoluna başvurma süresinin geçirilmesi,
- Kanun yoluna başvurma hakkından feragat edilmesi,
- Yapılan kanun yolu başvurusunun reddedilmesi.

Vakia, sürenin geçirilmesi nedeniyle kararın şekli anlamda kesinleşmesi kuralına § 46/III AußStrG önemli bir istisna getirmiştir. Buna göre, bir karara karşı kanun yolu süresi geçirilmiş olsa dahi, onun değiştirilmesi yahut kaldırılması başka bir kişinin menfaatlerine bir hanel getirmeyecekse, ona karşı kanun yoluna (istinaf yoluna) başvurmak mümkündür.

43. paragrafın 1. bendine göre, kararın şekli anlamda kesinleşmesinin sonuçları, –çekişmeli yargı ile de benzer şekilde–⁹² “icra edilebilirlik (Vollstreckbarkeit)” ve “kararın maddi vakanın tespitine ilişkin kısmının bağlayıcılığı (Verbindlichkeit der Feststellung) yahut duruma göre inşâf tesir (Rechtsgestaltung)” olarak düzenlenmiştir.⁹³

Bu sonuçlar, sadece çekişmesiz yargı dosyasından anlaşılan taraflar bakımından değil, aynı zamanda, çekişmesiz yargı dosyasına ismi dahi girmemiş, hatta kendisine ne talep ne de

⁹² Bkz., Rechberger/Simotta, Kn. 691 vd.

⁹³ Bu tesirlerin şekli anlamda kesinleşme anından daha sonraki bir anda meydana geldiği bazı istisnai durumlar (§ 43/II-III-IV-V AußStrG) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mayr/Fucik, Kn. 190-193; Fucik/Kloiber, AußStrG, § 43, ErläutRV ve Kn. 3 vd.

karar tebliğ edilmiş olan ilgililer bakımından da geçerlidir (§ 46/II AußStrG).⁹⁴

b. Yargılama Giderleri

Çekişmesiz yargıda yargılama giderlerinin neler olduğunun tespit edilmesinde çekişmeli yargıya nazaran farklı bir husus mevcut değildir. Bu itibarla, Usûl Kanunu'nun (özZPO) 43. paragrafının 1. fıkrası hükmü ile Harçlar Kanunu (GKG), vekâlet ücretine ilişkin olarak da Avukatlık Asgari Ücret tarifesi (RATG) ve Noter Ücret Tarifeleri Kanunu (NTG) hükümleri kıyasen tatbik edilecektir.

Buna karşılık, yargılama giderlerine kimin hangi oranda katlanacağı ise Çekişmeli Yargı Kanunu'nun 78. paragrafında özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

- Aksine açık bir özel düzenleme mevcut olmadıkça,⁹⁵ mahkeme, bu konuda yeni bir delil ikamesine gitmeksizin, hadiseyi bütün yönleriyle değerlendirerek, yargılama giderlerinin hangi oranda taraflara yükletileceğine kendiliğinden karar vermek zorundadır (§ 78/I AußStrG).

- Taraflardan birinin hakkını elde etmek yahut korumak amacıyla başvurduğu çekişmesiz yargı yolunda sarfetmiş olduğu zorunlu yargılama giderlerinin, menfaatleri kendisiyle çelişmekte olan karşı tarafa yükletilebilmesi için, talebinde

⁹⁴ Kesin hükmün üçüncü kişiler bakımından tesir icra ettiği çekişmesiz yargı işleri bilhassa kira hukukunda oldukça fazladır, bu konu örnek olarak § 37/III, Nr. 18 MRG; § 52/II WEG; § 22/IV, Nr. 6 WGG; § 25/II HeizKG.

⁹⁵ Burada atf yapılan özel düzenlemeler bizzat Çekişmeli Yargı Kanununun kendisinde ve diğer kanunlarda oldukça fazla sayıda mevcuttur; ör.: § 83/IV (soybağının tespiti); § 90/II (evlat edinme); § 90/IV (soybağının düzeltilmesi); § 101/I (küçükler hakkında nafaka); § 107/III (velayet hakkının kullanılmasının ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının düzenlenmesi); § 114/VI (velayet hakkının kullanılmasının ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının düzenlenmesi hakkındaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması); § 129 (kayımlıkla ilgili işler); § 139/II AußStrG; § 25/INWG, § 44 EisbEG; § 37/III, Nr. 17 MRG.

tamamen haklı bulunmuş olması gerekir (§ 78/II, c.1 AußStrG). Bununla birlikte, hakkaniyetin gerektirmesi, özellikle hukukî yahut fiili zorlukların mevcut olması, yahut masrafların artmasının taraflardan birine isnat edilebilecek nedenlerden kaynaklanması durumunda, bu kuraldan ayrılmak mümkündür (§ 78/II, c.2 AußStrG).

• Yukarıda belirtilen haller dışında –Usûl Kanun’unun 43. paragrafının 1. fıkrasının 3. cümlesinde belirtilen masraflar- taraflar arasında çekişmesiz yargı faaliyetinin konusu ile irtibatları oranında, bunun tespit edilememesi durumunda ise eşit olarak paylaşılır. Sair hallerde ise herkes yapmış olduğu masrafa kendisi katlanır (§ 78/III AußStrG).

Yargılama giderleri hakkındaki kararın her nihai kararla birlikte re’sen verilmesi gerekir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi hâkimi, yargılama giderleri hakkındaki kararını, kararın kanun yollarından geçerek kesinleşmesine kadar ertelerek, kararın bu yolda aldığı duruma göre şekillendirebilir. Herhalde, yargılama giderlerine ilişkin karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (§ 62/II, Nr. 1 AußStrG).

c. Kararların Cebri İcrası

Re’sen harekete geçme ve kendiliğinden araştırma ilkeleri ile çekişmesiz yargının çoğu kez kamu menfaatini ilgilendirdiği gerçeği nazara alındığında, çekişmesiz yargıda kararların icrası ve bunu sağlamak üzere öngörülecek tedbirlerin ne kadar önemli olduğu açıkça anlaşılır. İşte bundan dolayıdır ki, Avusturya kanun koyucusu, daha yargılama faaliyetinin yürütülmesi aşamasında dahi, para cezası ve tazyik hapsi yahut zorla tatbik gibi tedbirler öngörmüştür (§ 79/I AußStrG).

Nihai kararın cebri icrası bakımından da, eski kanunda mevcut eksiklik giderilerek, çekişmesiz yargı kararlarının ilâm niteliğinde (Exekutionstitel) oldukları (§ 1 Nr. 6 EO = Exekutionsordnung) ve İcra Kanunu’na göre (EO) icra edilecekleri açıkça düzenlenmiştir (§ 80 AußStrG). Bunun yanında, münferit

kararlar bakımından, kendilerine mahsusu icra tarzının ayrıca kanunla getirilmesi de mümkündür.⁹⁶

Çekişmesiz yargı alanında geçici hukukî himaye tedbirlerine başvurulabileceği ve bunun İcra Kanunu'nun 378 vd. paragrafları hükümlerine tâbi konusunda, eski kanun döneminde de tereddüt bulunmamaktaydı.⁹⁷ Yeni dönemde, İcra Kanunu'na (EO) 2003 yılında eklenen ve 1 Ocak 2005 yılında yürürlüğe giren⁹⁸ 378a paragrafına göre ise, re'sen harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işlerinde mahkeme kendiliğinden geçici hukukî himaye tedbiri koyabilir, mevcut bir tedbiri sınırlandırabilir yahut tamamen kaldırabilir.⁹⁹

VI. Çekişmesiz Yargıda Kanun Yolları

A. Genel Olarak

Çekişmesiz yargı kanununda usûle ilişkin nihai kararlar ile esasa ilişkin nihai kararlar arasında bir ayırım yapılmadığından, çekişmeli yargının aksine, burada her iki çeşit karar için de aynı kanun yolu sistemi kabul edilmiştir. Ayrıca, bu Kanun'da getirilen özel düzenlemeler dışında, Usûl Kanunu'nun (özPO) kanun yollarına ilişkin genel hükümlerinin¹⁰⁰ çekişmesiz yargı alanında da geçerli olduğu muhakkaktır.¹⁰¹ Çekişmesiz yargıdaki kanun yollarının tamamına şamil olmak üzere şu genel tespitleri yapmak mümkündür:

- Kanun yollarına başvurmanın genel sonuçlarından birincisi olan *"kararın icrasını kendiliğinden erteleme (aufschlie-*

⁹⁶ Örneğin, § 110 AußStrG'deki düzenlemede, velayet hakkının kullanılması ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının düzenlenmesinde olduğu gibi.

⁹⁷ Bkz. Mayr/Fucik, Kn. 333.

⁹⁸ BGBl. I Nr. 112/2003.

⁹⁹ Bunun yanında, 2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanununun kendisi de bazı geçici hukukî himaye tedbirlerini özel olarak düzenlemiştir, bkz. §§ 120 ve 133/IV AußStrG.

¹⁰⁰ Örneğin, kanun yoluna başvurmada hukukî yararın mevcut olması gibi.

¹⁰¹ Mayr/Fucik, Kn. 339.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

bende Wirkung = Suspensiveffekt)” etkisi çekişmesiz yargıda da mevcuttur. Zira, çekişmesiz yargı kararına geçici bağlayıcılık ve icra edilebilirliğin mahkemece tanınabileceğini öngören 44. paragrafın mefhum-u muhalifinden, bu sonuç açıkça anlaşıl-maktadır.

• Genel olarak kanun yollarında bir üst mahkemeye baş-vurulması (aufsteigende Wirkung=Devolutiveffekt), kararı veren mahkemenin bizzat kendisinin yahut aynı derecedeki bir başka mahkemenin kanun yolu mercii olamaması kuralı çekişmesiz yargıda da mevcuttur.¹⁰²

• Hukukî dinlenilme hakkına çekişmesiz yargıdaki ka-nun yollarında da riayet edilmesi Çekişmesiz Yargı Kanunu tarafından ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (§§ 48, 52/I, 68 AußStrG).

• Avusturya çekişmeli yargı hukukunda geçerli olan ve katı biçimde uygulanan “*kanun yollarında yeni bir maddi talebin, esasa ilişkin bir itirazın, yeni bir delilin yahut vakıanın ileri sürüle-mesi*” kuralı (Neuerungsverbot), çekişmesiz yargıda da temyiz bakımından (§ 66/II AußStrG) geçerliliğini sürdürse de istinaf bakımından (§ 49 AußStrG) biraz yumuşatılmıştır.

B. İstinaf

1. İstinafa Tâbi Çekişmesiz Yargı Kararları

Çekişmesiz yargıda ilk derecede verilen bütün nihai karar-lara karşı kural olarak istinaf yoluna gidilebilir. Ara kararlar ise ancak nihai kararlarla birlikte istinaf incelemesine tâbi kılınabilir (§ 45 AußStrG).¹⁰³

2. İstinafa Başvuru Süresi

İstinafa başvuru süresi, tebliğ tarihinden itibaren işleyen 14 günlük (§ 46/I AußStrG) kesin (§ 23/II AußStrG) süredir.

¹⁰² Vakıa bu kuralın tek istisnasını § 50 AußStrG teşkil eder.

¹⁰³ Karş. §§ 501 ve 517 öZPO.

Çekişmesiz yargı dosyasına dâhil edilmemiş ve dolayısıyla karar kendisine tebliğ edilmemiş olan taraf için bu süre, taraflardan kendisine en son tebligat yapılmış olan tarafın istinaf veya istinafa cevap süresine göre hesaplanır (§ 46/II AußStrG). Hiç şüphesiz, kendisi dosyaya dâhil ve karar kendisine tebliğ edilmemiş olan tarafın 79. paragrafın 1. fıkrasının 1. bendi gereğince değişiklik talebinde bulunma hakkı saklıdır.

Keza, istinaf yoluna başvurma süresi geçirilmiş olmasına rağmen, onun değiştirilmesi yahut kaldırılması başka bir kişinin menfaatlerine bir halel getirmeyecekse, bu yola başvurmak her zaman mümkündür (§ 46/III AußStrG).

3. İstinaf Başvurusunun Şekli ve İçeriği

İstinaf başvurusu ilk derecede kararı veren mahkemeye yazılı olarak, tarafın bir avukat veya noter vasıtasıyla temsil edilmediği durumlarda ise tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da yapılabilir (§ 47/I AußStrG). Keza, katılma yoluyla istinaf da (istinaf başvurusunun kendisine tebliğinden itibaren 14 gün içinde) mümkündür (§ 48 AußStrG).

İstinaf başvurusunun içeriği konusunda sıkı şartlar öngörülmemiş, karara neden ve hangi yönden karşı çıktığının belirtilmesi yeterli görülmüştür (§ 47/II-III AußStrG). Keza istinaf sebepleri kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır, sadece belli bazı usûlî hataların yapılmış olması halinde istinaf mahkemesinin nasıl davranması gerektiği düzenlenmiştir (§§ 56-58 AußStrG).

4. Yeni Taleplerin İleri Sürülebilmesi

Çekişmesiz yargıda tarafların istinaf aşamasında yeni bir talep, esasa ilişkin bir itiraz, yeni bir delil yahut vakia ileri sürülmesi (Neuerungserlaubnis), bunun ancak kararın istinaf yoluyla itiraz edilmeyen kısımlarına ilişkin olması halinde mümkündür (§ 49/I AußStrG). Bunun yanında, ilk derecede

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

kararın verildiği anda mevcut ve ileri sürülebilecek (nova re-perta) olan delil yahut vakıaların istinafta ileri sürülebilmesi için, bunların ilk derecede ileri sürülmemiş olmasının, onu ileri sürmek isteyen tarafın mazur görülebilir bir hatasından kaynaklanması gerekir (§ 49/II AußStrG). Buna karşılık, ortaya yeni çıkan vakıa veya deliller ise (nova producta), bunların -değişiklik talebi dışında- yeni bir talebin konusu yapılmalarının önemli ölçüde zor ve külfetli olması durumunda caizdir (§ 49/III AußStrG).

5. İstinaf Mahkemesinin Taleple Bağlılığı ve Karar

İstinaf talebinin, istinafın caiz olmaması, sürenin geçirilmesi veya gerekli şekle yahut içeriğe sahip olmaması nedeniyle reddedilmesi gereken haller dışında (§ 54 AußStrG), istinaf mahkemesi talebi esastan inceleyerek bir karar verir (§ 55/I AußStrG). İstinaf mahkemesi kural olarak taleple bağlıdır. Bununla birlikte, re'sen harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu işlerde mahkeme taleple bağlı olmayıp, talepte bulunanın talebinden daha lehine veya daha aleyhine olacak bir karar verebilir (§ 55/II AußStrG).

Bunun dışında, istinaf mahkemesi, aşağıdaki usûlî konuları kendiliğinden gözetir:¹⁰⁴

- Kanun yolunun ve çekişmesiz yargının caiz olmaması,
- Yargı hakkının bulunmaması,
- Derdestlik,
- Talebin geri alınmış veya talepten feragat edilmiş olması,
- Kararın, kendisini kontrol etmeyi imkânsız kılacak şekilde eksik yahut kendi içinde çelişkili şekilde düzenlenmiş olması,

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mayr/Fucik, Kn. 280 vd.

- Hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmiş olması,
- Hakkında yasaklılık nedeni bulunan veya usûlüne uygun olarak reddedilmiş bir hâkim (yahut yardımcı adalet memurunun) yargılamaya katılmış olması,
- İşin hâkim yerine yardımcı adalet memuru tarafından görülmüş olması,
- Heyet halinde karar vermesi gereken mahkemenin tek hâkimle karar vermiş olması,
- Konunun daha önce kesinleşmiş bir karar ile çözümlenmiş olması.

İstinaf mahkemesi, aşağıdaki hâllerde talebi esastan inceleyerek bir karar vermek (düzelterek onamak) yerine dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderir (§ 57 AußStrG):

- Dosyayı ilk derece mahkemesine göndermenin yargılama giderlerini önemli miktarda azaltacağı hallerde,
- Kararın esaslı şekilde eksik ve hatalı olarak kaleme alınmış olması durumunda,
- Aleniyetin kanuna aykırı şekilde ihlâl edilmiş olması durumunda,
- Esasa ilişkin taleplerin tam olarak karşılanmadığı hâllerde,
- Ağır usûl hatalarının yapılmış olması durumunda.

İstinaf üzerine verilen kararın kaleme alınması ve ilgililere tebliği ile etkileri bakımından, ilk derecedeki kurallar kıyasen uygulanır ve bu karara karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı belirtilir (§ 60/II AußStrG, karş. §§ 38 vd. AußStrG).

İşin tamamen veya kısmen yeniden ele alınması amacıyla dosya kendisine geri gönderilen ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesinin yaptığı hukukî nitelendirme ile bağlıdır (§ 61 AußStrG).

C. Temyiz

1. Genel Olarak

2003 tarihli Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun temyize dair hükümleri (§§ 59, 62 vd. AußStrG) 1854 tarihli Kanun'un ilgili hükümlerinden (§§ 13-16 AußStrG/1854) esaslı farklar içermemektedir. Yeni kanununun, özellikle çekişmesiz yargıda ikiden fazla tarafın bulunması durumuna yönelik getirdiği ilave düzenlemeler dışındaki değişiklikler kısmî düzeltmeler niteliğindedir.

2. Temyize Tâbi Kararlar

Çekişmesiz yargıda temyiz, sadece istinaf üzerine verilen kararlar hakkında mümkündür. Buna karşılık, ikinci derecedeki bir mahkemenin (istinaf mahkemesinin) bir çekişmesiz yargı işine ilk derece mahkemesi olarak bakmış olması durumunda, başvurulacak yol temyiz değil istinaf yoludur.¹⁰⁵ İstinaf incelemesi üzerine verilen kararların temyize konu teşkil edip edememeleri bakımından ise şu hususların dikkate alınması gerekir:

a. Yargılama giderleri ile adli yardıma ilişkin kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır (§ 62/II AußStrG).¹⁰⁶

b. Sair kararlara karşı temyiz yoluna başvurabilmek için, bunlarda "önemli bir hukukî meselenin" mevcut olması (§ 62/I AußStrG) ve istinaf mahkemesinin bunun mevcut olduğu yönünde karar vermesi gerekir (§ 64 AußStrG).

Kararın, ülkede hukukî güvenlik, hukukun yeknesak uygulanması, hukukî istikrar ve hukukun gelişimi bakımından önem taşıyan bir maddi hukuk veya usûl hukuku meselesinin çözümüne bağlı olması durumunda, önemli hukukî meselenin varlığı kabul edilir.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Karş. § 45 AußStrG; ayrıntılı bilgi için bkz. Mayr/Fucik, Kn. 294, 252.

¹⁰⁶ Karş. § 528/II Nr.2-3 öZPO.

¹⁰⁷ Karş. §§ 502/I ve 528/I öZPO.

Bu tür bir önemli hukukî meselenin mevcut olup olmadığına ilk elden karar verecek olan merci ise, temyiz talebi kendisine verilecek olan istinaf merciidir (§ 59/I, Nr. 2 AußStrG).¹⁰⁸ İstinaf merciinin böyle bir meselenin mevcut olduğunu kabul etmesi durumunda, işin miktar yahut değerine bakılmaksızın, (olağan) temyiz yolu (ordentlicher Revisionsrekurs) caizdir. Buna karşılık, istinaf merciinin böyle bir meseleyi varit görmemesi durumunda bir ayırım yapmak gerekir:

- Konusu para ile ifade edilemeyen çekişmesiz yargı işlerinde ancak olağanüstü temyiz yoluna (außerordentlicher Revisionsrekurs) başvurulabilir.¹⁰⁹

- Konusu para ile ifade edilebilen çekişmesiz yargı işlerinde ise, bunun değerinin 20.000 €'yu geçip geçmediğine göre bir ayırım yapılmak gerekir:

- Çekişmesiz yargı işinin değerinin 20.000 €'yu geçmesi durumunda olağanüstü temyiz yoluna başvurulabilir,

- Çekişmesiz yargı işinin değerinin 20.000 €'yu geçmemesi durumunda ise, öncelikle kararı veren istinaf mahkemesinin kendisine başvurarak, önceki kararını, önemli hukukî hata nedeniyle (olağan) temyiz yolunun caiz olduğu şeklinde düzeltilmesi istenir (Zulassungsvorstellung; § 63 AußStrG).¹¹⁰ İstinaf mahkemesi önceki kararını bu istikamette düzeltirse dosyayı temyiz incelemesi için Yüksek Mahkeme'ye gönderir, aksi halde reddeder ve bununla karar kesinleşir (§ 63/III-V AußStrG).

3. Temyiz Usûlü ve Karar

Temyiz süresi, istinaf üzerine verilen kararın tebliğinden

¹⁰⁸ Şüphesiz temyiz merci, istinaf merciinin bu değerlendirmesi ile bağlı değildir (§ 71/I AußStrG).

¹⁰⁹ Olağanüstü temyiz yolunun olağan temyiz yolundan tek farkı, birincisinde temyiz sebebinin (önemli hukukî meselenin) açık olarak belirtilmesi zorunluluğudur (§ 65/III, Nr. 6 AußStrG).

¹¹⁰ Karş. § 508 öZPO.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

itibaren 14 gündür ve bu süre kesindir (§ 65/I AußStrG). Başvurunun dilekçe ile ilk derecede kararı vermiş olan mahkemeye yapılması gerekir.

Temyiz dilekçesine diğer tarafların aynı süre içinde cevap verme hakları vardır. Başvuru dilekçesinin şekli ve içeriğine ilişkin olarak özel hükümler sevk edilmiştir (§§ 65, 66 AußStrG).

Temyiz sebepleri ise 66. paragrafın 1. fıkrasında gösterilmiştir. Bunlar:

1. Kanun'un 56, 57/I ve 58. paragraflarında sayılan usûlî hatalar,
2. Maddi vakıanın takdirinde hata edilmiş olması,
3. İstinaf usûlünde, hadisenin esaslı şekilde incelenmesini ve değerlendirilmesini engelleyecek bir hatanın yapılmış olması,
4. İstinaf mahkemesinin kararına, dosyadaki mevcut belgelerle çelişen bir hususu esas almış olması,

Temyiz incelemesi kural olarak istinaftaki gibidir (§ 71/IV AußStrG).

Bununla birlikte temyiz aşamasında yeni delil ve vakıaların ileri sürülememesinin getirdiği ayrık durumun dikkate alınması gerekir (§§ 66/II, 50/I Nr. 4 AußStrG).¹¹¹

Temyiz incelemesinin taleple bağıllığı Yüksek Mahkeme (OGH) bakımından da geçerlidir.

Bununla birlikte, re'sen harekete geçme ilkesinin geçerli olduğu çekişmesiz yargı işlerinde, temyiz mahkemesi temyiz dilekçesinde ileri sürülen sebep ve taleplerle bağılı değildir (§ 70/I AußStrG).

¹¹¹ Ayrıca bkz. §§ 70, 71 AußStrG.

Temyiz itirazının yerinde olmaması hâlinde istinaf mahkemesinin kararı onanır. İtiraz yerinde bulunur lâkin, hadisenin karar için yeterince aydınlanmış olduğu ve eksikliğin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine gerek olmayan hallerde Yüksek Mahkeme esasa ilişkin kararı kendisi de verebilir (düzelterek onama).

Sair hallerde, eğer istinaf merciinin kararının tamamlanması gerekiyorsa dosya istinaf merciine, aksi takdirde ilk dereceye iade edilir (§ 70/III AußStrG)

VI. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi ve Değişiklik Talebi (Abänderungsantrag)

A. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Maddi Anlamda Kesin Hüküm Etkisi

Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda, çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği açıkça ve her çeşit karar için geçerli olmak üzere düzenlenmiş değildir. Kanun'un 43. paragrafının 1. fıkrasında, kararın (şekli anlamda) kesinleşmesiyle birlikte icra edilebilirlik (Vollstreckbarkeit), –tespit kararları bakımından– bağlayıcılık (Verbindlichkeit der Feststellung) veya –inşâî kararlar bakımından– inşâî tesirin (Rechtsgestaltung) hâsıl olacağı hükme bağlanmıştır. Bu etkilerin esas itibarıyla çekişmeli yargıda verilen ve şekli anlamda kesinleşen nihâî kararlara tanınan etkilerle aynı olduğu, bundan dolayı da, aksine açık bir düzenleme yahut “*değişiklik talebinin*” şartları mevcut olmadığı sürece çekişmesiz yargıda verilen hükümlerin de maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmektedir.¹¹²

Aksine açık düzenlemeler, diğer bir ifadeyle, çekişmesiz yargıda verilen ve şekli anlamda kesinleşen kararlara tanınan

¹¹² Bkz. ezcümle Mayr/Fucik, Kn. 188 vd., 321; Fucik/Kloiber, AußStrG, § 43, ErläutRV.

“bağlayıcılık” etkisinin (değişiklik talebi dışında) bir başka yargılama sürecinde kaldırılmasının örneklerine Avusturya Hukukunda rastlamak mümkündür. Örneğin, § 823 ABGB’de yer alan mirasçılık davası (Erbschaftsklage),¹¹³ ve § 851/II ABGB’de yer alan taşınmazın sınırının düzeltilmesi davası (Grenzberichtigungsklage)¹¹⁴ Tapu Sicili Kanunu’nun 61. maddesinde yer alan terkin davası (Löschungsklage)¹¹⁵ bu türden davalardır.

Keza, Çekişmesiz Yargı Kanunu’nun Özel Hükümler kısmında yer alan bazı çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararların bağlayıcılık tesirinin sair bir usûlî çare (Verfahrensbehelf) ile izale edilmesinin başka kanunlarca öngörülmüş olduğu durumlar da mevcuttur. Öyle ki, söz konusu durumlarda, “değişiklik talebini (Abänderungsantrag)” haklı kılan bir sebep mevcut olsa dahi bu yola değil, aksine ilgili usûlî çareye başvurulmak gerekir (§ 72 AußStrG).¹¹⁶

¹¹³ § 823 ABGB: “Auch nach erhaltener Einantwortung kann der Besitzznehmer von jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft belangt werden. Das Eigenthum einzelner Erbschaftstücke wird nicht mit der Erbschafts-, sondern der Eigenthumsklage verfolgt.”

¹¹⁴ § 851 ABGB: “(1) Sind die Grenzen wirklich unkenntbar geworden oder streitig, so werden sie nach dem letzten ruhigen Besitzstande festgesetzt. Läßt sich dieser nicht feststellen, so hat das Gericht die streitige Fläche nach billigem Ermessen zu verteilen.

(2) Jeder Partei bleibt es vorbehalten, ihr besseres Recht im Prozeßweg geltend zu machen.”

¹¹⁵ § 61 GBG (Allgemeines Grundbuchgesetz): “(1) Wenn jemand, der durch eine Einverleibung in seinem bürgerlichen Rechte verletzt erscheint, die Einverleibung aus dem Grunde der Ungültigkeit im Prozeßwege bestreitet und die Wiederherstellung des vorigen bürgerlichen Standes begehrt, kann er die Anmerkung eines solchen Streites im Grundbuch entweder gleichzeitig mit der Klage oder später verlangen. Die Anmerkung des Streites kann sowohl bei dem Prozeßgericht als auch bei dem Grundbuchsgericht angesucht werden.

(2) Diese Streitmerkung hat zur Folge, daß das über die Klage ergehende Urteil auch gegen die Personen, die erst nach dem Zeitpunkt, in dem das Gesuch um die Streitmerkung an das Grundbuchsgericht gelangt ist, bürgerliche Rechte erlangt haben, seine volle Wirksamkeit äußert.

¹¹⁶ Bu işlerin bazıları şunlardır: §§ 107/I, Nr. 3, 90/II, 139/II, 90/II, 180/II AußStrG; § 122 GBG; § 15 FBG; § 1/II KEG; § 225e AktG.

Nihayet, Kanun'un 73. paragrafının 1. fıkrasında da, çekişmesiz yargıda esasa ilişkin olarak (über die Sache) verilen ve -şekli anlamda- kesinleşen bir kararın değişiklik talebi yoluyla değiştirilebilmesinin yahut kaldırılabilmesinin ancak bu fıkra-da sayılan beş durumda mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu hükmün ve inşâî tesir yaratan çekişmesiz yargı kararlarının değişiklik talebi yoluyla değiştirilmesinin üçüncü kişiler bakımından sonuç doğurmayacağını öngören 76. paragrafın 3. fıkrasının mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, 73. paragrafın 1. fıkrasında sayılan beş sebepten birinin bulunmadığı -ve tabii ki özel bir düzenleme ile getirilen dava yahut usûlî çarelerin de mevcut olmadığı- durumlarda, artık çekişmesiz yargıda verilen kararların da maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinin kabulünü gerektirir.

B. Değişiklik Talebi (Abänderungsantrag)

Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun 72 vd. paragraflarında düzenlenmiş olan değişiklik talebi, sair bir açık düzenlemenin mevcut olmadığı durumlarda, çekişmesiz yargıda verilen esasa ilişkin kararların hangi durumlarda ve nasıl değiştirileceğini yahut iptal edileceğini düzenlemektedir.¹¹⁷ Esas itibariyle çekişmeli yargıdaki yokluk davası¹¹⁸ ile yargılamanın yenilenmesi davasını¹¹⁹ karşılamak üzere¹²⁰ getirilen bu müessese, eski kanun döneminde, çekişmesiz yargıda yargılamanın yenilenmesinin caiz olup olmadığı hakkında öğreti ve uygulamada yaşanan tereddütleri gidermiştir.

Özellikle sebepleri itibariyle hukukumuzdaki "yargılamanın

¹¹⁷ Hemen belirtmek gerekir ki, burada söz konusu olan "değişiklik talebi", usûl hukukumuzda bilinen "değişiklik davası" ile hiçbir benzerlik taşımamaktadır; Türk Hukukunda değişiklik davası hakkında bkz. Kuru, B./ Arslan, R./ Yılmaz, E., Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2003, s. 814-815; Pekcanitez, H./ Atalay, O/ Özekes, M., Medenî Usûl Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 484-485.

¹¹⁸ Nichtigkeitsklage, § 529 öZPO.

¹¹⁹ Wiederaufnahmsklage, § 530 öZPO.

¹²⁰ Söz konusu hükümlerden farklılık esas itibariyle getirilen usûl açısından dır.

yenilenmesi” müessesesi ile benzerlik taşıyan bu müessesenin burada ele alınması gereken en ilginç yönü, kararın verilmiş olduğu çekişmesiz yargılama prosedürüne hiçbir şekilde katılmamış olan tarafa, bu yolla, çekişmesiz yargıda verilen ve kesinleşen bir kararı iptal ettirme imkânını sağlamasıdır (§ 73/I Nr. 1 AußStrG).

Değişiklik talebinin ileri sürülmesi için Kanun 4 haftalık ve 10 yıllık (azami) süreler öngörmüştür (§ 74 AußStrG).¹²¹

Bu süreler içinde, çekişmesiz yargı işine ilk derecede bakan mahkemeye (§ 76 AußStrG) başvurulması ve sebebin varit olması hâlinde, esasa ilişkin bir çekişmesiz yargı kararı, başvuru sahibinin daha lehine olmak üzere, değiştirilir (§ 77 AußStrG).

VII. Sonuç

Avusturya hukukunda çekişmesiz yargıya ilişkin yasal düzenlemeler yaklaşık 150 yıllık bir geçmişe sahiptir. Bu süre zarfında yaşanan tecrübelerin de değerlendirilmesi suretiyle hazırlanan ve 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu, -bilebildiğimiz kadarıyla- bizim de içinde bulunduğumuz kıta avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkeler ailesindeki en yeni çekişmesiz yargı kanunudur. Hakkında ana hatlarıyla ve genel özellikleriyle bilgi vermeye çalıştığımız bu kanun, hiç şüphesiz kendisini ortaya çıkaran şartların getirdiği özellikler ve uygulandığı ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik şartlarına mahsus yansımalar taşımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu kanunun, hocamız Profesör Dr. Baki Kuru'nun yaklaşık 45 yıl önce ortaya koyduğu monografik esere rağmen çekişmesiz yargı usûlüne ilişkin düzenlemelerini hala daha yapamamış olan ülkemizde, bu eksikliğin giderilmesi

¹²¹ Kararın verildiği çekişmesiz yargı prosedürüne hiç katılmamış olanlar ile kanunî temsilcisi aracılığıyla temsil edilmesi gerekirken bunun yapılmamış olduğu hallerde 10 yıllık azamî süre uygulanmaz (§ 74/IV AußStrG).

sadedinde yapılacak çalışmalarda kendisine göz atmaya değer bir kaynak teşkil ettiği kanaatindeyim.

MURAT
ATALI'NIN
TEBLİĞİ

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sayın Atalı, biz teşekkür ederiz. Tebliğiniz bize, çok aşına olmadığımız, benim hiç görmediğim, henüz görmediğim hususları da ortaya koydu. Lütfettiniz, bana kanunları da getirdiniz.

Yrd. Doç. Dr. Murat ATALI: Estağfurullah.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Avusturya hukukundaki Çekişmesiz Yargı Kanunu hakkında çok önemli, ana hatlarıyla bir üst bakış sağlamıştır ve bunun da gelecekte, yine sizin de üyesi olduğunuz Komisyonda vereceğiniz karar bakımından bu kanunun çok önemli olduğunu görüyorum. Biz size teşekkür ederiz.

Gerek Kâmil Yıldırım'a, gerek Sayın Atalı'ya, sabah sean-sında bize verdikleri bu bilgiler dolayısıyla müteşekkirimiz.

Hepinize saygılar sunuyoruz...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hocam, müsaadenizle...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Rica ederim, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Fotoğraf için 14.20'de bahçede olunacak, 14.30'da da öğleden sonraki toplantımız başlayacak.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam.

İKİNCİ OTURUM
30 Eylül 2005 (Öğlenden Sonra)

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
ÇEKİŞMESİZ YARGI

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Baki KURU
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi)

Tebliğ Sunanlar
Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA
(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Baki KURU

I. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Yavuz ALANAGOYA

Sunucu: Genel bir değerlendirme yapmak amacıyla Sayın Profesör Doktor Yavuz Alangoya'yı arz ediyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sayın Başkan, sayın dinleyiciler; sabah Sayın Profesör Pekcanitez'in de belirttiği gibi, benim bildirim, Halûk'un ifadesiyle bir korsan bildiridir.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Estağfurullah hocam. Ben onu Süha için söylemiştim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hatırlıyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hocam, korsan bildirilerde büyük yarar vardır.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Evet. Müsaade ederseniz sabah söylediğim gibi farklı bir model olan İsviçre Medenî Usûl Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemeye temas etmek istiyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi):

İSVİÇRE HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGIYA (NİZASIZ KAZA) İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

I. Giriş

21. yüzyıl başı medenî usûl hukukçuları bakımından “*he-yecanlı*” başlamıştır. Gerçekten, ait olduğumuz hukuk ailesinin iki önemli kanununda önemli değişiklikler yapıldı: Alman Usûl Kanunu 27.07.2001 tarihli kanunla (yürürlük 1.1.2002) önemli değişikliklere uğradı. Yine 2002 yılında Avusturya Usûl Kanunu’nda da dikkat çekici değişiklikler oldu. Çok önemli, dramatik olarak nitelendirilen bir diğer değişiklik farklı bir aileye mensup İngiliz hukukundadır: “*Civil Procedure Rules*” da hemen 20. yüzyılın bitiminden evvel (26 Nisan 1999) yürürlüğe girdi. Bu değişiklikle yargılamada hâkimin rolü eski sistemin tam tersine önemli ölçüde arttırılmıştır.¹

Bizim bakımımızdan önemli olduğunu düşündüğüm diğer bir gelişme HUMK’un mehası olan Neuchâtel Usûl Kanunu’nun bulunduğu İsviçre’de cereyan etmektedir. Kantonal nitelikte olan usûl kanunlarının birleştirilmesi hususundaki çalışmalar ilerlemiş, 12 Mart 2000 tarihinde birleştirme hususu halk oylamasına sunulmuş ve büyük bir çoğunlukla federal kanunkoyucuya yetki verilmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından kurulan komisyon ön tasarıyı hazırlamış ve tasarı 2003 yılında açıklanmıştır.²

Pek tabii ki en önemli gelişme HUMK’un yerine geçeceği

¹ Bkz. bunlar hakkında daha geniş açıklamalar için Alangoya H.Y., “Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında,” *Kazancı, Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri, Hakemli Dergi*, Mayıs 2005, Sayı 9, s. 83-113 (93 ve son).

² Bu tasarı hakkındaki açıklamalar ve bazı değerlendirmeler için bkz. Alangoya, “İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru”, *Prof. Dr. Özer Seliç’ye Armağanı*, 2006 s. 83 ve son.

anlaşılan yeni Medenî Usûl Kanunu'nun hazırlık çalışmalarıdır. Öyle anlaşılmaktadır ki tasarımı hazırlamakla görevlendirilen Sayın Komisyon'un çalışmaları sonucu oluşacak tasarıya ilişkin rapor bu yıl içinde tamamlanacak ve açıklanacaktır.

Kanaatimce bu yılın medenî usûle ilişkin konusunun nizasız kaza-çekişmesiz yargı olarak tesbit edilmesi çok isabetli olmuştur. Çekişmesiz yargı, adliye mahkemelerinin faaliyetinin büyük bir bölümünü kapsıyor. Buradaki açıklamalar ve tartışmalar görüşüme göre, nizasız kazanın teknik hükümlerinin açıklanması dışında, önemli bir meseleyi de ele almalıdır: Nizasız Kaza ne şekilde düzenlenmelidir? Bunun üç cevabı olabilir:

1. Ayrı bir düzenlemeye gerek yoktur. Bugünkü durum muhafaza edilmeli, belirli nizasız kaza işlerinde sevkedilmiş usûlî düzenlemeler dışında bu alan "*hâkim hukuku*"na bırakılmalıdır.

2. Almanya ve Avusturya örneklerinde olduğu gibi nizasız kaza ayrı bir kanunda düzenlenmelidir.

3. Medenî Usûl Kanunu'nda Nizasız Kaza'ya ilişkin temel hükümler yer almalı, diğer alanlar ilgili kanunlardaki sarahatler dışında bu kanunun hükümlerinin uygun ölçüde uygulanması ile tamamlanmalıdır.

İlk alternatifin terk edilmesi ve nizasız kaza için özel hükümler sevkedilmesi hususunda usûl hukukçuları arasında bir uyum olduğunu söyleyebiliriz. Son iki alternatif bakımından da hukukumuzda ayrı bir kanun yapılması hususu özellikle Alman modeli dikkate alınarak benimsenmiş gibidir. İşte bu noktada bir başka model İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu tasarısında yer alıyor. Bu bakımdan Medenî Usûl Kanunu Komisyonu, bu meselede bir yol tesbit etmek durumundadır. Ayrı bir Kanun alternatifini seçerse, yapacağı fazla bir şey yoktur.³ Ancak İsviçre modeli benimsenirse yeni Medenî Usûl

³ Ancak 5236 sayılı K. ile değiştirilen HUMK 428/4 hükmünün nizasız kaza işlerinde temyiz yolunun kapalı olduğu yolundaki düzenleme bu

Kanunu'muz nizasız kazayı da düzenlemek durumunda olacak ve Sayın Komisyon bu hususu ele alacaktır. Bu sebeple ben İsviçre modelini ve buna yöneltilen bazı eleştirileri gündeme getirmek gereğini duydum.

Burada nizasız kazanın düzenlenmesi bakımından bir meseleyi vurgulamamız lazımdır. Nizasız kaza hâkime geniş yetki verilmesi gereken, elastiki bir faaliyet olarak düzenlenmelidir. Ancak bu gereğin karşısında bir diğer gereklilik vardır: bu faaliyetin hukuk devleti gereklerine uygun olması; bu da hâkimin yasal kurallara bağlılığı sayesinde sağlanır. İşte nizasız kazada bir yol seçilirken ve belirli meseleler düzenlenirken bu birbirini ile karşıtlık gösteren iki husus en iyi şekilde telif edilmek gerekecektir.

Nizasız kaza alanında da yeni yüzyıl başının hareketli olacağı öngörülebilir. İsviçre'ye bu çalışmada temas ettim. Almanya'da da FGG'nin temelli bir şekilde tadili gündemdedir. Avusturya'da yeni bir nizasız kaza kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴

Almanya'da 1964 yılında kurulan komisyon 1977 yılında nizasız kazaya ilişkin bir taslağı açıkladı. Ancak bu tasarı ciddi eleştirilere hedef oldu⁵ ve terk edildi.⁶

Alman Adalet Bakanlığı 27 yıl sonra meseleyi yeniden ele

hükmün yürürlüğe gireceği tarih dikkate alındığında bir zaman baskısı getirmektedir.

⁴ Almanya'daki Usûl hukukçuları 2004 toplantısında Prof.Dr. Bernhard König, Avusturya modelinin nasıl gelişeceğinin izlenmesinin yararlı olacağını söylüyor, Kerwer C., Bericht über die Diskussion zum Thema "Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ausserstreitverfahren) aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht, ZZZ 117 (2004) 4 s.449.

⁵ Bu konu için bkz. Kollhossler, Zur Problematik eines "Allgemeinen Teils" in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZZ 93 (1980) s.265 ve son.; König B., Probleme eines "Allgemeinen Teils" einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZZ 93 (1980) s.312 ve son.

⁶ Bork R., Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, ZZZ 117 (2004) s.399 ve son (400).

aldı ve bir komisyon kurdu. Komisyon Kanun'un genel bölümü üzerinde çalışarak bir tasarı hazırladı.⁷ Almanya'da FGG'nin reforma tâbi tutulması gereği tartışmasız kabul ediliyor. Reform ihtiyacı kanunun, eksik (unvollständig), heterojen, ihata edilemez (unübersichtlich) ve hukuk devleti açısından noksanlıkları olmasından kaynaklanmaktadır.⁸

Bu tasarının temel taşları, "büyük aile mahkemesi" (grossen Familiengericht) kurulması ve aile hukukuna ilişkin bütün yargılamaların bu mahkemede görülmesi, çekişmeli işlerin mümkün olan en geniş ölçüde nizasız kaza kapsamından çıkarılarak ZPO yargılamasına tâbi tutulması ve nizasız kaza için geniş bir genel bölümü ihtiva eden ve genel olarak koruma-yardım yargılamasına (Fürsorgeverfahren) yönelik bir yargılama (ancak bazı hallerde ihtilâflı işler bakımından özel bölümde hükümler yer alacak) şeklinde sayılmaktadır.⁹ Bu temel yönler de önemli tenkitlere uğramıştır.¹⁰

Girişin sonucu olarak şunu söylemek mümkündür, bütün bu tasarılar, kanunlar ve bunlara ilişkin görüş ve gelişmeler bizim bakımımızdan, en uygun sonuca varmayı kolaylaştıracaktır.

II. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanun Tasarısında Nizasız Kaza (Çekişmesiz Yargı -Freiwillige Gerichtsbarkeit- Ausserstreitverfahren) Düzenlemesi

1. Tasarı Hakkında Kısa Bilgi

İsviçre'de, medenî usûlün tek bir kanun haline getirilmesi gelişimi Almanya'dakinin aksine olmuştur. ZPO 1877 tari-

⁷ Bork, s. 400, yazar tasarının incelenmek üzere kendisine verilmediğini, duyumlara göre değerlendirme yapacağını ifade ediyor.

⁸ Bunların geniş açıklaması için bkz. Bork s 401 ve son

⁹ Bork s.400.

¹⁰ Bkz. Kerwer C. ZJP 117 (2004) 4 s. 445 ve son., de eleştiriler ve Adalet Bakanlığı temsilcisinin (C. Meier-Seitz) cevaplarına.

hinde kanunlaşmış buna mukabil BGB uzunca bir süre sonra kanunlaşmıştır.

Ancak kantonal usûl kanunlarının birleştirilmesi fikri yeni değildir. 1861 yılında kurulan İsviçre Hukukçular Birliği'nin kurucu komitesi daha o zaman medenî hukuk ve ceza hukukları yanında usûl kanunlarının birleştirilmesi hususunda da geniş bir mutabakat sağlanmasını amaçları arasına almıştır. Hukukçular Birliği'nin 1961 ve 1969 yıllarındaki toplantıları bu konuyu ele almıştır.

Usûl Kanunları'nın parçalanmışlığı'nın yarattığı güçlükler önemli boyutlara varınca Federal Hükümet harekete geçmiş ve Adalet Bakanlığı tasarının hazırlanması için bir komisyon oluşturmuştur. 2000 yılında yapılan referandumda halk büyük çoğunluğu ile federal kanunkoyucuyu kantonal kanunlar yerine Federal Usûl Kanunu yapma hususunda yetkilendirmiştir. Komisyon tasarımı 2003 yılında tamamlamış ve tasarı açıklanmıştır.

Tasarı hakkında görüş alma usûlü (Vernehmlassungsverfahren) başlamış bulunmaktadır. Bu usûldeki gelişme ve düzeltimler gizlilik kaydı altındadır. 2004'de yayınlanan bir makalede¹¹ federal usûl kanununun kanunlaşma süresinin 5-10 yıl sürebileceği ifade edilmektedir.

2. Tasarıda Nizasız Kazaya İlişkin Düzenleme

2003 tasarısı nizasız kazaya ilişkin kanaatimce önemli hükümler sevketmiştir. Bunları şu şekilde özetleyebilirim.

a. Art.258'den itibaren kanun Basit Yargılama Usûlü (Summarisches Verfahren)nü düzenlemektedir (2.Teil: Besondere Bestimmungen, 2.Titel Besondere Verfahren, 5.Kapitel Das Summarisches Verfahren). Genel olarak bu usûlün uygulan-

¹¹ Walther Fridolin, Die aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach schweizerischen Recht, ZJP (2004) 117/4 s.426.

çağı hususlar arasında (c) bendinde “nizasız kaza” belirlenmiş bulunmaktadır.

b. Tasarı basit yargılamanın işbu kanunda (tasarıda) belirlenen hallerde de uygulanacağını Art 258/a’da düzenledikten sonra takip eden iki maddede, bu yargılama usûlünün özellikle uygulanacağını belirtmiş, Art 259’da 28 bent halinde Medenî Kanun (ZGB)daki işleri (Angelegenheiten) Art 260’da da 37 bent halinde Borçlar Kanunu’ndaki (OR) işleri saymıştır.¹²

Bütün bunların burada teker teker sayılması söz konusu değildir. Ancak önemle belirtilmesi gereken bunların büyük bölümünün teknik anlamda nizasız kaza işi olduğudur.

Art 261-265 basit yargılama usûlünde, talep, cevap, karşı dava, deliller ve karar’ı düzenlemektedir (2. Abschnitt, bkz. dn.11 e),

Art 266-267 (3.Abschnitt) esasın ihtilâfsız veya derhal ispat edilebilir olduğu veya hukukî durumun açık bulunduğu durumlarda basit yargılama usûlüne dahil olan hallere ilişkin bazı özel hükümler sevkeden “Açık hallerde hızlı hukukî himaye” (Schneller Rechtsschutz in klaren Fällen) usûlünü düzenlemektedir.

c. Basit yargılama usûlü içinde yer alan nizasız kaza bakımından da tasarı bu kaza şekline uygulanacak “Freiwillige Gerichtsbarkeit” başlığı altında 4. Abschnitt’i oluşturan üç madde (Art 268-270) sevketmektedir:

aa. Art 268’e göre, nizasız kaza işlerinde mahkeme esası re’sen inceleyecektir (von Amtes wegen prüfen). Bu dava malzemesinin hâkim tarafından araştırılacağı şeklinde anlaşılmaktadır.¹³

¹² Bu üç madde basit yargılama usûlünü düzenleyen yukarıda belirttiğim 5.Kapitel’in 1. bölümünü (Abschnitt) teşkil ediyor.

¹³ Walther F. ZZP 117 (2004) s.438; Frei Sylvie, Sühneverfahren, summarisches, einfaches und ordentliches Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, 2003 Helbig-Lichtenhahn s. 30.

bb. Art 269'da, kanunda aksine bir sarahat bulunmadıkça veya hukukî güvenliğe (kamu düzeni) aykırı olmadıkça nizasız kazada verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmez, yanlışlıklar sonradan ortaya çıkarsa karar kaldırılabilir veya değiştirilebilirler.

cc. Tasarı, nizasız kazada da görev işine müdahale etmemiştir. Bu günkü kantonal düzenlemelerde bazı nizasız kaza işleri idarî makamlara da verilmiştir. İşte tasarı bu gibi durumlarda da basit yargılama usûlüne göre karar verilmesi gerektiğini ve bunların kararlarının da mahkeme kararları gibi iptal edilebileceğini Art.270'de düzenlemiştir.

d. Tasarı'nın nizasız kazayı zikrederek sevkettiği hükümler bundan ibaret değildir.

Art 17, nizasız kaza işlerinde, talep ileri süren tarafın ikametgâhı veya meskeninde bulunan mahkeme veya idarî makamı yetkilidir.

Art 25'de gayrimenkuller için tesbit edilen yetkinin, gayrimenkule ilişkin nizasız kaza işlerinde de yetkili olacağı hükmü vardır, Art 25/IV.

e. Kanaatimce önemli olabilecek bir düzenleme de Tasarının adi usûlü muhakemeyi düzenleyen hükümlerinin, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça özel yargılamalarda bu arada basit yargılama usûlünde de uygun olduğu ölçüde uygulanabileceğidir.

Diğer taraftan tasarının kısa tutulduğu ve genel hükümlerinin (Allgemeinen Bestimmungen) özel bölümde tekrarlanmadığı belirtiliyor.¹⁴ Diğer bir deyişle genel hükümler de özel

¹⁴ Sutter-Somm, Thomas (Komisyon Başkanı), Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Die Künftige schweizerische Zivilprozessordnung (Mitglieder der Expertenkommission erläutert den Vorentwurf) Schulthess 2003, s.17; deliller konusunda ayrıca bir sarahat yoktur. Avusturya Kanunu'nun paragraf 31/I hükmünde esasın tesbiti bakımından "bunun için uygun olan her delil" şeklindeki düzenlemenin, sadece kanunda yer alan delilleri değil, her bilgi kaynağı şeklinde anlaşılmakta olduğu ifade edilmiştir, Klicka T, Kerwer C.

yargılamalarda uygulanacaktır. Bir örnek vermek gerekirse hâkimin nizasız kazada araştırma yetkisine sahip olması dinlenilme hakkını (Art 48) bertaraf etmez. Nizasız kazada verilecek kararların ayrıca bir sarahat yok diye gerekçesiz olabileceği sonucuna varılamaz. Katılanların ehliyetleri meselesi de büyük ölçüde medenî usûlün kurallarına tâbi olacak, tasarruf ilkesinin yürümediği durumlarda ise hâkim re'sen harekete geçebileceği için, bu özellik farklılıklar getirebilecektir.

f. Nizasız kazada verilecek kararlara karşı kanun yolu meselesine gelince, tasarı kantonal istinaf yolunu basit yargılama usûlündeki kararlara kapamış bulunmaktadır, Art 290: bu yolun sadece adi ve sadeleştirilmiş usûlde verilen kararlar için açık olduğu belirtilmiştir.¹⁵

Buna mukabil tasarı, basit yargılama sonucu verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararlarına karşı "Rekurs" yolunu tanımış bulunmaktadır (Art 299/I b). Bu yola başvurma sebepleri, hukukun yanlış uygulaması ve esasın yanlış tesbit edilmesidir ki (Art 300) istinafla aynıdır (Art 291). Müracaat süresi 10 gündür, önemli sebepler halinde 10 gün uzatılabilir Art 301 (İstinafta 30 gün, Art 292).

Kısacası iki kanun yolu arasında çok büyük bir farklılık mevcut değildir (Yeni dava malzemesi getirilmesi bakımından bkz. Art 297, Art 306, Rekurs da katılma suretiyle Rekurs kabul edilmemiş, istinafta buna cevaz verilmiştir, Art 296, Art 305).

3. Eleştirisel Yaklaşım

a. İsviçre hukukunda da federal ve kantonal medenî usûl

ZZP 117/4 (2004) s.445; Hukukumuzda takdiri delillerin "özel hüküm sebepleri"ni düzenleyen m.367 hükmü dolayısı ile tahdidi olarak sayılmaması hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım Esaslar 4.bası s.401, Üstündağ s.614, Konuralp H. Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, 1988 s.26 ve son.

¹⁵ Bazı boşanma ve çocuk davalarında da istinaf yolu açık tutuluyor, Art 290/c, d, e.

düzenlemelerinde nizasız kazanın yasal bir tarifinin bulunmadığı söyleniyor.¹⁶

Ancak muhtelif kanton kanunları “*ihtilâflı olmayan hukukî meseleler*” de yargılama kavramına yabancı değildir. Meselâ HUMK’un mehası olan Neuchâtel ZPO’sunda, HUMK m. 546-552’de düzenlenen “*Temhir Usûlü*” ve 553-560 hükümlerinde düzenlenen “*Tahrir*”e tekabül eden Art 506 ve son hükümleri teknik anlamda nizasız kaza işleridir.¹⁷

Guldener, nizasız kaza ile nizalı kaza arasında kesin bir ayırımın yapılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.¹⁸

Nizasız kazayı müstakil bir kanunda düzenleyen hukuk düzenlerinde de, bu iki alanı kesin bir şekilde ayıracak bir tarif verilmiş değildir. Gerçekten FGG’nin, kanunun uygulama alanını belirten 1. paragrafı “*Aksine bir hüküm olmadıkça, imparatorluk kanunu ile malikemelere verilmiş olan nizasız kaza işlerinde*

¹⁶ Walther F: ZJP 117 (2004) s.429; ancak Guldener’in İsviçre’deki nizasız kazaya ilişkin eserinde belirttiği üzere istinai olarak bazı kanunlarda nizasız kaza kavramının tarifinin yapılmasının tecrübe edildiğine işaret ediyor, eski Zürih ZPO 378 şöyle bir hüküm ihtiva ediyordu “Nizasız kaza, özel kişilerin özel hakların oluşturulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasına veya bir esasın tesbitine ilişkin tek taraflı talepleri üzerine ilgili mercilerin yaptıkları kazayı kapsar”; Guldener böyle bir hükmün Schaffhausen ZPO 312’de de yer aldığını belirtiyor, Guldener M., Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürih Schulthess 1954 s.1; Guldener haklı olarak, nizalı kazada da inşai ve tesbit davaları bulunduğunu, bunlar sonunda verilecek hükümlerinde aynı sonuçları doğuracağını, tek taraflı talep kavramının da yeterli olmadığını, zira dava ikamesinin de bu nitelikte olduğunu belirtiyor, s.2.

¹⁷ Guldener s.1, yazar benzer hükümlerin o zamanki Zürih 378 ve son; Schwyz 417 ve son, Schaffhausen 312 ve son., Tessen 534 ve son. Waadt 568 ve son., Genf 500 ve son. hükümlerinde de yer aldığını, bazı düzenlemelerde de “tek taraflı talep ile” görülecek işlerin bulunduğunu belirtiyor ve bunlar arasında Bern, Nidwalden, Glarus, Basel-Land 2, Appenzel A-RH, Graubünden, Wallis kantonlarının Usûl Kanunlarının tatbikatına ilişkin kanunların (Einführungsgesetz) hükümlerini belirtmektedir, s.1 dn.2.

¹⁸ Yazar bir tarif verilmesinin de anlamı olduğuna işaret ediyor, bkz. ileride İsviçre doktrin ve içtihadının durumuna, dn.22-24’e ait metne.

aşağıdaki genel hükümler meridir" şeklindedir.¹⁹ FGG, özel bölüme bir çok hususu zaman içinde eklemiştir.²⁰

YAVUZ
ALANGOYA'NIN
TEBLİĞİ

Bunları açıklamamız sebepsiz değildir. İsviçre Kanun tasarısını yetersiz bulan Walther eksiklikler arasında uygulama alanının düzenlenmediğini de sayıyor.²¹ Yukarıda belirttiğim gibi tasarı, büyük bölümü nizasız kaza çerçevesine giren işleri Art 259 ve Art 260'da saymıştır. ZGB ve OG dışındaki haller de bu listeye eklenebilir. Müstakil bir kanunda da, özel bölümde bu metod uygulanacaktır. Bu bakımdan, uygulama alanının belirtilmemiş olmasından bir tarif verilmemiş olduğu kastediliyorsa, böyle bir tarif daima eksik ve yetersiz kalacaktır.

b. İster özel bölümünde nizasız kazaya giren işleri tesbit eden özel bir nizasız kaza kanunu olsun (Alman modeli) ister Medenî Usûl Kanunu'nda tahdidi olmasa da tadad edilmek ve tâbi olacağı özel hükümleri sarahaten düzenleyen ve diğer hususlarda kanunun diğer hükümlerinin kıyasen uygulanacağı bir sistem benimsensin, nizasız kazanın tarif edilmesinin önemi kanaatimce azalmıştır.²² Çünkü bu modellerde kapsama girecek hususlar kural olarak kanun koyucunun kanunen belirlemesi suretiyle olacaktır.

Buna rağmen hiçbir düzenleme yapılmamış olan bugünkü duruma kısaca değinmekte fayda vardır. Bugün baskın ol-

¹⁹ 12.5.2005 tarihi itibarıyla FGG'nin genel hükümleri 34 maddeye kadar devam ediyor, (mk: MsIT Store: C:/Programme/Hanfe/Gesetze.chm::/html/H1768018.html; Borg R. ise (Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, ZJP 117 (2004) s.399 ve son.) genel bölümün bugün 36 madde olduğunu beyan etmektedir.

²⁰ 5 Ağustos 1964'den 13 Aralık 2003'e kadar hemen tamamı özel bölümde olmak üzere FGG 71 adet tadil görmüştür. 1.1.2005'de yürürlüğe giren Avusturya Kanununda da paragraf 1 Abs.1.'deki uygulama alanının somut sonuçlar çıkarılabilecek bir nitelikte olmadığı belirtiliyor; Prof.Dr. Thomas Klicka'nın açıklaması, bkz. Kerwer C. ZJP 117 (2004) 4 s. 445.

²¹ Walther, s.439.

²² Bkz., bazı tarifler için Walther F. ZJP 2004 (117) s. 429-431; bu tariflerin hemen hiç biri, kanun koyucu tarafından nizasız kaza usûlüne tâbi tutulmuş durumların hepsine uyacak nitelikte değildir; Kuru, bu tesbitin asgari olarak kanun koyucunun nizasız kazaya tâbi tutacağı işler bakımından yol gösterici olduğunu söylüyor, s. 37 ve son.

duğu söylenebilecek görüş²³ Federal Mahkeme Usûl Kanunu (Bundesrechtspflegegesetz, OG) hükümlerinden karşı kavram alınmak suretiyle bir genel tarife varılabileceğidir. OG Art 43 ve son hükümlerinde Federal Mahkemenin istinaf mahkemesi olarak hangi işlere bakabileceğini düzenleyen maddelerde “*Zivilrechtsstreitigkeiten*” (Medenî Hukuk İhtilafları) dan bahsedilmektedir, Art 44, 46. Eğer bir ihtilâf bu kavram altına altlanamıyorsa bir nizalı kaza işi değil nizasız kaza işi mevcuttur.²⁴ Federal mahkeme “*Zivilrechtstreit*” dan iki veya daha fazla kişi arasında, medenî hukuktaki bir hakkın sahibi olma sıfatı ile, bir çekişme sonucunda medenî hukuk ilişkisinin kesin ve devamlı olarak halledilmesini anlamaktadır. Buna göre konu yargı çeşidini belirler. Buradaki ayırım kesin değildir ve bunu her somut hâlin niteliklerini dikkate alarak hâkim yapar.²⁵ Federal Mahkeme bu noktada doktrinde farklı metodların geliştirildiğini, uygulanan kanun hükmünün özel menfaati mi kamu menfaatini mi ilgilendirdiği (Interessen Theorie), doğrudan bir kamu görevinin mi yapıldığı (Funktions- Theorie), devletle özel kişi arasındaki ilişkiyi mi, iki özel kişi arasındaki ilişkiyi mi düzenlediği (Subjektions Theorie) gibi teorilerin bulunduğuna işaret ediyor.

Ancak bütün bunların tesbitinin hâkim tarafından yapılacağı ve münferit bazı hükümler dışında bir nizasız kaza düzenlemesi olmadığı için meselenin kalıplaşmış bir “*hâkim hukuku*” (Richterrecht) na tâbi olduğuna işaret edilmiştir.²⁶

İsviçre hukukunda halen mevcut bu durumun belirsizliğinin, nizasız kazanın en önemli noktası (Harten Kern) olan yargılama garantilerini (güvenliğini) ilgilendirdiği, somut durumlara uygun davranma elastikiyeti vermekle beraber hukuk devleti açısından bir noksan teşkil ettiği, zira hangi halde hangi kuralın uygulanacağı veya uygulanmayacağının belirli olmadığı

²³ Walther, s. 433

²⁴ BGE 107 II 499 E.3b s.501.

²⁵ Dn.12'deki kararla aynı yönde BGE 101/II 1975 2a s.368, 369.

²⁶ Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht 2. Aufl 1990 Rdn.136

ğı söylenmiştir.²⁷ Walther ciddi bir yenileme ihtiyacı olduğunu ve Federal Usûl Kanunu'nu tasarının hükümleri itibariyle bu ihtiyacı karşılamaktan uzak kalacağını ifade etmektedir. Tasarıda belirli temel düzenlemeler dışında kalan hususlara kanunun diğer hükümlerinin uygun olduğu ölçüde uygulanacağı sonucunun tatminkâr olmadığını, “uygulama alanı, tarafkavranı, yargılamanın cereyanının sarîh olarak düzenlenmesi, katılanların yardımı sorumluluğu, gıyap, sulh imkânı, serbest isbat ile esasın aydınlatılması, dinlenilme hakkı” gibi hususların düzenlenmeden bırakıldığını, bu durumda hukukî parçalanmışlığın devam edeceğini söylüyor.²⁸ Ona göre Almanya ve Avusturya'daki gibi özel bir kanun kabul edilmelidir.

Sonuç

Burada geldiğimiz nokta şu oluyor: Nizasız kaza işini sadece hâkim hukukuna bırakmak isabetli değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi nizasız kazayı tamamen hâkim hukukuna bırakmak hukuk devleti esasının sağlanması amacı ile çelişir. Yargılamanın elastikiyeti ve hukuk devleti ikilemi dikkate alındığında bu alanın düzenlenmesi açısından iki model ortaya çıkıyor: a) Nizasız kaza için yeni bir kanun yapılmalı ve yargılama teferruatı ile düzenlenmeli hâkim hukukuna mümkün mertebe az alan bırakılmalıdır. b) Nizasız kazaya ilişkin özelliği olan temel hükümler Medenî Usûl Kanunu'nda yer almalıdır. Çağdaş gelişmelere uygun bir usûl kanununun hükümlerinin kıyasen uygulanması sakıncaları büyük ölçüde giderecektir. Ancak belirli işlerin özelliğine göre özel hükümler zaten ilgili kanunlarında yer alabilir.²⁹ İsviçre tasarısında doğrudan nizasız kazaya ilişkin olarak sevk edilmesi düşünülen hükümlerin tartışılması ayrı bir meseledir.

²⁷ Walther F. ZJP 117/4 (2004) s.434.

²⁸ s. 439

²⁹ Gerek (a) gerek (b) durumlarında nizasız kazaya tâbi işlerin olabildiğince geniş bir listesi yer almalıdır.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Alangoya.

Şimdi saat 15.35. Bana verilen programa göre çoktan Ali Cem Budak'ın bildirisini de dinleyip, çekişmesiz yargı hakkındaki değerlendirmelere geçmiş olmamız gerekirdi. Biliyorsunuz, sabahtan bir rötarla başladık. Şimdi Sayın Alangoya'nun çok değerli bildirisi, bildirileri tamamladı, çok iyi oldu. Daha da geciktik. Bakıyorum, ama fazla bir şey yok. 16.30'da bitireceğimize 17.30'da, 18.30'da bitiririz. En acelesi olan benim içinizde. Geriye döneceğim. Ben bu sabah geldim. Ben de beklerim sonuna kadar. Zaten, belki de benim sonuna kadar beklemem için, ayrılmamam için, beni Oturum Başkanı yaptı arkadaşlarımız.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ben kaçtım bu işten yani.

Prof. Dr. Baki KURU: Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hocam, çünkü ben uçağa yetişeceğim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biliyorum. Ben söz vermeden siz söz aldınız; anladım ben onun sebebini.

Şimdi Ali Cem Bey'in bildirisine de geçilebilir veya bir ara verilebilir; ama ben, önce kısa bir konuşma yapmak istiyorum. Sonundaki asıl konuşma hakkım saklı.

Önce, Organizasyon Komitesi'ne çok teşekkür ediyorum. Bu "nizasız kaza", benim ilk göz ağrım. Bunu 45 yıl sonra gündeme getirdikleri ve böyle bir toplantı konusu yaptıkları için tekrar çok teşekkür ediyorum.

Ben bu nizasız kazaya nasıl başladım; onu da kısaca arz edeceğim, çünkü genç arkadaşlarımız 50'li yılları bilmezler, 60'ı, 70'i de belki bilmezler.

Sene 1956, Almanya'da Münster Üniversitesi'nde doktora yapıyorum. Berlin'e bir öğrenci gezisi düzenlendi; ben de katıldım. Berlin'e gitmişken Profesör Hirsch'i arayayım de-

dim. Profesör Hirsch hocamız; duymuşsunuzdur. Türkiye’de İstanbul ve Ankara Hukuk fakültelerinde uzun yıllar hizmet gördükten sonra Berlin’e döndü; Berlin Üniversitesi Rektörlüğünü yaptı. O zaman ayrılmıştı, ama Üniversitede görevliydi. Telefon ettim, –benim Hocam da olmadı– dedim ki, ben Ankara Hukuk Fakültesinden şuyum, buraya iki gün için geldim, sizi ziyaret etmek istiyorum. “*Hemen gelin*” dedi. O gün değil, ertesi gün hemen evine davet etti. Gittim. Kapıda karşıladı beni. Çok ateşli, heyecanlı. Ben randevuyu Almanca istemiştim. “*Arkadaş, o güzel Almancanı nerede öğrendiyse öğrendin, o sana kalsın, buradan içeri girdikten sonra Türkçe konuşulur*” dedi. Peki Hocam dedim. Girdik, daha oturmadan, masasında bir telgraf gösterdi. O zaman telgraf, en çabuk haberleşme aracı idi. Siz telgrafın şeklini bile bilmezsiniz belki. Şöyle bir kâğıt üzerinde telgraf; Almanya’da da öyleydi. “*Sayın Profesör Doktor Hirsch, eseriniz kanunlaştı*” diyor; altında Adliye Vekili Profesör Doktor Hüseyin Avni Göktürk, imza. “*Eseriniz kanunlaştı.*” Hangi eser kanunlaştı? Türk Ticaret Kanunu, şimdi değiştirmek istedikleri Ticaret Kanunu. Ben, yeni Türk Ticaret Kanunu’nun kanunlaştırıldığını ilk defa onun müellifinden öğrendim. Böylece, Ticaret Kanunu’nu çıktığını öğrendim. Münster’e döndüm. Profesör Jaeschke vardı; hukukçu, ama Doğu Almanya’dan gelmiş, kadro bulamamış hukuk fakültelerinde, oryantalist olmuş, edebiyat fakültesinde şarkiyat Profesörü, oryantalist Profesör. O da çok iyi Türkçe bilirdi. Beni ara sıra çaya davet ederdi. Baktım, acele beni arıyormuş, “*seni çaya davet ediyorum*” diye mektup yazmış. Gittim. Tabii bir öğrenci için bir Profesörün çayına gitmek... Gittim. Daha kapıda, elinde koca bir *Resmi Gazete* (o zaman kitap gibiydi, kitaptan da büyüktü) vardı. Bana, “*müjde, Ticaret Kanunu çıktı*” dedi. Ona Türkiye’den yollamışlar. “*İki nüsha yolladılar, birisi senin*” dedi. Ticaret Kanunu’nun ilk defa metninin, Avrupa’da öğrenciyken Prof. Jaeschke’den aldım. Ona ayrıca bir de Meclisteki görüşmeleri yollamışlar. Meclisteki görüşmeleri okudum; Profesör Hüseyin Avni Göktürk, o hocamızdı, Allah rahmet eylesin, sonra Adalet Bakanı oldu, onun konuşması var. Ticaret Kanunu’nu takdim ederken diyor ki, “*bununla kalmayacağız, kanunlaştırma*

hareketlerimiz devam edecek, Bakanlığımızda (yahut Vekaletimizde) bir nizasız kaza kodu için çalışmalar yapılmaktadır” diyor. Çok heyecanlandım. Demek ki, Türkiye’de bir kanunlaştırma hareketi var dedim, sizin dediğiniz gibi. Ben de daha doktora öğrencisiyim, ama Türkiye’ye dönerken ne götürebilirim?.. Yeni bir şey götürmek istiyorum. İnsan Avrupa’ya gidince hani çocuklarına hediye getirir; ben de Türk hukukuna yeni bir şey getireyim istedim. Nizasız kazaya daha doktora öğrencisiyken karar verdim. Tabii, doktoramı bitirmeden bunu kimseye açmadım. Bitirir bitirmez, doktora tezimin basılması için zaman vardı. 9 ay daha bursum da vardı. Hemen, rahmetli hocamız Ordinaryüs Profesör Sabri Şakir Ansay’a mektup yazdım; ben doktoramı bitirdim, burada nizasız kaza hakkında kanunlar ve yayınlar (kitaplar) var, ama bizim Türk hukukunda, işlenmemiş bir konu, nizasız kaza isimli bir doçentlik tezi hazırlamak istiyorum dedim. Sabri Şakir hoca çok heyecanlanmış. İnci gibi elyazısı vardı. Kaybettim maalesef mektubunu. Mektubundaki cümle şöyle bitiyordu: *“Hukuk kütüphanemize bir eser kazandırabilirsiniz”*. Ondan da güç alarak, doktora bitmişti zaten, ben hemen nizasız kaza hakkında fiş toplamaya başladım, çalışmaya başladım, Fransa’dan, Avusturya’dan, İsviçre’den kitaplar getirdim. Bir bavul fotokopiyle geldim Türkiye’ye ve başladım yazmaya. Yazdım, bitirdim. Bildiğiniz gibi, kocaman bir kitap oldu.

Bir tane kitabı yanımda getirdim Şanal Bey...

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN: Bende de var.

Prof. Dr. Baki KURU: Hayır, bunu hediye getirdim. Uzak yerden gelen meslektaşımıza, Diyarbakır’dan gelen bir arkadaşımız var, ona hediye edeceğim bittikten sonra.

Şöyle koca kitap, ders kitabı gibi. Verdim tezi. O zaman daktiloyla yazılırdı. Ben bunu pelür kâğıda yedi nüsha maki-neyle yazdım. Bir yanlış yaptınız mı yedisini birden siliyorsunuz. Ne fotokopi var, ne teksir var o zaman. Neyse. Tez olarak verdik. Jüri kuruldu. Jüri; Ordinaryüs Profesör Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Ordinaryüs Profesör Halil Aslanlı, -hepsi rah-

metli oldular- Profesör İlhan Postacıoğlu, Profesör Necip Bilge, Profesör Kemal Tahir Gürsoy. Profesör Kemal Tahir Gürsoy, -o da rahmetli oldu- beni hukuk fakültesine asistan olmaya teşvik eden kişi. Fakat, tezi alır almaz kıyameti kopardı, "böyle doçentlik tezi olmaz, Almanya'da şerhler vardır, kitaplar vardır, bu nizasız kaza olmaz, şekilden senin tezin reddedilmeli"; doçentlik tezi jüri üyesi söylüyor bunu. 1960 yazı, sıcak bir yaz. Eşim kızıma hamile. O doğum sancısı geçiriyor; ben de doğum sancısı geçirdim doğrusu. Bütün yaz boyu, eyvah dedim, benim tezimi şimdi şekilden reddederlerse diye. Rahmetli eşimle pazarlık yaptım; ben bir daha imtihana girmem dedim. Adalet Bakanlığı'na danıştım; Doktor olduğun için sana bir vilayette hâkimlik veririz dediler. Ben bir vilayette hâkim olurum dedim. Bütün yaz bu nizasız kaza doğum sancısıyla geçti. Sonra kabul edildi. Hatta rahmetli İlhan Postacıoğlu size de söylemiş galiba, çok beğenmiş tezimi.

Bir Katılımcı: Evet, evet.

Prof. Dr. Baki KURU: Böylece, nizasız kaza büyük bir kaza atlatarak doğdu; ama, doğduktan sonra, erken doğmuş demek ki, prematüreleri bir yere koyuyorlar, kuvöz diyorlar her hâlde, oraya girdi. 45 sene sonra nizasız kazayı oradan çıkarıp da canlandırdığınız için size ayrıca teşekkür ederim. Gerçi, bu Yargıtayımıza haksızlık olur; çünkü, Yargıtayımız benim tezime, kitabıma da atıf yaparak, münferit olaylarda çekişmeli yargıyla çekişmesiz yargı arasındaki sorunları çözmeye çalışıyor. Türkiye'ye geldim. Hemen Adalet Bakanlığı'na gittim. Rahmetli arkadaşımız Bülent Olçay tetkik hâkimiydi. Beni Hukuk İşleri Genel Müdürü'yle görüştür dedim. O zaman Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü vardı; bütün kanunlar her şey oradan çıkardı. Gittik, Şevket Bey, Hukuk İşleri Genel Müdürü, sonra Anayasa Mahkemesi Başkanı oldu, dedim ki, böyle böyle, bu hazırlığınız ne safhada görmek istiyorum, ben doçentlik tezi yapıyorum. Habersiz. "Araştırılın" dedi. Rahmetli Bülent Olçay da araştırdı. Bakanlıkta kimsenin haberi yok. Hüseyin Avni Göktürk'ü aradım, hocamızı, bulamadım. "O bulunmaz" dediler. Niye? "Millî İstihbarat Teşkilatı Genel Başkanı oldu" dedi-

ler. MİT'i ilk defa o zaman duydum. Nerede, dairesini arayayım dedim. "O, MİT'in nerede olduğunu araştıracağını, sakın ha, başın derde girer" dediler. Bir mektup yazdım; dedim ki, "hocamı, böyle böyle diyorsunuz, ben bir tez hazırlıyorum, bu çalışmadan Bakanlığın haberi yok. Siz de böyle dediğimize göre, bir hazırlık vardır, bana bir ipucu verir misiniz?" Cevap vermediler; çünkü ben mektubu Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı'na diye yolladım. Allah bilir o araştırmacılara, soruşturmacılara gitmiştir. Belki benim hakkımda soruşturma da açtılar. Bilmiyorum. İşte böyle.

Kazara doğan nizasız kaza çocuğunu, 45 sene sonra gündeme getirdiğiniz için size teşekkür ederim.

Tabii, esas hakkında konuşma hakkım saklı.

Nasıl yapalım? Bir ara verelim mi?.. Peki. 5 dakika ara verelim, ondan sonra, sabrı olanlar buyursunlar.

Önce Ali Cem Budak arkadaşımızı dinleyeceksiniz, sonra sabrınız kalırsa beni dinleyeceksiniz.

Teşekkür ederim.

2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Baki KURU

II. Tebliği Sahibi: Doç. Dr. Ali Cem BUDAK

Prof. Dr. Baki KURU: Şimdi Sayın Ali Cem Budak bize, *“Türk hukukunda Çekişmesiz Yargı”*yı anlatacak.

Yalnız, ben de Sayın Alangoya'nın sabahki uygulamasını gibi söz kesmeyeceğim. Sabahki tebliğler de 45 dakikaydı, ama 1 saati buldu.

Ali Cem Budak'ın bildirisi de daha uzun olabilir. Onun için, sözünü kesmeden sabırla kendisini dinleyeceğiz.

Ondan sonra yine sabrınız varsa ben bir değerlendirme yahut da arada karşılıklı bir görüşme de yapacağız.

Buyurun Sayın Ali Cem Budak.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRK HUKUKUNDA ÇEKİŞMESİZ YARGI

I. Çekişmesiz Yargının Tanımı

Mahkemelerin gördükleri işler arasında davalar (ve mahkeme kaleminin idaresi ve denetimi gibi günlük idarî işler) yanında, davadan farklı olarak “bir maddi hukuk uyuşmazlığının çözümlenmesi” mahiyetinde olmayan, fakat maddi hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasını içeren çok sayıda işler vardır. Bazen bir resmî defterin sayfalarını mühürlemek gibi basit bir onaylamadan ibaret olan, bazen de bir kişiye vasi tayini gibi ilgililerin hukukî durumunu önemli şekilde etkileyen bu işler, topluca ve günümüzde en yaygın şekilde kullanılan terimle Çekişmesiz Yargı (“ÇY”) olarak isimlendirilmektedir.¹ Türk yargı içtihatlarında ÇY (veya eski terimle “Nizasız Kaza”)² yanında, “iltılâfsız kaza”,³ “hasımsız dava”⁴ ve benzeri terimler de kullanılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da, ÇY’yı çekişmeli yargıdan (davadan) kesin çizgilerle ayıran, açık ve belirli bir ÇY tanımının üzerinde görüş birliğine ulaşamamıştır. Böyle bir tanım yerine, ÇY’yı davadan ayıran bazı ölçütler (kıstaslar) üzerinde durulmakta ve ayrı bir ÇY kanununa sahip olan devletlerde, bazen ÇY’nun bir veya birkaç özelliğini kapsayan bir tanım verildikten sonra, başlıca ÇY işleri tek tek sayılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktaki yaygın uygulamanın aksine, Türk hukukunda ayrı bir ÇY Kanunu yoktur. Ülkemizde, ÇY ile ilgili çalışmaların, mükemmel olmasa bile genel bir tanım ile yola çıkmaları ve maddi hukukumuzdaki ÇY işlerini mümkün

¹ Ezcümle, Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Bası (İstanbul: Demir Demir, 2001), s. 9.

² Örneğin HGK 25 Haziran 1997, 11-313/569, www.kazanci.com.tr.

³ Örneğin 11. HD 6 Nisan 1993, 936/2255, www.kazanci.com.tr.

⁴ Örneğin HGK 1 Şubat 1995, 1994/18-789 / 1995/37, www.kazanci.com.tr.

olduğunca kapsamlı bir şekilde sayarak tek tek ele almaları uygun olur. Türk hukukunda ÇY ile ilgili temel başvuru kaynağı olan Kuru'nun *Nizasız Kaza* isimli eserinde⁵ de bu yöntem benimsenmiştir. Kuru'nun verdiği ÇY tanımı şöyledir:

Hukukî kazanın bir nev'i olan nizasız kaza; objektif huku-kun, müstakil mahkemelerce, aşağıdaki dört kıstastan birine veya bir kaçına göre bu kazaya giren işlere tatbik edilmesidir:

1. İlgililer arasında ihtilâf olmayan haller –“*ihtilâf yokluğu*” kıstası.

2. İlgililerin hususî şahıslara karşı dermeyanı kabil sübjektif haklarının bulunmadığı haller –“*sübjektif hakkın yokluğu*” kıstası.

3. Hâkimin re'sen harekete geçtiği bütün haller –“*re'sen harekete geçmek*” kıstası.

4. Hususî hukuk münasebetlerinin yeni şekiller alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuk münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat istikbalde vukuu muhtemel olan tecavüzlerin önlenmesinde, alakadarların mahkemece himaye edilmesi icap eden haller –“*inşâî - önleyici tesir*” kıstasları.⁶

Örnekler vermek gerekirse:

– Adın değiştirilmesi (MK 27, Nüfus K. 46) “*uyuşmazlık yokluğu*” ve “*yenilik doğuran etki*” ölçütlerine göre;

– Velayet altında bulunan çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması veya ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir Kuruma yerleştirilmesi (MK 346, 347) “*maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu*”, “*önleyici etki*” ve “*re'sen harekete geçmek*” ölçütlerine göre,

çekişmesiz yargı işlerindedir.

⁵ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1961.

⁶ Kuru, *Nizasız Kaza*, 39; ayrıca Bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, 6. Bası, İstanbul: Demir Demir 2001, s. 26-29.

II. Türk Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

Hukukumuzdaki başlıca çekişmesiz yargı işlerini, Kuru'nun *Nizasız Kaza*'da yaptığı tasnifi izleyerek ve güncel mevzuatı dikkate alarak aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

A. Kişiler Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Ergin kılınma (kazai rüşt) (MK 12)⁷
2. Adın değiştirilmesi (MK 27, Nüfus K. 46)⁸
3. Ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin en büyük mülki amirin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti (MK 31, 44, Nüfus K. 40)⁹
4. Gaiplik kararı (MK 32, 45, 586, 588)¹⁰
5. Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi (MK 39, Nüfus K. 46)¹¹
6. Vakfın Kuruluşunun tescili (MK 102-104)¹²

B. Aile Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme (MK 124 II, 128)¹³
2. Gaiplik nedeniyle evliliğin feshi (MK 131)¹⁴
3. Evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu red kararına karşı yapılan itiraz (MK 138)¹⁵

⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 66.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 68.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 69.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ali Cem Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden

4. Yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması (MK 132 III)¹⁶

5. Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi (MK 164 III)¹⁷

6. Anlaşmalı boşanma (MK 166 III)¹⁸

7. Boşanmadan sonra ortaya çıkan yeni olaylar sebebiyle çocuklar hakkında (ör. velayet hakkının ana babadan hangisi tarafından kullanılacağı, velayet hakkı kendisine verilmeyen eşle kişisel ilişki, nafaka hakkında) gerekli önlemlerin alınması (MK 183)¹⁹

8. Eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması (MK 188)²⁰

9. Evlilik birliğinin korunması hakkındaki tedbirler (MK 195-201)²¹

10. Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hallerde hâkimin müdahalesinin istenmesi (MK 194 II)²²

Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", 75. Yaş Günü için Baki Kuru Armağanı (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004), s. 273-306, s. 281.

¹⁶ Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 282.

¹⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 71.

¹⁸ Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 282-286.

¹⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 71.

²⁰ Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 287.

²¹ 3222 sayılı Kanunun HUMK 500'ü yürürlükten kaldıran maddesinin gerekçesinde, evlilik birliğinin korunması hakkındaki tedbirlerin ihtiyati tedbir olduğu belirtilmiş ve bu tedbirlerin her yerdeki mahkemeden istenebileceği ifade edilmişti. Şimdi MK m. 201'de özel yetki kuralı bulunmaktadır. MK 201 ZGB 180'den alınmıştır. ZGB 180, 2000 yılında Gerichtsstandsgesetz ile ilga edilmiştir.

²² Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 286.

11. Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi (MK 206, 210) ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığında eski rejime geri dönülmesi (208 II)²³

12. Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali halinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi (MK 254, fıkra 2)²⁴

13. Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması (edinilmiş mallara katılma rejiminde MK 240, paylaşmalı mal ayrılığında MK 255, mal ortaklığında MK 279)²⁵

14. Mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi (MK 265)²⁶

15. Vasinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi için denetim makamının (asliye hukuk mahkemesinin) izni (MK 463)²⁷

16. Evlat edinme kararı (MK 315)²⁸

17. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması (MK 317-319)²⁹

18. Ana babaya çocuğu mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarfetme izninin verilmesi (MK 327)³⁰

19. Çocuk ile ana baba arasındaki hukukî işlemlere izin verilmesi işi (MK 345)³¹

²³ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 73.

²⁴ Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 286.

²⁵ Önleyici - yenilik doğuran etki ölçütü.

²⁶ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 73.

²⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 77.

²⁸ Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 289-290.

²⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 77.

³⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 77; Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 290.

³¹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 77.

20. Velayet altında bulunan çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması veya ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir Kuruma yerleştirilmesi (MK 346, 347)³²

21. Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi işleri (MK 348, 349, 351)³³

22. Hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi (MK 352 II, 360) ve çocuğun mallarının yönetiminin kayıma devri (MK 361)³⁴

23. Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması (MK 353)³⁵

24. Aile yurdunun Kurulmasına izin verilmesi, Kuruluşun tebliğ ve ilânı (MK 388-390), kapatılması halinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi (MK 395), taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması (MK 387 II)³⁶

25. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre Aile Mahkemesi Hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler³⁷

26. Çocuk hâkimi tarafından, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması (Çocuk Koruma Kanunu 7)³⁸

³² Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 78.

³³ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 78-79.

³⁴ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 78.

³⁵ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 79.

³⁶ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 80.

³⁷ Budak, "Prof. Dr. Bakı Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 290-291. Yılmaz, *Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre Aile Mahkemesi Hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler ihtiyati tedbirler arasında saymaktadır; Ejder Yılmaz, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Cilt 1 (Ankara: Yetkin, 2001), s. 759 vd.

³⁸ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (Resmi Gazete 15 Temmuz 2005, sayı 25876) m. 48 ile 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve

27. Vesayet işleri (MK 396-494)³⁹

C. Miras Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Sulh hâkimi tarafından resmi vasiyetname düzenlenmesi (MK 532); el yazılı vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından saklanması (MK 538); sözlü vasiyetname tutanağının sulh veya asliye mahkemesine tevdi (MK 540)⁴⁰

2. Yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti (MK 543)⁴¹

3. Vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi (MK 550)⁴²

4. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarruf etmesine izin verilmesi (MK 553)⁴³

5. Gaibin mirasçılarına, gaibe düşen miras payının teslim edilmesi (MK 586 II)⁴⁴

6. Tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması (defter tutma, mühürleme, terekenin resmen yönetilmesi, vasiyetnamenin teslim alınması, açılması, ilgililere tebliği) (MK 589-597)⁴⁵

7. Mirasçılık belgesi verilmesi (MK 598)⁴⁶

Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmış; 2253 sayılı Kanun'un 10. ve 14. maddesinin yerini 5395 sayılı Kanun'un 7. maddesi almıştır.

³⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 80-84.

⁴⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 85.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

⁴⁴ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 85.

⁴⁵ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 85-86.

⁴⁶ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 86-88; Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 294.

8. Terekenin yazımı işleminin sona erdiğinin mirasçılara bildirilmesi (MK 607), mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili (MK 609); mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi (MK 614); mirasın reddi süresinin uzatılması (MK 615)⁴⁷

9. Terekenin resmi defterinin tutulması (MK 619-627)⁴⁸

10. Resmi tasfiye (MK 632-636)⁴⁹

11. Terekeye temsilci atanması (MK 640 III)⁵⁰

12. Mirasın paylaşılmasında tereke malının ne şekilde satılacağı hakkında sulh hâkiminin karar vermesi (MK 651)⁵¹

13. Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi (MK 652 I)⁵²

14. Sulh hâkiminin özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine özgülenmesi veya satılmasına karar vermesi (MK 653)⁵³

D. Eşya Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması (MK 713, Kadastro Kanunu 13 ve 14)⁵⁴

2. Taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini (MK 880)⁵⁵

⁴⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 88.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 130.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 89-96; Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 294-301.

⁵⁵ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 97.

3. İpotekli borç senedinin iptali (MK 925-926)⁵⁶

4. Tapu sicilindeki kayıtların düzeltilmesi için hakkın sona erdiğinin tapu memurunun talebi üzerine tespiti (MK 1026 III)⁵⁷

5. Tapu sicilindeki belgelere aykırı kayıtların tapu müdürü veya hazine avukatlarının talebiyle düzeltilmesine karar verilmesi (MK 1027, Tapu Sicili Tüzüğü 85)⁵⁸

6. Yüzölçümünün düzeltilmesi (Tapu K 31)⁵⁹

E. Borçlar Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi (BK 36 I)⁶⁰

2. Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi (BK 82)⁶¹

3. Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (BK 91, 92, 95)⁶²

4. Alacaklısı ihtilâflı olan borcun mahkemeye tevdi (BK 166)⁶³

5. Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi (BK 199)⁶⁴

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 97-101.

⁵⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 96-97; Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kışılarm Haklarının Korunması*, s. 123-126.

⁶⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 102.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 103.

⁶⁴ Ibid.

6. Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi (BK 201 II, III)⁶⁵

7. İşçiyekârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi (BK 323 II)⁶⁶

8. Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi (BK 359 II)⁶⁷

9. Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti (BK 418 I)⁶⁸

10. Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin vermek (BK 426)⁶⁹

F. Ticaret Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Ticaret sicili memurunun kararlarına itiraz (TK 36 II)⁷⁰

2. Ticari defterlerin ziyaı halinde belge verilmesi (TK 68 IV)⁷¹

3. Acentanın müvekkili hesabına teslim aldığı malın BK 92'ye göre satılması (TK 125)⁷²

4. Kollektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini (TK 212)⁷³

5. Kollektif ve anonim şirketlerde tasfiye memurlarının

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 104.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 105; Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 122-123.

⁷¹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 106.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

yetkilerinin daraltılması veya genişletilmesi (TK 221 I, 450)⁷⁴

6. Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini (TK 249)⁷⁵

7. Anonim şirkette aynı sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme vs. devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni (TK 303, 311, 396)⁷⁶

8. Anonim şirkette mahkeme tarafından denetçi atanması (TK 351)⁷⁷

9. Anonim şirkette mahkemenin şirket sermayesinin en az onda biri değerinde paylara sahip olan pay sahiplerinin talebi üzerine genel Kurulu toplantıya davet veya istedikleri hususu gündeme koymaya kendilerini yetkili kılması (TK 367)⁷⁸

10. Kıymetli evrakın iptali (TK 563-564, 569, 573-579, 669-677; MK 919, 925-926)⁷⁹

11. Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksikliğini tespit etmek (TK 788 I); teslim edilememesi halinde BK 92'ye göre satılmasına karar vermek (TK 790); gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi (TK 795 I)⁸⁰

12. Gemi mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması (TK 873)⁸¹

13. Gemi ipoteğinde, malikin bulunamadığı hallerde kayyım tayini (TK 913)⁸²

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 150, dipnotu 2.

⁷⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 108.

⁸⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 109.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

14. “Deniz raporu” tanzimi (TK 990)⁸³
15. Kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayini (TK 1048)⁸⁴
16. Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hal ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi (TK 1065, 1066 II) (Tespiti diğer “salahiyetli makamlar” da yapabilir.)⁸⁵
17. Deniz ödücü sözleşmesi yapmak konusundaki zaruret in mahkeme tarafından tespiti (TK 1161) (Tespiti, yerine göre konsolos, diğer “salahiyetli makamlar” ve gemi zabitleri de yapabilir.)⁸⁶
18. Müşterek avaryalarda dispeççi tayini (TK 1208) ve dispeçin mahkemece tasdiki (TK 1210-1213) (TK 1208’deki tespiti diğer “hükümetçe tayin edilmiş dispeççiler” de yapabilir.)⁸⁷
19. Kimliği belli olmayan gemi alacaklılarının rehin haklarının iptali (TK 1246)⁸⁸
20. Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini (TK 1443 IV)⁸⁹
21. Kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini (Koop. K. 21 III)⁹⁰
22. Kooperatiflerde genel Kurulu toplantıya çağırma için mahkemenin izni (Koop. K. 44 III)⁹¹

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 110.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

⁹¹ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ölçütleri.

23. Kooperatifin iflâsının ertelenmesi (Koop. K. 63 III)⁹²

24. Kooperatiflerde tasfiye memuru seçimi (Koop. K. 81 III)⁹³

G. Hukuk Yargılamasındaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Temhir ve tahrir işleri (HUMK 546-552, 553-560)⁹⁴

2. Dava vekâletnamesinin sulh hâkimi tarafından tasdiki (HUMK 65) (Noter vs de yapabilir.)⁹⁵

3. Yangın, yersarsıntısı, seylap veya heyelan sebebiyle mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaa uğrayan dosyalar hakkında yapılacak yenileme muameleleri (4473 sayılı Yangın, Yersarsıntısı, Seylap veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziyaa Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanun, RG 21.7.1943 - Sayı: 5461)⁹⁶

H. İcra ve İflâs Hukukundaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. İpotekli alacakta alacaklının gaip bulunması veya alacağı almaktan kaçınması halinde borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi üzerine, icra mahkemesi tarafından ipoteğin fekkine karar verilmesi (İİK 153)⁹⁷

2. Doğrudan doğruya (takipsiz) iflâs (İİK 177, 178)⁹⁸

⁹² Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

⁹³ Uyuşmazlık yokluğu ve maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu etki ölçütleri.

⁹⁴ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 112.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 113.

⁹⁷ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici etki ölçütlerine göre.

⁹⁸ Yılmaz'a göre, borçlunun talebiyle doğrudan doğruya iflâsın, özellikle "ha-

3. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflâsının ertelenmesi (İİK 179-179b, TK 324)⁹⁹

4. İflâsın kaldırılması (İİK 182)¹⁰⁰

5. Redd olunmuş mirasın tasfiyesinin mirasçılardan birinin mirası kabul talebi üzerine mahkeme tarafından durdurulması (İİK 183)¹⁰¹

sın yokluğu" kıstası uyarınca çekişmesiz yargı işi sayılması mümkündür; Ejder Yılmaz, "Borçlunun İhtiyarıyla Kendi Kendisinin İflâsını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi", *ABD Yıl 42* (1985), sayı 1, s. 22-34, s. 30-31. Kuru/ Aslan/ Yılmaz, Pekcanitez ve Atalay, çekişmesiz yargı kıstaslarına atıf yapmadan, borçlunun kendi iflâsını talep etmesini çekişmesiz yargı işi olarak nitelermektedir; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası (Ankara: Yetkin 1998), s. 431; Pekcanitez, *Anonim Ortaklıkların İflası*, s. 30; Oğuz Atalay, *Anonim Şirketlerin İflası*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1996), s. 91; Ali Cem Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, (İstanbul, Beta 2000), s. 117. Anayasa Mahkemesi de 20 Eylül 1984 tarih ve 8/10 sayılı kararında İİK m. 178'deki takipsiz iflâs halinin bir çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmektedir; Bkz., RG 28 Aralık 1984, sayı 18619, s. 92.

⁹⁹ Bkz., Selçuk Öztekin, "İflâsın Ertelemesi", *Bankacılar Dergisi*, sayı 53 (2005), s. 23-71, s. 47; Hakan Pekcanitez, "İflâsın Ertelemesi", *İstanbul Barosu Dergisi* Cilt 79, Sayı 2 (2005), s. 323-358, s. 335; Seyit Çavdar/İnci Bıçkın, *İflas ve İflâsın Ertelemesi* (Ankara: Seçkin, 2006), s. 89; Şakir Balcı, *İflâsın Ertelemesi* (İzmir: Güncel, 2005), s. 276. Mamafih bu konu doktrinde ihtilâflidir: Yıldırım, Türk hukukunda bazı yazarların iflâsın ertelenmesinin ÇY'ya dahil olduğu görüşünde olduğuna işaret etmekte, fakat bu görüşe katıldığını belirtmemektedir (Kamil Yıldırım, "4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflâsın Ertelemesine İlişkin Yeni Hükümler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2 (2004), s. 471-484, s. 483); Yılmaz, TK 324'ü ve ilgili Yargıtay kararlarını Ticaret Kanununda düzenlenen ihtiyati tedbirler arasında saymaktadır (Yılmaz, *Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Cilt 1, s. 724 vd.) Atalay ve Özkes de iflâsın ertelenmesinin geçici hukukî koruma önlemi olduğu görüşündedirler (Bkz., Muhammet Özkes, "İflâsın Ertelemesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 3, sayı 3 (Eylül 2005), s. 3249-3283, s.3256-3258; Oğuz Atalay, *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelemesi*, (İzmir: Güncel, 2006), 59 vd.) Türk ise iflâsın ertelenmesinin bir "ara kararı" olduğu görüşündedir (Ahmet Türk, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları*, (Ankara: Nobel, 1999), s. 317).

¹⁰⁰ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

¹⁰¹ Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

6. Konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması (İİK 287)¹⁰²

7. Konkordatonun tasdıkı (İİK 298)¹⁰³

8. Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında projenin ilanı ve ara dönem denetçisinin atanması (İİK 309ö)¹⁰⁴

9. Müflisin itibarının yerine getirilmesi (İİK 312-316)¹⁰⁵

10. Fevkalade hâllerde kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi (İİK 318-322)¹⁰⁶

¹⁰² Konkordato mühleti kararının verilmesi, çekişme yokluğu, maddî hukuka dayanan hakkın yokluğu, re'sen araştırma ilkesi ve yenilik doğuran etki kıstaslarına göre, çekişmesiz yargı işidir. Konkordato mühleti kararına itiraz talebini kabul eden icra mahkemesi, konkordato mühletini kararını geçmişe etkili olarak iptal eder. Bu nedenle, icra mahkemesinin konkordato mühleti kararına itiraz talebini kabul eden kararı da yenilik doğuran bir çekişmesiz yargı kararıdır. Önen, konkordato mühleti verilmesinin usûli yenilik doğuran mahiyette bir çekişmesiz yargı işi olduğunu ifade etmektedir; Ergun Önen, *İnşai Dava-İnşai Hak-İnşai Dava-İnşai Hüküm-İnşai Tesir*, (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1981), s. 158. Konkordato mühleti kararı, mühlet kararı ile birlikte verilen (İİK m. 287) komiserin atanması kararı ile aynı mahiyettedir. Komiser atanması kararının çekişmesiz yargı işi olduğuna ilişkin açıklamalar için Bkz., Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Ankara: Yetkin, 1993), s. 102-103; Sümer Altay, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 1. Cilt (İstanbul: Vedat 2005), s. 177; Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 121-122, 140.

¹⁰³ Bkz., 19. HD 2 Mart 2000, 904/173, YKD, 2000, sayı 8, s. 1269-1270, www.kazanci.com.tr; Adnan Deynekli, *Konkordatonun Tasdıkı* (Ankara: Yetkin, 1996), s. 75; Gönen Eriş, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku* (Ankara: Aydın Yayınları 1991), s. 837; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Konya: Mimoza 1998), s. 46; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt 4 (İstanbul: Alfa 1997), s. 3712 (Kuru, konkordatonun tasdikının “çekişmesiz yargı işlerine benzer” bir iş olduğunu belirtmektedir; aynı yönde Altay, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 1. Cilt, s. 592).

¹⁰⁴ Uyuşmazlık yokluğu, maddî hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri. Karş. Sema Taşpınar, *İcra - İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma* (Ankara: Yetkin, 2005), s. 370; Taşpınar'a göre, ara dönem denetçisinin atanması bir tedbirdir.

¹⁰⁵ Uyuşmazlık yokluğu, maddî hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

¹⁰⁶ Uyuşmazlık yokluğu, maddî hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

I. Çeşitli Kanunlardaki Başlıca Çekişmesiz Yargı İşleri

1. Nüfus kütüklerinin sayfa birleşim yerlerinin asliye hukuk mahkemesince mühürlenmesi (Nüfus K 43 IX)¹⁰⁷

2. Noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmeleri (Noterlik K. 37)¹⁰⁸

3. Noter evrak ve defterlerinden alınarak başka yere gönderilecek örneklerin mahkeme tarafından tasdiki (Noterlik K. 4)¹⁰⁹

4. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyelerinin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu önünde; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun yerinde denetim yapmaya yetkili meslek personelinin Ankara Ticaret Mahkemesi önünde; bankaların yönetim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu başkan ve üyelerinin seçilmeleri veya atanmalarından sonra yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmeleri (5411 sayılı Bankacılık Kanunu, madde 27, 84 ve 95)¹¹⁰

5. Organize Sanayi Bölgesi (OSB) kurmak amacı ile müteşebbis heyeti meydana getiren kurum ve kuruluşlar adına iktisap edilmiş bulunan arsa, arazi ve taşınmazlar ile bilahare bunlar üzerinde müteşebbis heyeti meydana getiren Kurum ve Kuruluşlar adına inşa edilmiş olan binalar ve ortak tesislerin OSB tüzel kişiliği lehine tapuda tashihen tescil edilmesi ve tescil sırasında, Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü'nden satın alınmış olan arsa ve arazilerde Arsa Ofisi Kanunu'nun 11. maddesine göre tapuya işlenmiş olan şerhlerin silinmesi: MK 1009; 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu (RG 15 Nisan 2000, sayı: 24021), Geçici m. 6; 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun (4698 sayılı K. ile değişik) m. 11.¹¹¹

¹⁰⁷ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 113.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Uyuşmazlık yokluğu ve maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ölçütleri.

¹¹¹ Uyuşmazlık yokluğu ve yenilik doğuran etki ölçütleri. Bkz., 14. HD 15

III. Çekişmesiz Yargı İşlerinin Sınıflanması

Türk hukukunda ÇY işleri olarak kabul edilen işlerden bazıları, idari yönü ağır basan (örneğin basit bir onaylamadan ibaret olan) işler iken, vesayet hukuku alanında olduğu gibi, bazı ÇY işleri ilgililerin hukukî durumunu önemli şekilde etkilemektedir. Buna göre, kanımca, Türk hukukundaki ÇY işlerini “Adi Çekişmesiz Yargı İşleri” ve “Basit (Küçük) Çekişmesiz Yargı İşleri” şeklinde bir ayırma tâbi tutmak, mevcut kanun hükümlerinin yorumu ve yapılacak kanun bakımından yararlı olur.

A. Adi Çekişmesiz Yargı İşleri

Türk Hukukundaki “Adi ÇY İşleri” olarak şunlar sayılabilir:

1. Kişisel Duruma İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı işleri: Ergin kılınma (kazai rüşd); adın değiştirilmesi; ölüm karinesi sebebiyle nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti; gaiplik kararı; kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi.

2. Evliliğe İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı işleri: Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme; gaiplik nedeniyle evliliğin feshi; evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu red kararına karşı yapılan itiraz; anlaşmalı boşanma; boşanmadan sonra ortaya çıkan yeni olaylar sebebiyle çocuklar hakkında gerekli önlemlerin alınması; eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması; evlilik birliğinin korunması hakkındaki tedbirler; aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hallerde hâkimin müdahalesinin istenmesi; mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal

ayrılığına dönüştürülmesi ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığından eski rejime geri dönülmesi; paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali halinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi; sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması; mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi; evlat edinme kararı; evlatlık ilişkisinin kaldırılması; ana babaya çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarf etme izninin verilmesi; çocuk ile ana baba arasındaki hukukî işlemlere izin verilmesi işi; velayet altında bulunan çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması veya ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi; velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi işleri; hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi ve çocuğun mallarının yönetiminin kayyıma devri; evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması; 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre Aile Mahkemesi Hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler; korunmaya muhtaç küçükler hakkında alınan tedbirler.

3. Vesayete İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı işleri: MK 396-494.

4. Miras Hukukuna İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı işleri: Yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti; vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarruf etmesine izin verilmesi; gaibin mirasçılara, gaibe düşen miras payının teslim edilmesi; terekenin resmi defterinin tutması; resmi tasfiye.

5. Eşya Hukukuna İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı işleri: Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması; ipotekli borç senedinin iptali; tapu sicilindeki kayıtların düzeltilmesi için hakkın sona erdiğinin tapu memurunun talebi üzerine tespiti; tapu sicilindeki belgelere aykırı kayıtların tapu

müdürü veya hazine avukatlarının talebiyle düzeltilmesine karar verilmesi; yüzölçümünün düzeltilmesi.

6. Ticaret Hukukuna İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı İşleri:

Ticaret sicili memurunun kararlarına itiraz; ticari defterlerin ziyai halinde belge verilmesi; kolektif ve anonim şirketlerde tasfiye memurlarının yetkilerinin daraltılması veya genişletilmesi; anonim şirkette aynı sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme vs. devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni; kıymetli evrakın iptali; gemi mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması; kooperatifin iflâsının ertelenmesi (Koop. K. 63 III)¹¹²

7. İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı İşleri:

Doğrudan doğruya (takipsiz) iflâs; sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflâsının ertelenmesi; iflâsın kaldırılması; konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması; konkordatonun tasdiki; sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında projenin ilanı ve ara dönem denetçisinin atanması; müflisin itibarının yerine getirilmesi; fevkalade hallerde kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi.

8. Hukuk Yargılamasına İlişkin Adi Çekişmesiz Yargı İşleri:

Yangın, yersarsıntısı, seyilap veya heyelan sebebiyle mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaa uğrayan dosyalar hakkında yapılacak yenileme muameleleri.

B. Basit Çekişmesiz Yargı İşleri

Türk Hukukundaki “Basit (Küçük) ÇY İşleri” olarak şunlar sayılabilir: Vakfın kuruluşunun tescili; yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması; terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi; aile yurdunun kurulmasına

¹¹² Uyuşmazlık yokluğu, maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu ve önleyici - yenilik doğuran etki ölçütleri.

izin verilmesi, kuruluşun tebliğ ve ilânı, kapatılması hâlinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi, taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması; sulh hâkimi tarafından resmi vasiyetname düzenlenmesi; el yazılı vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından saklanması; sözlü vasiyetname tutanağının sulh veya asliye mahkemesine tevdi; tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması (defter tutma, mühürleme, terekenin resmen yönetilmesi, vasiyetnamenin teslim alınması, açılması, ilgililere tebliği); mirasçılık belgesi verilmesi; mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili; mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi; mirasın reddi süresinin uzatılması; terekeye temsilci atanması; taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini; yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi; borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi; tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması; alacaklısı ihtilâflı olan borcun mahkemeye tevdi; ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi; mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi; işçiye kârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi; eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi; satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti; komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin vermek; acentanın müvekkili hesabına teslim aldığı malın BK 92'ye göre satılması; kollektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini; komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini; anonim şirkette mahkeme tarafından denetçi atanması; eşya taşımada eşyanın hasar ve eksikliğini tespit etmek; teslim edilememesi halinde BK 92'ye göre satılmasına karar vermek; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi; gemi ipotekinde, malikin bulunamadığı hallerde kayyım tayini; "deniz raporu" tanzimi; kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkeme tarafından tayini; navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hal ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve

tartısının ekspere tespit ettirilmesi; deniz ödöncü sözleşmesi yapmak konusundaki zaruret in mahkeme tarafından tespiti; müşterek avaryalarda dispeççi tayini ve dispeç in mahkemece tasdiki; kimliğı belli olmayan gemi alacaklılarının rehin haklarının iptali; denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini; kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini; kooperatiflerde genel kurulu toplantıya çağırma için mahkemenin izni; kooperatiflerde tasfiye memuru seçimi; temhir ve tahrir işleri; dava vekâletnamesinin sulh hâkimi tarafından tasdiki; reddolunmuş mirasın tasfiyesinin mirasçılardan birinin mirası kabul talebi üzerine mahkeme tarafından durdurulması; nüfus kütüklerinin sayfa birleşim yerlerinin asliye hukuk mahkemesince mühürlenmesi; noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmeleri; noter evrak ve defterlerinden alınarak başka yere gönderilecek örneklerin mahkeme tarafından tasdiki; BDDK üyelerinin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu önünde, bankalar yeminli murakıplarının Ankara Ticaret Mahkemesi önünde, bankaların yönetim Kurulu üyeleri ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye'deki şubelerinin müdürler kurulu başkan ve üyelerinin seçilmeleri veya atanmalarından sonra yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmeleri.

IV. ÇEKİŞMESİZ YARGİ ORGANLARI

Türk Hukukunda halen ÇY işlerinin tamamı mahkemeler tarafından görölmektedir. Karşılaştırmalı hukukta bazı ölkelerde noterler ve tapu ve ticaret sicili daireleri gibi bazı idarî makamlar da ÇY organları arasında sayılmaktadır.¹¹³ ÇY işlerini mahkemelere veren Alman hukukunda ise, ÇY işlerinin büyük çoğunluğu hukuk faköltesi mezunu meslekten hâkimler yerine, sulh mahkemelerinde görevli "yardımcı adalet memurları" tarafından karara bağlanmaktadır.¹¹⁴

¹¹³ Bkz., Kuru, *Nızasız Kaza*, s. 127-128.

¹¹⁴ Bkz., Budak, "Prof. Dr. Bakı Kuru'nun Nızasız Kaza İsmiyle Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 278-280

Kuru, *Nizasız Kaza*'da yaptığı ÇY tanımına uygun olarak, bağımsız mahkemeler dışındaki organların ÇY organlarından sayılamayacağı görüşündedir.¹¹⁵ *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 başladılar.¹¹⁶ 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.

Kanımcı, olması gereken ÇY hukukumuz bakımından, Adi ÇY işleri ile Basit ÇY işleri arasında bir ayırım yapmak ve büyük ilçelerimizdeki Basit ÇY işlerini, sulh mahkemesi nezdinde görev yapacak, özel bir meslek içi eğitimine (staja) tâbi tutulan adalet yüksek okulu mezunları arasından atananı vermek uygun olacaktır.

Yine olması gereken hukuk bakımından, vasiyetname ve vekaletname gibi belgelerin düzenlenmesi ile ilgili Basit ÇY işlerinin münhasıran noterlere verilmesi ve özellikle miras hukukuna ilişkin terekenin tespiti, terekenin mühürlenmesi, mirasçılık belgesi verilmesi gibi belirli Adi ÇY işlerinin de noterlere bırakılması uygun olur.¹¹⁷

Böyle bir değişiklik yapılırken Anayasa'nın 9. maddesinde bulan "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkeme-*

¹¹⁵ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 126.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Süha Tanrıver, "Noterlerin İşlevleri Hakkında Yeni Gelişmeler", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 2004/122, s. 15-23 veya *Makalelerim (1985-2005)*, (Ankara: Asıl, 2005), s.409 - 421, s. 416-417. Karşılaştırmalı hukukta noterlerin sistemleri hakkında Bkz., Ömer Ulukapı, *Noterlik Mesleği-Noterin Hak ve Yükümlülükleri*, (Konya: Mimoza, 2003), s. 36 vd.

lerce kullanılır” hükmüne bir istisna getirmenin gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır. Alman hukukunda Federal Alman Anayasası'nın 92. maddesinde “*Yargı yetkisi hâkimlere tevdi edilmiştir; bu yetki Federal Anayasa Mahkemesi, bu Anayasa ile öngörülen federal mahkemeler ve eyaletlerin mahkemeleri tarafından kullanılır*” denilmiş olmasına rağmen, yardımcı adalet memurlarının ÇY alanındaki faaliyeti Anayasa'ya aykırı görülmemekte; fakat bu konu tartışmalı bulunmaktadır.¹¹⁸

V. ÇEKİŞMESİZ YARGIDA GÖREV VE YETKİ

Türk hukukunda ÇY işlerinin bir çoğu için, özellikle miras hukukundaki ÇY işleri için,¹¹⁹ sulh mahkemeleri görevli kılınmıştır.¹²⁰ Ticaret hukukundaki ÇY işleri ise asliye ticaret mahkemelerinin¹²¹ görevine girmektedir.

Bunun yanında Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun (“*Aile Mahkemeleri Kanunu*”) yürürlüğe girdiği 2003 yılından beri, aile hukukuna ilişkin ÇY işleri de (yine asliye hukuk mahkemesi derecesinde olan) aile mahkemelerinde görülmektedir.¹²² Aile mahkemelerinde sulh mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usûlü yerine (HUMK m. 507, bent 1) asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usûlü (HUMK m. 178 vd) uygulanmaktadır. Dolayısıyla, bu ÇY işleri örneğin adli tatilde görülememekte (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 olmaktadır (HUMK m. 195).

¹¹⁸ Bkz., Manfred Wolf, “Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren”, *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Cilt 99 (1986), sayı 4, s. 361-406.

¹¹⁹ MK m. 532, 538, 540, 543, 586/II, 550, 553, 589-597, 598, 607, 609, 614, 615, 619, 620, 621, 622, 626, 632, 633, 634, 635, 636, 640 III, 651, 653 hükümleri sayılabilir.

¹²⁰ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 130.

¹²¹ TK m. 4.

¹²² 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4, bent 1 ve m. 9.

Aile Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde, aile hukukuna ilişkin ÇY işlerini sulh mahkemesinin görev alanından çıkararak asliye mahkemesinin görev alanına dahil eden değişikliğin nedeni hakkında açıklama yer almamaktadır.¹²³ TBMM'nde yapılan görüşmelerde de konu ile ilgili bilgi bulunmamaktadır.¹²⁴ Kanımca, yapılan değişiklik, bütün ÇY işlerinin mümkün olduğunca sulh hukuk mahkemelerinde toplanması ve ÇY işlerinin gerektirdiği çabukluk ve şekilden uzak ve basit yargılama ihtiyacına uygun düşmediği için, yerinde olmamıştır.¹²⁵ Nitekim, aile mahkemelerinin kurulmasından sonra ilk olarak Yargıtay (Aile Mahkemeleri Kanunu m. 4, bent 1 hükmüne rağmen) bazı vesayet işlerinin sulh mahkemesine ait olduğuna karar vermiş;¹²⁶ geçtiğimiz yıl yapılan bir kanun değişikliği ile de vesayete ilişkin bütün ÇY işleri yeniden sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerine verilmiştir.¹²⁷

Kanımca, aile hukukuna ve ticaret hukukuna ilişkin ÇY işleri de dahil olmak üzere, bütün ÇY işlerinin kural olarak sulh hukuk mahkemelerine verilmesi yararlı olur. İstisna olarak, Kadastro Kanunu'nun 13. ve 14. maddelerine göre görülen taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması işlerinin Kadastro Mahkemelerinde görülmesine devam edilmesi, kadastro yargılamasının "*bütün kadastro işlerini*

¹²³ 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 usûle tabi hâle 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>.)

¹²⁴ Bkz., *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Cilt 2, Yasama Yılı 1, 20. Bileşim (9.1.2003).

¹²⁵ Bkz., Budak, "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsmli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", s. 291-294.

¹²⁶ Bkz., 2. HD 13 Mart 2003, 2167/3512 ve 2. HD 13 Mart 2003, 2180/3547, Ali Karagülmez / Sami Sezai Ural, *Açıklamalı-Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu* (Ankara: Seçkin, 2003), s. 31-33.

¹²⁷ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, *Resmî Gazete*, 20 Nisan 2004, sayı 25439.

uzmanlaşmış bir mahkeme önünde sıratle tasfiye etmek” şeklindeki amacına uygun düşer.¹²⁸ Başka bir istisna olarak, İcra ve İflâs Hukukuna ilişkin Adi ÇY işlerinin de, prosedürün diğer aşamalarında da görev alan asliye ticaret mahkemelerinde ve icra mahkemelerinde görülmeye devam edilmesi usûl ekonomisine uygun olur.

Kuru, *Nizasız Kaza*'da olması gereken hukuk bakımından bütün ÇY işlerinin sulh hukuk mahkemelerinde toplanmasını ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi bakımından, asliye hukuk mahkemelerinin de, sulh mahkemelerinin ÇY kararları için *“itiraz”* (kanun yolu) makamı olarak görev yapmasını önermektedir.¹²⁹ HUMK'muzda bölge adliye mahkemeleri konusunda yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra, kanımca ÇY işlerinde verilen kararlar aleyhine istinaf yolu açılması da aynı işlevi görecektir.

ÇY işleri hakkındaki kanun hükümlerinin bir çoğunda yetkili mahkeme gösterilmektedir.¹³⁰ Özel bir yetki hükmü bulunmayan hallerde, olması gereken hukuk bakımından, kanımca, *“uyuşmazlık yokluğu”* veya *“maddi hukuka ilişkin hakkın yokluğu”* ölçütüne göre ÇY'dan sayılan işlerde başvuruda bulunan ilgilinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kabul etmek; diğer ölçütlerle birleşse bile, *“önleyici-yenilik doğuran etki”* ölçütüne göre ÇY'dan sayılan işlerde ise, ÇY ile himaye edilen ilgilinin yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılmak uygun olur.¹³¹ Her halde, mahkemenin yetkisini kesin yetki olarak kabul etmek ÇY'nun amacına uygundur.¹³²

¹²⁸ Bkz., Okay Durman, *Yargıtay Kararları Işığında Kadastro Mahkemelerinde Yargılama* (İstanbul: Beta, 2002), s. 9-11, 158-159.

¹²⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 132-133. ÇY işinin sulh mahkemesi yerine asliye mahkemesinde karara bağlanmış olması tek başına bozma sebebi oluşturmamalıdır (HUMK 7 III), Kuru, *age*, s. 134.

¹³⁰ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 135-136'daki liste.

¹³¹ Kuru, kural olarak başvuruda bulunan ilgilinin yerleşim yeri mahkemesini; *“karşı ilgililer”*in (örneğin MK 429'a göre hakkında yasal danışman atanacak kişinin veya MK 451 II'ye göre yaptığı işlem onanacak olan vesayet altındaki kişinin) bulunduğu hallerde ise, karşı ilgilinin yerleşim yeri mahkemesini yetkili saymaktadır. Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 134-135.

¹³² Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 136-137.

VI. BİR İŞİN YARGILAMA SIRASINDA ÇEKİŞMESİZ OLMAKTAN ÇIKIP ÇEKİŞMELİ YARGI ALANINA GİRMESİ

Türk hukukunda ilmi ve kazai içtihatlar tarafından kabul edildiği üzere, “*çekişme yokluğu*” kıstasına göre ÇY’ya giren bir işin mahkemede derdest olduğu sırada, hukukî durumu ÇY kararı ile etkilenebilecek olan bir üçüncü kişi (maddi anlamda ilgili), ÇY işini gören mahkemeye başvurarak, ÇY talebinde bulunan kişi ile kendisi arasında, “*çekişme yokluğu*”nu ortadan kaldıracak mahiyette (maddi hukuka ilişkin) bir uyuşmazlık ortaya çıkarırsa (çekişme yaratırsa), derdest iş, çekişmesiz olmaktan çıkıp, çekişmeli yargı alanına girer.¹³³ Üçüncü kişinin, çekişme yaratmak üzere mahkemeye yapacağı bu başvuru bir şekle bağlı değildir.¹³⁴

Kuru’nun tespit ettiği örneklere göre, örneğin kıymetli evrakın iptali talebinin incelenmesi sırasında, bir üçüncü kişi, iptali istenen senedi (meşru hamilin kendisi olduğu iddiası ile) mahkemeye ibraz ederse, bu üçüncü kişi ile iptal talebinde bulunan kişi arasında maddi hukuka ilişkin bir uyuşmazlık yaratılmış olur (Ticaret Kanunu m. 577 ve 675).¹³⁵

Bunun gibi, Tapu Kanunu’nun (5520 sayılı Kanunla değişik) 31. maddesine göre yapılan “*yüz ölçümünün düzeltilmesi*” taleplerinde, taşınmaz malikinin komşularından biri, mahkemeye gelerek, yüz ölçümünün düzeltilmesinin, komşu parseldeki kendi taşınmazının yüz ölçümünün azaltacağı gerekçesiyle “*itiraz*” ederse, talep sahibi ile bu üçüncü kişi arasında bir uyuşmazlık meydana gelir.¹³⁶

¹³³ Buna karşılık, çekişme yokluğu kıstasından başka kıstaslar dolayısıyla çekişmesiz yargıya girdiği kabul edilen bir iş (örneğin vasi tayini işi), çekişme yaratılarak çekişmeli yargı alanına sokulamaz; Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 42.

¹³⁴ Çekişmesiz yargı işi bir dava olmadığı için, kanımca, bu başvurunun, asli müdahale, fer’i müdahale veya karşılık dava şeklinde yapılması veya o şekilde nitelendirilmesi de doğru değildir. Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 73 ve 123.

¹³⁵ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, s. 30.

¹³⁶ Bkz., Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, s. 30-31 ve orada yer verilen

Ticaret sicili memurunun kararına itirazda (Ticaret Kanunu m. 36), hukukî durumu mahkemenin kararı ile etkilenecek olan üçüncü kişinin, mahkemenin daveti üzerine, yargılamaya katılması ve itirazda bulunan kişinin itirazına muhalefet etmesi hâlinde, itirazda bulunan ilgili ile itiraza muhalefet eden üçüncü kişi arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmış olur.

Son bir örnek olarak, mirasçılık belgesi verilmesi taleplerinde, talepte mirasçı olarak adına yer verilmeyen üçüncü bir kişi mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu bildirir ise, bu üçüncü kişi ile mirasçılık belgesi verilmesi talebinde bulunan kişi arasında bir uyuşmazlık çıkmış olur.¹³⁷

Bu durumlarda, üçüncü kişinin itirazı ile çekişme yaratıldıktan (iş ÇY'dan çıkıp çekişmeli yargı alanına girdikten) sonra, ÇY işini gören mahkemenin, çekişmeli yargı talebini inceleyebilmesi için, derdest ÇY işinin, ıslah yoluyla (HUMK m. 83 vd.ndaki şartlar yerine getirilerek) davaya dönüştürülmesi veya çekişme yaratan üçüncü kişinin (velev çekişmesiz yargı işine ilişkin dosya üzerinden) harçlarını ödeyerek bir dava dilekçesi vermesi gerektiği kanısındayım. Kanımca, ÇY talebinde bulunan kişi ıslah yoluna başvurmadıkça veya çekişme yaratan üçüncü kişi dava harçlarını yatırmak üzere karşı tarafa bir dava dilekçesi tebliğ ettirmedikçe, ÇY alanından çıkarak çekişmeli yargı alanına giren iş, kendiliğinden bir davaya dönüşmez (Bkz., HUMK m. 72 ve m. 74); bu yollara başvurulmama, mahkemenin ÇY işinin konusuz kalması nedeniyle yargılamaya son vermesi gerekir.¹³⁸

VII. ÇEKİŞMESİZ YARGIDA İLGİLİLER (TARAFLAR)

A. Genel Olarak

ÇY'da, kural olarak, davada olduğunun aksine, birbirine zıt menfaatleri olan taraflar yoktur; iki taraf sistemi geçerli

HGK 22 Haziran 1996, 1/346-464, *İKİD* 1995, sayı 441, s. 10918-10921.

¹³⁷ Bkz., Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 1, s. 33.

¹³⁸ Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 149-153.

değildir. Aynı şekilde, kural olarak, çekişmeli yargıda geçerli olan şekli taraf kavramı da ÇY işleri için geçerli değildir. ÇY' da, taraflar yerine "ilgililer"den söz edilir. İlgililerin kim olduğunu belirlemek konusunda, kural olarak, maddi anlamda ilgili olma kavramı geçerlidir; maddi anlamda ilgili kavramına göre, "ÇY işi hakkında verilecek karar ile hukukî durumlarına herhangi bir şekilde dokunulan veya dokunulmak ihtimali bulunan bütün kimseler"¹³⁹ ilgili sayılırlar.¹⁴⁰

B. Çekişmesiz Yargıda Üçüncü Kişilerin Yargılamaya Katılması

Hukukî durumu ÇY kararı ile etkilenecek olan (üçüncü kişi durumundaki) maddi anlamda ilgililere, yargılamaya katılmak ve karara karşı hukukî çarelere başvurmak olanağının verilmesi, Anayasa'daki hak arama hürriyetinin gereğidir (m. 36).¹⁴¹

Bu çalışmanın amacıyla sınırlı olarak özetlenecek olursa, kanımca ÇY'da fer'i müdahale hükümlerinin (HUMK m. 53-58) doğrudan doğruya uygulanması mümkün değil ise de, maddi anlamda ilgili olan üçüncü kişilerin ÇY işlerine katılmasında, fer'i müdahaleye ilişkin hükümlerinin, ÇY'nun mahiyetine uygun düştüğü oranda, kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre, ÇY'ya katılma talebinin kabulü için maddi anlamda ilgili olmak şartı aranmalı (m. 53'e kıyasen); müdahale talebinin dilekçe ile yapılabileceği kabul edilmeli; şekli anlamda ilgililere katılma talebine itiraz olanağı verilmeli (m. 54 ve m. 55'e kıyasen); katılma talebinin kabulü halinde, ilgili, ÇY işine bulunduğu noktadan itibaren katılabilmelidir (m. 56'ya kıyasen). Buna karşılık, kanımca, "müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket etmesini" öngören HUMK'nun 57. maddesi, ÇY'nun

¹³⁹ Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 141.

¹⁴⁰ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 139 - 144, 158 - 159; Walter Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Bası (Münih: C.H. Beck, 1983), s. 92 - 102.

¹⁴¹ Bkz., Muhammet Özeker, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin, 2003); s. 268-273; Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 111-113.

mahiyetine uygun düşmediği için, ÇY'ya katılma hallerinde uygulanmaz. Diğer hükümlerin uygulanmasında da ÇY'nın özellikleri göz önünde bulundurulur. Örneğin, ÇY'da re'sen araştırma ilkesinin uygulanması dolayısıyla, ÇY'ya katılmada kıyasen uygulanan 56. maddenin buradaki sonuçları, davaya müdahalede olduğundan farklıdır; katılan ilgilinin ÇY işini bulunduğu noktadan itibaren takip edeceğinin anlamı, sadece, o tarihe kadar yapılan usûl hukuku işlemlerinin tekrar edilmeyeceği anlamına gelir, fakat, sözgelimi, yeni olguların ileri sürülmesine engel oluşturmaz.

İlk derece mahkemesinde, üçüncü kişi durumundaki maddi anlamda ilgililere talepte bulunmuş olmalarına rağmen hak arama hürriyetine dayanan dinlenilme hakkının tanınmamış olması, usûle ilişkin bir temyiz (bozma) sebebi teşkil eder (Anayasa m. 36, HUMK m. 428, bent 4). Sulh mahkemesinin kararına karşı asliye mahkemesine itiraz hakkının tanındığı hallerde, bu eksiklik, asliye mahkemesinde yapılan yargılamada giderilebilir. Nihayet, ÇY kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için, mahkemede kendisine söz hakkı tanınmayan ilgili, yeni bir karar verilmesi için mahkemeye talepte bulunmak hakkına da sahiptir.

C. Çekişmesiz Yargıda Savcı veya Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılamaya Katılması¹⁴²

Özel kanun hükümleri uyarınca¹⁴³ ÇY işinde hazır bulunması gerektiği halde kendisine bu olanak verilmemiş olan savcı veya diğer kamu görevlilerinin durumu,¹⁴⁴ kendilerine yargılamaya katılmak olanağı verilmemiş olan maddi anlamda ilgililerin durumundan farklıdır. Bu son halde, savcı veya diğer kamu görevlisi, hak arama hürriyetine dayanarak değil,

¹⁴² Ejder Yılmaz, "Savcılarının Hukuk Davalarındaki Görevleri", *AÜHF* Cilt 29 (1972), no. 1 - 2; s. 254 - 283.

¹⁴³ Örneğin Bkz., Nüfus Kanunu m. 46.

¹⁴⁴ Yılmaz, "Savcılarının Hukuk Davalarındaki Görevleri", s. 280 - 281.

kamu yararını korumak için yargılamada hazır bulunur.¹⁴⁵ Bu gerek yerine getirilmeden karar verilmesi de bozma (temyiz) sebebi oluşturmaz.¹⁴⁶

D. Çekişmesiz Yargıda Üçüncü Kişilerin Re'sen Yargılamaya Davet Edilmesi

Türk Hukukunda, mahkemenin hukukî durumları ÇY kararı ile etkilenecek olan kişileri bir ilânla uyarması veya ÇY işine katılmaya re'sen davet etmesini öngören özel hükümler vardır. “Doğrudan doğruya iflâs talebinin ilân edilmesi” (İİK 177 II ve 178 II), “konkordato mühleti talebinin ve konkordatonun tasdiki ile ilgili duruşmanın ilan edilmesi” (İİK 287 I, 296 II), “ticaret sicili memurunun kararına itirazda üçüncü kişilerin dinlenmesi” (TK 36 I) ve “yüzölçümünün düzeltilmesi işlerinde, komşu taşınmaz maliklerinin itirazlarını bildirmeye davet edilmesi” (Tapu K. 31 II) konusundaki hükümlerde karşımıza çıkan bu özel düzenlemeler, kanımca, fer'i müdahale, asli müdahale ve isticvap gibi klasik usûl hukuku müesseselerinden ayrı, bağımsız bir usûl hukuku müessesesi oluşturmaktadırlar. “Çekişmesiz Yargıda Mahkemenin Üçüncü Kişileri Daveti” adı verilebilecek bu müesseseyi başka bir yerde incelemeye çalıştım.¹⁴⁷

Bugün itibarıyla, ÇY'da mahkemenin üçüncü kişileri daveti halleri arasında “sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflâsının ertelenmesinde alacaklıların dinlenmesi” (İİK 179 II) ve “sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması başvurusu hakkında karar verilecek duruşmaya alacaklıların ilânla davet edilmesi” (İİK 309ö I) hâlleri de sayılabilir.

¹⁴⁵ Keidel, *Der Grundsatz des Rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*, s. 78.

¹⁴⁶ Örneğin Bkz., 6. HD 1 Mayıs 1991, 5541/5938, YKD Cilt 17 (1991), sayı 10, s. 1490.

¹⁴⁷ Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 116-129.

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

ÇY'da mahkemenin üçüncü kişileri daveti hallerinin ortak özellikleri olarak

1. ilgilinin yargılamaya katılmaya mahkeme tarafından (tebligat veya ilân yoluyla) re'sen davet edilmesi;

2. ilgilinin yargılamada taraflardan birinin yanında, ona yardım etmek için değil, kendi yararını korumak için yer alması;

3. ilgilinin yargılamada yer alan diğer ilgili veya ilgililere yönelttiği eda, tespit veya yenilik doğuran hüküm alınması yönünde bir talebi olmaması ve

4. ilgilinin "taraf" veya "müdahil" sıfatıyla değil, bizatihi "maddi anlamda ilgili" olmak sıfatıyla usûlî işlemler yapması sayılabilir.

Bu özellikler dolayısıyla, mahkemenin ÇY kararı ile etkileyecek olan kişileri bir ilânla uyarması veya ÇY işine katılmaya re'sen davet etmesinin söz konusu olduğu yukarıdaki hallerde, üçüncü kişinin yargılamaya katılması, yargılamayı çekişmeli yargı hâline getirmez. Bu nedenle, Yargıtay 19. HD'nin aşağıda incelenecek olan bir kararında yer verdiği, "konkordatonun tasdikine ilişkin incelemenin gerçekleştirilmesi sırasında, tasdik şartlarının bulunmadığı yönünde itirazlar olmuşsa bu durumda yapılacak olan yargısal faaliyetin çekişmesiz yargılama faaliyeti değil, çekişmeli yargılama faaliyeti olacağı" ve konkordato borçlusunun bu sebeple konkordatonun tasdiki talebini geri alamayacağı şeklindeki görüşüne¹⁴⁸ katılmıyorum.

Kanımca, olması gereken hukuk bakımından, mahkemenin üçüncü kişiyi daveti usûlünün, bütün ÇY işlerinde uygulanması uygun olur. Bu şekilde, mahkemeye re'sen davet olunan maddi anlamda ilgililer ÇY işi ile ilgili malzemenin toplanmasına yardımcı olmak ve hukukî görüşlerini bildirmek olanağına sahip olacaklardır.

¹⁴⁸ 19. HD 2 Mart 2000, 904/1573, YKD 2000, sayı 8, s. 1269-1270.

Örneğin, olması gereken hukuk bakımından, mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin başvurunun, bilinen bütün ilgililere re'sen tebliğ edilerek, bu ilgililere ÇY işine katılmak fırsatının verilmesi, hem bu üçüncü kişilerin hak arama hürriyetlerinin korunması hem de ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlenmesi (azaltılması) bakımından yararlıdır. Medenî Kanun'un 598. maddesi, atanmış mirasçılarının mirasçılık belgesi istemesi halinde, bu talebin diğer maddi anlamda ilgililere (kanunî mirasçılara ve daha önceki bir ölüme bağlı tasarrufla lehlerine kazandırma yapılmış olup da yeni vasiyetnameden etkilenen kişilere) tebliğini ve bu kişilere, mirasçılık belgesi talep eden kişinin talebine itiraz olanağı tanınmasını öngörmektedir. Yargıtay, bu tebliğler yapılmadan atanmış mirasçılara mirasçılık belgesi verilmesini bir bozma sebebi saymakta,¹⁴⁹ fakat kanunî mirasçılarının mirasçılık belgesi taleplerinde aynı tebligatı gerekli görmemektedir. Mirasçılık belgesinin gerçek hukukî durumu yansıtmaması hâlinde, hukukî menfaat sahibi olan mirasçılar gerçek mirasçılık durumunun tespiti için, uygulamada "*veraset ilâmının iptali davası*" diye bilinen bir tespit davası açabilirler (MK 598 III). Mirasçılık belgesinin iptaline kadar geçen süre içinde iyiniyetle hak iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin (örneğin hatalı mirasçılık belgesine göre gerçek mirasçı olmayan kişi üzerine tescil edilmiş bir taşınmazı bu kişiden satın alarak temellük eden üçüncü kişilerin) durumu da bir sorun teşkil etmektedir. Mirasçılık belgesi verilmesi sırasında, nüfus kütüğünden anlaşılan veya başka şekilde maddi anlamda ilgili olduğu bilinen (mansup mirasçılar gibi) bütün kişilerin re'sen davet edilerek, bu kişilere yargılamaya katılmak olanağının verilmesi, ileride ortaya çıkabilecek bu türlü uyuşmazlıkları azaltacaktır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ 2. HD. 6 Kasım 1986, 9176/9751, Esat Şener, *İçtihatlı - Açıklamalı Türk Medenî Kanunu*, 3. Bası, 2. Cilt (Ankara: Seçkin, 1998), s. 1449.

¹⁵⁰ Buna rağmen, mirasçılık belgesi kesin hüküm halini almayacaktır. Çünkü, mirasçılık belgesi verilmesi talebini yapan kişi dışındaki maddi anlamda ilgililerin yargılamaya katılması, bu kişilerle talep sahibini hasım (taraf) hâline getirmez ve mirasçılık belgesi verilmesi işini bir davaya dönüştürmez. Uygulamada mirasçılık belgesi verilmesi taleplerinin, "hasımlı veraset davası" ve "hasımsız veraset davası" şeklinde iki türü bulunduğu;

Benzer şekilde, Medenî Kanun'un 124. maddesi evlenmeye izin işlerinde sadece ana, baba veya vasinin dinlenilmesini şart kılmış olmasına rağmen, olması gereken hukuk bakımından, sulh mahkemesinin diğer maddi anlamda ilgilileri (özellikle küçüğün kendisi ile evlenmek istediği kişiyi ve bu kişi de küçük ise, onun kanunî temsilcisini) de re'sen davet ederek dinlemesi, bu üçüncü kişilerin hak arama hürriyetinin korunması açısından gereklidir.¹⁵¹

Yine olması gereken hukuk bakımından, evlat edinmede, Kanun, evlat edinilmek istenen kimsenin ve rızası aranan ana baba ile eşlerin dinlenilmesini öngörmüş olmasına rağmen (MK m. 308-309), diğer maddi anlamda ilgililer (örneğin, evlat edinmek isteyen kişinin sahih nesepli olmayan çocukları veya başka evlatlıkları) varsa, bunların da yargılamaya re'sen davet edilip dinlenilmesi gereklidir.

mirasçılık belgesi almak isteyen kişinin, diğer mirasçıları hasım göstermek suretiyle, talebini bir dava şeklinde ileri sürebileceği kabul edilmektedir; Bkz., Hasan Özkan, *Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı*, 6. Bası (Ankara: Seçkin, 1999), s. 176 - 177 ve 2. HD'nin age s. 190'da yer alan 7 Şubat 1972 tarih ve 417/583 sayılı kararı. Oysa, mirasçılık belgesi verilmesi talebinde diğer mirasçıların hasım olarak gösterilmesi, bu çekişmez yargı işini bir dava haline getirmez; Bkz., Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı*, s. 51, dipnotu 52. Ancak, mirasçılık belgesi verilmesi talebini içeren dilekçeden, talep sahibi ile hasım olarak gösterilen kişiler arasında, mirasçılık sıfatları veya miras hisseleri konusunda bir uyuşmazlık olduğu ve bu uyuşmazlığın halledilmesinin istenildiği anlaşılıyorsa, aslında, bir mirasçılık belgesi verilmesi talebi (MK m. 538) mevcut olmayıp, mirasçılık sıfatlarının veya miras hisselerinin tespitine ilişkin bir tespit davası açılmış demektir. Mirasçılık sıfatlarının ve miras hisselerinin tespitine ("verasetin sübutu"na) ilişkin tespit davasına bir örnek için Bkz., 14. HD 2 Kasım 1976, 415/5219, Özkan, *Açıklamalı - İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı*, s. 193.

¹⁵¹ Nitekim eski MK'umuzun 4721 sayılı (yeni) MK m. 124'e karşılık düşen 88. maddesinde ilgililerin davetine ilişkin böyle bir düzenleme olmadığı içindir ki, 4721 sayılı MK'ya yeni bir hüküm (m. 128) eklenerek, yasal temsilcisinin iznini alamayan küçük veya kısıtlının evlenme izni başvurusunu bizzat yapmasına olanak tanınmıştır.

E. Yargıtay'ın Çekişmesiz Yargıda, Davadaki Taraflara İlişkin Hükümleri Uygulaması

Türk Hukukunda, mahkemenin üçüncü kişileri davetine ilişkin genel hükümler bulunmaması nedeniyle, Yargıtay, çekişmesiz yargı kararından etkilenecek üçüncü kişilerin hak arama hürriyetinin korunması için, bazı ÇY işlerini çekişmeli yargı gibi nitelendirmektedir. Yargıtay, bu yolla, HUMK'nun taraf teşkiline ilişkin 73. maddesinden veya mecburi dava arkadaşlığı Kurumundan yararlanarak, üçüncü kişilerin yargılamaya çekilmesini sağlamaktadır. Bu konuda “*Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*” isimli kitapta örnekler verilmişti.¹⁵²

Yargıtay özellikle takibi talebe bağlı ÇY işleri hakkındaki başka bazı kararlarında da bu ÇY işlerinin çekişmeli yargıya dahil olduğunu varsayarak ederek taraf teşkili gerektiği sonucuna varmaktadır; örneğin:

Anonim şirket genel kurulunun azlık tarafından toplantıya davet edilmesine izinde: “*Davacılar vekili, davalı şirket sermayesinin % 10 undan fazlasına sahip olduklarını, şirket ana sözleşmesi gereğince mart ayından itibaren 3 ay içerisinde yapılması gereken 1990 yılı olağan genel kurul toplantısının halen yapılmadığını ve bu hususta şirket yönetim kurulu başkanı ve denetçiye yapılan başvurunun sonuçsuz kaldığını, ret gerekçelerinin yerinde olmadığını, karar defterinin C. Savcılığında bulunduğunu, gerekli payın rehnedildiği belirterek, şirketin 1990 yılı olağan genel kurul toplantısının yapılması ve şirket hesaplarını kontrol için bir bilirkişi tayip edilebilmesi için genel kurulu toplantıya çağırılmaya yetki ve izin verilmesini talep ve dava etmiştir.*”

Mahkemece evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda, TTK'nın 367. maddesi gereğince şirketin 1/10 payına sahip olanların yönetim kurulu ve murakıba yapılan başvurunun sonuçsuz kalması üzerine şirket genel kurulunu toplantıya çağırarak için mahkemeye

¹⁵² Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 130.

başvurmalarının mümkün bulunduğu, dava konusu olayda yönetim kurulu başkanı ve murakıba yapılan başvurunun sonuçsuz kaldığı, şirketin pay senedi çıkarmanası nedeniyle sermayenin 1/10'u tutarındaki teminatın dosyaya yatırıldığı bu nedenle istemin yerinde bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. / Kararı, şirket ve E. vekili temyiz etmiştir. ...

... dava olağüstü genel Kurula izin isteniyle TTK'nın 367. maddesi gereğince açılmış bulunan nizalı kazaya dahil bir eda davası niteliğindedir. Her ne kadar dairemiz İçtihadlarına göre istem duruşma açılmaksızın evrak üzerinde yapılan incelemeyle karara bağlanabilir ise de, açılan dava yukarıda belirtildiği üzere nizalı kazaya dahil bir eda davası niteliğinde olduğundan mahkemece en azından davalı şirkete tebligat yapılmak veya şirket temsilcisi dinlendikten sonra taleple ilgili olarak bir karar verilmek gerekir. Davada davalı şirkete tebligat yapılmadığı gibi şirket yetkilisi dahi dinlenmediğinden hükmün davalı şirket yararına bozulması gerekmiştir.”¹⁵³

Arsa Ofisi Kanunu'nun 11. maddesine göre tapuya işlenmiş olan şerhlerin silinmesinde: “Davacı Dosab vekili 15.6.2001 tarihli dilekçesi ile, dava konusu 4 sayılı parselin 17.7.2000 tarihinde satılarak ortaklığın giderilmesine karar verildiğini kesinleşen bu karara göre, ihale suretiyle 18.1.2001 tarihinde taşınmazın üçüncü şahsa satışından önce dava konusu parselde, belediyenin müşterek payı üzerinde 7.8.2000 tarihinde (davacı yani Dosab'ın onayı olmadan temlik edilmeyeceğine) dair tapuya şerh verildiğini, yani ihalenin bu şerh ile yükümlü olarak yapılmasına rağmen davacı Dosab'ın haberi olmadan mahkemece 30.4.2001 tarihinde bu şerhin resen terkin edilip, terkin kararının tapuya bildirildiğini beyanla bu karara itirazda bulunmuştur. Mahkemece itirazın reddine dair 18.6.2001 tarihli karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava Medeni Kanun'un 919 maddesi gereğince (4562 sayılı yasanın geçici 6. maddesi gereğince) tapuda davacı lehine konulan şerhin mahkemece re'sen terkinine üzerine, tapuya bu şerhin yeniden yazılması isteğine ilişkindir. Tapu kaydına bu şerhin yeniden yazılması tapu sicilinde

¹⁵³ 11. HD 4 Haziran 1992, 1020/7385, www.kazanci.com.tr; aynı yönde Bkz., 11. HD 9 Haziran 1997, 3474-4456, www.kazanci.com.tr.

hukuki netice meydana getireceğinden, taraflar arasındaki uyumsuzluğun genel hükümlere göre yürütülecek, harcı da verilecek bir dava ile çözümlenmesi gerekir. Bu itibarla mahkemece taraf teşkili sağlanıp duruşma yapılmadan, uyumsuzluğun değişik işlerden olduğu kabul edilerek evrak üzerinden davanın esasına dair hüküm tesisi usûl ve kanuna aykırı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”¹⁵⁴

Evlat edinmede: *“Davacılar vekilinin Özcan Esmer aleyhine açtığı dava ile davalının eşi Serap Esmer’i davacıların evlat edinmelerine izin verilmesini istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır./Özcan Esmer aleyhine açılan davanın evlat edinmek istenilen kişinin Serap Esmer olması nedeniyle sıfat yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek hüküm Kurulması usûl ve yasaya aykırı bulunmuştur.”¹⁵⁵*

Nüfus kaydının düzeltilmesinde: *“Kubilay Öztürk’e velayeten annesi Songül Kirgez vekili tarafından davalılar aleyhine açılan dava ile, davalılardan Fehmi Öztürk’e ait kimliği kullanan Hüseyin Akış ile davacı Songül’ün 30.9.1995 yılında evlendikleri, bu evlilikten Kubilay adında çocukları olduğu ve tarafların 1998 yılında boşandıkları, ancak kimliğinin kullanılması nedeniyle, Fehmi Öztürk’ün nüfusuna kayıtlı bulunan Kubilay’ın, babası olan Hüseyin Akış’ın nüfusuna kaydedilmesinin istendiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.*

Dosya içeriğinden, davalı Hüseyin Akış’ın bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkum olması nedeniyle Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 11.7.2001 gün ve 2001/519 esas, 2001/660 karar sayılı kararı ile kısıtlanarak, babası Süleyman Akış’ın velayeti altına alındığı, itirazı üzerine Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 19.6.2002 günlü kararı ile vasi olarak Nusret Akış’ın atandığı, 6.11.2002 günlü ek karar ile vasinin husumete mezun kılındığı görülmektedir.

¹⁵⁴ 14. HD 15 Ekim 2001, 5558/6752, www.kazanci.com.tr.

¹⁵⁵ 2. HD 6478/7585, 26 Mayıs 2003, Resmî Gazete, 27 Haziran 2003, sayı 25151.

başvurmalarının mümkün bulunduğu, dava konusu olayda yönetim kurulu başkanı ve murakıba yapılan başvurunun sonuçsuz kaldığı, şirketin pay senedi çıkarmaması nedeniyle sermayenin 1/10'u tutarındaki teminatın dosyaya yatırıldığı bu nedenle istemin yerinde bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. / Kararı, şirket ve E. vekili temyiz etmiştir. ...

... dava olağanüstü genel Kurula izin istemiyle TTK'nın 367. maddesi gereğince açılmış bulunan nizalı kazaya dahil bir eda davası niteliğindedir. Her ne kadar dairemiz İçtihadlarına göre istem duruşma açılmaksızın evrak üzerinde yapılan incelemeyle karara bağlanabilir ise de, açılan dava yukarıda belirtildiği üzere nizalı kazaya dahil bir eda davası niteliğinde olduğundan mahkemece en azından davalı şirkete tebligat yapılmak veya şirket temsilcisi dinlendikten sonra taleple ilgili olarak bir karar verilmek gerekir. Davada davalı şirkete tebligat yapılmadığı gibi şirket yetkilisi dahi dinlenmediğinden hükmün davalı şirket yararına bozulması gerekmiştir.”¹⁵³

Arsa Ofisi Kanunu'nun 11. maddesine göre tapuya işlenmiş olan şerhlerin silinmesinde: “Davacı Dosab vekili 15.6.2001 tarihli dilekçesi ile, dava konusu 4 sayılı parselin 17.7.2000 tarihinde satılarak ortaklığın giderilmesine karar verildiğini kesinleşen bu karara göre, ihale suretiyle 18.1.2001 tarihinde taşınmazın üçüncü şahsa satışından önce dava konusu parselde, belediyenin müşterek payı üzerinde 7.8.2000 tarihinde (davacı yani Dosab'ın onayı olmadan temlik edilmeyeceğine) dair tapuya şerh verildiğini, yani ihalenin bu şerh ile yükümlü olarak yapılmasına rağmen davacı Dosab'ın haberi olmadan mahkemece 30.4.2001 tarihinde bu şerhin resen terkin edilip, terkin kararının tapuya bildirildiğini beyanla bu karara itirazda bulunmuştur. Mahkemece itirazın reddine dair 18.6.2001 tarihli karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava Medeni Kanun'un 919 maddesi gereğince (4562 sayılı yasanın geçici 6. maddesi gereğince) tapuda davacı lehine konulan şerhin mahkemece re'sen terkin üzerine, tapuya bu şerhin yeniden yazılması isteğine ilişkindir. Tapu kaydına bu şerhin yeniden yazılması tapu sicilinde

¹⁵³ 11. HD 4 Haziran 1992, 1020/7385, www.kazanci.com.tr; aynı yönde Bkz., 11. HD 9 Haziran 1997, 3474-4456, www.kazanci.com.tr.

hukuki netice meydana getireceğinden, taraflar arasındaki uyuşmazlığın genel hükümlere göre yürütülecek, harcı da verilecek bir dava ile çözümlenmesi gerekir. Bu itibarla mahkemece taraf teşkili sağlanıp duruşma yapılmadan, uyuşmazlığın değişik işlerden olduğu kabul edilerek evrak üzerinden davanın esasına dair hükmü tesis usûl ve kanuna aykırı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.”¹⁵⁴

Evlat edinmede: “Davacılar vekilinin Özcan Esmer aleyhine açtığı dava ile davalının eşi Serap Esmer’i davacıların evlat edinmelerine izin verilmesini istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün tenyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır./Özcan Esmer aleyhine açılan davanın evlat edinmek istenilen kişinin Serap Esmer olması nedeniyle sıfat yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek hükmün Kurulması usûl ve yasaya aykırı bulunmuştur.”¹⁵⁵

Nüfus kaydının düzeltilmesinde: “Kubilay Öztürk’e velayeten annesi Songül Kirgez vekili tarafından davalılar aleyhine açılan dava ile, davalılardan Fehmi Öztürk’e ait kimliği kullanan Hüseyin Akış ile davacı Songül’ün 30.9.1995 yılında evlendikleri, bu evlilikten Kubilay adında çocukları olduğu ve tarafların 1998 yılında boşandıkları, ancak kimliğinin kullanılması nedeniyle, Fehmi Öztürk’ün nüfusuna kayıtlı bulunan Kubilay’ın, babası olan Hüseyin Akış’ın nüfusuna kaydedilmesinin istendiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün tenyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Dosya içeriğinden, davalı Hüseyin Akış’ın bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkum olması nedeniyle Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 11.7.2001 gün ve 2001/519 esas, 2001/660 karar sayılı kararı ile kısıtlanarak, babası Süleyman Akış’ın velayeti altına alındığı, itirazı üzerine Lüleburgaz Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 19.6.2002 günlü kararı ile vasi olarak Nusret Akış’ın atandığı, 6.11.2002 günlü ek karar ile vasinin husumete mezun kılındığı görülmektedir.

¹⁵⁴ 14. HD 15 Ekim 2001, 5558/6752, www.kazanci.com.tr.

¹⁵⁵ 2. HD 6478/7585, 26 Mayıs 2003, Resmî Gazete, 27 Haziran 2003, sayı 25151.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır. / Aynı Kanun'un 10. maddesi gereğince, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fül ehliyeti vardır. / Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 38. maddesi hükmüne göre, 'Davaya ehliyet Kanunu Medeni ile tayin olunmuştur.' 73. maddesi gereğince de, hakim her iki tarafı usûlüne uygun davet etmedikçe hükmünü veremez.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, hakim görevi gereği kendiliğinden dikkate almak zorundadır. (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.2.1990 gün ve 10410-1838 sayılı kararı)

Mahkemeye davalılardan hükmümlü Hüseyin Akış'a itirazı üzerine vasi olarak atanan ve husumete mezun kılınan Nusret Akış'a dava dilekçesi ile duruşma günü tebliğ edilerek davaya katılması sağlandıktan sonra, savunması ve delilleri sorulup sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, vasiye tebligat yapılmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm Kurulması usûl ve yasaya aykırıdır."¹⁵⁶

Adın düzeltilmesinde: "Davacı Esin Sak tarafından Mert Sak'a velayeten Nüfus Müdürlüğü aleyhine açılan dava ile Karşıyaka 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 26.09.2002 gün ve 2002/65-676 sayılı kararı ile babası Mustafa Sayın ile soybağı kurulan küçük Mert'in soyadının Sayın olarak düzeltilmesini istediği, mahkemeye davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün tenyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi hükmüne göre "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır." aynı kanununun 27. maddesi gereğince, "adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hakimden istenebilir."

"Küçüğün soyadının babasının soyadı olan Sayın olarak düzeltilmesine ilişkin istek; Mustafa Sayın'ın haklarını etkileyeceğinden davanın adı geçen kişiye yönetilmesi, gösterdiği takdirde delillerin

¹⁵⁶ 2. HD 14 Temmuz 2003, 9334/10669, Resmî Gazete, 21 Ağustos 2003, sayı 25206.

toplanaarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu hususa dikkat edilmeden eksik hasımla yazılı şekilde hükiim kurulması usûl ve yasaya aykırıdır.”¹⁵⁷

Bazı Yargıtay kararlarında ise, ilgili üçüncü kişilerin ÇY işine, mahkeme tarafından re’sen dahil edilmesi gerektiğine ilişkin ifadelere yer verilmektedir. Bu konudaki bazı örneklere “Medenî Usûl Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması” isimli kitapta yer verilmişti. Başka örnekler olarak aşağıdaki kararlar gösterilebilir:

Nüfus kaydının düzeltilmesinde: “Dava iki yönlüdür. Abdi Şıh K. yönünden nüfus kayıt tashihi, Tahir K. yönünden babalık davasıdır. Tahir K. mirasçılarının davaya dahil edilmesi davacı Döndü’nün nüfusa kaydına esas teşkil eden belgelerin celbi ile tarafların delillerinin sorulup tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usûl ve yasaya aykırı olduğu gibi, davanın Hazine’ye ihbar edilmemesi de doğru bulunmamıştır.”¹⁵⁸

“Dosyada bulunan nüfus kayıt örneğinden, mükerrer kaydının iptaline karar verilen davacının sağ anne baba ve kardeşlerinin olduğu anlaşılmakta olup, verilen karar bunların hak ve hukuklarını yakından ilgilendirdiğinden; davanın yönteminde bu kişilere de yönelti olarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, bu hususa uyulmadan davanın sonuçlandırılması usûl ve yasaya aykırıdır.”¹⁵⁹

“Davacı Hüseyin Yetkin vekilinin 06.01.2003 tarihli dava dilekçesi ile davacının nüfus kütüğünde Namağlum olan baba adının Abdullah olarak düzeltilerek nüfus siciline tescilini istediği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmemesinin kesinleştiği anlaşılmaktadır./Davacının baba adının Abdullah olarak düzeltilmesi ile Abdullah’ın diğer mirasçılarının hakları ve menfaatleri etkilenebileceğinden, öncelikle Abdullah’ın kimlik bilgileri tespit edilerek veraset ilamının alınmasının sağlanması, daha sonra

¹⁵⁷ 2. HD 22 Kasım 2003, 16107/17028, Resmi Gazete, 15 Ocak 2004, sayı 25347.

¹⁵⁸ 2. HD 10 Nisan 2003, 2475/5287, www.kazanci.com.tr.

¹⁵⁹ 18. HD 15 Eylül 2003, 3907/6411, www.kazanci.com.tr.

varsa diğer mirasçuların davaya dahil edilmesi gerekir./Malikemece, re'sen gözetilmesi gereken taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilerek hükmün Kurulması, usûl ve yasaya aykırıdır.”¹⁶⁰

Kazandırıcı zamanaşımıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında: “*Davacı, dava dilekçesinde sınırlarını bildirdiği Çobanözü Köyü Deredağ, Killik, Maden, Kum, Köyiçi, Tepe mevkilerinde bulunan toplam 6 parça taşınmazın tapuda kayıtlı olmadığını, kazandırıcı zamanaşımını zilyetliği yoluyla taşınmaz edinme koşullarının yararına oluştuğunu iddia ederek Medeni Yasa'nın 639. maddesi (4721 sayılı MK 713) hükmüne göre adına tescilini istemiştir.*

... Dava dilekçesindeki açıklamaya göre dava, Medeni Yasanın 639. maddesi hükmü uyarınca tapusuz olan taşınmazın tesciline ilişkindir./Çekişmeli taşınmazların bulunduğu yerde tesbit tarihinden önce orman kadastro ve bu güne kadar genel arazi kadastro yapılmamıştır.

... Esasen, orman bölgelerinde Orman Yönetimi, tescil davalarında MY'nin 639. maddesinin 3. fıkrası gereğince yasal hasını durumunda olduğundan ... Orman Yönetimi davaya dahil edilip, taraf oluşturmalı, HYUY'nin 388/2. maddesi gereğince karar başlığında yer almalı ve yöntemine uygun orman araştırmasının da yapılması gereği düşünülmelidir.

Bundan ayrı; murisin diğer mirasçularından Keziban G. ve Sabriye K'nın da yargılamaya dahili davalı olarak katıldıkları halde karar başlığında gösterilmemeleri Usûl Yasasının anılan maddesine aykırı olup, usûle aykırılık mutlak bozma nedenidir.”¹⁶¹

Nihayet, Yargıtay yukarıda “ÇY'da üçüncü kişilerin re'sen yargılamaya davet edilmesi” olarak isimlendirdiğim hallerde de, ilgililerin yargılamaya katılmasının ÇY işini çekişmeli yargıya (davaya) dönüştüreceğini kabul ederek,¹⁶² yargılamaya katılan üçüncü kişiye (ilgiliye) davadaki taraflara ilişkin hükümleri

¹⁶⁰ 2. HD 12 Ocak 2004, 2003-16441/2004-35, *Resmî Gazete*, 20 Şubat 2004, sayı 25379.

¹⁶¹ 20. HD 11 Haziran 2001, 4903/4924, www.kazancı.com.tr.

¹⁶² Tanrıver/Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 75.

(örneğin HUMK 185 I'deki davanın geri alınması yasağını) uygulamaktadır.¹⁶³

Kanımca, ÇY'da taraf kavramının geçerli olmaması nedeniyle, Yargıtay'ın, ÇY kararından etkilenecek üçüncü kişileri yargılamaya çekmek için, HUMK'nun taraf teşkiline ilişkin 73. maddesinden veya mecburi dava arkadaşlığı Kurumundan yararlanması ve ÇY işine katılan üçüncü kişi ilgililere taraflara ilişkin hükümleri uygulaması doğru değildir.

Halen HUMK'nda üçüncü kişinin mahkeme tarafından re'sen davet edilmesine ilişkin genel bir hüküm bulunmadığına göre; hukukî durumları ÇY kararından etkilenebilecek olan üçüncü kişilerin, mahkeme tarafından, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetlerinin korunması için yargılamaya çekilmesi, ancak, mahkemenin üçüncü kişiyi re'sen davet etmesine ilişkin (yukarıda incelenen) özel kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması ile mümkün olduğu kanısındayım.

Buna göre, ÇY işine bakan mahkemenin, hukukî durumları karardan etkilenecek maddi anlamda ilgilileri yargılamaya davet etmek için, Tebligat Kanunu hükümlerine göre, özel şekle tâbi olmayan bir çağırma kâğıdı göndermesi yeterlidir (Tebligat Kanunu m. 1).

VIII. ÇEKİŞMESİZ YARGIDA YARGILAMA USÛLÜ

Türk Hukukunda ayrı bir ÇY kanunu olmamasına rağmen, çeşitli kanunlarımızda ÇY işlerine ilişkin özel hükümler bulunduğu gibi¹⁶⁴, ilmi ve kazai içtihatlarımızda da ÇY işlerinde

¹⁶³ Bkz., yukarıda dipnotu 147 civarı.

¹⁶⁴ Örneğin, çeşitli ÇY işleri hakkında görevli mahkemeyi belirten hükümler (Bkz., yukarıda dipnotu 120 civarı), bazı ÇY işlerine savcı veya diğer kamu görevlilerinin katılmasına ilişkin hükümler (Bkz., yukarıda dipnotu 142 civarı), bazı ÇY işlerinde üçüncü kişilerin yargılamaya davetine ilişkin hükümler (Bkz., yukarıda dipnotu 147 civarı), sulh hukuk mahkemesinde görülen bazı vesayet işlerinde asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilmesini öngören hükümler (Bkz., aşağıda dipnotu 192 civarı).

uygulanması gereken, çekişmeli yargıdakinden farklı bazı ortak ilke ve kurallar bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, Türk hukukunda ÇY işlerine ilişkin başlıca ortak ilke ve kurallar, *Kuru'nun Nizasız Kaza* isimli eseri izlenerek aşağıdaki gibi sıralanabilir.

A. Çekişmesiz Yargıda Yargılamanın Başlaması

ÇY işlerinin bir bölümü hâkimin re'sen harekete geçerek karara bağliyabileceği işlerdir. İlgililerin himayesini amaçlayan, özellikle aile hukukuna ve vesayete ilişkin olan (vasi tayini, velayetin kaldırılması gibi) işler, "*re'sen takip edilen ÇY işleri*" olarak adlandırılacak olan bu grupta yer alırlar. Re'sen takip edilen ÇY işlerinde, davada geçerli olan tasarruf ilkesi (HUMK 72) geçerli değildir.¹⁶⁵

Buna karşılık, "*re'sen harekete geçme*" ölçütü dışındaki ölçütler dolayısıyla ÇY'ya dahil olan birçok işlerde, mahkemenin harekete geçmesi ilgilinin talebine bağlıdır. Örneğin, bir mirasçılık belgesi düzenlenmesi, azlıkta kalan paydaşların başvurusuyla anonim ortaklığın genel Kurula davet edilmesi veya kıymetli evrakın iptali mahkemelerin re'sen harekete geçerek karara bağliyabilecekleri ÇY işlerinden olmayıp, bu işlerin görülmesi ancak ilgilinin talebiyle olur. Bu gruba giren ÇY işlerine de "*takibi talebe bağlı ÇY işleri*" denir.¹⁶⁶

Türk hukukunda bazı ÇY işlerinde re'sen harekete geçme ilkesinin uygulanacağı ilgili kanun hükümlerinde açıkça belirtilmiştir (örneğin, kayyım atanması hakkındaki MK 426 ve 427; hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi hakkındaki MK 352 II).

Re'sen takip edilen ÇY işlerinde, re'sen harekete geçme ilkesinin uygulanacağı, ilgili kanun hükmünde açıkça belirtilmese bile, ÇY işinin niteliğinden anlaşılıyorsa, re'sen harekete

¹⁶⁵ Bkz., *Kuru, Nizasız Kaza*, s. 153-155.

¹⁶⁶ Bkz., *Kuru, Nizasız Kaza*, s. 150-153.

geçmenin gerekliliği uygulamada Yargıtay kararları tarafından tereddütsüz kabul edilmektedir; örneğin:

“Davacı, babası İhsan İşcan'ın vefat etmesi üzerine, babasının gazilik maaşının reşit olmayan kardeşi Özkan İşcan'a bağlandığını, kardeşinin kendi başına tasarrufa ehil olmaması nedeniyle maaşının kendisine ödenmediğini, kardeşinin maaşının alınması ve her türlü haklarının korunabilmesi için vesayet altına alınması, kendisinin de vasi olarak tayin edilmesini talep ettiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği, hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır./Dosyada mevcut nüfus kaydı ile davacı ve vesayet altına alınması istenen Özkan İşcan'ın beyanlarından, 10.9.1990 doğumlu Özkan'ın Sebahat ve İhsan'ın evlilik dışı ilişkisinden doğduğu, babası tarafından tanınarak onun hanesinde nüfusa kayıt edildiği, babasının 16.3.2003 tarihinde vefat ettiği, annesinin ise sağ olduğu anlaşılmaktadır. ...

Türk Medeni Kanunu'nun 404. maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir./Mahkemece küçük Özkan'ın babasının ölmüş olduğu da dikkate alınarak velayet durumunun araştırılması, sağ ve ergin olduğu anlaşılan annesinin kısıtlı olup olmadığı veya velayetinin kaldırılmasına ilişkin bir karar bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, velayetin halen annede olduğunun anlaşılması durumunda, küçüğün öncelikle annenin velayeti altında kalması asıl olduğundan annenin beyanına da başvurularak, velayetin annede kalmasının küçüğün menfaatini ve gelişmesini tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin, davacının vasi olarak atanması konusunda haklı sebeplerin olup olmadığının değerlendirilmesi sonunda, velayetin anneden alınması gerektiği yönünde bir kanaatin oluşması halinde, Medeni Kanun hükümlerine göre re'sen yasal prosedürün işletilerek velayet konusunda bir hüküm alınması, oluşacak sonuca göre vesayet konusunun değerlendirilmesi gerekirken, bu incelemelere girilmeksizin davacının vasi olarak atanmasına karar verilmesi usûl ve yasaya aykırıdır.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ 2. HD 24 Mayıs 2005, 5694/8153, Resmi Gazete, 4 Ocak 2002, sayı 24630.

B. Çekişmesiz Yargıda Yargılama Konusunun Belirlenmesi

Re'sen takip edilen ÇY işlerinde, davadaki (çekişmeli yargıdaki) tasarruf ilkesi geçerli olmadığı için, mahkeme ilgililerin talepleri ile bağlı değildir; yargılama konusunu her zaman genişletip değiştirebilir.

Takibi talebe bağlı ÇY işlerinde ise hâkim, davada olduğu gibi taleple bağlıdır. Örneğin, ilgili talebini geri aldığı halde yargılamaya devam edip karar veremez.¹⁶⁸ Buna karşılık, davadakinden farklı olarak, ilgilinin yargılamaya yeni veya farklı olgular veya talepler eklenmesi konusunda bir engel (iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, HUMK 185) mevcut değildir.¹⁶⁹

C. Çekişmesiz Yargıda Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanması

ÇY işlerinde, davadaki “*taraf larca getirilme ilkesi*” geçerli değildir. “*Re'sen araştırma ilkesi*” uygulanır. Hâkim, karar vermek için gerekli olan olguların neler olduğunu belirlemek ve bu olguları aydınlatmak için gerekli delilleri toplamakla görevlidir. Yargıtay uygulamasında zaman zaman “*re'sen harekete geçme ilkesi*” ile karıştırılan bu ilke, “*re'sen harekete geçme ilkesi*”nden farklı olarak, yalnızca re'sen takip edilen ÇY işlerinde değil, takibi talebe bağlı ÇY işlerinde de uygulanır.¹⁷⁰

Re'sen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak, ÇY'da hâkimin ilgililerin gösterdikleri delillerle ve ikrarla bağlı değildir; ispat yüküne ilişkin kuralların uygulama alanı bulmaz; tanıkla ispat yasağı hakkındaki hükümler uygulanmaz.¹⁷¹

¹⁶⁸ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 161; karş. yukarıda dipnotu 178'e bağlı kısımdaki Yargıtay kararı.

¹⁶⁹ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 155-156.

¹⁷⁰ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 160-161.

¹⁷¹ Ezcümle Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 167-179.

Türk hukukunda bazı ÇY işlerinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağı ilgili kanun hükümlerinde açıkça belirtilmiştir (örneğin Bkz., ticari defterlerin ziyayı halinde belge verilmesi hakkındaki TK 68 IV; yangın, yersarsıntısı, seylap veya heyelan sebebiyle mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaa uğrayan dosyalar hakkında yapılacak yenileme muameleleri hakkındaki 4473 sayılı K. 30, 31, 33; aile mahkemesi hâkimi tarafından ailenin korunması için karar verilecek tedbirler hakkındaki 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun m. 1).

ÇY işlerinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanması kuralı Yargıtay kararlarında da ifadesini bulmaktadır; örneğin:

“Çekişmeli yargıda, taraflarca ihzar prensibi geçerli olduğu halde çekişmesiz yargıda re'sen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma prensibinin cari olması, bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Burada da taraflarca ihzar prensibi cari olsa idi, o zaman çekişmesiz yargı hakimi, talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ki, bu durumu gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Diğer taraftan kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğu için davayı değiştirme yasağı bu uyuşmazlıklarda uygulanmaz. (HUMK 185/2)”¹⁷²

Evlenmeye izinde: *“... (H)akim tarafından evlenme izni verilebilmesi için onaltı yaşını doldurmuş olmak koşulunun yanı sıra olağanüstü durumların ve pek önemli bir nedeninin varlığı zorunlu olduğu halde dosyada bu konuda bir iddia olmadığı gibi, tanık ve sair delillerle bu husus ispatlanmadan eksik tahkikatla yazılı şekilde hüküm Kurulması da doğru bulunmamıştır.”¹⁷³*

¹⁷² HGK 25 Haziran 1997, 11313/569, www.kazanci.com.tr.; aynı yönde HGK 10 Aralık 2003, 5-759/755, www.kazanci.com.tr.

¹⁷³ 2. HD 17 Nisan 2003, 4256/5646, Resmi Gazete, 9 Mayıs 2003, sayı 25103; aynı yönde 2. HD 29 Nisan 2004, 4354/5512, Resmi Gazete, 28 Mayıs 2004, sayı 25475; 2. HD 21 Mart 2005, 2133/4855, Resmi Gazete, 14 Nisan 2005, sayı 25789.

Anlaşmalı boşanmada: “Davacı Hanife Tezoldu vekilinin, davalı Ünal Tezoldu aleyhine açtığı boşanma davasının, mahkemece tarafların beyanı doğrultusunda kabul edildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi hükmüne göre, en az bir yıl sürmüş evliliklerde eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabileceği öngörülmüştür. Bu halde dahi boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir.

Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaştıklarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan dellilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanun’un 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı asil dinlenilmeksizin, davacı vekili ve davalının beyanı ile boşanma hükmü kurulmuş olması usûl ve yasaya aykırıdır.”¹⁷⁴

Evlat edinmede: “Davacı Güner Cavcar’ın davalı Uğur Hakan Kocatürk’ü evlat edinme isteğinin mahkemece kabul edildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır./Evlat edinilmek istenen 4/11/1964 doğumlu Uğur Hakan Kocatürk’ün dava ve hüküm tarihinde ergin olduğu görülmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 313. maddesi ile erginlerin ve kısıtlıların hangi hallerde evlat edinilebileceği düzenlenmiş olup 2. bendinde, evlat edinilen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş, 3. bendinde de, diğer haklı sebeplerin mevcudiyeti ve evlat edinilenin en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta olması öngörülmüştür./Dosyada, Yasa’nın aradığı koşulların varlığına ilişkin iddia ve kanıt bulunmamaktadır.

¹⁷⁴ 2. HD 14 Nisan 2003, 4254/5414, Resmî Gazete, 6 Mayıs 2003, sayı 25100; aynı yönde 2. HD 7 Nisan 2005, 3734/5622, Resmî Gazete, 20 Mayıs 2005, sayı 25809.

Mahkemece, taraflardan delilleri sorulup, toplanması, Medenî Kanun'un 313/2. ve 3. bentlerindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, maddenin amacına uygun inceleme yapılmaksızın, taraf beyanları ve nüfus kayıtları ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır."¹⁷⁵

D. Çekişmesiz Yargıda Yargılamanın Sona Ermesi

1. Talebin Geri Alınması, Feragat, Kabul ve Sulh

ÇY'da tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olmadığı için, yargılamayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan feragat, kabul ve sulh ÇY'da söz konusu olmaz.¹⁷⁶ Fakat, takibi talebe bağlı ÇY işlerinde, talepte bulunan ilgilinin talebini geri alması yargılamanın sona erdirilmesi sebebidir. Örneğin, ilgili kıymetli evrakın iptali ile ilgili talebini geri aldığı halde mahkeme yargılamayı devam ettirip senedin iptaline karar veremez.¹⁷⁷

Uygulamada bu son özellik gözden kaçırılarak, kanımca doğru olmayan sonuçlara ulaşılabilmektedir. Örneğin, Yargıtay'a göre, takibi talebe bağlı olan ÇY işlerinden konkordatonun tasdiki işinde, borçlu konkordatonun tasdiki talebini geri alsa bile, bu geri alma itiraz edenlerce kabul edilmedikçe sonuç doğurmaz:

"Davacı Y... Dış Tic. A.Ş' nin konkordato teklifi tetkik merciince yerinde görülerek, borçluya mühlet verilmiş, atanan konkordato komiserliğince düzenlenen rapor malikemeye ibraz edilmiştir. Mahkemece davacının davayı takip etmeyeceği yolundaki HUMK'nun 185/1. maddesine dayanan talebine alacaklıların karşı çıkmış oldukları gözetilerek davacı tarafça konkordato tasdik harcının yatırılma-

¹⁷⁵ 2. HD 21 Nisan 2003, 4946/5712, Resmi Gazete, 16 Mayıs 2003, sayı 25110.

¹⁷⁶ Bkz., Kuru, Nızasız Kaza, s. 171.

¹⁷⁷ Bkz., Kuru, Nızasız Kaza, s. 171.

muş olduğu ve teminat gösterilmediği gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş hükmün davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Konkordatonun tasdiki talebine ilişkin incelemenin gerçekleştirilmesi sırasında mahkemenin yapacağı yargısal faaliyet, niteliği itibariyle kural olarak çekişmesiz yargı faaliyetidir./Ancak bu durum, konkordatonun tasdikine ilişkin inceleme sırasında herhangi bir itirazın vuku bulmamış olması halinde sözkonusu olur. Buna karşılık, konkordatonun tasdikine ilişkin incelemenin gerçekleştirilmesi sırasında, tasdik şartlarının bulunmadığı yönünde itirazlar olmuşsa bu durumda yapılacak olan yargısal faaliyet çekişmesiz yargılama faaliyeti değil, çekişmeli yargılama faaliyetidir. Somut olayda davacı konkordatonun tasdiki talebini geri almışsa da konkordatonun tasdiki talebine itiraz edenler geri almayı kabul etmediklerinden mahkemece tasdik şartlarının varlığı araştırılarak yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”¹⁷⁸

2. Nihai Karar

ÇY’da, davadaki anlamı ile bir maddi hukuk uyumsuzluğunun çözümlenmesi söz konusu olmadığından, “*davayı esaslan karara bağlayan nihai karar*” anlamında hükümden bahsedilmez. Bu nedenle, ÇY işleri için de zaman zaman kullanılan “*hüküm*” terimini “*karar*” şeklinde anlamak uygun olur; “*vasi tayini kararı*”, “*velayetin kaldırılması kararı*” gibi.¹⁷⁹

Çekişmeli yargıya özgü bir Kurum olan “*kesin hüküm*” müessesesi de ÇY’da uygulama alanı bulmaz. ÇY kararının, gerek sonradan haksız görülmesi sebebiyle gerekse değişen şartlar nedeniyle değiştirilmesi mümkündür.¹⁸⁰

Yukarıda Basit ÇY İşleri olarak sınıflandırılan işlerin bir çoğunda ise, mahkemenin bir “*karar*” vermesi dahi söz konusu olmayıp, idarî nitelikte, fakat çeşitli sebeplerle mahkeme tara-

¹⁷⁸ 19. HD 2 Mart 2000, 904/1573, YKD 2000, sayı 8, s. 1269-1270, www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁹ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 174.

¹⁸⁰ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 177-198.

findan yerine getirilmesi gerekli görülen, bir belgenin aslına uygun olduğunun onaylanması (örneğin dava vekâletnamesinin sulh hâkimi tarafından tasdiki), bir yemin merasimine tanıklık edilmesi (örneğin noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmeleri), bir irade beyanının yazılı olarak tespiti ve tescili (örneğin mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili), bir belgenin teslim alınarak saklanması (örneğin yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesinin teslim alınması) gibi işler vardır. Bu son gruba giren ÇY işlerinde, işi gören mahkeme bir maddi hukuk kuralını somut olaya uygulayarak “yargı” kararı vermemektedir.

Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” şeklinde kesin ve geniş kapsamlı bir ifade kullanılmış olmasına rağmen, kanımca bu son gruba giren (idari nitelikteki) Basit ÇY İşlerinde teknik manada bir “karar” bulunmadığı için gerekçe yazılması da söz konusu olmaz. Bu istisna dışında, gerek Basit gerekse Adi ÇY İşlerinde kararlar gerekçeli olmalıdır.¹⁸¹

E. Çekişmesiz Yargıda Kanun Yolları

1. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Temyizi

HUMK'nun halen yürürlükte olan 427. maddesi bir ayırım yapmadan bütün nihai kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Bu hükme rağmen, ÇY kararlarına karşı temyiz yolunun açık olup olmadığı konusunda, Türk doktrin ve yargı içtihatlarında bugüne kadar görüş birliğine varılamamıştır. Başlıca sistematik eserlerin bazıları ÇY kararlarına karşı da temyiz yolunun açık olduğu görüşünde iken, diğerleri ÇY kararlarının temyiz edilemeyeceği görüşünü

¹⁸¹ 1924 Anayasası'nda mahkeme kararlarının gerekçeli olması gereğine ilişkin bir hüküm yoktu. Kuru, 1924 Anayasa'sının yürürlükte olduğu dönemde yazdığı eserinde ÇY kararlarının da gerekçeli olması lüzumundan bahsettikten sonra, genel olarak “Fakat, bir kararın gerekçesiz olması onun muteberliğine halel getirmemelidir” demektedir (*Nizasız Kaza*, s. 176).

kesin bir dille ifade etmektedirler. Yargıtay içtihatlarında ise kararlılık mevcut olmayıp, sadece, 2. Hukuk Dairesi'nin görev alanına giren kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin ÇY işlerinin çoğunda temyiz yolunun açık görüldüğü tespit edilebilmektedir.¹⁸²

Temyiz edilebileceği kabul edilen ÇY kararları bakımından, Yargıtay'ın çekişmeli yargı kararlarının temyizi ile ÇY kararlarının temyizi arasında yaptığı tek farklı uygulama, ÇY kararlarının bozulmasında hâkime, ÇY talebinde bulunan ilgilinin "uyuma" talep etmiş olmasına rağmen, re'sen direnme kararı verme yetkisini tanınmasıdır. Bu konudaki örnek bir Hukuk Genel Kurulu kararı şöyledir:

"Dava, çekin zayi edilmesi nedeniyle Hasımsız açılan iptal davasıdır. Çekin, kaybolması veya çalınması gibi hamilin veya vekili hamilin elinden rızası hilafına çıkması hallerinde uygulanacak yasa maddeleri TTK 730 maddesinin 20 fıkrası delaletiyle TTK 669 maddesinde düzenlenen, poliçenin iptali hakkındaki hükümlerdir./ Mahkemece davanın reddine dair verilen hüküm Özel Daire bozulması üzerine, davacının bozmaya uyulmasını istemesine rağmen mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda, öncelikle, Özel Daire bozma kararına karşı davacının bozma kararına uyulmasını istemesine karşın hakimin eski kararında direnmesinin usûlen mümkün olup olmadığı yönü ön sorun olarak ele alınmıştır.

Bilindiği gibi çekişmeli yargıda HUMK'un 429. maddesi hükmüne göre, Yargıtay bozma kararı üzerine hakim (mahkeme) tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra, bozma ilamına uyulup uyulmayacağına karar verir. Mahkeme, bozma ilanına uyma zorunda olmayıp eski kararda direnebilir. Ancak, bozma nedenlerinin kamu düzenine ilişkin ve dolayısıyla hakimin kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurması gereken nedenlerden olmaması halinde taraflar bozma ilamına uyulmasını istemişlerse, mahkeme bozma ilamına uymak zorundadır. Yargıtay'ın çekişmeli yargıda yerleşmiş

¹⁸² Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kışilerin Haklarının Korunması*, s. 131-133.

ve kurallaşmış uygulaması bu doğrultuda olmakla birlikte, çekişmesiz yargıda (nizasız kazada) bu kuralların uygulanmasının mümkün olup olmadığına bakmak gerekir.

Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki en belirgin farkı belirten ölçü "ihtilaf" çekişme yolu kıstasıdır. Çekişmeli yargıda, taraflarca ilzar prensibi geçerli olduğu halde çekişmesiz yargıda re'sen araştırma prensibi egemendir. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma prensibinin cari olması, bu gibi işlerde kural olarak mukabil (zıt) alakalı bir kimsenin olmaması düşüncesine dayanır. Burada da taraflarca ilzar prensibi cari olsa idi, o zaman çekişmesiz yargı hakimi, talepte bulunan tarafların iddia ettiği vakıalar ve ileri sürdüğü delillerle yetinmek zorunda kalırdı ki, bu durumu gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesiyle bağdaşmazdı. Diğer taraftan kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim belli vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olduğu için davayı değiştirme yasağı bu uyumsuzluklarda uygulanmaz. (HUMK 185/2)

Somut olayın özelliği itibariyle, kıymetli evrakın iptaline ilişkin dava, çekişmesiz yargı alanına girdiği açıktır. Bu davalar hasımsız olarak açılır ve çekişmesiz yargıda tabi bu gibi davalarda verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. O nedenle bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulsa bile kesin hüküm oluşturmadıklarından açılacak bir iptal davası ile değiştirilebilir ve ortadan kaldırılabirler (Bkz., TTK 563-564, 569, 573-579, 669-677, YHGK 19.9.1970 gün E.1967/T-63. K. 1970/442 RKD 1970 sh.132. Nizasız Kaza, Prof.Dr. Baki Kuru, Ank. 1961 s. 155 vd, Medeni Yargılama Hukuku Prof. Dr. Saim Üstündağ, 5. Baskı İst. 1992 s. 32 vd.).

Takibi talebe bağlı ve re'sen araştırma prensibinin cari bulunduğu çekişmesiz yargılamada, yargılama konusu ile talepte bulunan taraftan tayin edilen subjektif hakkın muhtevasından hakim ayırlamaz. Ne var ki, kararın muhtevasını tespitite, hakim geniş bir takdir hakkı vardır. Örneğin şartları mevcutsa, vesayet mahkemesi bir vasi tayin etmek zorunluluğunda olup seçiminde kural olarak geniş bir takdir hakkına sahiptir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Açıklanan ilkeler altında, çekişmesiz yargıda hakim, tarafların talepleri ile bağlı olmadığından re'sen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma ka-

rarına uyulması talebi ile de bağlı olmayacağı çok açıktır. Aksının kabulü, hakimin yasadan doğan direnme hakkının davacının isteğine bağlı olması sonucunu doğurur. Dahası direnme hakkının hakimin elinden alınması gibi yasanın öngörmediği bir durumu yaratılmış olur. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu emsal bir kararında çekişmesiz yargıda, davanın hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel Dairenin bozma kararına uyulmasını istemesi davacı yararına usulî kazanılmış hak doğurmayacağını; hakimin özel dairesince verilen bozma kararına karşı direnme hakkının bulunduğunu kabul etmiştir (YHGK 1.2.1995 gün ve E 1994/18-789, K.1995/37)

Bu durumda; hakimin kendiliğinden direnme kararı verebileceği oybirliği ile kararlaştırılmış ve işin esasına ilişkin temyiz incelemesine geçilmiştir.”¹⁸³

HGK'nun, ÇY işlerinde hâkime, ÇY talebinde bulunan ilgilinin “uyuma” talep etmiş olmasına rağmen, re'sen direnme kararı verme yetkisini tanınması kanımca yerindedir. Aksi takdirde ÇY talebinin reddedildiği hallerde, ÇY talebinde bulunan ilgili daima uyma talebinde bulunarak direnme olanağını ortadan kaldırılabirdi ki, bu da ÇY kararlarının temyizinde direnme müessesesini sadece ilk derece mahkemesinin kararının ÇY talebinde bulunan ilgilinin talebine uygun karar verdiği duruma özgü (tek taraflı işleyen) bir yol haline getirirdi.

2. Çekişmesiz Yargı Kararlarına Karşı İstinaf Yoluna Başvurulması

HUMK'nu değiştiren (5328 sayılı Kanunla değişik) 5236 sayılı Kanun, hukuk usûlümüzdeki kanun yolları sistemini iki dereceli hale getirmekte ve temyiz aşamasından önce gelmek üzere, bölge adliye mahkemelerini (istinaf yolunu) kurmaktadır. Ancak, HUMK'nun 5348 sayılı Kanun'la değiştirilen geçici 2. maddesi gereğince, istinaf hakkındaki bu yeni hü-

¹⁸³ HGK 25 Haziran 1997, 11-313/569, www.kazanci.com.tr.; aynı yönde HGK 1 Şubat 1995, 18-789/37, www.kazanci.com.tr.; HGK 10 Aralık 2003, 5-759/755, www.kazanci.com.tr.

kümler, bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin kurulup göreve başlamasından sonra (muhtemelen 2007 yılı içinde) verilecek kararlar hakkında uygulanacaktır. Bölge adliye mahkemeleri göreve başlayana kadar HUMK'nun şimdiki temyiz hükümleri uygulanmaya devam edecektir.¹⁸⁴

HUMK'nun bugün itibarıyla yürürlükte olan 427. maddesine göre, kural olarak, mahkemelerin bütün nihai kararları aleyhine temyiz yoluna gidilebilir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra uygulanacak olan HUMK 426/a hükmüne göre ise, yine kural olarak, mahkemelerin bütün nihai kararları aleyhine istinaf yoluna başvurulabilecektir. Ancak, istinaf kanun yolunun açılması ile temyiz kanun yolu da sınırlanacak ve HUMK'nun yeni 428. maddesinde altı bent olarak sayılan hallerde bölge adliye mahkemelerinin verdikleri kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu altı bentte sayılan konularda verilen kararlar için tek ve nihai olağan kanun yolu istinaf olacaktır.

İşte HUMK'nun yeni (istinaf hükümleri ile birlikte yürürlüğe girecek) 428. maddesinin 4. bendine göre, “*çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar*”, haklarında temyiz yolu açık olmayan, sadece istinafa tâbi olan kararlar arasında sayılmıştır. Bu yeni kanun hükmü ile, ilmi ve kazai içtihatların uzun süredir kullandığı “*çekişmesiz yargı*” terimi ilk defa mevzuatımıza da girmiş olmaktadır.

Bu düzenleme, aynı ilmi ve kazai içtihatlarda ÇY kararlarının kanun yollarına tâbi olup olmadığı konusunda mevcut olan tereddütleri de, kanımca, ortadan kaldıracak niteliktedir. Çünkü, yeni 426/a maddede “*temyiz*” terimi yerine “*istinaf*”

¹⁸⁴ HUMK geçici madde 2: “Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un geçici 2. maddesi uyarınca *Resmî Gazete*’de ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

terimi konulmak suretiyle (çekişmeli-çekişmesiz ayırımı yapılmaksızın) bütün nihai kararlar aleyhine istinaf yolunun açık olduğu belirtildikten başka; yeni 428. maddede de “*bölge adliye mahkemelerinin*” ÇY işlerinde verdikleri kararları aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacağına bir istisna olarak yer alması, ÇY kararları aleyhine istinaf başvurulabileceğini açıkça göstermektedir.

Fakat, kanımca, ÇY kararlarının istinafa tâbi olmasının istisnası olmak üzere, özel bir kanun hükmü ile, sulh hukuk mahkemesinin çekişmesiz yargı kararına karşı asliye hukuk mahkemesinde itiraz olanağı öngörülmüş ise, sulh hukuk mahkemesi kararına karşı temyiz (bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra: istinaf) yoluna gidilemeyeceğini; ancak itiraz üzerine verilen asliye hukuk mahkemesi kararı aleyhine kanun yoluna başvurulabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁸⁵

Ayrıca, mahkemenin teknik anlamda yargı kararı vermediği Basit ÇY İşlerinde mahkemenin, ÇY talebini kabul ederek yerine getirmesi halinde de kanun yollarına başvurulması söz konusu olmayacağı kanısındayım. Bu türlü ÇY işlerinde ancak talebin reddi halinde (örneğin mahkemenin mirasın reddi beyanını tescilden kaçınması halinde) kanun yollarına başvurulması mümkündür.

Kanımca, HUMK m. 428, bent 4 hükmü ile, temyiz konunun bütün ÇY kararları için kapatılması sakıncalı olmuştur. Kanun koyucunun bu tercihi, ÇY işlerinin ÇY işlere oranla genellikle basit ve daha az önemli konular olduğu ve bu işler bakımından istinaf kanun yolu ile yetinmenin Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek bakımından yararlı olacağı düşüncesine dayanmış olabilir. Ancak, bu mülâhazalar yalnızca Basit ÇY İşleri için doğrudur. Örneğin velayetin kaldırılması, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanışı ile kazanılması veya konkordatonun tasdiki gibi Adi ÇY işleri ne çekişmeli yargı

¹⁸⁵ Bkz., Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 4, s. 3295 ve orada anılan 2. Hukuk Dairesi içtihatları; Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kışkırların Haklarının Korunması*, s. 132-233.

işlerinden daha basit, ne de daha az önemlidir. Nitekim, Kanun-koyucu da bu ihtiyacı hissetmiş; temyizi kabil olmayan nihai kararları sayarken nüfus kaydının düzeltilmesi hakkındaki ÇY işlerini ayrı bir (beşinci) bentte zikrederek “*irs ve soybağına ilişkin sonuçlar doğuran*” nüfus kaydının düzeltilmesi kararlarını müstesna tutmuş; irs ve soybağına ilişkin sonuçlar doğuran ÇY kararlarının temyiz edilebileceğini öngörmüştür.¹⁸⁶

HUMK'nun istinafa ilişkin hükümleri yürürlüğe girmeden bir kanun değişikliği yapılması ve temyiz kanun yoluna sadece kanunda tek tek sayılacak Basit ÇY İşleri için kapatılması, diğer ÇY işlerinin (istinafla birlikte) temyiz kanun yoluna da tâbi tutulması gerektiği kanısındayım.

3. Çekişmesiz Yargı Kararlarına Karşı Kanun Yollarına Başvurabilecek Kişiler

Re'sen takip edilen ÇY işlerinde, davadakinden farklı olarak, sadece şekli anlamda ilgililer değil, yargılamanın dışında (üçüncü kişi durumunda) kalmış olsa bile, bütün maddi anlamda ilgililer kanun yoluna başvurabilir.¹⁸⁷ Örneğin, Yargıtay'a göre, zaten anasının velayeti altında bulunan bir küçüğe, bir de vasi tayin edilmiş ise, ana, vasi tayinine ilişkin yargılamaya katılmamış olsa bile, vasi tayinine ilişkin kararı temyiz edebilir.¹⁸⁸

Yine Yargıtay'a göre, asliye mahkemesinin, sulh mahkemesinin vasi tayini kararına karşı yapılan itiraz üzerine denetim makamı olarak verdiği karar (Bkz., MK 422 III), maddi anlamda ilgili olduğunu gösteren üçüncü kişiler tarafından da temyiz edilebilir.^{189, 190}

¹⁸⁶ Ejder Yılmaz, *İstinaf* (Ankara: Yetkin, 2005), s. 76.

¹⁸⁷ Bkz., Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 4, s. 3331; ayrıca, olması gereken hukuk bakımından Bkz., *Nızasız Kaza*, s. 211.

¹⁸⁸ Bkz., 2. HD. 5 Aralık 1985, 9693/10284, YKD, Cilt 12 (1986), sayı 7, s. 950.

¹⁸⁹ Bkz., 2. HD 23 Eylül 1971, RKD Yıl 6 (1971), sayı 12, s. 31 - 32.

¹⁹⁰ Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*,

Yargılamada yer almayan (şekli anlamda ilgili olmayan) maddi anlamda ilgililerin karar aleyhine kanun yoluna başvurmamış olmaları, ÇY kararını onlar için bağlayıcı hâle getirmez.

Bu kişiler, kesin hüküm teşkil etmeyen ÇY kararının sonuçlarının ortadan kaldırılması için ayrı bir dava açabilirler. Örneğin, nüfus kaydının düzeltilmesi hakkındaki ÇY kararı, nüfus kaydında yapılan değişiklikle miras hakları etkilenen üçüncü kişiler (maddi anlamda ilgililer) tarafından temyiz edilebilir; fakat, bu kişiler temyiz yoluna başvurmamış olsalar bile, ÇY kararı ile gerçek hukukî durumu yansıtmayacak şekilde değiştirilen nüfus kaydının yeniden değiştirilerek eski hâle getirilmesi için ayrı bir ÇY talebinde bulunabilirler.¹⁹¹

4. Çekişmesiz Yargı Kararlarına İtirazına Olanak Veren Özel Kanun Hükümleri

Türk hukukunda ÇY kararlarına karşı açılmış olan tek kanun yolu temyiz (bölge adliye mahkemeleri göreve başladıktan sonra: istinaf) değildir.

Bazı özel kanun hükümleri ile, ÇY kararlarına karşı, kararı veren mahkemede veya (kararı veren sulh hukuk mahkemesi ise) asliye hukuk mahkemesinde "itiraz" edilmesi olanağı tanınmıştır. Bu kanun hükümleri, genellikle, itiraz talebini belirli bir süreyle tâbi tutmaktadır.¹⁹²

s. 133-135 ve orada yer verilen Yargıtay içtihatları. Bu kuralın istisnası, kanun koyucunun özel yararı kamu yararına üstün saydığı hallere ilişkin bazı takibi talebe bağlı ÇY işlerinde (örneğin, gaibin eşinin evliliğin feshini talep etmesi, MK 131) görülür; Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 145, 211-212.

¹⁹¹ 2. Hukuk Dairesi'nin 26.5.1988 tarih ve 4652/5559 sayılı bu kararı üzerine verilen direnme kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 5 Nisan 1989 tarih ve 2-81/226 sayılı kararı ile bozulmuştur; Bkz., İsmail Özmen, *Hukuk Genel Kurulu Kararları (1988-1997)*, 1. Cilt (Ankara: Adalet Yayınevi 1998), s. 297-298; aynı yönde Bkz., 2. HD 14 Nisan 1999, 1429/3548, Gençcan, *Nüfus Davaları*, s. 162.

¹⁹² Bu özel kanun hükümlerinden biri olan "konkordato mühletli kararına itiraz" hakkındaki İİK 288 II, III hükümleri 4949 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun hazırlık çalışmalarında bu hükümlerin

a. Adın Değiştirilmesine İtiraz

Nüfus Kanunu'nun 46. maddesine göre, isim değişikliği ile ilgili davalar “*kayıt düzeltme*” davası mahiyetinde olup, bu davalara ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde bakılır.

Medenî Kanun'un 27. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, adın değiştirilmesi hakkındaki ÇY kararından zarar gören her ilgili, isim değişikliğini öğrendiği günden itibaren bir yıl içinde değişiklik kararına itiraz edebilir.¹⁹³

Örneğin, Yargıtay'a göre, bir çocuğun velayeti boşanma sonucunda anaya verilmiş ve bu çocuğun öz adı ananın (kanunî temsilci sıfatı ile) yaptığı talep üzerine değiştirilmiş ise, velayet hakkı kendisinde olmayan baba, isim değişikliğine itiraz edebilir.¹⁹⁴

Benzer şekilde, Yargıtay, evlat edinme yoluyla kazanılan soyadının değiştirilmek istenmesi hâlinde, evlat edinene itiraz hakkı tanımaktadır.¹⁹⁵

b. Vesayet ile İlgili Çekişmesiz Yargı İşlerinde İtiraz

Sulh mahkemelerinde görülen ÇY işlerinin önemli bir bölümü, vesayet ile ilgili işlerdir. Medenî Kanun, vesayete ilişkin ÇY işlerinde üçüncü kişinin itirazını öngören üç ayrı hüküm içermektedir.

niçin yürürlükten kaldırıldığı hakkında açıklama yoktur.

¹⁹³ Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 140-142.

¹⁹⁴ Bkz., 6. HD 7 Şubat 1980, 8747/952, YKD Cilt 6 (1980), sayı 7, s. 992 - 993; Lütfü Dalamanlı / Faruk Kazancı / Muharrem Kazancı, *İlmî ve Kazatî İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu*, Cilt I (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991), s. 440 - 441: Bu kararda, babanın itiraz olanağı kabul edilmiş; fakat, itiraz talebi, haklı görülmediği için, reddedilmiştir.

¹⁹⁵ Bkz., YKD Cilt 6 (1980), sayı 8, s. 1090'da yer alan karar özeti (bu özeten altındaki karar, başka bir konu hakkındadır).

aa. Vasi Tayinine İtiraz

Medenî Kanun'un 422. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sulh hukuk mahkemesinin vasi tayini kararını öğrenen her "ilgili", öğrenme tarihinden itibaren on gün içinde vasi tayininin kanuna aykırı olduğundan bahisle -söz gelimi, vasi tayin edilen kişinin vasi olmaya bir engelini bulduğunu veya ilgilinin vesayet yerine velayet altına konulması gerektiğini ileri sürerek- vesayet makamına (sulh mahkemesine) itiraz edebilir.¹⁹⁶

Vesayet makamı, itirazı kabul ederse, yeni bir vasi tayin eder; kabul etmezse, itiraz hakkında bir karar vermesi için işi, kendi kanaatini bildiren bir raporla birlikte, denetim makamına (asliye hukuk mahkemesine) gönderir.¹⁹⁷

bb. Vasinin Azline İlişkin Sulh Hukuk Mahkemesi Kararına İtiraz

Medenî Kanun'un 422. maddesine paralel bir hüküm, 488. maddesinde de yer almaktadır. Görevlerini gereği gibi yerine getiremeyen vasi, temyiz kudretini haiz olan vesayet

¹⁹⁶ Buna karşılık, HUMK m. 438, fıkra 1 hükmünden de anlaşılacağı üzere, bir kişinin hacir altına alınmasına ilişkin kararlar aleyhine asliye mahkemesine itiraz edilemez; bu kararlar ancak temyiz edilebilir. Örneğin Bkz., 2. HD 4 Aralık 1975, 7673/9224, YKD, Cilt 2 (1976), sayı 5, s. 618 - 624, s. 619.

¹⁹⁷ Sulh mahkemesi, itirazı reddederse, nihai kararı vermesi için dosyayı re'sen asliye mahkemesine göndereceğinden, bu karar temyiz edilemez: Bkz., 2. HD 7 Nisan 1987, 9490/10094, Esat Şener, *Vesayet ve Velayet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1996), s. 86. Buna karşılık, Sulh mahkemesi, yapılan itirazı kabul edilerek yeni bir vasi tayin etmiş ve bu (ikinci) vasi tayini kararına da itiraz edilmiş ise, bu son itirazın yine sulh mahkemesi tarafından incelenmesi gerekir; sulh mahkemesi, dosyayı asliye hukuk mahkemesine gönderemez. Bkz., 2. HD 29 Nisan 1974, 2494/2544, YKD Cilt 1 (1975), sayı 5, s. 49 - 50. Asliye hukuk mahkemesinin, sulh hukuk mahkemesinin raporu ile birlikte kendisine gönderilen itiraz hakkında karar vermek için duruşma yapmak zorunda olup olmadığı ve verilen asliye hukuk mahkemesi kararının temyiz edilip edilemeyeceği konusunda Bkz., Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 143-145.

altındaki kişinin veya herhangi bir ilgilinin şikâyeti üzerine yada re'sen, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından görevinden azledilir (MK m. 483ve m. 484).¹⁹⁸ Vesayet makamının azil hakkındaki bu kararı aleyhine, asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir (MK m. 488).

cc. Sulh Hukuk Mahkemesinin Vesayet Makamı Olarak Verdiği Kararlara İtiraz

Medenî Kanun'un 461. maddesine göre, temyiz kudretini haiz olan vesayet altındaki kişi veya herhangi bir ilgili, vasi- nin fiillerine karşı, vesayet makamına şikâyetle bulunabilir. Bu şikâyet, vesayet altındaki kişinin ve vasi- nin fiillerinden etkilenen ilgililerin korunması için öngörölmüş bir çekişmesiz yargı işidir.

Şikâyetle bulunan kişiler (örneğin, vasi- nin vesayet altındaki küçüğü uygun bir evde yaşatmadığı hakkındaki şikâyet- te olduğu gibi) vesayet altındaki kişinin menfaati için veya (örneğin, vasi- nin akıl hastası olan mahcur hakkında gerekli tedbirleri almamış olması yüzünden kendi güvenliklerinin tehlikeye düşmesi dolayısıyla yapılan şikâyetle olduğu gibi) kendi menfaatleri için harekete geçebilirler. Her iki halde de, şikâyet, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine yapılır. İşte vesayet makamına yapılan bu şikâyet hakkındaki karara karşı da, kararın tebliğinden itibaren on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinde itiraz etmek müm- kündür (MK m. 461).

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, Medenî Kanun'un 461. maddesinin ikinci fıkrasındaki itiraz yolunun, sadece vasi- nin fiillerine karşı yapılan şikâyet üzerine verilen sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı değil, sulh mahkemesinin vesayet makamı olarak verdiği bütün ÇY kararlarına karşı açık bir hukukî çare olduğu belirtilmiştir. Buna göre, sulh hukuk

¹⁹⁸ Eski Medenî Kanun'daki durum için Bkz., Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, s. 145, dipnotu 106.

mahkemesinin görevine giren, çocukla ana baba arasındaki hukukî tasarruflara izin verme (MK m. 345) ve vasi tayininden önce alınan muvakkat tedbirler (MK. m. 420) gibi ÇY işlerinde verilen kararlara karşı da, asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir.¹⁹⁹

Daha genel olarak ve yapılacak kanun bakımından, vesa yet işleri için MK'da öngörölmüş olan "ÇY kararına itiraz" usûlünün diğ er bazı ÇY işlerine de yaygınlaştırılarak genel bir düzenlemeye tâbi tutulması üzerinde durulması gereken bir olanaktır.²⁰⁰ Ancak, bu olanak değ erlendirilirken, "itiraz"ın, "istinaf" ve "temyiz" şeklindeki iki dereceli kanun yolları sistemizle bağdaştırılması için gerekli düzenlemeler de yapılmalıdır.

IX. SONUÇ

Baki Kuru'nun 1961 tarihli *Nizasız Kaza* isimli eserinin aydınlattığı yolda kırk küsur yıldır ilerleyen Yargıtay uygulamanızın ve usûl hukuku doktrinimizin bugün geldiği aşama itibarıyla, mevzuatımıza dağılmış durumda bulunan ÇY işlerinin, deyim yerinde ise, bir envanterinin çıkartılması ve ÇY işlerinde uygulanacak usûl kurallarının ayrı bir ÇY Kanunu'nda toplanması zamanı gelmiştir.

HUMK'nun kanun yolları bölümünde yapılan değ işiktikten sonra ÇY işlerinin sadece istinafa tâbi tutulması ve temyiz kanun yolunun ÇY işlerine kapatılması, bir ÇY Kanunu'na olan ihtiyacı bir zorunluluk derecesine getirmiştir.

ÇY Kanunu yapılırken, Türk hukukundaki ÇY işlerinin olabildiğince eksiksiz bir listesinin çıkartılmasıyla işe başlanması gereklidir. ÇY dahil olan işlerin çok çeşitli ve dağ ınık

¹⁹⁹ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 201 - 202, dipnotu 9; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 653; Velidedeoğ lu, *Aile Hukuku*, s. 136 ve s. 530; Budak, *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kış ıların Haklarının Korunması*, s. 146-148'deki açıklamalar ve Yargıtay kararları.

²⁰⁰ Bkz., Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 203-220.

olması nedeniyle, bütün ÇY işlerinin aynı usûl kurallarına tâbi tutulmasının yerinde olmayacağı kanısındayım.

ÇY Kanunu bu çalışmada önerilen şekilde, tek tek sayma yoluyla belirlenen “Adi ÇY İşleri” ve “Basit ÇY İşleri” arasında bir ayırım yapmalı ve her iki ÇY grubuna uygulanacak usûl kuralları, ezcümle görevli mahkemenin ve kanun yolları tespitine ilişkin kurallar farklı olmalıdır.

Basit ÇY İşlerinin sadece istinafa, Adi ÇY İşlerinin ise hem istinaf hem de temyiz kanun yoluna tâbi tutulması ve Basit ÇY İşlerinin sulh mahkemelerinde görev yapacak Adalet Yüksek Okulu mezunu “yardımcı adalet memurları”na tevdi edilmesi bu ayırımı göre yapılabilecek düzenlemeler arasındadır. Bazı ÇY işlerinin ise noterlere bırakılması uygun olur.

ÇY işlerinde üçüncü kişilerin yargılamaya katılması çekişmeli yargıdan farklı olarak ele alınmalı ve mevzuatımızdaki “üçüncü kişilerin ÇY’ya re’sen yargılamaya davet edilmesi”ne ilişkin özel hükümler yeknesak bir hâle getirilerek genel bir düzenlemeye tâbi tutulmalıdır.

Yapılacak ÇY Kanunumuz bakımından, kanun yolları konusu ele alınırken “istinaf” ve “temyiz” şeklindeki iki dereceli sistemle bağdaşacak düzenlemeler yapılmak şartıyla, vesayet işleri için MK’da öngörülmüş olan “ÇY kararına itiraz” usûlünün başka ÇY işlerine de yaygınlaştırılarak genel bir düzenlemeye tâbi tutulması olanağı üzerinde de durulmalıdır.

3. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Baki KURU

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Ali Cem Budak.

Programa göre şimdi benim bir genel değerlendirme yapmam gerekiyor, tartışmayı ondan sonraya bırakmışlar. Vakit de geçtiği için, eğer sabrınız kalırsa tartışmayı sonraya bırakmak üzere ben şimdi böyle genel bir değerlendirmeye hazır olarak, yani yazılı biçimde hazır olarak gelmemiştim, ama şimdi buradan edindiğim kanaate göre size vardığım sonuçları kısaca belirtmek isterim. Bu tutanağa geçiyor galiba, çözülecek değil mi Sayın Pekcanitez?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet Hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Ondan sonra, basılırken tutanaktaki bu görüşlerimi, bu açıklamalarımı genişletmek kaydıyla.

Bir defa, Sayın Ali Cem Budak, sonlara doğru, “45 sene sonra neden birden bire çekişmesiz yargı gündeme geldi” dedi. Bu istinaf sistemi nedeniyle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun

TARTIŞMALAR

yeni 428. maddesinin 4. bendinde, *“istinaf mahkemesinin çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararları aleyhine temyiz yoluna gidilemez”* hükmü var, bu nedenle kanun yapılması, Adalet Bakanlığı temsilcileri kalmadı galiba, her hâlde bu nedenle bir Çekişmesiz Yargı Kanunu hazırlama teşebbüsüne geçildi ve bu gerekli. Şimdiye kadarki uygulama, Yargıtay’ın her somut olayda belli içtihatlarla da atf yaparak uygulaması. Meselâ, Sayın Ali Cem Budak’ın bahsettiği, direnme kararı verilebilir mi verilemez mi; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu birkaç kararında, en son 2003 tarihli bir kararında, *“önce çekişmesiz yargıyla çekişmeli yargı işleri arasında bir ayırım yapmak lazım gelir”* diyor ve çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki farkları benim kitabıma da atf yaparak belirtiyor, yani benimsiyor. Uygulamada, tıpkı tespit davaları hakkında açık bir kanun hükmü olmadığı hâlde, sanki bir kanunî düzenleme varmış gibi tespit davaları rayına oturdu. Şimdi tespit davalarında hemen hemen bir uyuşmazlık kalmadı. Yalnız, tabii, her somut olayda hukukî yarar var mı yok mu, tespit davası mı, eda davası mı; o tartışılıyor. Yeni tasarıya tespit davalarıyla ilgili bir hüküm konuluyor mu bilmiyorum. Konuluyorsa da, mevcut uygulamanın, sanıyorum Alman Usûl Kanunu’nun eski 256. maddesiydi, belki ona benzer bir hüküm konulacak. Bunun gibi, nasıl asli müdahale (bu arada Sayın Özekes’i göremiyorum, onun konusu), kanunlarımızda asli müdahale hakkında bir hüküm olmadığı hâlde, Yargıtay uygulamasıyla, bunlar hep, 1960’lı yıllardan sonra Yargıtay uygulaması gelişti, sanki asli müdahaleyi düzenleyen bir kanun hükümlerimiz varmış gibi oturduysa, çekişmesiz yargı Kurumu da, müessesesi de kısmen Yargıtay içtihatlarıyla oturmuş sayılabilir. *“Yargıtay içtihatlarıyla”* diyorum. Bildiğim kadarıyla benim Nizasız Kaza Kitabımdan sonra, tabii ders kitaplarında, usûl kitaplarındaki birkaç sayfalık açıklamadan hariç müstakil monografi çıkmadı, ta ki, bildiğim kadarıyla, Ali Cem Budak’ın benim için çıkarılan Armağandaki yazısına kadar. Tabii, Yargıtay’ın içtihatlarıyla bu iş yürütülebilir; ama şimdi, eğer istinaf mahkemeleri Kurulursa bıçak kemiğe dayanacak. Bugün öğreniyoruz ki, o da ertelenecek. Kurulduğu takdirde bıçak kemiğe dayanacak. Verilen karar, istinaf mahkemesinin verdiği karar çekişmesiz yargı işiyse kesin; değilse temyiz edi-

lebilecek. Orada çok açık ve kesin kanun hükümlerine ihtiyaç var. O nedenle her hâlde bu Çekişmesiz Yargı Kanunu Tasarısı hazırlanması gereği duyuldu.

Bunu böylece belirttikten sonra, peki, Çekişmesiz Yargı Kanunu nasıl olmalı, hangi model esas alınmalı? Sayın Alangoya da gitti. Yalnız Murat Bey kaldı. O zaman ona soruyu yöneltebiliriz. Çok güzel düzenlenmiş bir program; Alman hukuku, Avusturya hukuku, İsviçre hukukunda Sayın Alangoya çok güzel özetledi. Geldik Türk hukukuna.

Türk hukukunda bunu düzenlerken, tabii, yabancı hukuk sistemlerinden yararlanacağız. Hangisinden yararlanacağız? Ben, *Nizasız Kaza* kitabımda bu konuda o zamanki duruma göre Alman Kanunu'nun örnek alınmasını önermiştim. Çünkü, o zaman Alman Kanunu'ndaki düzenleme daha ileriydi. Bugün öğreniyoruz ki, doğrusu ben yeni öğrendim, Avusturya'daki durumu, Avusturya Kanunu daha modern bir kanun. Binaenaleyh, Avusturya Kanunu örnek alınabilir, yahut hiç değilse ikisi birden örnek alınabilir.

Yavuz Alangoya'nın önerisi: *"Acaba İsviçre Kanunu'ndaki gibi Usûl Kanunu'nun içerisine nizasız kazayla ilgili bazı hükümler koyup, ondan sonra gerisini genel hükümlere mi bırakalım, yani çekişmeli yargı hükümlerine mi bırakalım?"* Dikkatle takip ettim Yavuz Alangoya'nın açıklamalarını. İsviçre Kanunu'nun gene Murat kardeşimiz tarafından yapılan tercümesi bugün elime geçti, oradan da bakarak. İsviçre Kanunu'ndaki hükümler (Sayın Alangoya da belirtti) çok kısa hükümler. Bir-iki yerde yetkiyi düzenlemiş. O zaten, yetki, bizim kamu düzenine ilişkinse, mevcut yetki hükümleriyle halledilebilir. Onun dışında usûlü düzenlemiş; *"basit yargılama usûlü"* demiş. Basit yargılama usûlü dediği şey ne? İsviçre Kanunu'nda üç-dört maddede düzenlenmiş. Bizim Kanun'dan biraz daha genişçe. Sonra, çekişmesiz yargı işleri... Hangisi? 258. maddesinde demiş ki İsviçre Kanunu, *"çekişmesiz yargı işlerinde basit yargılama usûlü uygulanır."* Nerede çekişmesiz yargı işleri; onu saymamış. Hemen Medenî Kanun'daki saymaya geçmiş; *"bunların bir kısmı çekişmeli yargı işi, bir kısmı çekişmesiz."* Uygulamaya bırakmış;

sen bunun içinden ayıkla demiş. Tarif de etmemiş. Ondan sonra, “*çekişmesiz yargıdaki usûl nedir?..*” İki-üç madde: Birisi, “*resen araştırma yetkisi*”; ikincisi, “*kesin hüküm teşkil eder mi?*” “*Etmez*” demiş. Değişiklik davasını kısmen, “*değiştirilebilir*” demiş. Üçüncüsü de, “*kanton idarî mercilerine de bırakabilir.*” Bitti. Deniz burada bitiyor İsviçre’de. Neden deniz burada bitiyor? Kantonlar var, kantonal düzenlemeye bırakıyor. Bu ilkeler çerçevesinde kantonlar düzenleyecek gene; öyle anlaşılıyor Yavuz Alangoya’nın açıklamalarından.

Binaenaleyh, İsviçre sistemi bizi yeni bir kanunda pek ileri götürmez kanısındayım. Zaten biz, bu mevcut düzenlemede, kanunî düzenleme olmadığı hâlde, çekişmesiz yargı da basit yargılama usûlü uygulanmalı dedik; onu uygulama da benimsemi, Yargıtay içtihatlarında da öyle. Çekişmesiz yargı işleri, işte aile hukukundakiler, şahıs hukukundakiler, saydık; o da saymış. Geriye ne kalıyor? Kesin hüküm teşkil eder mi etmez mi? İşin niteliğinden çıkıyor; Çünkü çekişmesiz, karşı taraf yok. Değiştirilebilir. Binaenaleyh, bunu zaten biz uygulamada da öyle kabul ediyoruz. Bizim şimdi acelemiz var. Ne acelemiz var? Şu kesin mi, değil mi? Onun için çekişmesiz yargıyı tarif mi ederiz, sayar mıyız? Ayrı bir kanuna ihtiyacımız var. Ha, “*ayrı kanun*” derken, bu, müstakil bir Çekişmesiz Yargı Kanunu da olabilir veya Usûl Kanunu Tasarısı’nın son bölümü, ama ayrıntılı bir şekilde, en az 50-60 maddelik bir Çekişmesiz Yargı Bölümü de olabilir. Ben, özellikle Yavuz Alangoya arkadaşımı dinledikten sonra, bunun Usûl Kanunu’na da eklenebileceği kanısına vardım; fakat, ayrıntılı bir düzenlemeyle... Neden bir bölüm hâlinde Usûl Kanunu’na eklenebilir? Çünkü, eş zamanlı çıksın kanunlar. Usûl Kanunu çıktıktan sonra, Çekişmeli Yargı Kanunu çıkarsa birbirine ters bakabilir. Eş zamanlı çıksın, uyumlu olsun kanunlar ve Çekişmesiz Yargı Bölümü’nde, özel hüküm bulunmayan hâllerde, Çekişmeli Yargı Bölümü’ndeki hükümler uygulansın diye bir genel yollama, atf maddesi olur; onu karşılıklı kontrol imkânı bulunabilir, ama her hâlde ayrı bir bölüme veya ayrı bir kanuna gerek var. Bu kanun yapılırken... İşte en yeni kanun Avusturya Kanunu; her yeni kanun en iyi kanun demek değildir, ama iyi bir kanun olduğu anlaşılıyor.

Bugün gördüm. “*En yeni kanun en iyi kanundur*” düşüncesi bizde, biliyorsunuz, 1920’li yıllarda Cumhuriyet’ten sonra hâkim oldu; en yeni Usûl Kanunu Neuchâtel Usul Kanunu olduğu için Neuchâtel Usul Kanunu alınmış. Neuchâtel Usul Kanunu hakkında yakın zamana kadar bir kitap yoktu; şimdi bir şerh çıktı, ama yeni Neuchâtel Kanunu hakkında şerh çıktı. Bizim eski Neuchâtel Kanunu hakkında hâlâ bir kitap yok; bir-iki monografi var. Bu kanun nasıl olmalı? Nizasız Kaza kitabımda demiştim ki, Birinci Bölümde nizasız kaza tarif edilmeli ve ayrıca nizasız kazaya giren işler mümkün mertebe sayılmalıdır. *Nizasız Kaza* kitabımın dili çok eskidir; 1958, 1959, 1960 yıllarının dili. O dönem, sizler bilmezsiniz, bir geriye dönüş dönemi idi o. Ne demek geriye dönüş? 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu vardı. Bu Kanun, 1940’lı yıllarda Türkçeleştirildi, ismi Anayasa oldu: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. 1950 yılından sonra, eski dile dönüldü tekrar. 1940’lı yıllarda Türkçeleştirilmiş olan Anayasa kaldırıldı, 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, yeniden yürürlüğe konuldu. O zaman, bakanlıklar “*vekâletler*” oldu, başbakan “*başvekil*” oldu, Yargıtay “*Temyiz Mahkemesi*” oldu, Danıştay “*Devlet Şûrası*” oldu vesaire. Ben de Avrupa’dan yeni dönmüşüm, üç sene Avrupa’da kalmışım. Hiç bilmeden bu akımın içinde gördüm kendimi. Onun etkisiyle dilim oldukça, şimdi bakıyorum, oldukça Osmanlıcaymış; fakat, demek ki, zaman içinde insan kendini yenileyebiliyormuş. Yeni Kanun’da “*Nizasız Kaza*” işleri sayılmalı. Bu sayma hiçbir zaman tahdidî olamaz. Bilmiyorum Avusturya’da nasıl? Tahdidî mi sayma? Tahdidî olmamalı. Sayılmalı. Sayın Ali Cem Budak çok güzel saymış, bulmuş. Her hâlde başka kanunlarda daha başka işler de vardır. Onun için, sayma tahdidî olmamalı. Sayıldıktan sonra, tarif maddesi gelmeli, ama biraz geniş. Yargıtay’ın da belirttiği gibi, benim kitabımdan da aldığı gibi, az sonra bunu okumak isterim size, görmüşsünüzdür belki, bunun dışındaki işler de ölçütlerden (kıstaslardan) birine uyuyorsa çekişmesiz yargıdan sayılabilmeli; onu artık içtihatlarla bırakmalı. Neden? Çünkü, saymada unutmaya olabilir; bir. İkincisi, yeni kanunlar çıkabilir. Meselâ yemin, meselâ banka yöneticilerinin yemin etmesi; onu saydınız. Ama ondan sonra bir kanun daha çıktı,

TARTIŞMALAR

dedi ki, “kooperatif yöneticileri yahut dernek yöneticileri de mahkeme önünde yemin eder” dedi. Saymayı tahdidî yaptığımız takdirde, dernek yöneticilerinin yemin etmesi çekişmeli yargıya girecek; olacak iş değil. Onun için, bir tarif yapılabilir. Ben bunu okumayacağım; yalnız size tavsiye ederim. Yargıtay’ın bazen böyle çok güzel öğretici kararları var, ilmi kaza-i içtihatlarla da atıf yaparak, Medenî Kanunu’nun 1. maddesinin gereğini yerine getirerek. *Yargıtay Kararları Dergisi*’nin 2003 yılı Haziran sayısında sayfa 859 ve devamında, Hukuk Genel Kurulu’nun 26.2.2003 tarihli kararı. Daha öncekiler de var, ama burada da çekişmeli yargıyla çekişmesiz yargı arasındaki farkları çok güzel belirtmiş. Demek ki, tarif, böyle iki cümlelik bir tarif olmaz. “Şu, şu ölçütlere göre”, (Yargıtay kararında da benimsendiği gibi, daha başka ölçü de konulabilir), “işleri mahkeme çekişmesiz yargı işi olarak görebilir” denilebilir.

Kanun’un “İkinci Bölümü”nde, çekişmesiz yargılama usûlüne yer vermek lazım. Nedir o yargılama usûlü? Her özellik gösteren durumda, meselâ yetki özellik gösteriyorsa, çekişmesiz yargıda yetki, gösteriyor özellik, görev, yetki, tıpkı Çekişmeli Yargı Kanunu’na göre, yani Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na göre... Ama şimdi ne diyorsunuz ona siz, Medenî Usûl Kanunu mu diyeceksiniz ismine?.. İsim belli değil. Ona paralel bir şekilde yargılama usûlü de tespit edilmeli. Bakınız, benim bir kitabımın arkasında çekişmesiz yargıyla ilgili bir arama cetveli var, bir sayfa. Bunlar, çekişmesiz yargının özel durumları. Bunların Usûl Kanunu’ndaki sıraya göre düzenlenmesi lazım; görev, yetki, taraflar, feragat mümkün mü, ferî müdahale mümkün mü vesaire diye kanun yollarına kadar, -kanun yollarına az sonra geleceğim- düzenlenmesi iyi olur İkinci Bölümde.

“Üçüncü Bölüm”de de, özel çekişmesiz yargı usulleri düzenlenmelidir, meselâ vesayet işlerinde olduğu gibi. Belki orada özellikler vardır; onları koymak lazım.

Böyle bir Çekişmesiz Yargı Kanunu’na sahip olmamızın çok önemli yararı olacak; mahkemelerin işi azalacak, dolayısıyla-

la davalar daha hızlı görülecek. Bugün çekişmesiz yargı işleri dava gibi görülüyor, bildiğiniz gibi, hasımsız davalar da çok uzuyor. Bakın, başımdan bir olay geçti. 23 Nisan'da, bu sene bir kişi öldü; mirasçısı hemen sulh hukuk mahkemesine mirası ret talebinde bulunmuş. Bugün altı ay mı, yedi ay mı olmuş, hâlâ devam ediyor. Duruşma koyuyor mahkeme. Nüfusa soruyor. Hâlâ duruşma devam ediyor. Dünkü duruşmada demiş ki mahkeme, *"gidin önce veraset ilânu alın, ondan sonra gelin ben karar vereceğim."* Ben mirası reddeden kişiyim; gidip veraset ilâmı aldığım takdirde mirası kabul etmiş duruma düşebilirim. Gerçi 2. Hukuk Dairesi'nin kararları varmış, *"veraset ilâmı almak mirası kabulü tazammum etmez"* şeklinde, ben korkarım. Nasıl ben mirasçiyim diye veraset ilâmı isterim.

Prof. Dr. Baki KURU: Belki. İhtirazi kayıtla.

Şimdi, ey sulh hâkimi, sana ne mirasçılık belgesi, sana ne nüfus kaydını sormak? Ben geliyorum sana. Bunu kanun notere de verebilirdi. Notere verdiğinde zaten noter soruyor mu? Ben şuyum, işte nüfus kağıdım, babam da şu, babam vefat etti, ben onun mirasını reddediyorum; yaz buraya, tescil et. Yaz zabıt kâtibi diyeceksin, bitecek. *"Yok, ben araştırırım"* diyor, resen araştırma var ya. Neyi araştıracak? Birisi gelir de, ileride beni mirasçı sıfatıyla dava ederse, ben onu ileri sürerim. İşte mirasın reddinin tescili, çekişmesiz yargı kararı. Üçüncü Bölümde, miras işlerinde meselâ, mirası ret hâlinde başvuranın talebi tescil edilir... Ne diyor Medenî Kanun? Mirası reddetti. Tescil edilir, tasdik edilir... Nüfusa sormak, duruşma açmak, gereksiz; bunun için özel çekişmesiz yargı hükümleri de gerekli.

Şimdi gelelim çekişmesiz yargıda kanun yollarına.

Bu problem nereden çıktı? İstinaf sisteminden dolayı çıktı. İstinaf sisteminde nasıl olmalıydı? Bizim kanun koyucu çalışırken, bilim adamlarından da istifade ediyor, fakat, o zamana kadar yazılmış olanlara bakmıyor. *"İstinaf sistemine sahip olunması hâlinde nizasız kazada kanun yolları nasıl olmalıdır?"* Bütün çekişmesiz yargı işleri için sulh hukuk mahkemesi görevli olmalıdır ki, sulh hukuk mahkemesinin kararlarına asliye hukuk

TARTIŞMALAR

mahkemesi nezdinde itiraz edilebilsin, tıpkı vesayet işlerinde olduğu gibi. Daha basit olur. Asliye hukuk mahkemelerine karşı da, istinaf yoluna gidilmeli. Demek ki, sulh hukuk mahkemesi birinci derecede, itiraz mahkemesi ikinci derecede, asliye mahkemesi, istinaf mahkemesi üçüncü derecede görevli olacak, orada bitecek. O zaman, *“istinaf mahkemesi kararları kesindir”* diyebilirsiniz. Ancak, Avusturya Kanunu’nda var galiba Murat Bey, eğer istinaf mahkemesi kararını verirken, kitabımdan aynen, *“bir nizasız kaza işine ait ikinci itirazın karara bağlanması sırasında bir kanun hükmününün tefsiri için”,* yorumlanması için, *“başka bir ikinci itiraz mahkemesinin”,* yani başka bir istinaf mahkemesinin, veya temyiz mahkemesinin bir içtihadından inhiraf etmek isterse...

Ne demek *“inhiraf etmek?”*...

Bir Katılımcı: *“Sapmak.”*

Prof. Dr. Baki KURU *“Dönmek isterse”, “sapmak isterse ikinci itiraza inhiraf hakkındaki hukukî mütalaasıyla birlikte temyiz mahkemesine göndermekle mükellef olmalıdır”;* bunu Alman Nizasız Kaza Kanunu’ndan almışım, ama Avusturya’da da var dediniz değil mi?.. İşte, bu kanun yollarında böyle bir üçlü sistem demek ki mukayeseli hukukta, Almanlarda da her hâlde muhafaza etmişlerdir. O zaman şu şeyin bir anlamı olur. Ama, Ali Cem Budak arkadaşımın dediği gibi, *“istinaf mahkemesi kararlarının hepsi kesindir”* dersanız çok ağır olur, özellikle çekişmesiz yargıya girip girmediği çekişmeli olan işlerde. Meselâ *“doğrudan doğruya iflâs”* dedi. Ben katılmıyorum. Doğrudan doğruya iflâs çekişmeli yargıdan sayanlar varmış, gördüm. Bence değil. Doğrudan doğruya iflâs davası, ismi üzerinde, davacı var, alacaklı var, borçlu var, bu bir dava. Ha, iflâsın ertelenmesi talebi; o başlangıçta çekişmesiz yargı sayılabilir; siz de öyle diyorsunuz Sayın Pekcanitez, Selçuk Öztekin arkadaşımız da öyle diyor son bir şeyinde. Onu bilginize sunarım.

Türkiye’de çok dergi çıkıyor. Hayırlı olsun diyorum Sayın Muhammet Özkes’e. O hâlâ yok. Ona gıyap kararı tebliğ edeceğiz. Yeni bir dergi çıkarıyorlar. Hayırlı olsun, ama bir işe Türk

gibi başlamamak lazım. Türk gibi başlarsanız üçüncü sayısı hiç gelmeyebilir. İnşallah devam ettirirler. Başlıca dergilerde yayınlanmayan yazıları ben de görmüyorum. *Legal Hukuk Dergisi*'nin yeni sayısında çıkmış olan Muhammet Özkes'in "iflâsın ertelenmesi" makalesi varmış; görmedim, belki sizlerin de büyük bir kısmı görmedi. Profesör Selçuk Öztekin *Bankacılar Dergisi*'nde, -belki *Bankacılar Dergisi*'nin şimdiye kadar ismini bile duymadınız-, Bankalar Birliği bir bankacılar dergisi çıkarıyor, orada önce bir tebliğ yayınlanmış, 60 sayfaya yakın iflâsın ertelenmesiyle ilgili çok ayrıntılı bir makalesi var. Orada da, "İsviçre'de de" diye atıf yaparak "çekişmesiz yargı işi" diyor, yalnız bir çekinceyle, ihtirazi kayıtle, ben de katılıyorum; eğer itiraz edilecek, -Yargıtay doğru olarak, o da, "iflâsın ertelenmesi talebi ilân edecek" diyor- bir alacaklı gelir de itiraz ederse, iş çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girecek, tıpkı konkordatonun tasdiki kararında olduğu gibi. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin de yeni bir kararı var, galiba Sayın Süha Tanrıver'in kitabına da atıf yaparak. O da doğru. Konkordato tasdik edilirken, kimse itiraz etmedi; bir çekişmesiz yargı işi gibi bitirecek mahkeme. Fakat biri itiraz etti mi çekişmeli yargı alanına girecek. Bunun mirasçılık belgesinde de örneği var. Çekişmeli yargı mı, çekişmesiz yargı mı olduğu tartışmalı olan hâllerde, istinaf mahkemesi kararı kesindir diyemezsiniz. Kesin olmasına rağmen, eğer bir kanunî düzenleme yoksa, kanun çıkmamışsa o zamana kadar, Yargıtay, gene birçok temyiz talepleriyle karşı karşıya kalacak. Çünkü, sonuçta, tıpkı bir kararın kabili temyiz olup olmadığını incelemek gibi, önce, bu iş çekişmeli yargı mı, çekişmesiz yargı mı onu inceleyecek; çekişmesiz yargıysa "karar kesin" diyecek, çekişmeli yargıysa temyiz talebini esastan incelemeye geçecek, tıpkı direnme kararı olayında olduğu gibi. İşte bütün bunları ortadan kaldırmak için, bir Çekişmesiz Yargı Kanunu'na ihtiyacımız var. Bunu, bugünkü kanaatime göre, Usûl Kanunu'nun arkasına da, nasıl olsa çalışmaya başlamış bir Komisyon var, belki öteki için komisyon da kuramazlar, onun arkasına konulmasında, fakat ayrıntılı bir şekilde konulmasında uyum sağlanması bakımından yarar olacağı düşüncesindeyim.

TARTIŞMALAR

Teşekkür ederim.

Şimdi isterseniz tartışma bölümünü açalım. Vakit gecikti. Söz almak isteyenlere bu konuda söz vereceğim.

Sayın Atalay, Sayın Ulukapı, Sayın Pekcanitez, Sayın Tanrıver, Sayın Tahir Alp'i belki tanıyoruz, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi emekli Başkanı; çok değerli bir hukukçu. Yargıtay Daire Başkanlığı sırasında usûl hukukunu özellikle çok titiz bir şekilde incelemiştir kararlarında. Kendisine o bakımdan teşekkür borçluyuz.

Buyurun Sayın Atalay.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim Sayın hocam.

Ali Cem arkadaşımıza bir sual yöneltmek istiyorum.

Yarın benim de bir tebliğim var, "*iflâs hukukundaki son değişiklikler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmesi*", orada da gündeme gelecek, ama herhâlde asıl yeri burası diye düşünüyorum, çünkü nizasız kazayı tartışıyoruz. Muhammet arkadaşımızı gözle ben de aradım, O da tartışmaya katılacaktı. Hararetli olur diye isterseniz davet edelim, gelsin.

Prof. Dr. Baki KURU: Bir gıyap kararı tebliğ edeceğiz ona.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Bu iflâsın ertelenmesi, çünkü Ali Cem arkadaşımız da bu konuda, özellikle nizasız kazayla ilgili çalışmasında, daha önce de hatta üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunmasıyla ilgili çalışmasında da değinmişti, doğrudan iflâs yolunun bir nizasız kaza olup olmadığı meselesine değinmişti; hakikaten tartışma da doğdu böylece. Özellikle son zamanlarda gerçekten bir-iki görüşe de rastlamak mümkün, hocam da buyurdular, "*iflâsın ertelenmesi nizasız kaza işi midir*" diye. Müsaade ederseniz ben önce çok kısa olarak bu konudaki görüşümü arz edip, ondan sonra buna bağlı olarak soru sormak istiyorum.

Yargıtay kararına da geçti netice itibarıyla, Yargıtay da açıkça...

Prof. Dr. Baki KURU: Sanık sandalyesine oturun. Sizi yargıladık gıyabınızda.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Evet, Muhammet Bey geç kaldı...

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Hocam, Yavuz Hoca uçağa yetişeceği için erken çıktı, ben de onu yalnız bırakmamak, uğurlamak için birlikte çıktım. O yüzden dışarıdaydım, biraz geciktim.

Prof. Dr. Baki KURU: Mazeretiniz kabul edilmiştir.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: İflâsın ertelenmesi diye müstakil bir dava olmadığı, nihayet Yargıtay kararlarına da geçti. Bu aslında, madde 179'a dayanan doğrudan iflâs davası içinde bir prosedürdür; şimdi ismini öyle koyalım. Bu usûlî bir müessesedir diyelim. Şimdi, bu müessesenin hukukî niteliğini belirlerken zannediyorum aslında ortada bir doğrudan iflâs talebi olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. İflâsın ertelenmesi müessesesi, borca batıklık sebebiyle iflâs müessesesinden ayrı telakki edilemez. Dolayısıyla, acaba şöyle düşünmek yanlış mı olur? (bu konuda görüşlerinizi rica edeceğim) Asıl iflâsın ertelenmesinin başı olan ve içinde de yer aldığı doğrudan iflâs davası, yani borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâs işi bir çekişmesiz yargı işidir.

Ticaret Kanunu'nda (m. 324, II) çok açık bir şekilde, yönetim Kuruluna, borca batıklığı mahkemeye bildirme mecburiyeti, görevi yüklenmiş; bu görev yerine getirilmediğinde bazı yaptırımlara bağlanmış, hatta bizim 345'te de cezai hüküm var. Yöneticiler ayrıca şirketin iflâsını açıkça talep etsin etmesin, zaten bu bildirim iflâs talebini de tazammum ettiği değerli hocamız tarafından çoktandır yazıldı ve genel kabul görmüş durumda. Benim de çalışmam vesilesiyle yeni taradığım son Yargıtay kararlarında çok açık bir şekilde, borca batıklık bildirimini ve iflâsın ertelenmesi talebinin, ayrıca belirtilmese bile iflâs talebini tazammum ettiği vurgulanmış durumda. Bu konuda bir tartışma yok. Dolayısıyla, aslında ortadaki iş nedir?

TARTIŞMALAR

Borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâs işidir ve bu iş de nizasız kaza işidir. Her hâlde bu konuda çok fazla bir tartışma yok. Doğrudan iflâs sebebi olan borca batıklık sebebiyle yönetim Kurulunun mahkemeye müracaatı üzerine yapılan faaliyet bir nizasız kaza işidir. Bu nizasız kaza faaliyeti içinde iflâsın ertelenmesi gündeme gelebilir. Acaba, hem iflâs talebinin incelenmesi hem de iflâsın ertelenmesi talebinin incelenmesi ayrı ayrı nizasız kaza işleri midir, yoksa asıl iş, nizasız kaza işi olan doğrudan iflâs talebidir de, iflâsın ertelenmesi, bu nizasız kaza işi içinde özel bir düzenlemeyle getirilen geçici hukukî koruma tedbiri midir? İflâsın ertelenmesi bizatihi bir talebin ve yargılamanın konusu değil, tek başına nitelendirilemez; çünkü bağımlı. Neye bağımlı? Doğrudan iflâs talebine bağımlı, onun içinde yer alıyor. Nizasız kaza işinde geçici koruma tedbirleri olmaz mı? Pekâlâ olur.

Dolayısıyla biz, iflâsın ertelenmesini tartışırken müstakil bir işmiş gibi tartışmayalım diye düşünüyorum. Asıl iş, doğrudan iflâs talebidir, usulüdü; bu iş için de, özel hüküm sebebiyle kanun koyucu, talep üzerine, mahkemeye, geçici bir hukukî koruma kararı verme yetkisi tanımıştır. Bakın, iflâs davası bitmiyor, iflâs dosyası kapanmıyor burada. İflâsın ertelenmesine karar veriliyor ve aynı dosya üzerinden görülmeye devam ediliyor. Şayet kayyumdan menfî bir rapor gelirse veya süre sona erer ve uzatılmaz ise, başta derdest olan iflâs talebine ilişkin nizasız kaza işinin dosyası üzerinden karar veriliyor. Dolayısıyla, bir nizasız kaza işi içinde kanun koyucunun aradığı koşulların mevcudiyeti durumunda mahkemece karar verilebilecek bir geçici hukukî koruma müessesesinden söz etsek acaba iflâsın ertelenmesi bakımından yanlış mı olur?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Konuşmacılar konuşsunlar, görüşlerini bir açıklasınlar, sonra Ali Cem Bey cevap versin. Beni de ilgilendiren varsa ben de düşüncemi bildireyim.

Buyurun Sayın Ulukapı.

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI: Her şeyden önce, böyle bir organizasyonu gerçekleştirdikleri için başta Organizasyon Komitesi Başkanı ve üyelerine teşekkür ediyoruz.

Hepimiz için yararları bir görüşme oldu ilk gün itibarıyla.

Tabii, nizasız kaza konusunda ben birkaç saptama yapmak istiyorum. Ondan önce küçük bir şey söylemek istiyorum. Tabii, Ali Cem arkadaşımız bu gruplandırmayı yaparken, “*büyük yargı işleri*”, “*küçük yargı işleri*” şeklinde birtakım kategorizeler yaptı. Yargının büyüğü küçüğü olmaz. Ortada bir hak varsa, en küçük bir hak bile olsa... Bu şekilde kategori olması pek uygun düşmez. Kanımca burada, tabii, biraz sonra ifade edeceğim şekilde, yapılacak işlemlerin mahiyeti dikkate alınarak bir kategoriye yapmanın daha uygun olacağı kanaatindeyim.

Tabii biz, bu nizasız kazaya ilişkin hususlar, üstadımız Sayın hocamızın 1961 yılında ele almış olduğu *Nizasız Kaza* kitabıyla, teziyle başladı. Burada Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Komisyonu’nun değerli Başkanı ve üyeleri var. Bizim ilk toplantımızdan da anımsayacağımız ve hatırlayacağımız üzere, orada da bu teyit edildi; “*acaba alternatif uyumsuzluk çözüm yolları ve bu arada nizasız kazanın da bundan ayrılarak ayrı bir konu olarak ele alınabilir mi*” sorusu soruldu. Biz o arada henüz cevap vermedik. Düzenlemeleri yaparken, yine çok iyi hatırlanacağı üzere nizasız kaza işlemleri hep vareste tutuldu ve düzenlemeler o çerçevede bu aşamaya kadar, ikinci yılına kadar geldi.

Yargı reformu bağlamından her şeyden evvel nizasız kazanın ayrı bir kanunla düzenlenmesi veya ayrı bir bölüm olarak ele alınmasında yarar var. Artık bugün mukayeseli hukukta, diğer ülkeleri de dikkate aldığımızda, birçok ülke hukukunda artık nizasız kazanın ayrı bir düzenleme konusu yapıldığı bir gerçek. Biz de birçok kanunlarımızda değişiklik yapıyoruz ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda, yine komisyon üyelerinin hatırlayacağı üzere bize “*atış serbest*”, yani “*her türlü tasarrufu yapabilirsiniz*” şeklinde bir imkan tanınmıştı ve o çerçevede verilen yetki çerçevesinde biz yeni bir kanun

TARTIŞMALAR

oluşturmaya çalıştık ve tartıştığımız ilkeler doğrultusunda da onları düzenlemeye çalışıyoruz, daha da devam ediyoruz. Bu çerçevede nizasız kazanın da artık yeni bir kanunla ele alınmasını da şahsi görüşüm olarak ifade etmek isterim. Bu da, uyuşmazlıkların çözümünde ele alınması gereken bir konu olarak da önem arz ettiğini ifade edebiliriz. Bunun ayrı bir kanun tarzında düzenlenmesinde yarar olduğu kanaatindeyim.

Diğer hususlar bakımından Sayın hocamız zaten belirtti; ben de o hususlara katılıyorum.

Burada bir husus olarak da şunu belirtmek istiyorum: Nizasız kaza konusunda yapılacak işlemler bakımından, bunların mahiyeti dikkate alınarak bir kategori yapılmalı, genel hükümlere ilişkin hususlar belirtildikten sonra özel hükümlere yer verilmesinin uygun olacağı kanaatini taşıyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Ulukapı.

Buyurun Sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Ben önce, biraz önceki, “*ıflâsın ertelenmesi*” ile ilgili soruyla devam etmek istiyorum. İflâsın ertelenmesi talebinin ilân edilerek üçüncü kişilere duyurulması, doğrudan iflâs talebinin ilânına benziyor. Doğrudan iflâs talebinin üçüncü kişilere duyurulması ve üçüncü kişilerin bu ilân üzerine kanunun ifadesiyle “*itiraz veya müdahalesi*”, özellikle sevgili Ali Cem Budak’ın teziyle de ilgili, benimle de ilgili, Muhammet’le de ilgili bir tartışma. Bu tartışma, doğrudan iflâsla ilgili. Bu doğrudan iflâsa, çekidüzen verilmesi amacıyla, değişiklik yapması üzerine çıkan bir tartışma. Bu, gerek doğrudan iflâsta, gerek konkordatoda, gerekse bir iflâs davasında mutlak surette bir ilân yapılması mecburiyeti, arkadan da itiraz veya müdahale edilebileceği ve bunun belli bir süre içinde yapılabileceği söylendi. Sevgili Özekes, bu konuda farklı görüşte, ben farklı görüşteyim, yine sevgili Budak farklı görüşte.

Ben, bütün bu tartışmaların yanında bir de, iflâsın ertelenmesinin bugün geldiği noktaya değinmek istiyorum.

Şimdi bakın, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tetkik hâkimi Adnan Bey burada mı?.. Gitti. O zaman, yarın belki kaldığımız yerden devam edebiliriz.

İflâsın ertelenmesinde ilân mecburiyetini 19. Hukuk Dairesi yeni kararlarında zorunlu kıldı. İflâsın ertelenmesine karar verecek olan mahkeme mutlaka artık ilân yapmak zorunda. Halbuki, İcra ve İflas Kanunu'na baktığımızda, böyle bir zorunluluk düzenlenmemekte. Bana göre, oradaki düzenlemeyi biz İsviçre'den aldık, ama çok da isabetli bir hüküm olmadı uygulama bakımından. Şöyle dedik: *"İflâsın ertelenmesine karar verecek olan hâkim isterse alacaklıları da dinleyebilir"*. Bu, uygulamada öyle anlaşıldı ki, âdeta, hâkim, belki de Özekes'in düşüncesini biraz daha cesaretlendirdi, âdeta bir ihtiyati tedbir gibi, hiç kimseye haber vermeden projeyi alıp, hemen ertesi gün iflâsın ertelenmesine karar verebilecek.

Bu tehlikeyi gören 19. Hukuk Dairesi de, ilan mecburiyetini getirdi. Şimdi, bence burada, ilan mecburiyetinin arkasında da işin çekişmesiz yargıya yönelik bir tarafı var. Neden ilân? Pekâlâ hâkim bir şekilde üçüncü kişileri tebligatla davet ederek dinleyebilir. Ama, bu çok pratik değil. İflâsın ertelenmesinde alacaklıların listesine baktığınız zaman, bazen 80 kişi, bazen 120 kişiyi görüyorsunuz. Türkiye'de 120 kişiye tebligat yapmak inanılmaz zor bir şey. En pratik çözüm, ilân suretiyle bu kişilerin çağırılması. Uygulamada artık bu pratik yol bilindiği için, ilân mecburiyeti getirildi. Aslında çekişmesiz yargının belki düzenlenmemiş olması nedeniyle, mevcut uygulamadaki eksikliğe bir çare bulmak amacıyla bu getirildi. Ama, biz her hâlde yarın tartışacağız. Bu ilân mecburiyetini getirmek istediğiniz zaman, bunun yasal bir dayanağını göstermeniz gerekir. Açıkçası, ben de makalemi yazarken, yasal dayanak konusunda, işte ilgililerin menfaatini korumak gibi bazı gerekçeler gösterdim, ama bugün edindiğim kanaat, bunun asıl gerekçesi iflâsın ertelenmesi talebinin çekişmesiz yargı işi olması. 19. Hukuk Dairesi de iflâsın ertelenmesini çekişmesiz

TARTIŞMALAR

yargı işi kabul ettiği ve ilgililerin de dinlenilmesi için böyle bir ilan mecburiyetini getirdi.

Bu söylediğimin dışında, izin verirseniz, sizin sulh ve asliye mahkemesiyle ilgili, bağlantılı bir itiraz ve ondan sonra genişletilmiş ya da ilerletilmiş itiraz şeklindeki düşüncesizle ilgili...

Prof. Dr. Baki KURU: Yahut istinaf.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Veya istinaf düşüncenizi değerlendirmek istiyorum.

İstinafla ilgili hükümleri değerlendirirken, bu söylediğiniz hususu da açıkçası değerlendirdik, tartıştık; çünkü Almanya'daki model bu. Bazı kişiler, Almanya'daki eyalet sisteminin, yani sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı asliye mahkemesine itiraz ya da istinaf yoluna başvurunun bizde de olması gerektiğini söyledi. Hatırladığım kadarıyla bu konuda böyle bir sonucun çıkmamasının iki sebebi var: Birincisi, Tanzimat döneminde, Osmanlı dönemindeki istinaf zaten bu şekilde işliyordu, daha doğrusu işlemiyordu. Orada da sulh mahkemesi kararlarına karşı asliye mahkemesi veya ağır cezaya bir başvuru istinaf şeklinde değerlendirilmişti.

Bunun zaten iş yükü ağır olan mahkemelerde daha da işi zorlaştırdığı ve bu yüzden belki de istinafın kaldırılmasına sebep olduğu ileri sürüldü. İkincisi de, bizim bugünkü uygulamamızda gerçekten asliye mahkemelerinin yükü çok ağır. Bu ağır yüküne bir de sulh hukuk mahkemesindeki çekişmesiz yargı işlerine karşı bir başvuru olanağı getirilirse, bu çok daha yavaş işleyen bir mekanizma olur gibime geliyor. Yarın değineceğim; aciz belgesi sicilinin tutulmasını İstanbul'da 1. İcra Dairesi'ne verilmiş. Bu daire işyükünün altından kalkamaz durumda. Bütün ilçeden gelen aciz belgeleri ona geliyor, sicil defterine yazıyor ve ayrıca 1. İcra Dairesi olarak görev yapmaya çalışıyor. İlave bir personeli yok, ama mevcut iş yükünün içine bu da bindiği için, "ben bu işin içinden çıkamıyorum" diye feryat ediyor.

Ben burada size şunu sormak istiyorum: Sabah oturumda Murat Bey, “*çekişmeli çekişmesiz yargı*” diye bir kavram kullandı. Nitekim çekişmeli çekişmesiz yargı, özellikle bana göre iflâsın ertelenmesinde, doğrudan iflâsta bu tip itiraz prosedüründen sonra bu çekişmeli çekişmesiz yargı şekline bürünüyor. Bunlar özellikle temyiz yolu açılabilir olan çekişmesiz yargı işleri olabilir. Biraz önce Süha Bey’le de paylaştım, bu yemin vesaire gibi hususları bence tamamen noterlere bırakmak lazım, daha doğrusu idarî personele bırakmak, bunları da çekişmesiz yargı işi olmaktan, daha doğrusu hâkimin işi olmaktan çıkarmak çok daha uygun olabilir. Bu Rechtspfleger ya da “*adliye memurları*” konusunda, şu anda uygulamada cesaretle konuyu değerlendirebileceğimizi sanmıyorum. Bir de, çekişmesiz yargı işlerini sayma ne kadar isabetli; o konuda tereddüdüm var. Mutlaka eksiği olacak. Bunu bir şekilde genel bir formül içinde değerlendirmek zorundayız. Meselâ “*itibarın iadesi*” dediniz; artık itibarın iadesi diye bir prosedür yok, çünkü Ceza Kanunu bunu kendi içinde çözdü, daha doğrusu kaldırdı. Saydığımız zaman böyle hatalar, eksikler çıkabiliyor, yeni çıkan kanunlar bunlara ilaveler getirebiliyor.

Bunları paylaşmak istedim. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz teşekkür ederiz.

Sayın Tanrıver, buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Öncelikle şunu belirtmekte yarar var: Çekişmesiz yargı işlerinin, dava kalıbı içinde mahkemeler önüne getirip, çekişmeli yargı işleri ile aynı hukukî rejime tâbi tutulmasının, yargılamayı sürüncemede bıraktığı ve bu nedenle ayrı bir hukukî rejime tâbi tutulmalarının zorunlu olduğu hususu sürekli doktrinde de dile getiriliyor; zaten Adalet Bakanlığını harekete geçiren mekanizmalardan birisi de bu olsa gerek.

Burada tabii şu noktalar gündeme geliyor: Çekişmesiz yargı işleri ile ilgili hukukî düzenlemeyi ayrı bir kanunla mı yapmak lazım; örneğin, Alman, Avusturya modelinde olduğu

gibi, yoksa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bütünü içinde ayrı bir bölüm şeklinde mi gerçekleştirmek gerekir? Ayrı bir Çekişmesiz Yargılama Usulü Kanunu'na sahip olan ülkelere baktığımızda, tarihsel geçmiş itibarıyla, bunların çok köklü bir yargılama hukuku kültürüne sahip olduklarını görmekteyiz. Bizde ise, daha çekişmeli yargı-çekişmesiz yargı kavramları üzerinde dahi ittifak sağlanamamış durumda. Sabahki toplantılarda, haklı olarak ifade edildi; çekişmesiz yargı kavramına yüklenen anlam konusunda çok ciddi tereddütler var. Çekişmesiz yargıya ilişkin tanımlama yapılabilir mi? Yoksa şekli ölçüt baz alınıp, “*şu işler çekişmesiz yargı işidir*” şeklinde bir katalog oluşturma yöntemi mi tercih edilmeli? Öte yandan, çekişmesiz yargı kavramı içerisine pek çok iş de sokulmaktadır; idari faaliyet sayılabilecek sicille ilgili işler ile yemin tutanağının düzenlenmesi gibi tespit işleri, geçici hukuksal korunma olarak adlandırılabilir çok sayıda iş, belgelendirme ve tasdikle ilgili işler, nüfusla ilgili ve ticarî defterlerle ilgili. Pek çok iş çekişmesiz yargı kavramının kapsamında mütalaa edilmektedir. En büyük sorun çekişmesiz yargı kavramına yüklenecek olan anlam ve içerik noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda hem tanım hem de katalog oluşturma yöntemlerinin kendine özgü sakıncaları mevcuttur. Çekişmesiz yargı işlerinin belirlenmesinde telifçi bir yaklaşım izlenmelidir.

Dar ve teknik anlamda çekişmesiz yargı işleri tanımlanır ve bu bağlamda örnekleme niteliğinde sayma da yapılabilir. Ama tamamıyla, yargıyla hiçbir bağı olmayan, fakat çekişmesiz yargı kavramı içerisinde mütalaa edilen özellikle idarî işler, sicille ilgili birçok işler; yeminin icrası, belgelendirme ve tasdikle ilgili işler bunun dışında tutulabilir. Dar ve teknik anlamda çekişmesiz yargı işi tanımlanıp, idarî işler ayıklanacak olursa ve çekişmesiz yargı işleri ile ilgili örnekleme niteliğinde de bir katalog verilebilecek olursa, kapsam sorunu belli ölçüde aşılabilir. Öte yandan bu telifçi yaklaşımdan, Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı erkinin bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılmasından kaynaklanan sorunun aşılmasından da yararlanılabilir. Nasıl yararlanılabilir? İdarî faaliyetlerle mahkeme dışındaki organlara görev verme olanağı aralanmış olur.

İşte geniş anlamda yargı görevleri içerisinde yer alan adliye memurlarından bu bağlamda yararlanılabilir. Yine adliye memurlarından başka, özellikle Noterlik Kanunu'ndaki yeni yapılanma modeli benimsenecek olursa, noterlere bu bağlamda görevler verilebilir. İşte, belgelendirme ve tasdikle ilgili işler özellikle yine miras hukukundaki bazı işler bağlamında. Dolayısıyla, 9. maddeden kaynaklanan yetki bağlamındaki sorun aşılabilir. Miras hukuku alanındaki terekenin tespiti, yazılması, vasiyetnamenin açılması, mirasın reddinin tescili, mirasçılık belgesi verme gibi pek çok iş noterlere bırakılabilir. Avusturya Hukukunda, noter, mahkeme komiseri sıfatıyla bu işlemleri yapmaktadır.

Çekişmesiz yargı kavramına yüklenen anlamı, çok açık ve kesin bir dille tanımlayıp, tanımlamak, ortaya koymak eşyanın doğası gereği bence çok zor. Çünkü çekişmesiz yargının ölçütlerini tam anlamıyla koymak da bunları bir potada eritmek çok güç. İçtihatlara bırakmak çözüm mü? İçtihatlara bırakmak da çok doğru gelmiyor. Zaman zaman çekişmesiz yargı işi çekişmeli yargı işi konusunda, doktrinle, yargı uygulaması arasında da görüş ayrılığı doğuyor. Belki Avusturya modelinde şekli ölçütün baz alınması, işte bu konudaki iradeyi açık ve kesin bir dille dile getirmek düşüncesinin bir ürünü olarak görülebilir.

Öte yandan, yargı yeri ne olursa olsun, tüm çekişmesiz yargı işlerini sulh mahkemelerinde toplamak sağlıklı bir yaklaşım biçimi olur. Bu suretle sulh mahkemelerinde benimsenen yargılama usûlüne, yani çekişmesiz yargı işlerinde genel kabul gören usûl olan basit yargılama usûlüne de uygun bir yaklaşım izlenmiş olur. Çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmı aile mahkemesine, bir kısmı asliye ticaret mahkemesine, bir kısmı asliye hukuk mahkemesine bırakılacak olursa, farklı yargılama usulleri işlerlik kazanacağı için çekişmeli yargı-çekişmesiz yargı ayırımından beklenen fonksiyonellik de kaybolabilir. Sulh hukuk mahkemeleri çekişmesiz yargı işlerinde genel görevli yargı yeri hâline getirilirse, tüm çekişmesiz yargı işlerinde otomatik olarak basit yargılama usûlü işlerlik kazanır ve bu mahkemelerce çekişmesiz yargı işlerine ilişkin olarak verilen kararlar

TARTIŞMALAR

da itiraz üzerine asliye hukuk mahkemelerine denetlettirip, onların kararına karşı da istinaf yolu aralanacak olursa sulh hukuk-asliye mahkemeleri ayırımının rasyonel kullanılması olanağı da yaratılmış olur. Sayın Kuru Hocamın da doktrinde belki öncülüğünü de yaptığı, “sulh-asliye ayırımı kaldırılmalıdır” fikrini, her hâlde bir kez daha gözden geçirmesi, bu rasyonelizasyon karşısında, yeni gelişmeler karşısında yeniden değerlendirmesi uygun olur kanaatindeyim.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hakikaten 105. sayfada mı Hocam?

Prof. Dr. Baki KURU: Yok, 105 değilmiş. 131. sayfa.

Süha arkadaşım “105. sayfa” deyince aklıma gelen iki anımı anlatayım: Eskiden Bakanlıklarda Milli Kütüphane vardı, biz akşamları orada ders çalışırdık. Tenefüs yaptığımız zaman dışarıya çıkardık. Orada gene de ders konuşulur. İmtihanlar yaklaşmış, ders çalışıyoruz. Beni de biraz çalışkan bellemişler. Bana geliyor soruyorlar. İki kişi anlaşıp, bana sordular. Ben, kitabın 105. sayfasında var dedim. Bir tanesi sapsarı oldu. Kütüphaneye gitti, beş dakika sonra, kitabı aldı eline, “böyle adamların yanında ders çalışılmaz” diyerek, morali bozulmuş olarak gitti adamcağız. Çok üzüldüm ona. Arkasından koştum, ama yetişemedim. Morali bozuldu.

İkincisi, Almanya’da sözlü doktora imtihanına girdik. Üç tane Alman. Yabancı olarak bir tek ben varım. Benim hocam da Profesör Harry Westermann. Şimdiki ticaret hukukçusu Peter Westermann’ın babası. Harry Westermann, çok sert bir hoca. Bir soru sordu, soru da şu: “Bir tren geçerken kıvılcımından civardaki ev yanmış, tazminat davası açılacak, davanın hukukî sebebi nedir, hangi hükümlere göre dava açılacak?” Almanlardan başladı. Alman adaylar, “haksız fiil hükümlerine göre Borçlar Kanunu” dedi. “Yok.” dedi. Hoca bana döndü, “siz biliyor musunuz” dedi, “ama bilmek mecburiyetinde değilsiniz, çünkü bu Alman hukukunda

çok özel bir mevzuattır” dedi. Ben biliyorum dedim. “Peki hangisi” dedi. Gewerbeordnung’da (işletme nizamnamesinde), bu konuda özel hüküm var dedim, özel hüküm olan yerde genel hükümlere gidilmez, İşletme Nizamnamesindeki özel hükme göre dava açılır dedim. Şaşırdı hoca. “Maddesini biliyor musunuz” dedi. Galiba 19. paragraf dedim. “18, ama önemli değil” dedi. “Açın 18. paragrafı bakalım” diye onlara bir azar çekti. Benim işim bitti. Bana bir daha bir şey sormadı. Hep onlara sordu. Ben tam numarayı aldım, geçtim doktora imtihanından. Sayfaları bellemek, maddeleri bellemek bazen iyi oluyor.

Teşekkür ederim Süha arkadaşşıma. Az sonra zaten onun konuşmalarına ilaveler yapacağım.

Buyurun Sayın Tahir Alp.

Tahir ALP: Sayın Başkanım, çok uzun süre çalışmak şerefine ulaştığım 2.Hukuk Dairesi’nin bazı kararlarına atıfta bulunulduğu için söz alıp bu vesileyle de bir-iki noktada fikrimi söylemek isterim.

Sayın Yıldırım, Sayın Atalı ve Sayın Alangoya’yla Sayın Budak’ın tebliğlerinden bugün birçok şeyi öğrendim. Keşke bunları daha önce öğrenseydim diye, kendi kendime de hayıflandım. Kendilerine teşekkür ederim.

Nizasız kaza, sizin eski tabirle kullandığınız gibi ben de onu kullanıyorum, çünkü sizin öğrenciniz oldum, nizasız kaza tabirinin, kavramının çağrıştırdığı çerçevede işi yorumlamak lazım diye düşünüyorum. Arkadaşların izahlarından anladım ki, Avrupalı böyle düşünmüyor; Avrupalı, nizasız kaza içinde bazı nizalı işleri de çözmeye çalışıyor. Bence pek uygun bir davranış olmasa gerek. Bizim nizalı işler için düzenlediğimiz mevcut, meriyette olan hükümlerimiz var. Biz de Komisyonda, nizalı kazayı, “yazılı usûl” ve “basit usûl” şeklinde ayırım yaparak düzenlemeye çalışıyoruz. Bu kavramdan hareketle Yargıtay bazı kararlarında tarif yapmaya çalışmış. Bence, yeni bir düzenleme sırasında mutlaka tarif yapılmalıdır. Çünkü, kanunu niçin yapıyoruz? Düzensizliği ortadan kaldırmak

TARTIŞMALAR

için yapıyoruz. Tarif yapılmamak suretiyle, sayma suretiyle bir düzen getiremeyeceğimiz yönünde ittifak hasıl olduğuna göre, mutlaka yeni bir düzensizliğe yol açmamak gerekir. Eğer bir tarif yapamazsak bence uygun bir iş yapmamış oluruz. O hâlde, Yargıtay'ın tariflerinden, ilmî eserlerdeki tariflerden yararlanmak suretiyle, başlangıçta, ilk önce nizasız kazanın bir tarifini yapmak gerekir.

İhzarî kararlar yönünden pek büyük ihtilâf çıkmıyor; yalnız, onlara itiraz edilmesi hâlinde ihtilâf çıkıyor. Bence, o zaman, ihtilâf çıkması hâlinde bu nizalı kaza hâline dönüşen bir hadisedir, o bakımdan onu ayrı tutuyorum. İnşâî kararlar yönünden, bilhassa inşâî kararların yerine getirilmesi vesaire yönünden bazı ihtilâflar çıkıyor. Bu özellikleri dikkate alarak Hukuk Usûlünde bir yeni düzenleme yapılmasına ben de taraftarım.

Sayın Ali Cem arkadaşım beni bağışlasın. Yanlış çıkarmak için söylemiyorum; zabıtlara geçsin...

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Gayet tabii.

Tahir ALP: Düzeltilsin anlamında söylüyorum.

Çok özür dileyerek arz edeyim. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması nizasız kaza işi buyurdular. Yeni Medenî Kanunda bu Kurum kaldırılmıştır. Binaenaleyh, o cümleye gelmez, o cümleden olmaz. Bazı işleri de nizasız kaza şeklinde söylediler. Meselâ velayetin tevdi, yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti, yüzölçümünün sicilde düzeltilmesi işleri de, Yargıtay'ın tavsifi o yöndedir, nizalı kaza işidir. Çünkü, meselâ velayetin tevdi işinde, eşlerden birine verilmiş olan velayetin ondan alınıp diğerine verilmesi menfaat çatışması açıkça...

Prof. Dr. Baki KURU: "Velayetin nezi" diyor, "nezi."

Tahir ALP: Hayır; "velayetin tevdi" buyurdular.

Prof. Dr. Baki KURU: Tevdi, işte nezi...

Tahir ALP: Nez işi de yine nizasız kaza işidir...

Prof. Dr. Baki KURU: Anladım.

Tahir ALP: Çünkü velinin menfaatiyle...

Prof. Dr. Baki KURU: İki ayrı, evet.

Tahir ALP: Çatışır bir hadise ortaya çıkmıştır.

Sayın arkadaşımız, nizasız kaza işlerinde sorunları büyük ölçüde söylediler. Bence her şeyden önce yapılacak iş: Nizasız kazadaki problemler nedir? Şimdi bizim usûlümüzün genel hükümlerinin hangi noktalarda karşılık bulmadığı noktasıdır. Bunlar tespit edilmek suretiyle usûl hukukunda bir düzenleme yapılması uygun olur diye düşünüyorum. Meselâ tespit edilen bir hakka itiraz hâlinde, sizin kitabınızda da var, bu çekişmeli yargı hâline gelir mi gelmez mi; bu yönü düzenlemelidir. Gerçekten "*Hukuk Usûlü*"nde bunun dayanak noktasını bulmak mümkün değil. Meselâ müdahale vesaire şeklinde izah ediliyor; biraz dayanaksız kalıyor. Dahili dava, temyiz, istinaf vesaire konuları gerçekten Usûlde dayanaksız kalıyor. Bunları düzeltmek lazım.

Büyük ölçüde ben Yargıtay'ın nizasız kazayı tarif eden kararlarına da iştirak ettim. Oradaki görüşleri savunuyorum burada da.

Ben çok teşekkür ederim. Doğrusu çok yararlı bir toplantı oldu. Sanıyorum Komisyona da ışık tuttu.

Teşekkürler efendim. Saygılar sunarım.

Prof. Dr. Baki KURU: Organizasyon Komitesi diyorlar ona. Organizasyon Komitesine değil mi?

Tahir ALP: Evet.

Prof. Dr. Baki KURU: Evet, bir defa daha teşekkürlerimizi tekrar ediyoruz. Buyurun Sayın Özkes.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Teşekkür ederim hocam.

Ben de hem bir-iki konuda görüşümü belirtmek, hem de birkaç soru sormak için söz aldım.

Öncelikle, sabahleyin galiba önce Murat arkadaşımız Avusturya hukukundan bahsederken “*çekişmeli çekişmesiz yargı*” diye bir kavramdan bahsetti. Açıkçası ben o kavramı pek sevmedim. Diyeceksiniz ki, “*sana ne, niye sevmedin?*” Ola ki, kazara bizim kanuna falan da girer. Zaten hâkimlerimize, avukatlarımıza çekişmesiz yargıyı anlatamıyoruz; bir de çekişmeli çekişmesiz yargı diye bir şeyi çıkartırsak işimiz daha da zorlaşır. Maalesef uygulamada kavramlara ve Kurumlara çok fazla hassasiyet gösterilmiyor. Bence bunu burada unutalım; sadece kayıtlarda kalsın. Eğer zorunluysa başka bir şey bulalım biz bunun adına.

Çekişmesiz yargıyla ilgili düzenleme yaparken tek tek saymak mı, yoksa genel bir düzenleme yapmak mı tercih edilmeli? Bence genel bir düzenleme yapmak, şu anda yapacağımız yeni kanun için her hâlde çok daha uygun olacaktır. Daha önce, “*ayrı bir kanun olmalı mı olmamalı mı*” tartışması vardı; hâlâ daha gündemde bu. Sanki, daha kısa, daha basit, genel ilkeleri belirleyen bir fasıl şeklinde Usûl Kanunu’na eklemek bugünkü tartışmalardan sonra, birçok kişinin söylediği gibi, bana çok daha makul ve başlangıç için uygun geliyor.

Bir de, çekişmesiz yargıda itiraz müessesesi üzerinde kısaca durmak istiyorum. Bu konu benim ilk defa, çekişmesiz yargıyla tanışmamı sağladı. Yüksek lisan tezim bilindiği üzere “*asli müdahale*”ydi; tezin en zor kısmı da buydu. Çekişmesiz yargıda asli müdahale nasıl olur, tartışması vardı. Ben aşağı yukarı 15 gün, o kâğıtların etrafında ne yaparız diye dolandım durdum. Çünkü şöyle çetin bir sorun vardı: Asli müdahale bizim kanunumuzda düzenlenmemiş, çekişmesiz yargı da düzenlenmemiş, iki yoktan bir var çıkarmak mümkün müdür diye dolanırken, bir gün Hakan hocam telefon etti. Çünkü, tezde de bunu bir türlü bir yere yerleştiremiyorum. Sonunda

bir çözüme ulaştık. Biz asli müdahaleyi Almanlardan almış durumdayız; ancak Alman hukukunda çekişmesiz yargı işlerinde asli müdahale kolay kabul edilmiyor. Çekişmesiz yargı hakkında da açık düzenleme olmadığından, hukukumuzda yargı kararlarında ve doktrinde kabul edilmiş. Çekişmesiz yargıya da büyük ölçüde Sizin çalışmanız yön vermiş. Sonunda şöyle bir manzara oluşmuş: Kaynak olarak yararlandığımız Almanlar, çekişmesiz yargı işlerinde asli müdahaleyi kabul etmiyorlar; fakat bizde çekişmesiz yargıda asli müdahale kabul edilmiş. Sonra tezi yazarken şöyle bir ayırım ortaya çıktı (İtiraza gelmek için biraz da bu ön açıklamayı yapıyorum): Çekişmesiz yargıda, taraf kavramı yerine “*maddî ilgili*” kavramı var; yapılan itiraz, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargı hâline dönüştürüyor ise, buradaki teknik anlamda asli müdahaledir; ama çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıya dönüştürmüyor ise, bu sadece, bir maddî ilgilinin yargulamaya katılıp dinlenilmesi, görüşünü beyan etmesidir. Dolayısıyla, çekişmesiz yargıya her itiraz, onu bir davaya, çekişmeli yargıya dönüştürmez.

Bir de iflâsın ertelenmesine geldiğimizde, orada da temel teşkil edecek. Acaba ne olabilir? Hakan hocam, “*istinafta daha basitleştirebilir miyiz*” dedi. Ben aynen katılıyorum. Çekişmesiz yargı işlerinde eğer istinaf kabul edilecekse, basit kabul etmek gerekir. Bu da ne olabilir? Galiba sizin tezinizde de “*basit şikâyet*” diye vardı. Bazı ilkeleri kabul ederek buna “*basit istinaf*” diyebilir miyiz veya “*kısaltılmış istinaf*” diyebilir miyiz, bu işler için?

Bir de sizin görüşünüzü lütfederseniz. “Bu ayrı kanun mu olmalı, yoksa kanun içinde ayrı bölüm mü olmalı” demiştiniz, ben çıkarken, cevabı tam öğrenemedim.

Prof. Dr. Baki KURU: Sizin gaip olduğunuz zamanda ben görüşümü belirttim; tekrar belirtirim.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Hocam, Halûk hocama sordum; O, sizin, mevcut kanun içerisinde olmasını düşündüğünüzü söyledi.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Baki KURU: Bugün o fikre geldim. Daha önce ayrı kanun diyordum, ama bugün Yavuz Bey'in açıklamalarından sonra o fikre geldim.

Pardon. Kusura bakmayın karşılıklı oluyor ama, tam da zamanı geldi.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Estağfurullah hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Yavuz Beyin, “İsviçre sistemine göre kanunun içine koyalım” demesinden sonra, özellikle pratik bakımdan genel Usûl Kanunu’yla çekişmesiz yargı hükümleri arasında zaman bakımından uyum olması ve birbirlerine ters bakmamaları için Usûl Kanunu’nun en son bölümünü çekişmesiz yargıya ayırmak, onun özelliklerini, yargılama usûlünün özelliklerini düzenleyip, gerisinde çekişmeli yargıya atf yapmak daha uygun.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Ben özellikle işte bu kısma ilişkin, yani kanunun neresinde olmalı, görüşünüz nedir diye soracaktım, onu zaten buyurdunuz.

Prof. Dr. Baki KURU: Onu söylemiştim. Siz yoktunuz, tabii mazeretiniz varmış.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Mazeretim vardı. Makul bir mazeret ve gerekçe.

Prof. Dr. Baki KURU: Yavuz Bey’i uğurlamakla iyi etiniz.

Bakın, şimdi, sevgili kardeşlerim, hepinize kardeşlerim, hatta torunlarım diyebilirim. Şimdi kardeşlerimin de çocukları var, onların da çocukları var aranızda. Bakınız, ben biraz hüznümlendim bu toplantıda. Belli bir yaşın üstündeki hocalarımızdan katılım çok az. Onun için, onları biraz daha buraya cezbedecek şekilde ilgilenelim. Yavuz Beyi uğurlamakla iyi etmişsiniz. Belki biraz özel muamele görmek istiyorlardır. Gel demekle olmaz. Nasıl gelecek o insan? Vakit geçiyor ama, ben Adalet Bakanı Sami Türk’e zamanında bir mesaj yolladım. Geçenlerde rahmetli oldu, ceza hukukçusu Profesör Dönme-

zer, bir gün beni bir toplantıda gördü, bir kokteylde, “Adalet Bakanı senden şikâyetçi.” dedi. “Niye?” dedim. “Toplantılara gelmiyormuşsun, Usûl Kanunu toplantılarına.” Hakikaten telefon etti Sami Bey. Gelirim, ama bir-iki toplantıya ancak gelebilirim dedim. Ondan sonra ona da çağırmadılar, yahut böyle dolaylı olarak. Gelmiyorum dedim. Prof. Dönmezer “Niye” dedi. Sizi toplantıya çağırdukları zaman, böyle özel davetiyeyle davet ediyorlar, biletinizi evinize getiriyorlar dedim. “Evet” dedi. Evinizin önüne bir tane siyah araba geliyor, sizi hava alanına götürüyorlar. “Evet.” Uçaktan inince sizi siyah arabayla karşıyorlar, toplantıya kadar götürüyorlar, dönüşü de öyle yapıyorsunuz değil mi? “Evet” dedi. Bana bir gel diyorlar, başka bir şey yapmıyorlar dedim. Dönmezer, “Ha, senin yaşındayken ben de öyle gidiyordum” dedi. Yok hocam dedim. Ben sizi 20 sene önce, burada bir toplantı vardı, Oltan Sungurlu’nun Bakanlığı sırasında...

Bir Katılımcı: 90 yılıydı.

Prof. Dr. Baki KURU: Tamam. 15 yıl önce.

Buradaydı değil mi o toplantı?

Bir Katılımcı: (Devamla) Evet.

Prof. Dr. Baki KURU: Orada bana da gel dediler, geldim, hatta konuşmam da vardı. Cezacılarla, Dönmezer ve ekibiyle uçakta karşılaştım. Merhaba, merhaba. Uçaktan çıktılar, benden kaçıyorlar. Nereye gidiyorlar diye baktım, kapıdan çıktılar, siyah bir arabaya bindiler, yahu, sen de gel demediler, gittiler. Ben de arkasından bir taksiye bindim, şu arabayı takip et dedim. Onlar böyle çalınmış çalınmış siyah arabadan indiler; ben taksiden indim. Bana, yahu, biz böyle geldik der gibi bir de Kurum sattılar. Bu anlattığım 15 yıl önce. Ben sizin yaşınızdaydım o zaman, dedim Dönmezer 83 yaşında vefat etti. Aramızda 6-7 yaş, belki 8-9 yaş fark vardı. Buradan kıssadan hisse. Bana, gel deyince gelirim ben; ama durumumu biliyorsunuz. Bugün bu toplantıya en gelemeyecek kişi bendim, ama geldim. Hem arkadaşlarımıza çalışmalarında cesaret vermek için, -hakikaten

TARTIŞMALAR

önemli bir şey, bu toplantının düzenlenmesi çok zaman alır, biz hazıra konuyoruz geliyoruz, bunun arkasındaki zahmetler, şunlar bunlar- hem o, hem de bir dayanışma. Diğer hocalarınızdan da, her hocanızdan bu kadar özveri bekleyemezsiniz. Biraz daha ilgilenelim.

Lafı uzattım, kusura bakmayın.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Estağfurullah Hocam.

Önce, Hocam, her şey için gerçekten teşekkür ediyoruz. Ben, henüz daha kimseye tavsiyede bulunabilecek ne yaştayım, ne olgunluktayım, ama sadece şunu söylemek isterim: Genç arkadaşlar için her hâlde burası çok büyük bir fırsat.

Prof. Dr. Baki KURU: Çok iyi fırsat; ama seferber olun. Hocalarımızın peşine takılın, hocam, hadi deyin, elinden tutun buraya getirin. Seferber olun.

“Nereden aldınız bu cesareti” derlerse, ben en yaşlımızım, siz, Baki Bey öyle söyledi deyin.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Ben, bazı çok kıdemli ve değerli hocalarımızı, örneğin Sizi, şahsen çok geç tanıma fırsatına sahip oldum. Çünkü, bizim tanımak için böyle bir ortamımız yoktu. Belki biraz da çaba göstermemizin sebebi bu. Arkadaşlara çok kolay gelen, yani şimdi bazı hocalarımızla çok rahat görüşebilme kolaylığını, böyle bir ortam olmadığı için geçmişte biz yaşayamadık. Keşke daha önce bu ortamı yaşayıp, keşke biz daha fazla şey görüp, keşke çok daha fazla şey öğrenebilseydik. Sizin burada anlattığınız her bir hatıra, bizim için her zaman ders çıkartabileceğimiz örnekler. Hatta bu toplantılar bizim için, daha genç akademisyenler için, bilgi yanında, sizlerin tecrübelerinden yararlanma yeri, akademik terbiyemizi tamamlama yeri. Ben açıkçası burada tartıştığımız konular, edindiğimiz yeni bilgiler ve bakış açıları dışında, burada sizlerle birlikte olmaktan ayrı mutluluk duyuyorum, bilgi dışında da çok şey kazanıyoruz. Sizlerin sözlerinden, davranışlarından bizler yeni şeyler öğreniyoruz, dersler çıkarıyoruz. Buradaki havayı sizlerle birlikte teneffüs etmek bile,

bizlere çok şey kazandırıyor, mesleğe yeni başlayanlara çok şey kazandıracaktır. Burada paylaştığımız şeyler hepimiz için unutulmaz hatıralar niteliğinde. O yüzden teşekkür ediyoruz her şeyden önce. Bu fedakârlıklarınız, zahmetiniz ve hep yanımızda hissettirdiğiniz desteğiniz için müteşekkirimiz.

Prof. Dr. Baki KURU: Ben teşekkür ederim.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Son olarak hocam, iflâsın ertelenmesiyle ilgili, gerçi yarın söyleyecektim, ama çekişmesiz yargıyla da ilgili olduğu için bugün bir-iki şey söylemek isterim.

Geçen sene iflâsın ertelenmesiyle ilgili tebliğ sunma görevi bana verilmişti. O çerçevede İsviçre hukukunda da, Türk hukukunda o güne kadar pek tartışılmamış bir konuyu, biraz da çekinerek ilk defa tartışmaya açtım: *“İflâsın ertelenmesinin hukukî niteliği”* ve orada *“geçici hukukî koruma olduğu”* yönünde bir görüş beyan etmiştim. O zaman tabii farklı görüşler de ileri sürülüp tartışılmıştı, ondan sonra da bir tartışma ortamı oluştu bu konuda.

Prof. Dr. Baki KURU: Nasıl görüşler?

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Benim görüşüm geçici hukukî koruma olduğu yönünde hocam. Ancak, farklı görüşler de var. Örneğin başlı başına çekişmesiz yargı olduğu ya da kendine has bir müessese olduğu yönünde.

“Peki, nasıl bir geçici hukukî korumadır” deyince, tabii zaman içerisinde Yargıtay da kararlar verdi, kararlar da olgunlaştı. Acaba bu görüşüm doğru mu, yanlış mı diye o zaman ileri sürdüğümde mütereddittim. Fakat, biraz daha zaman geçtikçe, hani belki inatçılık da diyebilirsiniz, kendi görüşümde âdeta sebat eder duruma geldim. *“Sebebi nedir?”* denilecek olursa, öncelikle bu bir doğrudan iflâs hâli. Oğuz hocam da biraz daha cesaret verdi bana bu konuda...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ama farklı görüşte.

TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Bilmiyorum, beni cesaretlendirip öne mi sürüyor yoksa?

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Yok, yok...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Demin farklı söylediniz ama.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Nizasız kaza içinde bir geçici hukukî koruma tedbiri dedim.

Prof. Dr. Baki KURU: Peki.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Geçici hukukî koruma dediğimiz kurum, hem çekişmeli yargı içerisinde hem çekişmesiz yargı içerisinde olması mümkün. Geçici hukukî koruma sadece çekişmeli yargıda vardır denilemez; nihaî karar ortaya çıkmadan bir korunma ihtiyacı varsa, çekişmeli veya çekişmesiz yargı içinde bu kurum karşımıza çıkacaktır. "Neden?" denilecek olursa, çok kısa olarak belirteyim. Yarın da belki bir-iki şey söylemek mümkün olabilir. Geçici hukukî korumanın özellikleri, özellikle Ejder hocanın *Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri Kitabı*'nda saydığı özellikler burada da var. Genelde doktrinde de kabul edilen üç temel (daha fazla özellik var, ama) özellik burada bizatihi kanunda var: Bir defa, ivedilik. Baktığımız zaman, İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi, "iflâsın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır" demektedir. İkincisi "yaklaşık ispat". Burada tam ispat, kesin ispat aranmamakta. Sebebi de şu: Bir defa, iyileştirme ümidi, zaten ismi üstünde, "ümit", yani bir ümide dayanarak karar vereceksiniz, ama bunun sağlam dayanaklarının olması lazım. Üçüncüsü ise, "hukukî dinlenilme hakkı bakımından getirdiği özellik." O da çok açık; "mahkeme gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir" diyor Kanun. Yargıtayımız bunu "dinler ve dinlenilmedir" şeklinde, mutlak olarak anlamış hâle geldi. Biraz da belki, ben öyle düşünüyorum. Çünkü kendileri dinlenilmediği için, iflâsın ertelenmesine sürekli bankalar itiraz etmekte, onun da etkisiyle, "dinlenilmelidir, dinlenilmesi zorunludur" dedi, ama Kanun'un ifadesi öyle değil. Çok açık ve tereddüte mahal

vermeyecek şekilde “dinlenilebilir” diyerek, “hukukî dinlenilme hakkı”nın biraz daha ertelenmesi şeklinde bir görüşü Kanun ortaya koymuş. Artık, bilinçli-bilinçsiz; onu ben bilmiyorum. Fakat Yargıtayımız, “mutlaka dinlenilmeli” diyor. Tabii ki, bana göre de, çoğunlukla dinlenilmeli; ama dinlenilmek, mutlak bir emir olmamalı. Bunlara baktığımızda, geçici hukukî korumanın temel karakteristik özellikleri burada mevcut. Ama borçlunun talebi ile doğrudan iflâs bir çekişmesiz yargı işi olduğu için, çekişmesiz yargı işi içinde bir geçici hukukî himaye tedbiri olarak değerlendirebiliriz.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz teşekkür ederiz. Buyurun Sema hanım.

Yrd. Doç Dr. Sema TAŞPINAR: Hocam, sizin ilk açıkladığınızda biraz tereddüt uyandıran, kafamda soru işareti olan bir husus vardı, Süha Hocam da aynı konuda, aynı yönde görüş beyan edince tereddütlerimi yüksek sesle paylaşma ihtiyacı duydum ve belki tartışılabilir diye.

Bir kere, çekişmesiz yargının ne olduğunda bir tereddüdümüz var. Çekişmesiz yargının çekişmeli yargıya dönüşme ihtimali var. Tabiri caizse, “şışede durduğu gibi durmuyor”, çekişmesiz yargı diye tek başına çekişmesiz yargı olarak kalmıyor. Dolayısıyla, şimdi sizin önerinizi düşündüğümde, tüm çekişmesiz yargı işleri sulh hukuk mahkemesi bünyesinde toplansın önerisi, çeşitli açılardan bende tereddüt uyandırıyor. Bir kere, çekişmesiz yargı alanına giren konuların farklı özellikleri var. Bütün çekişmesiz yargı işlerinin sulh hukuk mahkemesi içerisinde düşünülmesinin isabetli olduğu konusunda tereddütlerim var. Dediğim gibi, çekişmesiz yargıdan çekişmeli yargıya dönüşme ihtimali olabiliyor. Bu durumda sulh hukuk mahkemesi görevsizlik kararı mı verecektir; birinci tereddüt noktam bu. İkincisi, bizim çekişmesiz yargı içerisinde telakki ettiğimiz, örneğin konkordatonun tasdiki, yeniden yapılandırma projesinin tasdiki, tartışmalı olmakla birlikte iflâsın ertelenmesi konuşuldu şu anda; bunların da özellikle uzmanlık gerektiren konular olduğu dikkate alındığında ve bunun için özellikle

TARTIŞMALAR

uzmanlık mahkemelerine görevin verildiği düşünülürken, örneğin ticaret mahkemesinin incelemesi gereken bir hususu hiçbir itiraz olmasa, tek başına sadece tasdik de olsa, çok geniş yetkileri var, konkordatonun tasdikinde olsun, yeniden yapılandırma projesinin tasdikinde olsun yahut erteleme ve onun devamında, deminki tartışmalar dikkate alınır, doğrudan doğruya iflâs kararı verilmesinde olsun, yani pek çok sorunların çıkabileceği bir alan diye görüyorum. Dolayısıyla, burada bütün çekişmesiz yargı işlerinin doğrudan doğruya sulh hukuk mahkemesinin bünyesi altında toplanmasının ben problemler yaratacağını düşünüyorum. Süha hocamın söylediği bir kolaylık, avantaj vardı. Dedi ki, “sulh hukuk mahkemesinin görevi içeri sine alınırsa hepsi hakkında basit yargılama usûlü uygulanır, böylece yargılama usûlü açısından problemler giderilmiş olur” dedi, ama benzer problemler aslında bizim Usûl Kanunumuzun bence temel sorunu. Örneğin 507. maddenin atfı gereği 176. maddenin 3. bendinde, her çeşit nafaka davalarını basit yargılama usûlüne tâbi tutmuş. Dolayısıyla, aslında mahkemelerin kendi içerisinde, örneğin bir asliye hukuk mahkemesinin, örneğin bir aile mahkemesinin, ticaret mahkemesinin halihazırda bugün de değişik nedenlerden ötürü farklı yargılama usûlleri uyguladığı görülmekte; o nedenle, bu da benim için bir tereddüt noktası. Bunu açıklamak istedim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz teşekkür ederiz. Sağ olun. Evet Erdal Bey.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Teşekkür ederim.

Öncelikle, bu güzel tebliği hazırlayan Ali Cem Budak kardeşime, sizin de vermiş olduğunuz değerli bilgiler için Zatiâlinize de tekrar teşekkür ederim.

Çekişmesiz yargı işinin öncelikle ayrı bir kanunla mı, yoksa Usûl Kanunu'nun sonuna eklenecek bir bölüm olarak mı düzenlenmesi gerektiği konusu gündeme geldi. Her ikisi de olabilir. Bugüne kadar çekişmesiz yargı işi ülkemizde çe-

kişmeli yargı işine paralel bir şekilde götürüldü; bir nevi dava formatında görülmeye çalışıldı.

Prof. Dr. Baki KURU: “*Hasımsız dava*”, evet.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Evet.

O nedenle de, belirttiğiniz gibi, “*tek taraflı dava*” veya “*hasımsız dava*” gibi tabirler de kullanıldı.

Eğer Usûl Kanunu’nun devamında ayrı bir bölüm olarak düzenleyecek olursak, bu takdirde, acaba bu düşüncüyü devam ettirir miyiz endişesi var. Bu endişenin tümüyle bertaraf edilmesi açısından, ayrı bir kanun olması, o şekilde düzenlenmesi, çekişmesiz yargı işlerinin çekişmeli yargı işlerinden ayrı olduğunu, farklı şekilde görüldüğünü vurgulamak açısından daha isabetli olmaz mı; bir bu konuda görüşünüzü öğrenmek isterim. Bütün çekişmesiz yargı işlerini kapsayacak bir tanımlama mümkün mü; bu konuda tereddüt ortaya çıkıyor, böyle bir tanımlamanın zorluğu nedeniyle bu kez listeleme işi veya ihtimali ortaya çıkıyor. Her ikisinin de birtakım sakıncaları var. Tanımlama yapıldığında, bütün işleri içine alacak şekilde bir tanımlama yapmak zor oluyor; listeleme yapıldığında da, yeni çıkacak çekişmesiz yargı işleri listenin dışında kalıyor, sık sık bu listeyi güncellemek gerekiyor. İkisinin de avantajları ve dezavantajları var. Eğer bir tanım yapılıp, bu tanım çerçevesinde çekişmesiz yargı işlerini görevli kılacağımız mahkemeye havale edecek olursak, bu kez, sizin de belirttiğiniz gibi, bir çekişmesiz yargı işinin çekişmesiz olup olmadığı konusunda çekişme ortaya çıkabilecek. Gerçekten sıkıntılı bir durum. Bu tanım çerçevesinde gördüğüm kadarıyla bir sıkıntılı durum, hangi çekişmesiz yargı işlerinin bu tanıma girdiği hâkimler tarafından tespit edilecek, Yargıtay veya bölge adliye mahkemesi tarafından tespit edilecek. Bu şekilde, malûmunuz, hukukumuzda genel bir kural var; “*malukemelerin görevi kanunla belirlenir.*” Eğer saymayı bırakıp tanım çerçevesinde, hâkimlerin bu işi yapması tanım çerçevesinde kapsamı doldurmasını tercih edecek olursak, acaba, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir kuralına aykırı davranmış olmaz mıyız? Hâkim belirliyor.

TARTIŞMALAR

Bir diğ er husus, yeni getirilen düzenleme çerçevesinde çekişmesiz yargı işlerine karşı en son istinaf mahkemesiyle işi bitiriyoruz; böylece Yargıtay'ı devre dışı bırakmış oluyoruz, Yargıtay'ın iş yükünü de böylece azaltmış oluyoruz. Bu açıdan bakınca gerçekten haklı ve isabetli. İstinaf mahkemeleri veya bölge adliye mahkemeleri işlerlik kazandığında, faaliyete başladığında Yargıtay asıl işlevine dönecek ve içtihat mahkemesi olacak. Eğer biz, çekişmesiz yargı işlerinde en son istinaf aşamasında işi kesecek olursa, bu kez, Yargıtay çekişmesiz yargı işlerinden tümüyle elini çekmiş, ilişkisi kesilmiş olmayacak mı? Bu konulardaki içtihadını hangi gerekçeyle, neye dayanarak oluşturacak, böyle bir sıkıntı, böyle bir tereddüt ortaya çıkmayacak mı? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz Sayın Tercan. Buyurun Mine hanım.

Yrd. Doç. Dr. Mine AKKAN: Teşekkür ediyorum.

Çekişmesiz yargı sonucu elde edilecek tespit veya karar daha sonra açılacak bir davada nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulacak? Biz biliyoruz, kesin hükmün kesin delil niteliği var; çekişmesiz yargıda da böyle bir nitelik olur mu? Maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmiyor. Daha sonra açılacak bir davada hâkim, bu çekişmesiz yargı sonucu elde edilecek kararı nasıl değerlendirecek; bu soru aklıma takılmıştı. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU Biz teşekkür ederiz. Peki, başka söz almak isteyen yok.

Sayın Ali Cem Bey bir ara verelim diyor. Beş dakika ara verelim mi, ne dersiniz Hakan Bey?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Siz nasıl arzu ederseniz Hocam. Ben asıl, sizin geç kalmanızdan ötürü...

Prof. Dr. Baki KURU Yok, ben geç kalmam. Arabam burada. Ben gece yarısı da giderim. Sizinle beraber olmaktan mutluluk duyuyorum.

Yalnız, sorular biraz uzun, cevaplar da uzun olabilir, bir beş dakika isterseniz mola verelim, ama beş dakika, daha fazla değil. Vakit geçiyor.

Prof. Dr. Baki KURU Buyurun Ali Cem Bey. Ondan sonra ben toparlayayım soruları.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Katkıları için bütün hocalarıma, arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Sırayla başlayacağım, ama tam sırayla gitmeyeceğim, çünkü bazı şeyler birkaç kişi tarafından dile getirildi. İlk önce, Oğuz Atalay hocamızın, iflâsın ertelenmesiyle ilgili katkıları hakkında bir-iki şey söylemek istiyorum.

Bir defa, bu “*iflâsın ertelenmesi*” müessesesi bir şekilde geldi uygulamamıza girdi; hukuk tarihçileri de her hâlde bir süre sonra bunu inceleyeceklerdir. Aslında bütün kanunumuzun sistemini bozan, oradaki konkordato yanında kanunumuzda mevcut olan, şimdi yeni getirilmiş müesseseler yanında öyle bir müessese ki, bütün diğer müesseseleri âdeta lüzumsuz hâlde getiriyor ve borçluya çok kolay bir imkân sağlıyor. O yüzden tatbikatta da geniş şekilde kullanıldığını ve birtakım sakıncaların ortaya çıktığını biliyoruz. Bir defa böyle bir durum var, baştan zor bir durum var. Onun için de, birtakım teorik meselelerle de meşgul oluyoruz.

Oğuz Bey’i dinlerken çok beğenerek de dinledim. Rahmetli Kemal Oğuzman hocamız gibi hukuk mantığıyla teker teker izah etti. Benim kanaatim, görüşlerini teorik bakımından da dinlemiş olmama rağmen şudur: Artık kanun amacına göre yorumlanacak olursa ki, öyle de yapmak lazım diye düşünüyorum, 179, 179-A, 179-B maddeleri bir paket hâlinde, kanuna o şekilde getirildi ki kanun koyucunun amacı burada, sadece doğrudan doğruya iflâsa ilişkin bir geçici koruma önlemi filan değil, basbayağı konkordatoya benzer şekilde, güç durumdaki işletmelerin rehabilitasyonuna ilişkin bir müessese yaratmak. Dolayısıyla gene “*korsan*” bir konkordato müessesemiz oldu. Onun içinde de böyle sıkıntılar var. Tabii kanun amacı dikkate

TARTIŞMALAR

alınınca, söylediklerinize teorik bakımdan saygı duymakla birlikte, bunun müstakil bir müessese olarak yorumlanması gerektiğini ve tek başına bir çekişmesiz yargı işi gibi değerlendirilmesinin doğru olacağını düşünüyorum. Nasıl bir geçici hukukî koruma önlemidir ki bu beş sürebiliyor! Dolayısıyla, söylediklerinizi nakzetmiyor bu söylediklerim. Ama bu şekilde de düşünülmesi mümkün.

Hakan Pekcanitez hocamız yarın yine gündeme getirecektir, meselâ ihtiyari dava arkadaşlığını da uygulayan mahkemeler varmış. Birden fazla anonim şirket yahut şirketler hep birlikte gidip iflâsın ertelenmesi talebinde bulunuyorlar; hepsine birden bu imkân tanınıyor. Birçok eleştirilecek yönleri var. O konuda söyleyebileceklerim bunlar.

Ömer Ulukapı hocamıza çok teşekkür ediyorum yorumları için. *“Büyük çekişmesiz yargı-küçük çekişmesiz yargı işi olmaz...”* Hakikaten, tabii hukukçunun terimleri çok dikkatli kullanması lazım. Bir parça fazla basitleştirmiş olabilirim, burada yüksek hâkimlerimizin yanında. Tabii, yargının küçüğü büyüğü olmaz ve bütün haklar aynı şekilde korunmaya layıktır. Nihayet bu da hukuk politikasının temel konularından biri ve kanun yolları bahsinin de temel konularından biri. Acaba, usûl ekonomisi düşüncesiyle, mahkemelerin işlerinden tasarruf etmek düşüncesiyle, kanun yolları hakkı, belli kimselere belli derecelerde sınırlandırılabilir mi? 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı var, *“temyizde parasal sınır koymak doğru mudur, acaba küçük dava-büyük dava olur mu, küçük dava sahiplerini temyiz hakkından mahrum etmek mümkün olur mu”* sorununu ele alıyor (Anayasa Mahkemesi, 20.01.1986, 1985-23/1986-2, RG 16.04.1986, Sayı: 19080).

Anayasa Mahkemesi'nin belli bir tahlilden sonra, hak arama özgürlüğünde, kanunla yapılacak bu türlü bir sınırlamanın Anayasaya uygun olabileceğini söyledi. Ben de o düşüncelerle büyük çekişmesiz yargı-küçük çekişmesiz yargı terimlerinde ısrarcı olamayacağım; yazılı metne de almayayım o terimleri. Bir derecelenme yapılması ve birtakım işlerde diğerleri kadar ileri derecede hukukî himayenin sağlanmaması pekâlâ yapı-

labilecek bir şeydir; bizim Anayasa sistemimiz içinde de böyle bir ayırım yapılması hatalı değildir, diye düşünüyorum.

19. Hukuk Dairesi bakımından iflâsın ertelenmesinde ilân mecburiyetinin getirilmesi: Dediğim gibi, iflâsın ertelenmesiyle ilgili diğer söylediklerim kapsamında bunu düşünmek lazım. Bir şeyi tekrar etmek istiyorum, çünkü o konuda aslında sizlerin görüşlerinizi öğrenmeyi çok istiyorum; ilgililerin re'sen davet edilmesi konusunda, bu örneklerden yola çıkarak genel bir müessese yaratılabilir mi? Daha basit bir sürü örnek de düşünülebilir çekişmesiz yargı işleriyle ilgili olarak. Meselâ mirasçılık belgesi düzenlerken mahkemelerimizin uygulaması: Birkaç şahit dinlemek ve o şekilde maddî olayı açıklığa kavuşturmak, nüfus kayıtlarıyla yetinmemek. Acaba orada, hakikaten miras işiyle ilgili olabilecek olanların tamamının davet edilmesi gerektiği konusunda bir düzenleme yapılırsa, hâkime en azından yol gösterici bir hüküm konulsa, mirasçılık belgesinin iptali konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların sayısı azaltılmış olmaz mı?

Hele bir de mirasçılık belgesiyle bayağı tapuda iş yapılabiliyorsunuz ve üçüncü kişilerin iyi niyetli hak iktisapları söz konusu olabiliyor. Benzer şekilde meselâ evlat edinmede, işte, evlat edinilen yahut evlat edinen kimsenin mirasçısı olabilecek birtakım kimler var, ki onlar hakikaten "*ilgili*" durumundalar, bunların gıyabında bir karar verilmeyip, hakikaten hâkime burada geniş bir esneklik, takdir yetkisi de verilebilir, meselenin aydınlığa kavuşturulması için dinlenilmesinde yarar görülen, maddî anlamda ilgililerin tamamı gene o durumun özelliğine göre tek tek tebligat yapılmak suretiyle yahut ilân suretiyle, iflâsın ertelenmesi örneğinde olduğu gibi, konkordato örneğinde olduğu gibi davet edilir şeklinde bir genel hüküm konulması yararlı olabilir mi? Hakan Pekcanitez hocamızın da çok kıymetli çalışmaları var, Muhammet Özkes arkadaşımızın da. Davaya katılma konusunu bütünüyle inceleme imkânını bulmuş hocalarımız buna nasıl bakıyorlar; o konuda aslında bir parça daha yorumlarını dinlemeyi çok arzu ediyorum.

TARTIŞMALAR

“İtiraz” ve “ilerletilmiş itiraz” konusunda Baki hocamın kitabında görüşleri var. Aslında tebliğime de bir parça yansıtımuştım, ama konuşurken tekrar etmek imkânı olmadı. İstinaf mahkemeleri Kurulduktan sonra, bir ölçüde hocamızın kitabında olması gereken hukuk bakımından teklif ettiği itiraz müessesesinin yerini bunun (istinafın) tutabileceği düşüncesinde oldum ben. Dolayısıyla, “ilerletilmiş itiraz” yerine belki temyiz yolunun açılması söz konusu olabilir, gene tırnak içinde söylüyorum, “büyük çekişmesiz yargı işleri” bakımından. Her halükârda, istinaf mahkemeleri bir defa gündeme geldikten sonra bu itiraz konusunun tekrar bir gözden geçirilmesinde, vesayet hakkındaki hükümlerimizle de birlikte değerlendirilerek gözden geçirilmesinde yarar var.

Sayma tabii tehlikeli. Aslında, öyle zannediyorum ki, bütün söz alanları dinleyince ve burada tebliğ sunan hocalarımızı dinleyince, her hâlde ortak akıl bizi şuraya götürecektir: Bir taraf yer alacak, bir tanım yer alacak Nizasız Kaza Kanunu yahut Usûl Kanunu’na eklediğimiz hükümler içinde, ama bunun arkasına bir kataloğu da şöyle veya böyle eklemek ihtiyacı olacak. Bu katalogta eksiklikler olmaz mı? Olabilir tabii, ama bu eksiklikler uygulamada çok fazla rahatsızlığa yol açmaz. En çok karşımıza çıkan meselelerin bir listesini yapmak mümkün olacaktır. Belki hukukumuzda çeşitli hükümler arasına dağılmış 200 tane nizasız kaza işi varsa, bunların 190 tanesini saymayı başaracağız, 10 tanesini unutacağız; ama o 10 tanesi de nizasız kaza iş yükünün % 5’ini teşkil etmeyecek. Çok az çıkan meseleler olacak; onu da Yargıtay içtihatlarıyla, Yargıtay yolunun açık olduğunu farz ediyorum yahut ilmi içtihatlarla kapatılabileceğini düşünüyorum. Her halükârda bir liste ve bir tarifi birlikte yer alması en uygun orta yol olacak. Tabii, bu sayma yapılırken hatalar olabiliyor.

Gene çok özür dileyerek söylüyorum, Medenî Kanun’un 317, 318, 319. maddelerinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin nizasız kaza işleri duruyor. “Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmanışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler”; 317. 318 ve 319’ da da duruyor.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Bir hasım yaratılacağı, husumet tevcih edileceğine ilişkin ben en azında 317, 318, 319’ da bir şey görmüyorum. Belki o şekilde tecelli etti Yargıtay tatbikatı, ama kanunun metinlerinden öyle bir şey anlaşılıyor.

İtibarın iadesinde de hileli iflâs bakımından, memnu hakların iadesine ilişkin hükümlere atıf yaptı kanun; taksiratlı iflâsta, adi iflâstan itibaren iadesi hükümleri duruyor. Tabii, bu söylenen genel görüşün doğruluğunda şüphe yok; saymalarda muhakkak aksaklıklar, eksiklikler olacaktır. Bu sözlerimle Süha Tanrıver hocaya da katılmış oluyorum, yani bir telifçi yaklaşım yapmak lazım, bir tanım ve onun yanında bir liste.

Belli işlerin acaba yardımcı adalet memurlarına verilmesi, böyle yeni bir meslek kategorisi yaratılması çok mu ileri giden, çok mu radikal bir düşünce? Hakikaten o da, Hakan Pekcanitez hocamızın o görüşleri de bana ikna edici geldi. Böyle şu aşamada, bu kadar süratli değişmelerin olduğu, Usûl Kanunu’nun baştan sona değiştirileceği bir aşamada belki bir kısım işleri halihazırdaki adli memurlarımızdan, kâtiplere, başkâtiplere vesaireye vermek, “*Rechtspfleger*” gibi benzeri bir yeni meslek yaratmaya çalışmaktan daha gerçekçi olabilir. Bir değerlendirmek lazım her halükârda.

Bir Katılımcı: Noterlik.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Ve noterlere.

Süha Tanrıver hocamızın söylediği gibi, noterlerin muamelelerine karşı sulh mahkemesinde bir itiraz usûlü yaratılması belki bu işleri halledilebilir. Zaten Adliye teşkilatında çalışan kalem memurlarımız, yazı işleri memurlarımız da yavaş yavaş eskisine nispetle daha nitelikli oluyorlar. Adalet yüksekokulu mezunlarımız zaten oralara geliyorlar.

Gene bence burada konuşulurken ortaya çıkan önemli konulardan biri, Muhammet Özekes arkadaşımızın sözleriyle ilgili. Şöyle bir şey söyledi: “*Her itiraz çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıya dönüştürmez*”. Gerçekten orada da bir ayırım yapmak ihtiyacı ortaya çıkıyor. Ne zaman üçüncü kişinin yargılama-

TARTIŞMALAR

da dinlenilmesi, sadece dinlenilmeden ibaret sayılacaktır, ne zaman hakikaten yargılamanın niteliğini değiştiren, onu çekişmeli yargıya, davaya dönüştüren bir itiraz olarak değerlendirilecektir? Doğrusu, burada somut örneklerden yola çıkarak birtakım şeyler söylemek mümkün, ama orada belirgin, berrak bir tanımlamaya ihtiyacımız var; onun üzerinde de çalışmamız gerekli diye düşünüyorum.

Sema Taşpınar hocamızın o görüşlerine iştirak ediyorum. Bu, yapacağımız katalogla da çok ilgili, çekişmesiz yargı işleri kataloguyla da çok ilgili. Bütün çekişmesiz yargı işlerini istisnasız sulh mahkemesine bırakmak isabetli olmayabilir hakikaten. Birtakım işleri ticaret mahkemesine ve icra mahkemelerine bırakmak, bilhassa konkordatoyla ilgili işler, iflâsın ertelenmesi konusu gibi işler eğer nizasız kazadan sayılacak ise...

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Şöyle düşünüyorum Hocam: İcra mahkemesi konkordato prosedürünün başında yer alıyor, icra usulünü baştan aşağıya alıp götürüyor. Bilmiyorum. Belki de sulh mahkemesi...

Bir Katılımcı: ...uzmanlığı mı kastediyorsunuz?

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Evet.

İflâsın ertelenmesi işine, bütün iflâs davalarını da gören, benzer şekilde ticarî defterlerin incelenmesi vesaire konusunda tecrübe sahibi olan bir ticaret mahkemesinin bakması daha doğru olabilir.

Erdal Tercan hocamız diyor ki, “*çekişmesiz yargı hükümlerini Usûl Kanunu’nun içine monte edersek acaba çekişmesiz yargıya çekişmeli yargıya benzetmek, davaya benzetmek şeklindeki eğilimin devam etmesine mi yol açmış oluruz, onu teşvik mi etmiş oluruz?*” Gerçekten böyle bir etkisi olabilir. Temel kanunlarımızın yanında böyle belli meseleleri ele alan kanunlar yapmak âdetimiz de var: İşte Medenî Kanun’un yanında Kat Mülkiyeti Kanunu var; Ticaret Kanunu’nun yanında Ticarî İşletme Rehni Kanunu var; İş Kanunu var Borçlar Kanunu’ndaki hizmet akdine ilişkin hükümler yanında. Türk hukukunda böyle uygulamalar

yapılıyor. Medenî Usûl Kanunu'yla bir anda yürürlüğe girmek ve mükerrer *Resmî Gazete'*de çıkmamak kaydıyla belki bu psikolojik yönü de değerlendirilebilir; ayrı bir kanun yapmak yönünde bir artı olarak yazılabilir.

Tabii şuna da katılıyorum: Temyiz kanun yolunu tamamen kapatılması, temyizcinin hukuk birliğini sağlamak yönündeki faaliyetlerini aksatacaktır.

Mine hanım'ın sorusu: “Çekişmesiz yargı kararı kesin delil teşkil eder mi?” Çekişmesiz yargı kararlarının bir kısmı yenilik doğuran kararlar. Tabii, o zaman ortaya yeni bir hukukî durum çıkıyor. Orada o hukukî durum hiç meydana gelmemiş gibi olmaz. Dolayısıyla, sanki üçüncü kişilere etkilidir denmesinin sebebi o. Dolayısıyla, velayet nez'ediliyorsa, bir kimsenin velayet hakkı kaldırıldıysa, kaldırıldı; daha sonraki bir davada bunun kaldırılıp kaldırılmadığı yahut kaldırılma sebeplerinin geçerli olup olmadığı yeniden tartışma konusu yapılmaz. Bir kesin delil teşkil etmeyeceği kanaatindeyim, yani bir dava şartı teşkil etmeyeceği gibi bir kesin delil de teşkil etmeyeceği, o bakımdan kesin hüküm teşkil etmeyeceği düşüncesindeyim. Zannedirim Türk uygulaması da o şekilde yerleşmiş. Usûl Kanunu'nda ilginç bir hüküm var. 395 midir?..

Prof. Dr. Baki KURU 295 mi?

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: 295.

“Mahkeme ilâmlarıyla noterler ya da resen tanzim olunan senetler, sahteliği ve salahiyettar memurlarının salahiyetleri dahilinde usûlüne tevfikân tanzim ve tasdik ettikleri vesikalar, hilafı ispat olununcaya kadar delil-i kati teşkil eder.” Mahkeme ilâmları hakikaten, öyle bir yargılamanın gerçekleşmiş olduğu, öyle bir kararın verilmiş olduğu bakımından da bir resmi belge olmak itibarıyla bir kesin delil teşkil eder. O bakımdan da, kesin delil değil, ama hilafı ispat olununcaya kadar delil. Meselâ bir vekalet ücretiyle ilgili bir ihtilâf çıkarsa, müvekkiliyle vekili arasında, “hakikaten böyle bir yargılama yapıldı mı yapılmadı mı, sen hakikaten velayetin nezi davasında bu kimseyi savundun mu” meselesi bir mahkemenin önüne gelirse, aksi ispat edilinceye

TARTIŞMALAR

kadar o nizasız kaza kararının hâkime göstermesi, bir delil fonksiyonuna sahip olacaktır.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: ...pekâlâ bu kapsamında değerlendirilebilir.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Bir resmi vesika olması bakımından. Noter senetlerinde de benzer şekilde. Gerçi bu sorunun her hâlde biraz dışına çıktık, çok uzak bir ihtimali değerlendirdik.

Benim aldığım notlar, söyleyeceklerim bu kadar.

Çok teşekkür ediyorum. Eleştirilerden ve sorulardan çok yararlandım.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Ali Cem Budak.

Şimdi toparlama görevi çerçevesinde, bazı konulara değinmek istiyorum

İflâsın ertelenmesi, en tartışmalı konu gibi. Burada temel kavramdan, usûl hukukunun temel ilkesinden hareket edelim. İflâsın ertelenmesi, gerçekten doğrudan doğruya iflâs bölümünde yer alıyor. Fakat doğrudan doğruya iflâs bölümünde de iki durum var: 1) Alacaklının talebiyle doğrudan doğruya iflâs hâlleri (İİK m. 177/2), borçlunun talebiyle doğrudan doğruya iflâs hâlleri (İİK m. 178). Borçlu, aciz hâlinde bulunduğunu bildirerek, iflâsını isteyebilir (İİK m. 179). Sermaye şirketleri bakımından, İİK m. 178'deki borçlunun kendi iflâsını istemesinin özel bir çeşidi. Her ikisinde de, kendi iflâsını istemesi söz konusu. Bundan alacaklıların zarar görmemesi için, 178. maddede iflâs talebinin ilân edileceği belirtilmiş, 179. maddede belirtilmemiş. Menfaatler durumu aynı olduğundan, 179. maddedeki iflâs talebinin de ilân edilmesi gerekir.

(... Kaset sonu olduğundan kayıt tamamlanamamıştır...)

ÜÇÜNCÜ OTURUM

1 Ekim 2005

İCRA ve İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Oturum Başkanı
Mustafa OSKAY**

(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Başkanı)

Tebliğ Sunanlar

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İİK'da İcra Hukukuna İlişkin Yapılan Değişikliklerin
Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Oğuz ATALAY

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İİK'da İflâs Hukukuna İlişkin Yapılan Değişikliklerin
Değerlendirilmesi

1. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Mustafa OSKAY

I. Tebliğ Sahibi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Sunucu: “*İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi*” konulu tebliğini sunmak üzere Galatasaray Üniversitesi Öğretim Üyesi Sayın Profesör Doktor Hakan Pekcanitez’i ve “*İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi*” konulu tebliği için Dokuz Eylül Üniversitesi öğretim üyesi Sayın Doçent Doktor Oğuz Atalay’ı arz ederim.

Mustafa OSKAY: Değerli arkadaşlarım, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı’nın bugünkü oturumunda, “*İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan İcra Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”yle ilgili açıklamalarını değerli hocamız Sayın Profesör Doktor Hakan Pekcanitez sunacak. Kendisine şimdiden teşekkür ediyorum.

Toplantının başarılı ve yararlı geçmesini umuyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Buyurun hocam.

**Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi)**

**İİK'DA İCRA HUKUKUNA İLİŞKİN
DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Yargıtayımızın değerli başkanları ve üyeleri, değerli meslektaşlarım; önce kendimi süre açısından sınırlamak istiyorum. Ben, icra hukukundaki değişiklikleri bugün anlatmak üzere karşınıza geldim, ancak takdir edersiniz ki, 45 dakikalık süre içinde İcra ve İflâs Kanunu'ndaki icra hukukuna ilişkin değişikliklerin tümünü değerlendirebilmem, eleştirebilmem mümkün değil. Bu yüzden, uygulamada özellikle, kanunun yürürlüğe girmesinden bugüne kadar tespit edebildiğim, önemli gördüğüm hususlar üzerinde daha çok durmaya gayret edeceğim.

Bildiğiniz gibi, İcra ve İflâs Kanunu 2003 yılından bugüne kadar dört kez değişti. Bu değişikliklerin ilki ve en önemlisi 4949 sayılı Kanun'la yapıldı. Daha sonra, 4949 sayılı Kanun'da yapılan bazı ufak tefek hataların ve eksikliklerin giderilmesi özellikle uzlaşma yoluyla sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması hükümleri 5092 sayılı Kanun'la kabul edildi ve yürürlüğe girdi. Arkasından ise, önemli bir değişiklik, istinaf mahkemelerinin kabulüyle ilgili istinaf hükümleri çerçevesinde getirildi.

Şimdi ben, sadece icra hukukuyla ilgili yapılan değişiklikleri bu çerçevede değerlendirmek istiyorum.

Önce şunu ifade edeyim: Bu konuda 1999 yılında, İcra ve İflâs Kanunu'yla ilgili değişiklik yapılmak üzere bir Komisyon oluşturulduğunda, Komisyon'un görevi: İstinaf mahkemeleri Kurulduğu takdirde, İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılabilecek değişiklikleri tespit etmek idi. Daha önce de pek çok yerde ifade ettiğim gibi, biz 99 yılında böyle bir göreve başladığımızda, tabiri caizse, hazır elimiz değmişken İcra ve İflâs Kanunu'nda

gördüğümüz önemli bazı değişiklikleri de yapalım, sadece istinafla kendimizi sınırlamayalım diye düşündük. Bu arada, çok da gerekli olmayan bazı değişiklikleri, bazı makyajları dahi yapmaya koyulduk, çok önemli değişiklikleri de bu arada ele almaya gayret ettik. 82. maddeye geldiğimizde, *“haczedilmezlik”*, önemli tartışmaları ortaya çıkardı. Bunun üzerine, bu tartışmalar biraz da zaman kaybına yol açtı düşüncesiyle, o zaman Adalet Bakanlığı dedi ki, *“bizim çok acelemiz var, acilen sizlerin istinafla ilgili hükümlere yoğunlaşmanız bekleniyor, daha sonra İcra ve İflâs Kanunu yeniden ele alınacak, o zaman yeni baştan, yepyeni bir İcra ve İflâs Kanunu değişikliği yapılırken bunları da göz önünde tutabilirsiniz”*. Bu şekilde yapılan çalışma tamamlandıktan sonra, bildiğiniz gibi, 2000 krizi yaşandı ve 2000 krizinden sonra özellikle basında, bilen bilmeyen herkes: *“Hiç merak etmeyin bu borca batık olan bankaların paralarının tahsil edilebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini değiştireceğiz.”* dedi.

Adeta İcra ve İflâs Kanunu hükümleri değiştikten sonra, bu batık bankaların, bütün batmış olan kredilerin tahsil edilebileceği gibi bir düşünce hasil oldu. Halbuki, İcra ve İflâs Kanunu'nun böyle bir marifeti söz konusu değildi. Yine de o dönemde biraz da İMF'nin talebiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nda bazı değişikliklerin yapılması, özellikle bankaların kredilerini tahsilde karşılaştığı güçlükleri gidermek amacıyla bazı hükümlerin değiştirilmesi için tekrardan bir Komisyon oluşturuldu. Bu Komisyon daha çok, Bankalar Birliği'nin hazırladığı bir taslağı esas alarak İcra ve İflâs Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapmaya çalıştı.

Bu değişiklikler de şöyle bir zaman açısından sıkıntıya neden oldu: O dönemde İMF, Türkiye'ye vereceği kredi dilimlerinden bir tanesini ki, yanlış hatırlamıyorsam 1.6 milyar dolarlık bölümünü, İcra ve İflâs Kanunu'nun kabul edilmesi koşuluna bağladı. Yani, *“İcra ve İflâs Kanunu kabul edildiği takdirde ben bu 1.6 milyar doları ödeyeceğimi”* dedi. Bu, bizim üzerimizde, Hükümet üzerinde çok ciddi bir baskı oluşturdu. Sonuçta biz büyük bir zaman sıkışıklığına rağmen, bu Tasarı'yı tamamlamaya gayret ettik; ama, bu tamamlama sırasında,

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

gerekçelerin yazımı, kanunun tüm olarak gözden geçirilmesi ve en önemlisi de, gerekli olan tüm düzeltmelerin kanunun sistematiğine uygunluğu bakımından çok ciddi bir zaman bulamadık. Hatta öyle oldu ki, bazı değişiklikler Meclis'te son anda ilave edilmeye çalışıldı ve bu arada, en önemlisi belki, Adalet komisyonlarında kanunda önemli değişiklikler yapılmaya başlandı. Bütün bunlar, bugün sahip olduğumuz İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin, kanunun sistematiğine uymayan, bozuk ya da doğru olmayan hükümleri olarak karşımıza çıktı. Bütün bunlara rağmen şunu da ifade edeyim ki, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki değişikliklerin olumsuz değişiklikler olduğunu söylemek istemiyorum kesinlikle. Bugün ifade edeceğim pek çok düzenlemenin, uygulamada son derecede olumlu bir şekilde sonuçlar verdiğine de tanık olduğumu ifade etmek istiyorum. Pek çok değişiklik doğru olarak yapılmıştır; uygulama bu nedenle, daha öncekine nazaran daha doğru bir şekilde sürdürülmektedir, ancak bu değişiklikler içinde, kanunun sistematiğine uymayan hükümler de mevcuttur.

Kanun'da bazı değişiklikleri yaptığımızda, açıkçası, kendi açımızdan bunun bir reform olduğunu düşündük. Bunlardan bir tanesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 14. maddesinde yapılan değişiklik idi. Diğeri ise, Yargıtay kararlarının tümünün yayınlanması idi. Bugün hepimiz Alman hukukuyla, İsviçre hukukuyla ya da Avusturya hukukuyla ilgili bir araştırma yapmak istediğimizde, bu ülkelerdeki mahkemelerin tüm kararlarına internet ortamında son derece kolay bir şekilde ulaşabiliyoruz. Bir ülkede, o ülkenin mahkeme kararlarına ulaşılabilmesi demek, bence, uygulamanın son derece süratli olmasının önemli sebeplerinden bir tanesi. Zira, eğer siz Yargıtay kararlarını kendi ülkenizde bilebiliyorsanız, bu takip edeceğiniz veya da olayda yapacağınız takipte, verilecek kararların Yargıtay tarafından nasıl değerlendirileceği konusunda önceden fikir sahibi olabileceksiniz. Ancak bununla şunu ifade etmek istemiyorum: Biz bir içtihat ülkesi değiliz. Mutlaka Yargıtay kararlarına uygun bir şekilde karar vermek durumunda değil tabii mahkemeler. Ama mahkemenin de, o davayı takip eden avukatın da

bu kararı bilmesi hâlinde, kararını, iddia ve savunmasını farklı gerekçelendirmesi daha kolay olabilecek. Siz müvekkilinize, uygulamayı bildiğiniz takdirde, son kararları takip edebildiğiniz takdirde, ona göre bilgi verebileceksiniz. Bu kararlar yayınlandığı takdirde, bunların eleştirisi yapılacak ve içtihatların gelişimi de bu şekilde mümkün olabilecek. Bu söylediklerim dışında bu içtihatların, herkes tarafından bilinmesinde birçok yarar olduğu kanısındayım. Böyle bir uygulamanın nasıl yapılacağını, o sırada kanun çıkarılırken düzenlemek mümkün olmadığı için, bu konuda 14. maddede bir yönetmelik çıkarılması öngörüldü. İki yılı aşkın bir süredir bu konuda bir yönetmelik çalışmasının olmadığını biliyorum. Biz sadece yine eskiden olduğu gibi, *Yargıtay Kararları Dergisi*'yle yetinmek zorundayız. Sadece UYAP projesi çerçevesinde hâkim meslektaşlarımızın sınırlı biçimde Yargıtay kararlarına ulaşabilme imkânları var; bunun dışında herhangi birimizin Yargıtay kararlarına ulaşma imkânı yok. *Yargıtay Kararları Dergisi* dışında bazı şirketlerin ya da bazı meslektaşlarımızın bu kararları derleyip, kitap hâline getirdikten ondan sonra piyasaya sürmelerinden sonra bu kararlara ulaşmak mümkün olabiliyor. Ben, Türkiye'de bunun sadece icra iflâs hukuk alanında değil, bütün alanlarda çözümünün son derece önemli olduğu kanısındayım. Bu kararların yayımının, yargının gecikmesi konusunda da son derece etkin bir rol alacağı kanısındayım. Bile bile, göz göre göre, istikrarlı kararlara rağmen, daha birkaç ay önce verilmiş, istikrar bulmuş kararlara rağmen, çok fazla dava açılmayacağı, açılrsa bile çok uzun sürmeden reddedileceği ve yine çok fazla bu konuda farklı kararlar verilmeyeceği kanısındayım.

Biraz önce, İcra ve İflâs Kanunu'nda 99 yılında Kurulan komisyonun, bazı, çok da önemli olmayan değişiklikler yaptığını söyledim. Bu değişikliklerin bir kısmı her nasılsa kanunlaştı, bir kısmı ise Tasarı'dan çıkarıldı. Kanunlaşan hükümlerden biri de 18. madde. Burada, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin icra mahkemesine şikâyet konusu işlem hakkında açıklama yapmasına imkân verildi. Aslında, bunun böyle olması doktrininde kabul ediliyordu; ancak, doktrindeki bu görüş 18. maddeyle düzenlendi ve kanun çıkarılırken bu değişiklik

de kanuna alındı. Açık söylemek gerekirse, belki Sayın Başkan bu konuda, uygulamanın bizzat içinde olması sebebiyle farklı bir kanaati ifade edecektir; ama benim sorduğum ve görüştüğüm icra mahkemesi hâkimleri, icra memurlarını çağırıp, niye sen böyle bir işlem yaptın diye herhangi bir şekilde soru sormadığını; yani uygulamanın eskisi gibi devam ettiğini, bu düzenlemenin de pek fazla uygulamaya bir katkı sağlamadığını ifade ettiler. Dosya üzerinden karar verilebilecek ve çok açık kanuna aykırılık hâlinde maddenin uygulanmasına gerek yok, ama zaman zaman icra mahkemesince, icra memurunun işlemini neden yaptığının öğrenilmesi yararlı olabilir diye düşünüyorum.

İcra mahkemesinde şikâyetin duruşmalı olarak incelenmesi hâlinde, duruşma araları 18. maddede 15 gün idi, bu süre değişiklikle 30 güne çıkarıldı; buna karşılık, duruşma yapılmayan işlerde karar verme süresi 15 gün idi, süre değişiklikle 10 güne indirildi. Ben açıkçası, sürelerin değiştirilmesiyle uygulamanın değişebileceği kanısında değilim; ama bu ister istemez kanunlarda yapılıyor. Hâlâ İcra ve İflâs Kanunu'nda, Yargıtay'ın 15 gün içinde temyiz talebini inceleyip karar vermesi gerektiğini düzenleyen maddeler var. Bence bu tür uygulaması imkânsız veya mümkün olmayan hükümleri Kanun'dan çıkarmak çok daha uygun olur. Uygulama zaten, davayı ya da incelemeyi geciktirme kastı içinde değil iken, kısa ve uyulması imkânsız bir süre koymak, o iş yükünün içinde o süreye ister istemez uyulmamasını gerektiriyor. O zaman da, kanundaki düzenleme ile uygulamadaki sürelerin arası gittikçe açılmaya başlıyor. Bu yüzden, bu sürelerin uygulamadaki iş yükü de göz önünde tutularak makul süreler olarak Kanun'da yer alması veya hiç düzenlenmemesi uygun olur.

Birazdan değineceğim, yabancı para alacaklarıyla ilgili doktrinde ve Yargıtay kararları arasında bazı farklı görüşler vardı. Aslında Yargıtay, bana göre Kanun'a uygun olmayan, ama pratik ihtiyaçlara uygun olan doğru bir içtihadı kabul etmiş idi. Biz, bu kanun değişikliği yapılırken, Yargıtay'ın uygulamasının daha isabetli olabileceği düşüncesiyle bir

değişiklik yaptık; yani, yabancı para alacaklarının fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden tahsil edilebilme imkânını açıkça 58. maddenin 3. bendinde düzenledik. Bu yapılırken, diğer takip usûlleri arasında da bir eşitlik olabilmesi amacıyla, taşınır teslimine ilişkin ilâmlı icra takiplerinde taşınır malın, borçlunun elinde olmaması hâlinde, takip tarihindeki değeri değil, haciz tarihindeki değerinin esas alınması kabul edildi.

Çünkü, tıpkı yabancı para alacaklıları gibi taşınır mal alacaklılarının da paranın değer kaybına karşı korunması gerekiyordu. Önceki Kanun'da taşınır malın takip tarihindeki değerinin esas alınması ve bunun değerinin borçludan tahsil edilmesini öngörülüyordu. Bu konuda yabancı para alacaklılarına paralel bir düzenleme yapılabilmesi için, taşınır malın borçlunun elinde bulunmadığı tespit edilirse takibin yapıldığı tarih değil, haczin yapıldığı tarihin esas alınması kabul edildi. Ancak bu düzenlemeden sonra uygulamada haklı olarak bir tereddüt ortaya çıktı.

“Haczin yapıldığı tarih” dediğiniz zaman, ortada bir taşınır malın teslimine ilişkin yaptığınız takip var. İlâm borçluya gönderiliyor, bu malın borçluda olmadığı tespit ediliyor, ondan sonra bir değer tespit edilmesi ve arkasından da bu değer tahsil edilmesi gerekiyor. Peki, haczin yapıldığı tarihi nasıl anlamamız gerekir? Burada önce bir değeri tespit etmemiz lazım ki, ondan sonra haciz yapmak mümkün olsun. O zaman, haczin yapıldığı tarihte değer tespit edebilme imkânı yok. Önce malları haczedelim, sonra değeri tespit edelim; bunu söylemek de mümkün değil, çünkü değeri bilmek zorundasınız ki, o değere kadar malı haczedebilmelisiniz. O yüzden, burada, haczin yapıldığı tarihin uygulamada nasıl bir zaman içinde yapılması gerektiğini tespit etmek gerekir. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına ulaşamam mümkün olmadı. Bunun bir tereddüt konusu olduğu kanısındayım. Bakın, böyle bir tereddüt, aslında yabancı para alacaklılarının tahsilinde de var.

Kanun, *“Alacaklı, yabancı para alacağını dilerse fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ister”* diyor. *“Fiili ödeme tarihi”* demek, alacaklının cebine paranın girdiği tarih olarak anlaşılması

gerekiyor. Biz, alacaklının cebine paranın girdiği tarihi esas almaya kalktığımız zaman, sürekli tamamlama hacizleri yapmak zorunda kalabiliriz. Çünkü paranın tahsilinde birkaç günlük gecikme ve bu zaman zarfında yabancı para Kurunun değişmesi, yeniden haciz yapılmasını gerektirir. Bana göre, borçlunun bütün malları satıldıktan sonra, gecikmelerden borçlu hiçbir şekilde sorumlu olmamalı. Malım satıldıktan sonraki gecikmeler; ne olabilir? Örneğin, bazı yerlerde veznenin ödemeleri salı, perşembe günleri olabilir. Eğer benim mallarım cuma günü satılmış ve bu arada, pazartesi ya da salıya kadar Dolarda, Euroda veya başka bazı paralarda önemli bir artış olmuşsa, artık fiili ödeme tarihindeki kurdan benim sorumlu olmamam lazım.

Efendim?..

Bir Katılımcı: İhale...

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: İstihkak davalarında da bu durumla karşılaşabiliriz. Bir kişi istihkak davası açmış ve paranın ödenmesiyle ilgili tedbir kararı almışsa, benim artık fiili ödeme tarihiyle ilgili bir sorumluluğumun bulunmaması gerekir. Buradaki gibi, yani "*haczin yapıldığı tarihte*" de çok doğru bir ifade değil; ama, bunun uygulamada, Yargıtay kararlarıyla çözüleceği kanısındayım.

Şimdi, bankalara yatırılacak paraların hangi bankaya ve nasıl yatırılması gerektiği üzerinde durmak istiyorum.

Bildiğiniz gibi, dünyada özellikle paranın kullanılmasının karşılığı olarak, paranın değer kaybına karşı ya da enflasyona karşı korunmak amacıyla, yatırdığınız paranın karşılığı olarak faiz alıyorsunuz; ancak, icra ve iflâs takiplerinde bankalara yatırılan paraların hiçbir şekilde faizi ödenmiyor. Bu konuda 9. maddede önemli bir değişiklik yapılmışken, sonradan Mecliste bu maddenin teklifi geri alındı. Bu tartışmayı bir kenara bırakıyorum. Peki, şimdi ne yapılacak? Bu konuda, yeni yönetmeliğin 92. maddesinde, bu paraların, ülke çapında teşkilatlanmış ve Adalet Bakanlığı'nca uygun görülen bankalara yatırılmasının

dan söz ediliyor, sonra da “Bakanlığın izni alınmadıkça vadeli hesap açtırlamaz, tahvil de alınamaz” deniyor. Önceden, İcra ve İflâs Kanunu’nda böyle “milli banka” gibi, “sağlam banka” gibi terimler vardı. Sonra, 2000 krizinden sonra kimin sağlam, kimin sağlam olmadığı konusu iyice akılları karıştırdığı için, bu terimler Kanun’dan çıkarıldı. Şimdi, özellikle 134. maddede hâlâ muhafaza edilen bir nemalandırma ile ilgili düzenleme var. İhale bedeli alıcı tarafından icra dairesine yatırıldıktan sonra, ihalenin feshi talep edilse dahi, eski uygulamadan farklı olarak, bir teminat mektubu karşılığında bu paranın alıcıya ödenmesi mümkün değil. Alıcının da buna karşı korunabilmesi için, onun parasının nemalandırılması gerektiğini 134. maddede düzenlenmiş. Peki, nasıl nemalandıracak? Buraya baktığımızda, Yönetmelikte, “vadeli hesap açtırlamaz” diyor, tahvil de alınamaz, “ancak bakanlığın izni olmadıkça”, demek ki Bakanlık izin verirse, vadeli hesap açtırılabilir, tahvil de alınabilir. Ne olur? Geriye bir de fon kalır belki. İşte, “A tipi” fon mu alacak, “B tipi” fon mu alacak, yoksa “C tipi” fon mu alır?..

Efendim?..

Bir Katılımcı: Karma.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Karma. Bilmiyorum artık.

Bu konuda icra memuru çok doğru karar vermezse şikâyet yolu açılacak ister istemez, sen niye şu fonu almadın da, bu fonu aldın diye. Nemalandırmanın uygulamada nasıl yapıldığını sorduğumda, genellikle, her hâlde Bakanlık bir izin verdi ki, 1 aylık vadelerle paranın bankalara yatırıldığından söz edildi. Bu konuda çok olumlu bir gelişme olduğunu da ifade edeyim, o da şu: İhalenin feshi eskisine nazaran oldukça azaldı. Çünkü, bu çoğu ihalenin feshi yoluna başvuruluyordu, zaman zaman kötü niyetle yapıyordu da ondan; bundan ciddi bir şekilde faydalanıyordu insanlar. İlk önce alıcı olarak ihaleye giriyordunuz, sonra yine içinizden biri ihalenin feshini istiyordu. Siz, banka teminat mektubu vererek paranızı alıyordunuz. İki sene sonra ihalenin feshi talebi reddedildikten sonra, aynı parayı

yatırmak suretiyle banka teminat mektubuna ödediğiniz komisyonu sadece belki üstlenerek, aynı taşınır ya da taşınmazı iki sene önceki bedelle satın alabiliyordunuz. Bundan çok büyük paralar kazanılıyordu. Şimdi bu para içeride kaldığı için, artık ihalenin feshi eskisi kadar uygulamada görülüyor. Bu yüzden, nemalandırma da çok ciddi bir problem değil. İkincisi, parayı yatıran alıcı, ihalenin feshini önlemek için, ihalenin feshini isteyen kişilerin de gönlünü bir şekilde yapıyor, anlaşıyorlar; aman, ne olur ihalenin feshini isteme, ben de bir an önce, buraya parayı yatırdıktan sonra satın aldığım malı kullanayım düşüncesiyle ihalenin feshini önleyebiliyor. Bunu nasıl yapıyor? Ona bir tazminat mı ödüyor ya da başka türlü mü anlaşıyor bilemiyorum.

Kısacası, bu paranın yatırılması zorunluluğu ve bunun bir yerde nemalandırılması, ihalenin feshinin eskisine nazaran önemli ölçüde azalmasına sebep oldu. Bu konuda, nemalandırmanın nasıl yapılacağı konusu şimdilik çok uygun değil, zira ifade ettiğim gibi, 1'er aylık vadeli hesap açmak suretiyle yapılıyor. Belki uygulama bu konuda ileride daha farklı bir yere gelebilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda, aslında belki başka kanunlarda da örnek olarak alabileceğimiz tebligatla ilgili önemli bir problemin çözüldüğünü ifade etmek istiyorum, o da şu: Gerek alıcı, gerek borçlu, gerekse alacaklı olsun, bu kişiler mahkemeye müracaat ettiklerinde, artık yurt içinde bir adres göstermek mecburiyetindedirler. Pek çok yerde söylediğim gibi, Türkiye'nin bence yargıdaki en önemli sorunlarından bir tanesi, tebligat sorunu.

İşte Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'yla ilgili Komisyonda da, bir tebligat konusu karşımıza çıktığı zaman, herkesin tüyleri diken diken oluyor; "*aman burada tebligat yapmayalım*" bu uygulamayı çok geciktiriyor. Çünkü davayla ilgili olan kişilere tebligat yapılamıyor, bulamıyorsunuz. Türkiye'de insanlar sokak çocukları gibi yaşıyorlar. Kimin nerede olduğunu devlet baba bilmiyor. Bunun bilinmemesi de çok doğal; çünkü kayıtlarımızı muhtarlar tutuyor. Ancak bu kayıtlar sağlıklı de-

ğil. Bir yerden bir yere taşındığımızda eski kayıtlar alınmıyor; aynı evde birden fazla kaydınız olabiliyor. Yine hiç kaydınız olmadan yaşayabiliyorsunuz. Bir devlet, vatandaşının nerede oturduğunu bilmek zorunda.

Bunu çözmedikçe kanunlarda bu tür düzenlemeler yapmak mecburiyetindeyiz. İşte İcra ve İflâs Kanunu'ndaki değişikliklerin de bu zorunluluklardan kaynaklandığı kanısındayım. Bunun, 62. maddeden başlamak üzere pek çok maddede yer aldığını söyleyebilirim. Yalnız, bu konuda bir hususa değinmek istiyorum. 62. maddenin 4. fıkrasında deniliyor ki, *“borçlu veya vekili, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır”*, sonra devam ediyor, *“adresini değiştiren borçlu, yurt içinde yeni adres bildirmedeği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılır”*.

Şimdi, aslında ard arda düzenlenmesine rağmen, bence iki ayrı fıkra şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olabilecek bu iki husus, birbirinden tamamen bağımsız, birbiriyle alakalı değil, şöyle ki; ilk cümlede, borçlu veya vekilinin dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi bildirmek zorunluluğu getirilmiş, bunun arkasından şu soru sorulabilir: Peki, bu zorunluluk yerine getirilmezse ne olacak? Hiç itiraz yapmamış mı sayacağız, yoksa başka bir yaptırım mı uygulanacak? İşte bu soruyu cevaplarken, ondan sonra gelen cümleyi bence birlikte düşünmemek lazım. Çünkü, ondan sonra gelen cümle, başlangıçta adresi yurt içinde olan, fakat daha sonra bu yurt içindeki adresini değiştirmiş olan kişiyle ilgili. O yüzden, yukarıdaki cümlenin 2. cümleyle kesinlikle bir irtibatı olmadığı kanısındayım.

Borçlu yurt dışında, biz, yurt dışında oturan bir borçluya takip yapabilmek için ister istemez ilk tebligatımızı yani takip talebi üzerine ödeme emrini yurt dışına yapmak zorundayız. Bu borçlu ya da vekili Türkiye'ye geldiğinde itiraz etmek veya dava açmak istiyorsa, işte o zaman yurt içinde bir adres göstermek mecburiyetinde, ilk cümle sadece bu örneğe ilişkin.

İkinci cümle ise, kendisine karşı yurt içinde bir takip yapılmış, fakat adresini daha sonradan değiştirmiş. Bu hüküm aslında düzenlenmeseydi dahi, Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi, bu sonucu zaten öngörüyordu. Burada, bir tereddüdü ortadan kaldırmak için bence Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi tekrar edilmiş. Tekrardan 62. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesine dönelim. Borçlu yurt dışında, Almanya'da ve kendisine tebligat yapıldı. Geldi, Türkiye'de itiraz etmek istiyor. Eğer yurt içinde adres göstermez ise, bunun yaptırımı ne olacak? İtiraz eder ve yurt dışında adres gösterirse, itiraz etmemiş mi varsayacağız, yoksa burada, mahkemenin veya icra memurunun, hâlâ onun yurt içinde bir adresi olup olmadığını araştırması ya da posta memurunun böyle bir araştırması söz konusu olacak mı? Bu konuda Yargıtay'ın bir kararına rastlayamadım. Kanaatimce bu örnekte, yurt içinde adres bildirmeyen borçlunun itiraz etmediği sonucuna varmak gerekir.

Şimdi her hâlde hepimiz için, okuduğumuz zaman korktuğumuz bir 88. madde var. Hani bir şarkı var, *"bir gece ansızın gelebilirim"* diye, bir gün ansızın bir icra memuru yanında bir alacaklı vekili ile birlikte çıkıp evimize gelebilir. Biz takipte üçüncü kişiyiz. Borçluyla ve borçla bir alakamız olmadığı hâlde bizim mallarımızı haczetmek istediğinde, eğer alacaklı muvafakat etmez ise, bizim mallarımız hakkında muhafaza tedbiri uygulanabilir; yani, mallarımızı haczedip bir yediemin deposuna götürebilirler. Bu konuda en yeni makaleyi sevgili Oğuz Atalay'ın bizim *Legal* dergimizdeki yazısında görebileceksiniz. Bunu daha önce de eleştirmiş idim; kitabımızda da eleştirmeye çalıştım. Hatta bu düzenlemenin, daha da büyütülebilecek, İnsan Hakları Sözleşmesi boyutu olduğu kanısındayım.

Burada, İnsan Hakları Sözleşmesi'yle korunan mülkiyet hakkıyla ilgili ciddi sıkıntılar olduğu kanısındayım. Kanun'un sistemi içinde bu düzenlemeyi değerlendirmemiz gerekirse, Kanun'un sistemine aykırı olduğu açıkça ortada. Çünkü 99. maddeye baktığımız zaman, maddî hukuka baktığımız zaman, taşınır mallar bakımından şu ilkeyi biliyoruz: *"Taşınır malın zilyedi onun maliki sayılır"*; 99. maddede bu bir kez daha tekrar-

lanıyor. 88. maddeye baktığımızda, sanki o maddeler, o ilkeler hiç yokmuşçasına, alıcı, her ne parasına olursa olsun, kimin elinde olursa olsun istediği malı haczedip, onun elinden zorla alabilme ve muhafaza tedbiri uygulatabilme imkânına sahip kılınıyor. Bunu istihkak prosedürü bakımından değerlendirdiğimiz zaman da kanunun sistemine uymadığı kanısındayım. Bildiğiniz gibi, istihkak davası sonunda zarar gören kişinin tazminat talep edebilme ve lehine tazminata hükmedilebilme imkânı var.

Halbuki, burada kanun sistemine, maddî hukukun temel ilkelerine, İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığa rağmen, sizin evinizden götürülen mallarla ilgili açtığınız istihkak davasını kazandığınız takdirde sizin lehinize bir tazminat öngörülüyor. Ne yapabilirsiniz? Belki ayrı bir dava olarak zararınızı isteyebilirsiniz. Ancak bu da Kanun'un sistematığıne baktığınız zaman, kanun koyucu burada şunu düşünüyor: *"Ben, üçüncü kişinin elindeki malların haczedilebileceğini ve fakat yediemin olarak ona bırakılmasını öngörüyorum, bu yüzden, istihkak prosedürü içinde de bir tazminat öngörüyorum"*. Son derece tutarlı; ama, bu düzenlemeden sonra bunun isabetli olmadığını, kanunun sistematığını bozduğunu düşünüyorum. Üçüncü kişi ne malik, ne de rehin hakkı sahibi ise, bu durumda haczedilen malın onun elinden alınması ve yediemine teslimi söz konusu olabilir. Örneğin gazez sahibi üçüncü kişi, gazezle haczedilen otomobilin yediemin e teslimini isteyebilir. Bunun dışında 88. maddenin lafzen anlaşıldığı gibi uygulanması söz konusu olamaz.

Uygulamada 88. maddeyi sık sık uygulayan kişiler: *"Biz elden geldiğince bunu hukuka uygun uygulamaya çalışıyoruz"* diyorlar. Bu biraz korkutucu bir ifade. Demek ki, burada hata yapılabiliyor. Kanun'un bu düzenlemesi hata yapma ihtimalini kesinlikle ortadan kaldırmıyor. Siz istediğini kadar rehin hakkı sahibi, istediğiniz kadar bu menkul malın maliki olun, alacaklı, ben bu malın elinden alınmasını istiyorum dediği anda, muhafaza tedbiri uygulama imkânı var. Düşünün, evinizdeki koltuk takımının, eşyaların yediemin deposuna götürüldüğünü ve daha sonra istihkak davasını kazanıp bu eşyaların tekrar

evinize geldiğinde ne hâle gelebilir tasavvur edin; bu arada nasıl yaşayacağınızı düşünün, bir de, çevrede bütün bunların nasıl değerlendirileceğini düşünün.

Buraya geldiğimizde ilk karşılaştığım arkadaşlara şu soruyu sordum: Dedim ki, icra mahkemesi kararlarına karşı temyiz gidebilmek için parasal sınır nedir? Zannediyorum altı-yedi kişi oturuyorduk. Hiç kimse bilmiyor. Başka bir şeyi itiraf edeyim. Bir gün Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Komisyonu burada toplandı. Bir sebeple icra mahkemesi kararlarının temyiz edilebilmesi için parasal sınırı birbirimize sorduk, hiçbirimiz bilmiyorduk. Sağ olsun, Başkanın cep telefonuna ulaştık, sorduk, bize söyledi, biz de öğrenmiş olduk. Bu parasal sınırın yeniden değerlendirilmesine göre bu şekilde her yıl belirlenmesi ciddi bir problem. Yeniden değerlendirilmesine göre değişen dört maddemiz var. Bunlardan birisi, “pazarlık suretiyle satış”. Hatta şunu da söyleyeyim temyiz sınırı ile şu anda Yargıtay’la aramızda 20 lira fark var. Onlar 2870 diyor, biz 2850 lirayı bulduk. Çarpmada birimiz hata yapıyoruz. Hangimiz; onu isterseniz arada değerlendirelim. Pazarlıkla satışın sınırı 1420 lira. Bunun dışında, iflâs idaresinin tahkim ve sulh olabilmesi için sınırı var. Seneye bunlar yine değişecek; yeniden değerlendirilmesine göre çarpılacak.

İcra mahkemesi kararlarıyla asliye mahkemesi kararlarının temyizi bakımından eskiden bir farklılık yoktu. Şimdi bakın, Hukuk Usûlünde 1 milyon lira ya da 1000 lira temyiz sınırı, İcra ve İflâs Kanunu’nda 2850 ya da 2570 lira. Seneye bu ara daha da açılacak. Enflasyonun olduğu dönemi düşündüğümüz zaman, yeniden değerlendirilmesine göre artışın makul bir düzenleme olduğunu düşünebilirsiniz, ama hiçbir ülkede 1420 lira, 2870 lira bir temyiz sınırı yoktur; yuvarlak rakamdır, 3000 liradır, 5000 liradır, 8000 liradır. Daha önce bu sınırlar iki yılda bir iki katı artırılmak suretiyle işte 1 milyardan, 2 milyara; 4 milyardan, 8 milyar liraya arttırıldı. 2000 yılına kadar bu uygulama devam etti. Bu yüzden, yeniden değerlendirilmesine göre artışı öngören sistemin terk edilmesinin uygun olduğu kanısında-

yım. Daha farklı bir çözüm bulmamız lazım. Özellikle enflasyonun önümüzdeki yıllarda da düşeceği varsayılırsa, bunun sabit bir rakam olması daha doğru. Bakın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda böyle yapıldı. Halbuki yeniden değerlendirme oranına göre artış asıl olarak CMUK için yapılmıştı. Yeni CMK' da onlar bunu kabul etmediler.

Kıymet takdiriyle ilgili uygulamadan çok olumlu şeyler duydum. Eskisi gibi kıymet takdiriyle ilgili gecikmeler, problemler yok deniliyor. Neden? *"Bir kere, icra mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolu kapatıldı"*. Bu çok radikal bir çözüm idi. İkincisi, artık kıymet takdirine itiraz eden 7 gün içinde bilirkişi ücretini ödemek zorunda. Harika bir çözüm, İcra ve İflâs Kanunu'na yakışan mükemmel bir çözüm. Şimdi, icra mahkemesi hâkimi kıymet takdirine itiraz eden kişiye, *"7 gün içinde 'şu kadar lirayı' öde"* diyor, ödemediği takdirde kıymet takdirine ilişkin şikâyet reddedilmiş sayılıyor. İkincisi, yetkisiz bir icra mahkemesinde yapılmışsa, bunu önlemek için düzenleme getirildi; evrak üzerinden hemen inceleme yapıp 10 gün içinde yetkisizlik kararı verilebiliyor. Bu da zannediyorum uygulamayı rahatlatan bir düzenleme oldu. Bu arada, deprem ve imar durumunda önemli değişikliklerin, iki yıllık süre beklenmeden yeniden belirlenmesi bence bu katı uygulamayı belli ölçüde rahatlatmıştı. Bunların yanında iki yıllık sürenin başlangıcı da önemli. Bu konuda muradedilen, bu sürenin kesinleşmeden itibaren başlaması, yani kıymet takdirinin yapıldığı değil, kesinleştiği tarihten itibaren hesap edilmesi idi. Bunun Komisyon'da bu şekilde kararlaştırıldığını biliyorum. Ama Kanun'daki mevcut ifade sanki bunu çok açık ortaya koymuyor. Uygulamada nasıl değerlendirildiğini Sayın Başkandan öğreneceğiz.

Son olarak şu yüzde 40 tazminat konusuna gelmek istiyorum. Ben, son değişikliklerden sonra, % 40 tazminat konusunda daha da sistemi anlamakta güçlük çekmeye başladım. Kanunda, *"% 40 tazminat"* adı altında farklı kavramlar düzenleniyor. Menfi tespit davasında hükmedilen yüzde 40 tazminat ile istihkak davasındaki farklı, itirazın kaldırılmasında ve itirazın iptalindeki de farklı. Bunları aslında farklı ifade etmek gerekir.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Sayın Adnan Değnekli itirazın iptali davasında alacaklının mahkûm edildiği tazminata “*kötü niyet tazminatı*” diyor, diğerine de “*inkâr tazminatı*” diyor; en azından böyle bir ayırım yapmak lazım. Gerçekte kötü niyet tazminatı ve inkâr tazminatı, bunlar birbirinden farklı şeyler. Hepsini inkâr tazminatı başlığı altında değerlendirmemek lazım. Bu tazminatların, menfî tespit ve istihkak davası sonunda hükmedilen tazminatla hiçbir alakası yok; amaçları tamamen farklı. Şimdi, bu tazminatlar talep üzerine mi verilecek, yoksa talebe gerek yok mu? Kanun’un bu konuda bir sistem tercihi yok. Tazminatla ilgili talep unutmuş mu kanun koyucu, bilinçli mi düzenlememiş bunu anlamak mümkün değil.

Medenî usûl hukukundaki hâkimin taleple bağlı olması, talepten fazlasına karar veremeyeceği, talepten başka bir şeye karar veremeyeceği ilkesinin icra hukukunda geçerli olduğu kanısındayım. Kanun bazı hallerde tazminatı düzenlerken ayrıca talebin gerekli olup olmadığını düzenlemiyor. Bu konuda bazen talep aranıyor, bazen aranmıyor. Kanun koyucu o zaman talebi neden gerekli görüyor? Bunun bir ölçüsünü, sebebini bulmak mümkün değil. Bu konuda makul bir gerekçe bulmaya çalıştığımızda, karşınıza kambiyo senetlerine özgü takiple ilgili düzenleme çıkıyor. Kambiyo senetlerine özgü takipte düzenlenen tazminatlar hakkında bir sebep bulmak mümkün değil. Çünkü, bakın, borca itirazda ve imzaya itirazda tazminatları şöyle bir şema olarak çıkardım, bir tek borçlunun haksız çıkması hâlinde itirazla ilgili ve takip geçici durdurulmuşsa yüzde 40 tazminata hükmedilmesi için sadece burada talep gerekli; bunun dışında üç ihtimalde talebe gerek yok. Bunun bir mantığı yok, bunun bir manası yok. Aynı şekilde alacaklı haksız çıkarsa, talepten söz edilmemiş; imzaya itirazda alacaklı haksız ise, talepten söz edilmemiş; imzaya itirazda borçlu haksız çıkarsa, talepten söz edilmemiş. Bu, kanunun sisteminin bozulduğunun bir göstergesi. Bu konuda ya talebi açıkça koyarsınız, “*diğerinde de kendiliğinden*” diye ifade ederseniz, bu şekilde uygulamayı rahatlatırsınız. Bu, bana göre uygulamayı karıştıran, kanunu dejenere eden bir durum arz ediyor.

İkincisi, kanunda bu tazminat oranları bakımından yeknesak bir düzenleme yok. Tazminat olarak yüzde 15 var, yüzde 40 var, bir de yeni yüzde 20 oranı kabul edildi. Şimdi, birisine karar vermek lazım. Bu tazminatlar ilk olarak düzenlendiğinde yüzde 15 idi. Bildiğiniz gibi, İsviçre’de böyle bir tazminat öngörülmüş değil. 1984 yılında enflasyonun artışı bu oranın yüzde 40’a çıkartılmasını gerektirdi. Ancak bazı tazminat oranları yüzde 15 olarak kaldı. Menfaatler durumunda hiçbir değişiklik yokken, son değişiklikte biz, bazı kişiler bakımından bu oranı yüzde 20 olarak öngördük. Üstelik, kambiyo senetlerine özgü takipte yüzde 20 tazminata mahkûm edilecek olan alacaklının, bu tazminata mahkûm edilmesi için, kötü niyetli veya ağır kusurlu olması lazım. Düşünün, kötü niyetli bir insan, bunu ispat edeceksiniz ve ondan sonra sadece yüzde 20 tazminata mahkûm edilecek; buna karşılık borçlu kötü niyet aramaksızın yüzde 40 tazminata mahkûm edilecek. Halbuki, icra ve İflâs Kanunu’nun genel gerekçesine baktığınız zaman orada: *“Kanunda iki tarafın menfaatlerinin korunmaya çalışıldığıнын, tarafların eşitliğinin muhafaza edildiği ifade ediliyor.”* Şimdi burada taraf eşitliği bozuldu. Kimin lehine? Borçlu lehine ve alacaklı aleyhine. Hem kötü niyetli olacaksınız, hem de yüzde 20 tazminat olacak. Bunu kabul etmek mümkün değil. Bunun gerekçesi olarak söylenenlerden bir tanesi, Adalet Komisyonunda dediler ki, *“bu konuda uygulama, kötü niyeti, ağır kusuru belirleyemez, bu çok tehlikeli, ne olur bütün kambiyo senetlerine özgü takiplerde alacaklılar tazminata mahkûm edilmek tehdidiyle karşı karşıya gelir.”* Dedim ki, bizim burada uygulamamız zaten eskisinde de çözüyordu, orada da ağır kusur vardı, kötü niyet vardı. *“Hayır, bu çok tehlikeli olur”* denildi. Onun için yüzde 20 getirildi.

Ben başlangıçta, Yargıtay’ın kararlarına ulaşamıyoruz dedim, ama Sayın Değnekli’nin sayesinde bazı yayınlanmamış 12. Hukuk Dairesi kararlarına ulaştım. Gerçi çok az, yeni kanunla ilgili çok az karar var. Her hâlde henüz Yargıtay’ın önüne hepsi gelmiş değil. Fakat dört karar, bu kötü niyet ve ağır kusurun ne olduğunu açıklamakla ilgili. O kadar güzel bir kıstas getirmiş ki 12. Hukuk Dairesi, hiç uygulamada bundan

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
TEBLİĞİ

sonra tereddüde gerek yok; zaten eski uygulaması da buydu. Kambiyo senedini ciro yoluyla elde eden hamil bakımından kötü niyetin veya ağır kusurun olamayacağı bir karine olarak kabul ediliyor; ama buna karşılık bizzat borçlu ve alacaklı, bu senedin imzalandığını görebileceğinden, bu kişilerin senedin imzalandığını gördükleri ispat edilebilirse, buna rağmen bu kişiler senedi takibe koymuşsa burada kötü niyetli olduklarını kabul ediyor. Bu yol bana göre basit, kolay ve hiç tereddüt edilmeyecek bir çözüm. 12. Hukuk Dairesi'nin bu konuyla ilgili dört-beş tane kararı var, hepsinde de bunu doğru şekilde uygulamış.

Demek ki, uygulamanın böyle bir sıkıntısı yok. Sıkıntısı olmadığına göre, yüzde 20 tazminat öngörmenin bir başka gerekçesi de yok. Bu arada bir şey daha söyleyeyim. İmzaya itirazda daha önce kötü niyetli ve ağır kusurlu olan alacaklı yüzde 40 tazminata mahkûm edilirken, bu değişiklik yapılırken fırsattan istifade o da yüzde 20'ye indirilmiş, güya eşit olsun diye. Alacaklılar kendi arasında eşit; ama borçlularla yüzde 50 daha az tazminata mahkûm ediliyor. Tabii ki, uygulamaya baktığımız zaman, kötü niyetli borçlular ciddi bir şekilde takibi etkiliyor, engelliyor, bu tartışmasız; ama, siz kanun yaparken önyargılı bir şekilde kanun yapmaya çalışırsanız ve tarafların arasındaki böyle bir eşitsizliğe sebebiyet verirseniz, bu ciddi sıkıntılara neden olabilir. Anayasa Mahkemesinin önüne giderse, bu hükmün kesinlikle iptal edileceğini düşünüyorum. Böyle bir oransızlığı hiçbir şekilde kabul etmek isabetli değil.

Bir Katılımcı: Hocam...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Buyurun.

Bir Katılımcı: (Devamla):...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ama, genel mahkemeye gittiğiniz takdirde bu tazminatın kalkma ihtimali var; o yüzden yine de mahkemenin götürme...

Bir Katılımcı: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Evet.

Zaten bu konuda icra mahkemelerinin mahkeme olduğu konusunda tereddüdü ortadan kaldırmak için bu 5092'yle "icra tetkik mercii" terimini kaldırıp "icra mahkemesi" şekline dönüştürmeyi teklif ettik...

Mustafa OSKAY: Affedersiniz.

O yasa değişikliğinin gerekçesinde de, gerek Anayasa Mahkemesinin bir kararında ve gerek Hukuk Genel Kurulu'nda verilen bir kararda, icra tetkik mercilerinin mahkeme olarak kabul edildiği olgusu karar gerekçesinde tartışılmış, bu konu ile ilgili ihtilâf ortadan kalkmıştır.

Evet hocam, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Yüzde 40 tazminatın bugün geldiği yere baktığımızda, tazminatların yüzde 40 oranında hükmedilmesi, bugün yıllık yüzde 12 temerrüt faizinin kabul edildiği bir ortamda son derece yüksek. Neredeyse üç yıllık bir temerrüt faizinden daha da fazla bir tazminatı, bir inkâr tazminatı ile hükmetmek durumundayız. Bir de bunu menfi tespit davasında düşünün. Menfi tespit davasının üç yıldan fazla uzun sürmesi, zaten temerrüt faizi devam ediyor, bir de buna yüzde 40 tazminat... Ben bazı banka avukatlarıyla görüştim. Dediler ki, "biz artık yüzde 40 tazminatı çok yüksek miktarda alacaklarımızda talep bile etmiyoruz, çünkü, bizim faiz oranlarımız zaten piyasadaki faiz oranlarının yüzde 50'sinden daha fazla, biz bunu alırsak bununla yetiniyoruz, ayrıca böyle yüzde 40'ta gözüümüz de yok, hatta, gelip bize borçlu, faizini değil, sadece ana parayı ödemek istiyorum dese, biz çoğu kez bu teklifi kabul ediyoruz." Yüzde 40 oranında ayrıca tazminat almak konusunda kimsenin niyeti de yok. Diğer kişilere baktığımız zaman, yüzde 40 ciddi bir rakam hâline geldi. Bence, bunun yüzde 15 seviyesinde tutulması gerekir, yani 84 öncesine dönülmesi daha isabetli hâle gelecek. Belki o zaman işte bu yüzde 50'lerin, 20'lerin, 40'ların da bir sabit rakamla düzenlenmesi ve "talep ve talep olmaksızın" şeklindeki tartışmaların da giderilmesi gerekebilecek.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

Son olarak aciz siciliyle ilgili birkaç şey söylemek istiyorum. Aciz sicilinin nasıl tutulacağı yönetmelikle belirlendi. Bu konuda, İstanbul'da 1. İcra Dairesi, aciz sicilini tutan İcra Dairesi olarak görevlendirilmiş. Her ilde bir icra dairesi aciz sicilini tutacak. Bu konuda 1. İcra Dairesi aynı zamanda diğer görevleri yerine getirecek; bu, o icra dairesi için ek bir görev. Yeni bir memuru yok, yeni bir elemanı yok; sadece, mevcut işlerinin yanında bir de, bütün il icra dairelerinden gelen aciz sicillerini buraya işleyecek. Birkaç tane de defter tutacak; bir kartonu var, bir fihrist defteri var, bir de esas defteri var. Aynı personel aynı yoğunluk içinde bunu yapacak. Bu ciddi bir problem. Halbuki aciz sicili şöyle düşünülüyordu: Bunun elektronik ortamda tutulabilmesi ve bulunduğunuz yerden de belki internet sayfasına, web sayfasına girerek, kimlerin burada olduğunun görülebilmesi mümkün olmalıydı. Alenî olması bakımından herkesin ulaşabilmesinin bir mahzuru da yok. Şimdi, İstanbul'da bu sicile ulaşmak için 1. İcra Dairesi'ni bulacaksınız, oraya gideceksiniz, defteri tek tek karıştıracaksınız, çünkü tarihe göre işliyor. Siz, geçmişe yönelik olan bütün sicili araştıracaksınız. Bugün gelinen ortamda hâlâ bu şekilde defter karıştırılarak sicile ulaşmak ne kadar pratik, ne kadar çağdaş, ne kadar doğru ve Kanun'un amacına uygun onu takdirlerinize bırakıyorum. Bu konuda bir de, şu aciz sicilinden borcun silinebilmesi için faiziyle birlikte borcun ödenmesi problemine değinmek istiyorum. Borcunuzu aciz sicilinden sildirmek istiyorsanız, faiziyle ödemek zorundasınız. Halbuki, kanunun bir üst fıkrasında, *"aciz siciline yazılı olan alacaklar bakımından faiz işlemez"* diyor. Siz borcunuzu götürüp alacaklıya öderseniz, borcunuzdan kurtuluyorsunuz, çünkü faiz işlemiyor, maddî hukuk bakımından da borcunuzdan kurtuluyorsunuz, artık alacaklının size takip yapabilme ihtimali yok; ama aciz siciline göre borçlusunuz. Tuhaf bir şey değil mi bu? Siz borcunuzdan kurtuluyorsunuz, ama aciz sicilinde hâlâ borçlusunuz. Yönetmelikte de, haklı olarak, borcunu ödeyen kişinin faizini ödememesi hâlinde sicilden silinemeyeceği düzenlenmiş. Bu bana göre bir çelişki, bu bir hata. Neden? İsviçre hukukuna bakıyorsunuz, aynı düzenleme var, İsviçre hukukunda da 20 yıllık

bir zaman aşımı süresi öngörölmüş, ama faiz yok, istediğiniz zaman borcunuzu ödeyebiliyorsunuz. Niye faiz olsun? Faizin olmamasının, aciz belgesine bağlanmış alacaklar bakımından çok makul bir gerekçesi var, o da şu: Ne zaman aciz belgesi veriliyor? Borçlunun elinden bütün mallarını alıyorsunuz, sadece 82. madde kapsamında haczedilmez malları elinde bırakıyorsunuz ve sonra o insan tekrar yaşamına devam ediyor. Şimdi, bu insanın bu hâle gelmesinden sonra borcunu hâlâ faiziyle ödemek zorunda kalması söz konusu olursa, sicilden borcunu sildirebilmek için bu borcunu ödemez, 20 yılı bekler. Zaten 20 yıl sonra bu borç zaman aşımına uğrayacak. Dürüst bir borçlu, buldu parayı, diyelim ki 1 milyar lirayı götürüp iki sene sonra ödemek istiyor, ödeyebilir, borcundan da kurtuluyor; ama, daha 19 sene sicilde borçlu kalacak. Hatta, *"20 yıl geçtikten sonra silinir"* diye de bir düzenleme de yok yönetmelikte. 50 sene sonra, belki mirasçılar bile, borcunu ödemiş ama faizini ödeyememiş dedesini sicilde görebilecek. Neden? Borcunu ödemiş aslında. Nasıl ispat edersiniz? Bu doğru bir düzenleme değil. İkincisi, aciz siciliyle ilgili, bu düzenlemenin amacına da aykırı. Bu düzenlemedeki maksat, borcunu ödemiş kişilerin takip edilebilmesi. Bunun bu şekilde düzenlenmesini Bankalar Birliği istedi, bunu takip edebilmek için. Bu anlamda aciz sicilinin de bence, faizin işlemeyeceği esas alınarak düzenlenmesi daha uygun olur.

İstinafla ilgili getirilen değişiklikleri de bu vesileyle değerlendirmek istiyorum. İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf yolunun açık olarak kabul edildiği ve fakat bazı kararlara karşı bu yolun kapatıldığı tam olarak anlaşılamıyor. Nitekim 363. maddede *"Süresinde satış istenmemesi nedeniyle satışın düşürülmesi, 263. maddenin uygulama biçimi, iflâs idaresinin oluşturulması, icra mahkemesinin iflâs idaresinin işlemleri hakkında şikâyet üzerine verdiği kararlara karşı iflâs idare memurunun ücret ve masrafları hakkında hesap pusulası ve 36. maddeye göre icranın... ilişkin karar dışındaki kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir."* deniyor. İki tane *"kararlara karşı"* dediğiniz zaman, bir tanesine başvuruluyor, bir tanesine başvurulmuyor biçiminde anlaşılıyor. Komisyon

tarafından hazırlanan Taslak'ta mevcut olmayan bir ekleme sanırım Adalet Komisyonunda yapılmış. Bu nedenle, bu madde okunduğunda icra mahkemesinin hangi kararlarına karşı istinaf yoluna gidileceği, hangisine gidilmeyeceği karmaşık bir hâle getirilmiş. Okuduğumuz zaman, anlamı tamamen karıştıran, ama muradedilenin, ifade ettiğim gibi, sadece istinafa bütün icra mahkemesi kararlarının açık tutulması, sadece sayılanlara karşı gidilmemesi yönünde. Kanun yapmak hakikaten çok zor ve çok zahmetli bir iş, uzun tartışmalardan sonra yapılan düzenlemelerin tartışılması sırasında ve özellikle Adalet Komisyonu'nda yeni teklifleri çok emin olmadıkça değiştirmemek gerekiyor. Adalet komisyonlarında veya sonraki önerelerde yapılan tekliflerin çok dikkatli, çok hassas bir şekilde değerlendirilmesi ve mümkün olduğu kadar tereddütle karşılanması gerektiği kanısındayım. İcra ve İflâs Kanunu ile ilgili Tasarı'nın Komisyon'da kabul edilen kadar, neredeyse Adalet Komisyonu'nda da ilave edilen maddeleri var. Bu söylediğim çelişkilerin büyük çoğunluğu da Adalet Komisyonu'nda ilave edilen maddelerde ortaya çıktı. Bu yüzden, her hâlde bu konuda, kanun yapmak bakımından Meclis'in, komisyonların, Bakanlığın, özellikle son anda yapılan değişikliklere biraz daha tereddütle yaklaşması gerekiyor.

Yargının gecikmesi konusunda kanun yapmanın, kanun değiştirmenin ne kadar isabetli bir çözüm olabileceği konusunu belki ifade etmem gerekiyor. İcra ve İflâs Kanunu'nu yeniden düzenleyip, yeniden değiştirsek, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu mükemmel, çağdaş bir kanun hâline getirsek bile, sadece kanun değişiklikleri ile yargının hızlanması konusunda bir çözüm sağlanabileceği kanısında değilim. Belki değişiklikler yüzde 5 oranında bir katkı sağlayabilir, yüzde 10 katkı sağlayabilir; ama yüzde 90'ı kanun dışındaki sebepler. 36. maddede hâlâ, *"parası yatırıldığı takdirde icranın durdurulması kararı 'telgrafla' icra dairesine bildirir"* deniyordu; burada, *"uygun vasıtalarla"* denilmiş. Hâlâ bir uygun bir vasıta yok bildiğim kadarıyla. *"Faks"* demode oldu; onu bir kez bile Kanun'da kullanamadık. Delil olduğu konusunda hiçbir tartışmamız

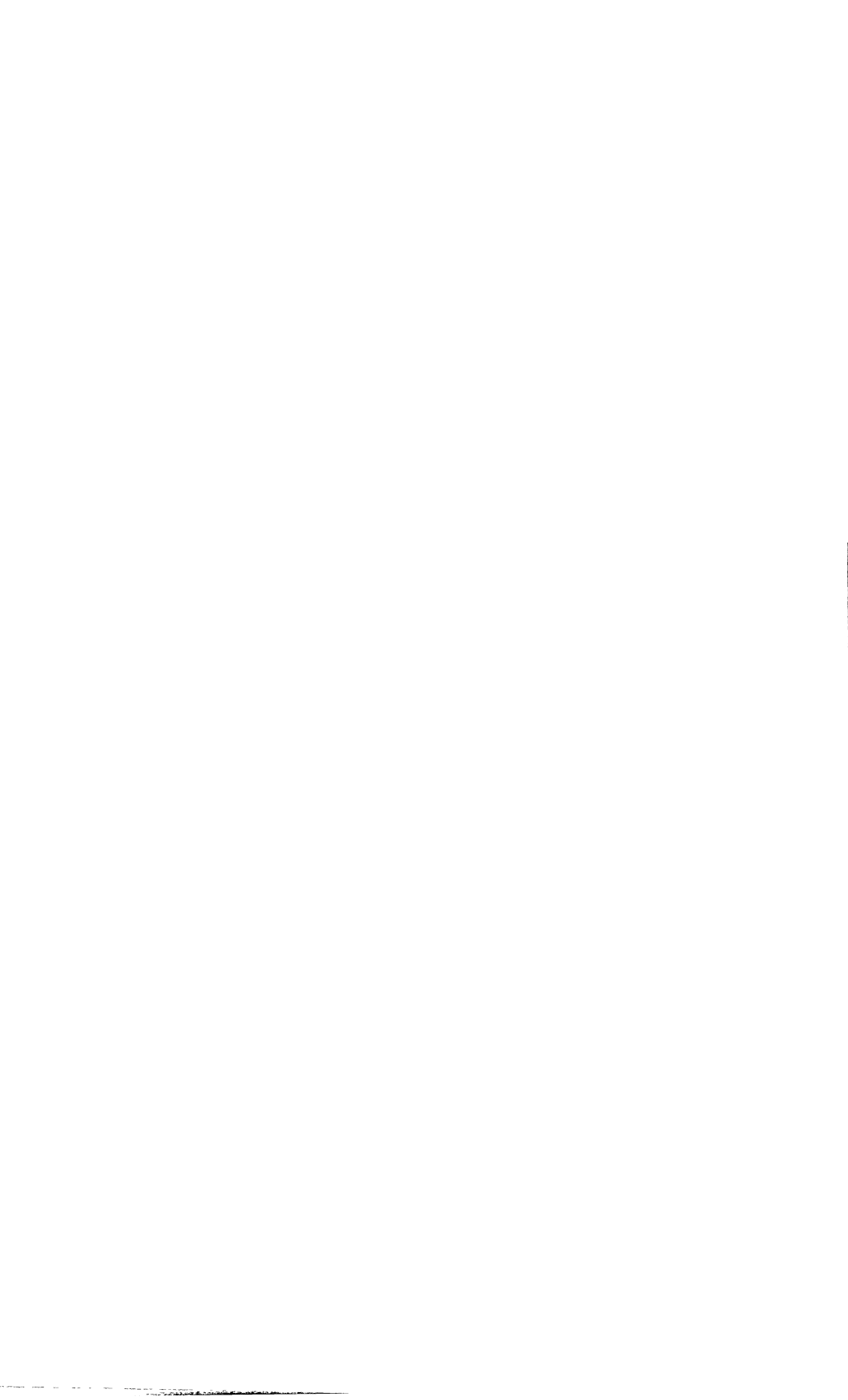
olmadı. Faks geldi, geçti ve hâlâ biz ona bir çözüm bulamadık. Şimdi hâlâ, “*en uygun vasıtalarla*” diyoruz. Dilerim, bu en uygun vasıta gerçekten en çağdaş, en hızlı vasıta olur. Bu, sadece bu alanda değil, pek çok alanda uygulanabilir, pek çok alanda gerçekleştirilir. Bütün alt yapıyla ilgili sorunlarını çözdüğümüz takdirde yeni bir kanun gerçekte uygulamanın hızlanması bakımından problemi çözer hâle gelebilir. Yoksa bunlar bana göre biraz makyaj niteliğinde değişiklikler.

Çok teşekkür ediyorum beni dinlediğiniz için.

Mustafa OSKAY: Değerli hocamız Sayın Hakan Pekcanitez'e çok teşekkür ediyorum.

Şimdi bir 10 dakikalık çay molası vereceğiz, ondan sonra devam edeceğiz efendim.

Teşekkür ederim.



2. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Mustafa OSKAY

II. Tebliğ Sahibi: Doç. Dr. Oğuz ATALAY

Mustafa OSKAY: İkinci oturuma hoş geldiniz.

Önce küçük bir hatırlatma yapmak istiyorum. Yargıtay kararları ile ilgili bölümde çalışan hâkim arkadaşımız Sayın İnci Biçkin'in biraz önce bana yaptığı açıklamaya göre, bizzat kararları internet bazında giren arkadaşımız, kendisi aramızda, "yargıtay.gov.tr" sitesinden ücretsiz ve şifresiz olarak "emsal arama" sayfasından Yargıtay dairelerinin kararlarına ulaşabilmektedir. Bugün itibarıyla 22 bin karar girilmiştir, bundan sonra da süratle devam edilecek buna. Tabii, hocam biraz önce beni ikaz etti; dedi ki, "sadece sizin Daire'den 30 bin karar veriliyor, bu 22 bin az" dedi. Ama emsal ağırlıklı olanların uygulayıcıya ulaştırılması amacıyla çalışmalar Yargıtay imkânları çerçevesinde yürütülmek durumundadır. Bunu bilgilerinize iletayim istedim.

Küçük bir açıklama daha yapmak istiyorum. Değerli hocamız Hakan Pekcanitez'in deyimiyle, "Canitez" de dememişler de, "Pekcanitez" demişler, daha aceleci kişiliği belirtilsin diye belki de. Hâkimlerin Yargıtay kararlarına uygun davranıp davranmamaları meselesi, usûl hükümleri arasında düzen-

lenmiştir; Yargıtay kararlarının emsal niteliğinde olanları, yerleşenleri; daire kararları ya da Genel Kurul kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları. Hâkimler, yasalara, dosya kapsamına, vicdanî kanaatlerine, yargısal ve bilimsel içtihatlarla göre karar verirler.

Tabii ki, bunun da bir sınırlaması gerekir. Daire kararı ile ilgili bölüme katılmayan hâkimin, doğal olarak direnme hakkı var. Hukuk Genel Kurulu'nda belirlenen görüşe karşı uymak zorunluluğu da usûlde yazılı. Tabii ki, kararların, bilimsel tartışma çerçevesi içinde kalmak kaydıyla bilimsel ortamlarda konuşulması, tartışılması ayrı bir konu.

Şimdi, *“İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”* konusunda bizi bilgilendirmesi için sözü Sayın Doçent Doktor Oğuz Atalay'a veriyorum.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli konuklar, Sayın hocam Hakan Pekcanitez'in belirttiği, karar sıkıntısını iflâs ile ilgili olarak ben de yaşadım. Zannediyorum yeni düzenlemeden sonra kimse iflâs etmedi; çünkü erteleme devreye girdi ve doğal olarak Yargıtay kararları daha çok iflâsın ertelenmesi konusunda yoğunlaştı.

Önce, Kanun'daki değişikliklerin ve daha sonra bu değişiklikler doğrultusunda oluşan yargı içtihatlarının ne merkezde olduğunu gözden geçirerek, zaman zaman eski kararları da hatırlayarak bir değerlendirme yapmaya çalışacağım.

Kanun'un 4949 sayılı Kanun'la değiştirilmesi üzerine iflâs hukukunda, daha çok iflâs tasfiyesinin sürüncemede kalmasını engellemek amaçlı değişikliklerle, iflâs etme aşamasına gelmiş borçlunun kurtarılması veya iyileştirilmesi amaçlı değişiklikler diyebileceğimiz, iki ana başlıkta toplayacağımız türde değişiklikler yapıldı: Bunlardan birinci bölüm, yani iflâs tasfiyesinin sürüncemede kalmasını engelleyici hükümler ile ilgili olarak elimde fazla, daha doğrusu hiç yeni karar yok. Bu konuda, kanun değişikliğinden sonra ortaya çıkan durumu kısaca arz edip bazı eleştirileri vermeye çalışacağım.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

OĞUZ
ATALAY'IN
TEBLİĞİ

İİK'DA İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İflâs Tasfiyesinin Hızlandırılmasına Yönelik Değişiklikler

1. İflâs Kararından Sonra Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip

Bildiğimiz gibi, daha önce de, yani Kanun değişikliğinden önce de tartışılan bir konuydu. İflâsın açılmasından sonra rehin sahibi alacaklıların daha önce başlattığı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe devam edebilecekleri kanunda açıkça yazılı idi (185. madde).

Tartışılan şuydu: “Daha önce başlamış takiplere devam edilebilir” diyordu kanun; fakat iflâs açılmasından sonra yeni rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir mi? Bu konuda önce, Yargıtay, “kanunî düzenlemenin açık olduğu ve sadece önceden başlamış olan takiplere devam edilebileceği” yönünde kararlar verirken, sonraları, menfaatler dengesi bakımından, iflâstan önce başlayan takiple, iflâs kararından sonra başlatılacak takip arasında fark olmadığı, kanun koyucunun iradesinin, rehninli alacaklıya iflâsa rağmen ayrı bir takip yürütme imtiyazı tanınması yönünde olduğuna karar vermiş idi. Bu son görüş kanuna da yansımıştır. Yeni düzenleme şöyledir: (185. maddenin 1. fıkrasının son cümlesini okuyorum) “Ancak rehin hakkı sahibi alacaklı istediği takdirde iflâstan sonra da masaya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.”

2. Alacakların Sırasına İlişkin Değişiklik

Bildiğiniz üzere 206. maddede sıralar değişti, daha doğrusu yeniden düzenlendi. “Adi Rehninli Alacaklıların Sırası” başlıklı

lenmiştir; Yargıtay kararlarının emsal niteliğinde olanları, yerleşenleri; daire kararları ya da Genel Kurul kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları. Hâkimler, yasalara, dosya kapsamına, vicdanî kanaatlerine, yargısal ve bilimsel içtihatlara göre karar verirler.

Tabii ki, bunun da bir sınırlaması gerekir. Daire kararı ile ilgili bölüme katılmayan hâkimin, doğal olarak direnme hakkı var. Hukuk Genel Kurulu'nda belirlenen görüşe karşı uymak zorunluluğu da usûlde yazılı. Tabii ki, kararların, bilimsel tartışma çerçevesi içinde kalmak kaydıyla bilimsel ortamlarda konuşulması, tartışılması ayrı bir konu.

Şimdi, "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi" konusunda bizi bilgilendirmesi için sözü Sayın Doçent Doktor Oğuz Atalay'a veriyorum.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Değerli konuklar, Sayın hocam Hakan Pekcanıtez'in belirttiği, karar sıkıntısını iflâs ile ilgili olarak ben de yaşadım. Zannediyorum yeni düzenlemeden sonra kimse iflâs etmedi; çünkü erteleme devreye girdi ve doğal olarak Yargıtay kararları daha çok iflâsın ertelenmesi konusunda yoğunlaştı.

Önce, Kanun'daki değişikliklerin ve daha sonra bu değişiklikler doğrultusunda oluşan yargı içtihatlarının ne merkezde olduğunu gözden geçirerek, zaman zaman eski kararları da hatırlayarak bir değerlendirme yapmaya çalışacağım.

Kanun'un 4949 sayılı Kanun'la değiştirilmesi üzerine iflâs hukukunda, daha çok iflâs tasfiyesinin sürüncemede kalmasını engellemek amaçlı değişikliklerle, iflâs etme aşamasına gelmiş borçlunun kurtarılması veya iyileştirilmesi amaçlı değişiklikler diyebileceğimiz, iki ana başlıkta toplayacağımız türde değişiklikler yapıldı: Bunlardan birinci bölüm, yani iflâs tasfiyesinin sürüncemede kalmasını engelleyici hükümler ile ilgili olarak elimde fazla, daha doğrusu hiç yeni karar yok. Bu konuda, kanun değişikliğinden sonra ortaya çıkan durumu kısaca arz edip bazı eleştirileri vermeye çalışacağım.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

OĞUZ
ATALAY'IN
TEBLİĞİ

İİK'DA İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İflâs Tasfiyesinin Hızlandırılmasına Yönelik Değişiklikler

1. İflâs Kararından Sonra Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip

Bildiğimiz gibi, daha önce de, yani Kanun değişikliğinden önce de tartışılan bir konuydu. İflâsın açılmasından sonra rehin sahibi alacaklıların daha önce başlattığı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe devam edebilecekleri kanunda açıkça yazılı idi (185. madde).

Tartışılan şuydu: “Daha önce başlanmış takiplere devam edilebilir” diyordu kanun; fakat iflâs açılmasından sonra yeni rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir mi? Bu konuda önce, Yargıtay, “kanunî düzenlemenin açık olduğu ve sadece önceden başlanmış olan takiplere devam edilebileceği” yönünde kararlar verirken, sonraları, menfaatler dengesi bakımından, iflâstan önce başlayan takiple, iflâs kararından sonra başlatılacak takip arasında fark olmadığı, kanun koyucunun iradesinin, rehinli alacaklıya iflâsa rağmen ayrı bir takip yürütme imtiyazı tanınması yönünde olduğuna karar vermiş idi. Bu son görüş kanuna da yansımıştır. Yeni düzenleme şöyledir: (185. maddenin 1. fıkrasının son cümlesini okuyorum) “Ancak rehin hakkı sahibi alacaklı istediği takdirde iflâstan sonra da masaya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.”

2. Alacakların Sırasına İlişkin Değişiklik

Bildiğiniz üzere 206. maddede sıralar değişti, daha doğrusu yeniden düzenlendi. “Adi Rehinli Alacaklıların Sırası” başlıklı

206. maddede daha önce altı sıra varken artık dört sraya düştü. Burada, Kanun değişikliğinden önce tartışmalı bir husus vardı. Bildiğimiz gibi, bizim mevzuatımızda değişik yerlerde, “*şu Kurumun alacağı imtiyazlıdır, fon alacağı imtiyazlıdır*” gibi bazı imtiyaz tanıyan hükümler vardır. İmtiyazlı alacaklıların, daha önceki düzenlemede ilk beş sırayı oluşturması durumu karşısında, acaba özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklıların bu sıralardan hangisine gireceği tartışma konusuydu. Özellikle bir sıra belirtilmeden (ki, bazı düzenlemelerde, “*206. maddenin 2. sırasındaki alacaklılar gibi muamele görür*” şeklinde hükümler de vardı) imtiyaz tanınan alacaklıların daha önceki Yargıtay kararlarında en ön sırada değerlendirileceği mütalaa olunuyordu, tüm bunların önüne geçirilmek istendiği şeklinde bir görüş vardı. Kanun koyucu, 4949 sayılı Kanun’la artık bu tartışmaya son vermiştir: Özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklılar üçüncü sırayı oluşturmaktadır. Bu Kanun değişikliğinin amacı nedir? Amaç, daha adilane bir dağıtım sağlamak için, imtiyazlı alacaklılar statüsünü mümkün mertebe daraltmaktır. Özellikle korunmaya değer görülen bazı alacak grupları, ezcümle işçi alacaklıları, aile hukukundan doğan bazı alacaklıların imtiyazları korunmuş, ayrıca, özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar için üçüncü imtiyaz sırası oluşturulmuştur. Bunun dışındaki tüm alacaklılar adi alacak olarak dördüncü sraya konulmuştur.

3. Tasfiyenin Yürütülmesine İlişkin Yenilikler

a. İflâs Dairesinin Görevleri

İflâs tasfiyesinin hızlandırılmasına yönelik olarak getirilen hükümlerin başında 222. maddede yer alan düzenleme var.

Bildiğimiz üzere uygulamada, iflâsın açılmasından sonra, özellikle iflâs etmek isteyen ve bununla takipleri durdurmak ve iflâs tasfiyesine de bir şekilde hâkim olarak tasfiyeyi sürüncemede bırakıp alacaklıların mağduriyetine yol açan borçlulara rastlanmaktaydı. Öyle ki, çok fazla sayıda alacaklı

yazdırıldığında, bazen bu alacaklıların bir araya gelip toplantı yapması, Kanun'daki nisabı tutturması mümkün olmuyordu. Bu sebeple tasfiye, tekrar toplantıya çağrı, tekrar toplantı, yine nisabın oluşmaması ve dağılması şeklinde sürüncemede kalabilmekteydi. İşte bunu önlemek amacıyla, 222. maddede, *“alacaklıların toplanması mümkün olmazsa veya karar nisabı oluşmazsa durumu tespit olunur, bu hâlde daire ikinci alacaklıların toplanmasına kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar”* hükmü geldi (bildiğiniz gibi, birinci alacaklılar toplantısı iflâs müdürü başkanlığında yapılıyor). İkinci alacaklılar toplantısına kadar olan işlemleri, aslında iflâs idaresi yapacaktı. Birinci alacaklılar toplantısında aday gösterilecek, seçim yapılacak, mahkemece atama yapılacak ve tasfiyeyi ikinci alacaklılar toplantısına iflâs idaresi hazırlayacaktı. Artık iflâs idaresinin bu görevi, söz konusu koşulların oluşması durumunda iflâs dairesine, yani iflâs müdürüne yüklenmiş oldu. Burada, iflâs dairesinin görevinin ve sorumluluğunun oldukça arttığı gözlenmekte. Uygulamada, *“acaba nisabın oluşmaması nedeniyle birinci alacaklılar toplantısının kararları iptal edilirse gene aynı sonuç doğacak mı”* şeklinde bir soruyla karşılaşabiliriz. Birinci alacaklılar toplantısı yapılmış ve kararlar alınmış, ancak yapılan şikâyet üzerine birinci alacaklılar toplantısı kararları nisabın oluşmaması sebebiyle iptal edilmiş ise, Kanun bunu açıkça öngörmemesine rağmen, sonuç aynı olduğu için kanaatimce burada yine 222. madde hükmü devreye girmeli ve nisabın oluşmaması gerekçesiyle birinci alacaklılar toplantısı kararlarının iptal edilmesi durumunda da iflâs dairesi müdürü ikinci alacaklılar toplantısına kadar masayı idare etmelidir.

İflâs tasfiyesinin hızlanması konusunda iflâs idare memurlarının bir araya gelememesi, karar alamaması riskini bertaraf etmek amacıyla 223. maddenin 3. fıkrasında değişiklik yapıldı. Bu düzenlemeye göre, *“iflâs idaresi kararları çoğunlukla alır, ancak, toplantıya her iki iflâs idare memurunun da katılmaması hâlinde iflâs dairesi müdürü iflâs idaresinin görevlerini yüklenir”*. Tasfiyenin sürüncemede kalmasını engellemek için iflâs müdürüne böyle bir görev verilmiştir. Alacaklılar da iflâs idaresini toplantıya çağrabilirler de, uygulamada iflâs idaresi üyelerinin toplanma-

maları sebebiyle bazı sorunlar yaşanmakta idi. Bundan böyle, iflâs idare memurları gelmediğinde otomatik olarak görev iflâs idaresi müdürüne geçiyor ve işlemleri o yapmaya başlıyor. İflâs dairesi, iflâs idaresi adına tek başına karar alabilme yetkisiyle de donatılmış durumdadır. Yeni düzenlemeye göre, üç kişiden oluşan iflâs idaresinin toplantısına, iflâs idaresi memurlarından sadece birinin veya ikisinin iştirak etmesi hâlinde, iflâs dairesi müdürü de toplantıya katılacak, karar alınamaması hâlinde iflâs dairesi müdürünün oyu doğrultusunda işlem yapılacaktır. Burada, belki uygulamada bazı sorunlar çıkabilir, toplantıya iki iflâs idare memuru katıldığında, mutlaka çoğunluk oluşacaktır, çünkü bir de iflâs müdürü geliyor, üç kişi oluyor ve bir karar alınacaktır. Burada iflâs idare müdürünün oyunun çoğunluğu belirlemesi gayet doğaldır. Üç kişi varsa ve iflâs idare memuru olan iki kişi anlaşamıyor ise, müdür hangi tarafta oy kullanırsa, o yönde çoğunluk oluşmuş olacak. Ancak, iki iflâs idare memurunun oyu aynı yönde olup da, iflâs müdürünün oyu farklı olursa, bu ihtimal de de müdürün oyuna üstünlük sağlanacak mıdır? Kanaatimce, kanun koyucu böyle bir sonucu amaçlamamıştır. Çoğunluk oyuna göre işlem yapılacaktır.

İflâs idaresinin toplantısına sadece bir tek iflâs idare memurunun katılması durumunda ne olur? Bu durumda toplantıya, bir iflâs idare memuru, bir de iflâs dairesi müdürü katılmış olacaktır. Oybirliğiyle karar alınamaması hâlinde, demek ki, pratik olarak, iflâs idaresi müdürünün dediği olacaktır. Bu konuda, belirttiğim üzere, henüz yeni iflâs tasfiyeleri ve bunun üzerine Yargıtay'a gitmiş problemler olmadığı için uygulamadaki herhangi bir sıkıntının da tespiti mümkün olmamıştır.

b. İflâs İdaresinin Yetkileri

226. maddede, iflâs idaresinin sulh olma ve tahkim yetkisine ilişkin parasal sınır iki milyara yükseltilmiştir; sonraki artışlar ise, yeniden değerlendirilme oranına göre belirlenmektedir.

239. maddede önemli bir düzenleme var kanaatimce. Toplantı ve karar nisabının oluşmaması, yani ikinci alacaklılar

toplantısına ilişkin olarak, *“alacaklıların toplanması mümkün olmazsa veya karar nisabı oluşmazsa durum tespit olunur, bu hâlde iflâs idaresi, tasfiye kapanıncaya kadar işe devam eder”* diyor. Bu madde hükmü şöyle anlaşılabilir: İflâs tasfiyesinde ikinci alacaklılar toplantısı oluşmadığı, toplanamadığı takdirde veya karar nisabı oluşmadığı takdirde artık bir daha toplanmayacaktır.

Madde metninde, iflâs idaresinin, tasfiye kapanıncaya kadar işe devam edeceği belirtilmiş. Burada kastedilen işi ne olduğu çok açık değildir. Bu düzenlemeyle, bir kez karar nisabının oluşmaması hâlinde, ikinci alacaklılar toplantısına tanınan yetkiler, artık iflâs idaresinin yetkileri hâline gelecek ve bir daha ikinci alacaklılar toplantısı yapılamayacak mıdır? Kanaatimce, bu düzenlemenin böyle anlaşılmaması lazım. Bu düzenlemeye denk düşen İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 254. maddesinde durum şöyledir: *“karar alınması mümkün olmazsa, nisap oluşmazsa iflâs idaresi masanın durumu hakkında bilgi verir, tespiti yapar”*; fakat ondan sonra *“şimdiye kadarki”*, yani *“seçilmiş olan iflâs idaresi ve alacaklılar komitesi, tasfiyenin sonuna kadar görevinde kalır”*.

Kanaatimce, mehzadaki düzenlemeyi de göz önünde tutarak yapılacak olan sistematik bir yorum, konuya açıklık getirecektir. Bir üst maddeye bakalım: Madde 238'de, *“alacaklılar toplanması öncelikle, iflâs idaresini vazifelerinde bırakmak isterse, bu hususta (...) karar verir”* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. İkinci alacaklılar toplantısı öncelikle iflâs idaresinin işe devam edip etmeyeceği konusunda bir karar verecektir. Kanun'un sistematüğinde arkasından tartıştığımız 239. madde geliyor ve *“karar nisabı oluşmazsa, iflâs idaresi görevinde kalmaya devam eder”* diyor. Bu nedenle, 239. maddedeki değışikliği, ikinci alacaklılar toplantısında nisap oluşmadığı takdirde, artık bundan sonraki aşamada ikinci alacaklılar toplanmasının tekrar toplantıya çağrılmayacağı, tasfiye işlemlerinin tamamını yürütme konusunda, ikinci alacaklılar toplantısında tanınan, tüm yetkilerin (alacaklılara 245'e göre devir yetkisi, satışın şekli hakkında karar verme yetkisi gibi), iflâs idaresine geçmiş olduğu şeklinde yorumlanması doğru olmaz. Bildüğimiz gibi,

ikinci alacaklılar toplantısı, iflâsın, tasfiyenin en yetkili organıdır, bir nevi şirketlerdeki genel Kurul gibidir. İflâs idaresini de yönetim Kuruluna benzetebiliriz bu örnekte. Dolayısıyla, genel Kurul gibi esas karar verme organı olan ikinci alacaklılar toplantısının, adi tasfiyenin asli unsuru olarak kalmaya devam etmesi gerekir. Alacaklılar toplanması bir oluşum olarak bir organdır; ikinci alacaklılar toplanmasının birinci, ikinci, üçüncü toplantıları olabilir. Bu yüzden, iflâs idaresinin tekrar ikinci alacaklılar toplanmasını toplantıya çağırarak tasfiye konusunda önemli kararların bu organ tarafından alınmasını sağlaması zorunludur.

4. Paraların Paylaştırılmasındaki Yenilik

Kanun'un 250. maddesinde yapılan değişiklikle, pay cetveli ve son hesaba yönelik şikâyetin, dağıtımına ne şekilde etkili olacağı konusunda maddeye açıklık getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, *"pay cetveline karşı şikâyet yoluna gidilmiş olması halinde, paraların dağıtılması için bu şikâyetin çözümlenmesinin mutlaka beklenmesi"* kuralı terk edilmiştir. Şikâyet konusuna göre verilecek karardan etkilenmeyecek olan alacaklıların, boş yere beklemeleri böylece engellenmiş olmaktadır.

5. Müflisin Yeni Mal İktisabı İle İlgili Değişiklik

Kanun'un 251. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre, *"Fakat müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz, müflis, bu yeni takip üzerine kendisine gönderilen ödeme emrine, yeni mal iktisap etmediği şeklinde itiraz ederse, ihtilaf icra mahkemesince genel hükümlere göre karara bağlanır"*. Yeni düzenleme ile bu cümleden sonra *"Müflise yeni mal iktisap etmediği itirazında bulunma imkânını sağlamak niyetiyle üçüncü kişinin hak sahibi kıldığı, ama müflisin fiilen tasarruf ettiği mallar, üçüncü kişi bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa yeni mal sayılır"* hükmü getirilmiştir.

Bu düzenlemenin, müflis borçlunun kötü niyetli tasarruflarından alacaklıları korumak, daha sonra, aslında mal iktisap etmesine rağmen üçüncü kişiler üzerinde bu malları gösterip, fiilen kendisi kullanmaya devam ederek, alacaklıların takip imkânlarını engellemesini ortadan kaldırmak için getirilmiş bir hüküm. İsviçre Kanunu'nda da bu fonksiyonu gören, buna benzer bir düzenleme mevcuttur. İsviçre Kanun'un 265-A maddesinin 3. fıkrasına göre, "eğer hâkim, borçlunun yeni mal iktisap etmediği itirazını reddederse, yeni mal varlığının kapsamının nelerden ibaret olduğunu tespit eder" hükmünü içermektedir. Bu madde hükmüne göre, tartışma konusu olan malın, üçüncü kişilere geçmesini sağlayan işlemin açıkça, yeni mal iktisap edildiği itirazını bertaraf etme amacına yönelik bir işlem olduğu, borçlu tarafından bu sebeple yapıldığı anlaşılıyor ise, borçlu tarafından kullanılan üçüncü kişiye ait mal varlığı değerlerinin de hâkim tarafından hazine karar verilebilir.

Burada acaba bir fiksiyon mu, yoksa adi bir karine mi düzenlenmiştir? "Yeni mal sayılır" dan kasıt, aslında "haczi kabil olur", "borçlunun mal varlığında sayılır" mıdır? Bildiğimiz gibi, borçlunun mal varlığından çıkardığı değerlerin alacaklı bakımından geri döndürülmesini sağlayan İİK m. 277 ve devamında düzenlenen iptal davaları var. Burada iki ihtimal de olabilir. Borçlu, kendisi mal iktisap etmiş, bunu üçüncü kişiye geçirmiştir, satış göstermiştir, örneğin kiracı olarak kendisi malı kullanmaya devam ediyordur. Kanaatimce, bu işlem için bu 251. maddeye gitmeye gerek yok, süresi içinde olduğu takdirde, iptal davasıyla bu geri döndürülebilir. 251. madde hükmü, kanaatimce, iflâstan sonra mal alınırken, borçlunun kendi adına değil, doğrudan bir yakını adına malın alınmış olması, fakat malı, müflis borçlunun kullanmaya devam ediyor olması durumunda devreye girebilecek bir düzenleme. Bu hüküm, borçlar hukukundaki bazı müesseselerin tartışılmasını da gerektirebilir. Acaba muvazaa olabilir mi, Borçlar Kanunu madde 18'e göre bunun iptali mümkün müdür? Yoksa, acaba bir namı müsteardan mı söz ediliyor burada? Borçlu kendi adına malı almıyor; bir tanıdığı veya çalışanı adına bir mal

OĞUZ
ATALAY'IN
TEBLİĞİ

alıyor, gayrimenkul alıyor veya şoförü adına bir otomobil alıyor ve daha sonra o otomobili kiralamış gösteriyor; şoför de, arabasıyla beraber işverene ya da borçluya arabayı kiralamış kişi olarak görünüyor. Burada acaba namı müstear müessesesinden faydalanabilir miyiz veya burada sözü edilen durum bu mudur? Evet, bu konuda Yargıtay'ın da kararlarının olduğunu biliyorum. Şu anda tarih ve sayıları elimde yok, ama Yargıtay özellikle iptal davaları içinde, belki pek yan yana karıştırılması borçlar hukuku ve iptal davalarının teorisi bakımından uygun değil, ama namı müstear iddiasıyla iptal davası açılmış ve tasarrufu iptal etmiş, yani onun adına değil, bunun adına olduğuna karar vermiş. Hacze katlanma sonucu doğuruyor bu karar. Dolayısıyla Yargıtay da bu kararları onamış. Buradan görüyoruz ki, iptal davaları içinde zaman zaman böyle namı müstear meseleleri gündeme gelebiliyor; kanaatimce burada da böyle bir durum var. Aslında, bu namı müstear sebebiyle pekâlâ alacaklılar tarafından iptal edilebilir bir işlemdir. Burada, "iptal davasının bir alternatifi mi" diye bir soru sorabiliriz. Tam değil, yani iptal davasının alternatifi değil bu. Aynı anda hem iptal davasını açmak koşulu, hem bu oluşabilir, ama burada daha çok, alacaklıyı daha fazla koruyan, daha da az uğraştıran bir yöntem var işin doğrusu. Burada önemli bir hususa dikkatlerinizi çekmek isterim. Bu yargılama icra mahkemesinde genel hükümlere göre yapılan bir yargılama. Burada üçüncü kişinin üzerinde görülen, mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan bir mal hakkında, o malın aslında borçluya ait olduğu konusunda bir hüküm verilecek, ama üçüncü kişi bu yargılamada taraf değil. Tasarrufun iptal davasında böyle bir şey var. İptal davacısı hem tasarrufu yapan ve ondan yararlanan, lehine tasarruf yapılan kişiye mecburi dava arkadaşlığı şeklinde birlikte dava açmak zorunda. Burada ise, yeni mal iktisap etmedim itirazı üzerine alacaklı doğrudan icra mahkemesine başvurarak, "itirazı kaldırın, gerçeğe aykırıdır, böyle bir itiraz sebebi yoktur, aslında malları vardır, ama başkaları üzerindedir, kendisi tasarruf etmeye devam etmektedir" şeklinde bir itirazın iptaline gittiğinde, bu itiraz incelemesinde, gördüğümüz gibi, malın kendi adına olduğu iddia edilen veya şeklen öyle olan kişi taraf değildir.

Burada, bu üçüncü kişinin hukukî dinlenilme hakkını hiçbir şekilde kanun koyucu dikkate almamıştır. Ancak şu imkân da yok değil tabii ki: Üçüncü kişi, malın böyle haczedilmesi durumunda, bu haczi öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde icra mahkemesine müracaatla istihkak davası açabilir. İstihkak davasının tarafları: Üçüncü kişi, karşı taraf takip alacaklısı. Bir tarafta, yeni mal iktisap edilmediği itirazının yargılaması var; genel hükümlere göre yapılıyor. Bu yargılamada taraflar: Alacaklı ve borçlu. Bu davaların birleştirilmesi mümkün mü, biri diğerini bekletici mesele mi yapacak (ki, kanaatimce öyle olmalı)? Böyle problemler karşımıza çıkacaktır. Bu konuda da herhangi yeni bir içtihat yok, yani ulaşamadım. Sayın Başkan hatırlıyorsa, böyle bir şey gündeme geldiyse, bizi aydınlattırsa çok seviniriz.

Burada diğer bir problem, sicile tâbi mallarda bu nasıl olacak? Tapu sicilinde, yakını üzerine bir ev alınmış, evde kiracı olarak eski borçlu, müflis oturmaya devam ediyor. Ben yeni mal iktisap etmedim itirazı üzerine yapılan yargılamada, tapu sicilinin tashihine şeklinde bir karar mı çıkacak? Her hâlde çıkmayacak. Taraf değil. Peki, bu malın yeni mal sayılmasına karar verilmesi mümkün. Evet; ama bir yandan tapuda o kişi lehine, üçüncü kişi lehine tescil var. Bu üçüncü kişi bu yargılamanın tarafı değil ve o malın, iflâstan sonraki yeni mal sayılarak haczedilip satılması mümkün hâlde gelecek. Kanaatimce burada, söz konusu yargılamada, üçüncü kişiye mutlaka resen ihbar edilmesi, dahili dava edilmesi gibi bir müessesenin getirilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi için yerinde bir düzenleme olacaktır.

Buradan çıkan bir diğer risk, acaba şöyle bir risk olabilir mi, yoksa ben evham mı yapıyorum; *“müflis kendisine gönderilen yeni ödeme emri üzerine itiraz ederse bu itiraz görülür”* diyor, müflis itiraz etmezse ne olacak? Müflis itiraz etmezse ödeme emrine, takip kesinleşecek. Artık kesinleşen bu takipte borçlunun yeni mal edindiği iddiasıyla, aslında üçüncü kişiye ait olan malların haczi mümkün olacak mı olmayacak mı? Dikkat edecek olursak, kanun koyucu, önceki düzenleme tabii bu,

“böyle bir itiraz üzerine, ihtilâf, icra mahkemesinde genel hükümler ve basit yargılama usûlüne göre karara bağlanır” diyor. Buradan şunu anlıyorum ben: Böyle bir karar olmaksızın, yeni eklenen fıkradaki durum da ortaya çıkmayacaktır. Mahkeme kararı olmaksızın üçüncü kişiye ait bir mal müflisin yeni malı sayılıp, itiraz etmedi ya, bunu kabul etti, artık o üçüncü kişiye ait malı haczedip pekâlâ satabiliriz diyemeyecektir alacaklı. “Mutlaka bu ihtilâf mahkemece karara bağlanır” dediğine göre, üçüncü kişinin elindeki bir malın yeni mal sayılabılmesinin birinci koşulu, bu hususta bir icra mahkemesi kararının verilmiş olmasıdır.

Gayrimenkul ve sicile tâbi, otomobil gibi şeylerde, sicile kayıtlı malik bellidir. O kişinin, davada taraf olması gerekir; taraf olmadığı bir davada, hakkında verilen bir kararın o kişiye karşı uygulanması doğru olmaz. Üçüncü kişinin haklarının korunması açısından çok da tehlikeli, onları korumayan bir düzenleme.

Bu düzenleme olmasaydı, acaba bunun yerine aynı menfaate hizmet eden başka hükümler yok mudur? Eğer mal eski müflis borçlunun bizzat elinde bulunuyorsa, Kanun bakımından zaten bir sıkıntımız yok, mal borçlunun elinde haczedilir, o malın kendisine ait olduğunu iddia eden üçüncü kişi, malın kendisine ait olduğunu veya borçlu elinde bulunmasını gerektiren özel sebebi ispat etmek zorundadır. Menkul mallar bakımından çok daha pratik, hızlı bir imkân zaten mevcuttur.

Bu düzenlemenin bir ticarî işletme bakımından uygulanması acaba nasıl olabilir? Bir ticarî işletme işleten şahıs, eski müflisi getirip kasaya oturtup, iş akdiyle kasiyer, müdür olarak çalıştırdığında, alacaklının şöyle bir iddiası gündeme gelebilir: “Aslında bu işyerini müflis, iflâstan sonra açmıştır ve kendisi sigortalı işçi olarak görünüyor, ama ticarî işletme aslında kendisine ait. Ticarî işletmenin içindeki mallar yeni maldır”. Bu durumda da yine aynı tartışma yaşanacaktır. Üçüncü kişi ticaret siciline kayıtlıdır, vergi levhası onun adınadır; sadece borçlunun orada fiilen bulunması işletmenin ona ait olduğu iddiasını ispata yeter mi? Bu gibi durumlarda gerçekten üçüncü kişinin işin içine katılma-

dan bir yargılama yapılması çok ciddî olumsuz sonuçlara yol açabilir; adil yargılama hakkının, hukukî dinlenilme hakkının çiğnenmesine yol açabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunda 251. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesindeki, “*üçüncü kişinin hak sahibi kılındığı, ama müflisin fiilen tasarruf ettiği mallar*”, ifadesinde kullanılan, “*fiilen tasarruf*” ne anlama gelmektedir? Kanaatimce kanun koyucu, malların fiilen borçlu tarafından kullanılmakta olmasını amaçlamıştır. Burada ispat hukuku bakımından aslında çok da başarılı olmayan bir ifade mevcuttur. Bizdeki düzenlemeye göre, burada, ispatlanması gereken vakıa, üçüncü kişinin bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyor olduğudur. Maddede kastedilen “*durum*” şudur: Yeni mal iktisap etmediği şeklindeki itirazdan faydalanmak için, sırf alacaklıların bu hakkını engellemek için bu işlemin yapıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyor olması düzenlenmiş. İsviçre’deki aslı daha anlaşılır durumda; “*açıkça bu niyetle yapıldığı belli olan işlem konusu mallar yeni mal sayılır*” diyor. Üçüncü kişinin, alacaklıların el koymasını engelleyecek nitelikteki işleme fiilen katılması gerekir. Burada aslında bilmek değil, o işi fiilen katılmak koşul olmalı. Üçüncü kişi borçluya bu muvazaaya giriyor ve sırf alacaklıların takip haklarını engellemek için bu işlemi yapmış ise, (bu ispatlanabilirse) ilgili mallar müflisin, iflâstan sonra iktisap ettiği mal sayılacaktır. Kanaatimce bu vakıanın ispatında yaklaşık ispatla yetinilmelidir; kesin ispat aranmaz. Emare yoluyla ispat burada devreye girecektir kuşkusuz.

B. İflâsın Engellenmesine Yönelik Değişiklikler

İcra ve İflâs Kanunu’nun 179. madde daha önce Ticaret Kanunu’nun 329. maddesinde temel olarak düzenlenen, diğer şirketler bakımından da buraya atıfla, bir de Kooperatifler Kanunu madde 21’de düzenlenen iflâsın ertelenmesi müessesesi. Yeni bir müessese değil, ancak daha önce fazla uygulanmamasının sebebi, bir belirsizliğin hâkim olmasıydı. Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinde sadece bir cümleyle dü-

zenlenmiştir. Hâkimin hangi hususlarda açıkça karar vereceği, kayyumun yetkileri vesaire gibi ayrıntılı düzenleme yoktu ve iflâsın ertelenmesi İcra ve İflâs Kanunu'na alınarak bu konuda bir detaylandırılmaya gidildi. Ancak, burada sadece uygulamada tartışmalı olan konulara değinmekle yetineceğiz.

Bilindiği gibi, iflâsın ertelenmesine, talep üzerine karar verilebilecektir. Mahkemenin buna resen karar vermesi mümkün değildir. Bu talebin yönetim Kurulu tarafından yapılması gerekir. Acaba, temsile yetkili diğer şahıslar da bunu yapabilir derken, tasfiye memurları kastedilmiş midir? Tasfiye memurlarının böyle bir yetkisinin olmadığını açıkça söylememiz gerekir. Tasfiyeye girmekle artık şirketin amacı değişmiş ve tasfiye amacıyla sınırlı ehliyeti kalmıştır; başka bir işlem, başka amaca yönelik, devam amacına yönelik işlemler yapılamaz. Dolayısıyla, tasfiye memurlarının iflâsın ertelenmesini talep etme yetkisi yoktur diyebiliriz.

İflâsın ertelenmesini birden fazla sermaye şirketi birlikte isteyebilirler mi? Bu, yakın zamana kadar bizde tartışılmış bir konu değildi, İsviçre'de de, tartışılmış değildir. Grup şirketi olarak adlandırılan şirketlerde, ki bunlar, ekonomik ve ticarî bakımdan birbiriyle sıkı bağlantı içinde olan şirketlerdir, esas lokomotif şirketin borca batık hâle gelmesi durumunda, zincirleme olarak diğer grup şirketleri de birlikte borca batık hâle gelebilmektedirler. Şirketlerden bazıları anonim, bir kısmı ise limitet şirket olabilir. Grup ilişkisi içinde, bir şirket ürünün imalatını, bir şirket paketlemesini, biri pazarlamasını yapabilmektedir. Hatta, biri dış ticaret şirketi, biri de holding şirket olabilir. Bu şekilde beş şirketin aynı üretim etrafında, aynı iş kolu etrafında örgütlenmesi mümkündür. Bu şekilde örgütlenen şirketlerin birlikte ve zincirleme olarak borca batık hâle gelmeleri durumunda, borca batıklık bildirimini ve iflâsın ertelenmesi taleplerini de birlikte yapıp yapamayacakları tartışma konusudur.

Grup şirketleri, kural olarak bütün kredi ilişkilerinde, asıl borçlu, müşterek borçlu ve müteselsil kefil şeklinde birlikte

borç altına girmektedirler. Dolayısıyla, bu borçlardan birine karşı kredi borcu sebebiyle hesap kat edilip takibe geçildiğinde, aslında bütün grup şirketlerine karşı ve hatta bu şirketlerin, şahsi kefalet verilmiş olan yöneticilerine karşı, ortaklara karşı da birlikte takibe geçilmektedir.

İflâsın ertelenmesi davası diye bir dava yoktur; aslında ortada iflâs talebi veya iflâs davası olabilir. Birden fazla şahsın, tacirin birlikte iflâsının istenemeyeceği kabul edilmektedir. Alacaklılar birden fazla kişinin iflâsını aynı dava dilekçesiyle isteyemezler, her birine karşı ayrı iflâs davası açılması gerekir. Konkordatoyla ilgili olarak da Yargıtay'ın *"birden fazla borçlu birlikte konkordato isteyemeyeceği"* yönünde kararları da mevcuttur.

Birden fazla sermaye şirketinin birlikte borca batıklık bildiriminde bulunması ve iflâsın ertelenmesini talep etmelerinin mümkün olup olmadığı tartışılırken, yönetimleri aynı olan, ticarî, iktisadî faaliyetleri ortak olan, birbirlerine müteselsil kefillik, müşterek borçluluk ilişkisiyle bağlanmış olan sermaye şirketlerinin söz konusu olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kanunda, bunların birlikte iflâs talebinde bulunabilmeleri veya birlikte iflâs talebinde bulunabilmelerine yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında, ihtiyari dava arkadaşlığı temelinde bu davanın kabul edilebileceği çoğunluk kararıyla hükme bağlanmıştır. Burada, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 43. maddesi temel alınarak, benzer sebepten dolayı dava arkadaşlığı kabul edilmiştir. Bilindiği üzere, hukukumuzda, davaların aynı sebepten doğması veya birlikte taahhüt altına girmeleri şeklinde dava arkadaşlığı temeli mevcut iken benzer sebebe dayanan dava arkadaşlığı açıkça kabul edilmemiştir. Yargıtay bu yöndeki kararlarıyla açıkça, *"ihtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan, birbiriyle ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir"* şeklinde içtihatla bulunmuştur. Böylelikle Yargıtay, pratik bir ihtiyaca cevap vermiş. Ancak bu konuda *"ihtiyari dava arkadaşlığı"* kav-

zenlenmiştir. Hâkimin hangi hususlarda açıkça karar vereceği, kayyumun yetkileri vesaire gibi ayrıntılı düzenleme yoktu ve iflâsın ertelenmesi İcra ve İflâs Kanunu'na alınarak bu konuda bir detaylandırılmaya gidildi. Ancak, burada sadece uygulamada tartışmalı olan konulara değinmekle yetineceğiz.

Bilindiği gibi, iflâsın ertelenmesine, talep üzerine karar verilebilecektir. Mahkemenin buna resen karar vermesi mümkün değildir. Bu talebin yönetim Kurulu tarafından yapılması gerekir. Acaba, temsile yetkili diğer şahıslar da bunu yapabilir derken, tasfiye memurları kastedilmiş midir? Tasfiye memurlarının böyle bir yetkisinin olmadığını açıkça söylememiz gerekir. Tasfiyeye girmekle artık şirketin amacı değişmiş ve tasfiye amacıyla sınırlı ehliyeti kalmıştır; başka bir işlem, başka amaca yönelik, devam amacına yönelik işlemler yapılamaz. Dolayısıyla, tasfiye memurlarının iflâsın ertelenmesini talep etme yetkisi yoktur diyebiliriz.

İflâsın ertelenmesini birden fazla sermaye şirketi birlikte isteyebilirler mi? Bu, yakın zamana kadar bizde tartışılmış bir konu değildi, İsviçre'de de, tartışılmış değildir. Grup şirketi olarak adlandırılan şirketlerde, ki bunlar, ekonomik ve ticarî bakımdan birbiriyle sıkı bağlantı içinde olan şirketlerdir, esas lokomotif şirketin borca batık hâle gelmesi durumunda, zincirleme olarak diğer grup şirketleri de birlikte borca batık hâle gelebilmektedirler. Şirketlerden bazıları anonim, bir kısmı ise limitet şirket olabilir. Grup ilişkisi içinde, bir şirket ürünün imalatını, bir şirket paketlemesini, biri pazarlamasını yapabilmektedir. Hatta, biri dış ticaret şirketi, biri de holding şirket olabilir. Bu şekilde beş şirketin aynı üretim etrafında, aynı iş kolu etrafında örgütlenmesi mümkündür. Bu şekilde örgütlenen şirketlerin birlikte ve zincirleme olarak borca batık hâle gelmeleri durumunda, borca batıklık bildirimini ve iflâsın ertelenmesi taleplerini de birlikte yapıp yapamayacakları tartışma konusudur.

Grup şirketleri, kural olarak bütün kredi ilişkilerinde, asıl borçlu, müşterek borçlu ve müteselsil kefil şeklinde birlikte

borç altına girmektedirler. Dolayısıyla, bu borçlardan birine karşı kredi borcu sebebiyle hesap kat edilip takibe geçildiğinde, aslında bütün grup şirketlerine karşı ve hatta bu şirketlerin, şahsi kefalet verilmiş olan yöneticilerine karşı, ortaklara karşı da birlikte takibe geçilmektedir.

İflâsın ertelenmesi davası diye bir dava yoktur; aslında ortada iflâs talebi veya iflâs davası olabilir. Birden fazla şahsın, tacirin birlikte iflâsının istenemeyeceği kabul edilmektedir. Alacaklılar birden fazla kişinin iflâsını aynı dava dilekçesiyle isteyemezler, her birine karşı ayrı iflâs davası açılması gerekir. Konkordatoyla ilgili olarak da Yargıtay'ın *“birden fazla borçlu birlikte konkordato istemeyeceği”* yönünde kararları da mevcuttur.

Birden fazla sermaye şirketinin birlikte borca batıklık bildiriminde bulunması ve iflâsın ertelenmesini talep etmelerinin mümkün olup olmadığı tartışılırken, yönetimleri aynı olan, ticarî, iktisadî faaliyetleri ortak olan, birbirlerine müteselsil kefillik, müşterek borçluluk ilişkisiyle bağlanmış olan sermaye şirketlerinin söz konusu olduğu göz önünde tutulmalıdır. Kanunda, bunların birlikte iflâs talebinde bulunabilmeleri veya birlikte iflâs talebinde bulunabilmelerine yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında, ihtiyari dava arkadaşlığı temelinde bu davanın kabul edilebileceği çoğunluk kararıyla hükme bağlanmıştır. Burada, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 43. maddesi temel alınarak, benzer sebepten dolayı dava arkadaşlığı kabul edilmiştir. Bilindiği üzere, hukukumuzda, davaların aynı sebepten doğması veya birlikte taahhüt altına girmeleri şeklinde dava arkadaşlığı temeli mevcut iken benzer sebebe dayanan dava arkadaşlığı açıkça kabul edilmemiştir. Yargıtay bu yöndeki kararlarıyla açıkça, *“ihtiyari dava arkadaşlığı davaların birleştirilmesi yoluyla da mümkün olduğundan, birbiriyle ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli ve bu davalar birlikte görülebilmelidir”* şeklinde içtihatla bulunmuştur. Böylelikle Yargıtay, pratik bir ihtiyaca cevap vermiş. Ancak bu konuda *“ihtiyari dava arkadaşlığı”* kav-

ramının kullanılmasının tam olarak yerinde olup olmadığı da tartışılmalıdır. Ortada bir dava yokken, klasik anlamda dava arkadaşlığından söz edilmesi yerine, birlikte talebin işin niteliğinden kaynaklanan bir gereklilik olduğunun vurgulanması yerinde olacaktır.

Gerçekten Yargıtay aslında bir içtihat mahkemesi fonksiyonu görüyor burada ve ekonomik, ticarî hayatın gereklerine uygun bir karar vermiş. Bu içtihadı, kanunun belli bir maddesine dayanarak verdiği söylenemez ise de, maslahata uygun bir içtihat olmuştur. Grup şirketlerinden birinin iflâsının ertelenmesine karar verilip, diğerleri hakkında iflâs kararı verilirse, uygulamada, iflâsı ertelenen grup şirketinin sonu kaçınılmaz olarak iflâs olacaktır.

İflâsın ertelenmesi konusundaki tartışmalardan biri de bu müessesenin hukukî niteliği ile ilgilidir. İflâsın ertelenmesinin bir dava olmadığı, aksine, borca batıklık sebebine dayanan doğrudan iflâs talebinin içinde gündeme gelecek bir talep olduğu tartışmasızdır. Borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâs talebi, bir çekişme olmadığı durumda nizasız kaza işidir. İflâsın ertelenmesi talebi ise, nizasız kaza işi içinde yeni bir nizasız kaza veya nizasız kaza içinde bir geçici hukukî koruma tedbiri olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimce iflâsın ertelenmesi şirketler hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma tedbiridir.

İflâsın ertelenmesi kararının beş yıla kadar uzatılabilemesinin mümkün olmasından hareketle, bu denli uzun süren bir geçici hukukî korumanın olamayacağı yönündeki bir düşünceye karşı, uygulamada çok daha fazla süre devam eden ihtiyati tedbirlerin mevcut olduğunu hatırlatmak yeter. Kanaatimce, nizasız kaza işi içinde alınabilecek bir geçici koruma tedbiridir, şirketler hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma tedbiridir diye düşünüyorum.

Zorunlu iflâs talebi anlamına gelen, borca batıklık bildirimden, sonradan feragat mümkün değildir. Yargıtay kararlarıyla da bu husus açıklık kazanmıştır, çünkü zorunlu iflâs

talebinden feragat olmaz. Talepte bulunan şirket yetkilisinin veya vekilinin duruşmaya gelmemesi halinde de dosyanın işleminden kaldırılması ve nihayet açılmamış sayılmasına ilişkin hükümler bu konuda uygulanmaz. Çünkü hâkim, resen bu talebi inceleyecek ve şirketin borca batıklığını tespit ederse iflâsına karar verecektir. İflâsın ertelenmesi talebi ile yapılan müracaat üzerine mahkemenin, erteleme koşullarının mevcut olmadığını tespit etmesinden sonra, re'sen iflâsa karar vermesi üzerine, *"talep olmadan iflâsa karar verilemez"* diyen eski 11. Hukuk Dairesi içtihadına rağmen, yeni 19. Hukuk Dairesi kararlarında tam aksine, *"talep olmasa bile iflâsın ertelenmesi talebi, zorunlu iflâs talebini de tazammun ettiğiinden, mahkeme iflâsa karar vermelidir"* şeklindeki kararları işin niteliğine uygun, yerinde kararlardır.

Erteleme ile ilgili olarak Yargıtay kararlarına yansımış sorunlar bağlamında, özellikle iflâsın ertelenmesi kararının etkileri üzerinde durmak gerekir. İflâsın ertelenmesi kararı, bilindiği üzere, sadece iflâsın ertelenmesi karar verilen şirkete münhasırdır veya kooperatife münhasırdır. Borçlunun adı ve müteselsil kefillerine herhangi bir etkisi yoktur.

İflâsın ertelenmesi müessesesi aslında maddî hukukta etkileri olmayan bir müessesedir, tamamen takip hukukuna ilişkin sonuçlar doğuran bir müessesedir. İflâsın ertelenmesi bir yeniden yapılandırma da değildir bu anlamda. Yeniden yapılandırmada borçlunun sözleşmeleri tekrar ele alınmakta, mükellefiyetleri ele alınmakta, bazılarında kurtulmakta, yeni bazı mükellefiyetlere girebilmekte; ama iflâsın ertelenmesinde böyle bir nitelik yoktur. İflâsın ertelenmesi, sadece sunulan proje çerçevesinde borçlu şirketin bu projeyi gerçekleştirmesine yetecek bir süre, takiplerden arınmış bir pozisyonda bu projesini gerçekleştirmesine izin verilmesiyle ilgili bir geçici hukukî korumadır. Borçlar hukuku alanında, yani takas, mahsup, mükellefiyetlerin indirilmesi, taahhütlerin bir kısmının aşağı düşürülmesi gibi konularda iflâsın ertelenmesi kararının hiçbir etkisi yoktur. Örnek olarak saydığımız hususlar, ancak olsa olsa konkordatoyla olabilir, faiz indirimi olabilir, borçların

bir kısımdan vazgeçilmesi olabilir veya hukukumuzda yeni giren “uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma” müessesesinde bunlar gündeme gelebilir; ama iflâsın ertelenmesi bunlar gibi bir müessese değildir.

Dolayısıyla, iflâsın ertelenmesi kararının etkileri kapsamında, kefiller hakkında da iflâsın ertelenmesine ilişkin tedbirlerin uygulanması, onlara karşı da takip yasağının getirilmesi yolunda verilen kararlar Kanuna aykırıdır. Yargıtay isabetle bu tür kararları bozarak uygulamaya bir yön vermektedir.

İflâsın ertelenmesi kararının etkileriyle ilgili olarak gündeme gelen diğer bir sorun da bankalardaki hesaplara konulan “blokağların” çözülüp çözülemeyeceğidir. Bankayla, şirket arasındaki bir sözleşme gereği, hesapta tutulan bir para mevcut ise, özel hukuk ilişkileri sebebiyle bir kişinin elinde bulunan bir malın (meselâ, üçüncü kişinin hapis hakkı kullandığı bir malın) borçluya iadesine karar verilmesi nasıl mümkün değil ise, banka hesabındaki blokaj meselesi de bu şekilde, yerinde bir içtihatla çözülmüştür.

İflâsın ertelenmesi kararı, borçlu şirket malvarlığı üzerindeki hacizlerin kalkmasına sebep olabilir mi? Yargıtay’ın yerleşik hâle gelmiş olan uygulanmasında, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte icra takibi olduğu yerde duracağı, bu durmanın geriye dönme anlamına gelmeyeceği ve dolayısıyla hacizlerin kaldırılmayacağı yönünde birçok kararı mevcut. Bu kararlara ben de katılıyorum.

Ancak belirtmek gerekir ki, iflâsının ertelenmesine karar verilmiş bir şirkette, bütün malların hacizli olarak kalması bazen hiç kimsenin işine yaramayabilir. Sabit mallarda, üretim araçlarında bu hacizlerin muhafaza edilmesi, ancak muhafazanın kaldırılarak borçlu şirkete projesini gerçekleştirmek üzere teslim edilmesi gerekir. Özellikle tüketime yönelik mallar, ara mamuller, hammadde konusunda hacizler kaldırıldığında ise, aslında bu mallar şirket malvarlığından dışarı gidecektir, yani ya işlenecek, kaybolacak, mamül mala dönüşecek veya stoktaki üretilmiş mallar ise satışa arz edilecek ve üzerinde haciz

bulunan mallar ortadan kalkacaktır. Bunlar üzerindeki fiili muhafazanın kaldırılması, aslında haczi kaldırmak anlamına gelir. Özellikle hammadde üzerindeki muhafaza kaldırıldığında, o işletme bunu kullanacaktır.

Olması gereken hukuk bakımından, bu tür mallar üzerindeki hacizleri kaldırılarak, aynı değerde sabit mallar üzerine haciz konulması düşünülebilir. Ancak, bütün mallar haczedilmiş veya rehnedilmiş durumda ise, artık o malların hacizli olarak kalmasından başka çare yok.

Hemen belirtmek gerekir ki, pratikte, iflâsın ertelenmesi kararı süresince malların hacizli kalması ve fakat satılamaması sebebiyle ekonomik değerlerini tamamen yitirmeleri söz konusu olabilir. Bu durum, özellikle hammadde, yarı mamul maddelerin ya da teknoloji ürünlerinin haczedilmiş olması durumunda özellikle gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, acele malların satışı ile ilgili hükümden yararlanılarak malların satılması mümkün olmalıdır. Bozulmaya yüz tutmuş mallar varsa, icra müdürü bunu resen satıp, parasını bloke edebilir; ancak, o parayı alacaklıya vermeyecektir, üzerindeki haciz kalkmadığı için borçluya da teslim edilmeyecektir.

İflâsın ertelenmesi süresi içinde yeni takip yapılamaz. “Yeni takip yapılamaz” kuralının uygulanması konusunda bazı tereddütler olabilir. Alacaklıların icra dairesine takip talebinde bulunmaları hâlinde, icra müdürlerinin takip taleplerini reddettiği, kabul etmediği yönünde uygulama yapıldığı belirtilmektedir. Kanundaki takip yasağı, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, yeni icra takip işlemi yapılamaması anlamında kullanılmıştır. Yoksa, takip talebinde bulunması engellenemez. Alacaklı takip talebinde bulunabilmeli, fakat o borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi kararı olduğu için ödeme emri gönderilmemelidir. Ancak, ödeme emri gönderildiği takdirde, borçlu, kendisinin hakkında iflâsın ertelenmesi kararı olduğunu bildirerek takipleri durduracak.

Davalar konusunda herhangi bir kısıtlama yoktur. İflâsın ertelenmesi süresi içinde hukuk davaları ve ceza davaları açıl-

labilir. Ancak, bir icra takibinin doğal bir aşamasını teşkil eden itiraz iptali davası açılabilir mi veya daha önce açılmış davalara devam edilebilir mi? Bu husus tartışmalıdır. Burada her ne kadar dava ise de, aslında takibin bir aşaması olduğu, dolayısıyla itirazın iptali davalarının da durması gerektiği görüşü savunulmuştur. Aksine, davanın durmasına gerek olmadığı, sadece bu davada alınacak, alacaklı lehine olan bir ilâma rağmen icra takibine devam edilemeyeceği de savunulmuştur. Yargıtay'ın bu son görüşe katılan kararları da mevcuttur.

Erteleme kararı süresi içinde ödeme yapma ve yeni takip yapılması ile ilgili olarak, iflâsın ertelenmesi kararından önceki alacaklılar, sonraki alacaklılar arasında bazı menfaat çatışmaları gündeme gelebilir. İflâsın ertelenmesinden önceki alacaklılar iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte bir kısım fedakârlığa katlanmak zorundadırlar, fakat onların hiçbir zaman, iflâsın derhâl açılmasına nazaran daha kötü duruma düşürülmemeleri gerekir. İflâsın ertelenmesi kararından sonraki tarihte alacaklı hâle gelen, yani işletmeye hammadde veren, yeni kredi veren alacaklılar takip yapabilecek midir? Kanaatimce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü, bu konuda masa alacağı-ıflâs alacağı ayırımı gibi bir ayırım bizim Kanunumuzda yoktur. Bu yeni alacaklıların da takip yapması imkân dahilinde değildir.

Yeni alacaklılara ve eski alacaklılara ödeme yapılabilir mi? Ödeme yapılmasını yasaklayan bir hüküm yok. İflâsın ertelenmesi kararından sonra şirketin kural olarak fiil ehliyeti, hak ehliyeti aynen korunur; ancak, bazı yetkilerinin kayyuma devri açık mahkeme kararına bağlıdır. Mahkeme, hangi yetkilerin kayyuma devredildiğini kararında belirtmek zorundadır. Şirketin, ödeme yapma yetkisi kısıtlanmış değildir kural olarak. İflâsın ertelenmesi kararından sonra alacaklı hâle gelen kişilere ödeme yapılması durumunda, daha önceki alacaklılar aleyhine şirketin mal varlığının eksildiği ve bu tür ödemeler yapılmasının iflâsın ertelenmesi kararının kaldırılması sebebi sayılabileceği İsviçre ve Türk doktrininde savunulan bir görüştür.

Şirkete yeni gelen nakit akışından ödeme yapılmışsa, eski alacaklıların bir nevi teminatını teşkil eden mamelek aynen duruyorsa, ona dokunulmamışsa, eski alacaklıları daha kötü duruma götüren bir işlem söz konusu değildir, dolayısıyla bu ödemeler sebebiyle iflâsın ertelenmesi kaldırılamaz

Eski alacaklılara kesinlikle ödeme yapılmayacak ve eski alacaklılar beş sene hiç ödeme almadan beklemek zorunda mı kalacaklardır? Kanaatimce, iflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, kayyuma, eski alacaklılara belli bir ödeme planı çerçevesinde garameten ödemeler yapma yetkisi verebilir; alacaklılar arasında eşitliği böyle sağlanabilir.

Erteleme süresi içinde şirketin mal varlığına ait bazı unsurların satılmasına cevaz verilebilir mi? Uygulamada, genellikle iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte bütün mamelek üzerine devir temlik yasağı konulmakta ve ihtiyati tedbir şeklinde bu yasak erteleme süresi sonuna kadar muhafaza edilmektedir. Burada somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve mahkemece uygun görülen iyileştirme projesinin içeriği dikkate alınarak, kanaatimce, üzerinde hacizler olsa bile, bazı malların satılarak değerlendirilmesine ve projenin gerçekleştirilmesine izin verilebilmelidir.

Somut bir örnekle izah etmeye çalışalım, borca batık hâle gelmiş, iflâsın ertelenmesine karar verilmiş bir şirkete ait çok büyük gayrimenkul vardır ve bu gayrimenkulün 4'te 3'ü kullanılmamaktadır. Şehrin içinde kalmış bir fabrika binası iken, yüksek katlı imar izni çıkmış, ticaret alını olmuş bir yer söz konusu ise, eğer kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhide verildiğinde, 22 katlı bir işyeri inşaatının mümkün olduğu ve bunun 11 katının borçlu şirkette kalacağı ve ciddi bir değer elde edileceği; borçların tamamının ödenip tasfiye edilebileceği, bilirkişi marifetiyle tespit edilmiş ise, taşınmaz üzerinde bu yönde tasarrufî işlemler yapılmasına izin verilmelidir. Bu durumda, yeni tesis edilecek olan kat irtifakları üzerine alacaklılar lehine haciz konulması veya ipoteklerin bunlara dağıtılması şeklinde bir çözüm üretilebilir. Kısacası,

labilir. Ancak, bir icra takibinin doğal bir aşamasını teşkil eden itiraz iptali davası açılabilir mi veya daha önce açılmış davalara devam edilebilir mi? Bu husus tartışmalıdır. Burada her ne kadar dava ise de, aslında takibin bir aşaması olduğu, dolayısıyla itirazın iptali davalarının da durması gerektiği görüşü savunulmuştur. Aksine, davanın durmasına gerek olmadığı, sadece bu davada alınacak, alacaklı lehine olan bir ilâma rağmen icra takibine devam edilemeyeceği de savunulmuştur. Yargıtay'ın bu son görüşe katılan kararları da mevcuttur.

Erteleme kararı süresi içinde ödeme yapma ve yeni takip yapılması ile ilgili olarak, iflâsın ertelenmesi kararından önceki alacaklılar, sonraki alacaklılar arasında bazı menfaat çatışmaları gündeme gelebilir. İflâsın ertelenmesinden önceki alacaklılar iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte bir kısım fedakârlığa katlanmak zorundadırlar, fakat onların hiçbir zaman, iflâsın derhâl açılmasına nazaran daha kötü duruma düşürülmemeleri gerekir. İflâsın ertelenmesi kararından sonraki tarihte alacaklı hâle gelen, yani işletmeye hammadde veren, yeni kredi veren alacaklılar takip yapabilecek midir? Kanaatimce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü, bu konuda masa alacağı-ıflâs alacağı ayırımı gibi bir ayırım bizim Kanunumuzda yoktur. Bu yeni alacaklıların da takip yapması imkân dahilinde değildir.

Yeni alacaklılara ve eski alacaklılara ödeme yapılabilir mi? Ödeme yapılmasını yasaklayan bir hüküm yok. İflâsın ertelenmesi kararından sonra şirketin kural olarak fiil ehliyeti, hak ehliyeti aynen korunur; ancak, bazı yetkilerinin kayyuma devri açık mahkeme kararına bağlıdır. Mahkeme, hangi yetkilerin kayyuma devredildiğini kararında belirtmek zorundadır. Şirketin, ödeme yapma yetkisi kısıtlanmış değildir kural olarak. İflâsın ertelenmesi kararından sonra alacaklı hâle gelen kişilere ödeme yapılması durumunda, daha önceki alacaklılar aleyhine şirketin mal varlığının eksildiği ve bu tür ödemeler yapılmasının iflâsın ertelenmesi kararının kaldırılması sebebi sayılabileceği İsviçre ve Türk doktrininde savunulan bir görüştür.

Şirkete yeni gelen nakit akışından ödeme yapılmışsa, eski alacaklıların bir nevi teminatını teşkil eden mamelek aynen duruyorsa, ona dokunulmamışsa, eski alacaklıları daha kötü duruma götüren bir işlem söz konusu değildir, dolayısıyla bu ödemeler sebebiyle iflâsın ertelenmesi kaldırılamaz

Eski alacaklılara kesinlikle ödeme yapılmayacak ve eski alacaklılar beş sene hiç ödeme almadan beklemek zorunda mı kalacaklardır? Kanaatimce, iflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, kayyuma, eski alacaklılara belli bir ödeme planı çerçevesinde garameten ödemeler yapma yetkisi verebilir; alacaklılar arasında eşitliği böyle sağlanabilir.

Erteleme süresi içinde şirketin mal varlığına ait bazı unsurların satılmasına cevaz verilebilir mi? Uygulamada, genellikle iflâsın ertelenmesi kararıyla birlikte bütün mamelek üzerine devir temlik yasağı konulmakta ve ihtiyati tedbir şeklinde bu yasak erteleme süresi sonuna kadar muhafaza edilmektedir. Burada somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve mahkemece uygun görülen iyileştirme projesinin içeriği dikkate alınarak, kanaatimce, üzerinde hacizler olsa bile, bazı malların satılarak değerlendirilmesine ve projenin gerçekleştirilmesine izin verilebilmelidir.

Somut bir örnekle izah etmeye çalışalım, borca batık hâle gelmiş, iflâsın ertelenmesine karar verilmiş bir şirkete ait çok büyük gayrimenkul vardır ve bu gayrimenkulün 4'te 3'ü kullanılmamaktadır. Şehrin içinde kalmış bir fabrika binası iken, yüksek katlı imar izni çıkmış, ticaret alını olmuş bir yer söz konusu ise, eğer kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhide verildiğinde, 22 katlı bir işyeri inşaatının mümkün olduğu ve bunun 11 katının borçlu şirkette kalacağı ve ciddi bir değer elde edileceği; borçların tamamının ödenip tasfiye edilebileceği, bilirkişi marifetiyle tespit edilmiş ise, taşınmaz üzerinde bu yönde tasarrufî işlemler yapılmasına izin verilmelidir. Bu durumda, yeni tesis edilecek olan kat irtifakları üzerine alacaklılar lehine haciz konulması veya ipoteklerin bunlara dağıtılması şeklinde bir çözüm üretilebilir. Kısacası,

OĞUZ
ATALAY'IN
TEBLİĞİ

şirkete ait gayrimenkuller, sabit yatırım mal varlığı satılamaz şeklinde peşin bir hükümle yaklaşılmalıdır. Somut projenin özellikleri, somut olayın özelliklerine göre, iyileşme amacına yönelik, mevcut atıl mamelekin değerlendirilmesini mümkün kılacak projelerin hâkim kararıyla hayata geçirilmeleri, mevcut hukukî ilişkilere hâkimin müdahalesi ile yeni bir biçim verilmesi yoluyla mümkün olabilir.

Mustafa OSKAY: Değerli hocamız Doç. Dr. Oğuz Atalay'a teşekkür ediyoruz.

Şimdi, saat 14'e kadar yemek molası veriyoruz, ondan sonra tartışma faslı ile ilgili bölüme geçeceğiz.

3. BÖLÜM

Oturum Başkanı: Mustafa OSKAY

TARTIŞMALAR

Mustafa OSKAY: Tartışmayla ilgili son bölümümüz başlıyor. Programımızı şöyle düzenledik: Çok kısa bir açıklama yapacağım, o açıklamadan sonra herkes, değerli hocalarımızın sundukları bilgilerle ilgili olarak sorularını net, kısa ve belirgin olarak iletecekler, değerli hocalarımız sualleri aldıktan sonra, her biri cevaplamaya geçecekler.

Bu soruların mümkün olduğunca yorum bölümünün zaman bakımından kısa olmasını rica ediyoruz. Tekrar ediyorum, net, kısa ve belirgin olacak. Bir de benim kişisel bir istirhamım var. Herhangi bir kararla ilgili olmamasını lütfen rica ediyorum. Belirgin bir kararın tartışılması niteliğinde olmazsa, daha geniş bazda tartışma yapma imkânımız olacak. Şimdiden teşekkür ediyorum.

Efendim, tabii, İcra ve İflâs Kanunu'yla ilgili değişiklikler toplumun gündemine sık sık oturan hususlardan ibaret oluyor. Biraz önce içeride de sözünü ettim, ekonominin gereksinimlerinin de belki baskısıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nun sistemine uymayan, bu sistemi zedeleyen, belki bazı konuda akışı hız-

TARTIŞMALAR

landırmakla beraber, temelde takip hukuku kurallarına uygun olmadığını düşündüğümüz değişiklikler olabilmektedir. Benim kişisel düşünceme göre bunların en çarpıcı olanları, İcra ve İflâs Kanunu'na sonradan eklenen 68b maddesiyle 150ı maddesinde getirilen kurallardır.

68. maddeye göre, itirazın kaldırılması için alacaklının mahkemeye sunması gereken belgelerin nelerden ibaret olduğu belliyken ya da kesin borç ipoteğiyle ilgili olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip ne şekilde yürütülür, bu kurallar oturmuş iken 68. maddeye bir 68b, 150'ye bir 150ı maddelerini ekleyerek, ihtarın çekilmesinden sonra kredi kullandıran kuruma müracaatla ilgili bazı koşullar getirip, müessesenin bütünlüğünü bozmanın anlamı yok diye düşünüyorum, ama uygulama böyle. Biz de yıllardan beri Daire olarak bu uygulamaya devam ediyoruz.

Şimdi, 14. maddeyle ilgili, değişikliklerle ilgili kısa kısa kişisel düşüncelerimi ifade etmek istiyorum. Yargıtay kararlarının yayımlanması için öteden beri hepimizin en sıkça başvurduğu *Yargıtay Kararları Dergisi*, biz daireler olarak, daima emsal niteliğini taşıyacağını düşündüğümüz ya da çekişmelerin büyük bir bölümüne ışık tutacağına inandığımız kararlarımızı yayınlamaya çalışıyoruz. Bunun ötesinde, Yargıtay bilgi işlem merkezinde de çalışmalar süratle ilerliyor. Geçen oturum arasında da söylediğim gibi, artık kullanıcılar Yargıtay kararlarına şifre kullanmaksızın, şimdilik internete girilen 22 bin karardan istifade suretiyle çalışmalarına ışık tutacak kararlara ulaşabileceklerdir.

18. maddeyle ilgili değişiklikte şikâyet konusu: İşlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ilişkin getirilen hüküm bence, gerek görülmediği için belki uygulamada pek müracaat edilmiyor. İcra hâkimi, icra memurunun muamelesinin şikâyeti üzerine önüne gelen bir çekişmeyi çözerken, o kararı veren icra müdürünün hangi duygularla sonuca ulaştığına pek gerek görmüyor olabilir veya icra memurunun işlemi de yargısal bir işlem bir anlamda, onun sorgulanmasına da gerek yok.

Dosya kapsamı belli, uygulanacak yasa maddesi belli, bir de icra müdürünü çağırıp, sen bunu niye böyle verdin şeklinde bir açıklamaya belki de gerek görülmediğinden, daha da önemlisi, karar verilmesi için o açıklamaya lüzum görmemiş olabilir. Belki şöyle düşünülebilir: Belirli hesaplamaların yapılmasında, o sonuca nasıl ulaşıldığı muhasebe yöntemi bakımından bir sorgulanma düşünülebilirse de, zaten önüne gelen konunun şikâyet nedeniyle değerlendirilmesi ve incelenmesi görevi kendisinden olan hâkim buna belki bir bilirkişi seçerek ya da kendi bilgisi dahilindeyse, çözüme ulaştıracaktır.

Değerli arkadaşlarım, İcra ve İflâs Kanunu'nun 58/3. maddesindeki değişiklik, değerli Hakan Pekcanıtez hocamızın da açıkladığı gibi, dairemizin içtihatlarına uygun hâle getirilmiş ve tereddüt kalmayacak biçimde uygulamada artık, yabancı para alacağının hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği hususunun takip taleplerinde yazılması gerektiği kanun ile belirlenmiştir.

Dairemizin uygulamaları sırasında belki eleştirileri de, bilimsel açıklamaları da nazara alarak biz bazı kararlarımızda, yabancı para alacağının Türk Lirası'na çevrilmesi gerektiğine ilişkin amir hükmü aşabilmek için veya "aşabilmek" de demeyeyim, farklı bir yoruma ulaşabilmek için, harca esas bedelin gösterilmiş olmasının da yeterli olacağı şeklindeki kararlarımız da var idi; ama sonradan, artık bu değişiklikte sorun çözüldü.

İhalenin feshiyle ilgili adres gösterilmesi zorunluluğu; önce, bu 62. maddedeki adres bildirme zorunluluğuna değinmek istiyorum. Borçlu veya vekili dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır. Değiştirilen şu: "Adresini bildirmezse 35. madde uygulanır" biçiminde bir hüküm, ona paralel getirilmiş. Zaten icra takibi başlarken, alacaklı, borçluya ait bir adresi bildirdi; borçluya ait bildirilen bu adrese ödeme emri de tebliğ edildi. Borçlu, itiraza geldiğinde itiraz dilekçesinde, eğer herhangi bir değişiklik söz konusu değilse ve adres bildirmediyse, takibin bundan sonraki aşamaları zaten takip

TARTIŞMALAR

talepnamesindeki adrese gönderilecek, sonraki tebligatlarla sürdürülüp sonuçlandırılacak; onda bir ihtilâf yok.

Adresini değiştirdiyse ne yapacak? 35. madde zaten bununla ilgili kural ve koşulları getirmiş. Siz, ödeme emrinin tebliğ, alacaklının takip talepnamesinde bildirdiği ödeme emri, adrese gönderilen tebligatla ilgili olarak geldiniz, itirazda bulunurken yeni bir adres bildirmezseniz mesele yok; bildirirseniz, 35. madde gereğince yapılacak işlemler belli. Bana göre de, 62. maddedeki bu hükümlerin pek gerekli ve mutlak, mutlaka değiştirilmesi gereken bir değişiklik olarak karşımıza çıkmadığını düşünüyorum.

Adresle ilgili sıkıntılar, ihalenin feshi davalarında, ihalenin feshini isteyen kişinin şikâyet dilekçesini verirken, uzak yerlerde, tebligatı olanaklı olmayan yerlerde adres belirterek işlemi uzatmak amacına yönelik işlemlerinden sakınmak için böyle bir değişiklik yapıldığını düşünüyorum. Burada da, davaya açarken yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla, yani artık takip bitti, satış aşamasına gelindi, satış aşamasından sonra ihalenin feshini isteyen kişi, kesinleşen bu takip nedeniyle yurt dışında ise, fesih davası uzamasın diye böyle bir zorunluluk getirdi ki, yurt içerisinde adresini bildirecek.

Kıymet takdiriyle ilgili süratlendirme gayretlerinden olan sürenin başlangıcını biz, 128. maddede belirtilen şekliyle, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren 2 yıllık süreyi hesaplıyoruz. Daha önce biz içtihatlarımızda, "2 yıllık süre, kesinleşmesi kaydıyla kıymet takdirinin yapıldığı tarihten başlar" diyorduk; yasa da bunu kaleme alırken, "kesinleşen kıymet takdiri" diyerek içtihadımızı aynen aldı, ama yapıldığı tarihten itibaren 2 yıllık süreyi bekletti; çünkü, kıymet takdirinin yapılmasından sonra kesinleşmesi için bir zaman geçecek, bu zaman içinde de değerde birtakım değişiklikler olabilecek. O 2 yıllık süreyi, kıymet takdirinin yapıldığı, yani bilirkişinin taşınmazı gördüğü tarihten itibaren başlattı.

Bize göre yasanın bu değişikliğinin de böyle anlaşılması lazım. Eski içtihatlarımıza uygun.

88. maddeyle ilgili sıkıntılar her zaman var ve gerçekten ürkütücü, hocamızın da değindiği gibi, gerçekten ürkütücü. Üçüncü kişiyle ilgili olarak malın kaldırılmasında, üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklıların muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Tabii, bu verilmiş, belirgin, bu konuyla ilgili yerleşmiş bir içtihadımızdan da söz etmek mümkün değil. Henüz tartışılabilir bir nitelikte önümüze gelmedi. Acaba, üçüncü kişi istihkak iddia etmediği takdirde mi alınıp götürülmesi, kaldırılması söz konusu olabilir; onun düşünülmesi lazım. Üçüncü kişi istihkak iddia ettiği takdirde, “*bu mallar benimdir*” derse, mallar bırakılacak mı, yoksa, “*madeni gelip haczettiniz, istihkak da iddia etmiyorum, alın götürün*” anlamında mı düşünülmesi lazım? Muğlak. Uygulamaya sıkıntı verecek ve mutlaka içtihatla disiplin altına alınması gereken bir madde; ben de katılıyorum hocam.

İstinaf mahkemelerinin kurulmasıyla ve onlarla ilgili kararların hangilerinin istinafta kalacağı, hangilerinin Yargıtay’da inceleneceği hususları bundan önceki yasa düzenlemelerinde de çok tartışıldı. Hatta taslakta, hatırladığım kadarıyla, “*istinaf mahkemesinin verdiği ihalenin feshi ve istihkak davalarıyla ilgili 2 milyar lirayı aşanlar temyize gelir, diğer bütün ihtilâflar istinafta kalır*” gibi bir hüküm vardı; değişiklikte, istinaf mahkemesinin vereceği kararlardan 10 bin YTL’yi aşanlarının tamamına temyiz yolu açılmış oldu. Tabii, bu konuyu burada şimdi uzun uzadıya, dar zamanda tartışmak istemiyorum.

İstinaf mahkemeleri nasıl kurulacak 2007’nin 4. ayında, hangi alt yapıyla yürürlüğe girdikten sonra faaliyete geçecek, bunlar ne getirip ne götürecektir?.. Bence Türk yargısı, birdenbire temel yasalarında değişikliği anında karşısında görmüş, hem hukukçular, hem uygulayıcılar, hem vatandaşlar olarak bizi çok büyük sıkıntıların beklediğini düşünüyorum; genel kanı da budur. Türk Ceza Kanunu’nu değiştireceksiniz, Medenî Kanunu’nu değiştireceksiniz, Ceza Usûlü değişecek, Borçlar Kanunu yolda, Medenî Kanun değişti, Ticaret Kanunu değişecek ve bütün bunların düzenlemesine, üstüne üstlük istinaf

TARTIŞMALAR

mahkemelerindeki değişik uygulamaları da koyacaksınız ve diyeceksiniz ki, işte 8000 hâkim, şu kadar avukat, şu kadar vatandaş, hadi bakalım, yeniden kuralları ortaya koyduk, bu işin içinden çıkınız. Böyle bir aşamada hâlledilecek konular olmadığını düşünüyorum.

İnkâr tazminatıyla ilgili uygulamada bizim bir sıkıntımız yok. İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesinde, 169a'da ve 170. maddede, hangi hâllerde inkâr tazminatı verileceği net bir biçimde belirlenmiş. Biz, o kötü niyetli olma meselesini, Hocam açıkladı, daire içtihadı olarak belirlenen sisteme bir eleştiri de gelmedi. Huzurunda senedi imzaladığı varsayılan, düşünülen lehtar ve keşideci arasında yapılan takip sadece keşideciyi kapsıyor ve keşidecinin itirazı söz konusuysa, imza itirazı olabilir, şu olabilir, imza itirazı eğer borçlu keşideci lehine sonuçlanmış ise, artık biz, alacaklının onu işçisine vermiş, imzalamış göndermiş, ben bu itibarla olup olmadığını anlayamadım gibi, bir savunmasına itibar etmiyoruz.

Kural olarak, huzurunda düzenlenen, imzalanan bir belgede, imzalayıcının, borçlunun imzasının sıhhatini araştırmak görevi alacaklıya aittir diyerek sonuca ulaşıyoruz. Bence asıl burada üzerinde durulması gereken ve biraz düşünülmesi gereken, esasla ilgili inceleme sonunda verilecek kararda, esasla ilgili meselesinin nereye kadar gideceği. Bizim daha önceki içtihatlarımızdan da esinlenilerek düzenleme yapılmıştır burada. İşte, yetki ile ilgili verilen karar, süreden verilen karar, zaman aşımı nedeniyle verilen karar, esasla ilgili kabul edilmez diye düşünüyorum. Belgeler ortaya dökülüp, taraflar iddialarını ve delillerini ortaya koyup, bunlar araştırma-inceleme ile sonuçlandırılırsa esasa girilmiştir diye kabul ediyoruz.

Değerli arkadaşlarım, bir de, hocamızın konusuyla ilgili, 179b madde, Daire'nin uygulaması ile ilgili ve sınırlı olarak söylüyorum, diğer hususlar Yüksek 19. Hukuk Dairesi'nin konusu; "erteleme kararının etkileri" başlıklı 179b maddesinde, "erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce

başlanmış takipler durur”, yani evvelce başlamış takiplerin dışında yeni bir takip yapılamayacağı belirtilerek, mevcut takip içerisindeki takip işlemlerinden ayrı tutulduğunu düşünüyorum; bu maddenin de böyle anlaşılması gerektiği kanaatindeyim. Aksi takdirde, *“evvelce yapılan takipler dışında yeni bir takip yapılamaz”* biçiminde bir yazım biçimi seçilmezdi.

İcra müdürünün, *“takibi almam”* gibi bir yetkisi yok; çünkü, iflâsın erteleme kararı var. *“Ben senin takibini almıyorum”* diyemez; derse şikâyet konusu olur. İcra müdürü takibe almak zorunda, ama ilgisinin şikâyeti üzerine iflâsın ertelenme kararı verildiği için bununla ilgili takibin iptali yönünde karar verilmesi gerektiğini düşünüyorum değerli Hocam.

Tabii bu sohbet toplantısında sıkıntılarımızı daha uzun uzadıya anlatmayı düşünmüyorum.

Efendim şimdi, sizlerin lütfen değerli hocalarımızın açıklamalarıyla ilgili net ve kısa sorularınızı almaya başlayacağım. Kendileri not alacaklar, gerekli açıklamaları ondan sonra o sıraya göre yapacaklar.

Söz alan arkadaşımız kendini tanıtacak. Cevapları aldıktan sonra da vedalaşma zamanı gelecek.

Hepinize teşekkür ediyorum. Sağ olun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Çok teşekkür ederim.

İcra ve İflâs Kanunu'nun çok sık değişikliklere maruz kalan bir Kanun olduğu ortada. Son dönemde, çok yoğun bir değişim yaşadı. Hatta 4949 ve 5092 sayılı kanunlarla yapılan değişikliklerden sonra, son olarak 5358 sayılı Kanun'la da, icra iflâs suçlarıyla ilgili düzenlemelerde de bir takım değişiklikler yapıldı. Bu bağlamda olan garabet sayılabilecek veya tuhaf olarak nitelendirilebilecek bir takım düzenlemeler var. Bir örnek vereceğim. Hapisle tazyik kurumu süresinde mal beyanında bulunmama, taahhüdü ihlâl gibi bazı suçlarda yaptırım hâline getirildi, *“Emniyet tedbiri”* olarak nitelendirilen kurum bir yaptırım hâline getirildi. Bazı suçlar bağlamında ise *“disiplin*

TARTIŞMALAR

hapsî” diye bir kurum öngörüldü. Disiplin hapsine ilişkin tanımlama Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılıyor. Bu belki de, İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan, icra suçlarıyla ilgili cezalar paraya ve paradan başka bir tedbire çevrilemez; ön ödemeye konu kılınamaz ve tecil edilemez şeklindeki kural karşılanmak amacıyla yapıldı.

Çünkü, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 2/1 maddesinde disiplin hapsi kavramı tanımlanıyor ve bu tanımda disiplin hapsinin paraya ve seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği, ön ödemeye konu olamayacağı ve tecil edilemeyeceği vurgulanıyor. Disiplin hapsinin temel esprisi, düzen ihlâli olmuştur; ceza ile otoritenin yeniden tesisi gerekir; şikâyetin geri alınması ve sair sebeplerle ceza ortadan kalkmaz; mutlaka infaz edilmek gerekir. Türk Ceza Kanunu’nun 5. maddesindeki genel kuralı koruma düşüncesiyle 5358 sayılı Kanun’la İİK’nda değişiklikler yapılmıştır. O nedenle, bir bakıyorsunuz, borcun ödenmesiyle disiplin hapsinin de ortadan kaldırılması gibi bir düzen hükümünün ihlâline cezalandıran yaptırımın işlevselliğini yitirmesi gibi birtakım değişiklikler de görülebiliyor.

Burada belki, iflâs hukuku kapsamında düşünülmesi gereken önemli bir değişiklik türü daha vardı. Konkordatoyla ilgili değişiklikler. Muhtemelen Oğuz arkadaşım, zamanın sınırlılığı nedeniyle buna temas etmedi. Bunda şunun da etkisi var: Konkordato kurumu, kanunun genel sistematığına baktığımızda, en yoğun, en sık değişikliğin yapıldığı alanların birisidir. Hemen hemen her hükümde birtakım düzenlemeler yapılmıştır. İİK’nun 296. maddesinin ikinci fıkrasındaki değişiklik sebebiyle konkordato mühleti içerisinde tasdik prosedürünün de sonuçlandırılması zorunluluğu sebebiyle, işlemez hâle gelmiştir.

Çünkü, 3 ay, uzatma da 2 ay, toplam 5 aylık bir süre içerisinde değil konkordato prosedürünü başarıyla tamamlamak; komiserin raporunu vermesi ve dosyayı yetkili makama ulaştırmasını bile sağlamak mümkün değildir. Öte yandan, mal varlığının terki suretiyle konkordato kurumu getirilmiştir; o da, ne olduğu tam olarak bilinemediği için uygulama alanı

bulamıyor. Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma kurumu var; o da daha tam anlamıyla oturmamış, insanların kafasında hayal meyal bir kurum olarak kalıyor. En cazip, en etkili kurum ne? İflâsın ertelenmesi diğerlerinden de daha cazip; azami 5 yıl süre ile birçok sıkıntıdan kurtulabiliyorsunuz. Türkiye'nin sosyal gerçekliği düşünüldüğünde, 5 yıllık zaman kesiti, çok uzun bir zaman kesiti. İflâsın ertelenmesi kurumunun, belki ön plana çıkmasının, yaygınlık kazanmasının bir anlamda sebebi de bu olsa gerek. Yine Hakan hocam bilindiği için temas etmedi; madde 89'da birtakım garabetler var.

İflâsın ertelenmesi kurumu üzerinde burada yoğun olarak duruldu. Aslında, bir anlamda, baktığınızda, ertelemenin hükümleri, adi konkordato'daki konkordato mühletinin hükümlerine paralel düzenlenmiş durumda.

Birçok şey de zaten oradan yararlanmış; takiplere etkisi, takip muamelesi yapılamaması, zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin korunması gibi birtakım şeyler tamamen oradan alınmış. "Komiser" yerine burada "kayıyum" konulmuş durumda. Âdeta konkordato mühleti kurumu, bir anlamda, sürenin uzatılmış boyutuyla, iflâsın ertelenmesi kurumunda yeniden canlandırılmış durumdadır.

Burada öncelikle daha önceden dile getirilen soru bağlamında şunu işaret etmek istiyorum: Birden fazla şirket, özellikle holding yapılanması içerisinde yer alan birden fazla şirket, anonim, limitet şirket yahut neyse, birlikte borca batıklık durumunu bildirerek, ortak bir iyileştirme projesi çerçevesinde iflâsın ertelenmesini talep ederler mi? Ederlerse ne yapılmak gerekir? Burada bir ihtiyari dava arkadaşlığı var mıdır? tartışması yapıldı.

Oğuz arkadaşım da, "pratik bir zaruret gereği, ihtiyari dava arkadaşlığı gibi düşünülmesi gerekir" diye düşündü. Burada aynı yahut birbirine benzer sebeplerden doğma kurumu canlandırılabilir. Bir kere, iflâsın ertelenmesi bir dava değildir; dava arkadaşlığı kurumu düşünülebilir; takip değil, takip arkadaş-

TARTIŞMALAR

İlğî kurumunu düşünmek de mümkün değil. Geçmişte aslında Yargıtay'ın bu konuda konkordato mühleti bağlamında çok kararı var; Yargıtay diyor ki, *“birden ziyade gerçek ya da tüzel kişi malî güçlerini birleştirerek ortaklaşa bir konkordato teklifi vermişlerse, bunların her biri bakımından durum ayrı ayrı değerlendirilir”*. Aynı yaklaşım iflâsın ertelenmesi bağlamında da geçerli olmalıdır. Mevcut kanun hükümleri çerçevesinde bunu dava arkadaşlığı hükümleri ile ilişkilendirmek suretiyle çözüme olanağı olmadığı kanısındayım.

Mustafa OSKAY: Sorunuzu alalım şimdi Hocam.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Yorum yapıyorum müsaade ederseniz.

Mustafa OSKAY: Buyurunuz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Birtakım şeyleri de beraber tartışalım.

Mustafa OSKAY: Önce sorunuzu alalım, yorumunuzu sonra yapın.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Sadece yorum yapacağım.

Mustafa OSKAY: Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Soru sormayacağım.

Mustafa OSKAY: Öyle mi?

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Evet.

Mustafa OSKAY: Biz hocamla görüştük biraz önce; yorumları kabul etmeyelim dendi.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: O zaman oldu. Ben kesebilirim.

Mustafa OSKAY: Ve suali, net, kısa ve belirgin olsun diye beni uyardılar; ben de o nedenle, o uyarı..

Prof. Dr. Süha TANRIVER: O yorumum arasında satır aralıklarıyla sorular da çıkacaktır. Teşekkür ediyorum. O zaman konuşmuyorum.

Mustafa OSKAY: Peki, teşekkür ederim. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN: Değerli meslektaşım Pekcanitez'le ilgili çok net, kısa ve belirgin olmak kaydıyla, yabancı para alacaklarında hangi tarihteki Kurun esas alınacağına çözüm olarak Sayın Pekcanitez, "borçlu, hacizden sonra artık meydana gelecek artışlardan sorumlu olmaması gerekir" dedi. Ben şöyle düşünüyorum: Alacaklıyla borçlu arasında menfaat dengesinin sağlanması lazım. Burada, baktığımız zaman, alacaklının bir kabahati görünmüyor; ama borçlunun kabahati görünüyor. Bu bakımdan, hiç olmaz, ama hiç olmazsa, eğer bu gecikmelerden borçlunun sorumluluğu varsa, meselâ ihalenin feshini istemişse, o zaman, tahsil tarihindeki kur üzerinden yapılmasının menfaatler dengesine daha uygun olacağına inanıyorum.

62. maddede, yurt içindeki adresle ilgili olarak Sayın Pekcanitez meslektaşım, devletin, vatandaşın adresini bilmesi gerektiğini, bu yüzden polisten yararlanması gerektiğini söyledi. Bildiğim kadarıyla, adres değişikliklerinde, muhtara beyanname verirken üç nüsha düzenleniyor; bir tanesi polise, bir tanesi muhtara, bir tanesi de yöneticiye veriliyor. Bu bakımdan, polis adresleri biliyor diye düşünüyorum. Borçlu, itirazda yurt içinde adres beyan etmezse acaba bunun sonucu ne olur? Kanun'daki ifadeden, "zorundadır" şeklinde yola çıkarsak eğer, sanki bu itirazın geçerli olmayacağı sonucunun doğmasını istediği, yani kanun koyucunun bu sonucu sağlamak istediği sonucuna varılabilir.

Sayın Pekcanitez, yüzde 15, yüzde 40 inkâr tazminatı ve diğer tazminat türlerinde "1984 yılında yüzde 40'a çıkarıldı" dedi. Yanlış hatırlamıyorsam bu 1989 yılındaki değişiklikle çıkarılmıştı. Tazminatın yüzde 15'e indirilmesine ilişkin görüşünüze ek bir gerekçe olarak, bu icra takibinin ertelenmesine ilişkin

TARTIŞMALAR

taleplerde hemen tümüne yakın teminat yüzde 15 oranında olduğu gibi, bunun yüzde 15'e indirilmesinde bu da bir ilave gerekçe olarak düşünülebilir.

Sayın Atalay'ın tebliğiyle ilgili olarak... Bana sordukları zaman, beni işte icra iflâs hukuku hocasıyım deyince, *"yahu, senden korkulur"* derler, ben de derim ki, benden korkmayın, alacaklı avukatından korkun derim. Türkiye'de zarar gören kişi çoğu zaman borçlu değil, ama alacaklı avukattır, hele hele yüksek enflasyon ortamlarında.

251. maddeyle ilgili olarak, üçüncü kişideki mal borçlunun yetkisinde sayılır ile ilgili olarak... Genel olarak genel hükümlerde düzenlenmesi gereken davalar zaman zaman İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenleniyor, işte iptal davası bunun en tipiği. Bunun yanında menfî tespit davası türleri de var. Bunların İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmesinin nedeni, bu tür davalara bakan mahkemenin icra takibine etkisi, ihtiyati tedbir yoluyla icra takibini yönlendirmesi konusundaki tereddütleri gidermek için; menfî tespit davasının tarihi gelişiminde bu son derece açık. Bu yüzden, zaten siz de söylediniz, *"haciz aşaması hangi şeyde olabilir"* diye, o yüzden, bu maddenin düzenlenmesinde, bu davaya bakan mahkemenin ihtiyati tedbir konusunda nasıl davranması gerektiğine ilişkin hükmün bulunması da genel sistematik açısından daha doğru olurdu.

Bir de, söylemediniz, ama çok kısaca, sermaye şirketlerinin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında bağımsız denetim kuruluşları bir tür iflâs organı oldu. Bize örnek olması bakımından, Amerika'da *"Enron"* meselesi ortaya çıktı; biliyorsunuz, çok büyük bir şirket, kötü yönetim dolayısıyla battı; bu bağımsız denetim kuruluşu *"Arthur Andersen"* da, bunların bilançolarındaki yanlışlıkları gizlediği için onlar da battılar. Artık iki şirket de yok ortalıkta.

Bildiğim kadarıyla, Amerika'da bundan sonra şöyle bir uygulama başlamış: Bu tür şirketlerin genel kurullarına bu tür bağımsız denetim kuruluşlarının ki, İngilizce adı *"Audit"*, *"Auditor"*lar katılıyorlar ve kanuna yahut da ekonomiye yahut

da yanlış bir karar verilirse, şirket yöneticileriyle birlikte bağımsız denetim kuruluşu da onunla birlikte sorumlu oluyor. O yüzden, Amerika'da her isteyen artık rahatlıkla gidip Audit'lik yapabiliyormuş. Amerikalılar bu işten titizlikle kaçınmaya başlamışlar. Ben sizden, bu sistem içerisinde, bağımsız denetim kuruluşlarının böyle bir sorumluluğuyla ilgili düzenleme açısından ne düşündüğünüzü öğrenmek istiyorum.

Mustafa OSKAY: Sayın Şanal Görgün hocama teşekkür ediyorum. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: Ben de ilk olarak Hakan Hocama bir şey sormak istiyorum.

62. madde çerçevesinde bu itiraz sorunuyla ilgili doktrinde birtakım görüşler olduğundan ya da tartışılması gerektiğinden söz etti hocamız. Acaba adres bildirmeyen borçlu bakımından itiraz edilmemiş sayılması gibi bir yaptırım olabilir mi? *"Tartışılması gerekir"* demiştiniz hocam. Burada bir düzenleme boşluğu veya eksikliği olduğunu düşünüyorum. Özellikle 66. madde nedeniyle, *"müddeti içinde yapılan itiraz takibi durdurur"* hükmü sebebiyle, sırf, itiraz etmek isteyip itiraz ettiği hâlde adres bildirmemek ya da yurt içinde adres bildirmemek sebebiyle, böyle ağır bir yaptırımın doğmasının açıklaması çok hakkaniyete uygun olduğunu düşünüyorum; çünkü, 66. madde hiçbir koşul koymaksınız, *"müddeti içinde yapılan itiraz takibi durdurur"* diyor.

Öte yandan, 62. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme, eğer itiraz koşulu içerisinde, 1. fıkra içerisinde düşünülmüş olsaydı, en azından aralarında bir organik bağ kurabilseydik bu sonuca varmak mümkün olabilirdi; ama itiraz edilmemiş sayılması hususu bana göre çok ağır bir yaptırım. Kaldı ki, Yönetmeliğin 29. maddesinde de, borçluya gönderilen ödeme emrinde aynen Kanun hükmünün alındığını görüyoruz. Dolayısıyla, borçlu, kendisine gelen ödeme emrinde yaptırımın ne olacağından habersiz. O sebeple, bu kadar ağır bir yaptırımın uygulanmasının hakkaniyete aykırı olacağını zannediyorum. *"Bu konu tartışılmalı"* dediniz için fikir açıklama ihtiyacı duydum.

TARTIŞMALAR

İkinci sorum Hocam yine size. Sizin değinmediğiniz, ama değişiklikler içerisinde 79. maddenin 2. fıkrasında, sicile kayıtlı mallar için doğrudan haciz uygulamasının, doğrudan hacze izin veren yeni hükmü, aslında bir Yargıtay uygulamasının kanuna alınmış şekliydi. Resmî sicile kayıtlı mallar bakımından, gene aslında Yargıtay'ın özellikle taşınmaz malların haczinde uyguladığı bir şeydi bu; ama haczedilmek hükümleri bakımından ciddi bir çelişki yarattığını düşünmüyor musunuz? Özellikle, haciz esnasında, örneğin taşınmazın bulunduğu yere giderek haciz tutanağı tutması konusunda kanunun emredici bir hükmü var, acaba o hüküm kalkmış mı oldu; o konuda fikrinizi öğrenmek isterdim.

Diğer sorum da Oğuz hocaya. O da, aslında yine iflâsın ertelenmesi içerisindeki pek çok sorundan bir tanesi. Örneğin, erteleme süresi içerisinde yeniden yapılandırma projesi tasdik edilirse, bu tasdik erteleme üzerinde nasıl bir etkisi olacaktır? Özellikle konkordatonun verilmesi hâlinde, erteleme kararının kalkacağı doktrinde ifade ediliyor; siz buna katılıyor musunuz bunu öğrenmek istiyordum.

Size ikinci bir sorum daha olacak. Hemen kısaca bitirmeye çalışıyorum. Sayın Başkan da söylediler, yeni takip yapılması meselesinde, Kanun'a bakıldığında, evet, sanki yeni takip yapılması da yasaklanmış, takip işlemleri, mevcut takipler yanında yeni takip yapılması da yasaklanmış gibi görünmekle birlikte şöyle bir soru işareti uyanıyor kafamda: Oğuz hocaya katılarak böyle bir soru işaretini açmak istiyorum, takip talebini icra müdürü kabul etmek zorunda bence; çünkü takip talebinde bulunmak bir icra takip işlemi değil. Takip talebinde bulunmanın en önemli sonuçlarından bir tanesi, zamanaşımının kesilmesi. Dolayısıyla, bu zamanaşımı kesilmesi sonucunu elde edebilmek için, kanımca, takibin başlatılabilmesi, takip talebinin alınması, fakat icra takip işlemlerinden olan ödeme emrinin gönderilmemesi gerekir, aksi hâlde, zamanaşımı kesilmesi sonucunu hangi hükümle doğuracağız; onu merak ettim.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Önce değerli hocalarıma teşekkür ediyorum.

Hakan hocama, bir sorum var ve bir de kısa bir tespit için söz aldım.

Oğuz Bey'in görüşünü haricen bildiğim için, özellikle grup şirketlerinde ve holding şirketlerinde ertelemenin istenebileceği görüşündeler. Ben Oğuz Bey'le aynı kanaati paylaşamıyorum. Hakan hocam da, bildiğim kadarıyla bunlar hakkında birlikte erteleme istenemeyeceği kanaatindeler. Gerekçelerini öğrenmek bakımından, Hakan hocam hangi gerekçelerle bu kanaatte olduğunu açıklayabilir mi? Ben, hem usûl hukuku kuralları çerçevesinde, hem de iflâs hukuku kuralları çerçevesinde bunun mümkün olmayacağı kanaatindeyim. Birlikte dava açmak, ihtiyari dava arkadaşlığı, iflâs davasının özellikleri (zamanımız sınırlı olduğu için bunların ayrıntısına girmek istemiyorum) dikkate alındığında, bunların mümkün olmayacağını düşünüyorum. Buna rağmen, grup şirketleri için birlikte erteleme talep etmek veya böyle karar vermek pratik ihtiyaçlara cevap veriyor mu? Evet, veriyor. Pratik ihtiyaçlara cevap vermek için, genel hükümlere dayanarak birtakım çözümler üretiyoruz, fakat o da Kanun'un sistemini bozuyor.

İkinci olarak özellikle söylemek istediğim, ihtiyati hacze pek değinilmedi. Kanunda açıkça söylenmiş olmasına rağmen, hâlâ daha, para alacaklıları için *"ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz"* şeklinde, garabet bir uygulama var. Özellikle de, haksız fiillerde, somut olarak da trafik kazalarında bu uygulama sürdürülmekte. Haksız fiilden kaynaklanan alacak para alacağı olmasına, para alacakları için kural olarak İİK m. 257 vd. çerçevesinde ihtiyati haciz istenebilmesine rağmen, bugün uygulamada ihtiyati tedbirler istenmekte, mahkemeler de ihtiyati haciz kararı vermeleri gerekirken, ihtiyati tedbir kararı vermekteler; hatta ihtiyati haciz istediğinizde de bu talebiniz reddedilmekte, bir de ne teorik ne de kanuni temeli olan *"ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz"* kararı verilmekte. Ne demek bu? Böyle bir karar verilirse, benim elimdeki ihtiyati haciz mi, ihtiyati tedbir mi olacak? Uygularken, bu karara itiraz ederken vs. diğer hususlarda neyi esas alacağım, hangi hükümleri uygulayacağım belirsiz. Örneğin, bir trafik kazasında, zararım var,

TARTIŞMALAR

para alacağı, ihtiyati haciz istemek gerekir, hatta zorunlu; ancak ihtiyati haciz yerine, kazayı yapan araç üzerinde ihtiyati tedbir isteniyor, peki aramızda bu aracın aynı mı münazaalı? Hayır. Hatta bazen siz doğrusunu yapıp ihtiyati haciz istediğinizde Mahkemeler reddediyor ve ihtiyati tedbir isteseydiniz verirdik diyorlar, bunlar bazen karara yansıyor bazen de yansımıyor.

Ayrıca, bankalarla ilgili ihtiyati hacizlerde de hâlâ daha çok çekingen davranılmakta. Örneğin, bir banka ihtiyati haciz istediğinde, kendi teminat mektubunu teminat olarak göstermekte. Bu, bir kimsenin kendisine kefil olmasından hiçbir farkı olmayan bir şey. Bunun dışında, bir bankaya karşı hasbelkader ihtiyati haciz isteyeceğiniz zaman (örneğin bankadaki mevduatınızı haksız şekilde ödemiyor vs.), mahkemenin tavrı şu: *"Banka kaçıyor mu?"* Kaçmıyor, ama batıyor. Açıkçası, bankalar güven kurumudur, ama son yıllarda bu güven kurumunun da güvenilirliği zedelenmiş durumda, en azından batan bankalar oldu. Bu sebeple de, ihtiyati haciz konusundaki değişikliklerin de tam olarak şu anda gereği gibi uygulanmadığını belirtmek gerekir. İhtiyati hacze karşı kanun yolu, şu anda temyiz yolu açıldığı için (hatta bu konuda bile zaman zaman uygulamada sorun çıkmakta), bundan sonra, özellikle 19. Hukuk Dairesi'nin bu konuda daha titiz ve dikkatli kararlar vermesi gerektiği kanaatindeyim.

Teşekkür ederim.

Mustafa OSKAY: Sayın Özkes, hemen bir şeyi izin verirsiniz düzelteyim. 19. Hukuk Dairesi tüm kararlarını özenle ve titizlikle inceleyerek verir. Bir sürçme oldu sanıyorum...

Doç. Dr. Muhammet Özkes: Ben onu kastetmedim. Daha çok, uygulamayı yönlendirici ve dikkatini çekici, ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasındaki ayrımları ortaya koyan, söylediğim hususları dikkate alan, bu yanlış uygulama alışkanlıklarının önüne geçecek, yol gösterecek nitelikte kararlar vermesini kastettim.

Mustafa OSKAY: Anladım. Buyurunuz hocam.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Öncelikle, Hakan hocama ve Oğuz Bey'e bu güzel açıklamaları, tebliğleri için teşekkür ediyorum. Size de, "*uygulamadaki durum nedir*" açısından yapmış olduğunuz açıklamalarınız için ayrıca teşekkür ediyorum.

Ben öncelikle 88. maddeye ilişkin bir tereddüdümü dile getirmek istiyorum. Hakan hocam açıkladılar; gerçekten çok ilginç, sıkıntılı bir düzenleme. 88. maddede getirilen düzenleme çerçevesinde acaba 89. madde uygulama alanı bulabilecek mi, bulabilecekse, nasıl bulacak; Hakan hocamın bu konudaki görüşünü öğrenmek isterdim. 89. madde demişken, Süha Bey kısmen belirtmişti, haciz ihbarnamesinin ikiden üçe çıkarılması, o da ayrı bir sıkıntılı konu; bu düzenlemeye de karşı olduğumu, tasvip etmediğimi belirtmek istiyorum.

Mustafa OSKAY: Toparlayabilir misiniz?

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Hemen toparlıyorum.

Başka bir husus, 206. madde, Oğuz Bey'in yapmış olduğu açıklamalarla bağlı olarak. 206. maddede, malûmunuz, sıra değiştirildi, üç sıra ve bir de dördüncü sıra olmak üzere toplam dört sıra, ilk üçü imtiyazlı, dördüncüsü imtiyazsız olmak üzere. Burada şöyle bir tereddüt ortaya çıkıyor: 4949 sayılı Kanun'dan önceki değişiklikte, bazı özel kanunlarda İcra ve İflâs Kanunu 206. maddenin özel sıralarına atfı yapılıyordu. Eğer bu sıralar kaldırılmışsa, örneğin dördüncü, beşinci sıraya atfı yapılmışsa, bunlar kalktı, bunları şimdiki üçüncü sıra anlamında imtiyazlı kabul etmek veya düzeltiyorum, dördüncü sıra anlamında imtiyazsız kabul etmek mümkün olabilir. Değişiklikten önce şu anki mevcut Kanun'da bir, iki veya üçüncü sıra, özellikle bir ve ikinci sıraya atfı yapılmışsa, bu alacaklılar değişiklikten sonra hangi sırada imtiyazlı olacak; o konuda bir sıkıntı çıkıyor.

Bir diğer husus: 179b çerçevesinde, iflâsın ertelenmesi hâlinde, belirtmiştiniz, tedbir olarak takip işlemlerinin yapılamayacağını belirttiniz; buna göre, takip talebinde alacaklı bulanabilecek, ancak icra müdürü ödeme emri gönderemeyecek. Müsaadenizle, 179b maddesine bu gözle baktığımızda,

TARTIŞMALAR

“erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanun’a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, bir takip muamelesiyle kesilebilen zaman aşımı ve hak düşüren müddetler işlemez”, burada, öncelikle icra müdürünün, usûlüne uygun olarak düzenlenmiş ve getirilmiş takip talebini reddetme diye bir hakkı yok; bunu Sayın Başkan da belirtmişti. Burada benim kanaatimce, daha işin başında takip talebinde bulunulamamalı. Zira, borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilmiş olması, o borçlu hakkında usûlüne göre takip talebinde bulunulmasının şartlarını bertaraf ediyor. O nedenle, icra müdürü, borçlu hakkında takip talebinde bulunulduğunda, resen, o borçlu hakkında iflâsın ertelenmesi kararı var mı yok mu, nasıl ki ehliyeti araştırıyor, aynen onun gibi araştırarak, böyle bir durum yoksa takip talebini kabul edecek. Malûmunuz, takip talebi kabul edildiğinde, takip talebinde bulunulmasına bağlı olarak birtakım sonuçlar doğuyordu, örneğin zaman aşımı kesilmesi gibi. 179b maddesinin 1. fıkrasının sonunda düzenlenen, “hak düşüren süreler ve zamanaşımı işlemez” hükmü de bu kanaatimi teyit ediyor diye düşünüyorum. Bu konudaki görüşünüzü de almak isterdim.

Teşekkür ederim.

Mustafa OSKAY: Teşekkür ederim. Buyurun Hüveyda Hanım.

Hüveyda KARAKIŞ (12. Hukuk Dairesi Üyesi): Öncelikle Hakan hocama ve arkadaşlarına bu güzel sempozyum için teşekkür ediyorum ve Ankara’da olduğu için tabii teşekkürlerimizin boyutu daha büyük.

Hakan hocama benim sorum şu olacak: Takibin şekli itibarıyla icra dairesine itiraz eden borçlunun itirazının kaldırılması için alacak, icra mahkemesi nezdinde başvurabileceği gibi, genel mahkemeye de itirazın iptali şeklinde gidebilir; ancak, ikisine de aynı anda gittiği varsayılsa, tatbikatta sıkça rastlanmasa da, ara sıra tesadüf ediyoruz bu gibi durumlara, itirazın kaldırılması isteği, itirazın iptali davası sonucunu bekler mi, yani itirazın iptali davası bekletici mesele olarak dikkate

alınabilir mi alınamaz mı; bu konuda açıklamanızı istiyorum. Teşekkür ederim.

Mustafa OSKAY: Buyurunuz efendim.

Arş. Gör. İbrahim ERMENEK: İlk olarak 58. maddeye ilişkin bir soru sormak istiyorum.

Gerçekten de yabancı para alacağını icra takibine koyarken alacaklı hangi tarihteki kur karşılığını istediğini belirtmek zorunda. 12. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, diyoruz ki, icra dairesi, kendisine yapılan para ödemelerini kabul etmek zorunda. Özellikle aynen ifa kaydı olan sözleşmeler bakımından icra dairelerine yabancı parayla ödeme yapmak mümkün mü; bir bu.

İkinci olarak sormak istediğim şey, 143. maddede aciz vesikasına ilişkin olarak düzenleme. *“Borç ödemedен aciz vesikasına bağlanmış alacaklar bakımından faiz istenemez”* diyor Kanun, fakat hemen iki fıkra sonra, *“ancak, borçlu borcunu faizleriyle birlikte borç ödemedен aciz vesikasını vermiş olan icra dairesine öderse terkin edilir”* diyor. Buradaki *“faiz”* kavramından anlamamız gereken şu mu; biz icra takibine başlarken, bir, o güne kadar olan, işlemiş olan faizleri istiyoruz, ikinci olarak da, icra takibi neticeleninceye kadar olan faizleri istiyoruz, yani burada ödenmesi gereken faiz, borç ödemedен aciz vesikası verildiği ana kadar işlemiş olan faiz mi, yoksa diğer taraftan, *“borç ödemedен aciz vesikasına bağlanmış olan alacaklara faiz istenemez”* denilmesine rağmen borçlu kendisini aciz sicilinden terkin ettirmek için bu dönem için de mi faiz ödeyecek; ikinci sormak istediğim husus bu.

Üçüncü olarak 251. maddede, borçlunun, daha doğrusu müflisin yeni mal iktisap etmediği itirazı var; *“bu yeni mal iktisap etmediği itirazı olduğu hâlde icra mahkemesi incelemeyi genel hükümlere göre yapar”* diyor. Aslında benzer bir düzenleme de 89. maddede var; üçüncü kişi karşı alacaklının açmış olduğu tazminat davasında var. Acaba, buradaki icra mahkemesi tarafından genel hükümlere göre incelendiğine göre, ortaya maddi

TARTIŞMALAR

anlamda kesin hüküm doğuran yeni bir şey mi çıkıyor? Biz hep diyoruz ki, istihkak davalarında ve ihalenin feshi davalarında bu ortaya çıkar. Bunu sormak istiyorum.

Son olarak da, aslında dünkü tartışmalarda kısmen değinilmişti, itibarın iadesi konusu; özellikle son değişikliklerle biraz değişik bir hâle geldi. Hileli iflâsta itibarın iadesi bakımından Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'na atıf yapıyordu, memnu hakların iadesine ilişkin. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, memnu hakların iadesini kaldırdı. Bu düzenlemeler, özellikle taksiratlı iflâs ve adi iflâs bakımından, hâlâ İcra ve İflâs Kanunu'nda duruyor. Diğer taraftan, Ceza Kanunu 161 ve 162. maddelerine baktığımızda, önce taksiratlı iflâs düzenlenmiş ve eski İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemenin aksine, eskiden biz tahdididir diyorduk, fakat şimdi sadece bir madde hâlinde düzenlenmiş, yani tahdidilik ibaresi kaldırılmış. Şimdi, Ceza Kanunu'nda düzenlenen bir suç olduğu için, acaba bu kuralı biz yine memnu hakların iadesi bakımından tâbi tutacak mıyız, yani taksiratlı iflâs bakımından bunu söyleyebilecek miyiz? Kaldı ki, itibarın iadesi sadece cezaî sonuçlar doğuran bir şey değil; diğer taraftan, müflis bakımından ticarî birtakım sonuçları da var, yani kredi kartı, çek ve benzeri şeylerde. Yoksa, acaba bunlar bakımından hâlâ itibarın iadesi istenebilmeli midir?

Mustafa OSKAY: Buyurun.

Dr. Kudret ASLAN: Ben de hocalarıma teşekkür ediyorum. Ben öncelikle bir-iki tane tespitte bulunacağım: İlki 79. maddenin 2. fıkrasına ilişkin. *“O resmi sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir”* diyor. Sema hocam sordu, *“doğrudan da”* dediğine göre, burada haczin fiilen yapılması olanağı bence ortadan kalkmış değil. Böyle bir hüküm varken hangi icra dairesi, icra müdürü gidip de doğrudan doğruya haciz yapar; onu da düşünmek lazım. Belki buraya şöyle bir hüküm konulabilir veya birkaç kelime eklenebilir: *“Fiili haczin yapılmasının zor olduğu veyahut da mümkün olmadığı takdirde, takibi sürüncemede bırakacağı kuvvetle muhtemel olduğu takdirde”* gibi bir hüküm eklenirse

belki bu bertaraf edilebilir. Bence burada aslında düzenlenmek istenen, getirilmek istenen şey taşınmazlar bakımından; ama, taşınmazlar dışında resmî sicile kayıtlı olan mallar da var, örneğin motorlu taşıt araçları, niteliği itibarıyla menkul bir mal. Bu benim inceleme konum olması itibarıyla, eğer icra müdürü, trafik sicilini inceleme yükümlülüğü bulunmadığını kabul ettiğimiz takdirde, diyelim ki, "A"nın aracına haciz koydu, "06 AK" bilmem kaç, ama 06 AK diyeceğine "06 BK" dedi; bu, istihkak iddialarını büyük ölçüde artırıcı nitelikte. Bir kişi, hiç farkında olmadan kendi aracına haciz konduğunu öğrenebiliyor ertesi gün. Sicil inceleme zorunluluğunun bulunmadığını kabul ettiğimiz takdirde icra müdürünün ki, sanırım böyle bir zorunluluğu da yok, istihkak iddialarının artmasına meydan verecek şekilde bu düzenleme. Bence burada bir düzeltme yapılabilir.

Diğer bir şey de 88. maddeye ilişkin olacak. Benim fikrim göre, burada, alacaklının muvafakati ve üçüncü kişinin kabulüyle onda bırakılacak mallar, istihkak iddia edilmeyen mallardır. Eğer üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmuşsa, bu istihkak iddia edilen mallar üçüncü kişinin elinden alınmaz; çünkü, mülkiyet karinesi üçüncü kişinin lehinedir ve bu karine çürütülmediği takdirde üçüncü kişinin elinden alınması kanımca hem adaletle, hem de hakkaniyetle bağdaşmaz.

Oğuz hocama bir sorum olacak. 251. maddeye ben de biraz taktım. Alacaklı, borçluya karşı yeni mal iktisap etmediğine ilişkin icra mahkemesine başvurursa ve üçüncü kişi de istihkak davası açmak durumunda kalacak, yani kendi malının haczedildiği iddiasıyla. Burada kanun koyucunun bence, bilmiyorum, yani düzenleme tarzı pek isabetli gibi gelmedi bana. Şöyle bir durum var 251. maddede: Önce üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığı ispat edildikten sonra mı acaba malı mülkiyetinden çıkarmak amacıyla devrettiğini anlayacağız? Çünkü buna göre sonuç değişecek. Eğer borçlu, üçüncü kişiye mülkiyeti gerçekten devretme amacıyla hareket etmişse, burada bir sorun olmaz; ama, gerçekten üçüncü kişiye mal devredilmişse, iptal davası açılabilir; çünkü geçerli bir şekilde geçtiğini varsaydığımız

TARTIŞMALAR

malın tekrar borçlunun mülkiyetine döndürülmesi amacıyla açılıyor. Eğer gerçekten böyle bir durum yoksa, bence burada iptal davası açılmaya gerek yok; muvazaa vardır ve muvazaayı da Yargıtay bu davada, incelemede dikkate alabilir. Üçüncü kişinin burada belki, alacaklıyla borçlu arasında cereyan eden ilişki, bir dava olarak kabul edildiği takdirde asli müdahalede bulunması düşünülebilir mi acaba, alacaklıyla borçlu arasında cereyan eden ilişkiye asli müdahalede bulunması söz konusu olabilir mi?

Mustafa OSKAY: Teşekkür ederim. Buyurun.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN: Öncelikle çok teşekkür ediyoruz her iki hocamıza da.

Benim Oğuz arkadaşşıma minik bir sorum var. Belki çok daha uzun bir süre içinde tartışılması gereken bir konu ama, iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı da göz önünde bulundurulduğunda, iflâs olgusunun ortaya çıkması öncesinde açılmış, münferit alacaklının açmış olduğu, 277 ve devamı çerçevesinde görülmekte olan bir tasarrufun iptali davası varsa, normalde iflâsın ertelenmesi davalar üzerinde etkili olmayacaktır, ancak bu tasarrufun iptali davalarında genellikle bir icra takibi yapılmıştır da, bu icra takibinden alacaklı alacağına kavuşmamış ve elinde bir aciz vesikası bulunduğu için bu davayı açmıştır. Sürmekte olan bu tasarrufun iptali davası, acaba iflâsın ertelenmesi söz konusu olursa daha sonraki zaman dilimi içinde, bir etkide bulunabilir mi davaya, davayı gören mahkeme, ben artık burada karar veremem, iflâsın ertelenmesi söz konusu oldu deyip orada bekleme durumunda mı olacak, yoksa kendi rejimi içerisinde o davayı görüp sonuçlandırsa bile, alınan ilanı icraya koymak mümkün olamayacağına göre, orada bir problem çıkıyor gibi geliyor bana; onu bir tartışabilir miyiz?

Mustafa OSKAY: Çok teşekkür ederim.

Sayın Hakan hocam; buyurunuz efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Hemen hızlı hızlı cevaplamaya çalışayım.

Önce, şu 62. maddenin yurt içinde adres gösterilmesiyle ilgili sadece bir tek uygulaması olduğunu ben düşünüyorum; o da, borçlu yurt dışında, takip talebi üzerine, ödeme emrini yurt dışına gönderiyoruz, o geliyor yurt içinde itiraz ediyor, işte o sırada yurt içinde bir adres göstermek zorunda. Müeyyide ağır; ama eskiden, unutmayın, itiraz yapılırken pul parası verilmediği takdirde de itiraz yapılmamış sayılıyordu. Yıllarca bu uygulama devam etti. Hatta bize icra hukukunu öğreten hocalarımız en çok bunun üzerinde durur ve bunu öğtirdi. İtiraz yaparken, o zaman 150 Kuruşta zannediyorum, 150 Kuruş pul parasını vermezseniz, itiraz yapılmamış sayılır derlerdi.

Mustafa OSKAY: İtirazın tebliği için.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet, tebliğ için. Sonradan, bu gider alacaklıdan alındığı için bu gerekmedi.

Burada da, yurt içinde adres göstermediği zaman ne yapacaksınız? İtiraz yapılmış sayacaksınız, ama takibi ondan sonraki aşamada ilerletemeyeceksiniz. O itirazla takibi durdurmuşsa bir daha bir şey yapmasına gerek yok. Ne yapacak borçlu? İtirazla takip durdu mu? Durdu. Adres göstermiyorum dedi. Peki, ne olacak? Takibi bir güzel durdurduktan sonra onun artık bir şey yapmasına gerek yok ki. Alacaklıya, hadi git, adresini araştır, bul da bundan sonraki tebligatları oraya yapalım, ya da yine yurt dışına tebligat yapalım diyeceksiniz. Bir çözümü yok. O zaman, ya katı davranacaksınız, bu hükmün getirilmesinin bir manası olacak ya da hiç böyle bir hükmü getirmeyeceksiniz. Ben, bu örnek dışında zaten 62. maddenin uygulanmayacağı kanısındayım.

Madde 128'deki kıymet takdirinin yapıldığı tarihten mi, yoksa kesinleştiği tarihten itibaren mi geçerli olması Komisyonun çok tartıştığı bir husus oldu. Biliyorsunuz, 128. madde ve 128-A maddesi kanunlaşırken talihsizliğe uğradı; ilk önce süre 1 yıl olarak kabul edildi, sonra tekrardan 5092'yle 2 yıla çıktı. İfade de o sırada birtakım karışıklıklar yaşandı. Aslında sürenin, kesinleşmeden itibaren başlaması amaçlandı. Neden? Kıymet takdiri kesinleşmeden önce hiçbir işlem yapamıyorusu-

TARTIŞMALAR

malın tekrar borçlunun mülkiyetine döndürülmesi amacıyla açılıyor. Eğer gerçekten böyle bir durum yoksa, bence burada iptal davası açılmaya gerek yok; muvazaa vardır ve muvazaayı da Yargıtay bu davada, incelemede dikkate alabilir. Üçüncü kişinin burada belki, alacaklıyla borçlu arasında cereyan eden ilişki, bir dava olarak kabul edildiği takdirde asli müdahalede bulunması düşünülebilir mi acaba, alacaklıyla borçlu arasında cereyan eden ilişkiye asli müdahalede bulunması söz konusu olabilir mi?

Mustafa OSKAY: Teşekkür ederim. Buyurun.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN: Öncelikle çok teşekkür ediyoruz her iki hocamıza da.

Benim Oğuz arkadaşşıma minik bir sorum var. Belki çok daha uzun bir süre içinde tartışılması gereken bir konu ama, iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı da göz önünde bulundurulduğunda, iflâs olgusunun ortaya çıkması öncesinde açılmış, münferit alacaklının açmış olduğu, 277 ve devamı çerçevesinde görülmekte olan bir tasarrufun iptali davası varsa, normalde iflâsın ertelenmesi davalar üzerinde etkili olmayacaktır, ancak bu tasarrufun iptali davalarında genellikle bir icra takibi yapılmıştır da, bu icra takibinden alacaklı alacağına kavuşamamış ve elinde bir aciz vesikası bulunduğu için bu davayı açmıştır. Sürmekte olan bu tasarrufun iptali davası, acaba iflâsın ertelenmesi söz konusu olursa daha sonraki zaman dilimi içinde, bir etkide bulunabilir mi davaya, davayı gören mahkeme, ben artık burada karar veremem, iflâsın ertelenmesi söz konusu oldu deyip orada bekleme durumunda mı olacak, yoksa kendi rejimi içerisinde o davayı görüp sonuçlandırır mı, alınan ilanı icraya koymak mümkün olamayacağına göre, orada bir problem çıkıyor gibi geliyor bana; onu bir tartışabilir miyiz?

Mustafa OSKAY: Çok teşekkür ederim.

Sayın Hakan hocam; buyurunuz efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Teşekkür ediyorum Sayın Başkanım. Hemen hızlı hızlı cevaplamaya çalışayım.

Önce, şu 62. maddenin yurt içinde adres gösterilmesiyle ilgili sadece bir tek uygulaması olduğunu ben düşünüyorum; o da, borçlu yurt dışında, takip talebi üzerine, ödeme emrini yurt dışına gönderiyoruz, o geliyor yurt içinde itiraz ediyor, işte o sırada yurt içinde bir adres göstermek zorunda. Müeyyide ağır; ama eskiden, unutmayın, itiraz yapılırken pul parası verilmediği takdirde de itiraz yapılmamış sayılıyordu. Yıllarca bu uygulama devam etti. Hatta bize icra hukukunu öğreten hocalarımız en çok bunun üzerinde durur ve bunu öğretirdi. İtiraz yaparken, o zaman 150 Kuruşta zannediyorum, 150 Kuruş pul parasını vermezseniz, itiraz yapılmamış sayılır derlerdi.

Mustafa OSKAY: İtirazın tebliği için.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet, tebliğ için. Sonradan, bu gider alacaklıdan alındığı için bu gerekmedi.

Burada da, yurt içinde adres göstermediği zaman ne yapacaksınız? İtiraz yapılmış sayacaksınız, ama takibi ondan sonraki aşamada ilerletemeyeceksiniz. O itirazla takibi durdurmuşsa bir daha bir şey yapmasına gerek yok. Ne yapacak borçlu? İtirazla takip durdu mu? Durdu. Adres göstermiyorum dedi. Peki, ne olacak? Takibi bir güzel durdurduktan sonra onun artık bir şey yapmasına gerek yok ki. Alacaklıya, hadi git, adresini araştır, bul da bundan sonraki tebligatları oraya yapalım, ya da yine yurt dışına tebligat yapalım diyeceksiniz. Bir çözümü yok. O zaman, ya katı davranacaksınız, bu hükmün getirilmesinin bir manası olacak ya da hiç böyle bir hükmü getirmeyeceksiniz. Ben, bu örnek dışında zaten 62. maddenin uygulanmayacağı kanısındayım.

Madde 128'deki kıymet takdirinin yapıldığı tarihten mi, yoksa kesinleştiği tarihten itibaren mi geçerli olması Komisyonun çok tartıştığı bir husus oldu. Biliyorsunuz, 128. madde ve 128-A maddesi kanunlaşırken talihsizliğe uğradı; ilk önce süre 1 yıl olarak kabul edildi, sonra tekrardan 5092'yle 2 yıla çıktı. İfade de o sırada birtakım karışıklıklar yaşandı. Aslında sürenin, kesinleşmeden itibaren başlaması amaçlandı. Neden? Kıymet takdiri kesinleşmeden önce hiçbir işlem yapamıyorusu-

TARTIŞMALAR

nuz. Belki aylar, günler sürüyor, bu kesinleşmeden önce hiçbir işlem yapmadığınız için, o sürenin hiçbir faydası yok. Halbuki, kesinleştikten sonra başlattığınız zaman o değer o tarihten sonra geçerli olmasının bir manası var. Hele hele kıymet takdirine yapılan şikâyetle kıymet takdiri değişirse, artarsa, hâlâ yapıldığı tarihten itibaren başlatmak biraz haksızlık olur gibi geliyor bana. Kanun'un yorumu böyle, ifadesi de buna yakın; katılıyorum Sayın Başkana. Bir de, bu tartışmanın belki 128-A'daki kıymet takdirinin kesinleşmesinin çok kısa bir sürede yapılması nedeniyle eski kadar tartışma konusu olmaması gerekir.

Madde 88 değişikliğinin isabetsizliği malûm; aksini doktrinde her hâlde hiç söyleyen olmadı. Kudret arkadaşımın söylediği ve Sayın Başkanın yorumuna aynen katılıyorum; fakat, uygulamada bu maddeyi bu hâle getirenler, bu değişikliği önerenler kesinlikle buna izin vermiyorlar. Bakın, 88. madde bu şekilde değiştikten sonra, 88'i değiştirmek üzere bir teklifde bulundum. Adalet komisyonundan da geçti. Bu maddeyle ilgili teklif şu şekildeydi: "*Üçüncü kişinin malik olması veya rehin hakkı sahibi olması dışında*" alacaklı rıza gösterirse haczedilen mal üçüncü kişinin elinde bırakılacaktı. Bu teklif Meclis'e geldiğinde, tutanaklar aleni, göreceksiniz, muhalefet partisi üyeleri bir önerge verdiler, Sayın Bakan kürsüye geldi, "*ben bu önergedeki endişelere katılmıyorum, ama öneriyi geri çekiyorum*" dedi. Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma maddeleri görüşülürken, Meclis'te, bu teklif geri alındı.

Hüveyda hanımın özellikle derdestlikle ilgili sorusunu belki Süha arkadaşımınla beraber tartışabilirdik. İcra ve İflâs Kanunu'nun yapılması diğer kanunlara nazaran daha hoyrat, daha az kanun yapma tekniğine uygun ve nedense anormal bir telaşla yapılıyor. Bu konuda, hepimiz yaşadık, 2000 yılından sonra bankalara el konulmasından sonra batık kredilerin, fon alacaklarının tahsili için; "*İcra ve İflâs Kanunu'nu değiştiriyoruz ve bu kanun değiştikten sonra tüm alacaklar tahsil edilecek*" şeklinde beyanlarda bulunuldu. Ancak biliyoruz ki, İcra ve İflâs Kanunu

sihirli değnek değil. Para varsa, mal varsa alacağı tahsil edebilirsiniz. Hortumlanmış olan şey, mal yok ise, hiçbir Kanun, yok olan malvarlığını var hâle getiremez. Bu nedenle bazı değişiklikler batık banka alacakları tahsil edilebilecek düşüncesiyle alelacele yapıldı. Bakın 338. maddede icra cezalarıyla ilgili hâlâ “*tetkik merci*” diyor. 338. madde de en son 5338 sayılı Kanun’la değişti. Sonradan çıkan kanun, önceki değişikliklerin farkında değil. İcra Cezaları ile ilgili çalışmalara biz katılmadık Komisyon olarak. Ortak bir çalışma yapabilme ortamı olmadığı için çalışmadan çekildik. Bunun üzerine bazı ceza hukukçuları bu maddeleri kendileri değiştirdiler.

Şanal hocamın ifadesiyle hemen hemen aynı görüşteyiz. Yabancı para alacakları bakımından borçlu gecikmeden sorumlu değilse, kur artışından ötürü sorumlu tutulmaması gerektiğini söylüyorum; ama sorumluyorsa, onda hiç tereddüt yok, alacaklının cebine para girinceye kadar sorumluluğu devam ediyor.

Polisten adres öğrenilmesini kastetmedim. Sizin söylediğiniz, normal, doğru, dürüst bir vatandaş. Ben de İzmir’den İstanbul’a taşınırken aynı şeyi yaptım. Bana gelen bütün tebligatlar, poliste ve muhtarda yeni adresim olduğu için bana ulaşıyor. Benim söylemek istediğim kişi, bunları yapmak istemeyen borçlu veya alacaklı. Ne polise gidiyor, ne başkasına yeni adresini bildiriyor. Bu konuda muhtarlar tarafından tutulan kayıtlar ciddi değil. İsterseniz iki-üç yerde kayıtlı olabiliyorsunuz. İsterseniz hiçbir yerde kaydınıza rastlanmıyor.

Sema hanımın aslında ifade ettiği doğrudan hacizle ilgili. Kudret arkadaşımın çok güzel bir tespiti oldu; o tespitin son derece isabetli olduğu kanısındayım. Sicil gerçekten sıkıntılara neden oluyor. Benim de duyduğum bir problem, bazen daktilodaki harfin yanlış düşmesi veya yanlış okunması, ki bazı harfler maalesef böyle, doğru okunmadığı takdirde bir gün hepimizin arabasına haciz konulduğunu öğrenebiliriz, sonra da aylarca uğraşabiliriz. Bunu, söylediğiniz anlamda değerlendirmek gerekir.

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Menkuller bakımından da bu durumun istisnası yok. Yargıtay, icra memuruna “*sen ne bulursan haczet*” diyor. İcra memurunun bu konuda bir takdir yetkisi yok.

Muhammet arkadaşımın, iflâsın ertelenmesiyle ilgili tespiti doğru. Yavuz Alangoya hocayla konuştum ve tartıştım. O da, kendisine kararda atf yapılmasına rağmen ilk bakışta bunun dava arkadaşlığı olmadığı kanısında olduğunu söyledi. Azınlık oyunda da Ömer Beye bir atf var. Burada ben, Yargıtay’ın düşüncesinin, Kanun’a çok uygun olmasa dahi doğru olduğu kanısındayım. Aynı kanıyı Alangoya hoca da paylaşıyor. Bunun, bizim uygulamada bilemediğimiz, bulamadığımız bir doğruluğu var; ama neye dayandıracağız? En yakını da “*benzer sebep*”. Başka bir sebebimiz yok. Yargıtay bugüne kadar kabul etmemiş, ama bu tür dava arkadaşlığını benzer sebebe sokabiliriz; çünkü proje ortak. Aslında, bu şirketler bileşik su kapları gibi, birinden bir şey aldığınız zaman öbüründen eksiliyor, birine bir şey kattığınız zaman öbürü de yükseliyor. Ben, bir tanesinin projesini okudum; diyor ki, “*makinelere satacağım, ama üç şirket veya dört şirket var, bundaki makineleri satacağım, bunun parasıyla hammadde alacağım buna, hammaddeyi aldıktan sonra bütün yabancı şirketlerle konuşacağım, hatta birisiyle anlaştım gelecek ve ortak olacak, sonra da ihracatla ilgili şu projelerim var*” diyor. Şimdi, baktığınız zaman, o kadar birbirine girmiş durumda ki, bunu ayıramıyorsunuz. Bu kararı biraz daha düşünüp tartışmak gerekir diye düşünüyorum.

Erdal Tercan arkadaşımın, “*88 uygulaması içinde 89 uygulanacak mı*” diye bir sorusu var.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hayır. 88 gibi bir imkân varken, yani 89’a başvurunun gerekmeyeceği kanısındayım. Gerçi 89. madde borçlu üçüncü kişi için çok lehe değiştirildi.

Süha arkadaşım, “89’u Hakan Bey anlatmadı” dedi. Çünkü 89. maddenin borçlu üçüncü kişiyi koruyan aşırı düzenlemesi çok eleştirildiği için ayrıca üzerinde durmadım. 89’un daha makul bir düzenlemesi olabilirdi.

Hüveyda hanımın sorusu... Bu toplantıyı özellikle Ankara’da yaptık. Çünkü uygulama aslında bizim yarımız. Keşke bu toplantıları daha sık yapabilesek. Birbirimizden öğreneceğimiz o kadar çok şey var ki. Sorunuz için de teşekkür ediyorum; çok güzel ve tartışılması gereken bir soru. Bunu da hemen cevaplama konusunda acele etmemek gerektiğini düşünüyorum. Soyadım gibi davranmayacağım, Sayın Başkanın söylediği gibi.

Burada aslında önce şunu tartışmamız lazım: Burada bir derdestlik yok mu? Hem itirazın iptalini, hem de itirazın kesin kaldırılmasını istediğimizde, bir kere burada bana göre bir derdestliğin tartışılması gerekir.

Hüveyda KARAKIŞ: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bence, kesin hüküm oluşturması derdestlik itirazı bakımından ayrı bir tartışma konusu. Taraflar aynı, konu aynı, sebep aynı; geriye ne kalıyor? Üstelik, bildiğiniz gibi, bir usûl ekonomisi gibi Anayasa’nın 141. maddesi var öncelikli olarak. Gereksiz yere masraf yapılması, zaman kaybı önlenmeli. Şimdi şunu sormalı: Neden uygulamada hem itirazın kesin kaldırılmasını, hem de iptalini istiyor? Bir, emniyet supabı, ikincisi, o 1 yıllık süreyi geçirmemek. Birinci olarak, bu derdestlik konusunda çok emin değilim; ikincisi, kim kimi beklesin? Hiç olmazsa derdestliği kabul etmezsek birisi diğerini beklesin ki, o Anayasanın 141. maddesinin gereğini böylelikle dolaylı sağlayabilelim. Açıkçası bana göre, öncelikli olarak itirazın kesin kaldırılmasının çözümü, ondan sonra, eğer bu reddedilirse, itirazın iptalinin çözülmesi daha uygun; çünkü, daha pratik, daha kolay olan bir yolla daha çabuk sonuca varmak bence usûl ekonomisine uygun. Zaten beklememizin amacı, usûl ekonomisini gerçekleştirmek. O usûl ekonomisi içinde ekonomiye uygun olan da, daha çabuk, daha basit olan yargılamayı bitirebilmek. Hangisi o?..

TARTIŞMALAR

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Menkuller bakımından da bu durumun istisnası yok. Yargıtay, icra memuruna “*sen ne bulursan haczet*” diyor. İcra memurunun bu konuda bir takdir yetkisi yok.

Muhammet arkadaşımın, iflâsın ertelenmesiyle ilgili tespiti doğru. Yavuz Alangoya hocayla konuştum ve tartıştum. O da, kendisine kararda atıf yapılmasına rağmen ilk bakışta bunun dava arkadaşlığı olmadığı kanısında olduğunu söyledi. Azınlık oyunda da Ömer Beye bir atıf var. Burada ben, Yargıtay’ın düşüncesinin, Kanun’a çok uygun olmasa dahi doğru olduğu kanısındayım. Aynı kanıyı Alangoya hoca da paylaşıyor. Bunun, bizim uygulamada bilemediğimiz, bulamadığımız bir doğruluğu var; ama neye dayandıracağız? En yakını da “*benzer sebep*”. Başka bir sebebimiz yok. Yargıtay bugüne kadar kabul etmemiş, ama bu tür dava arkadaşlığını benzer sebebe sokabiliriz; çünkü proje ortak. Aslında, bu şirketler bileşik su kapları gibi, birinden bir şey aldığınız zaman öbüründen eksiliyor, birine bir şey kattığınız zaman öbürü de yükseliyor. Ben, bir tanesinin projesini okudum; diyor ki, “*makinelere satacağım, ama üç şirket veya dört şirket var, bundaki makineleri satacağım, bunun parasıyla hammadde alacağım buna, hammaddeyi aldıktan sonra bütün yabancı şirketlerle konuşacağım, hatta birisiyle anlaştım gelecek ve ortak olacak, sonra da ihracatla ilgili şu projelerim var*” diyor. Şimdi, baktığınız zaman, o kadar birbirine girmiş durumda ki, bunu ayıramıyorsunuz. Bu kararı biraz daha düşünüp tartışmak gerekir diye düşünüyorum.

Erdal Tercan arkadaşımın, “*88 uygulaması içinde 89 uygulanacak mı*” diye bir sorusu var.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hayır. 88 gibi bir imkân varken, yani 89’a başvurunun gerekmeyeceği kanısındayım. Gerçi 89. madde borçlu üçüncü kişi için çok lehe değiştirildi.

Süha arkadaşım, “89’u Hakan Bey anlatmadı” dedi. Çünkü 89. maddenin borçlu üçüncü kişiyi koruyan aşırı düzenlemesi çok eleştirildiği için ayrıca üzerinde durmadım. 89’un daha makul bir düzenlemesi olabilirdi.

Hüveyda hanımın sorusu... Bu toplantıyı özellikle Ankara’da yaptık. Çünkü uygulama aslında bizim yarımız. Keşke bu toplantıları daha sık yapabilesek. Birbirimizden öğreneceğimiz o kadar çok şey var ki. Sorunuz için de teşekkür ediyorum; çok güzel ve tartışılması gereken bir soru. Bunu da hemen cevaplama konusunda acele etmemek gerektiğini düşünüyorum. Soyadım gibi davranmayacağım, Sayın Başkanın söylediği gibi.

Burada aslında önce şunu tartışmamız lazım: Burada bir derdestlik yok mu? Hem itirazın iptalini, hem de itirazın kesin kaldırılmasını istediğimizde, bir kere burada bana göre bir derdestliğin tartışılması gerekir.

Hüveyda KARAKIŞ: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bence, kesin hüküm oluşturması derdestlik itirazı bakımından ayrı bir tartışma konusu. Taraflar aynı, konu aynı, sebep aynı; geriye ne kalıyor? Üstelik, bildiğiniz gibi, bir usûl ekonomisi gibi Anayasa’nın 141. maddesi var öncelikli olarak. Gereksiz yere masraf yapılması, zaman kaybı önlenmeli. Şimdi şunu sormalı: Neden uygulamada hem itirazın kesin kaldırılmasını, hem de iptalini istiyor? Bir, emniyet supabı, ikincisi, o 1 yıllık süreyi geçirmemek. Birinci olarak, bu derdestlik konusunda çok emin değilim; ikincisi, kim kimi beklesin? Hiç olmazsa derdestliği kabul etmezsek birisi diğerini beklesin ki, o Anayasanın 141. maddesinin gereğini böylelikle dolaylı sağlayabilelim. Açıkçası bana göre, öncelikli olarak itirazın kesin kaldırılmasının çözümü, ondan sonra, eğer bu reddedilirse, itirazın iptalinin çözülmesi daha uygun; çünkü, daha pratik, daha kolay olan bir yolla daha çabuk sonuca varmak bence usûl ekonomisine uygun. Zaten beklememizin amacı, usûl ekonomisini gerçekleştirme. O usûl ekonomisi içinde ekonomiye uygun olan da, daha çabuk, daha basit olan yargılamayı bitirebilmek. Hangisi o?..

TARTIŞMALAR

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Menkuller bakımından da bu durumun istisnası yok. Yargıtay, icra memuruna “*sen ne bulursan haczet*” diyor. İcra memurunun bu konuda bir takdir yetkisi yok.

Muhammet arkadaşımın, iflâsın ertelenmesiyle ilgili tespiti doğru. Yavuz Alangoya hocayla konuştum ve tartıştım. O da, kendisine kararda atf yapılmasına rağmen ilk bakışta bunun dava arkadaşlığı olmadığı kanısında olduğunu söyledi. Azınlık oyunda da Ömer Beye bir atf var. Burada ben, Yargıtay’ın düşüncesinin, Kanun’a çok uygun olmasa dahi doğru olduğu kanusundayım. Aynı kanıyı Alangoya hoca da paylaşıyor. Bunun, bizim uygulamada bilemediğimiz, bulamadığımız bir doğruluğu var; ama neye dayandıracağız? En yakını da “*benzer sebep*”. Başka bir sebebimiz yok. Yargıtay bugüne kadar kabul etmemiş, ama bu tür dava arkadaşlığını benzer sebebe sokabiliriz; çünkü proje ortak. Aslında, bu şirketler bileşik su kapları gibi, birinden bir şey aldığımız zaman öbüründen eksiliyor, birine bir şey kattığımız zaman öbürü de yükseliyor. Ben, bir tanesinin projesini okudum; diyor ki, “*makinelere satacağım, ama üç şirket veya dört şirket var, bundaki makineleri satacağım, bunun parasıyla hammadde alacağım buna, hammaddeyi aldıktan sonra bütün yabancı şirketlerle konuşacağım, hatta birisiyle anlaştım gelecek ve ortak olacak, sonra da ihracatla ilgili şu projelerim var*” diyor. Şimdi, baktığımız zaman, o kadar birbirine girmiş durumda ki, bunu ayıramıyorsunuz. Bu kararı biraz daha düşünüp tartışmak gerekir diye düşünüyorum.

Erdal Tercan arkadaşımın, “*88 uygulaması içinde 89 uygulanacak mı*” diye bir sorusu var.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hayır. 88 gibi bir imkân varken, yani 89’a başvurunun gerekmeyeceği kanusundayım. Gerçi 89. madde borçlu üçüncü kişi için çok lehe değiştirildi.

Süha arkadaşım, “89’u Hakan Bey anlatmadı” dedi. Çünkü 89. maddenin borçlu üçüncü kişiyi koruyan aşırı düzenlemesi çok eleştirildiği için ayrıca üzerinde durmadım. 89’un daha makul bir düzenlemesi olabilirdi.

Hüveyda hanımın sorusu... Bu toplantıyı özellikle Ankara’da yaptık. Çünkü uygulama aslında bizim yarımız. Keşke bu toplantıları daha sık yapabilesek. Birbirimizden öğreneceğimiz o kadar çok şey var ki. Sorunuz için de teşekkür ediyorum; çok güzel ve tartışılması gereken bir soru. Bunu da hemen cevaplama konusunda acele etmemek gerektiğini düşünüyorum. Soyadım gibi davranmayacağım, Sayın Başkanın söylediği gibi.

Burada aslında önce şunu tartışmamız lazım: Burada bir derdestlik yok mu? Hem itirazın iptalini, hem de itirazın kesin kaldırılmasını istediğimizde, bir kere burada bana göre bir derdestliğin tartışılması gerekir.

Hüveyda KARAKIŞ: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bence, kesin hüküm oluşturması derdestlik itirazı bakımından ayrı bir tartışma konusu. Taraflar aynı, konu aynı, sebep aynı; geriye ne kalıyor? Üstelik, bildiğiniz gibi, bir usûl ekonomisi gibi Anayasa’nın 141. maddesi var öncelikli olarak. Gereksiz yere masraf yapılması, zaman kaybı önlenmeli. Şimdi şunu sormalı: Neden uygulamada hem itirazın kesin kaldırılmasını, hem de iptalini istiyor? Bir, emniyet supabı, ikincisi, o 1 yıllık süreyi geçirmemek. Birinci olarak, bu derdestlik konusunda çok emin değilim; ikincisi, kim kimi beklesin? Hiç olmazsa derdestliği kabul etmezsek birisi diğerini beklesin ki, o Anayasanın 141. maddesinin gereğini böylelikle dolaylı sağlayabilelim. Açıkçası bana göre, öncelikli olarak itirazın kesin kaldırılmasının çözümü, ondan sonra, eğer bu reddedilirse, itirazın iptalinin çözülmesi daha uygun; çünkü, daha pratik, daha kolay olan bir yolla daha çabuk sonuca varmak bence usûl ekonomisine uygun. Zaten beklememizin amacı, usûl ekonomisini gerçekleştirmek. O usûl ekonomisi içinde ekonomiye uygun olan da, daha çabuk, daha basit olan yargılamayı bitirebilmek. Hangisi o?..

TARTIŞMALAR

Hüveyda KARAKIŞ: ...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben...

Bir Katılımcı: Hocam, biraz...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Yok. Ben, daha çabuk bitmesi gerektiğinden, daha basit çözümü gerektiğinden, öncelikle itirazın kesin kaldırılmasının tamamlanmasının uygun olduğu kanısındayım.

Bir Katılımcı: Hocam, bekletmeye gerek kalmaz, çünkü zaten geniş yetkili mahkeme, bütün delilleri değerlendirir.... ortaya çıkar o zaman.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: O zaman...

Bir Katılımcı: (Devamla) Orada zaten belli...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: O zaman, bunu bekletici sorun yapmanın bir anlamı var mı; onu sormak isterim.

Bir Katılımcı: (Devamla) Değerli hocam, bekletici mesele yapmaya gerek yok. Hangisi sonuçlanırsa ona göre... Zaten itirazın iptali davası sonuçlanırsa ötekinin kıymeti harbiyesi kalmayacak.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: O zaman, gereksiz yere...

Bir Katılımcı: (Devamla) Birbirini beklemesine gerek yok.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben, o zaman gereksiz yere masraf yapılacağını, gereksiz yere zaman kaybedileceğini düşünüyorum.

Bir Katılımcı: (Devamla) O alacaklının takdiri.

Mustafa OSKAY: Evet, buyurun Hocam.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Neyse. Burada bir sonuca varmak çok kolay bir iş değil. Hüveyda hanım hep zor sorular soruyor; bu da öyle.

Mustafa OSKAY: Güzel konular.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet.

Bir Katılımcı: Biz de zorlandık.

Mustafa OSKAY: Biz de çok tartışıyoruz Hocam.

Buyurunuz.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: “*Hangi tarihteki kur*” diye Ermenek sordu; bir de 12’yi sordu.

Biliyorsunuz, yabancı parayla ilgili takiplerde iki tarihi esas alabilirsiniz; ya vade tarihini ya da fiili ödeme tarihini. Fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden talep etmeyi eğer istiyorsanız bunun dışında bir tarihi esas alamazsınız. Ancak vade tarihi bugünlerde zaman zaman işe yarıyor; çünkü, vade sırasında doların Kuru daha yüksek olduğu için, vade tarihindeki kur üzerinden talepte bulunmalı, ama, bilinmeli ki, vade tarihindeki kur üzerinden istediğiniz zaman ayrıca munzam zarar talep etmek mümkün değil.

12. maddenin uygulamasıyla ilgili ben yeni tarihli Yargıtay kararı bilmiyorum. Doktrinde bu konuda, yanlış hatırlamıyorsam, Berkin’le ben aynı görüşteyim. Şunu söylüyoruz: Dediğiniz gibi, efektif yabancı para borcu söz konusuysa, aynen ödenmesi gerekiyorsa, yabancı paranın dahi icra dairesine ödenerek takibi sona erdirmek mümkün ki, Yargıtay’ın eski bir kararı var; “*icra dairesine Mark üzerinden yapılan ödemenin, ödeme tarihindeki kur esas alınarak çevrilmesi ve takibin bu anlamda sona erdirilmesi gerekir.*” diyor. Burada da takip konusu, yabancı para, Mark. Dolayısıyla, bunun uygulamada mümkün olduğunu en azından o Yargıtay kararlarından çıkarıyorum.

İtibarın iadesini söyledim.

143’le ilgili faizi sordunuz. Bu faiz tabii ki, aciz belgesi verildiği tarihten sonra işleyecek olan faiz. Çünkü, o zamana kadar her şey hesaplanacak, alacaklıya ne ödendiye, geri kalan para üzerinden bu devam edecek. Burada, faiz, ana para, her

TARTIŞMALAR

şey birbirine karışacağı için, açıkçası faize faiz yürütülmesi dahi söz konusu olabilecek. Aciz belgesine para yazılırken, kalan miktar yazılıyor; şu kadar ana para, bu kadar faiz borcu gibi bir ayırım yapılmıyor bildiğim kadarıyla.

Kudret arkadaşımın ifadelerine aynen katılıyorum.

Teşekkür ediyorum. Benim cevaplarım bunlar. Sağ olun.

Mustafa OSKAY: Teşekkür ederim değerli Hakan hocamıza. Oğuz Hocam; buyurunuz efendim.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim.

Ben de soruluş sırasına göre cevaplandırmaya çalışayım.

Öncelikle, değerli hocamın, *“bağımsız denetim kuruluşları bu sistemde yer alabilirler mi”* şeklinde bir sorusu oldu; yani *“bağımsız denetim kuruluşları neden gündeme geldi?”* Kuşkusuz, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada bağımsız denetim kuruluşlarının hazırlayacağı finansal analiz raporları o projenin gerçekçi, bir proje olup olmadığı konusunda mahkemeye kanaat verecek. Hatta bu kanunun hazırlığı sırasında, bu tür bağımsız denetim kuruluşlarının hazırladığı rapordan sonra, mahkemedeki tasdik aşamasında, artık yeni bir bilirkişi incelemesine gerek kalmayacağı düşünüldükçe, 30 gün içinde karar verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu bağımsız denetim kuruluşları, kamu itimatını mazhar kuruluşlardır. SPK dahi bunların raporlarına güvenip işlem yapıyor, itibar ediyor. Dolayısıyla, aslında, şu anda üzerinden çok süre geçtiği için belki söylemekte bir beis yok, Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında iflâsın ertelenmesi kurumu düzenlenirken bu gündeme geldi. Hatta orada, *“mutlaka bağımsız denetim kuruluşları olsun, bunların hazırlayacakları raporlar mahkemece esas alınsın ve bilirkişi problemi de böylelikle çözülmüş olsun”* şeklinde bir görüş gündeme gelmişti; ancak, uygulamadan, bu işin çok pahalıya çıkacağı, bir finansal analiz raporun, 20-30 bin dolarlar olduğu, en az 10 bin dolardan aşağıya kimsenin eline rapor için kalem almadığı gibi gerekçelerle, yargılamayı aşırı pahalı hâle getireceği, yüksek

bilirkişi ve yargılama giderlerine yol açacağı şeklinde itirazlar geldi, bu sebeple vazgeçildi ondan. Ben hâlâ aynı kanaatteyim; kanaatimce, nasıl ki yeniden yapılandırmada bağımsız denetim kuruluşlarının raporlarını esas alıyoruz, iflâsın ertelenmesinde de, projenin ciddî ve inandırıcı olup olmadığına bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanacak bir raporla tespit edilmesinde fayda vardır. Şu anda mahkemeler bilirkişi olarak bu tür kuruluşlara başvurabilirler; çünkü, bilirkişinin tüzel kişi olmasına bir engel yok. Ayrıca, kaldı ki, bağımsız denetim kuruluşları da, biliyorsunuz, imza yetkili yeminli mali müşavirler tarafından temsil ediliyor, onların şahsî sorumlulukları da var. Pekâlâ mahkemeler, bu konuda bilirkişi olarak bağımsız denetim kuruluşlarından yararlanabilirler, bir engel yok. Evet çok pahalı. Duyduğum kadarıyla 10 bin dolara, 20 bin dolara analiz raporları hazırlıyorlar. Fakat, bir firma, benim geleceğim kurtulacak, şu projeyi yapacağım iddiasıyla geliyorsa, hepten de batmadıysa belki bu masrafı da karşılamaya hazır olabilir. Belirtmek gerekir ki, uygulamada bilirkişiyle ilgili çok ciddi problemler mevcuttur. *“İflâsın ertelenmesi konusunda bilirkişilerin titiz davranmadığı, hatta Yargıtay kararlarının birçoğunda karar vermeye elverişli olmayan, denetime elverişli olmayan bilirkişi raporlarıyla hüküm verilmesi uygun görülmemiştir”* diye bozmalar var. Gerçekten çok yüzeysel incelemelerle bilirkişiler, *“evet, şu kadar tahmini satış var, şu kadar da maliyet var, şu kadar gelir elde edecek, bu firma kendini toparlar”* diye rapor verebiliyorlar. Bu tartışma da belki ortadan kalkar. Ben de aynı kanaatteyim; bu kuruluşların, bu tür yeniden yapılandırma veya daha genel ismiyle rehabilitasyon süreçlerinde rol almaları gerekir. Netice itibarıyla birilerine güvenmek zorundayız; yani ya onlara güveneceğiz, (SPK'nun da güvendiği firmalara) veya koridorlarımızdaki bilirkişilere güveneceğiz, birilerine güveneceğiz. Tercih meselesi, biraz da masraf meselesi her hâlde. Uygulama her hâlde yön verecektir.

Sema arkadaşımızın sorusu: *“Erteleme süresi içinde yeniden yapılandırma kararı verilirse, projesi tasdik edilirse ne olur, süre kalkar mı, iki süre paralel mi işler?”*

şey birbirine karışacağı için, açıkçası faize faiz yürütülmesi dahi söz konusu olabilecek. Aciz belgesine para yazılırken, kalan miktar yazılıyor; şu kadar ana para, bu kadar faiz borcu gibi bir ayırım yapılmıyor bildiğim kadarıyla.

Kudret arkadaşımın ifadelerine aynen katılıyorum.

Teşekkür ediyorum. Benim cevaplarım bunlar. Sağ olun.

Mustafa OSKAY: Teşekkür ederim değerli Hakan hocamıza. Oğuz Hocam; buyurunuz efendim.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim.

Ben de soruluş sırasına göre cevaplandırmaya çalışayım.

Öncelikle, değerli hocamın, *“bağımsız denetim kuruluşları bu sistemde yer alabilirler mi”* şeklinde bir sorusu oldu; yani *“bağımsız denetim kuruluşları neden gündeme geldi?”* Kuşkusuz, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmada bağımsız denetim kuruluşlarının hazırlayacağı finansal analiz raporları o projenin gerçekçi, bir proje olup olmadığı konusunda mahkemeye kanaat verecek. Hatta bu kanunun hazırlığı sırasında, bu tür bağımsız denetim kuruluşlarının hazırladığı rapordan sonra, mahkemedeki tasdik aşamasında, artık yeni bir bilirkişi incelemesine gerek kalmayacağı düşünülerek, 30 gün içinde karar verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu bağımsız denetim kuruluşları, kamu itimatını mazhar kuruluşlardır. SPK dahi bunların raporlarına güvenip işlem yapıyor, itibar ediyor. Dolayısıyla, aslında, şu anda üzerinden çok süre geçtiği için belki söylemekte bir beis yok, Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında iflâsın ertelenmesi kurumu düzenlenirken bu gündeme geldi. Hatta orada, *“mutlaka bağımsız denetimi kuruluşları olsun, bunların hazırlayacakları raporlar mahkemece esas alınsın ve bilirkişi problemi de böylelikle çözülmüş olsun”* şeklinde bir görüş gündeme gelmişti; ancak, uygulamadan, bu işin çok pahalıya çıkacağı, bir finansal analiz raporun, 20-30 bin dolarlar olduğu, en az 10 bin dolardan aşağıya kimsenin eline rapor için kalem almadığı gibi gerekçelerle, yargılamayı aşırı pahalı hâle getireceği, yüksek

bilirkişi ve yargılama giderlerine yol açacağı şeklinde itirazlar geldi, bu sebeple vazgeçildi ondan. Ben hâlâ aynı kanaatteyim; kanaatimce, nasıl ki yeniden yapılandırmada bağımsız denetim kuruluşlarının raporlarını esas alıyoruz, iflâsın ertelenmesinde de, projenin ciddî ve inandırıcı olup olmadığının bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanacak bir raporla tespit edilmesinde fayda vardır. Şu anda mahkemeler bilirkişi olarak bu tür kuruluşlara başvurabilirler; çünkü, bilirkişinin tüzel kişi olmasına bir engel yok. Ayrıca, kaldı ki, bağımsız denetim kuruluşları da, biliyorsunuz, imza yetkili yeminli malî müşavirler tarafından temsil ediliyor, onların şahsî sorumlulukları da var. Pekâlâ mahkemeler, bu konuda bilirkişi olarak bağımsız denetim kuruluşlarından yararlanabilirler, bir engel yok. Evet çok pahalı. Duyduğum kadarıyla 10 bin dolara, 20 bin dolara analiz raporları hazırlıyorlar. Fakat, bir firma, benim geleceğim kurtulacak, şu projeyi yapacağım iddiasıyla geliyorsa, hepten de batmadıysa belki bu masrafı da karşılamaya hazır olabilir. Belirtmek gerekir ki, uygulamada bilirkişiyle ilgili çok ciddî problemler mevcuttur. *“İflâsın ertelenmesi konusunda bilirkişilerin titiz davranmadığı, hatta Yargıtay kararlarının birçoğunda karar vermeye elverişli olmayan, denetime elverişli olmayan bilirkişi raporlarıyla hüküm verilmesi uygun görülmemiştir”* diye bozmalar var. Gerçekten çok yüzeysel incelemelerle bilirkişiler, *“evet, şu kadar tahmini satış var, şu kadar da maliyet var, şu kadar gelir elde edecek, bu firma kendini toparlar”* diye rapor verebiliyorlar. Bu tartışma da belki ortadan kalkar. Ben de aynı kanaatteyim; bu kuruluşların, bu tür yeniden yapılandırma veya daha genel ismiyle rehabilitasyon süreçlerinde rol almaları gerekir. Netice itibarıyla birilerine güvenmek zorundayız; yani ya onlara güveneceğiz, (SPK'nın da güvendiği firmalara) veya koridorlarımızdaki bilirkişilere güveneceğiz, birilerine güveneceğiz. Tercih meselesi, biraz da masraf meselesi her hâlde. Uygulama her hâlde yön verecektir.

Sema arkadaşımızın sorusu: *“Erteleme süresi içinde yeniden yapılandırma kararı verilirse, projesi tasdik edilirse ne olur, süre kalkar mı, iki süre paralel mi işler?”*

TARTIŞMALAR

Daha önceki yazılarımda konkordato mühletiyle ilgili olarak ben de görüşümü bildirmiştim. Konkordato mühleti, daha doğrusu iflâsın ertelenmesi süresi içinde bir konkordato mühleti verilirse, artık kural olarak konkordato mühleti esastır, diğer süreye gerek yoktur. İflâsın ertelenmesinin sebebi burada, *“ben konkordato yapacağım”* iddiasıdır. Pekâlâ iflâsın ertelenmesindeki proje, yeniden yapılandırma projesi olabilir. Borca batık hâle gelmiş olan bir şirket, *“ben yeniden yapılandırmaya gidiyorum, alacaklarımla görüşme aşamasındayım, bakın, oylarını topladım, çoğunlukla kabul edilecek durumdadır, bana mühlet tanın-sın, ben bu mühlet içinde takiplerden korunmuş bir biçimde yeniden yapılandırma anlaşmamı yapayım”* şeklinde bir projeye gelebilir. Mahkeme de bunu inandırıcı, ciddî bulursa, daha önceki müzakere notları vardır, protokoller vardır, hakikaten alacaklılara, tartışılmış alacaklılar gruplara ayrılmış, bir kısmının oylamaları bitmiş olabilir, bu aşamadaki bir şirketi batırmanın da kimseye yararı yoktur. Gerçekten sırf bu sebeple, *“yeniden yapılandırma yoluna gitme”* gerekçesiyle, deliller gelmek koşuluyla iflâsın ertelenmesi kararı verilebilir. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi süresi içinde yeniden yapılandırma prosedürü bitmiş, mahkeme tasdiki alınmışsa, artık iflâsın ertelenmesi süresine gerek yoktur. Dolayısıyla, artık yeniden yapılandırmanın süresi başlayacak. O tasdik edilmiş yeniden yapılandırma projesine göre şirket borçlarını ödemeye başlayacaktır. Belki, 2 senesi ödemesiz 10 senelik proje yapılabilir...

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR:...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Kuşkusuz.

Evet, devam etmek lazım diye düşünüyorum; çünkü, projeden etkilenmeyen alacaklılara zaten projeyi hazırlayan şirket ödeme vaadinde bulunuyor. Projeden etkilenmeyen alacaklıların statüsü nedir? Borçlarda indirim yoktur, faizlerde indirim yoktur, daha önce aralarında kararlaştırılmış olan sözleşmelere göre muaccel olan tarihlerde şirket, proje dışındaki alacaklılara ödeme yapacağını zaten o projesinde taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, kendi seçimi bu. Pekâlâ onları da katabilirdi işin

içine. İflâsın ertelenmesi bir yandan devam edecek, takipler yapılamayacak, bakın o zaman şöyle bir problem de ortaya çıkabilir: Yeniden yapılandırma projesi tasdik edildikten sonra gelen ilk taksit, üç ay sonra ilk taksit süresi geliyor, iflâsın ertelenmesi süresinin de 1 yılının bitmediğini düşünelim veya 4 yıl daha uzatıldığını düşünelim, bir yandan yeniden yapılandırma projesi mahkeme tasdikinden geçmiş, kesinleşmiş, alacaklılar, gerçekten kendilerine süresinde bu ödemelerin yapılacağına ikna olmuşlar ki onay vermişler oylamada; ama bir yandan da iflâsın ertelenmesi süresi devam ediyor, takip yapamıyorsunuz.

Bu durumda aslında, süresinde ödenmediğinde, biliyorsunuz, yeniden yapılandırma projesinin feshi yoluna gitmek mümkün. Dolayısıyla, iflâsın ertelenmesi niçin alınmıştı? Yeniden yapılandırma yapacağım diye alınmıştı. Şirket, yeniden yapılandırmadaki taahhütlerinden kaçmak için iflâsın ertelenmesi süresine sığınursa, onun sonu iflâstır zaten. Yeniden yapılandırma projesi ortadan kaldırılıp, bildiğimiz gibi şirketin doğrudan iflâsı da istenebilecektir.

Erdal arkadaşımızın sorusu veya düşüncesi vardı; "206'da daha önceki düzenlemelerde belli bir sıraya atıf yapılarak imtiyaz tanınmışsa, 206. maddedeki değişiklikten sonra, yani beş sıra, şimdi dört sıra oldu, diyelim ki, ikinci sırasına atıf yapılmıştı, şu andaki imtiyaz durumu ne olacak?"

Evet, iki ihtimal var. Şimdi imtiyazlı sıralar üçe düştü. Daha önce beşti. İlk iki sıra aynen korundu eski düzenlemede olduğu gibi, büyük oranda korundu, (yani birinci sırada "işçi alacakları", ikinci sırada "aile hukukundan doğan alacaklar"), ama daralarak korundu. Daha önceki düzenlemede 206. maddenin birinci sırasına atıf yapılmışsa, ikinci sırasına atıf yapılmışsa ihtimalinde ne olacak? Bu sıralar çünkü o zaman da imtiyazlıydı, şimdi de imtiyazlı.

Daha önceki düzenlemede, 206'daki değişiklikten önce 206'daki dördüncü sıraya atıf yapılmışsa ne olacak? Bugün dördüncü sıra "adi alacaklılar." Şimdi belki şöyle bir değerlendirme

TARTIŞMALAR

Daha önceki yazılarımda konkordato mühletiyle ilgili olarak ben de görüşümü bildirmiştim. Konkordato mühleti, daha doğrusu iflâsın ertelenmesi süresi içinde bir konkordato mühleti verilirse, artık kural olarak konkordato mühleti esastır, diğer süreye gerek yoktur. İflâsın ertelenmesinin sebebi burada, *“ben konkordato yapacağım”* iddiasıdır. Pekâlâ iflâsın ertelenmesindeki proje, yeniden yapılandırma projesi olabilir. Borca batık hâle gelmiş olan bir şirket, *“ben yeniden yapılandırmaya gidiyorum, alacaklarımla görüşme aşamasındayım, bakın, oylarını topladım, çoğunlukla kabul edilecek durumdadır, bana mühlet tanın-sın, ben bu mühlet içinde takiplerden korunmuş bir biçimde yeniden yapılandırma anlaşmamı yapayım”* şeklinde bir projeye gelebilir. Mahkeme de bunu inandırıcı, ciddi bulursa, daha önceki müzakere notları vardır, protokoller vardır, hakikaten alacaklılara, tartışılmış alacaklılar gruplara ayrılmış, bir kısmının oylamaları bitmiş olabilir, bu aşamadaki bir şirketi batırmanın da kimseye yararı yoktur. Gerçekten sırf bu sebeple, *“yeniden yapılandırma yoluna gitme”* gerekçesiyle, deliller gelmek koşuluyla iflâsın ertelenmesi kararı verilebilir. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi süresi içinde yeniden yapılandırma prosedürü bitmiş, mahkeme tasdiki alınmışsa, artık iflâsın ertelenmesi süresine gerek yoktur. Dolayısıyla, artık yeniden yapılandırmanın süresi başlayacak. O tasdik edilmiş yeniden yapılandırma projesine göre şirket borçlarını ödemeye başlayacaktır. Belki, 2 senesi ödemesiz 10 senelik proje yapılabilir...

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR:...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Kuşkusuz.

Evet, devam etmek lazım diye düşünüyorum; çünkü, projeden etkilenmeyen alacaklılara zaten projeyi hazırlayan şirket ödeme vaadinde bulunuyor. Projeden etkilenmeyen alacaklıların statüsü nedir? Borçlarda indirim yoktur, faizlerde indirim yoktur, daha önce aralarında kararlaştırılmış olan sözleşmelere göre muaccel olan tarihlerde şirket, proje dışındaki alacaklılara ödeme yapacağını zaten o projesinde taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, kendi seçimi bu. Pekâlâ onları da katabilirdi işin

içine. İflâsın ertelenmesi bir yandan devam edecek, takipler yapılamayacak, bakın o zaman şöyle bir problem de ortaya çıkabilir: Yeniden yapılandırma projesi tasdik edildikten sonra gelen ilk taksit, üç ay sonra ilk taksit süresi geliyor, iflâsın ertelenmesi süresinin de 1 yılının bitmediğini düşünelim veya 4 yıl daha uzatıldığını düşünelim, bir yandan yeniden yapılandırma projesi mahkeme tasdikinden geçmiş, kesinleşmiş, alacaklılar, gerçekten kendilerine süresinde bu ödemelerin yapılacağına ikna olmuşlar ki onay vermişler oylamada; ama bir yandan da iflâsın ertelenmesi süresi devam ediyor, takip yapamıyorsunuz.

Bu durumda aslında, süresinde ödenmediğinde, biliyorsunuz, yeniden yapılandırma projesinin feshi yoluna gitmek mümkün. Dolayısıyla, iflâsın ertelenmesi niçin alınmıştı? Yeniden yapılandırma yapacağım diye alınmıştı. Şirket, yeniden yapılandırmadaki taahhütlerinden kaçmak için iflâsın ertelenmesi süresine sığınır, onun sonu iflâstır zaten. Yeniden yapılandırma projesi ortadan kaldırılıp, bildiğimiz gibi şirketin doğrudan iflâsı da istenebilecektir.

Erdal arkadaşımızın sorusu veya düşüncesi vardı; “206’da daha önceki düzenlemelerde belli bir sıraya atıf yapılarak imtiyaz tanınmışsa, 206. maddedeki değişiklikten sonra, yani beş sıra, şimdi dört sıra oldu, diyelim ki, ikinci sırasına atıf yapılmıştı, şu andaki imtiyaz durumu ne olacak?”

Evet, iki ihtimal var. Şimdi imtiyazlı sıralar üçe düştü. Daha önce beşti. İlk iki sıra aynen korundu eski düzenlemede olduğu gibi, büyük oranda korundu, (yani birinci sırada “işçi alacakları”, ikinci sırada “aile hukukundan doğan alacaklar”), ama daralarak korundu. Daha önceki düzenlemede 206. maddenin birinci sırasına atıf yapılmışsa, ikinci sırasına atıf yapılmışsa ihtimalinde ne olacak? Bu sıralar çünkü o zaman da imtiyazlıydı, şimdi de imtiyazlı.

Daha önceki düzenlemede, 206’daki değişiklikten önce 206’daki dördüncü sıraya atıf yapılmışsa ne olacak? Bugün dördüncü sıra “adi alacaklılar.” Şimdi belki şöyle bir değerlendirme

TARTIŞMALAR

mümkün: Ya toptan bir muameleye tâbi tutacağız, diyeceğiz ki, bu 206. maddedeki sıraya ilişkin değişiklikler yürürlüğü girdikten sonra, daha önceki kanunlarda ve hükümlerde, bu maddelere münferit olarak sıra numaralarıyla belirtilerek yapılan atıflar dahi artık 206. maddenin üçüncü sırasındaki atıf sayılır, yani diğer kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklılar sınıfına girer veya diyeceğiz ki, sadece bir ve ikinci sıraya daha önce yapılan atıflar geçerli kalsın, üç ve dördüncü sıraya yapılan atıfların anlamı yok, artık onlar toplu hâlde...

Bir Katılımcı: ...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: O zaman iki seçenek var: Ya, bunlar geçersiz olmuştur, yani fiilen kaldırılmış gibi, yürürlükten kalkmış gibi düşüneceğiz ve adi alacak sayacağız veya diyeceğiz ki, hayır, kanun koyucunun iradesi, bu alacaklılara imtiyaz tanımak doğrultusundadır, o zaman üçüncü sıraya girsin. Bana, bu üçüncü sıraya dahil etmek çözümü daha yakın geliyor diye düşünüyorum.

Diğer bir soru, *“takip yasağıyla ilgili”*. Evet, iflâsın ertelenmesi süresi içinde takip talebinde bulunulabilir, ancak ödeme emri gönderilemez veya takip talebinde de bulunulamaz şeklindeki tartışma. Buradaki durum şu diye düşünüyorum: 179. madde, *“yeni takip yapılamaz ve mevcut takiplere devam edilemez”* diyor. Yine takip yapılmaktan maksat nedir? Takip talebinde bulunmayı biz takip yapma kavramı içinde algılayacak mıyız? Bir takip yapılmakla aslında alacaklı bir zaman aşımı süresini kesiyor veya başlatıyor. Kanun’da da diyor ki, *“bir takip muamelesiyle kesilebilen zaman aşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.”*

Bakın, bizim klasik takip muamelesi nedir? İcra dairesi tarafından yapılan, borçlunun mal varlığına yönelik ve takibi bir aşama daha ilerletmeye elverişli işlemlere icra takip işlemi diyoruz; takip talebini de bunlardan saymıyoruz klasik olarak, çünkü icra müdürünün bir işlemi değildir. Dolayısıyla, takip talebinde bulunmakla maddî hukuk bakımından zaman aşımı sürelerini kesme hakkı varken, onu elinden alırsak, zaten buna

göre zaman aşımı, hak düşüren süre durmuyor. Bu alacaklı iyice açıkta kalacak, yani takip yapamayacak. Takip talebinde de bulunamazsın dersek, bunu kabul edersek, maddî hukukun tanıdığı zaman aşımı sürelerini koruyacak bir müessese de ortadan kalkıyor. Çünkü burada ne diyor? *“Takip muamelesiyle kesilen...”*

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Oradaki takip muamelesi, bizim bildiğimiz teknik anlamda takip muamelesi olarak kastedilmediğini...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Ben de o kanaatteyim. Öyle olması iyi; ama böyle anlaşılırsa çok ciddi hak kayıplarına sebebiyet verir. Dolayısıyla, belki yanlış anlaşılmalara da bertaraf etmek amacıyla şöyle düşündüm ben: Takip talebinde bulunulabilirsin, ancak takip devam etmesin.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Bir anlamı yok.

Bir Katılımcı: Şikâyet konusu da olmaz zaten...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Yani takip talebi kabul edilsin, daha sonra ödeme emri gönderildiğinde o şikâyet üzerine iptal edilebilir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: O zaman hiç doğmuyor...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Ödeme emrini iptal etmiş oluruz. Takibi iptal değil.

Mustafa OSKAY: Şimdi efendim, hemen bu konuyu kapatıyoruz. Bir defa, takip talebinde bulunma yetkisi alacaklıya ait. Alacaklı takip taleptesini yazdı, icra dairesine verdi. İcra müdürü, yasa hükmü gereğince belli bir sürede ödeme emri göndermekle mükelleftir. Hangi hâllerde ödeme emri göndermeyeceği, örneğin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla bir takip başlatırsanız, belge şu, şu niteliği taşıyorsa ödeme emri göndermez kambiyo takiplerinde. Bu olayın düzenlenmesi, bu maddenin düzenlenmesinde, takip talebi ile

TARTIŞMALAR

başlatılmaya çalışılan, icra takibi ödeme emri tebliğ etmiyorum şeklinde bence icra müdürünün bir takdir yetkisi yoktur. İcra müdürü ödeme emrini gönderdikten sonra takip iptal edilir. Takip iptal edilirse zaten hiç başlamamış sayılacak ve böylece zaman aşımı kesilmeyecektir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ödeme emri değil.

Mustafa OSKAY: Ödeme emri değil.

Ödeme emri gönderildikten sonra takip iptal edilecektir. Takip iptal edildikten sonra zaten zaman aşımını kesmesi de söz konusu olmayacak.

Mustafa OSKAY: Elbette diye düşünüyorum. Benim kişisel düşüncem. Tabii bağlayıcı değil.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Uygulama da böyle mi?

Mustafa OSKAY: Buyurun.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkürler.

Kudret arkadaşımız, "251. maddedeki bu müflisin sonradan yeni mal iktisabıyla ilgili yargılamaya asli müdahale olabilir mi" diye sormuş.

Önce şunu söyleyelim: 251'deki düzenleme, "genel hükümler çerçevesinde icra mahkemesi bu ihtilafî hâllerde" diyor. Bu aynen, dediğimiz gibi, istihkak davasında ve ihalenin feshi davasındaki hükümler gibi, yani genel hükümlere göre hâlledilecekse, o zaman, bu yargılamanın sonunda verilen karar maddî anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. İcra mahkemesinin kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesi istisnaî bir durum. Onlardan birini de burada görüyoruz her hâlde. Dolayısıyla, genel hükümlere göre yürütülen bu yargılamada da asli müdahale pekâlâ mümkün olur. Bunun sonunda bir mülkiyet meselesi hâllolacaksa, malın gerçekten kendisine ait olduğunu iddia eden üçüncü kişi burada asli müdahil olarak yer alabilmelidir diye düşünüyorum.

Son soru Meral arkadaşımızın sorusu: “İflâsın ertelenmesi sırasında önceden açılmış olan tasarrufun iptali davalarının durumu ne olacak?”

İflâsın ertelenmesi süresi, Kanun’da da çok açık olduğu gibi, hukuk davaları konusunda bir etki yapmıyor; takiplere etkisi var. Ancak, bir görüşe göre, icra takibinin doğal bir aşamasını teşkil eden hukuk davalarının da durması gerekir. Neden? Usûl ekonomisi gereği durması gerekir. Çünkü, buradan karar çıksa bile, sonuçta o takibe devam mümkün değil. İşte bu tasarrufun iptali davaları da müstakil davaları değildir; yani bir icra takibi olmadan, hatta aciz vesikası olmadan açılacak davalar değildir. Tasarrufun iptali davasıyla bir alacak talep edilmez. Ne istenir? Daha önceden kesinleşmiş ve acze bağlanmış alacağın tahsilini mümkün kılacak icraya katlanmaya ilişkin bir hüküm istihsal edilir. Dolayısıyla, bir takibin doğal sonucu, tamamlamaya yönelik bir davadır. Kanaatimce, bunların da durması gerekir diye düşünüyorum; çünkü, sonuçlansa dahi cebri icra yasağı var, bir şey yapamayacaksınız, kalacak. Ama aksi de savunulabilir mi, yani bu da bir menfaat midir diyebiliriz...

Coşkun KOÇAK (19. HD Başkanı): Borçlunun mal varlığına yönelik bir dava değil, üçüncü şahsın...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Evet evet.

Coşkun Koçak: O sebeple, bu durmaz; oradan alacağını tahsil eder. Burada borçlu, diğer alacaklıların durumunu da...

Mustafa OSKAY: Mülkiyeti intikal etmeden.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Fakat ...

Coşkun Koçak: Bu mal zaten borçlunun mal varlığında değil; üçüncü şahsın mal varlığında. O üçüncü şahsın mal varlığında...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Takip devam eder ama...

TARTIŞMALAR

Coşkun KOÇAK: O dava açan şahıs alacağını bağımsız olarak elde etmek durumunda. O bakımdan, bu davalara kesinlikle bir etkisi olamaz diye düşünüyorum.

Bu arada bir şeyi de vurgulamak istiyorum izin verirseniz. Efendim, böyle yasaların ve sistemin tamamen değiştirilmek istendiği bir dönemde bu güzel toplantıyı tertip eden değerli Hakan Pekcanitez ve Oğuz Atalay hocalarımıza teşekkür borcu ifade etmek istiyorum.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Estağfurullah.

Coşkun Koçak: Gerçekten çok yararlı ve güzel bir şey oldu. Gerçi kapanmadan önce bir konuşma gibi oluyor, ama...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Sağ olun.

Coşkun KOÇAK: Bunu bir fırsat bilerek belirtmek istedim.

Mustafa OSKAY: Sağ olun Sayın Başkan.

Coşkun KOÇAK: Gerçekten teşekkür ederim. Çok yararlandım.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Estağfurullah.

Mustafa OSKAY: Değerli...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Sayın Başkan...

Mustafa OSKAY: Pardon. Buyurunuz.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Sayın Başkan, 19. Hukuk Dairesi'nin değerli Başkanı'nın görüşünün kayda geçmesi için kısaca tekrar edeyim.

Tasarrufun iptali davalarının durması gerektiği kanaatindeyim; fakat Sayın Başkan şunu belirttiler: Tasarrufun iptali davası sonucunda hacze konu olacak mal üçüncü kişinin malıdır, borçlunun değil, dolayısıyla borçlunun mal varlığına yönelik bir şey yoktur ve bu sebeple durmaması gerekir şeklinde

görüş beyan ettiler. Ancak, burada devam eden takip üçüncü kişilere karşı bir takip değildir, eğer iflâsın ertelenmesinde takipler duruyorsa, tasarrufun iptali davası sona erse bile, çünkü bağımsız bir takip yok, borçluya karşı devam eden takibin durması gerekir. Buradan tahsil edilen borç, alacak, üçüncü kişinin borcu değil, borçlunun borcudur. Kanun koyucu, “*bu borçluya karşı takip yapılamaz*” diyor. İflâsın ertelenmesi süresi içinde, iflâsı ertelenen borçlu ile üçüncü şahıs arasındaki bir tasarrufun iptal edilmesinde yarar yoktur. İptal davalarına ilişkin sürelerin de erteleme süresince işlemeyeceğini düşünürsek, dava açılmamasında ve davalara devam edilmemesinde bir hak kaybı da olmayacaktır.

Dava bittiğinde borçluya karşı bir şey yapamayacaksınız. Kanaatimce, “*davanın konusu üçüncü kişinin mal varlığına dahil bir maldır, bu yüzden etkisi olmaz*” demek, takip bakımından mümkün değil; çünkü o icra takibi, iflâsın ertelenmesinden etkilenen icra takibidir, durması gerekir. Üçüncü kişinin, borçlunun mal varlığındaymış gibi kabul edilerek haczedilen malı olsa bile, orada eksilen borç, üçüncü kişinin borcudur. Netice itibarıyla, şirketin bir alacaklısı, iflâsın ertelenmesine rağmen alacağını tahsil etmiş olacaktır. Davanın durmayacağı kabul edilse bile, netice itibarıyla, üçüncü kişinin elindeki mala karşı her hangi bir icra takip muamelesi de yapılamayacaktır kanaatindeyim.

Teşekkür ederim.

Mustafa OSKAY: Değerli arkadaşlarım, sunumlarını yapan değerli hocalarım Hakan Pekcanitez ve Oğuz ATALAY’a huzurunuzda teşekkür ediyorum. Katkıda bulunan tüm arkadaşlara teşekkür ediyorum.

Tüm hukuk dallarında, birdenbire olayları hemen çözme yeteneğine sahip olamazsınız. Çünkü, önünüze gelen konular gerçekten birbiri içine giren, çözümünde pek çok kişinin zorlandığı, zaman zaman yorum yoluyla sonuca ulaşma imkânını gerektiren hususlar oluyor. Bir değerli üye arkadaşım bana şunu söyledi: “*Meseleyi çözeceğim, çözeceğim de, tarafların*

TARTIŞMALAR

ne dediğini bir anlayabilsek” derdi. Hüküm verme yerinde olan kişilere, taraflar da pek yardımcı olmazlar. Biz hukuk dilinde, günbegün edinilen bilgi birikimi, hani müktesebat dediğimiz bu günbegün, her günün eklediği bilgi birikimiyle sonuçlara ulaşmak ve süratli ve isabetli karar verebilme yeteneğimizi geliştirmek için çalışıyoruz.

Bu toplantılar bizim dışı açılan pencerelerimiz. Çok yararlanıyorum. Her zaman söylüyorum; gerçekten hepinize, katılımcılara ve değerli hocalarımıza daire arkadaşlarım adına ve tüm hâkim arkadaşlarım adına teşekkür ediyoruz. Bu toplantıda dinlediklerimiz bize ışık tutacaktır, yorumlarımızda, çalışmalarımızda yardımcı olacaktır.

Bu duygu ve düşüncelerle hepinize tekrar teşekkür ediyorum. Sağolun.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KÜTÜPHANESİ



15.00 YTL

Çetin Emeç Bulvarı No: 46 Balgat / Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
Karanfil Sokağı 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