



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**Medenî Usûl ve
İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı**

II - III

**İSTİNAF DERESESİ
YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
BİLİRKİŞİLİK
İFLÂSIN ERTELENMESİ**

**Eskişehir / 3 - 5 Ekim 2003
1 - 2 Ekim 2004**



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
II-III

İSTİNAF DERECEŚİ
YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
BİLİRKİŞİLİK
İFLÂSIN ERTELENMESİ

ESKİŞEHİR
3-5 Ekim 2003
ve
1-2 Ekim 2004

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 129

*Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları
Toplantısı II-III*

Yayına Hazırlayan
Doç. Dr. Muhammet Özekes

ISBN: 978-9944-234-11-5
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mayıs 2007, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokađı 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 Sokađı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
II-III

İSTİNAF DERECEŚİ
YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ
BİLİRKİŞİLİK
İFLÂSIN ERTELENMESİ

ESKİŞEHİR
3-5 Ekim 2003
ve
1-2 Ekim 2004

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

MEDENÎ USÛL VE İCRA İFLÂS HUKUKÇULARI TOPLATISI II (2003)

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Nüvit GEREK	5
Prof. Dr. Engin ATAÇ	6
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	7

I. OTURUM

Doç. Dr. Halûk KONURALP Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi.....	18
Tartışmalar	41

II. OTURUM

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK 2000-2003 Yılları Arasında Yayımlanan Yargıtay'ın Medenî Usûl Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi	75
Tartışmalar	139

III. OTURUM

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI 2000-2003 Yıllarında Yayımlanan Yargıtay'ın İcra ve İflâs Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi	179
Tartışmalar	197

**MEDENİ USÛL VE İCRA İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLATISI III
(2004)**

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	249
Prof. Dr. Nüvit GEREK.....	252
Prof. Dr. Engin ATAÇ	253

I. OTURUM

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik	258
Doç. Dr. Halûk KONURALP Fransız Hukukunda Bilirkişilik	319
Tartışmalar	333

II. OTURUM

Prof. Dr. Süha TANRIVER Bilirkişinin Sorumluluğu	367
Tartışmalar	415

III. OTURUM

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES İflâsın Ertelenmesi	453
Tartışmalar	507

ÖNSÖZ

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nun ikincisi 3-5 Ekim 2003, üçüncüsü 1-2 Ekim 2004 tarihlerinde Eskişehir'de Anadolu Üniversitesi'nde yapılmıştır. Bu toplantılardan ikincisinde, kanun yolu olarak istinaf derecesi ile Yargıtay'ın medenî usûl ve icra iflâs hukuku kararları; üçüncüsünde, bilirkişilik ve iflâsın ertelenmesi değerlendirilmiş ve tartışılmıştır.

Bugüne kadar Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantılarının beşincisi gerçekleştirilmiş olup, 2007 yılında altıncısı gerçekleştirilecektir. Birinci, dördüncü ve beşinci toplantının tebliğleri ve tartışmaları, bir sonraki toplantıdan önce kitap halinde bastırılabilmiştir. Ancak, ikinci ve üçüncü toplantının üzerinden birkaç yıl geçmiş olmasına rağmen, bugüne kadar maalesef tebliğ ve tutanaklar bastırılmamıştır. Basıların, zamanında gerçekleştirilememesi, bazı katılımcıların tebliğlerini zamanında teslim etmemesinden kaynaklanmıştır. Bazı tebliğler ve tashihler teslim edilemediğinden, ancak toplantıdaki haliyle kitapçıkta yer verilmiştir. Gecikmeden ve bu sebeple ortaya çıkan aksaklıktan dolayı özür diliyoruz.

Toplantı kitapçığında, toplantı tarihinde sunulan ve konuşmacıların teslim ettikleri tebliğlere o tarihteki halleriyle yer verilmiştir. Bu sebeple, tebliğler, sunuldukları tarihteki hukuki durum dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu tebliğlerin bir kısmı, daha sonra farklı dergilerde de yayınlanmış-

tır. Ayrıca, katılımcıların unvan ve görev yaptıkları kurumlar, yine toplantı tarihlerindeki halleriyle kitapçıkta yer almıştır.

İkinci ve Üçüncü Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin destek ve işbirliği ile Eskişehir'de gerçekleştirilmiştir. Bu sebeple, Anadolu Üniversitesi Rektörlüğü'ne, başta Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Nüvit Gerek olmak üzere dekan yardımcıları Yard. Doç. Dr. Doğan Gökbel ve Yrd. Doç. Dr. Neval Okan'a, toplantının organizasyonu ile yoğun şekilde ilgilenen aynı fakültenin medenî usûl ve icra iflâs hukuku anabilim dalının sevgili araştırma görevlilerine teşekkür ediyoruz.

Toplantı tutanaklarının bant çözümlerinin yapılması konusunda Türkiye Noterler Birliği'nin desteği alınmıştır. Bu sebeple, Türkiye Noterler Birliği'ne ve Değerli Başkanı Sayın Hasan Yeni'ye teşekkür ederiz. Toplantının kitap halinde basımında ise, diğer toplantılarda olduğu gibi Türkiye Barolar Birliği yardımcı olmuştur. Türkiye Barolar Birliği'ne, bu çerçevede Değerli Başkanı Sayın Özdemir Özok ve Yayın Kurulu Başkanı Sayın Teoman Ergül'e sürekli yanımızda hissettiğimiz destekleri dışında, bu konudaki yardım ve destekleri için şükranlarımızı sunuyoruz. Ayrıca TBB yayın işleri personeline de teşekkür ederiz.

Toplantı tebliğ ve tutanaklarının tasnifi, düzenlenmesi, basıya hazırlanması ve tashihleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doç. Dr. Muhammet Özokes tarafından yapılmıştır.

Önümüzdeki aylarda altıncısını gerçekleştireceğimiz Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısının, geçen beş yıllık tecrübe ile daha da gelişerek süreceğine ve Türk hukuk ve bilim hayatına önemli katkılar sağlayacağına inanıyoruz.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Organizasyon Komitesi Başkanı

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
II

ESKİŞEHİR
3-4-5 Ekim 2003

HUKUK USÛLÜ MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA
DEĞİŞİKLİK TASARISINA GÖRE İSTİNAF DERECEŚİ

2000-2003 YILLARI ARASINDA YARGITAY'IN
MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN
KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AÇILIŞ KONUŞMALARI
3 Ekim 2003 (10.00-10.30)

Prof. Dr. Nüvit GEREK
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

Prof. Dr. Engin ATAÇ
(Anadolu Üniversitesi Rektörü)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,
Organizasyon Komitesi Başkanı)

Sunucu: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Sayın Prof. Dr. Nüvit Gerek'i kürsüye davet ediyoruz; arz ederim Hocam.

Prof. Dr. Nüvit GEREK
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

NÜVİT
GEREK'İN
KONUŞMASI

Sayın Rektör, değerli meslektaşlarım, sayın katılımcılar ve sevgili konuklar toplantımıza hoş geldiniz.

Dün gece misafirlerimizi belki küçük deprem sebebiyle biraz sallayarak karşıladık. Geçmiş olsun diyorum. Ama hemen şunu da ifade edeyim ki; gerek Odun Pazarı'ndaki misafirhanelerimizin bulunduğu bölge, gerekse şu an bulunduğumuz kampus, Eskişehir'in en az riskli bölgeleri. Onun için lütfen bugünkü toplantıları izlerken rahat olun.

Zaman çok çabuk geçiyor. Geçen yılki toplantı sanki çok yakınlarda yapılmış gibi. Ama çok da iyi oluyor. Çünkü başka türlü de sık sık bir araya gelemiyoruz.

Bu yılki toplantının yine Eskişehir'de yapılmasına karar verildiği için Organizasyon Komitesi'ne, başta Hakan Hoca olmak üzere çok teşekkür ediyorum.

NÜVİT
GEREK'İN
KONUŞMASI

Bu yılki toplantılarımızda zannediyorum zaman sıkışıklığı baskısını hemen hiç hissetmeyeceğiz. Çok güzel üç tebliğimiz var; çok yararlı olacağına eminim.

Hepinize değerli katılımlarınız için çok teşekkür ediyorum.

Sayın Rektörüne, her zamanki ki gibi Üniversitemizin bütün imkânlarını bize seferber ettiği için teşekkür ediyorum. Başta sevgili Dekanımız Hakan Hoca olmak üzere Organizasyon Komitesine çok teşekkür ediyorum ve Eskişehir'deki ön çalışmaları, hazırlıkları yapan genç arkadaşlarıma çok teşekkürler ediyorum, saygılar sunuyorum efendim.

Sunucu: Teşekkürler Sayın Dekanım.

Konuşmalarını yapmak üzere Anadolu Üniversitesi Rektörü Sayın Prof. Dr. Engin Ataç'ı kürsüye davet ediyoruz; arz ederim Hocam.

ENGİN
ATAÇ'IN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Engin ATAÇ
(Anadolu Üniversitesi Rektörü)

Çok değerli meslektaşlarım, değerli konuklar, sevgili öğrenciler, ben de hepinize hoş geldiniz diyorum.

Bir sene çok çabuk geçti. Geçen seneki 9-10 Kasım'daki toplantıdan sonra, -hatta 10 Kasım'ı da birlikte anmıştık yanlış hatırlamıyorsam, zaman çok çabuk geçiyor- Türkiye'deki tüm medenî usûl hukuku alanında çalışan değerli bilim insanlarını Eskişehir'de tekrar ağırlamaktan büyük mutluluk duyuyorum.

Birinci toplantıdaki bildirimler, tebliğler ve de katılımlar basıldı ve o bir bilimsel yayın hâline getirildi. O konuda emeği geçen tüm arkadaşlarıma teşekkür ediyorum. Bu sene yapacağımız ikinci toplantı da, tabii belli bir süre içinde o da

basılacak. Türk hukuk hayatına o da bir bilimsel yayın olarak katılacaktır.

ENGİN
ATAÇ'IN
KONUŞMASI

Bu seneki toplantının da geçen seneki toplantı gibi başarılı geçmesini diliyorum. Bu arada da, tabii toplantıyı düzenleyen değerli arkadaşlarınıza teşekkür etmek istiyorum, özellikle Doç. Dr. Halûk Konuralp'e, Yard. Doç. Dr. Muhammet Özekes'e ve Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e bu toplantıyı ikinci kez Eskişehir'de topladıkları için teşekkür ediyorum. Ayrıca, Prof. Dr. Nüvit Gerek ve onun çalışma arkadaşlarına da teşekkür ediyorum.

İnşallah Eskişehir'de bundan sonra geçireceğiniz iki gün deprensiz geçer. İnşallah bunlar öncü değil, artçı olsunlar; öyle temenni ederim. Gerçi İzmir'den gelenler de alışıktır depreme, ama inşallah bundan sonraki günlerde olmaz.

Hem bilimsel açıdan, hem de Eskişehir'de Üniversitemizde keyifli iki gün geçirmeniz dileğiyle hepinize sevgi ve saygılar sunuyorum.

Sunucu: Teşekkürler Sayın Rektörüm.

Oturumlara başlamadan önce toplantının genel bir sunuşunu yapmak üzere Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'i kürsüye davet ediyoruz; arz ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
KONUŞMASI

Sayın Dekanım, Sayın hocalarım, değerli meslektaşlarım.

Geçen sene birincisini gerçekleştirdiğimiz "*Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı*"nın bu sene ikincisini gerçekleştirme imkânı bulduk. Bu beni son derece mutlu ediyor. Çünkü

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

medenî usûl ve icra iflas hukukçuları ailesi gibi artık bundan sonra düzenli toplanabilme olanağını bulacağız. Özellikle bu toplantıların ikincisini gerçekleştirebilmek bundan sonrası için bize cesaret veriyor.

Tabii bu ikinci toplantıyı da Eskişehir'de yapabilmek, Eskişehir'deki başta Sayın Rektör olmak üzere, Sayın Dekan ve tüm Eskişehir'deki öğretim üyesi ve öğretim elemanı arkadaşlarımızın desteği sayesinde gerçekleşti. Onlara huzurunuzda bir kez daha teşekkür ediyorum. Biz sadece geçen yıl burada misafir etmekle kalmadılar, aynı zamanda, geçen yılki toplantıda sunulan tebliğlerin ve tartışmaların bir kitap hâlinde basılması konusunda da destek oldular. Bu yüzden de kendilerine ayrıca teşekkür ediyorum. Hatta sabahleyin güzel bir haber aldım. Muhtemelen yarın bu kitabın basımı bitmiş olacak ve buradayken bu kitabı da dağıtabilme imkânı bulacağız.

Geçen yıl sunulan tebliğlerin bant çözümlerini yapan, bunların tashihleriyle ilgili Hocalara gönderen, yine bu Organizasyon Komitesi'nde yer alan Sayın Doç. Dr. Halûk Konuralp, Sayın Yard. Doç. Dr. Muhammet Özkes, İzmir'deki tüm araştırma görevlisi arkadaşlarımız; yani Mine Erturgut, Bilgehan Yeşilova ve Evrim Erişir destek oldular, Eskişehir'den de Tolga ve Özlem kardeşlerimiz bize destek oldular. Bu yıl toplantıda sunulan tebliğleri ve tartışmaları da aynı şekilde, bu bant çözümlerini gerçekleştirip basmak istiyoruz. Bunun basımı konusunda Eskişehir Anadolu Üniversitesi'ne tekrardan yük olmamak için, bize Türkiye Barolar Birliği bu konuda destek sözü verdi. Hatta, bundan sonra bizim bütün toplantılarımızın basım işini üstlenebileceklerini söylediler. Umarım, bu süreklili olur ve biz de basım konusunda artık Eskişehir Anadolu Üniversitesi'ne daha fazla yük olmayız. Ama, onların bu destekleri hem bizlere, hem de bilime bir destek idi. Kendilerine gerçekten bir kez daha teşekkür ediyorum.

Bu yılki toplantının üç başlıkta toplanabilecek üç konusu var; birincisi "*istinaf mahkemeleri*"yle ilgili, diğerleri, 2000 yılından günümüze kadar medeni usul hukukuyla ilgili Yargıtay kararları ve üçüncüsü ise yine 2000 yılından bugüne kadar icra

iflas hukukuyla ilgili Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi. Bunu neden özellikle seçtiğimiz konusunda da bilgi vermek istiyorum.

Bilindiği gibi bir taslak var ve şu anda TBMM'nin birinci gündem maddesi istinaf mahkemelerinin kuruluşuyla ilgili. Sadece süre bakımından bazı tartışmalar var. Özellikle Türkiye Barolar Birliği'nin istinaf mahkemeleriyle ilgili çeşitli toplantıları ve bu konudaki görüşleri var. Ama bütün bu toplantıların bir kısmına en azından katılmış kişi olarak şunu söyleyebilirim: Türkiye'de istinaf mahkemeleri maalesef gerçek anlamda tartışılmıyor ya da tartışılmadı.

Geçen yıl Türkiye Barolar Birliği'nin Ankara'da yaptığı toplantıda istinaf mahkemeleriyle ilgili bir toplantı gerçekleştirildi. Yurt dışından; Almanya'dan, Fransa'dan ve diğer ülkelerden de istinaf mahkemeleriyle ilgili tebliğler sunmak üzere yabancı konuklar geldiler. Bizdeki taslak pek tartışılmadı. Çünkü Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay'la beraber düzenlediği bu toplantıda, kendileri istinaf mahkemelerine karşı olduklarını belirttiler ve o yüzden taslağı tartışmak yerine istinaf mahkemelerinin kurulmaması yönünde bir görüş beyan etmek istediklerini söylediler, hatta önceki Türkiye Barolar Birliği başkanları bugünkü Türkiye Barolar Birliği Başkanı'na, niçin istinaf mahkemeleriyle ilgili bir toplantı yaptığı konusunda da sitemde bulundular.

Bu toplantıda gerekçe olarak söylenen birkaç noktayı burada tekrarlamak istiyorum. Denildi ki, "*istinaf mahkemeleri şeriat mahkemeleriyle beraber kaldırılan mahkemelerdir, yani bugün eğer istinaf mahkemelerini tekrar kuracak olursak, bu şeriat mahkemelerinin geri getirilişi kadar Cumhuriyet ilkelerine aykırı bir düzenleme ve aykırı bir düşünce olacaktır.*" Bir başka kişi, Baki Hocanın zannediyorum 1964 yılında yazdığı istinaf mahkemeleriyle ilgili makaleye atıf yaptı. Dedi ki, bizlere dönerek, "*Baki Hoca da istinaf mahkemelerine karşı, siz lehine misiniz; lehineyseniz ilk önce Baki Hocanın bu makalesini okuyun, ondan sonra gelin burada tartışalım*".

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

Bu adli yılın açılışında İzmir Barosu'nda istinaf mahkemeleriyle ilgili bir toplantı yapıldı. Oraya da Halûk Konuralp arkadaşımız katıldı. O da benzer şeyleri orada yaşadığını zannediyorum. Bu nedenle ilk gündem maddesi olarak istinaf mahkemelerini tartışalım ve özellikle Meclis'in birinci gündem maddesindeki bu konuyu değerlendirelim istedik.

Bugün öğleden sonra bir toplantımız yok; hem dinlenebilmek, hem de özel programlar yapabilmek için bunu böyle düşündük. Bunu önerenlerden birisi Sayın Selçuk Öztekin Hoca idi. Ama, kendisi yurt dışına gideceği için bugün toplantıya katılmadı. Yine toplantıya katılmayan, ama burada herkese selamlarını, sevgilerini ileten Bilge Umar Hocamdan söz etmek istiyorum. Bilge Umar Hocam bir kalp ameliyatı geçirdi ve çok istemesine rağmen, yolculuk yapmasının riskli olacağını düşünerek bu toplantıya katılmadı. Ama herkese selamlarını, sevgilerini ilettiler; bunu da tekrarlamış olayım.

Cumartesi günü iki oturum var; birinci oturum, 2000-2003 yılları arasındaki medeni usul hukukuna ilişkin verilmiş olan kararlar, daha sonraki de, yine 2000-2003 yılları arasında icra iflas hukukuna ilişkin kararların değerlendirilmesi. Özellikle bu karar değerlendirilmesini şu anlamda düşündük: Birincisi, iş hukukçuları her yıl, o yıl verilmiş olan Yargıtay kararlarıyla ilgili bir değerlendirme yapıyorlar, hatta Yargıtay üyelerini de davet ediyorlar ve bu toplantıların uzun yıllardır devam ettiğini biliyoruz ve son derecede yararlı olduğu söyleniyor.

Böyle bir şeyi acaba biz de bu toplantılarımızın bir oturumu veya iki oturumunda yapabilir miyiz diye düşündük.

Pazar günü son genel değerlendirmede bunun sonuçlarını alacağız ve bundan sonraki toplantılarda bunun yapıp yapılmayacağı konusunda bir kanaat oluşacağız. Ancak, şunu söyleyeyim: Yargıtay üyeleri çoğu zaman sitemde bulunuyorlar; diyor ki, "eskiden Yargıtay kararları tahlil edilirdi, Yargıtay kararları tartışılırdı, Yargıtay kararları değerlendirilirdi, son yıllarda hiçbir yerde bizim verdiğimiz kararların tartışıldığına rastlanmıyoruz." Çünkü kendi kararlarının tartışılması, değerlendirilmesi,

aslında içtihatların ilerlemesi, gelişimi ve değişmesi açısından son derece önemli. Gerçekten bu eleştirilerin haklı olduğunu ben kendi açımdan değerlendirdim ve bundan sonra, tıpkı iş hukukçuları gibi bizim de, o yıl verilmiş olan Yargıtay kararlarını burada birlikte değerlendirebilme, tartışabilme imkanını bulabileceğimizi düşünüyoruz. Belki bundan sonraki toplantılara, bu kararları vermiş olan değerli Yargıtay üyelerinin de katılımını sağlamak mümkün olabilir ve bu şekilde bu kararların değerlendirilmesinin olumlu sonuçlarını da alırız.

Bu toplantının ikincisini gerçekleştirmek en az birincisi kadar beni heyecanlandırıyor, beni mutlu ediyor. Bu toplantıları gerçekleştirebilme konusunda destek veren, buraya gelen, bizi onurlandıran tüm Hocalarımıza, sizlere bir kez daha teşekkür etmek istiyorum ve toplantının bu yıl da en az geçen yılki kadar başarılı olmasını diliyorum ve hepinize saygılar sunuyorum.

Sunucu: Teşekkürler Sayın Hocam.

Birinci oturumda, "*Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Tasarısına Göre İstinaf Derecesi*" konulu tebliğ için oturum başkanlığını yapmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Yavuz Alangoya'yı ve tebliğlerini sunmak üzere Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyelerinden Sayın Doç. Dr. Halûk Konuralp'i kürsüye davet ediyoruz; buyurun Hocam.

BİRİNCİ OTURUM
3 Ekim 2003 (10.30-12.30)

HUKUK USÛLÛ MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA
DEĞİŞİKLİK TASARISINA GÖRE
İSTİNAF DERECEŚİ

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

Tebliği Sunan
Doç. Dr. Halûk KONURALP
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sizi kesinlikle fazla yormadan bir-iki şey söylemek istiyorum.

YAVUZ
ALANGOYA'NN
KONUŞMASI

Ben bu sene ilk olarak katıldım. Geçen sene katılamıştım. Gerçekten medeni usul hukuku öğretim üyelerini bu şekilde bir araya getirmek ve böyle bir model Türkiye'de de hayata geçirmek başarısını gösteren başta sayın meslektaşım Prof. Pekcanitez olmak üzere bütün İzmir ekibine, çünkü galiba bu işin doğum yeri İzmir'dir, onun şahsında bütün İzmir ekibine büyük bir şükran duyuyorum. Kendisine katılıyorum, ikincisi yapıldığı zaman bu iş tutuyor demektir. Çoğu kez bir tane yapılıp biter; dergiler de bir parça öyledir. 1 sayı çıkar, 2 sayı çıkar, eğer sayı 10'a doğru gitmezse gider; ama 10 sayıyı geçtikten sonra rahatlar ve çıkmaya başlar.

O bakımdan, Prof. Pekcanitez'e hem kendisine bir dostum, sevgili meslektaşım olarak bir kere daha teşekkür ediyorum. Bu hakikaten çok önemli bir şey. Bunun yanında bana memnuniyet veren başka bir şey daha var; usul hukukçusu dairesinin çok genişlemiş olması. Sayın Hocamız Prof. Kuru bilirler, kendilerinin intisabındaki durum belki biraz daha dardı, ben usul hukuku alanına girdiğim zaman biz iki elin parmakları kadar gösterilirdik usul hukukçuları olarak, çok azdı. Ve bu çokluk, bu artış, bu alandaki özellikle monografik yayınları fevkalâde artırdı. Yeterli mi; o ayrı. Tartışılır. Ama

YAVUZ
ALANGOYA'NN
KONUŞMASI

düşününüz ki, bir usul hukukçusu Profesörlüğe gelene kadar en az üç tane monografi yazıyor. O "*Tradition*" Allah'tan daha ortadan kalkmadı. Ve emin olunuz, çok büyük bir heyecanla bu monografileri alıyorum. Bazen bazısını atlıyorum; bir süre sonra elime geçiyor.

Bu bakımdan, genç arkadaşlarımın bu yayın başarısı da bana fevkalâde büyük bir mutluluk veriyor. Yayınlardaki görüşe katılırsınız-katılmazsınız ayrı mesele. Ama, katılmadığınız her görüş de size bir ufuk açar; bunu çok iyi biliyorum. Katılmadığım birçok şey oluyor monografilerde, kitaplarda; ama başka şekilde düşünme hususunda benim ufkumu açıyor, eleştirel yaklaşma bakımından, hepimiz için öyle, ufkumuzu açıyor. Bu bakımdan bu yayınları hem büyük bir merak hem de sevgiyle okuyorum. O bakımdan, bu genişlemeyi, bu artışı da büyük bir sevgiyle ve memnuniyetle selamlıyorum.

Benim genel olarak söyleyeceklerim bunlar.

Konu, biraz evvel Prof. Pekcanitez'in de ifade ettikleri gibi, istinaf mahkemesi konusu çok yıllanmış, bizim alanımızda çok eski, çok eskiden beri üzerinde, hadi şu konuda ben de bir şey söyleyeyim dediği ve genellikle doktrin alanında kurulması iyi olur görüşünün savunulduğu, buna mukabil, Yargıtay ve avukatlar bakımından pek sempati ile karşılanmayan -Türkiye Barolar Birliği'nin bu kadar karşı olduğunu bilmiyordum, bu kadar kesin olarak karşı olması ve işin aktüel bir noktada bulunması işin biraz daha heyecanını belki artırıyor- bir kurum.

Sayın meslektaşım Konuralp de mutlaka söyleyeceklerdir, meseleye tıpkı hakem alanında, hakem mahkemeleri alanında, kanunla bağlı olup olmama tartışması gibi, "*maviler ve yeşiller kavgası*" haline getirmemek lazım. Neyi konuştuğumuzu bilmemiz lazım. O bakımdan mesele önemli.

Çok kısa bir şey söyleyeyim. Yine son zamanlarda yaptığım bir çalışma dolayısıyla biraz daha meseleye yaklaştım. Doğrudan "*istinaf*" değil, ama o da giriyor işin içine. Almanya'da, bildiğiniz gibi, son yapılan reform kanunu kanun yolu sistemini

büyük ölçüde değiştirdi; farklı bir kanun yolu sistemi geldi. İşte paraya bağlı temyiz kalktı, ciddî birtakım değişiklikler oldu ve bu arada ilgi çekici bir gelişme daha oldu.

YAVUZ
ALANGOYA'NN
KONUŞMASI

Hatta Avusturyalılar Almanlara, onu da bir meslektaşım-
dan öğrendim, *"hah, şimdi doğru yola gelmeye başladınız"* demiş-
ler. Şöyle: (istinaf mahkemelerine karşı olduğum ve Türkiye
Barolar Birliği cephesinde olduğum sanulmasın, ama bir gerçeği
tespit ediyorum) Alman hukukunda istinaf mahkemeleri bizim
anladığımız manada esasî yeniden görerek yeri bir karar verme
şeklindeki noktadan ciddî ölçüde uzaklaşmıştır. Bu reformdan
sonra istinaf mahkemeleri temyiz fonksiyonunu daha fazla
gören mahkemeler hâline gelmiştir. Bunun sebepleri var; buna
karşı çıkanlar da oldu. Ama, istinaf Avusturya'da, zaten aşağı
yukarı öyleydi. Şimdi Almanya'da da istinaf mahkemeleri,
anladığımız manadaki istinaf fonksiyonundan oldukça uzak-
laşmış durumdadır.

Tabii bu arada, Sayın Konuralp dokunacaklar mıdır
bilmiyorum, bizim hukukumuzda istinaf mahkemelerinin
Anayasa gereği olduğu da söylenmiştir, yani bunu savunan
hukukçular da vardır. Gerek Prof. Üstündağ, gerek Prof. Ka-
mîl Yıldırım, istinafın Anayasa gereği olduğunu söylerler. Bu
son çalışmamda ben bu görüşe katılmadım. Ama, şunun için
söylüyorum: İstinaf bu ölçüde tartışılan bir meseledir. Türk
hukukunda istinaf, daima Yargıtay'ın yükünün azaltılması
çerçevesi içinde değerlendirilen bir müessese olmuştur. Yani,
"Yargıtay'ın yükü çok fazla, istinaf mahkemeleri kuralım"; bu farklı
bir mesele. Yani, meseleye böyle yaklaşıldığı takdirde, bu da
bir işin bir *"Aspect"*i, bu da işin bir boyutu, ama sadece bu
boyuttan gittiğiniz zaman, işte Almanlar söylüyorlar, istinaf
mahkemelerinin yükü de artıyor, temyiz yükü de artıyor, biz
bu işin içinden çıkamadık diyorlar. Ve temyizi şimdi oldukça
daralttılar, buna mukabil kontrol görevini, daha çok istinaf
mahkemeleri üstüne yıktılar. Demek ki, istinaf kurulurken de
fonksiyonlar ne olacaktır, nasıl bir noktadan hareket edilmek
gerekir; bu boyutları da dikkate almak lazımdır.

Sabrınız için teşekkür ediyorum.

Sayın meslektaşım Konuralp'i dinlemeye hazır olduğumuzu bildiriyorum.

Tebliğ Sahibi: Doç. Dr. Halûk KONURALP

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

DEĞİŞİKLİK TASARININA GÖRE İSTİNAF DERECESESİ

Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Sayın Dekanım, sayın Hocalarım, değerli meslektaşlarım; benim konuya giriş yapmam kolaylaştı; hem Sayın Prof. Pekcanutez, hem Sayın Hocam Prof. Alangoya meseleyi zaten bir ölçüde gündemimize oturtular.

Esas itibarıyla takdim etmek istediğim tebliğin içeriği, şu anda TBMM'nin gündeminde bulunan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu değişiklik tasarısının istinafa ilişkin hükümlerinin sanki, yani dogmatik bir biçimde ele alınmasıydı; esas amacım bu ve imkân olduğu ölçüde de bunları arz edeceğim. Ancak, bu ayrıntılara girişmeden önce iki konu üzerinde durmak istiyorum:

Bunlardan birincisi, az önce de sözü edilen istinaf derecesinin mahiyeti ve varlığı hakkındaki ciddi tartışmalar. Hatta Meclis tutanaklarından bir-iki alıntı da yaptım. Göz atma imkânı bulursan şimdi sözünü de edeceğim. Bu tartışmalar oldukça ileri boyutlara gelmiştir. İkincisi de, yasama sürecinde şu andaki içinde bulunulan durum nedir? TBMM'nin tam tatile girmesi dönemine rast geldiği için garip bir şekilde durmuş vaziyette mesele. Önce oradan başlayayım.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, ki bu şeyin arkasında var, ben hatta onun başlığını aynen şeyden aldım, yani bu sayısı 152

olan 523 sayılı kanun tasarısı aslında sadece istinaf konusuna ilişkin hükümler getirmiyor veya istinafı düzenlemek amacıyla temyizde bazı değişiklikler yapmakla yetinmiyor, Usûl Kanunu'nda yapılması düşünülen istinaf konusu dışındaki bazı hükümleri de değiştirmeyi amaçlıyor. Tabii ki, burada benim kısa tebliğimde bunların hepsine değinilmiş değil; esas itibarıyla istinaf hükümleriyle yetinilmiştir.

Bu Şubat ayında TBMM'ye sevk edildi. Gerekli komisyonlarda görüşüldü ve Temmuz ayının ortalarında, Meclis kapanmadan birkaç gün önce Genel Kurul gündemine geldi. Önce şunu söyleyeyim: Bu gördüğünüz kanun metni, 26. maddesine kadar Meclis Genel Kurulu'nda oylandı, hepsi kabul edildi. Yani kanun, komisyonda değil, Meclis Genel Kurulu'nda en son 15 Temmuz günü 26. maddesine kadar oylandı. 26. maddesine geldiği sırada, az sonra sözünü edeceğim nedenlerle Komisyon, "*İç tüzüğün ilgili hükmüne göre*", yani 26. madde, "*bu kanun yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer*" denen maddede durdular ve "*biz kanunu iç tüzük hükümlerine göre geri alıyoruz*" dediler.

Bir kere, ilgili Komisyonun Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'ne göre geri alma hakkı var. Geri aldılar. Şu andaki durum budur. Yani, Genel Kurul'un son görüştüğü kanun tasarılarından biri buydu. Burada kaldı. Şimdi geri alındı. Yani, az önce Sayın Pekcanıtez'in de belirttiği gibi, mesele sarıldığının epeyi ilerisinde bir aşamadır. Yani hazırlık aşaması değil, belki de tamamlanma aşamasındadır. Ancak, neden geri alındı, geri alınmasında isabet var mıydı; o konuya da kısaca değineyim.

Tabii, bu üzerine kısa bir çalışma hazırladığım ve metnini de burada arz ettiğim kanun tasarısı metni, istinaf teşkilatı kurulduğu takdirde hukuk mahkemelerinde ve istinaf mahkemelerinde uygulanacak hükümleri düzenlemeyi hedeflemiştir. Oysa, asıl kanun bu değil. Asıl kanun, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ve Mahkemelerin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun Tasarısı, yani eski Teşkilî Mehakim Kanunu'nu yürürlükten kaldıracak ve istinaf teşkilatını, ki teşkilatın adı istinaf değil,

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

Bölge Adliye Mahkemeleri Teşkilatını oluşturacak kanun, bu kanun Genel Kurul'a gelmedi; bu işin bir tarafı. İkinci tarafı, tabii Bölge Adliye Mahkemeleri Teşkilatı kurulacak olursa hem Ceza Kanunu'nun, hem Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun tamamının değiştirilmesi için, toplam maddesini şu anda hatırlayamıyorum, ama ikisi 1000'in üstünde olan daha büyük bir, günün moda değişisiyle bir paket var.

Onun da Usûl Kanunu değişikliğiyle beraber gelmesi lazımdır. Ayrıca, iş mahkemeleriyle ve diğer bazı özel yargılama usulleriyle ilgili bazı düzenlemeler de yapılması gerekiyor. Yani aslında, tabii, hepsi hukuk usulüne ilişkin değil, ama toplam ayrı sekiz kanun, ki bunların iki tanesi çok büyük kanunlar, Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu, değişiklikleri de gündemde olduğundan bu tasarıların görüşülmesi sırasında Komisyon geri çekti. Açıklanan gerekçe budur. Öncelikle bunu arz etmek istedim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Bunu ne kadar geriye atar? Eğer bu öbür "Codification"la birleştiriliyorsa bugünden yarına olabilecek bir iş olarak görünmüyor.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Böyle bir soruyu düşünerek iç tüzüğü okudum. Bizim alanımızdan uzak olduğu için pek bilmiyoruz. Diyor ki iç tüzük; "bir Genel Kurul görüşmesi sırasında Komisyon bir kere geri alabilir tasarımı" diyor. Demek ki, bizim elimizdekini, Hukuk Usûlüne İlişkin Değişiklik Tasarısı'nı ya tutmaya devam edecekler veya Meclis açılır açılmaz görüşmeye devam edecekler. Şunu yapabilirler: Henüz görüşülmeyip kabul edilmemiş olan yürürlük maddesine mesela "2 yıl" gibi çok uzun bir süre koyabilirler. Yani, düşünülen o zannediyorum ben de. O arada ceza usul değişikliği...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Onu yetiştirme. Anladım.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Evet. Öyle bir şey olduğunu tahmin ediyorum.

Tabii bunlar, buradan sonrası büyük ölçüde siyasal konjonktüre bağlı bir şey. Onun için, oradan sonrası hakkında fazla

bir şey söyleme imkânımız olmuyor.

İkinci sırada da, bu "*istinaf karşıtlığı*" kavramı üzerinde durmak istiyorum. Bunu söylerken çok da böyle tedirgin oluyorum. Hocam tam karşımda oturuyor. Yani nasıl söyleyeceğim bilemiyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Niye?

Prof. Dr. Baki KURU: Efendim, müsaade ederseniz bir açıklama yapayım.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tabii.

Prof. Dr. Baki KURU: Ben, 1963 yılında yazdığım makalede, tam 40 yıl olmuş, tam olarak karşıydım ve o makaleyi şöyle bitirmiştım: Dedim ki, "*mahkemelerimiz gerek nicelik ve nitelik bakımından yeteri kadar hâkim, savcı, personelle donatılmadıkça istinaf mahkemelerinin kurulması yarar değil, zarar getirir.*" Ondan sonra, 2000 yıllarından biraz önceydi, Yargıtay'ın bir kuruluş yıldönümünde...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: 1995'te galiba.

Prof. Dr. Baki KURU: Evet 1995'te.

Orada da, "*Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması çareleri*" diye uzun bir bildiri oldu. Sayın Alangoya'nun belirttiği gibi, tek çare değil, ama en önemli çarelerden biri istinaf teşkilatının kurulması. Ben buna karşı çıktım 40 küsur yıl önce. Ama görüyorum ki, bu sürede tasarı hazırlamaktan başka dediklerimin hiçbiri yapılmadı. Tasarılar hazırlandı, Yargıtay'a geldi gitti.

Onun üzerine orada dedim ki kısaca, acaba dedim, -o sıralarda çünkü Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni kurdular, bina da buldular, araç da buldular, hakim de buldular, şey de, Bölge İdare Mahkemeleri'ni, İdare Mahkemeleri'ni kurdular, hukukçu olsun-olmasın hâkimleri de şey yaptılar, demek ki, istim sonradan geliyor- acaba dedim, bir cesaretli adım atarak istinaf mahkemelerini kurup da bu teşkilatı vesaireyi sonunda yapmak mümkün olabilir mi diye. Orada bir açık kapı ...

gösterdim. O galiba dikkatlerden kaçıyor, bu Türkiye Barolar Birliği'nin toplantısında da dikkatlerden kaçıyor; onu belirtiyim. Kusura bakmayın, bir şeyi daha belirtmek istiyorum.

Türkiye Barolar Birliği istinaf konusunu almış önüne konu olarak. Kimseye sormadan ben ilgilendiğim için doğrudan doğruya bana sordular, işte bu konuda bildiri verin, şöyle yapalım, ne yaparız ne ederiz? Ben dedim yazacağım kadar yazdım, siz bu konuda daha gençleri, Hakan Pekcanitez'in ismini de verdim, Kamil de uğraştı, ikisinin ismini verdim, onların yabancılarla ...ları var, şey yaparlar, böyle bir uluslararası şey halinde... Oo, çok iyi olur dediler, teşekkür ettiler. Sonra hiç ses seda çıkmadı. Yani, beni de davet ederler diye tahmin ettim, ümit ettim. Etmediler, toplantı yapılmış. Kimden duydum? Bir hukukçudan değil; tercüme eden, o toplantıda Almanların tercümanlığını yapan Fatoş hanımdan duydum. Dedi ki, ben şimdi Ankara'dan geldim, iki gün senin şeyini dinledim orada, görüşlerini de dinledim. Ondan sonra bir haber şey yaptım.

Türkiye Barolar Birliği Başkanvekili sanıyorum, onun kulağına gitmiş, telefon etti, "Hocam, biz" dedi, -özür dilerim- "halt etmişiz" dedi. Ama, öyle halt etmekle falan olmaz. Yani, işi Türkiye Barolar Birliği de bir etkinlik olarak görüyor. Düşünüyor, bu sene ne etkinlikte bulunalım? Haa, istinaf mahkemeleri gündemde, onu alalım diyor. Ama, bunun için ne yazılmış ne çizilmiş, kim uğraşmış o önemli değil; o üç-beş konuşmacıyı buldu mu yapıyorlar.

Türkiye Barolar Birliği toplantısından, yani bu toplantıya katılan arkadaşlarım, bilmiyorum Sayın Alangoya...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hayır, haberim olmadı.

Prof. Dr. Baki KURU: Bununla ilgilenmiş zaten kaç kişi var? İki elin parmakları kadar yok. Onları davet etmiyorlar. Herkes kendi şeyinde böyle, her horoz kendi çöplüğünde debelenip durur.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sayın Konuralp; buyurun.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Yok, hayır, koyacağız şimdi bunları. Çünkü ben de zaten tam bundan bahsedecektim Hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: Bu Yargıtay'daki bildirimini gördüm. Yani, beni burada şimdi karşı görüşü temsil eden kimse olarak görmeyin, yapalım...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hayır.

Prof. Dr. Baki KURU: Yapalım Hocam, bunu da yapalım. Herkes yapıyor bunu. Amerika'dan dolarlar gelecek; onlarla kurarız mahkemeleri.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Bu onlarla ilgili değil, bu dolarlarla ilgili kanunlardan değil zaten Hocam.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Evet. Buyurun.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Sayın Prof. Kuru Hocamın açıklamaları gerçekten benim için çok yararlı oldu; çünkü ben de bunları dolaylı bir biçimde dile getirmek istiyordum.

Mesele şu: İstinafla ilgili her konuda konuşan herkes, yani lehine bir-iki kelime edecekseniz veya lehinde-aleyhinde olma meselesi de değil, bir şey söylenecekse önce, 1964 tarihli, hakikaten Hocamın çok değerli ve çok istifade ettiğimiz çalışmasına atıf yapıyor, bu böyledir, artık hiçbir şeyi konuşmayın, bitti diyorlar. Benim de kendi görüşüm çerçevesinde düşündüğüm şey o; onu söylemek istiyorum. Yani, bir kere hakikaten o 40 yıl içinde, bu ciddi bir konu şimdi, eğer 40 yıl içinde, 40 yıl önce sözü edilen bu eksiklik veya yetersizlik durumu, ki hiç kuşkusuz öyledir, varsa, 40 yılda bu konuda hiçbir mesafe alamadığımız düşünülüyorsa, artık bundan sonrası çok tehlikeli bir şeydir.

Unutmamak lazım ki, bugünkü bütün yetişkin hukukçu nesli, başta temyiz mahkememiz, Yargıtay'ın bütün yargısal personeli bu dönem içinde yetişmiştir. O hâlde, bu nicelik ve nitelik meselesini düşünsel ve meslekî alt yapıdan ziyade, artık bunun geliştiğini, yeterli olduğunu kabul etmek durumundayız, nitelik ve nitelik eksikliği meselesini daha ziyade, işte teçhizat, donanım, yardımcı personel, bina vesaire, bunlarla algılamamız gerekiyor. Yoksa, düşünsel olarak daha fazla bunun gelişmesini beklemek gibi bir şey... Ben zaten Hocamın 1964 yılında o kadar uzun vadeyi de düşündüğünü tahmin ediyorum. O günün dar koşullarında son derece isabetli ve lütfen kabul buyurun şeyimi, yani hakikaten 40 yıl ses getiren iki cümle söylemişsiniz Sayın Hocam. Yani bu çok önemli bir şey. Onun üzerine her şey kuruluyor. Yalnız, buradan sonra iş biraz değişiyor.

Gerçekten Yargıtay'da yapılan, Türkiye Barolar Birliği ve Yargıtay tarafından düzenlenen sempozyumda, önceki Türkiye Barolar Birliği başkanlarından birisi, hatta laf arasında da, yayınlamayacaklar, öyle zarnediyorum, "siz şeriatı geri mi getirmek istiyorsunuz" diye de serzenişte bulundu. Hatta, neden bunun adının istinaf olduğunu, bunun çok kötü bir kelime olduğunu vesaireyi de söyledi.

O ayrı bir mesele; ancak, bu demin sözünü ettiğim, Meclis'te son oylamanın yapıldığı gün bir milletvekilinin burada yaptığı konuşma var, ki bunun aynısını Adalet Komisyonu'nda da dile getirdi, başka görüştükleri, konuştukları her yerde dile getirdiler. Burada şöyle söyleniyor: "İstinaf mahkemeleri kurulursa, böyle bir yapılanmayla muhtemeldir ki, ileride birtakım art niyetli insanların federasyon isteklerinin alt yapısını da oluşturmuş oluruz, bilerek-bilmeyerek, isteyerek-istemeyerek gördüğüm bir tehlikeyi söylüyorum" diyor. Ve bu çok temel bir dayanak hâline gelmiş.

Bana göre bu son derece sakıncalı bir şey. Yani, ya bu görüşleri cerh etmek lazım yahut da "istinaf" kelimesini telaffuz etmekten bile kaçınmak lazım. Bunun artık son derece aşırıya kaçmış bir şey olduğunu görüyorum. Görüşmenin tamamını şurada bir dipnot olarak da koydum. Çok sakıncalı bir şey.

Ayrıca buradan şöyle garip bir şey çıkıyor: Yani, istinaf lehine tavır almak veya hiç değilse aleyhinde olmamakla, sanki bu kadar büyük tehlikelere de yandaş olmak, onları da taşımak gibi bir garip anlam çıkıyor. Bunların gerçekte istinaf kavramıyla veya tartışılması gereken konularla bir ilgisi olmadığını düşünüyorum.

Onun için Sayın Hocam Baki Kuru'ya atıf yaptım. Bizi son derece aydınlatıcı konuşmalarından istifade etme fırsatı bulundu. Ama şunu söyleyeyim: Eleştiriler arasında ciddi bir eleştiri var, ki bu bir tercih olacaktır; "*istinaf derecesinin kurulması toplam yargılama süresini uzatacaktır.*" Bu bir gerçektir. Gayet basit. Temyiz süresi olmasa, temyiz olmasa yargılama daha da kısa olabilir. Bu da onun gibi değer yargısına vurularak hesaplanacak bir şey; yani hangisi daha önemli?..

Ne kadar uzatır; bunun aritmetik hesabını yapmak şu anda mümkün değil. Ama, biraz daha uzayacağında bir şüphe yok. Bu ciddi bir eleştiridir. Buna karşı söylenebilecek tek şey; evet, biraz uzayacaktır, ama nitelik bakımından sağlanabilecek fayda, bu kısa süreli uzamanın sakıncalarını ortadan kaldıracaktır.

Şimdi, müsaade ederseniz süratli bir biçimde maddelere ilişkin tasarının getirmek istediği...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Halûk Bey, burada bir şey söyleyeceğim.

Biz tabii istinaf derken, biraz evvel de, ilk baştaki konuşmamda da söyledim, şu aydınlığı belki getirmek lazım: Yani, istinaf kavramının içinde sadece ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukukî kontrolü değil, o kararların gereğinde esasa girilerek onları iptal edip veyahut da hangi terminolojiyse, yeniden karar verilmesidir. Yani, bizim uzatır-uzatmaz vesaire falan diye tartıştığımız kavramın kapsamı bu değil mi? Biz bunu anlayarak gidiyoruz.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Zaten tebliğimin sonunda, bir bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonunda

hangi tür kararlar verebileceğini kendimce özetledim, yani tamamen bu soruya cevap vermek üzere.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam.
Buyurunuz efendim.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Öncelikle şuna işaret etmek lazım: İki tabir var, iki kavram var burada; birisi "bölge adliye mahkemesi", birisi "istinaf." Birisi mahkeme teşkilatının ve mahkemenin adıdır; diğeri ise, bu mahkemenin yargı sürecindeki fonksiyonunu göstermektedir, tıpkı temyiz mahkememizin adının Yargıtay, yaptığı işin fonksiyonunun temyiz olması gibi. Yoksa, mahkemelerin adının bölge adliye mahkemesi, yaptığı işin istinaf olarak nitelenmesi hukukçuların veya bu konuda çalışanların, bu konuda bir görüş birliği içinde olmadıkları anlamına gelmemektedir.

Bu istinaf, bir fonksiyon ifade eden kavramdır. Diğlerine pek güzel bir, güncel dilde kullanılan bir terim bulunamamıştır; temyiz için de bulunamamıştır. Zaten temyiz için bulunabilseydi istinaf için de bulunabilirdi. Onun için, daha çok bunun üzerinde uğraşmak gereği olmadığı kanusundayım.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda istinafa ilişkin değişiklikler yapılırken isabetli bir yol seçilmiş ve madde yürütmek yerine, harflendirmek suretiyle, kanunun sistematığı bozulmadan, mevcut bilgi birikimi zedelenmeden bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Getirilen düzenlemede, temyizün uygulama alanı ister istemez biraz daraltılmış, çünkü büyük bir yer açılıyor istinaf derecesi kabul edildiği takdirde, böylece temyiz edilebilecek kararlar da daha az sayıya inmiştir.

Sırayla bakacağım burada. İstinaf yoluna başvurulabilecek ilk derece hukuk mahkemesi kararları hangileridir? Bu, tasarrurunun 426-A maddesinde düzenlenmiş. Burada deniyor ki, "ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir, miktar veya değeri 500 milyon lirayı geçmeyen ilk derece mahkeme kararları kesindir." Hemen burada söyleyelim; bu, hükümetin sevk ettiği tasarı metnidir. Adalet Komisyonu

bu metni değiştirmiş; burada 500 milyon olan miktarı 2 milyar liraya çıkarmıştır. Fakat, şimdi tekrar geri çekilmiş vaziyette. Dolayısıyla, yani miktarın ne olacağı konusunda řu anda kati bir şey söylemek mümkün değil. Bu, yasama tekniği içinde hareket serbestisi olan bir şey.

HALUK
KONURALP'İN
TEBLİğİ

Prof. Dr. YAVUZ ALANGOYA: Affedersiniz. Bu benim için çok önemli; onun için soruyorum. 2 milyar temyize müracaat şeyiydi tasarıda, mevcut tasarıda, bölge idare mahkemelerin 2 milyarı aşan kararlarına karşı temyize müracaat edilebiliyor idi. Şimdi istinaf mahkemelerine müracaat... Yani, bizim 527'deki meşhur kısıtlama, 40 milyondan 2 milyara mı çıkarıldı Komisyon şeyinde? Bu oldukça önemli bir mesele olabilir. Ben öyle anladım Sayın...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hayır, 40 milyar 200'e çıktı.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: 300'e çıktı.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: 300'e mi?

Doç. Dr. Halûk KONURALP: 300'e çıktı.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Burada "500" diyor.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: 500, istinaf sınırı.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: İstinaf sınırı.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hayır. İstinaf sınırı 500 değil mi? İstinafa da müracaat edemezsiniz. Yani 500, 40'ın yerine geldi diye hatırlıyorum ben. 500, 40'ın yerine geldi. Yani, 500'e kadar ilk derece mahkemelerinden verilen kararlar kesin hüküm halindedir; 500'den sonra istinafa gidebilirsiniz. 500'le 2 milyar lira arasında istinaftan verilen kararlar kesin-dir, 2 milyarı aşan istinaf kararları olursa temyize müracaat edilebilir. Benim aklımda kalan bu. Doğru mu, değil mi tam bilmiyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bu taslakta böyle; ama Meclis'te ne olur?..

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Meclis, 500 milyonu 2 milyara çıkardıysa...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: 200'ü 300'e çıkardılar, 500'ü de... Şeyi bulamadım şu anda...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Şu taslakta 500. Ben bulayım size.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hayır, bu taslak Hükümetin taslağı...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Haa, siz Komisyona bakıyorsunuz.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: En son Genel Kurulda tekrar değiştirdiler.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Haa, onu bilmiyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Yani, onu ben de kaybettim. Şu anda bulamadım. Tekrar yükselttiler.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Çünkü, Komisyonun da buna uygun şeyi. Yani Komisyonda da 500. Ama, Meclis'teki müzakerelerini de ben şimdi sizden öğrendim.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Şu anda o benim yanımda değil.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ama, evvelden sistem buydu. Anladım.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Yani, onun için, rakamlar üzerinde...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Şu bakımdan önemli: Biliyorsunuz, 427. maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddia edildiği zaman Anayasa Mahkemesi'nde...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: 100 bin...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: 100 bin liraydı. Ve o zaman bu mesele üzerinde çok duruldu, işte hakkın özüne dokunuyor vesaire gibi. 2 milyar olunca şimdi, eğer 2 milyara kadar kararların kesinleşmesi söz konusuysa, belki burada ciddî bir mesele var demektir, yani sosyal açıdan da ciddî bir mesele. Ama bu çok önemli.

Sizin şimdi bize borcunuz; bunu sonra öğrenip bize bildiririz.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ayrıca hükmü de yok bunun; çünkü o hükümleri geri çektiler tekrar.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Onlar hep kadük mü oldu?

Doç. Dr. Halûk KONURALP: O kadar şey değilim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ben de bilmiyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP:

Yani, aynı hükümleri geri vermek zorunda değiller. Çünkü geri çektiklerine göre tamamı değiştirilebilirler. Onu gerçekten bilmiyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Yeni şeyler getirebilirler, tabii, tabii.

Ama mevcut tasarı, hepimizin aşına olduğu tasarı ve şurada tasarı, 500'e kadar kesin, 500'den sonra istinaf, istinafın 2 milyara kadar olanları gene kesin, 2 milyarı aşanları temyiz; yani bildiğimiz kadarıyla şimdi tablo aşağı yukarı bu.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Evet, evet.

Yani, rakamlarla oynamak ihtimali saklı kalmak kaydıyla...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Kaydıyla bunu söyleyebiliriz.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Evet, bu şekilde.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Burada kriter, yani istinaf yoluna başvurmadaki kriter, usul hukuku alanında bilinen temel bir kriterdir; nihai karar esasından hareket edilmiştir. Yani, karar nihai kararsa istinaf yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla, bunun hangi tür nihai karar olduğu önemli değil. Yani, mevcut kriterlerimizle cevaplandırılacak bir husustur.

Burada bir konuya dikkat çekmek istiyorum; çünkü epeyi uzadı bu nokta. Bir yetki meselesi var, yani istinaf mahkemelerinin yetkisi meselesi var. Tabii, istinaf mahkemelerinin yetkisi meselesinden bahsederken şuna da değinmek gerekiyor: Daha önceki yıllarda yapılan çalışmalarda, İstinaf Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Kanun tasarılarında, nerelerde istinaf mahkemesi kurulacağı belli edilmiş, bir hüküm konulmuş.

Genellikle de 10-15 yerde istinaf mahkemesi kurulması esası benimsenmiş. Ama, şu anda gündemde olan tasarılar da, zaten bu usul tasarısında değil, az önce sözünü ettiğim Teşkilat Kanun Tasarısı'nda böyle bir hüküm yok. Bu konu şöyle bir hükme bağlanmış: Nerelerde istinaf mahkemesi kurulacağı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilecek. Duyduğumuz sayı 4. Çünkü, ilk çalışmalar başladığında, önceki tasarılarından hareketle 15 yerde kurulması düşünülüyordu, daha sonra Yargıtay'da yapılan toplantıda, o anda öğrendiğimize göre 9 ilde kurulması veya 9 bölgede kurulması düşünülmüş, fakat daha sonra bunun 4'e indirilmesi konusunda bir ortak kanaat oluşturulmuş.

Bence, istinaf mahkemeleri konusunda, eğer kurulursa, olabilecek en büyük sakınca bunu 4'e indirmektir. Diğer sakinler bunun yanında çok hafif kalır. Çünkü o zaman, istinaf yolu bir kolaylık, hak arama özgürlüğünün geliştirilmesi değil, tam tersine, mesafeye bağlı bir eziyet ve sıkıntı hâline gelecektir. 15 il ölçüsünde bir aklilik vardır. Yani, benim şöyle mesafeler

üzerine Türkiye'yi bir taradığım kadarıyla, yerel mahkemelere azami 2 saat içinde ulaşabilecek bir yerdedir istinaf mahkemesi. 15 yerde kurarsak, 2 saat içinde avukat meslektaşlar veya ilgililer, taraflar, vatandaşlar giderler, akşam evlerine geri dönebilirler. 9 yerde kurulduğu zaman biraz iş güçleşiyor.

Yani, imkânsız değil, ama yine de bir şey var. Ama eğer 4 yerde kurulacak olursa, tarifi imkânsız ve son derece anlamsız bir düzenleme ortaya çıkacaktır. Ben, bunun 4 yerde kurulmaması gereğine bir kez daha huzurlarınızda işaret etmek istiyorum. Bu açıklamadan sonra, istinaf mahkemesinin yetkisi acaba hukuk yargılamasındaki mahkemelerin yetkisine göre ne gibi bir özellik arz ediyor; kısaca ondan söz etmek istiyorum.

Prencip olarak hukuk mahkemelerinin yetkisi esas itibarıyla, *"davalı tarafı korumak için konulmuş hükümler"* cümlesindedir. Kamu düzeni düşüncesiyle sevk edilmiş birkaç istisna dışında yetki, bir ilk itiraz hâli teşkil eder ve mahkeme ilke olarak yetkili olup olmadığını kendisi gözetmez. Ama, istinaf mahkemeleriyle ilgili düzenlemede, *"bölge adliye mahkemesi"*, yani incelemeyi yapacak mahkeme, *"istinaf başvurusu üzerine yapacağı ön inceleme sonunda ilk derece mahkemesinin kendi yargı çevresi dışında kaldığı durumunu tespit edecek olursa"*, yani yetkisiz olduğunu tespit ederse, *"duruşma yapmadan dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine karar verecektir"* diyor.

Böylece, bu düzenlemeyle, hukuk davasının ikinci aşaması olan istinaf mahkemesi bakımından artık yetkinin taraf koruyucu şekilde yorumlanması anlayışından işin niteliğine bağlı olarak vazgeçildiğini ve yetkiyi, istinaf mahkemesinin resen inceleyeceği bir konu hâline getirdiğini görüyoruz. Bu, uyuşmazlığın hızlı çözülmesi bakımından tabii katkı getirici bir hükümdür. Sadece resen araştırmıyor, aynı zamanda da, kendince yetkili gördüğü mahkemeye de, diğer bölge adliye mahkemesine de gönderiyor. Yani, bu bakımdan yetki artık istinaf derecesinde resen incelenecek bir husus oluyor. Ayrıca buna ilave olarak, tasarının 426-R maddesinde de bir hüküm var; *"bölge adliye mahkemeleri için yetki sözleşmesi yapılamaz"* deniyor. Böylece, yani yetki birinci derece mahkemelerde,

bugün olduğu gibi, halihazırdaki düzenimizdeki gibi muhafaza ediliyor; ama, uyuşmazlık ikinci dereceye doğru taşındığı zaman, artık yetki üzerinde hem tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir konu hâline geliyor, hem de buna bağlı olarak mahkemenin resen inceleyeceği hususlardan biri durumuna gelmiş oluyor.

Başvurma usulünden ve süresinden çok kısa olarak söz etmek istiyorum.

İstinaf yoluna başvurma süresi tasarıda 30 gün olarak belirlenmiş, 426-E maddesine göre. *"Bu süre ilk derece mahkemesi nihai kararının, taraflardan her birine tebliği ile işlemeye başlar"* deniyor. Tabii, bunun halihazır temyiz süresinden uzun tutulması tartışılabilir. Bana göre 30 günlük süre uzun bir süre. Yani, ayırım yapmaksızın temyiz süresi 15 gün olabilen hâlde, 30 gün tutulması biraz uzun.

Bu şeyin aşağı yukarı fikri gerekçesi şu: Üst mahkemede yapılacak, yani bölge adliye mahkemesinde yapılacak incelemenin temyiz incelemesine göre daha kapsamlı olacağı, bu nedenle de, az sonra dilekçeyle ilgili olarak da açıklayacağım, tarafların, bilhassa istinaf yoluna asıl başvuran tarafın daha etraflı bir dilekçe hazırlama ihtiyacı içinde olacağı düşünülüyor. Onun için 30 günlük bir süre öngörülüyor.

426-M maddesi, dilekçede bulunması gereken hususları düzenliyor. Bir kere, deniliyor ki, *"istinaf dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur"*; işte başvuran taraf ile karşı tarafın davadaki sıfatı, adı soyadı, adresleri, varsa yasal temsilcisi, vekili vesaire, kararın hangi mahkemeden verilmiş olduğu vesaire. Burada önce sisteme ve bu konudaki kanunlaştırma anlayışına yönelik genel bir eleştirimi belirtmek istiyorum.

Ne yazık ki, Türk hukuk kanunlaştırma dilinde ve Türkçesinde, davacı ve davalıların sadece gerçek kişi olabilecekleri gibi garip bir şey yerleşmiştir. Daima tarafların *"adı soyadı"*ndan bahsedilir. Oysa, taraflar sadece gerçek kişiye soyadı olur. Eski kanunlarda kalmış bir şekilde; ama, mesela Fransız Kanunu'nda

bir ayırım var; "taraf gerçek kişiyse adı soyadı, adresi, tüzel kişiyse türü, merkezi vesaire" diyor. Keşke... Bizde son yapılan kanunlarda, ki 7-8 İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nda da falan böyle gelmiş. Buna bir işaret etmek istedim. Bu kadar.

Burada esas, 426-B maddesinin 7. bendinde "istem sonucu" var; yani dilekçede ne isteyeceği şeyin. "İstinaf yoluna başvuranın istem sonucu" diyor. Bunlar içinde en çok üzerinde durulması gereken husus bu bence. Yani diğerleri, zaten bir dilekçede her tür mahkemeye başvuruda bulunması gereken hususlar. İstinaf bakımından ... davacı genellikle eda davalarında zaten edaya hükmedilmesini istiyor. Temyiz dilekçesi yazarken de, haksız çıkan, kaybeden taraf kararın bozulmasını istiyor. İstinafta durum biraz farklı. Farklı; çünkü arkadan gelen hükümlerde istinafta, temyizde olduğu gibi resen araştırma veya bulunan diğer noktalardan bozma yolundan uzaklaşıldığından istinaf yoluna başvuran tarafın ne istediğini açık bir biçimde ortaya koyması gerekiyor. Dolayısıyla, buradaki istem sonucunda taraf, yani istinaf yoluna başvuran taraf, yeniden bir karar verilmesini mi, yoksa çok az hâlinde verilmiş olan hükmün iptal edilmesini mi istediğini esas itibarıyla vurgulamak zorundadır.

Basit bir örnekle açıklamaya çalışayım, yani, bir boşanma davası açılmış, dava reddedilmiş. İstinaf yoluna başvuran taraf istinaf dilekçesinde, boşanmaya karar verilmesini isteyecek tekrar yahut tersi olursa, boşanmaya hükmedilmiş, istinaf yoluna gidilirse, boşanmak istemeyen taraf davanın reddini isteyecek. Yani dolayısıyla, istinaf dilekçesi hem dava dilekçesi gibi istem sonucu bakımından, hem dava dilekçesi gibi, hem de temyiz dilekçesi gibi kaleme alınacak. İki özelliği birden var; yani hem kanun yolu başvurusunun istem sonucu olacak, hem de yine hala temel dava dilekçesiyle ileri sürdüğü, mesela edaya veya inşai hükme yönelik isteğini tekrar edecek burada.

Tabii, bunlar zaman içinde, eğer kanunlaşır, uygulanırsa oturacak ve açıkça yabancı olduğu alanlar, yani hem zihinsel olarak bilgi birikimimizde, hem de günlük yaşam deneyimimizde biraz yabancı olduğumuzdan. Çünkü biz, iki

dilekçeyi birbirinden farklı düşünür ve kaleme alırız. Dava dilekçesi yazıyorsak, önemli olan neticeyi, talebi elde edebilecek şekilde kaleme almaktır, temyiz dilekçesi yazıyorsak, hükmün bozdurulmasını istemektir; yani sadece bu istenir zaten; ama, istinaf dilekçesinde bazı hâllerde biri, diğeri; birçok halde de ikisi birden istenmek durumunda kalacak.

Kısaca istinaf başvurusunun sonuçlarından da burada bahsedeyim. Yani, süresinde istinaf dilekçesi verildiği zaman ne olacaktır? Öncelikle şunu söyleyelim: İstinaf dilekçesi verilmesiyle, istinaf yoluna başvurulmasıyla, kanun yolunun asli etkilerinden birisi olan hükmün kesinleşmesine engel olma etkisi ortaya çıkacaktır; yani hüküm kesinleşmeyecektir. Ancak, tabii burada temel bir tartışma olan, Avrupa'daki istinaf olan sistemlerde de birbirinden farklı olan bir düzenleme var. Öncelikle şunu söyleyeyim: Daha sınırları belirli bir istinaf sistemi olan Fransız sisteminde istinaf yoluna başvurulması hem hükmün kesinleşmesini engelliyor, hem de icra edilmesini engelliyor; yani prensip olarak, istinaf yoluna başvurulduğu zaman, hüküm kesinleşmediği gibi, kesinleşinceye kadar da icra edilemiyor.

Türkiye'de benimsenen sistemde ise böyle bir şey değil; hükmün kesinleşmesi engelleniyor, ancak icrası engellenmiyor. Yani, istinaf yoluna başvurulduğu zaman hüküm kesinleşmeyecek, bugün temyiz sisteminde olduğu gibi, yine hüküm icra edilebilecek. Ancak, tersine bir mekanizmayla, "tehir-i icra sistemi" burada da yürüyecek. Yeri gelmişken kısaca Fransa'daki sistemden söz edeyim. Fransa'da ise tersine bir şey var. Kural olarak icra edilemiyor. Mahkeme bizdekinin tersi bir sistemle, bir tür ihtiyati tedbir kararıyla hükmün icra edilebilmesine karar veriyor. Bu bir tercih meselesiydi. Türkiye'de yargılamanın ve icranın hızlı olmasının daha iyi olacağı kanaatinden hareketle istinaf yoluna başvurulmasının icrayı ertelemeyeceği ilke olarak getirildi.

Ayrıca, burada Sayın Pekcanitez'e de bir yollama yaptım sizin 2000 yılında İzmir'deki sempozyumda yaptığınız konuşmanızdan. Bu sistemin, yani hükmün, istinaf yoluna

başvurulmasının icrayı engellemeyeceğinin İspanya, Japonya ve İtalya'da da bulunduğunu söylüyorsunuz. Yeni sistemler. Yani, istinaf konusundaki eğilimler daha ziyade icrayı engellememesi konusunda. Bu yönden tasarının dünyadaki genel eğilimi yansıttığı söylenebilir.

Tabii, ikinci etki, hükmü aktarıcı etki denilen etki, biraz önce Sayın Hocamın bana yönelttiği bir soruyu da bu fırsatla cevaplandırayım, istinaf mahkemesi önüne talep geldiği zaman, "*uyuşmazlık geldiği zaman*" teriminden kaçındım burada, yani istinaf mahkemesi önüne başvuru geldiği zaman, zaten kanunun sistemine göre bir ön inceleme aşaması da olacaktır.

Buradan sonra ortaya çıkacak duruma göre istinaf mahkemesi isterse yeni bir yargılama yapacak, gerekli görmezse yargılama yapmadan dosya üzerinden karar verebilecektir. Bu yönüyle baktığımız istinaf hiç kuşkusuz bir kanun yoludur, ama aynı zamanda, kanun yolu olmakla birlikte yine de yargılama yapılan bir aşamadır.

Burada şuna işaret etmek lazım: İstinaf sisteminde, temyizde olduğu gibi, yani tasarının bütünü içerisinde, temyizde bugün cari olan bir husus yoktur. Temyiz mahkememiz bugün bir kararı hukuka aykırı görüp bozduğu zaman, o "*düzelterek ve değiştirerek onama*" olasılığı dışında mahkemeye gönderiyor, yani postayla aynı yere geri gidiyor ve yeni bir karar veriliyor.

İstinaf derecesinde bu tasarı hükümleri çerçevesinde bu şekilde bir geri gitme imkânı ve durumu söz konusu değil. Yani, istinaf mahkemesine gelen bir birinci derece mahkemesi kararı eğer bütünüyle zaten hukuka uygunsa istinaf mahkemesi istinaf başvurusunu reddedecektir, yok, değilse, kendisi gerekli yargılamayı yapacak ve bir karar verecektir. Çünkü bu bir hukuka uygunluk denetim mekanizmasından ibaret değildir, aynı zamanda maddî vaka denetimi de olduğu için onu da kendisi yapacaktır; yani, şöyle bir olasılık yok: Evet, istinaf derecesi yargılama sürecinin bütününe uzatır, ama o git-gel süreci yok burada, yani birinci dereceden, istinaf dere-

cesine geldikten sonra belki bir-iki çok istisnai durum dışında bir daha geri birinci derece mahkemesine gitme olasılığı yok. Yani, oradan doğru ancak ileri doğru gidilebiliyor; daha geriye dönülmüyor.

İstinaf sisteminde uygulanacak yargılama usulü aslında aynı yargılama usulüdür; yani farklı bir yargılama yöntemi getirilmemiş. Ancak, -ben, biraz da artık vakitten kazanıp sona erdirmek için söylüyorum- bir aşama getirilmiştir, hukuk davasında olmayan "ön inceleme aşaması" kanunla getirilmiştir. Bu ön inceleme aşaması kanun yolu olduğu için, istinaf derecesi bir kanun yolu olduğu için hiç kuşkusuz, gerekli koşulları taşıyıp taşımadığını tespit etmek bakımından getirilmiş bir ön inceleme aşaması düşünülmüştür burada. Bununla, yani gereksiz başvuruların önüne geçilmek istenmiştir.

Eğer -burada artık konunun esasına mahkeme geliyor-eğer dosya üzerinde yapılacak incelemeler sonucunda bölge adliye mahkemesi eğer ön incelemenin tamamlandığı karısına varırsa inceleme aşamasına geçilecektir. Burada yeni bir sözcük kullanılmış; "inceleme" deniyor. Bu inceleme aslında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki "tahkikat" la eş değerdir. Nitekim 426-N maddesinin, -ben burada takdim edemedim-gerekçesinde açıkça deniyor ki; "buradaki 'inceleme' sözcüğüyle kastedilen Usûl Kanunu'ndaki 'tahkikat'tır" deniyor. Yani, tahkikat aşamasının önünde o zaman ön inceleme var, ön incelemeden sonra tahkikat aşamasına geçiliyor. Bazı tabirler var kanunda. Yani bu, istinaf mahkemesinin ne yapabileceğiyle ilgili. Ben hemen bu önem verdiği maddeyi okumak istiyorum.

426-M maddesinde deniyor ki; "ön inceleme sonucunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi esas incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya başka bir mahkemeye gönderilmesine", atlayarak okuyorum, "duruşma yapmadan kesin olarak karar verir" diyor. Burada iki husus karşımıza çıkıyor: Birisi, usul terminolojimize yabancı olan "kararın kaldırılması" tabiri. Her halde bununla işaret edilen şey, olsa olsa kararın iptal edilmesi, hükümsüz kılınması olabilir.

Çünkü neden? Aşağıda bu hâllerin ne olduğuna bakıyoruz. Kararın dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucu ilk derece mahkemesince kaldırılması ne olabilir?

Bakıyoruz, birinci sırada diyor ki, "*davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.*" Yani, böyle bir karara karşı istinaf yoluna başvurulacak olursa ve istinaf mahkemesi de, yani bölge adliye mahkemesi de yaptığı inceleme sonucunda, mesela hâkimin kendi çocuğunun davasına baktığı kanusuna varırsa, başkaca bir inceleme yapmadan, duruşma da yapmadan bu kararı kaldırıyor. "*Kaldırma*" değiminin kullanılmış olması biraz şüpheli geliyor. Çünkü, bu kavramların isabetli kullanılması lazım. Burada, benzer bir hâlde, davaya bakması yasaklı olan hâkimle ilgili, çünkü benzer bir hükümle yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında vardır, benzer bir hâl yargılamanın yenilenmesinin sebebi olarak ileri sürülüp ortaya çıktığı takdirde Usûl Kanunu'nun yerleştirmiş terminolojisindeki kullanılan tabir, hükmün iptalidir. Gerçi o konu, yani iptalin sonuçları bakımından tartışmalıdır, ama iptalidir.

Burada şuna işaret etmek istedim: Demek ki, bazı hâllerde istinaf mahkemesi, çok sınırlı hâllerde, bu 426-M maddesinde sayılan sınırlı hâllerde hükmü iptal edebilecek. Dosya üzerinde yapacağı bir inceleme, duruşma yok ve hüküm iptal edilip gerekli mahkemeye gönderilecek. Tabii, bu istisnai bir hâldi, duruşma yapılmadan verilecek kararlar bakımından. Bunun dışında, mahkeme, duruşma icra ederek incelemesini yapacaktır.

Burada çok önemli bir madde 426-O maddesidir. Bu, istinafın hem kanun yolu olduğunu gösteren, hem de temyizden ayıran en önemli kriteri getirmektedir; o da şu: "*İnceleme istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır.*" Yani burada prensip; artık temyizden ayrılıp, çünkü buradaki temel menfaat zaten, hukuk kuralının doğru uygulanmasından ibaret değildir, tabii ki o da var, ama daha ziyade hak arama özgürlüğünün devamı olarak istinaf yoluna başvuran kişinin bu talebinin karşılanması. Ama, burada hemen 2. cümlesinde bir ifade daha yer alıyor; "*ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık*

gördüğü takdirde bunu resen gözetir."

Tabii, burada bir yanda ilke konuluyor, öbür yanda, pek de ucu bucağı belli olmayan bir kavrama atıf yaparak, "*kamu düzeni*" gibi, ne olduğu da pek belli olmayan bir kavramla, yani açıkçası çürük bir ifadeyle biraz da bu sınırlı inceleme yetkisinin sınırı aşılmaya çalışılmış. Eğer kanunlaşacak olursa, her hâlde hukukçuların üzerinde en çok kafa yorması gereken hükümlerden birisi bu olacak; yani, istinaf incelemesinin kapsamı ne olacak? Bir tür taleple bağlılık esası mı olacak, yoksa biraz daha genişleyecek mi? Bu tabii kanun koyucunun ve tatbikatın amacına bağlı bir şey olacak. Yani, eğer Almanya'daki değişikliklerde olduğu gibi istinafın fonksiyonunu, biraz daha merkezi temyiz fonksiyonlarını istinaf üzerinde toplamak gibi olacaksa tabii ki kamu düzeni düşüncesiyle talep dışına da belki bozma için çıkılması söz konusu olabilecek.

Son vermeden önce bir de burada 426-U maddesindeki bir atıf hükmüne bakmak istiyorum. Deniyor ki, "*bu fasılda aksine hüküm olmayan hâllerde ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü bölge adliye mahkemesinde de uygulanır.*" Yani, artık ilk derece mahkemesindeki usulün ne olduğuna bakılmaksızın uygulanacak bir şey.

Ben oldukça geniş bir kapsamda, ama kısa olarak konuyu ele almaya kalktım. Eğer bana sorarsanız, bu kadar lütfettiniz, dinlediniz, bunun en önemli yerinin bana göre ne olduğunu sorarsanız, (hüküm fıkrasının niteliği bakımından bir liste yapmaya çalıştım) istinaf mahkemesinin yaptığı inceleme sonunda nasıl karar verebileceğini müsaadenizle arz etmek istiyorum.

Birinci derece mahkemesi bakımından, önce halihazır bilgimizi burada tekrarlayayım, birinci derece mahkemesi yaptığı inceleme yönünden esasa girmişse, bir olasılık, davayı reddeder, ikinci olasılık, kısmen veya tamamen davayı kabul eder. Bir de bazı usuli kararlar vardır, işte karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi vesaire gibi. İstinaf mahkemesinde durum farklı. Çünkü, istinaf mahkemesi hem kanun yolu incelemesi yaptığı için, hem de, yaptığı kanun yolu incelemesi

sonunda kendisi esas hakkında karar verdiği için, benim tespitlerime göre bu tasarı hükümleri çerçevesinde istinaf mahkemesi dört tip karar verebiliyor:

Bunlardan birincisi, yaptığı inceleme sonunda istinaf isteminin reddi kararı. Yani, istinaf başvurusu üzerine istinaf istemini esastan inceleyen mahkeme, kararı usule, kanuna uygun bulursa istinaf isteminin reddine karar... Bu, mahiyet bakımından Yargıtay'ın temyiz üzerine verdiği onama kararına benziyor. Ama onama kararı değil. Çünkü bunun reddiyle öbür hüküm kabili icra bir hâle gelecektir.

İkinci olasılık; ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve dosyanın gönderilmesi kararı. Bu, az önce sözünü ettiğimiz 426-M maddesinde sayılan ihtimallerden birinin bulunması hâlinde verilecek karardır. Yani, az önce sözünü ettim, burada kaldırılmadan kastedilen şey aslında, hükmün iptal edilmesi, sınırlı halde, bu 426-M maddesinde sayılan, işte davaya bakması yasak olan hakim bakmuşsa. Bu durumda istinaf derecesinde yapılacak şey o hâlde, kararın kaldırılması diyor, kanunun tabiri o, benim anladığım iptal edilmesi ve dosyanın davaya bakacak bir hâkime gönderilmesi.

Üçüncü olasılık; davanın kısmen veya tamamen kabulü kararı. Bu karar aslında birinci derece mahkemelerine ilişkin bir karardır; yani tam olarak söyleyecek olursak, ilk derece mahkemesi kararının iptaliyle davanın kabulüne ilişkin karar. Basit bir örnekle açıklamaya çalışayım. Açılan bir alacak davasında mahkeme, alacak davasını ilk derece mahkemesi esastan reddetmiş. Davayı kaybeden davacı istinaf yoluna başvurmuş ve başvuru esas bakımından haklı görülmüş yapılan inceleme sonunda.

Bu durumda ortaya çıkan husus şu: İstinaf mahkemesi vereceği kararın hüküm fıkrasında, önce söz konusu davanın reddine ilişkin birinci derece mahkemesi kararının, kanundaki tabirle, kaldırılmasına, ondan sonra da, asıl alacağın davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verecek. Yani, bu defa kanun yoluna ilişkin kararlar, o iptal kararıyla ilk derece

mahkemelerine özgü eda kararı aynı hükümde ortaya çıkacak. Ve nihayet burada ortaya çıkabilecek dördüncü tip karar, bu son söylediğim olasılığın tam tersi. İlk derece mahkemesinde davacı davayı kazanmış, edaya hükmedilmiş mesela. Bu defa davalı istinaf yoluna başvurmuş. Davalının başvurusu esas bakımından haklı görülmüş. Bu defa istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasıyla, edaya ilişkindi sözünü ettiğim örnek de, davanın reddine karar verecek.

İşte bu kararlar kanunun getirdiği sisteme göre, o artık bunun dışında kalan bir şey, bu kararların, istinaf mahkemesinin bu kararlarına karşı ise bugün olduğu gibi temyiz yolu açık olacak.

Benim maruzatım bundan ibaret Sayın Hocam.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Çok teşekkür ederiz.

Özellikle Sayın Konuralp'in de belirttiği gibi, henüz, usul hukukçusu da olsak usul hukuku kültürümüze istinaf tam yerleşmiş değil. O bakımdan, Sayın Konuralp'i dinlediğim zaman, gerçekten nerelerde ne gibi şeylerle karşılaşacağız, hangi meseleler üzerinde durmamız gerekecek; bunun üzerinde çalışılması gerekecek ve bizi epeyce meşgul edecek.

Bu bakımdan, Sayın Konuralp, tasarının hükümlerini bize kendi görüşleriyle de aydınlatarak vermiş oldu. Şahsen ben bir-iki noktası dışında çok fazla bir bilgi sahibi değildim, önemli bir rahatlıkla bu bilgiyi edinmiş olduk; bu bakımdan çok teşekkür ediyorum kendisine bu rapor için. Ve kolay da bir iş değil. Yani, hiçbirimizin çok hazır olmadığı bir yerde böyle bir raporu hazırlayıp sunmak. O bakımdan bize ışık tuttu. Teşekkürler ederiz.

Şimdi zannediyorum soru ve cevapla ilgili bir bölümümüz var.

15 dakikalık bir ara veriyoruz.

100 - 100

BİRİNCİ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Önce sorulara, sorular üzerinde konuşmalara geçeceğiz. "*Tartışma*" deyince bir menfi şey, sanki kavga edilecekmiş gibi oluyor. Meseleyi konuşacağız aslında. Ama ondan evvel, Sayın Konuralp'in biraz evvel icrayla ilgili olarak; yani ne olabilir? Çeşitli ülkelerden örnekler verdiniz. O arada baktım. Alman Kanunu'nda da 537. paragraf "*geçici icra*"dan bahsediyor. Yani, istinaf mahkemesi duruma göre değerlendirip geçici bir icra kararı verebiliyor o çerçevede içinde.

Evet efendim, bundan sonra. Buyursunlar.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Öncelikle konuşmacı arkadaşımıza gerçekten, zor bir konuda bizi bilgilendirdiği için teşekkür ediyorum.

Ben bir konuyu tartışmaya açmak istiyorum. Acaba getirilmek istenen başvuru yolu gerçekte istinaf mıdır, değil midir; onun sorgulamasını yapmak gerektiği kanaatindeyim. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın getirdiği, kanun yollarında değişiklik ve öngörmek istediği sistem gerçekte istinaf mıdır, değil midir tartışmasını yapmak lazım. Buna şuradan da söylemek mümkün; kanun, "*mahkeme*" derken "*istinaf*" tabirini özellikle kullanmaktan kaçınıyor.

Bölge adliye mahkemeleri, istinaf mahkemeleri de denebilirdi. Başvuru yolunu ise istinaf şeklinde tanımlıyor. Ben uzun yıllar yargı örgütü hukukuyla da uğraştığım için doğal olarak

TARTIŞMALAR

istinaf, temyiz mahkemelerinin hukukî yapılanması konusunda da epeyce bir araştırma yapma zorunluluğum doğdu.

Öncelikle, temyiz nedir, istinaf nedir, istinaf yargılamasının karakteristik özellikleri nelerdir, temyiz yargılamasının karakteristik özellikleri nelerdir; bunları mukayese ettikten sonra tasarının öngördüğü sistemin bu çerçevede yeri ne olacaktır; bunu belirlemeye çalışmak gerek.

Bilindiği üzere temyiz; “dar ve teknik anlamda temyiz” ve “geniş anlamda temyiz” olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar ve teknik anlamda temyiz ana hedefi, sadece hukuka uygunluk denetimidir. Mahkemelerin nihai kararlarının sadece hukuka uygunluk yönünden denetlenmesini öngören kanun yoluna dar ve teknik anlamda temyiz diyoruz. Hukuku uygunluk denetiminin yanı sıra sınırlı ölçüde de vakalara uygunluk denetimini üst derece mahkemesi yapıyorsa, bu durumda genişletilmiş temyizden söz edilmektedir. Yani geniş anlamda temyiz, hukuka uygunluk denetiminin yanı sıra sınırlı ölçüde vakalara uygunluk denetimini da alır.

Özellikle bu ayırma, bence ceza hukuku alanında istinaf bağlamında yapılan en iyi çalışmalardan biri olan Feridun Yenisey Hocanın kitabında da vurgulanmıştır. Şu anda halihazırdaki sistemde Yargıtay’ın üstlenmiş olduğu, yapmış olduğu temyiz incelemesi genişletilmiş temyiz olarak adlandırılabilir. Kural, Yargıtay, mahkemelerin nihai kararlarını hukuka uygunluk yönünden denetlemektedir.

Ancak, 428. maddenin 5. bendinde yer alan, madde meselesinin takdirinde hata edilmişse ilk derece mahkemesinin vaka saptaması ve delil değerlendirmesine de bu bağlamda müdahale edebilmektedir. Bu çerçeveden baktığımızda, Yargıtay’ın şu anda üstlenmiş olduğu, bu sistematik düzen içerisinde bir davanın taleplerle belirlenen sınırlar dahilinde ikinci kez yeniden görülüp, gerekiyorsa karara bağlanmasını hedefleyen kanun yoluna biz dar ve teknik anlamda istinaf diyoruz. İstinafı karakterize eden öge “hukuka uygunluk denetimi” değil,

"vakalara uygunluk denetimi" dir. Yani, ilk derece mahkemesinin vaka tespiti ve delil değerlendirmesi sağlıklı yapılmış mıdır, yapılmamış mıdır; üst derece mahkemesi esas itibarıyla bunu denetlemek zorunda.

Temyiz ve istinaf karşılaştırıldığı takdirde, her iki kanun yolunun ayırıcı birtakım özellikleri rahatlıkla görülecektir. Temyiz kanun yolunda hedef, aynı ya da benzer olaylarda ülke genelinde hukuk uygulamasında birliği sağlamaktır; buna karşın istinafta güdülen hedef, somut olay adaletini sağlamak. Hocamızın değişişyle, davacının talebini bir şekilde karşılamak, onu tatmin etme hedefi söz konusudur.

İkinci karakteristik farklılaşma; temyizde esas itibarıyla hukuka uygunluk denetimidir. Dar ve teknik anlamda temyiz incelemesinin kapsamı, hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Buna karşın istinaftaysa, davanın yeni baştan görülme niteliği ağır bastığı için, incelemenin kapsamında ana öge, vakalara uygunluk denetimidir. Aralarındaki nitelik farklılıklarını ortaya koyarsak sistematik bağlamda yerleştirmemizde de kolay olacak.

Üçüncü olarak, temyiz incelemesi ilke olarak dosya üzerinden yapılır, istisnai olarak 438. maddede belirtilen hâllerde ise duruşmalı yapılır. Hukuka uygunluk denetimi olduğu için incelemenin ilke olarak evrak üzerinden yapılması asıldır. Dar ve teknik anlamda istinafta ise, davanın yeni baştan görülmesi söz konusu olduğu için duruşmalı inceleme asıldır, evrak üzerinden inceleme istisnai olmaktadır.

Diğer bir temel farklılık; temyiz dilekçesinde sebep gösterme zorunluluğu yoktur. 435. maddenin 2. fıkrasında belirtilen hususları içeren; yani temyiz edenin kimliğini ve temyiz iradesini içeren temyiz istemi geçerlidir ve Yargıtay 439/2'ye göre, ileri sürülen temyiz sebepleriyle bağlı değildir. Buna karşılık istinaftaysa, özellikle burada durulması gereken noktalardan birisinin o olması gerekirdi, istinaf sebeplerinin açıkça dilekçede zikredilmesi gerekir ve sebebe hasren inceleme yapılır. Yani,

TARTIŞMALAR

kural olarak tarafların ileri sürmediği, fakat dosyadan varlığı anlaşılan diğer nedenlerin istinaf incelemesini gerçekleştirecek olan merci dikkate alınmaz.

Bir başka farklılaşma; temyiz incelemesinde hukuka uygunluk denetimi yapıldığı için, yani somut olaya ilgili hukuk kuralı doğru olarak saptanıp uygulanmış mı, uygulanmamış mı; o denetlendiği için yeni vaka ve yeni delil getirilmesine izin verilmemiştir. Zaten denetimdeki amaç, ilk derece mahkemesinin vaka saptaması ve delil değerlendirmesine müdahale etmek değil, buradaki amaç, somut olaya hukuk kuralı doğru uygulanmış mı, uygulanmamış mı; onu saptayıp belirlemeye yöneliktir. Buna karşılık istinafta ise, tekrar davanın yeni baştan görülmesi gerekiyorsa, yeni baştan ikinci kez ele alınması, taleplerle belirtilen sınırlarda dahi olsa ele alınması söz konusu olduğuna göre, sınırlı ölçüde de olsa yeni vaka ve yeni delil getirilmesine olanak verilmesi gerekiyor. Aksi takdirde, temyiz incelemesiyle bir özdeşleşme gibi hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı bir inceleme gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

Son temel farklılık ise, temyiz incelemesi hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu için, temyiz incelemesini gerçekleştiren merci, olaya uygulanacak olan hukuk kuralının yanlış olduğunu saptayacak olursa gereken kararı vermek üzere dosyayı mahkemesine iade eder. Halbuki istinaf yargılamasında ise, gerekiyorsa dava yeni baştan görülür, ilk derece mahkemesine gönderilmeden bizzat hüküm tesisi söz konusudur.

Bu temel çerçeve içerisinde yaklaşıldığında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın öngördüğü modeli istinaf olarak nitelendirmek çok sağlıklı görülmemektedir. Nereden çıkartıyoruz? Düzenleniş tasarısı ön maddelerine bakacak olursak, bir kere, hukuka uygunluk denetimi ön plandadır; vakalara uygunluk denetimi son derece sınırlı kalmaktadır. İnceleme bağlamında yaklaşacak olursak, duruşmalı inceleme sınırlı; esas evrak üzerinden inceleme ön plana çıkmıştır.

Bence burada son derece önemli, tartışmaya açılması gereken konulardan birisi, belki Kamil Yıldırım Hoca olsaydı

bu konu daha da tartışılabilir hale gelebilirdi; istinafta madem dava yeni baştan görülüyor, yeni baştan görülmenin sağlanabilmesi için sınırlı ölçüde de olsa yeni vaka ve yeni delil getirmeye olanak vermek gerekir.

Halbuki, tasarının öngördüğü modelde, yeni vaka ve yeni delil getirilmesine ve "islah"a olanak verilmemiştir. Bu da, yapılacak olan, bölge adliye mahkemesinin yapacağı incelemenin daha ziyade hukuka uygunluk denetiminin etkin olacağı yönündeki tezi güçlendirici bir etki doğurmaktadır. Evet, Alman usul ve hukuk sistemlerinde de belki yeni vaka, yeni delil getirilmesine olanak verilmiyor; ama bunu tartışmaya açmamız lazım ki, davanın yeni baştan görülmesi kavramının anlamı olsun. Ne gibi bir tehlikeyi doğurabilir? Bu durumda istinaf mahkemesi çoğu kere uygulamada ilk derece mahkemesinin vaka ve delil tespitini bir ara kararı ile geçerli kabul edip salt hukuka uygunluk denetimine yönelme gibi bir gayret içerisine giriyor. Düzenleniş biçimine bakınız, tipik temyizün unsurları. Hep bu saydığım şeyler temyize yaklaşan öğelerdir; katılma yoluyla temyiz, işte katılma yoluyla istinaf. Kararın icrasının etkisi bu gibi konularda hep temyize yaklaşan bir düzenleme tarzının incelendiği görülüyor.

Sonuç olarak: Getirilmek istenen model istinaf değil, genişletilmiş temyizdir ve şu anda büyük ölçüde, yani ona benzemektedir, her yönüyle örtüşüyor demiyorum, ama büyük ölçüde o etkindir, ana figür olarak karşımıza çıkmaktadır. Şu anda Yargıtay'ın 428/5'e dayalı olarak yapmış olduğu misyonu istinaf mahkemelerine yüklüyoruz. Aslında istinaf de değil, bölge adliye mahkemesi değil; bunların adı bal gibi, mini Yargıtaylar oluşturmaktır, bölge temyiz mahkemeleri kurmak.

Hep Yargıtay başkanlarının konuşma gerekçelerinde de söylenir ve son derece bence yanlış bir kanaattir, istinafın amacıyla sonuçları hep birbirine karıştırılıyor; deniyor ki, işte "istinaf mahkemelerinin kuruluş gerekçesi Yargıtay'ın iş yükünü azaltmaktır." Böyle bir gerekçe olamaz. Çünkü, bir yüksek mahkemenin iş yükünü azaltmak amacıyla bir başka üst mahkeme

TARTIŞMALAR

oluşturulması düşünülemez. İstinafta amaç, Baki Hocamın son derece açık olarak yazılarında da vurguladığı gibi, güvenceli adaletin sağlanmasıdır, yani hataları olabildiğince asgariye indirmek, hukuk devletinin tüm boyutları itibarıyla gerçekleşmesini sağlamaktır. Zaten, somut olay adaletiyle varılmak istenen sonuç da, fiilî, maddî duruma hukukun çizdiği çerçeveler içerisinde örtüşen en uygun sonucu bulmaktır; yargılamadaki amaç da bu olması gerekir.

Bu açıdan bakıldığında, tasarının öngördüğü modelin 428/5 bağlamında genişletilmiş temyiz diye adlandırılan modele yakın bir model olduğunu görüyoruz. Bu adeta... İdari yargıda itiraz-temyiz ayrımı var. Biliyorsunuz, bölge idare mahkemesine itiraz yoluyla, temyiz yoluyla da Danıştay'a müracaat ediliyor. Yolun adı itiraz da olsa, incelemenin niteliğine baktığımızda aslında bu ayrımın kavramsal çerçevede kaldığını görüyoruz.

Bölge idare mahkemelerine benzer bir yapılanmanın bölge temyiz mahkemesi hüviyetinde, fakat bölge adliye mahkemesi adı altında adli yargıya taşınma gayretinden başka bir şey gibi görünmüyor. Hiç olmazsa, yapılanmada eğer gerçek amaç o olsaydı, 4 yerde değil, hiç olmazsa bölge idare mahkemelerinin kurulduğu yerlerde birer istinaf mahkemesi kurulması yoluna gidilebilirdi. Bunda da tabii nitelikli hâkim ve kaynak sorunuyla karşı karşıya kalınabiliyor.

Yani, istinafa temelde tabii kimse muhalefet edemez. Güvenceli adalet kararın olabildiğince çok gözden geçirilmesi, hatanın inmesi, gerçeğe en uygun çözümün üretilmesini sağlamaya yöneliktir. Ama, getirilmek istenen model istinaf değil, daha ziyade genişletilmiş temyize yaklaşımaktadır.

Demir Hocamın yapmış olduğu bir tespite, belki satır aralarında sıkıştırıldı ama, dendi ki, -Hocam da isabet buyurdular, görüş serdettiler- artık istinaf yargılamasında kayma da hukuka uygunluk denetiminin ön plana çıkması yönündedir, bu nedenle de, gerçek anlamda istinafı arzulayanlar işte

bu figürasyonun ön plana çıkmasına karşı koyma ihtiyacını duymaktadırlar.

Alman, Avusturya, İsviçre gibi yapılanmalara bakacak olursak, genellikle federatif yapılanma. İstinaf mahkemesi adı altında faaliyet gösteren mahkeme aslında gerçekte temyiz incelemesine benzer bir inceleme yapmaktadır. Federatif yapılanmanın doğal bir sonucu olarak belki bu figürasyonda bir değişme olmuştur. Aksi takdirde, dava her seferinde yeni baştan görülüp bir de temyiz mahkemesine gidecek olursa, bu sefer sürekli yakınılan yargılamanın hızlandırılması soruyla karşı karşıya kalınabilir. Belki bu figürasyon değişikliğinde de bunun etkili olduğu düşünülebilir.

Teşekkür ediyorum. Sağ olun.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Biz teşekkür ederiz Sayın Süha Tanrıver.

Bir katkıdır. Bir tek şeyi ben not aldım. Belki siz cevap vereceksiniz. Bir şeye açıklık getirir misiniz?

Dosyadan anlaşılan bir durum olsa dahi istinaf mahkemesi yaptığı yeni yargılamada bunu dikkate alamaz mı; yani bir yanlış anlama olabilir, öyle bir şey duyar gibi oldum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Tabii ki. Zaten orada da bir ayrık hüküm var, tasarıda.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: İtiraz teşkil eden bir madde vakıa ilk derece mahkemesinde dikkate alınmamış, tediyeye makbuzu var...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hocam, tasarının hükmü gayet açık; "*mahkemenin resen gözeteceği hâller dışında*", 426-M'yle sınırlanmış o haller, "*onun dışındaki hâllerde yeni iddia, yeni vaka ileri sürülemez, ıslaha müracaat edilemez, karşılık dava açılmaz, davaların birleştirilmesi istenemez.*"

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Bu saydıklarınız değil söz konusu olan.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Süha TANRIVER: İtiraz ileri sürülmesi de yeni vakaysa...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hayır. Şu var: Dosyada zaten tediye makbuzu var, yani zaten makbuz var...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: O anlamda değil tabii ki...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: O anlamda demediniz siz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: O anlamda değil.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam, anladım. O açıklığa kavuştu.

Sayın Prof. Pekcanitez.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Müsaade ederseniz Süha Beye önce cevap vermek istiyorum; çünkü korsan tebliğ oldu Süha'nınki.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: "Korsan tebliğ" güzel ifade.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Korsan tebliğ, bu tür konuşmalarda yeni çıkan bir jargon.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ama olsun...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Korsan tebliğ değil, tartışmaya açmak için.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Yok canım, kötü bir laf değil bu.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Hayır, hayır, istifade etmek bakımından, her katkının bir değeri var hiç tereddütsüz.

Tamam. Ama, ben size hak veriyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Değerli dostum, sevgili kürsü arkadaşım Süha benim dediğimi de anladı. Ama, gerçekten

son yıllarda böyle toplantılarda söz alıp uzun konuşanlara haklı ya da haksız bu tabir kullanılıyor. Yani bunu ben uydurmadım.

Şimdi birkaç açıklama yapmam gerekiyor. Hem de bunlar bantta da yer alacağı için bir şekilde tespit edilmiş olur.

Bu "*bölge adliye mahkemesi*" adı nasıl çıktı, nereden geldi; onu da tarihiyle, günüyle aşağı yukarı hatırladığım kadarıyla söyleyeceğim.

Bir kere, bu çalışmaların başından sonuna kadar iştirak eden Sayın Hakan Pekcanutez de hatırlayacaktır, tasarı Bakanlar Kurulu'na sevk edilene kadar adı Üst Mahkemeler Kanun Tasarısı'ydı. Ve bizim şu anda sık sık telaffuz ettiğimiz "*istinaf incelemesi*"nin adı da, çok garip bir şekilde, "*üst mahkeme yolu*" idi. Bakın, tasarı, yani Ortak Komisyonda, -iki komisyon, bir de ortak komisyon vardı- ortak komisyonun Başkanı Sayın Dönmezer'di, epeyi de tartışmalar oldu; "*hayır, bunun adı üst mahkemedir, bu yolun adı da üst mahkeme yoludur*" dedi. Ve buradaki bütün tabirler, bir önceki şey de var, yanımda yokmuş, üst mahkeme yoluydu adı. Hatta, itiraz ettik. Beni de azarladı itiraz ettiğim için. "*Kim bu*" filan dedi. "*Olmaz, böyle kabul edildi*" dedi. 45 kişiydi o birleşik komisyon, ceza yargılaması ve hukuk usulü bakımından. Üst mahkeme diye gitti. Ama, o sırada Adalet Bakanı da Sayın Hikmet Sami Türk'tü, hükümete sevk ederken bir gün bir toplantıda dedi ki, "*bu bölge idare mahkemesi adı tutmuştur, bunun da adını bölge adliye mahkemesi yapalım*" dedi.

Komisyonundan geçen şekliyle değil, Basın Kanunu'na giren tasarıda Sayın Türk'ün değişikliğiyle mahkemenin adı bölge adliye mahkemesi oldu. Yani, süreç bu şekilde. Yoksa, az sonra ona ilişkin de bir-iki şey söyleyeceğim, yani bilinçli olarak bu tasarının hazırlanmasında genişletilmiş temyize imkân vermek için adı bölge adliye mahkemesi yapılmadı. Tam tersine, yaklaşık bir buçuk yıl süren komisyon çalışmalarında, muhalefete, yani sürekli muhalefet edilmesine ve tartışılmasına rağmen

TARTIŞMALAR

yolun adı "*üst mahkeme yolu*", mahkemenin adı da "*üst mahkeme*" olarak benimsenmişti. Bu birinci mesele.

İkincisi; tekrar Süha Bey arkadaşım arada "*federatif yapı*" dan söz etti. Ben artık o konuda çok hassaslaştım. Öbür ülkeler için söylemiş olduğunuzu kabul ediyoruz. Çünkü, öbürü ister istemez bir hassasiyet yaratıyor. Ancak şunu da söyleyeyim: İstinaf sisteminin en belli başlı oturduğu ve adının da istinaf olduğu ülke Fransa'dır ve federatif bir ülke değildir, üniterdir, tarihi geçmişten gelen birtakım nedenlerle.

Yani, federatif yapılarda belki kolaylık sağlar, ama federatif yapının ne zorunlu bir unsurudur, ne de üniter devletle bağdaşmayan bir şeydir. Fransa üniter devlettir. Sisteminde mükemmel işleyen, hem hukukta, hem cezada, bir istinaf sistemi vardır. Amerika federatif devlettir, ama sisteminde istinaf yoktur, doğru dürüst temyiz bile yoktur; yani birinci derecede bitirirler. Dolayısıyla, büyük bir bağlantı olduğunu sanmıyorum. Ama, İsviçre ve Almanya bakımından, sistemin işleyişine katkı...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Müsaade ederseniz, Almanya'da da bu son kanundan evvel bir istinaf sistemi var. Yani, istinaf federatif yapıyla çok ilgili bir mesele değildi. Şimdi istinaf mahkemesinden biraz daha kontrol mahkemesi haline gelmesi birtakım ihtiyaçlar dolayısıyla oldu. Belki bunun bir incelemesi lazım. Bize birçok konularda ipuçları verebilecek bilgiler olacak. Yalnız, federal yapıyla pek ilgili değil.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hocam, müsaade ederseniz bir şey söylemek istiyorum. Düşünülebilir dedim zaten.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Evet, evet.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Bu federatif yapıyla ilgili değil.

Ben, o figürasyon etkenlerden birisi de bu olabilir, çalışma biçimi...

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Yani, bu gidiş o istikamet dolayısıyla değil. Aynı meseleler orada da var; "*Bundesgerichtshof*"un çok fazla yük altında kalması vesaire falan, hep o hususlar tartışılıp duruyor.

Buyurun efendim.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Bir de, bu açıklamalara ilişkin son olarak, tasarının 426-R maddesine dikkatinizi çekmek istiyorum. Bu madde, "*yapılamayacak işlemler*" başlığını taşıyor ve burada, demin Sayın Tanrıver'in dile getirdiği bazı konuları belirliyor. Ne diyor? "*Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşılık dava açılmaz, davaya katılma isteminde bulunulamaz, davanın ıslahı ve davanın birleştirilmesi istenemez*" denildikten sonra, "*resen göz önünde tutulacak hususlar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemez, yeni delillere dayanılmaz.*"

Bunlar Sayın Tanrıver tarafından, temyizcinin, yani olay incelemesi ve denetiminden çok hukuka uygunluk denetimiyle sınırlanmasına yönelik birtakım veriler olarak dile getirildi. Bu doğrudur. Üstelik, kaleme alınış tarzı bakımından bir dizi yasaklama hükmü olarak getirilmiştir. Yani, sanki yargılama içinde yasaklanan birtakım hâller gibi konulmuştur. Bu hatalıdır gerçekten.

Özellikle, "*davanın ıslahı yapılamaz*" diyen hüküm, orijinal anlayışı bunun, ıslaha ilişkin meşhur Anayasa Mahkemesi kararından önceki dönemden kalma bir anlayıştır. Yani, birinci derece mahkemesinde ıslah yoluyla müddeabih artırılmadığı dönemde bu fikir oluşmuş, daha sonra bu kanun çalışmaları sırasında gündeme getirilmesine rağmen ıslah konusu bu şekilde bırakılmıştır. Yoksa, yani müddeabih ıslah yoluyla ilk derece mahkemesinde artırılabilirse, bu, bunun devamı olarak gerçekten istinaf yolunda da müddeabihi artırma imkanı... Yani, bu ıslah şeyi burada gerçekte pek uygun kalmamaktadır.

"*Yeni delillere dayanılmaz*" meselesi ise çok kısır bir ifadeyle kaleme alınmıştır. Süha Bey haklıdır burada. "*Yeni delil*"

TARTIŞMALAR

kavramı iki anlam ifade edebilir; sonradan ortaya çıkan delil veya yargılamaların yenilenmesindeki ölçütlerde olduğu gibi, yargılama sırasında mevcut olup da ele geçirilemeyen delil. Bu ayırım yapılmamış burada, çok genel olarak hiçbir şey...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hayır, yasaklama maddesinde diyorum.

Burada çok kesin bir şekilde, zaten benim ifade etmek istediğim o. Bu hususlar sanki böyle bir yasaklama şeyiymiş gibi gözüküyor. Ancak, bütün olarak incelendiği zaman, yine de sonuçta onu söyleyeceğim, bunun bir temyiz amaçlı bir kanun yolu olduğu değerlendirmesine ben katılmıyorum. Esas olan vaka incelemesine, yani delil değerlendirmesine yönelik istinaf derecesidir; ama, birtakım yargısal alışkanlıklarla, yargısal davranışçılık çok önemli bir şeydir, yani 70-80 yıllık bir gelenek içinde bir kısım şeylerin temyizde olduğu gibi burada da muhafaza edilmesi yoluna gidildi.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Teşekkür ederim. Sayın Prof. Pekcanitez lütfen.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Ben hemen Halûk beye bir katkı olarak şunu söyleyeyim: Bu sözü edilen maddenin son cümlesinde, "ancak" diye başlayan cümle, "ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan deliller üst mahkemede incelenebilir" diyor, ki o belli ölçüde açık bırakıldı.

Ben, istinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin bu tas-lakta baştan sona kadar çalışan bir kişiyim. Bu çalışma sırasında bizim esas olarak kabul ettiğimiz ve esas aldığımız ilke şu oldu: Bir yerde şanslıydım, çünkü o sırada Almanya'da istinaf mahkemeleriyle ilgili bir reform çalışması vardı, bu reform çalışmalarıyla ilgili tartışmalara ulaşabilme imkânımız oldu. İkincisi, başka ülkelerde de istinaf mahkemeleriyle ilgili tartışmalar yaşıyordu ve bir de, yabancılarla ilişki kurma imkânına sahip olduk.

Acaba, yeni bir ülkede istinaf mahkemesi kurulursa neyi önerirsiniz diye sorduğumuzda bize şunu söylediler: “Öyle bir istinaf sistemi seçin ki, son derece basit olsun” dediler. Çünkü, özellikle Alman hukukuna veyahut da diğer hukuk sistemlerine baktığımızda, onların zaman içinden gelen, ihtiyaçlarını karşılamak için çok istisnai nitelikte düzenlemeler yapıldığını gördük. Bugün istinaf Avrupa’da 100 yıldan daha uzun bir geçmişe sahip. 100 yılın daha üstünde bir uygulamaya sahip olan Avrupa’nın, özellikle tartışmaları bize ışık tuttu. Öncelikle istinafla ilgili basit bir düzenleme yapmak istedik; buna gayret ettik.

İkinci olarak, istinaf mahkemelerinde kolay ve basit bir çözüme ulaşabilmek amaç idi. Bu yüzden, tıpkı Avusturya hukukundaki gibi yeni vaka ileri sürmek imkânını en azından işin başında kabul etmedik, ki Avusturyalılar bu sistemden öyle memnun ki, işte Türkiye Barolar Birliği’nin toplantısına gelen Avusturyalı hukukçular da onu söylediler; “*bu sistem sayesinde biz bütün kötü niyetli davranışları, olumsuz sonuçları ortadan kaldırebiliyoruz*” dediler ve Alman hukukunda da, bu sistemin lehine doktrinde görüşler var.

Ancak, haklı olarak Süha Beyin de söylediği gibi, burada şu söylenecek: Yeni vaka ileri sürebilme imkanını vermemek, belli ölçüde maddi gerçeklerden uzaklaşma ihtimalini de ortadan çıkarmıyor mu? Çıkıyor. Ama, işin basit ve çabuk olması bakımından böyle bir radikal çözümün başlangıçta en azından değerlendirmesi gerekiyordu. Alman hukukunun yavaş yavaş buna döndüğüne tanık olduk. Bu arada, Alman hukukunda yeni vaka ileri sürme hakkı var; onu da söyleyeyim. Süha Bey belki Avusturya’yı ifade ederken Almanları da söyledi. Ama, orada Almanya’daki düzenleme tamamen farklı.

İkincisi, bu konuda söylemek istediğim, istinaf mahkemelerinde işin yeniden görülmesi aşamasında, özellikle Avrupa’da bu 100 yılın üzerindeki geçen dönemde bir sorun yaşadıklarını ve önemli bazı problemlerin çıktığını söylediler; o da şu: İlk derece mahkemeleri, istinaf sisteminin olduğu yargıda mutlaka güçlendirilmeli. Eğer istinafı güçlendirmez iseniz, ilk derece

TARTIŞMALAR

hâkimleri son derece rahat bir şekilde yargılama yapıyorlar ve vicdanen de en ufak bir sorumluluk hissetmiyorlar; çünkü, bir hatayla karşılaşacak olurlarsa, bir hatalı karar verirlerse, nasıl olsa bu istinafta düzeltilecek düşüncesiyle rasgele, çok ciddiye almadan kararlar verdiklerine zaman içinde tanık olmuşlar. O yüzden dediler ki, "mümkün olduğu kadar ilk derece mahkemesindeki yargılamayı güçlendirin, bu istinafi güçlendirmek olacaktır.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: "Güçlendirin" mi, güçleştirin mi?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Güçlendirin.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tamam, güçlendirin.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Yani, "kararlarının, istinafta yeniden yargılama yapılmasına yönelik kapıyı biraz kapatın, ki aşağıdaki hâkim sorumluluk hissetsin, yargılama yaparken, 'benim kararım nasıl olsa istinafta tekrardan yargılanacak, yeni bir karar verilecek' şeklinde bir rahatlık içinde olunmasın" dediler. Bizim tercihlerimizden bir tanesi bu oldu; yani, ilk derece mahkemelelerinin daha güçlü hâle getirilmesi, kararlarının istinaf tarafından sürekli olarak bozulmaması.

Her ne kadar istinafla ilgili bu kanun çalışmasında bulduysam da, daha sonra gerek Meclis aşamasında, gerek daha sonraki aşamalarında, her kanunda olduğu gibi, ama belki bu dönemde çok daha yoğun yaşanan bir şekilde müdahaleler oluyor ve bu müdahaleler de çok kolay oluyor. Yani, arkadaşça bir müdahale hemen kanunda yerini buluyor veya dostça bir ikaz hemen kanunda yer bulmayı sağlıyor.

Bir örnek vereyim, belki de hayatımın sonuna kadar hiç unutmayacağım bir örnek olacak; bir eksiklik vardı bana göre İcra İflâs Kanunu'nda, o da şu: Kambiyo senetlerine özgü takipte eğer alacaklı haksız veya kötü niyetliyse yüzde 40 tazminata mahkum edilme unutulmuş kanunda veya biz unutulduğunu düşündük. Bunu teklif ettik; dedik ki, nasıl borçlu haksız

ise, hatta haksız olduğunu bile çok iyi araştırmadan itiraz ettiğinde yüzde 40 tazminata mahkum ediliyorsa, alacaklı da takibe koyarken bu senedi, haksız ve kötü niyetli ise, sadece haksız da demedik, haksız ve kötü niyetli diye bağladık, o da yüzde 40 tazminata mahkum olsun dedik. Bu teklif Adalet Komisyonu'nda tartışıldı.

Özellikle, Bankalar Birliği karşı çıktılar. Çünkü, alacaklı hep Bankalar olduğu için, onlar da, *"biz bu tazminatı ödemek istemiyoruz, çünkü haksız ve kötü niyetli olma ayırımı uygulamasını yapamaz"* dediler ve bir tartışma başladı. Sonunda başkan tekrardan söz verdi. Tartışmalardan sonra şuna geldi: Dedi ki, *"Hocam, ikinizin de dediği olmasın, ben bunu yüzde 20 yazıyorum."*

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Evet, öyle.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet.

Sayın Başkan, lütfen yapmayın, bakın, kanunun sistemini bozuyorsunuz, dediysem de maalesef dinletemedim.

Şuraya geleceğim: Türkiye Barolar Birliği'nin istinaf mahkemeleriyle ilgili toplantısına gittiğimde şok oldum: İstinaf mahkemelerindeki incelemeden sonra temyiz, temyizden sonra tekrardan bir karar düzeltme yolunun taslakta yer aldığını gördüm.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ne olur ne olmaz dediler.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ne olur ne olmaz; her ihtimale karşı.

Aman, yapmayın bunu, çıkarın dedim, ama son şeklinin ne olduğu konusunda...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: İkisi de çıktı.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Söylemek istediğim, bundan sonra özellikle kanunların hazırlanışında ve bunların tartışılmasında çok daha dikkatli olmak zorundayız. Çünkü, belki de Cumhuriyet tarihinin en çabuk kanunlaştırma hare-

TARTIŞMALAR

ketlerine tanık oluyoruz, bundan sonra daha da fazla bunları göreceğiz. Ve bu çabuklaştırma bize bazı olumsuz sonuçları da getirecek. Nitekim İcra İflâs Kanunu'nun Meclis'ten çar çabuk çıkarılması nedeniyle geçiş maddelerinde pek çok hatanın olduğunu şimdiden görüyoruz.

Hemen bitiriyorum. 4 istinaf mahkemesi olmaz. Hiç kurmayın. Çünkü, istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemesi gibi yargılama yapacak, Düşünün, İzmir'de bir bölge adliye mahkemesi var; nasıl keşif yapacak? Bunun için yine istinabe mi devreye girecek? Tanığı nasıl dinleyecek? Ve biz, doğrudanlık ilkesinden bu kadar uzaklaşacaksa istinaf mahkemeleri... 4 tane istinaf mahkemesi olmaz; buna hiç gerek yok. 4 tane hukuk dairesi kurarsınız, Süha Beyin dediği gibi, genişletilmiş temyizi 4 daireyle çok daha güzel bir şekilde sürdürebilirsiniz..

Ön inceleme konusunda da bir şey söylemek istiyorum. Ön inceleme, Usûl kanunlarıyla ilgili Avrupa'da yapılan son değişikliklerin bir yansıması. Ben, biraz önce Halûk Konuralp arkadaşımın söylediği gibi, Avrupa'da ve dünyada son yapılan Usûl Kanunu değişikliklerini inceledim ve çok ilginç sonuçlar ortaya çıktı. Kore'deki değişiklik, Finlandiya'daki değişiklik ve İspanya'daki değişikliklerin çok benzer yönlerini ortaya çıkardı bu araştırmama ve Avrupa Usûl Kanunu Taslağı çalışması var. Bu taslak çalışmasına baktım, çok benzerlikler var. Bunlardan bir tanesi, artık bütün tahkikatın başında hâkimler bir ön inceleme yapmak mecburiyetinde.

İşte sizlerin kitaplarından, derslerinden hepimiz biliyoruz; bugün yazılı olmamasına rağmen zaten hakimlerin bunu yapması gerektiği bilenen bir husus; ama, maalesef yapılmıyor. Avrupa bunu zorunlu hale getiriyor ve bu ön incelemede şunu yapıyorlar: Taraflar geliyorlar, iddia ve savunmalarını açıklıyorlar, hakim, hangi hususlarda anlaşmış, hangi hususlarda anlaşamadığını tespit ediyor. Deliller sunuluyor ve ondan sonra artık iddia ve savunma değiştirilmiyor, genişletilemiyor. Yani, Avrupa'daki son değişiklikler, bizdeki ilk iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının o katı haline dönmeye başladı. Hakim

o ilk duruşmadaki tespitlerinden sonra iddia ve savunma değişmiyor. Bunun son derece olumlu yönleri olduğu söyleniyor ve bu ön inceleme aşamasında hâkimin bir de uzlaşma çabası var, sulh müzakereleriyle ilgili çabaları var. İşte bu istinaf mahkemeleriyle ilgili konulan bu ön incelemenin de, belli ölçüde onun yansımaları olduğunu söylemek istiyorum.

Benimki de bir nevi korsan tebliğ oldu ama, sabrınızdan ötürü teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Konu çok yeni olunca, tebliğler hep korsan tebliğ niteliğinde olur genellikle. Başka çaresi yok.

Bu arada, Başkan fazla konuşmaz, ama bir şey söyleyeceğim. Sayın Tanrıver'in yine konuşması sırasında, *"hukuka uygunluk kontrolü temyiz mahkemesi dışında başka bir mahkemeye verilemez"* gibi bir şey söylediniz mi?

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hayır.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Demediniz, tamam.

Sayın Hakan Pekcanitez'e çok teşekkürler ediyoruz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hocam, bir şeye işaret edebilir miyim?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hakan Hocamın konuşmalarından, eğer yanlış anladıysam beni düzeltsin, sanki istinafta her durumda dava yeni baştan görülmesi gerekiyormuş gibi bir izlenim edindim ben. İstinafta amaçlanan bu değil. İstinafta, bir davanın her halükârda yeni baştan görülmesi hedeflenmez. Zaten tanımlarken de, *"taleplerle belirlenen sınırlar dahilinde yeni baştan görülmesi"*.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Öyle bir şey söyledim zaten.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Yani şunu çıkardım: İlk derece yargılaması tümüyle formal olarak, tabii, davayı ikinci kez yeni baştan her boyutuyla gördürecek olursak ilk derece yargılamasının hiçbir anlamı kalmaz. Zaten istinaftan murat edilen bu değildir. Ama, güvenceli adalete ulaşma için, eğer biz, "yargılamanın amacı gerçektir, gerçeğe ulaşmaktır" diyor isek, vakalara uygunluk denetimini ön plana çıkarmak durumundayız.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Çok teşekkür ederim.

Bir dava, anapara ve faiz; ilk derece mahkemesi ana parayı kabul etmiş, bir vesileyle temyiz talebini reddetmiş. Temyiz talebimi de kabul etmemiştin diye istinaf mahkemesinin önüne geldi. İstinaf mahkemesi anaparaya hükümle bağlı mı, ilk derece mahkemesinin hükmüyle bağlı mı, yoksa yalnız faizi mi inceleyecek?

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Sebebe hasren inceleme yapacak?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Yalnız faizi inceleyecek.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Tabii.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Peki, tamam. Öyle olması lazım değil mi?

Tabii, hepimiz biraz el yordamı içindeki öğrenciler gibiyiz; yani ben birçok şey öğreniyorum. Buyurunuz.

Av. Şefik HAYDAR: Başvuru sınırlarının hem istinafi ve hem de temyizi ilgilendirdiği durumlarda, yani sınırlar hem istinafa giriyor, hem de, bir 2 milyar konusu geçti, bu durumda temyiz mahkemesi, yani Yargıtay neyi inceleyecek? Sadece ilk derece mahkemesinin kararını mı, istinaf mahkemesinin kararını mı, yoksa her ikisini mi? Bu takdirde, yeniden ele alma ve hukuka uygunluk denetimi nasıl bağdaştırılacak? Sayın Konuralp Hocam lütfederlerse.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Aslında tabii benim sınırlı sürede ve sınırlı sayfada takdim etmek durumunda olduğum tebliğde bütün istinaf sistemini karşılayacak şeyler söylemem mümkün değildi.

O bakımdan, önce şunu söyleyeyim: Bu kanunla getirilen düzenlemeye göre, tabii ki sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinin varlığı karşısında durumu öncelikle değerlendirmemiz gerekiyor. Bir kere, bugün hiç telaffuz edilmedi, yani gerek olmadı ondan, bir kere, kanunun getirdiği sisteme göre, sulh hukuk mahkemesinden verilen kararlara karşı, tıpkı asliye gibi, istinaf yoluna gidilebilecek. Ama istinaf mahkemesinin sulh hukuk mahkemesi kararı üzerine verdiği karar artık temyiz yoluna gidilemeyecek, bir-iki istisna dışında yok öyle bir olasılık.

Evet, bir liste var orada. Bu işler önemlidir, bundakilere temyiz yolu da açılsın deniyor. Dolayısıyla, birinci işaret edilmek istenen mesele bu.

İkincisi, sizin sorduğunuz, demek ki, o hâlde, asliyelik mervaddan olan işlerde söz konusu olabilecek bir şey. Hemen söyleyelim. Ben, tebliğim son kısmında arz etmeye çalıştım, istinaf mahkemesi şu dört karardan birini verecektir dedim, temyize konu olabilecek karar, istinaf mahkemesinin bu kararıdır. Artık temyiz, birinci derece mahkemesi kararını incelemeyecek. Tabii, incelemeyecek derken, dosyanın içinde, görecek. Ama, o kararın sağlığına, akıbetine ilişkin başka bir karar vermeyecek; temyiz edilmiş olan istinaf mahkemesi kararını onayacak veya bozacak. Onarsa zaten istinaf mahkemesi kararı kesinleşecek; bozarsa, bozma üzerine, bozmanın kapsamına göre tekrar istinaf mahkemesinde inceleme yapılacağı gibi, esas ihtimal budur, çok zayıf bazı hâllerde de, ilk mahkemeye geri dönmesi mümkün olabilir. Ama, ilke olan, bozulacaksa istinaf mahkemesi kararı bozulacak ve istinaf mahkeme bozma kapsamına göre bir karar verecek. Çünkü, istinaf mahkemesinin kararı,

TARTIŞMALAR

daha önce de değindiğimiz gibi, esas hakkında bir karardır esas itibarıyla.

Av. Şefik HAYDAR: Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ben teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Buyursunlar efendim.

Av. Şükrü KIRDEMİR: Birinci derece mahkemesinin verdiği karar istinafa gitti. İstinaf mahkemesi, bu taleplere bağlı, yeni delil bildirme ve yeni vakaları ileri sürme, sınırlarını da Hocam açıkladı, yok, fakat, bu durumda istinaf mahkemesi nasıl bir yargılama yapacak, yeniden olayları ele alacak, maddî vakalara nasıl girecek böyle bir talep olmadığına göre, öyle bir şey ileri sürülemediğine göre?

Dosya üzerinden bir incelemeyle bugün Yargıtay'ın yapmış olduğu işlemi yapamayacak. Yeniden yargılama da yapabilecek dendiğine göre, yoksa böyle bir şey, dosyadaki bilgilerle de sınırlıysa, hangi mantıkla o ikinci yargılamayı yapacak? Hocamın bu noktayı cevaplandırmasını istiyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Müsaade eder misiniz Hocam?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Rica ederim. Teşekkürler.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Çok önemli bir konuya değindiniz.

Hukuk yargılamamızda esas itibarıyla, dava sayısı itibarıyla da bakarsak, senetle ispat zorunluluğu söz konusu olduğu için zaten delil takdiri meselesi uygulamada boşanma davalarıyla, bir de haksız fiilden doğan tazminat davalarının da bilirkişi incelemesinin dışında kalan kısmıydı. Çünkü, o bilirkişi kısmı zaten adeta mahkemeyi bağlıyor gibi. Dolayısıyla, zaten bu ispat rejimi içinde olasılık az. Ama ben, tespit edebildiğimce şöyle bir karşılık vereyim: Tipik bir karar vardır; uzun yıllar da çeşitli ispatla ilgili kriterler bakımından örnek olmuştur.

Bir boşanma davasında tanık dinlenmiş. Tanıklar da bir şey yapmışlar, yani bir şeyler söylemişler. Ona dayanılarak mahkeme boşanmaya karar vermiş. Daha sonra temyiz edildiği vakit, hali hazırdaki düzenlememizde, 428/5'e de bakarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi demiş ki, ayrıntıya girmiyorum ben, "bu tanıkların doğru söylemiyorlar" demiş ve kararı bozmuş. Ama, Yargıtay ne yapıyor şimdi onu? Sadece dosyadan bakıyor, "bu tanıkların doğruyu söylemediklerini anladım" diyor, Yargıtay'ın yapabildiği bu. Ve bozup, mahalline geri gönderiyor. Birinci derece mahkemesi sonradan yeniden bir karar veriyor. Tabii sonrasını göremiyoruz kararda.

Bu sistemde, işte istinaf mahkemesi, tanık beyanlarına ilişkin bir tereddüt hasıl olursa, bunu, ilk derece mahkemesinin, gereği gibi yapılmadığını tespit edecek olursa yeniden yargılama yapacak, yeniden, gerekirse aynı tanıkları çağırıp huzurda dinleyecek ve bu ifadeyi artık kendisi takdir edip esas hakkında karar verecek; ancak, bizde zaten bu tür tanıkla ispatın cari olduğu davalar, dediğim gibi, aile hukukuna ilişkin boşanma davalarından ibarettir. Bilmiyorum karşılık oldu mu; yani, istinafsız sistemde delil yanlış takdir edilmişse ne olabilir, istinaflı sistemde delil yanlış değerlendirilmişse ne olabilir; ona işaret etmeye çalıştım.

Evet. Zaten söylediğim hususlar içinde maddî vakaların yenilenmesini ilişkin bir şey yok; hâkimin deliller karşısındaki vaziyetine ilişkin bir durum.

Av. Şükrü KIRDEMİR: Affedersiniz Hocam, o zaman tek taraflı yargılama uzamayacak mı?

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Uzayacak. Ben zaten konuşmamın başında da söyledim, bir ölçüde uzayacak. Ama böylece, yani bu örnekte de görüldüğü gibi, yalan yanlış şahadetle hatalı sonuçlara varılmasından da dönülmüş olacak. Nitekim bu örnek bakımından bakacak olursak, Yargıtay bozmuş şeyi, bu tanıklar doğru söylemiyor diye bozmuş. Ne değişiyor? Yeniden gidecek, birinci derecede bir şekilde bir daha yargılama yapıp karar verilecektir.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Şimdi efendim kısaca şunu söyleyeyim: Benim saatime göre 10 dakika gibi bir zamanımız kaldı. Çünkü bana ikaz ettiler, dediler ki, 1'i geçirme. Onun için, iki arkadaşa daha belki söz verebilirim.

Buyurun.

Mustafa KARADAYI: Şükrü beyin sorusuna istinaden soruyorum Hocam.

İlk derece hâkimi tanığa doğruyu söyletmedi, tanığın söylediği sözleri yanlış değerlendirdi. Peki, istinaf hâkimi acaba bu tanığa doğruyu söyletebilecek mi; ben sadece bunu soruyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hemen cevap vereyim.

Doğruyu söyletmek zaten hâkimin görevi değil. O biraz kavramları titreten bir ifade tarzı.

Ben o zaman örneği de söyleyeyim. Kitaplarda yer alan bir örnektir. Diyorlar ki, adamın evinde başka bir kadın vardı, işte tanıklık, buna dayanarak zina sebebiyle boşanmaya karar verecek. Tanık şuna dayanıyor, tanık olduğu kişi: Diyor ki, ben kiralık ev arıyordum diyor, bir evi boş gördüğüm için gidip kapıyı çaldım diyor. Biri çıktı diyor. Burası kiralık mı dedim, hayır değil dedi diyor. Sonra gittim diyor, sonra geri geldim diyor. Burası kiralık değil, ama bildiğiniz başka bir kiralık ev var mı demek için geri gittim diyor. Bu defa da bir başka kadın çıktı evden diyor.

Birinci derece mahkemesi buna dayanarak, haa, evde demek ki bir kadın daha vardı, o zaman zina var burada demiş, boşanmaya karar vermiş. 2. Hukuk Dairesi bu olayların bütünü delil takdiri açısından değerlendirirken diyor ki, "bu akıl dışı bir şey" diyor, "bir kimse hadi kiralık zannedip de yanlışlıkla bir eve gider, ama ikinci defa, kiralık olmadığını bile bile, bu mahallede başka kiralık ev var mı diye aynı eve gitmez, dolayısıyla, bunun ifadesine dayanılarak boşanma kararı verilmez" diyor.

Mustafa KARADAYI: Ben kasıtlı olarak söyledim bunu.

Bizim sınırlarını belirleyemediğimiz takdirde davranışlar var. Örneğin, işte Yargıtay bu söylediğiniz davayı doğru değerlendirmiş olabilir. Yalnız, biz şunu biliyoruz ki; Yargıtay yerel mahkemelerdeki delillerin takdirine bazen yanlış olarak karışabiliyor, yanlış değerlendirebiliyor. Çünkü, biz şunu da biliyoruz: Hakimler çalıştıkları yerleri biliyorlar, insanların kültürlerini biliyorlar, yaşamları biliyorlar. Bizim ülkemizin her yerindeki yaşamlar değişik. Yani ben, bu bağlamda o istinaf hâkimi acaba bu delileri gerçekten ya da ilk derece mahkemesinin hâkiminden çok mu iyi değerlendirecek, yani yeniden yapılanması bakımından?

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Şöyle cevap vereyim: İlk derece mahkemesi hâkimini belki de biz geleneksel, yargısal bakış açımızla değerlendirip, istinaf hâkimini temyiz hâkimi gibi görüyoruz. Hayır, değil. Sorun orada zaten. Bu bir kanun yolu. Ama, istinaf mahkemesinin yaptığı iş, uyuşmazlığı çözmek. Yani, kanun yolu vesilesiyle önüne gelmiş uyuşmazlığı sınırlı bir çerçevede çözmek. Yani demin verdiğimiz, tartıştığımız örnekte, Yargıtay çok çok dosyaya bakıyor, bunun ifadesine dayanarak karar vermezsin, vermemelisin diyor. Ama, istinaf mahkeme bu durumda, gereğinde o tanığı çağırır, yeniden dinler veya başka tanıkları çağırır, hiçbir tanığı da yoksa boşanma davasını reddeder. Yani, bozma üzerine yeniden aynı şeyi yapma gibi bir şey yok. Dolayısıyla, bu takdirin yerindeliğini denetleyip geri gönderme yok istinafta. Kendisi takdir edecek. Ne varsa artık.

Mustafa KARADAYI: Ben teşekkür ediyorum.

Yanlış anlaşılacak da istemiyorum. Yani bazı şeylerin tartışılması gerekiyor, bu istinaf mahkemelerinin uygulanabilmesi için. Yani o konuya değinmek istiyorum. Çünkü, yeniden yargulamaların sonu nereye kadar gidecek? Bir de, Türkiye'deki, şimdi Pekcanıtez Hocanın değindiği, istinaf mahkemeleri güçlendirilecek, ama yerel mahkemeler de güçlendirilecek.

TARTIŞMALAR

Yani, kuraldan ziyade bir de pratikler var, bizim hâkim olarak yaşadığımız pratiklerimiz var. Bu pratikleri kim aşacak?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tabii, çok haklısınız.

Mustafa KARADAYI: Yani o bağlamda. Ben katılıyorum sizlere, ben kural tartışması yapmaktayım.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Çok haklısınız. Fakat, bu tasarının bütün bu sorunlarını ve getirebileceği meseleleri pek tabii ki burada ele almak mümkün değil. Bu nasıl olacak? Burada usul hukukçuları yazacaklar, mahkemeler uygulayacak ve bu çerçeve içerisinde bu kanun her yeni sistem gibi bir şekilde oturacak. Bunun başka bir yolu yok. Çünkü, hakikaten bugün için ben, biraz daha fazla şey bilen, belki daha çok değerlendirebilen bir Hukuk Fakültesi öğrencisi gibiyim. Ama, hakikaten o kadar çok sorun ortaya çıkıyor ki bu meselede, yani bu hepimizin katkılarıyla belki belirli bir noktaya getirilecek.

Buyurun Sayın Seyithan Deliduman.

Yard. Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Teşekkür ederim Hocam.

Gerçi benim sormak istediklerimin birçoğuna Sayın Hakan Hocam cevap verdi, ama ben özellikle karar düzeltme konusunda bir başka tehlikeye de dikkat çekmek istiyorum.

Karar düzeltmenin aslında şu an, yani istinaf müessesesi geldikten sonra tamamen kaldırılması gerekir en azından. Çünkü, zaten temyiz, kanunu yolunun bir uzantısı ve devamı niteliğinde. Bir de, eğer karar düzeltme mümkün olursa, bunu bari ilk derece mahkemesine de getirelim. Oysa biz biliyoruz ki, vakaları değerlendiren mahkeme karar verdikten sonra kararını kendisi dahi inceleyemez. Oysa, eğer istinafta bu yol açılırsa mahkeme kendi kararını yeniden incelemiş duruma getirecek, ki bu da sakıncalı olacaktır.

Bir diğer husus, kısaca ifade etmek gerekirse, bu vakaların yeniden incelenmesi konusunda çok dikkatli olmak gerekir. Çünkü, aksi takdirde, taraflar nasıl olsa yeniden incelenecek

diye, istinaf yolu var diye birçok vakayı yargılamaya getirmeyip yeniden davaları uzatabilirler. Bunun da, eğer yeni vakalar incelenecekse, ıslah kurumuna, davaların bir an önce sonuçlanması, iddia ve savunmanın değiştirilmesi sınırları çerçevesinde çok dikkatli olarak belirlemek gerekir. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Biz teşekkür ediyoruz. Sağ olun.

Prof. Dr. Baki KURU: Bir soru sorabilir miyim?

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Estağfurullah Hocam, buyurun.

Sizin de ama hakkı müktesebiniz var. Şimdi Baki Beyi öne aldık.

Prof. Dr. Baki KURU: Bir defa, "üst mahkeme" denilmesi yerine, "bölge adliye mahkemesi" denilmesi daha iyi. Fakat, maddemki kanun yolunun ismine istinaf dediniz, mahkemeye de istinaf mahkemesi diyelim bitsin gitsin. Bölge idare mahkemesiyle karıştırılacak şekilde bir terim kullanmanın anlamı yok. Nitekim, kimdi bilmiyorum, bölge idare mahkemesiyle bölge adliye mahkemesini de karıştırdı. Terim bakımından istinaf mahkemesi adı verelim, yeni bir terim bulununcaya kadar.

İkincisi, hiç üzerinde durulmayan... "Karar düzeltme çıktı" dediniz; onun için konuşmayacağım, tasarıdan çıktı, Mecliste çıktı...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: İstinaf mahkemesindeki çıktı.

Prof. Dr. Baki KURU: Yargıtay'daki hâlâ duruyor mu? Ooo, "ölme eşeğim ölme yoncaya kalırsın" demişler.

İcra ve İflâs Kanunu'nda bence en önemli hüküm, 257 ve 265. maddelerdeki değişiklik. İhtiyati hacizde temyiz yolu açıldı. İhtiyati haciz talebi reddedilen temyiz edebilecek, alacaklı; borçlu da, ihtiyati haciz kararına itiraz ettiği zaman, itiraz reddedilirse o da yahut kabul ve reddi her iki tarafça temyiz

TARTIŞMALAR

edilebilecek, hatta üçüncü kişi bile. Bu çok önemli. Çünkü, şimdiki adalet maalesef bilirkişi adaleti ve ihtiyati tedbir adaleti. İhtiyati haciz o kadar değil. İhtiyati tedbir adaletiyle gidiyor ve bu adalet çok geç tecelli ediyor.

İhtiyati tedbir kararı veriliyor; beş sene sonra dava bitiyor ve ihtiyati tedbir haksızmış diyorlar, gayrimenkule konulmuşmuş diyorlar. Hatta koyduran da pişman oluyor. Para alacağı için ihtiyati haczi koyduruyor. Daha geçen gün biri geldi; dört-beş sene uğraşmış, davayı da kazanmış; davayı kazanmış, ama müddeabihi kaybetmiş; çünkü, gayrimenkul üzerine o arada trilyonlarca haciz konulmuş, davayı kazanan ihtiyati tedbir koydurmuş olduğu halde, bu hacizlere iştirak edememiş! İhtiyati tedbir koyduran hacze iştirak edemez. Çünkü, elmayla armut toplanamaz.

Binaenaleyh, bu İcra İflâs Kanunundaki yeni sistem temyiz yolunu, yani kontrol yolunu açtı. Ama, ihtiyati haciz kararlarını incelemek Yargıtay için çok büyük külfet. İstinaf mahkemelerine bu itiraz yapılabilmesi, tıpkı bölge idare mahkemesine yürütmenin durdurulması kararının itirazı yapıldığı gibi.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Bir başka tasarı daha var.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Orada istinaf olacak.

Prof. Dr. Baki KURU: Peki. Bu 265. maddeyi Usûl Kanunu'na da koymak lazım. Hani ihtiyati tedbir kararlarına da itiraz edilebilmesi, o itiraz da temyiz edilebilmesi yahut bence istinaf edilebilmesi. Bunu belirtmek istedim, önemli.

Diğer hususlarda çok aydınlandık.

Ben en kıdemliniz olarak Halûk arkadaşımı çok tebrik ediyorum; Meclis'teki hâliyle konuyu çok güzel incelemiş. Ama katkılar da, özellikle Sayın Tanrıver'in, Sayın Pekcanitez'in katkıları da oldu. "Korsan" kelimesini yeni duydum, ama beğenmedim. Zabıtlardan da çıkarın isterseniz.

Çok güzel bir toplantı oldu. Hepinize teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sağ olun. Son olarak siz buyurun efendim.

Arş. Gör. İbrahim ERMENEK: Ben iki hususu aslında merak ediyorum. Getirilen istinaf sistemine rağmen, bırakın karar düzeltmeyi, temyize gerçekten de ihtiyaç var mı; bu bir.

İkincisi de, Yargıtay mevcut hâlini koruyacak mı? Çünkü diyoruz ki, ilk derece mahkemesi yargılama yapacak, istinaf mahkemesinde hem hukuka uygunluk, hem maddî vaka denetimi yapılacak. Her ikisi de yapılıyorsa gerçekten temyiz kanun yoluna gerek var mı? Zaten süreci uzattığına da oturumun başından beri işaret ediliyor.

Diğer bir nokta da, geçekten de Yargıtay mevcut hâlini korumalı mı? Ben düşünüyorum ki, Yargıtay mevcut hâlini korumalı. Sadece İçtihatları Birleştirme Kurulu hâline getirilirse sorun daha pratik bir şekilde çözülür diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Biz teşekkür ederiz.

Bu da tartışılıyor. Uygulamadaki birlik vesaire amaçları tartışılıyor. Prof. Pekcanutez daha iyi biliyor, temyiz mahkemesinin içtihatların uyumlu bir durum alması, ülkenin her tarafında aynı uygulamanın yapılması vesaire gibi amaçlar söz konusu; temyiz sebebi olarak mesela Alman Usûl Kanunu'nda şimdi artık temyiz sebeplerinin arasında bu var, sizin bu söylediğiniz var, ama istinaf mahkemesinin bazı kararlarına karşı var.

Ama, değere göre temyize müracaat hükmü kaldırıldı; müsaade temyizi diyebileceğimiz bir temyiz getirildi. istinaf mahkemesinin müsaade etmesi hâlinde temyize gidebiliyorsunuz. Ama, reddedilmesi hâlinde o müsaadeye karşı da temyize itiraz hakkınız var. Bir de, işte o meşhur hepimiz bildiği sıçrama temyizi...

Yani, değer temyizi ortadan kaldırıldı; temyiz mahkemesinin amaçları arasına da hem hukuka uygunluk, ama onun

TARTIŞMALAR

yanında işte bu içtihatlardaki istikrar vesaire gibi, bunu da sağlamak, hukukun geliştirilmesini sağlamak amaçları da Alman Usûl Kanununa girdi. Dediğim gibi, meseleyi bu çerçeveler içerisinde bundan sonraki çalışmalarımızda ele alacağız.

Hepinize çok çok teşekkürler ederiz. Ama öncelikle meslektaşım Sayın Halûk Konuralp'e bu tebliği için teşekkür ediyorum. Prof. Kuru'nun da çok isabetle belirttiği gibi, bu yepyeni alanda, gerçekten yepyeni alanda böyle etraflı bir çalışma hazırlanmış olmanızdan dolayı sizi hem tebrik ediyor, hem de size teşekkür ediyoruz.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Sağolun.

İKİNCİ OTURUM
4 Ekim 2003 (10.00-12.00)

2000-2003 YILLARI ARASINDA
YARGITAY'IN
MEDENÎ USÛL HUKUKUNA İLİŞKİN
KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

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

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

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Değerli meslektaşlarım, hepinize günaydın.

Bugün Eskişehir’de hava, gerçekten bize sunduğu olanaklar kadar güzel. İnsanın akli bir taraftan dışarıda, bir taraftan burada. Ama, bu güzel hava bize burada güzel bir çalışma ortamı hazırladı.

İki konuda duyuru yapmak istiyorum: Birincisi, bu akşam bir yemeğimiz var. Ancak, bu yemeğin organizasyonu ve sayı bildirimini için asistan arkadaşlarımız hem isim alacaklar, hem de para toplayacaklar. Bunun için iki arkadaşımız görevli.

Kudret ve Emel, lütfen ayağa kalkar mısınız? Sizi görsün Hocalarımız.

Bu öğle tatilinde kendilerine lütfen yemeğe katılıp katılamayacağınız konusunda bilgi verirseniz, öğleden sonra Taş Binaya ne kadar sayıyla katılacağımızı bildireceğiz.

İkincisi, bugün güzel bir haberim var, bir müjdem var. Geçen yıl yaptığımız usul toplantısının bant çözümlerini İzmir’de yaptık. Daha sonra tashihlerini yapmak üzere sizlere gönderdik. Ve bize geçen sene söz veren Eskişehir Anadolu Üniversitesi ve Hukuk Fakültesi bu kitabın basım işini üstlenmişti. Ve gerçekten çok kısa sürede bu basım işini gerçekleştirdiler ve bugün bize sürpriz, kapağını dün takıp bize ulaştırdılar. Sıcığı sıcaklığına bugün, geçen senenin ürününü sizlere dağıtacağız.

Dilerim önümüzdeki yıl da bugünkü toplantının basımını gerçekleştirebileceğiz.

Sabah oturumunda, 2000-2003 yılları arasında medenî usul hukukuna ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için Sayın Doçent Doktor Ali Cem Budak bize sunum yapacak. Oturum Başkanlığını da Baki Hocamızdan arz ettik, kendileri kabul ettiler. Şimdi Baki Hocamızı ve Ali Cem Budak'ı lütfen davet ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Dün katılım az diye biraz üzölmüş-tüm. Demek ki, kimi Cuma namazına gittiği için Cuma günü her halde gelemeydi, kimi de Cuma günü derslerini bırakmadığı için. Bugün katılımımız biraz daha fazla. Tam kadro katılalım. Bakın, ben 76 yaşında bel fitiğiyle tıngır mungır trenle geliyorum; sizden de bekliyorum, gelin. Bu toplantılar çok gecikmiş de olsa, geçen seneden beri gerçekleştiriliyor. Birbirimizi tanımamız lazım. Avrupa'ya gittiğiniz zaman görüyorsunuz, böyle kâğıt üzerinde doçent, profesör olunmuyor; insanlar birbirlerini bu kongrelerde tanıyor ve orada not veriyorlar.

Orada geçer not almayan kimse, "Ruf" (çoğu) alamıyor. Benim bir tanıdığım vardı, Hanover Üniversitesi'nde, teknik üniversitede orada doçent olmuş. Uzun yıllar orada doçent kaldı. Birkaç defa bildiri verdi. Fakat bildirisi zayıftı. Not alamadı oradaki profesörlerden. Uzun süre orada kaldı. Bildiğim kadarıyla, şimdi ismini de unuttum, Hanover'de kaldı. Ruf alamadı. Bu kongrelerde birbirimizi tanıyacağız. Yoksa, Ahmet'in adamı, Mehmet'in adamıyla olmaz. Bilimsel yeteneğimizi burada göstereceğiz.

Hakan Bey kardeşim, ekibiyle beraber güzel bir uygulama yapıyor; gençleri bildiri sunan olarak seçiyorlar. Evet, gençleri bu bildiriyle tanıyacağız. Tabii, insan olarak gayet iyi tanıyoruz. Hepiniz kardeşimizsiniz; ama o yetmiyor, kardeşlik, dostluk, ahbaplık yetmiyor. Fakültelerimizin geleceği bakımından bilimsel yetenek önemli. Yoksa, görüyorsunuz, Türkiye'de maalesef büyük bir çöküntü var. O, onun adamı, o onun adamı, bu bunun adamı olmaz. Ben elli beş yaşında

üniversiteden niye ayrıldım? Üniversitenin bugünkü geleceğini sanki öngördüm. Marangoz başa geçince, eyvah dedim, bu marangoz üniversiteyi doğrayacak. Ben bu doğramanın içerisinde olmayayım dedim.

Çok şükür, hukuk fakülteleri bundan en az etkilendi. Hukuk fakülteleri olarak daha bilimsel yeteneklerimizle kendimizi kabul ettirelim, diğer fakültelelere de örnek olalım, onları da etkileyeyim. Tekrar çok teşekkür ediyorum Hakan Pekcanıtez ve arkadaşlarına, ekibine. Bu toplantılar çok yararlı olur, oluyor. Allah devamını nasip etsin. Bu duygularla şimdi toplantıya başlıyoruz.

Sayın Doçent Ali Cem Budak bildirisini sunacak; buyurun.

Tebliğ Sahibi: Doç. Dr. Ali Cem BUDAK
(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

Hepinizi saygıyla, sevgiyle selamlıyorum.

**YARGITAY'IN 2000-2003 YILLARI ARASINDA
YAYIMLANAN MEDENÎ USÛL HUKUKUNA İLİŞKİN
KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

I. Giriş¹

Aşağıda, öncelikle, 2000-2003 yıllarında yayımlanan Medeni Usûl Hukuku ile ilgili Yargıtay kararlarının sayısal bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bunun için, 2000-2003 yılları arasında *Yargıtay Kararları Dergisi*'nde yayımlanan Hukuk

¹ Bu bölümün ekindeki Yargıtay kararları listesinin hazırlanmasında yardımcı olan Av. Okay Durman ve Ar. Gör. Gökçe Karahan'a teşekkür ederim.

Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararları taranarak bu kararlardan medeni usul hukuku konuları ile ilgili olanları tespit edilmiştir.² Buna ek olarak, Nihat Meydan ve Fadime Yapal'ın yayına hazırladıkları 1996- 2001 yılları arasında verilen Hukuk Genel Kurulu kararlarından bazılarını içeren "*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, 1996-2001*" isimli eserde³ yer alan Hukuk Genel Kurulu kararları da incelenmiştir.⁴

Anılan dönemde Yargıtay Kararları Dergisi'nde yayımlanan Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararı sayısı 1.837'dir. Bu kararlardan 82 tanesi Hukuk Genel Kurulu kararı, 1.755 tanesi ise Hukuk Dairesi kararıdır. Buna ek olarak, yukarıda anılan eserde yayımlanan 353 tane Hukuk Genel Kurulu kararı da değerlendirilmiştir. İncelenen Hukuk Genel Kurulu kararı sayısı, 353'ü Meydan/Yapal'ın eserinden 82 tanesi de *Yargıtay Kararları Dergisi'*nden olmak üzere 435'tir.

Yargıtay Hukuk Dairelerinin 2000, 2001, 2002 ve 2003 yılları içinde karara bağladıkları dosya sayısı sırasıyla 246.829, 265.300, 283.356 ve 272.867'dir. Aynı yıllarda, Hukuk Genel Kurulu'nun karara bağladığı dosya adetleri 1.851, 1.194, 1.122 ve 797'dir. Buna göre, incelenen karar sayısı, toplam hukuk dairesi kararlarının yaklaşık yüzde 0.16'sını ve Hukuk Genel Kurulu kararlarının yaklaşık yüzde 8.7'sini oluşturmaktadır.

Yapılan incelemede, ilk olarak, yayımlanan Yargıtay kararlarının ne kadarının doğrudan doğruya (mesela, "görev", "yetki" veya "temyiz sebepleri" gibi) medeni usul hukuku konuları ile ilgili olduğu araştırılmıştır. 1755 hukuk dairesi kararından 462 tanesi ve 435 Hukuk Genel Kurulu kararından 123 tanesi doğrudan doğruya medeni usul hukuku ile ilgilidir. İncelenen kararlarının yaklaşık yüzde 27'sinin medeni usul hukuku ile ilgili olduğu görülmüştür.⁵

² 2000 yılı *Yargıtay Kararları Dergisi'*nde yayımlanan 1999 tarihli kararlar dikkate alınmamıştır.

³ İstanbul: Ethemler Yayıncılık 2002, İki Cilt.

⁴ Hem Yargıtay Kararları Dergisi'nde hem de Meydan/Yapal'da yer alan kararlar sadece bir defa hesaba katılmıştır.

⁵ Bu oran, HGK kararlarında (%28) hukuk dairesi kararlarına (%26) nis-

İnceleme kapsamındaki medeni usul hukukuna ilişkin Yargıtay kararların kanun maddelerine göre tasnif edilmiş listesi bu yazının sonuna eklenmiştir.

Usûl hukuku ile ilgili Yargıtay kararları konularına göre incelendiğinde, bu Yargıtay kararlarının yaklaşık beşte birinin⁶ "davanın hangi mahkemede açılacağı" (yargı yolu, görev, yetki ve iş bölümü) konusu ile ilgili olduğu görülmektedir.

Taraflar ve davaya vekâlet ile ilgili konular Hukuk Dairesi kararlarının %14'ünü, Hukuk Genel Kurulu kararlarının %22'sini oluşturmaktadır.

Tahkikat ve deliller hakkındaki sorunlar %16 ile üçüncü sırada yer almaktadır.

Muhakeme ve hüküm ve davanın açılmamış sayılması ile ilgili kararlar hukuk dairesi kararlarının %13'ünü ve Hukuk Genel Kurulu kararlarının %8'ini teşkil etmektedir.

Kanun yollarına ilişkin konular hukuk dairesi kararlarının %8'ini ve Hukuk Genel Kurulu kararlarının %12'sini oluşturmaktadır.

Hukuk dairesi kararlarının %7'si, Hukuk Genel Kurulu kararlarının ise %9'u layihalar teatisi ve iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı hakkındadır.

Kesin hüküm ve davaya son veren taraf işlemleri (feragat, kabul ve sulh) ile ilgili hukuk dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararlarının oranı yaklaşık %7'dir.⁷

Yargıtay'ı en fazla meşgul eden medeni usul hukuku konuları dikkate alındığında, Yargıtay kararlarının konulara göre dağılımının aşağıdaki gibi olduğu görülmüştür⁸:

petle daha yüksektir.

⁶ Hukuk dairesi kararlarının %18'i, HGK kararlarının %19'u.

⁷ Hukuk dairesi kararlarının %6.7'si, HGK kararlarının %7.3'ü.

⁸ Bazı Yargıtay kararları birden fazla usul hukuku konusunu ilgilendirmektedir. Bu durumda kararda en fazla vurgulanan veya kararın sonucu bakımından en fazla önem taşıyan usul hukuku konusu esas alınmıştır.

Tablo 1:
Medeni Usûl Hukuku ile ilgili Yargıtay kararlarının
konularına göre dağılımı (2000-2003)

	HUKUK GENEL KURULU KARARLARI		HUKUK DAİRESİ KA- RARLARI	
	Adet	Yüzde	Adet	Yüzde
Yargı Yolu – Görev- Yetki – İş bölümü	23	%19	90	%18
Lahiyalar Teatisi (Dava Değiş- tirme Yasağı Dahil)	8	%9	42	%7
Taraflar ve Davaya Vekalet	28	%22	65	%14
Tahkikat ve Deliller	20	%16	78	%16
Kesin Hüküm – Davaya Son Veren Taraf İşlemleri	9	%7	31	%7
Kanun Yolları	15	%12	36	%8
Muhakeme ve Hüküm - Davanın Açılmamış Sayılması	9	%8	23	%13
Özel Mahkemelerde Yapılan Yargılama	1	%1	38	%8
Çeşitli (Davaların Birleştiril- mesi, Süreler, Tahkim, Taleple Bağlılık, Yargılama Usûlteri, Yargılama Giderleri vs.)	10	%7	59	%17
TOPLAM:	123	%100	462	%100

Aşağıda, 2000-2003 yılları içinde Yargıtay'ı yoğun şekli-
de meşgul eden Medeni Usûl Hukuku konularının bazıları
üzerinde durulacaktır. İncelenen Yargıtay kararları sırasıyla
şu konulara ilişkindir: *“Temyiz sebebi olarak meselei maddiyenin
takdirinde hata edilmesi”*; *“Bağ-Kur Kanunundan doğan uyuş-
mazlıklarda görevli mahkeme”*; *“karşılıklı edimlerin ifasını öngören
sözleşmelerde şarta bağlı hüküm”* ve *“vekâletnameye baro pulu
yapıştırılmamasının sonucu”*.

II. Temyiz Sebebi Olarak “Meselei Maddiyenin Takdirinde Hata Edilmesi” ile İlgili Yargıtay Kararları

HUMK m. 428, bent 5'te “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” şeklindeki temyiz sebebinin ne şekilde yorumlanması gerektiği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hakim görüş, bu temyiz sebebinin delillerin takdiri ile ilgili görmektedir. Buna göre, maddi mesele-hukuki mesele ayrımı bakımından Yargıtay denetiminin hukuki mesele ile sınırlı olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin hukuk kurallarını uygularken yaptığı olgu tespitlerinin objektif gerekçelere dayandırılıp dayandırılmadığı, mantık kuralları ve hayat tecrübelerine göre makul görülüp görülemeyeceği de denetlenmelidir.⁹ Bu bağlamda hakim, takdir yetkisini kullanırken objektif esaslardan hareket edip etmediğinin de Yargıtay denetiminin kapsamı içinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁰

Bu bağlamda, mahkemeler teşkilatımızda istinaf mahkemelerinin bulunmamasının özelliğine de değinilmekte ve Yargıtay'ın “meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi” sebebine göre, delillerin takdiri ile ilgili olarak yaptığı denetimin istinaf mahkemelerinin boşluğunu bir ölçüye kadar doldurmaya yardımcı olduğu belirtilmektedir.¹¹

⁹ Ezcümle, Ömer Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), s. 158-159; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usûl Hukuk Dersleri*, 6. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), s. 724; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Cilt V, (İstanbul: Demir-Demir, 2001), s. 4536-4539; H. Yavuz Alangoya, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, 3. Bası (İstanbul: Nemaş, 2003), s. 499 - 500.

¹⁰ Ezcümle Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt 1-2, 7. Bası (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), s. 837-838. Benzer şekilde Alman hukuku için bkz. Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15. Bası (Münih: Beck, 1993), s. 878; Heinz Thomas/Hans Putzo, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 25. Bası (Münich: Beck, 2003), § 559, Kenar no. 16-17.

¹¹ Ezcümle bkz., Alangoya, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, s. 499; Nihat İnal, *Açıklamalı Hukuk Yargılama Usûlü Yasası*, Cilt 2 (Ankara: Kartal Yayınevi, 2003), s. 2000.

Hukumumuzda Yargıtay'ın HUMK m. 428, bent 5'e dayanarak ilk derece mahkemesi kararlarını maddi mesele yönünden dahi *belirli bir ölçüde* denetleyebileceği hakkında görüş birliği bulunmakla birlikte, doktrinde, bu denetimin kapsamının (ölçüsünün) ne olacağı konusunda görüş ve ifade farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre Yargıtay'ın "*maddi meselelerin takdirinde hata*" sebebine dayanarak, ilk derece mahkemesi kararlarını maddi mesele yönünden de denetlemesi zorunlu bir ihtiyaca cevap veren, yerinde bir uygulamadır:

"Olgu tespitleri hususunda yeterli, inandırıcı gerekçe aranması ve bunların yokluğu halinde dosya muhtevasına uymayan, hayatın olağan akış düzenine aykırı düşen çözümlerin denetlenmesi, mahkemeleri ciddi faaliyet göstermeye, kendilerini zorunlu hissedecekleri gerekçeli karar vermeye yöneltecek ve kişilerin mahkemelere güveninin artması şeklinde kamusal olduğu kuşkusuz bir yarar sağlayacaktır. (...) «Ancak hukukî ilkelere aykırılığın denetlenmesi» esası kanımızca memleketimizde bugün için basamakların atlanması ile varılabilecek bir esastır. Bu atlanan basamaklar, mahkemelerin keyfi karar vermesi, hiç bir doyumucu gerekçe göstermeden talebin reddedilmesi, hiç bir esasa dayanmadan manevî tazminat taleplerinin reddi veya tam tersine çok yüksek bir tazminata karar verilmesi gibi, mahkemelere saygı, güven ve hukukun eşit uygulandığına dair inancı yok edebilecek tehlikelerdir."¹²

Diğer bir görüşe göre ise, "*meseleli maddiyenin takdirinde hata*" temyiz sebebi, esas olarak kanunun uygulanmasındaki "*atılma*" faaliyeti veya "*hukuki tavsif*" ile de ilgilidir.¹³ Yargıtay'ın maddi meselenin takdiri ile ilgili yetkisinin ilk derece mahkemesi kararlarını maddi mesele yönünden de denetlemesi için kullanılması çok istisnai hallere özgü olmalıdır. Bu yetkinin özellikle istinaf mahkemesinin eksikliğini doldurmak düşüncesi ile genişletilmesi sakıncalıdır:

¹² Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, s. 158-159.

¹³ Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 843; Mehmet Kamil Yıldırım, *Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, doktora tezi (İstanbul: Kazancı, 1990), s. 275 - 279.

"Yargıtay'a göre, mahkeme delilleri hatalı takdir etmişse, hükmün «mesele-i maddiyenin takdirinde hata» sebebiyle bozular. Zira hakimnin delilleri takdir yetkisi mutlak değildir. Takdirde hata edilmiş olması şartına bağlıdır. Üst derece (istinaf) mahkemelerinin bulunmaması sebebiyle Yargıtay'ın delilleri bir üst derece mahkemesi gibi incelenmesi gerekir (HGK., 17.5.1967, E. 8/277, K.257, RKD., 1967/6, s.94; ayrıca, HGK., 15.12.1971, İKİD., 135, s.919-920). (...) (Oysa) ülkemizde istinaf mahkemelerinin görmesi gereken işleri aynen görmek yetkisini Temyiz Mahkemesine veren bir kanun ... mevcut değildir. Temyiz Mahkemesi bu tutumu ile bir kontrol mahkemesi olarak değil, bir derece mahkemesi olarak çalıştığını ifade etmiş olmaktadır. Halbuki istinaf mahkemeleri bir derece mahkemesi olarak çalışırken özel bir usul ile çalışmaktadırlar. Bu mahkemelerin görevini ifa eden Temyiz Mahkemesi, böyle bir özel usul ile de çalışmadığı için, taraflara bu usulün sağlayacağı garanti de zail olmaktadır. (...) Mahalli mahkemenin delil takdirinin denetlenmesi isteniyorsa, bunun için yapılacak ilk iş, bir an önce istinaf mahkemelerini tesis etmektir. Eğer, şimdilik bu yola gidilemiyorsa, hiç olmazsa delillerin takdirindeki hataların ancak mahdut ve önemli sayılan hallerde (mesela, aşikâr hata hallerinde) Temyiz Mahkemesinin denetimine tabi tutulacağını ifade eden kayıtların Usûl Kanununun'un tadili tasarılarına ithali mutlaka lüzumludur."¹⁴

"İstinaf mahkemesi, dava mahkemesinin kararını denetlerken, olayı delillere doğrudan temas etmek suretiyle yeniden canlandırmakta, o mahkemenin delilleri değerlendirirken vakıaların oluşturulması ve takdirinde olağanüstü zorlukla karşılaşmış karşılaşmadığını, insan bilgisinin yetersiz olması olgusundan etkilenip etkilenmediğini saptamakta ve olay hakkındaki kanaatini tesis etmektedir. (...) Yargıtay'da yapılan denetimin bunu sağlaması mümkün değildir. / (...) Kanaatimizce m. 428/b.5 hükmü altlama ile ilgilidir."¹⁵

Bu görüşler ışığında ve istinaf mahkemeleri üzerinde bu Toplantıda dün yapılan tartışmalardan sonra, bugün "mesele-i maddiye"nin takdirinde hata ile ilgili yeni bir Hukuk Genel

¹⁴ Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 842-843.

¹⁵ Yıldırım, *Medeni Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 275 ve 277.

Kurulu üzerinde durmak ilginç olabilir. Tartışmak istediğim karar (HGK 26 Eylül 2001, e. 2001/5-594, k. 2001/625),¹⁶ Kamulaştırma Kanunu m.10'un 2001 yılında 4650 sayılı kanunla değiştirilmesinden önceki dönemde verilmiş bir "kamulaştırma bedeline itiraz" davası ile ilgili olup;¹⁷ özetle şöyledir:

"Taraflar arasındaki "kamulaştırma bedelinin artırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kumru Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabul-kısmen reddine dair verilen ... sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin ... sayılı ilamı ile; (...Mahkemece bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Alınan raporlar değer biçme yöntemi bakımından yasa hükümlerine uygundur. Arsa niteliğindeki zemine emsal karşılaştırması yapılarak değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

Dava konusu taşınmazların geometrik durumuna, yüzölçümüne ve irtifak hakkı güzergâhına göre tesis edilen irtifak hakkı nedeniyle 18 parsel sayılı taşınmazda %3; 4 parsel sayılı taşınmazda %2 ve 2 parsel sayılı taşınmazda %5 oranında değer düşüklüğü olabileceği düşünülmeden yüksek oranda değer kaybı olduğu kabul edilerek sonuçta fazla artırma yapılması, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ...

... HUMK'nın 240. maddesinde, bu kanunun tayin ettiği hal-ler müstesna olmak üzere hakimın ikame olunan delilleri serbestçe

¹⁶ Nihat Meydan/Fadime Yapal, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları 1996-2001*, 2. Cilt (İstanbul: Ethem, 2002), s. 2216-2218.

¹⁷ Kamulaştırma Kanununda 4650 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra, kamulaştırma bedeline dava yoluyla itiraz usulü ortadan kalkmıştır. Kamulaştırma Kanunu'nun, 24.4.2001 tarih ve 4650 sayılı kanunla değişik 10. maddesinin ilk fıkrası şöyledir: "Kamulaştırmanın satın alma usulü ile yapılamaması halinde idare, 7. maddeye göre topladığı bilgi ve belgelerle 8. Madde uyarınca yaptırmış olduğu bedel tespiti ve bu husustaki diğer bilgi ve belgeleri bir dilekçeye ekleyerek taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine müracaat eder ve taşınmaz malın kamulaştırma bedelinin tespitiyle, bu bedelin, peşin veya kamulaştırma 3 üncü maddenin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise taksitle ödenmesi karşılığında, idare adına tesciline karar verilmesini ister."

takdir edeceği belirtilmiştir. Hakimin delilleri takdirde serbest oluşu Yargıtay'ın bu konudaki denetimini önlemez. Çünkü temyiz yolunun amacı, ilk derece mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanmasıdır. Nitekim HUMK'nun 428. maddesinde maddi meselenin takdirinde hata edilmiş olması bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan hakimin bu serbest takdir hakkı kuşkusuz sınırsız olmayıp objektif esaslara dayanması gerekir. Anayasa'nın 154. maddesi Yargıtay'ı, Adliye Mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görevlendirmiş olup maddi vakıalarla çelişir biçimde takdirde hataya düşülmesi halinde Yargıtay'ın görevinin doğal sonucu olarak ülkede uygulama birliğinin sağlanması amacı doğrultusunda hakimin kararına müdahale etmesi doğaldır. Bu nedenle, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu kararında HUMK m. 428 bent 5'te yer alan "maddi meselenin takdirinde hata" temyiz sebebini çok geniş yorumlamıştır.

Tahkikat faaliyetine katılmayan (tanık dinlemeyen, bilirkişilere soru sormayan, keşif icra edemeyen) Yargıtay Dairesi'nin, ilk derece mahkemesinin kararında yer alan değer tespiti (kamulaştırma bedelinin artırılması) kararını "%3", "%2", "%5" gibi rakam belirtecek kesinlikte bir yargı ile bozması kanımca isabetli değildir. Başka bir ifadeyle, bu kararı ile Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararında kullanılan takdir yetkisinin "objektif esaslara" dayanıp dayanmadığını incelemekle yetinmemiş; kendisini ilk derece mahkemesinin yerine koyarak maddi meseleyi ele almış ve nihai kararı oluşturmuştur.

Kanımca, Hukuk Genel Kurulu'na konu olayda Yargıtay Dairesinin vermesi gereken karar, ilk derece mahkemesinin değer tespiti kararının "taşınmazların geometrik durumu, yüzölçümü ve irtifak hakkı güzergâhına göre tesis edilen irtifak hakkı" dikkate alınmadığı gerekçesi ile bozmak ve değer takdirini rakamsal olarak düzeltmek yetkisini, bozmaya uyma kararından sonra dosyayı yeniden ele alacak olan ilk derece mahkemesine bı-

rakmaktan ibaret olmalı idi.^{18,19}

¹⁸ Bu husus karara 2. HD Başkanı Tahir Alp tarafından yazılan muhalefet şerhinde şöyle açıklanmıştır: "Anayasa'nın 141. maddesi mahkeme kararlarının gerekçeli olacağını emretmektedir. Gerekçe davada belirlenen maddi olguların, normlarda ifade edilen yada yorum yolu ile ortaya konan kurallarla çakıştırılması, başka bir anlatımla maddi olgunun normda ifade edilen olgu ile aynı olduğunun ortaya konmasıdır. Şu halde mücerret bir yargı gerekçe olamaz (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 3.7.1978 tarihli 5-6 sayılı kararının gerekçesi, YHGK'nın 15.3.1978 tarihli 214-239 sayılı, 6.3.1985 tarihli 106-157 sayılı, 15.10.1986 tarihli 39-871 sayılı kararları). /... Böyle olunca gerek Yargıtay'ın ve gerekse mahkemenin hükmünün dayandığı bilirkişi raporunda da somut olayın özelliklerini yansıtan ilmi ve teknik gerekçe bulunması, hükmün sağlam temellere dayandırılması için zorunludur./Dosyaya alınan bilirkişi raporlarında "taşınmazın üzerinden E.N.H. [enerji nakil hattı] geçirilmesi nedeni ile taşınmazın bütünlüğü bozulacağı gibi, hattın geçtiği güzergahta her ne kadar emniyet mesafesi sağlanmış olsa da, dış aşırı gerilimden (yıldırım, şimşek vb.) dolayı yakında bulunan insanlara olumsuz etki yapacaktır.

Can ve mal güvenliği yönünden sakıncalı durumlar ortaya çıkabilir. Evlerde TV ve radyo gibi alıcı yayınlar da parazitler oluşabilecektir. ... taşınmaz malın hat altında kalan miktarı da göz önünde alındığında ... değer kaybı olacağı" açıklanıp değer biçilmiştir. Bu yazılanlar genel bir kanunun ifadesidir. Her mesafede bu olgunun oluşması mantık ile bağdaşmaz. Şu halde bilirkişi kurulu söz konusu fizik olayının ne kadar mesafede hangi şiddette oluşacağını raporlarında açıklayıp, kamulaştırılan arsa niteliğinde taşınmaz malın o bölümü için sabit bir indirim yapmalıdır. Aksi uygulama bu davada olduğu gibi, nasıl hesap edildiği belli olmayan değişken değer düşüklüklerini ortaya çıkarır. Alanı çok geniş bir taşınmazın köşesinden geçen ve muhtemelen büyük kısmına hiç etkisi olmayacak olan ENH sebebiyle haksız kamulaştırma parası ödenmesine yol açar./(...) Bu Karar bu sebeple yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere bozulmalıdır."

¹⁹ Kaldı ki, ilk derece mahkemesinin kararının rakamsal kesinlikte düzeltilmesi mümkün ise, dosyanın bozma ile ilk derece mahkemesine gönderilmesi yerine HUMK m. 438 VII'ye göre düzelterek onanması gerekir idi. Bu husus karara 2. HD Başkanı Tahir Alp tarafından yazılan muhalefet şerhinde şu şekilde açıklanmıştır: "Öte yandan Yargıtay denetimi yapılırken ya yargılama işleminin yanlışlıkları belirlenir ve karar bozulur; ya da hükmün "kanunun olaya uygulamasında hata edilmiş olmasından dolayı bozulması gerektiği ve kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı taktirde Yargıtay, hükmü değiştirerek ve düzelterek onaylayabilir" (HUMK 439/7). Yüksek Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin bir yandan dava konusu taşınmaz mallardan geçirilen ENH sebebiyle taşınmaz malın tüm değerinde 18 parsel sayılı taşınmaz malda %2; 4 parsel sayılı taşınmaz malda %2 ve 2 parsel

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararda temyiz kanun yolunun amacı ve ilk derece mahkemesinin takdir yetkisinin sınırları hakkında teorik açıklamalarda bulunmuş olması, kararın (ve kararda "*maddi meslenin takdirinde hata*" temyiz sebebinin yorumu konusunda karımca yapılan hatanın) önemini artırmaktadır.^{20,21}

sayılı taşınmaz malda %5 gibi bir oran göstererek kamulaştırma bedeli belirleyip, diğer yönden kararı bozması da açıklanan usul hükmüne aykırıdır."

- ²⁰ Temyiz kanun yolunun amacı için ezcümle bkz., Sivrihisarlı, *Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, s. 151-153; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 816-824; M. Kamil Yıldırım, *Hukuk Devletinın Gereği: İstinâf* (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), s. 24-26; M. Kamil Yıldırım, "Kanun Yolu Olarak İstinâf", *İstinâf Mahkemeleri - Uluslararası Toplantı* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2003), s. 285-317, s. 288-292, 299-301; Selçuk Öztekin, "HUMK 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin 20.1.1986 Tarihli Kararı", *Hukuk Araştırmaları*, cilt 2, sayı 2 (1987), s. 62-74: Öztekin, değere dayalı temyiz sisteminin Anayasa'ya aykırı olmadığını hakkındaki 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı üzerine yazdığı makalede temyiz kanun yolunun amacı ile ilgili olarak özetle şu tarihi bilgi ve görüşlere yer vermektedir: Hukuk tarihi açısından bakıldığında, temyiz, istinafa oranla daha yeni bir müessesedir. Temyizin asıl amacı somut olayda doğru karar verilmesini sağlamak değil, hukukun uygulanmasında yeknesaklığı sağlamaktır; şöyle ki: Roma Hukukunda, özellikle *Cognitio Extra Ordinem* döneminde, hakimin hukuku yanlış uygulaması ile bir hukuk kuralını görmezden gelerek karar vermesi arasında kesin bir ayırım yapılmıyordu. Birinci halde, verilen karar aleyhine istinâf yolu vardı. İkinci halde ise, verilen karar hükümsüz sayılıyordu. Müsterek Hukuk döneminde, Cermen Hukukunun etkisiyle, hükümsüz karar olamayacağı, aleyhine kanun yoluna başvurulmayan kararın şekli kesinlik kazanacağı görüşü kabul edildi. Bunun üzerine, ağır hukuki eksiklikler taşıyan kararlar artık hükümsüz sayılmayıp, bu kararlar aleyhine istinâf gibi (fakat daha uzun bir süreye tabi olan) temyiz yoluna gidilebileceği kabul edildi. Bugünkü temyiz mahkemelerinin öncüsü olan temyiz mercii ise, Fransa'da, 16. yüzyılda, tamamen siyasi nedenlerle kuruldu. Bu dönemde, Kral'ın emirnamelerine aykırı olarak verilen yerel mahkeme kararları aleyhine, Kral'ın kurduğu bir yüksek mahkemede temyiz yoluna başvurulabiliyordu. Daha sonra, Fransız Devrimi bu usulü pekiştirmiştir. Fransız Devrimini takip eden ve millî devletin merkezi otoritesinin önem kazandığı dönemde, ilk temyiz mercii, yine merkezîyetçi devletin (bu kere Kral yerine parlamentonun) koyduğu kurallara itaati sağlamak üzere, parlamentonun bir organı olarak kurulmuştur. Bu "Cassation" mercii'nin ilk defa bir yargı organı niteliğini kazanması ise 1837 tarihli bir kanunla

III. Bağ-Kur Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme ile İlgili Yargıtay Kararları

Özel mahkemelerden olan iş mahkemelerinin görevi, İş Mahkemeleri Kanunu'nda, işçiler ile işverenler (veya işveren vekilleri) arasında ortaya çıkan ve iş sözleşmelerinden veya İş Kanunu'na dayanan diğer her türlü hak iddialarından doğan davalar olarak belirlenmiştir (İş Mahkemeleri Kanunu m. 1, fıkra 1).²² İş mahkemelerinin görevi ile ilgili bu genel hükmün yanında, belirli konularda iş mahkemelerinin görevli olduğunu öngören özel kanun hükümleri de vardır. Örneğin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun uygulanmasından doğan davalar da iş mahkemelerinde görülmektedir.²³

İş mahkemelerinin görevi ile ilgili özel bir kanun hükmü de kısaca "Bağ-Kur Kanunu" olarak anılan 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, "[Bağ-Kur Kanunu'nun] uygulanmasından doğan

olmuş ve bu ilk temyiz mahkemesi, Avrupa'da daha sonra kurulacak olan temyiz mahkemelerinin öncüsü olmuştur. Bu açıklamaların gösterdiği üzere, temyiz yargılamasının (en azından tarihi bakımdan) ilk amacı, somut olayda doğru karar verilmesini sağlamak değil, hukukun ülke sathında birliğini sağlamaktır. Dolayısıyla, istinaf merciinin de olmadığı bir düzende uygulanan "değere dayalı" temyiz sistemi, bir yandan düşük değerli olmasına rağmen ilke bakımından önemli olan bazı kararları temyiz denetiminin dışında bırakacağı; diğer yandan, temyiz mahkemesinin aşırı yük altında kalması dolayısıyla hukukun birliğini sağlayacak içtihat mahkemesi görevini gereği gibi yerine getirmesini güçleştireceği için, maksada uygun değildir.

²¹ Ceza Muhakemesinde maddi meseleye ilişkin Yargıtay denetiminin kapsamı hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Sebebi Olarak Hukuka Aykırılık*, doktora tezi (İstanbul: Alfa 1997), s.76 - 103.

²² Bkz. Argun Bozkurt, *İş Yargılaması Hukuku*, 2. Bası (Ankara: Seçkin, 2003), s. 132-166.

²³ Bkz., İş Mahkemeleri Kanunu m. 1, fıkra 2; Sendikalar Kanunu m. 63; Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu m. 66 ve Sosyal Sigortalar Kanunu m. 134.

uyuşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür”.

Bağ-Kur Kanunu'nun iş mahkemelerinin görevi ile ilgili bu hükmü uygulanmada tereddütlere yol açmıştır.²⁴ Çünkü, belirli bir uyuşmazlığın çözümlenmesinde Bağ-Kur Kanunu'nun tek başına uygulanması çoğu zaman mümkün olmaz; mahkeme, uyuşmazlığın mahiyetine göre, Bağ-Kur Kanunu'nun yanında başka kanun hükümlerini de uygulayarak karar verir. Böyle olunca, belirli bir davanın karara bağlanmasında Bağ-Kur Kanunu hükümlerinin mi, yoksa başka kanunların hükümlerinin mi daha fazla önem taşıdığı, davanın iş mahkemesinin mi, yoksa genel mahkemelerin (veya başka bir özel mahkemenin) mi görevine girdiği tartışmalı hale gelebilmektedir.²⁵

²⁴ Bozkurt, *İş Yargılaması Hukuku*, s. 175-177.

²⁵ Benzer şekilde hem Sosyal Sigortalar Kanunu hem de sair kanun hükümleri ile ilgili uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin iş mahkemesi mi yoksa genel mahkemeler mi olduğu tartışmalı olabilmektedir (bkz. Resul Aslan Köylü, *Sosyal Sigortalar Kanununun Yorumu*, Ankara: 2003, s. 1012-1013). Yargıtay'ın bu konu hakkındaki iki örnek kararı şöyledir:

“Davacı, TC Emekli Sandığına tabi hizmetleriyle SSK.'na tabi hizmetlerin tespiti, ihyası ve SSK.'da birleştirilerek ölüm aylığı bağlanmasını istediğine göre böyle bir davada baskın yön, SSK.nun 66. maddesi uyarınca ölüm aylığı bağlanması koşullarının oluşup oluşmadığının saptanmasına yöneliktir. İhya ve birleştirme, asıl istemin yan sorunlarıdır. Böyle olunca da asıl uyuşmazlık SSK.nun uygulanmasından kaynaklanmış olduğundan 134.madde uyarınca görevli mahkeme iş mahkemesi olup için esasına girilerek varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir.” (HGK., 17.6.1983, 986 / 691, Köylü, *Sosyal Sigortalar Kanununun Yorumu*, s. 1013.)

“506 sayılı kanununun 134. maddesine göre İş Mahkemeleri'nin görev alanı, anılan Kanununun uygulanmasından doğan anlaşmazlıklarla sınırlıdır. Şu duruma göre, bir uyuşmazlık, şayet 506 sayılı kanunun uygulanmasından doğmamakta ise, o uyuşmazlığın iş mahkemesince çözümlenmesi söz konusu değildir. Meğerki, bir başka hüküm buna olanak vermiş bulunsun 506 sayılı kanununun 123. maddesi, Kuruma belirli durumlarda sözleşme yapma yetkisini bahşeden bir hükümdür. Dava konusu uyuşmazlık ise, bu sözleşme yapma yetkisi çerçevesinde oluşan bir uyuşmazlığa değil, bu yetkiye dayanarak yapılmış bir sözleşmeden çıkan uyuşmazlığa ilişkindir. Yapılan sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olup uyuşmazlık özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu bakımdan, olayda 123. maddenin uygulanmasından doğmuş bir uyuşmazlıktan ve dolayısıyla 134. madde gereğince iş mahkemesinin görevli

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

Bağ-Kur Kanunu'nun 70. maddesinin yorumu ile ilgili içtihat uyuşmazlıkları ilk olarak 1982 yılında içtihadı birleştirme kararına konu olmuştur. Bağ-Kur Kanunu'nun Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün, kanundan yararlanan suç mağduru sigortalılara ve yakınlarına yapılan yardımlar dolayısıyla üçüncü kişilere karşı açtığı rücu tazminat davaları hakkındaki 63. maddesi (1985 yılında 3165 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce) şöyle bir hüküm içermekteydi:

"Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında Kurum sigortalıya gerekli bütün yardımları yapar. Ancak bu yardımların tutarı için üçüncü kişilere rücu eder."

Bu hüküm dolayısıyla ortaya çıkan içtihat uyuşmazlığı, Bağ-Kur'un rücu tazminat davası açtığı kişinin suç faili değil de, suç failini (özel hukuk bakımından, haksız fiil failini) istihdam eden ve bu sıfatı nedeniyle sorumlu olan kişi olması halinde, davanın Bağ-Kur Kanunu'nun 70. maddesine göre iş mahkemesinde görülüp görülemeyeceği konusunda idi. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 8 Aralık 1982 tarih ve 4/4 sayılı kararında Bağ-Kur Kanunu m. 63 ve m. 70 hükümlerini dar şekilde yorumlamış; sigorta tazminatı ödeyen Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün üçüncü kişilere karşı açtığı rücu tazminat davalarında, davalının haksız fiil faili ("*suç sayılır hareketi*" işleyen "*üçüncü bir kimse*") değil de istihdam eden olması halinde, davanın Bağ-Kur Kanunu m. 70 anlamında "*bu kanunun uygulanmasından doğan bir uyuşmazlık*" sayılamayacağına ve bu nedenle, bu tür davaların (iş mahkemelerinde değil) genel görevli mahkemelerde görülmesi gerektiğine karar vermişti.²⁶

bulunması gibi bir durumdan söz edilemez. Ayrıca 134. maddenin Yasaya konuluş nedenleri de bu hususu doğrulamaktadır./Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan sebeplerle dava hakkında görevsizlik kararı vermek ve dosyayı görevli mahkemeye göndermekten ibarettir." (10. HD, 7.11.2000 6664/6783, Köylü, *Sosyal Sigortalar Kanununun Yorumu*, s. 1014.)

²⁶ Doktrinde içtihadı Birleştirme Kararı ile aynı yöndeki görüşler için ez-cümle bkz., Mustafa Çenberci/Turgut Uygur, *Bağ-Kur Kanunu Şerhi - Ba-*

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesi özetle şöyledir:

"İçtihadı Birleştirmenin konusu, Bağ-Kur Genel Müdürlüğünce zararlandırıcı Bağ-Kur sigorta olayına maruz kalan sigortalıya veya sigortalının ölümüyle onun hak sahiplerine yapmakla yükümlü bulunduğu harcamaların ödettirilmesine ilişkin olmak üzere sadece çalıştıran (= istihdam eden) sıfatına dayanılarak çalıştıran aleyhine açılan davaların hangi mahkemede görüleceği yönünde toplanmaktadır. ...

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 142. maddesi hükmüne göre mahkemelerin görevleri kanunla düzenlenir. Öte yandan, 5 Aralık 1977 tarihli, 4/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da açıklandığı üzere, mahkemelerin görevi, kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum ile genişletilmesi yahut değiştirilmeleri mümkün bulunmamaktadır. Şayet kanunda açıklık yoksa, görev genel mahkemelere aittir. 23.5.1960 günlü, 11/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da belirtildiği gibi, istisnai hükümlerin dar olarak yorumlanması, yoruma ilişkin bir temel kuraldır. Şu duruma göre, İş Mahkemelerinin görevleri, istisnai nitelik taşıdığı için görevlerinin geniş yoruma değil, dar yoruma tabi tutulması asıldır. ...

Bağ-Kur Kanunu'nun 70. maddesinde şu esaslara yer verilmiştir: Bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, yetkili İş Mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür. ... Bu maddenin incelenmesinden çıkarılacak zorunlu sonuç, Bağ-Kur Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanmayan uzlaşmazlıkların yetkili İş Mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülemeyeceği yönüdür. Bir başka anlatımla, eğer bir uyuşmazlık, Bağ-Kur Kanunu'nun uygulanmasından doğan uzlaşmazlık niteliğini taşııyorsa, uyuşmazlığa İş Mahkemesinde, ya da bu davaları görmekle görevli mahkemelerde bakılmasına Anayasaca, Yasaca ve Hukukça cevaz yoktur. Bu bakımdan, burada üzerinde durulması gereken ilk sorun, söz konusu anlaşmazlığın Bağ-Kur kanunundan doğan bir uyuşmazlık niteliğini taşıyıp taşımadığı hususudur....

ğimsiz Ek Kitap, Ankara 1979, s. 291; Bozkurt, İş Yargılaması Hukuku, s. 176-177.

*Bağ-Kur Kanunu'nda bu tür davalara uygunluğu düşünülebi-
lecek tek madde, anılan Kanununun 63. maddesidir. Esasen bu yönden
özel daireler arasında herhangi bir uyuşmazlık yoktur. Bu maddede
aynen: (Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda
sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında
Kurum sigortalıya gerekli bütün yardımları yapar. Ancak bu yardım-
ların tutarı için üçüncü kişilere rücu eder) denmektedir. Demek ki
bu madde gereğince üçüncü kişinin sorumlu tutulabilmesi, onun suç
sayılır hareketi ile Bağ-Kur'ca yapılmış yardımları gerektiren olayın
doğmuş bulunmasına bağlıdır. Şayet olay suç sayılır hareketin sonucu
değilse, üçüncü kişinin bu madde gereğince sorumlu tutulması ve
dolayısı ile, bu maddenin hakkında uygulanması mümkün değildir.
Hal böyle olunca, suç sayılır hareketi olmayan üçüncü kişi hakkında
Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nce açılacak davaya İş Mahkemelerinin
veya bu konuda görevli tutulmuş mahkemelerin bakmasına anılan
Kanununun 70. maddesi engeldir. Zira, az önce belirtildiği üzere, 70.
madde gereğince İş Mahkemelerinin veya görevli mahkemelerin bir
uyuşmazlığa bakabilmeleri, uzlaşmazlığın Bağ-Kur Kanunu'nun
uygulanmasından doğması koşulunun gerçekleşmesine bağlıdır.
Bağ-Kur Kanunu'nun 63. maddesinde öngörülen öbür sorumluluk
koşulları gerçekleşmiş bulunsa dahi, şayet zararlandırıcı olay, hak-
kında dava açılan kimsenin suç sayılır hareketi sonucu değilse, bu
maddenin uygulanamayacağı yönü açık seçiktir. Çünkü, bu madde
gereğince üçüncü kişinin sorumluluğu, öngörmüş bulunduğu bütün
koşulların birlikte gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır. Bu yönden,
adam çalıştıranın üçüncü kişi kavramına dahil bulunması, sonuçta
bir değişiklik husule getirmez."*

8 Aralık 1982 tarih ve 4/4 sayılı İçtihadı Birleştirme
Kararı'nın sonuç fıkrası ise şöyledir:

*"Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün, zararlandırıcı Bağ-Kur si-
gorta olayına maruz kalan sigortalıya veya sigortalının ölümüyle
hak sahiplerine yaptığı harcamalardan dolayı doğan zararının,
kendisinin suç sayılır bir hareketi söz konusu olmayan üçüncü kişi
hakkında sadece istihdam eden sıfatına dayanılarak rücuca açtığı
tazminat davalarının çözüm yeri, İş Mahkemeleri veya o tür davalara
bakmakla görevlendirilmiş mahkemeler olmayıp dava konusunun*

miktarına göre sulli veya asliye hukuk mahkemeleri bulunduğuna ... karar verildi."

Bu içtihadı birleştirme kararı dolayısıyla, Bağ-Kur'un, haksız fiilden sorumlu istihdam edenlere karşı açtığı rücuen tazminat davaları genel görevli mahkemelerde görülmeye başlanmış ve bu durum, Bağ-Kur Kanunu'nun 63. maddesi 1985 yılında 3165 sayılı kanunla değiştirilip, Bağ-Kur'un, haksız fiilden sorumlu olan "*istihdam edenlere*" ve "*araç sahiplerine*"²⁷ de rücuen tazminat davası açabileceği hususunun kanun metnine eklenmesine kadar devam etmiştir.²⁸

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 2002 yılında Bağ-Kur Kanunu'nun 70. maddesi ile ilgili ikinci bir karar vermiştir.²⁹ Bu kere içtihat uyuşmazlığı, Bağ-Kur Kanunu'nun (daha sonra, 2003 yılında 4956 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış olan) Ek 6. maddesinden doğan davalarda uygulanacak görev kuralı ile ilgilidir.

Bağ-Kur Kanunu'nun Ek 6. maddesi, Bağ-Kur alacaklarının ticari bankalar aracılığı ile tahsili uygulamasını düzenlemek amacını taşıyordu. Bağ-Kur ile yaptıkları "*İş Birliği Protokolü*" başlıklı sözleşmeler uyarınca Bağ-Kur alacaklarını tahsil eden bankaların, tahsil ettikleri tutarları Bağ-Kur hesaplarına geçirmekte geciktikleri görülüyor idi.

Ek 6. madde, 1. fıkrasında, bu gecikmeleri önlemek için, bankaların Bağ-Kur adına tahsil ettikleri tutarları 15 gün içinde Bağ-Kur hesaplarına geçirmelerini ve bu sürenin geçirilmesi halinde Bağ-Kur'a (diğer kanunlarda sayılı haklar saklı kalmak üzere) "*devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödedikleri faiz*" oranında faizi ödemelerini öngörüyor idi:

²⁷ "Araç sahiplerine" ilişkin ibare daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir: Bkz. Anayasa Mahkemesi, 27 Mart 2002, 2001/343 - 2002/41, *Resmi Gazete*, 13 Kasım 2002, sayı 24935.

²⁸ Bkz. 4. HD 24 Aralık 1987, 7689/9477, YKD Cilt 14 (1988), sayı 9, s. 1215; HGK 27 Haziran 1986, 317/706, Cevdet İlhan Günay, *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin, 2000), s. 108

²⁹ İBK 22 Mart 2002, 2000/2-2002/1, *Resmi Gazete*, 11 Kasım 2002, sayı 24933.

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

“BAĞ-KUR ile münasebeti olan bankalar; kurum adına tahsil ettikleri sigorta primlerini ve her ne nam altında olursa olsun Kuruma olan diğer borçlarını BAĞ-KUR hesaplarına on beş gün içerisinde ve tam olarak intikal ettirmedikleri takdirde, kurumla olan anlaşmalarda ve diğer kanunlarda kayıtlı haklar saklı kalmak şartıyla ayrıca, gecikilen süreyle orantılı olarak, devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödedikleri faizi de kuruma öderler.”

Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün, bu kanun hükmüne dayanarak bankalara karşı açtığı davaların iş mahkemelerinde mi, yoksa genel mahkemelerde mi görüleceği konusunda 10. Hukuk Dairesi ile 11. Hukuk Dairesi kararları arasında uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. 11. Hukuk Dairesi Bağ-Kur Genel Müdürlüğü tarafından asliye ticaret mahkemelerinde açılan davaların görevsizlik nedeniyle reddedilmesi ve Bağ-Kur Kanunu m. 70 uyarınca iş mahkemelerinde görülmesi gerektiği şeklinde kararlar vermiştir. 10. Hukuk Dairesi ise, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü tarafından iş mahkemelerinde açılan davalarda ileri sürülen taleplerin Bağ-Kur Kanunu'ndan çok Borçlar Kanunu, Kanuni Faiz ve Temerrüd Faizi Hakkında Kanun gibi diğer kanun hükümlerinin uygulanmasını gerektirdiği gerekçesi ile, bu davaların iş mahkemelerinin görevine değil, genel mahkemelerin görevine girdiği yönünde kararlar vermiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 22 Mart 2002 tarih ve 2000/2-2002/1 sayılı kararında içtihat uyumsuzluğunu, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün anılan Ek 6. maddeye göre açtığı davalarda sadece “faiz” talep edilmesi hali ile faiz ve ana alacağın birlikte talep edilmesi hali arasında bir ayırım yaparak çözümlenmeye çalışmıştır. Buna göre, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün açtığı davalarda sadece faiz talep etmesi halinde, Bağ-Kur Kanunu'nun 70. maddesine göre “bu kanunun uygulanmasından doğan uyumsuzluk” bulunduğu ve iş mahkemelerinin görevli olduğu; Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün hem hesaplarına geçirilmeyen prim alacaklarını hem de kanunda belirtilen faizi talep ettiği hallerde ise, davanın Bağ-Kur Kanunu'nun uygulanması ile ilgili bir uyumsuzluk sayılmaya-

cağı ve genel mahkemelerin görevine girdiği kabul edilmiştir. İçtihatı Birleştirme Kararı'nın gerekçesi özetle şöyledir:

İçtihatları Birleştirmenin Konusu; 1479 sayılı Bağ-Kur Yasasına 2423 sayılı yasa ile getirilen, Ek madde 6'dan doğan uyumsuzluklarda hangi mahkemelerin görevli olacağı hakkındadır. ...

1- Medeni yargılamada ilk derece mahkemeleri (1) Genel mahkemeler (2) Özel mahkemeler olarak ayrılmışlardır.

Genel mahkemeler, bakacakları davalar belirli kişi ve iş gruplarına göre sınırlandırılmamış olup, aksi belirtilmedikçe, medeni yargılama hukukuna giren her türlü işe bakmakla görevlidir.

Buna karşılık özel mahkemeler belirli kişiler arasında çıkan uyumsuzluklara veya belli çeşit uyumsuzluklara bakmakla görevlidir. ...

Özel mahkemeler ise özel yasalarla kurulmuş olup, özel yasalarında belirtilen davalara bakmakla görevlidir.

Özel mahkeme olan iş mahkemeleri, bireysel ve toplu hak uyumsuzluklarını çözmekle görevli hukuk mahkemelerinden birisidir. İş mahkemeleri, davanın konusu, alacak veya tazminatın değerinin az veya çok olduğuna bakılmaksızın iş davalarına bakarlar. İş davalarının neler olduğu 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde ve bazı özel yasalarda gösterilmiştir. ...

Mahkemenin görevi, kıyas veya yorum ile genişletilemez yahut değiştirilemez. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir. (5.12.1977 tarih E. 1977/4, 1977/4 K. sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı gerekçesinden.)

Belirli bir dava hakkında görevli mahkemeyi tespit ederken ilk önce o davanın genel mahkemelerin mi, yoksa özel mahkemelerin mi görevine girdiği araştırılır. Özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Açık kanun hükmü ile özel mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar genel mahkemelerin görevine girer. (Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt 1 2001 sayfa 164.)

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

Ayrık hüükümlerin dar olarak yorumlanması, yoruma ilişkin temel bir kuraldır. İş Mahkemelerinin görevleri kendine özgü nitelik taşıdığı için görevlerinin geniş yoruma değil dar yoruma tabi tutulması esastır (23.5.1960 tarih 1960/11 E. 1960/10 K. sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı gerekçesinden). Ayrıca bu düşünce 8.12.1982 tarihli 1982/4 E. 1982/4 karar sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı'nda da vurgulanıp benimsenmiştir. ...

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereğince, bir uyumsuzluğun iş mahkemesinde görülebilmesi için taraflarının İş Kanunu'na göre işçi, işveren veya işveren vekili olması konusu itibariyle iş akdi (Hizmet Akdi) ve İş Kanunundan doğan hukuk uyumsuzluğu olması gerekir.

Bankalar Kanunu 7/2. maddesi, bir bankanın anonim şirket şeklinde kurulmasını şart koşmuştur. TTK 18. maddesinde ticaret şirketlerinin tacir sayılacağı kabul edilmiştir. Bu yasal düzenleme sonucunda bankaların tacir olduğu kuşkusuzdur.

Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ise; 1479 sayılı yasa ile özel hukuk hüükümlerine tabi, mali ve idari bakımdan özerk bir kamu tüzel kişisidir. Tacir statüsünde olmadığı aşıkardır.

İş Mahkemelerinin görev alanını belirleyen davanın taraflarının işçi, işveren veya işveren vekili, konusu itibariyle de uyumsuzluğun iş akdinden ve İş Kanunundan doğan hukuk uyumsuzluğu olmasını öngören kurallar ve bankalar ile Bağ-Kur'un statüleri gözetildiğinde taraflar arasında çıkan bir uyumsuzlukta ilke olarak iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilemez. Ne var ki Bağ-Kur Kanunu 70. maddesi "Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar yetkili İş Mahkemelerince veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür" düzenlemesini getirmiştir.

Yasanın bu hüükümü muvacehesinde şayet bir uyumsuzluk Bağ-Kur Kanunu uygulanmasından kaynaklanıyorsa uyumsuzluğa İş Mahkemesinde bakılması gerekir. Uyuşmazlık Bağ-Kur Kanunu uygulanmasından kaynaklanmıyorsa iş mahkemesinde bakılması mümkün olmayacaktır.

Bu aşamada Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesinin Bağ-Kur Kanunu uygulaması ile ilgili olup olmadığı ve ek 6. maddenin hukuki niteliği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesi, bankaların kuruma olan her türlü borçlarını zamanında ödenmesini amaçlamakta olup, aksi halde sözleşmeden ve diğer yasalardan doğan haklar saklı kalmak kaydıyla gecikilen süreyle orantılı olarak bir yıllık vadeli mevduat faizinin de ödenmesini(n) asıl alacağı ilaveten fer'i bir talep olarak istenebileceğini kabul etmektedir. Kurum ile ilişkisi olan bankalar kuruma olan yükümlülüklerini zamanında yerine getirirse fer'i bir hak olan 6. maddenin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık bankalar, kuruma olan borçlarını zamanında ödemezlerse; kurum sözleşmeden ve yasalardan doğan haklarını talep etmekle birlikte ayrıca ek 6. maddedeki "... gecikilen süreyle orantılı olarak, devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödenen faizi de" ayrıca isteyebilecektir. Diğer bir deyişle ek madde 6 Bağ-Kur ile bankalar arasındaki tüm ilişkileri düzenlememiş, taraflar arasındaki sözleşmelerden ve kanunlardan doğan hakları ayırık tutmaktadır. Gerek 10. Hukuk Dairesi gerekse 11. Hukuk Dairesi ek 6. maddede ki düzenlemenin cezai şart niteliğinde fer'i bir talep olduğunu kabul etmektedir. ...

Hukuk Genel Kurulu 20.1.1965 tarihli 534/42 sayılı kararında "gerçekten herhangi bir yasanın uygulanmasından doğan dava demek o yasanın herhangi bir hükmünün uygulanmasından doğan dava demektir" sonucuna varmıştır.

Netice itibariyle öğretilde ve uygulamada, Bağ-Kur Kanunu 70. maddesinde yer alan "Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar yetkili İş Mahkemelerince görülür" hükmünün yasa metninde yer alan herhangi bir hüküm ile yasanın ek ve tadillerinde yer alan hükümlerin uygulanmasından doğan uyumsuzlukları kapsadığını kabul etmektedir.

Hal böyle olunca münhasıran fer'i bir talep olan Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddedeki "...gecikilen süreyle orantılı olarak devlet bankalarının asgari bir yıllık mevduat faizi" talep edildiğinde bundan

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

doğan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkeme İş Mahkemeleri olduğu sonucuna varılmıştır.

2- Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ile bankalar arasındaki ilişkide, Bağ-Kur Kanunu ve ek 6. maddesinin uygulanması söz konusu olmayan durumlarda görevli mahkeme hangisidir? ...

İçtihatları Birleştirmeye konu daire kararları incelendiğinde; bankalar ile Bağ-Kur arasındaki temel uyuşmazlıkların, kuruma ait primlerin, cezaların tahsili, hesaplara intikali, eksik faiz tahakkuku ve faiz oranları ile ilgili yapılan sözleşmeler ile bankacılık işlemlerinden kaynaklandığı, diğer bir deyişle bankalar ile kurum arasındaki temel ilişkinin Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanunlar ile taraflar arasındaki özel sözleşmelerden kaynaklandığı görülmektedir.

Bankaların tacir sıfatı taşıdıkları, buna karşılık Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün kamu tüzel kişisi olduğu konusunda duraksama yoktur.

Hal böyle olunca uyuşmazlık bu kapsamda (Bağ-Kur Kanunu ve ek 6. madde uygulanması söz konusu olmayan durumlarda) ele alındığında ne Bağ-Kur Kanunu hükümleri ne de İş Mahkemeleri Kanunu kapsamında kalan bir uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır. Özel mahkemelerin görevli olduğu açıkça kabul edilmeyen durumlarda genel mahkemelerin görevli olacağı kuralı gereğince genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

3- Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ile bankalar arasındaki ilişkide, Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesinin başka uzlaşmazlıklarla birlikte uygulanması halinde görevli mahkeme hangisidir?

Yukarıda açıklandığı üzere Bağ-Kur Kanunu ek madde 6'daki gecikilen süreyle orantılı olarak mevduat faizi istendiğinde, iş mahkemelerinin görevli olduğu, sadece temel ilişkiyi oluşturan sözleşme ve diğer yasalardan doğan haklarını başkaca bir husus katmadan istenmesi halinde genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Bağ-Kur Kanunu ek 6. madde fer'i bir hak (talep) olduğundan taraflar arasında temel bir uyumsuzluğun bulunması gerekir. Kurum, temel uyumsuzluktan doğan hakkını tek başına dava edebileceği gibi; fer'i bir talep olan ek 6. maddedeki gecikilen süreyle orantılı olarak devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödedikleri faizi ile birlikte de isteyebilir.

İşte bu durumda uyumsuzlukta hangi mahkeme görevli olmalıdır? ...

Yukarıda açıklandığı üzere Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesi cezai şart niteliğinde fer'i bir taleptir. Cezai şartın fer'i nitelikte bir talep olup, asıl borcun doğumuna bağlı olması nedeniyle, asıl borcun geçersizliği halinde cezai şartın da geçersiz olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır. Bu durumda usul hükümleri ve görevli mahkeme yönünden de asıl borçta görevli olan mahkemeyi fer'i talep yönünden de görevli kabul etmek usule ilişkin yasal düzenlemelere uygun düşer. Nitekim 8.12.1982 tarihli 1982/4 E. 1982/4 K. sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da vurgulandığı üzere çoğu kez her dava gerçekte temel bir uzlaşmazlık etrafında ikinci derecede davacıklardan oluşur. Böyle bir durumda görev belirlenirken davacıklardan herhangi biri değil temel uzlaşmazlık göz önünde tutulmalıdır. Temel uzlaşmazlık yanında başka başka mahkemelerin görev alanına giren ikinci derecede uzlaşmazlıkların bulunması göreve etkili olmamalıdır. Bankalar ile Bağ-Kur arasındaki temel uzlaşmazlık Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Bankalar Kanunu gibi yasalar ile özel yapılan sözleşmelerden doğmakta olup, genel mahkemelerin görevli olduğu temel uzlaşmazlıktan dolayı kurum lehine bir hak doğması halinde Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Bu durumda Bağ-Kur Kanunu ek 6. maddesinin başka uzlaşmazlıklarla birlikte görülmesi halinde genel mahkemelerin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

22 Mart 2002 tarih ve 2000/2-2002/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın sonuç fıkrası ise şöyledir:

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

“Bağ-Kur ile münasebeti olan bankalar, kurum adına tahsil ettikleri sigorta primlerini ve her ne nam altında olursa olsun kuruma olan diğer borçlarını Bağ-Kur hesaplarına on beş gün içinde ve tam olarak intikal ettirmedikleri takdirde, gecikilen süreyle orantılı olarak, devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödedikleri faizi de kuruma öderler maddesi uyarınca Bağ-Kur’un sadece bankadan faiz talep etmeleri için açılacak bu tür davalara İş Mahkemelerinde bakılır.

Bağ-Kur ile münasebeti olan bankalar, kurum adına tahsil ettikleri sigorta primlerini ve her ne nam altında olursa olsun kuruma olan diğer borçlarını Bağ-Kur hesaplarına on beş gün içinde ve tam olarak intikal ettirmedikleri takdirde kurum ile olan anlaşmalardan ve diğer kanunlarda kayıtlı haklarından doğan alacaklarını, tazminatlarını başkaca bir husus katmadan istemeleri halinde veya bu alacakları ve tazminat talepleri ile birlikte gecikilen süreyle orantılı olarak devlet bankalarının asgari bir yıllık vadeli mevduata ödedikleri faizi ile birlikte dava yoluyla talep etmeleri halinde bu tür davalara genel mahkemelerce bakılır.”

10. Hukuk Dairesi'nin, bu içtihadı birleştirme kararının hemen ardından (8 Nisan 2002 tarihinde) verdiği bir karar, yeni tartışmaları davet edebilecek nitelikte idi:

“Davacı, ... liranın reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Davanın konusu esas itibariyle, taraflar arasında yapılan protokole aykırı olarak davalı banka nezdinde bulunan hesaplardaki meblağın Kurumun merkez temerkuz hesabına geç intikal ettirilmesi sebebiyle kurumun zararını oluşturan vadesiz mevduat faizi alacağı (buna bağlı olarak da) vadeli mevduat faizi, gecikme faizi istemlerine ilişkin olup, ayrıca 1479 Sayılı Yasanın Ek 6.maddesine göre de 15 günden fazla gecikmeler için ise reeskont faizi v.s. istemine ilişkindir.

Bu bağlamda, çekişmenin aslının faiz alacağından kaynaklanmakta olduğu ve bağımsız çalışanların sosyal güvenliğini düzenleyen

1479 Sayılı Yasanın uygulama alanı dışında bulunduğu yadsınamaz. Şu hale göre meselenin çözümü Türk Ticaret Kanunu, Bankalar Kanunu, Ödünç Para Verme İşleri Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi genel hükümlerin uygulanmasını gerekli kılması bakımından görevli mahkeme genel mahkemelerdir.

Nitekim bu husus Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2002 tarih ve 2000/2 Esas Sayılı kararıyla da benimsenmiş bulunmaktadır.

Açıklanan yönler üzerinde durularak öncelikle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır."³⁰

Ancak, Bağ-Kur Kanunu'nun Ek 6. maddesi, 2000/2-2002/1 sayılı içtihadı birleştirme kararından kısa bir süre sonra yapılan Bağ-Kur Kanunu değişikliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.^{31,32} Böylece, bu madde hükmüne göre açılan davaların

³⁰ 10. HD 8 Nisan 2002, 838/3115 (kazanci.com.tr).

³¹ Bkz., Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Yürürlükten kaldırılması ve Bu Kanunlara Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında 4956 sayılı kanun, m. 56, Resmi Gazete, 2 Ağustos 2003, sayı 25187.

³² Bağ-Kur Kanunu'nun Ek 6. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının gerekçesi, kanunun hazırlık çalışmalarından (kanun tasarısının gerekçesinden, TBMM Tutanaklarından ve komisyon raporlarından) anlaşılmaktadır. 4956 sayılı Kanun'un tasarısı 21. Yasama Döneminde hazırlanmış ve 22. Yasama Döneminde (TBMM İç Tüzüğü'nün 77. maddesine göre) yenilenerek tekrar TBMM gündemine gelmiştir. Yasa tasarısında (m. 30) Ek 6. maddenin kaldırılması öngörülmemekte, şu şekilde değiştirilmesi öngörülmekte idi: "Bankalar, Kurum adına tahsil ettikleri sigorta primlerini ve her ne nam altında olursa olsun Kuruma olan diğer borçlarını Bağ-Kur hesaplarına yedi gün içinde ve tam olarak intikal ettirmedikleri takdirde, Kurum ile olan anlaşmalarda ve diğer kanunlarda kayıtlı haklar saklı kalmak şartıyla ayrıca, gecikilen süreyle orantılı olarak bu kanunun 53. maddesi hükmüne göre gecikme zammı uygular." Tasarıdaki bu değişikliğin gerekçesi de şöyle idi: "Kurumla münasebeti olan bankalarca tahsil edilen primlerle, her ne nam altında olursa olsun diğer alacakların kurum hesaplarına on beş gün içinde geçmesini sağlamak amacıyla yürürlüğe konulan bu madde, mükerrer faiz uygulamasına ne-

hangi mahkemenin görevine girdiği hakkındaki tartışmalar son bulmuştur.

Bağ-Kur Kanunu'nun Ek 6. maddesine dayanılarak açılan davaların hangi mahkemenin görevine girdiği hakkındaki tartışmalar pratik önemini kaybetmiş olmasına rağmen, konu, ilmi içtihatlar bakımından önemini korumaktadır. Çünkü, Bağ-Kur Kanunu'nun iş mahkemelerinin görevi ile ilgili 70. maddesinde karşımıza çıkan yorum sorunları, bu madde hükmüne özgü olmayıp, özel mahkemelerin görevi ile ilgili genel bir yorum sorunu olarak görülmelidir; şöyle ki:

Mevzuatımızda özel mahkemelerin görev alanları belirlenirken, maddi hukuka ilişkin belirli kanun hükümlerinin uygulandığı davaların esas alınmasına sık sık rastlanır. Örneğin, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan davalar tüketici mahkemelerinin,³³ 551 sayılı Patent Haklarının Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülen veya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan bütün davalar da Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri'nin gö-

den olduğundan, kurumla bankalar arasında sürekli ihtilâflara ve dava açılmasına neden olmaktadır. Bugünün şartlarında bankacılık işlemleri elektronik ortamda yapıldığından para hareketlerinde 15 günlük süre uzun bir zaman olarak değerlendirilmektedir. 6183 sayılı kanun uygulaması ile orantılı olarak bu süre 7 gün olarak değiştirilmiştir." 22. Yasama Döneminde yapılan Meclis çalışmalarında bu değişiklik, Tali Komisyon (Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu) raporunda metinden çıkarılmış; Esas Komisyon (Plan Bütçe Komisyonu) da tali komisyonun bu metin değişikliğini kabul etmiş ve bugün yasalasmış olan m. 56, (a) bendi hükmünü ekleyerek, Ek 6. maddeyi yürürlükten kaldırmıştır. 24 Temmuz 2003 tarihli 111. Birleşim tutanaklarında esas komisyondan gelen m. 56 (a) bendi tartışılmadan aynen kabul edilmiştir. TBMM 22. Dönem, Yasama Yılı 1, S. Sayısı 237.

³³ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 23.

revine girmektedir.³⁴ Bağ-Kur Kanunu'nun 63. ve (yürürlükten kalkan) Ek 6. maddesinde olduğu gibi, bütün bu kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin mahkemeler tarafından uygulanması sırasında da, başka maddi hukuk hükümlerine başvurulması kaçınılmazdır.

Açıklanan durum, özellikle Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi temel kanunlarda yer alan genel hükümlerin, özel kanun hükümleri ile birlikte uygulanması şeklinde karşımıza çıkar. Örneğin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ya da Bağ-Kur Kanunu'nun hükümlerini uygulayan mahkemenin, bir ticaret şirketi olan davacının davada doğru temsil edilip edilmediği veya belirli bir hukuki işlemin irade bozukluğu sebebiyle sakatlanıp sakatlanmadığı gibi konularda karar verirken Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun hükümlerini uygulaması olağandır.

Bu gibi durumlarda, görevli mahkemenin nasıl belirleneceği konusunun açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç vardır.

Hukukumuzda özel mahkemelerle genel mahkemeler arasındaki ilişki "görev" ilişkisi olarak görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta Alman hukukunda ise, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımı (idari yargı ile adli yargı arasındakiine benzer şekilde) "yargı yolu" ayırımı olarak görülmektedir.³⁵ Bu farklılığa rağmen, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımının re'sen dikkate alınacağı konusunda iki hukuk sistemi arasında farklılık yoktur.³⁶

³⁴ 551 sayılı Patent Haklarının Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname m. 146; 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname m. 58; 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname m. 30, 556 sayılı Markaların Koruması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname m. 71; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 76.

³⁵ Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 28. Bası (Müñih: Beck, 2003), s. 20.

³⁶ Jauernig, *Zivilprozessrecht*, s. 16. İsviçre hukukunda ise, iş mahkemesinin görevi re'sen dikkate alınması gereken meselelerden olmayıp, taraflar iş mahkemesinin görev alanına giren bir davayı genel yetkili mahkemelerde gördürebilirler; Hans Ulrich Waldner-Richli, *Zivilprozessrecht*, 4. Bası (Zürih: Schulthess, 1996), s. 71.

Alman hukukunda, yine hukukumuzda olduğu gibi, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımı (söz gelimi asliye hukuk mahkemesi ve iş mahkemeleri arasındaki ayırım) konusunda karar verilirken, dava konusu olayın hukuki niteliği dikkate alınmaktadır.³⁷

Nihayet, Alman Yargı Örgütü Kanunu³⁸ §§ 17 II ve 17a II, HUMK m. 25 III hükmünde olduğu gibi, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımı hakkında bir mahkemenin vermiş olduğu kararın, bu kararda görevli gösterilmiş olan yerel mahkemeyi bağlayacağını; fakat dosya kendisine gönderilen mahkemenin dava konusu olaya uygun bulduğu kanun hükümlerini uygulamakta serbest olduğunu öngörmektedir.³⁹

Bu benzerlikler dolayısıyla, Alman hukuku, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımı konusunda doğrudan doğruya yararlanabileceğimiz bir karşılaştırmalı hukuk kaynağıdır.

Alman hukukunda, Alman Federal Mahkemesi'nin de benimsediği hakim görüşüne göre, davanın genel mahkemenin görev alanına mı, yoksa özel mahkemenin görev alanına mı gireceğini belirlemek için davacı tarafından ileri sürülen olayın dikkate alınması gerekir. Davacı tarafından⁴⁰ ileri sürülen olayın hakikate uygun olup olmaması veya davacının iler sürdüğünden farklı şekilde cereyan ettiğinin ortaya çıkarılması davanın esasları ile ilgili bir konudur. Davaya bakacak mahkemenin belirleneceği aşamada, davanın esasına ilişkin bu olayların araştırılması ve sırf davanın hangi mahkemede görüleceğini tespit için ispat faaliyetine girilmesi uygun değildir. Bu bakımdan, özel mahkeme-genel mahkeme ayırımı

³⁷ Ezcümle Wolf-Rüdiger Schenke, "Rechtswegabgrenzung", 50 Jahre Bundersgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III., Zivilprozess, Insolvenz, Öffentliches Recht, (Münih: Beck, 2000), s. 47-48.

³⁸ Gerichtsverfassungsgesetz.

³⁹ HUMK m. 25 III'in Alman Yargı Örgütü Kanunu §17 II'den bir farkı, HUMK m. 25 III'te, gönderilen mahkemenin, görevsizlik kararı veren mahkemenin kararı ile bağlı olması için, bu kararın temyiz incelemesi sonucu kesinleşmesinin aranmasıdır.

⁴⁰ İstisnaen, menfi tespit davasında, davalı tarafından.

konusunda karar verilirken davalının cevap dilekçesinin dahi dikkate alınması gerekmez.⁴¹

Yine Alman hukukunda azınlıkta kalan görüşe göre ise, davanın genel mahkemenin görev alanına mı, yoksa özel mahkemenin görev alanına mı gireceğini belirlemek konusunda sadece dava dilekçesine itibar etmek uygun değildir. Çünkü, davanın hangi mahkemede görüleceği sadece dava dilekçesine bakılarak belirlenecek olursa, davacı, dava konusu olayı eksik ya da yanlış hikâye ederek (örneğin, şirket sözleşmesine dayalı bir ilişkiyi, iş sözleşmesine dayalı imiş gibi göstererek) davanın hangi mahkemede görüleceğini tek taraflı olarak "*manupule*" edebilecektir.⁴² Bu nedenle, davanın genel mahkemenin görev alanına mı, yoksa özel mahkemenin görev alanına mı gireceğini belirlerken, dava konusu olay hakkında ispat faaliyetine girişilmesine de müsaade edilmelidir.

Fakat, her iki görüş bakımından da, bir davanın özel mahkemenin mi, yoksa genel mahkemenin mi görev alanına gireceğinin saptanması açısından davacının dayandığı kanun hükümlerinin hangileri olduğu, özellikle de (Medeni Kanun gibi) genel kanun hükümleri ile (İş Kanunu gibi) özel kanun hükümlerinin hangisinin ne nispette uygulandığı önemli değildir. Önem taşıyan husus, uyuşmazlık konusu olayın temel özellikleri (örneğin bir iş ilişkisine mi, yoksa şirket sözleşmesine mi dayandığı) olmaktadır. Kanımca bu yorum tarzı kanun hükümlerinin amacına daha uygundur; şöyle ki:

Kanımca, Yargıtay, Bağ-Kur Kanunu'nun 63. ve (yürürlükten kalkan) Ek 6. maddesini yorumlarken, "*istisnaların dar*

⁴¹ BGHZ 102, 280 (284); *Zöller Zivilprozessordnung*, 23. Bası (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002), GVG §13, kenar no. 11; Schenke, "Rechtswegabgrenzung", s. 48.

⁴² Bu görüş taraftarları, görüşlerini, davaya bakacak mahkemenin sadece hukuk kurallarını mekanik olarak uygulamakla yetinmeyeceğini; bu anlayışı yansıtan pozitivist teorinin eskimiş olduğunu; hakimın hukuk yaratma faaliyetine bizzat katılacağını; bu nedenle davanın hangi mahkemede görüleceğinin davalı açısından çok önemli olduğunu belirterek de desteklemektedirler. Bkz. Schenke, "Rechtswegabgrenzung", s. 49-52.

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

yorumlanması" ilkesini "*amaca göre yorum*" ilkesini göz önünde bulundurmadan, çok katı bir şekilde uygulamaktadır. İş mahkemelerinin kurulmasının amacı, iş hukuku ile ilgili davaların ihtisaslaşmış mahkemelerde daha hızlı ve isabetli şekilde görülmesini sağlamaktan ibarettir. Sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıkların iş hukuku ile olan yakın ilgisi dolayısıyla, Sosyal Sigortalar Kanunu ve Bağ-Kur Kanunu da, bu kanunların uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkların görülmesini iş mahkemelerinin görevine dahil etmiştir. Böyle olunca, kanımca, işçi-işveren ve sosyal güvenlik kurumları arasında ortaya çıkan, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanındaki uyuşmazlıkların, aksi yönde yorum yapmayı gerektirecek özel bir sebep veya kanun metninde yoruma yer bırakmayacak bir açıklık bulunmadıkça, ihtisaslaşmış olan iş mahkemelerinin görevine girdiğini kabul etmek doğru olur.⁴³

Sonuç olarak, Bağ-Kur Kanunu'nun belirli bir maddesi uygulanırken başka kanun hükümlerinin (özellikle de Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi temel kanunların) de uygulanacak olması, uyuşmazlığı İş Mahkemesinin görevi dışında saymak için yeterli olmamalıdır. Bu bakımdan, anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararlarının Bağ-Kur Kanunu'nun 63. ve (yürürlükten kalkan) Ek 6. maddesi hakkında vardıkları sonuçlara katılmıyorum.

Daha genel olarak, genel mahkeme-özel mahkeme arasındaki görev ayırımını belirlemek için kullanılan ölçüt, dava konusu uyuşmazlığın esas itibarıyla özel mahkemenin ihtisaslaştığı hukuk dalının (İş hukuku, Tüketicinin Korunması vb.) konusuna girip girmediği olmalıdır.⁴⁴ Uyuşmazlık konusu

⁴³ Ayrıca, sosyal güvenlik kurumlarının iş kazasından zarar gören sigortalının halefi sıfatıyla açtığı davalarda, halefiyet sonuçlarını sadece maddi hukuk açısından değil usul hukuku açısından da doğuracağı için, davanın iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Bkz., Abdurrahim Karlı, *Usûl Hukuku Açısından Rücû Davaları*, doktora tezi (İstanbul: İstanbul Ofset Matbaası, 1994), s. 97-106.

⁴⁴ "Dava, ortaklığın tespiti isteğinden ibaret olup, konusu itibarıyla iş mahkemesinin görevi dışındadır. Davanın görev yönünden reddi gerekir." 9. HD 9 Mayıs 1983, 2069/4676, Nihat İnal, *Açıklamalı Hukuk Yargılama*

olay özel mahkemenin ihtisaslaştığı hukuk dalı ile ilgili ise, uyuşmazlığı çözümlerken Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu gibi genel kanunlara başvurulacak olması, özel mahkemenin görevini etkilememelidir.

Özel mahkemelerin kurulmadığı yerlerde, özel mahkemelerin görev alanına giren dava ve işler genel mahkemelerde görülmektedir.⁴⁵

Bu bakımdan, özel mahkemeler ile genel mahkemeler arasındaki görev ayırımının kamu düzenine ilişkin olduğu ve temyiz aşamasında dahi resen dikkate alınacağı yönündeki görüşlere katılmıyorum. Kanımca, özel mahkemede görülmesi gereken davanın genel mahkemede veya genel mahkemede görülmesi gereken davanın özel mahkemede karara bağlanmış olması halinde, bu usuli eksiklik, tek başına kararın bozulmasını gerektiren (HUMK m. 428, fıkra II anlamında) önemli bir usul hatası sayılmamalıdır.

IV. Karşılıklı Edimlerin İfasını Öngören Sözleşmelerde Şarta Bağlı Hüküm ile İlgili Yargıtay Kararları

Postacıoğlu "şarta bağlı hüküm" kavramını şöyle tanımlamaktadır:

*"Hakim bir hakkı meşşuk bir hadisenin tahakkukuna talikan tanımış veyahut hali hazırda tanıdığı bir hakkın meşşuk bir hadisenin tahakkukundan hüküm ifade edemeyeceğini bildirmiş ise şarta muallak karar vermiş olur."*⁴⁶

Usûlü Yasası, Cilt 1 (Ankara: Kartal Yayınevi, 2003), s. 30.

⁴⁵ Örneğin, İş Mahkemeleri Kanunu m. 1, fıkra III; Fikir ve Sanat Esreleri Kanunu m. 76; Markaların Koruması hakkında KHK, geçici madde 3; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun m. 2, fıkra II, Selma Baktır, *Aile Mahkemeleri* (Ankara: Yetkin, 2003), s. 22.

⁴⁶ İlhan E. Postacıoğlu, "Şarta Muallak Hükümler", *Adliye Ceridesi*, Yıl: 32 (1941), sayı 2, s. 112-122, s. 113.

İlmi içtihatlarda hakim görüş, hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceği; şarta bağlı hükmün kesin hüküm kurumunun mahiyetiyle bağdaşmadığı ve Türk İcra ve İflâs Hukukunun bu türlü hükümlerin icrasına imkân veren özel hükümler içermediği şeklindedir.⁴⁷

Diğer bir görüş ise, hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilmesine engel bir kanun hükmü bulunmadığını; davacının iradesine tabi bir iradi şart veya bir tesadüfi şart kullanılmak kaydıyla, şarta bağlı hüküm verilebilmesinin müteaddid davaların önüne geçmek ve masraf ve zamandan tasarruf sağlamak bakımından yararlı olacağını yönündedir.⁴⁸ Alangoya ise, şarta bağlı hüküm olanağının kanun ile tanınması ve sınırlarının belirlenmesinin yararlı olacağını belirtmektedir.⁴⁹

Şarta bağlı hüküm konusuyla ilgili olarak Yargıtay, önalım davaları ile ilgili 20 Haziran 1951 tarihli ve 12/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında şarta bağlı hüküm verilemeyeceği ilkesini açıkladıktan sonra, önalım davalarında mahkemenin, önalım bedelinin davacı tarafından mahkeme veznesine yatırılması için belirli bir süre vermesi ve bedelin bu süre içinde yatırılması halinde tescile zorlama kararı verilebileceğine karar vermişti.⁵⁰

Yargıtay, 2000 ve 2001 yıllarında verdiği iki kararda, benzeri bir uygulamayı taşınmaz satış vaadi ve zorunlu geçit hakkı ile ilgili davalarda da benimsemiştir. Bu kararlara göre, hakim, satış vaadi sözleşmesine göre tescile zorlama davası (MK m. 716) veya MK m. 747'ye göre zorunlu geçit irtifakının tanınması davası açan davacıya, HUMK m. 163'e göre satış bedelini veya zorunlu geçit karşılığını mahkeme veznesine yatırması için kesin mehil vermeli; gerekli tutarın süresi içinde mahkeme veznesine yatırılması halinde davayı kabul, aksi

⁴⁷ Ezcümle Salamon Kaniti, *Aktin İfa Edilmediği Def'i*, doktora tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1962), s. 165-178; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 803-806.

⁴⁸ Postacioğlu, "Şarta Muallak Hükümler", s. 113, 118-122.

⁴⁹ Alangoya, s. 436.

⁵⁰ Bu karar hakkında bkz. Alangoya, 434-436.

takdirde reddetmelidir. İlgili kararlar şöyledir:

“Taraflar arasındaki ‘‘Tapu iptali ve tescil, sözleşmenin iptali’’ davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 1. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22.12.1998 gün ve 1995/1224 E, 1998/1637 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 12.4.1999 gün ve 1999/2097-2647 sayılı ilamı ile; ... dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Satış vaadi sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Alıcı bedeli ödemekle, satıcı da mülkiyeti satıcıya geçirmekle yükümlüdür. Somut olayda davacı, davalının mülkiyeti nakil borcunu yerine getirmediğini ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemiştir. Ancak, kendisi de edimini tam olarak yerine getirmemiştir. Bu durumda, mahkemece tescile karar verebilmek için önce sözleşme gereği davacının ödemesi gereken eksik miktarın ödenmesi sağlanmalıdır. Daha önce bedel ödenmediği için davanın reddine dair verilen kararlar bu yönde bozulmuştur. Bozmadan sonra, bozma kararına uyulmasına ve bedelde sözleşme gereği eksik kalan miktara göre değil de, uyarılama istemi olmadığı halde güncelleştirilerek ödenmesine rağmen davanın reddine karar verilmiştir. Her ne kadar kesin süre gereği yerine getirilmediğinden dava reddedilmiş ise de, HUMK’nın 163. maddesinin aradığı anlamda kesin süre gereğinin yerine getirilmediğinden söz edilemez. Davacı taraf, mahkemenin verdiği süre içerisinde satış bedelini ödemiştir. Amaç, sözleşme gereği davacının edimini yerine getirmesini sağlamaktır. Kesin süre de bu nedenle verilmiş ve davacı tarafta bu bedeli süresi içinde mahkeme tasarrufuna geçecek şekilde ödemiştir. Bu aşamadan sonra, hesap numarası da bildirilmediği halde, Ziraat Bankası hesabına para yatırılmadığı gerekçesiyle HUMK’nın 163. maddesi uyarınca usultünce verilmeyen kesin süreye dayanarak davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. ...

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya ay-

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

kırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” HGK 10 Mayıs 2000, 14-815 / 872.⁵¹

“Dava, geçit hakkı tesisi isteğine ilişkindir/Davacı, maliki olduğu 290 parselin anayolla bağlantısının bulunmadığını ileri sürmüş, araç gidiş gelişlerine uygun olacak şekilde 718 ve 485 parsellerden geçit hakkı tesis edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan Hatice, davanın reddini savunmuş, yerel mahkemece 17/11/1999 tarihli oturumda ‘...bilirkişi raporuyla belirlenen; davalılardan Hatice yönünden 1.350.000 TL. Mustafa yönünden 1.512.500.000 TL. taşınmaz bedelinin bu kişiler adına ve kabzına inkan verecek biçimde 20 günlük kesin süre içerisinde mahkeme veznesine depo etmelerine...’ şeklinde ara kararı verilmiş, 27/12/1999 tarihli oturumda, davacı tarafın verilen kesin süre içerisinde yol geçit hakkı bedelini mahkeme veznesine depo etmediği hususu zapta geçirilerek HUMK. nun 163 ve 414/2. maddeleri gereğince usulen kanıtlanamamış sayılan davanın reddine karar verilmiştir.

Davaların kısa zamanda sonuçlandırılması, adaletin bir an önce tecellisi için, taraflarca veya mahkemelerce yapılması gereken bir kısım adli işlemler sürelerle bağlanmıştır. Bilindiği üzere bu sürelerin bazılarını kanun bizzat belirlerken, bir kısmını, işin özelliğine, tarafların durumlarına göre belirlemesi için hakime bırakmıştır. Kanuni süreler açıkça belirtilen ayrıcalıklar dışında kesindir. Bu nedenle HUMK'nun 159. maddesinde de açık hükmünde belirtildiği gibi kanunun tayin ettiği süreler hakim tarafından azaltılıp çoğaltılamaz. Buna karşın, aynı yasanın 163. maddesine göre hakimin belirlediği süreler ise kural olarak kesin değildir. ...

Somut olayda geçit hakkı bedeli yönünden davacıya verilen kesin süre, HUMK'nın 163. madde ile yargısal uygulamada öngörülen şartları taşımamaktadır. Verilen sürenin başlangıcı belirlenmemiş, bedelin kesin süre içerisinde yatırılmamasının sonuçları açıkça anlatılmamıştır./O halde verilen süre

⁵¹ Meydan/Yapal, s. 1634-1635.

bir sonuç doğurmaz ve hakkı düşürücü bir süre olarak kabul edilemez./Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan nedenlerle, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” HGK 10 Ekim 2001, 14-940 / 709.⁵²

Bu kararların birlikte değerlendirilmesi, hukukumuzda şarta bağlı hüküm konusunun genel olarak ele alınması gereğini göstermektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, Alman Medeni Kanunu'nun 274. ve 322. maddeleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin ifası şartına bağlı eda hükmü verilmesine olanak vermektedir. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 756. maddesi ise bu türlü hükümlerin nasıl icra edileceği hakkındadır. Bu hükmü göre, icra müdürü, karşılıklı ve aynı anda ifa hükmü içeren ilamları icra ederken karşı edimin ifa edilmesini (veya ifanın alacaklı temerrüdünü belgeleyecek şekilde teklif edilmesini) sağlamalıdır:

“Cebri icra, alacaklının borçluya bir karşı edimi aynı anda ifa etmesi şartına bağlanmış ise, icra müdürü, borçlunun tatmin edildiği ya da alacaklı temerrüdüne düştüğü resmen tasdik edilmiş senetle ispat edilmedikçe ve bu senedin bir nüshası borçluya tebliğ edilmiş veya birlikte tebliğ ediliyor olmadıkça, alacaklıya ait edimi borçluya, alacaklı temerrüdünü ortaya çıkaracak şekilde teklif etmeden cebri icraya başlamamalıdır./Borçlu, icra müdürünün sözlü teklifi üzerine, edimi kabul etmeyeceğini beyan etmiş ise, icra müdürü cebri icraya başlayabilir.”

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 756. maddesindeki bu hükmün doğru uygulanması icra müdürünün görevidir. Bu nedenle, alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken karşı edimin gereği gibi teklif veya ifa edilip edilmediğine ilişkin maddi hukuk sorunları da dahil olmak üzere, hükmün uygulanması ile ilgili uyuşmazlıklar, genel olarak hukukumuzdaki şikâyet yoluna tekabül eden Alman Medeni Usûl Kanunu

⁵² Meydan/Yapal, s. 2272-2274.

m. 766 hükmüne göre mahkeme tarafından karara bağlanır.⁵³

Örneğin, ifa tarihinin kesin olarak belli edilmediği hal-lerde, ifanın önceden ihbarda bulunulmaksızın elverişsiz bir zamanda teklif edilmesi (mesela canlı hayvanların derhal teslim alınmasının, karşı tarafın hazırlıklı olmadığı bir tarihte teklif edilmesi) veya ifanın teklif edildiği tarihte teklifte bulunan tarafın ifayı fiilen yerine getirmek imkanından yoksun olması gibi, alacaklı temerrüdünün ortaya çıkmasına engel teşkil eden maddi hukuka ilişkin konular, Alman Hukukunun bu düzenle-mesine göre, şikâyet yoluyla halledilecektir.⁵⁴ Bu özellik, kesin hükümle nihai şekilde bertaraf edilmiş olması gereken maddi hukuk sorunlarının cebri icra aşamasına taşınması sonucunu doğurması bakımından sakıncalıdır.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 756. maddesindeki hükmün bir benzeri bizim İcra ve İflâs Kanunu'nda yoktur. Kanaatimce, Yargıtay'ın yukarıdaki kararları ile geliştirdiği çözüm şekli, karşı edimin ifası ile ilgili belirsizlik ve çekişmeyi yargılama aşamasında çözüme bağlaması bakımından, Alman hukukundaki çözüm şekline daha uygundur. Böylece, hüküm fıkrasının açık ve kesin şekilde yazılması kuralından ayrılmak gerekmemekte ve cebri icra aşamasında ortaya çıkabi-lecek uyuşmazlıklar önlenmektedir. Kanımca, anılan Yargıtay kararlarındaki çözüm şekli, HUMK'ya eklenecek genel bir hükümle, şarta bağlı hüküm kurulması konusunun tartışıldığı diğer hallere de teşmil edilebilir.

V. Vekâletnameye Baro Pulu Yapıştırılmamasının Sonucu ile İlgili Yargıtay Kararları

Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı kanunla değişik 27. maddesi avukat stajyerlerine staj süresi içinde kredi sağlanma-sını öngörmektedir. Bu kredilerin finansmanı ise, ayrı kanun

⁵³ Ezcümle Thomas/Putzo, *Zivilprozessordnung*, § 756, Kenar no. 1.

⁵⁴ Wolfgang Müzberg, *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Bası, Cilt 6 (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994), §756 III Kenar no. 10a-10d.

hükmüne göre vekâletnamelere yapıştırılan baro pullarından tahsil edilen paralarla olacaktır. Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin baro pullarının kullanılmamasını bir yaptırıma bağlamak için konulmuş olan 3. fıkrasına göre ise "avukatlarca vekâletname sunulan merciler, pulu yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekâletname örneklerini kabul edemez. Gerektiğinde ilgiliye on günlük bir süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekâletname işleme konmaz" hükmünü içermektedir.

Bu hükme göre, üzerine baro pulu yapıştırılmamış bir vekâletname ile açılan davada, eksik pulun mahkemece verilen on günlük süre içinde de tamamlanmaması halinde ne işlem yapılacağı konusunda çıkan uyuşmazlık, Hukuk Genel Kurulu'nun yeni tarihli bir kararı ile çözüme bağlanmıştır. Hukuk Genel Kurulu özetle şöyledir:

"... Mahkemece davacı vekilinin dava dilekçesine eklediği vekâletname fotokopisine baro pulu yapıştırılmamış olduğu bu eksikliğin yasada öngörülen ve verilen on günlük süre içerisinde de giderilmediği gerekçeleri ile davacıya ait vekâletnamenin işleme konulmamasına ve bunun sonucu olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından tenyiz edilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Yasasının 4667/16 sayılı Yasa ile değişik 27. maddesinin 3. fıkrası "...Avukatlarca vekâletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekâletname ve örneklerini kabul edemez. Gerektiğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekâletname işleme konulamaz..." hükmünü içermektedir.

Somut olayda davacı vekilinin vekâletname örneğinde baro pulunun bulunmadığı ve bu eksikliğin verilen on günlük sürede giderilmemiş olduğu ihtilafsızdır. Ancak, anılan yasa hükmünde "... pul tamamlanmadıkça vekâletnamenin işleme konulmayacağı..."nın belirtildiği gözetildiğinde davanın açılmamış sayılmasına değil dosyanın işleminden kaldırılmasına karar vermek gerekir. Açıklanan bu yön gözetilmeden yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmek-

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

le, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ...

Davacı vekilinin dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunduğu 10.5.2001 günlü vekaletname örneğinde Türkiye Barolar Birliği pulunun mevcut olmadığı çekişmesizdir. / Mahkemece 24.9.2001 günlü ilk duruşmada, davacı vekiline bu eksikliği tamamlaması için 10 günlük süre verilmiş, davacı vekili verilen bu sürede ve 20.11.2001 günlü sonraki duruşmaya kadar eksikliği gidermemiş; anılan ikinci duruşmada, pul eksikliğini gidereceği yolunda beyanda bulunmuş, davalı vekili ise, buna muvafakati olmadığını bildirip, yasal gereğinin yapılmasını istemiş; mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. / Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk, vekaletnamede bulunmayan Türkiye Barolar Birliği pulunun süresi içerisinde tamamlanmaması durumunda, davanın açılmamış sayılmasına mı, yoksa dosyanın işlemiden kaldırılmasına mı karar verilmesi gerektiği noktasındadır.

Vekaletname ve örneklerine Türkiye Barolar Birliği pulunun yapılandırılmasına ilişkin uygulama, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2.5.2001 gün ve 4667 sayılı Yasa ile değişik 27. maddesi hükmüne dayalıdır. Anılan maddenin ilk fıkrasında, avukat stajyerlerine stajları süresince Türkiye Barolar Birliği tarafından kredi verileceği belirtilmiş, ikinci fıkrada, ödenecek bu kredinin kaynakları arasında, avukatların yetkili mercilere sundukları vekaletnamelere yapıştırılacak pul bedelleri de sayılmış; bu pulların Türkiye Barolar Birliğince bastırılacağı açıklanmıştır. Üçüncü fıkra ise, aynen "Avukatlarca vekaletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul edemez. Gerektiğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekaletname işleme konulamaz." hükmünü taşımaktadır.

Bütünüyle değerlendirildiğinde, söz konusu yasa hükmünün, avukat stajyerlerine staj süresi içerisinde kredi sağlanması amacını taşıdığı; kredinin kaynaklarını açıklayan ilişkin ikinci fıkranın ve bu kaynaklardan biri durumundaki pulun bulunmadığı vekaletnameler yönünden ilgili mercilerce yapılması gereken işlemleri gösteren üçüncü fıkranın da, salt bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Eş söyleyişle, bu hüküm, Barolar

Birliği'nin stajyerlere vereceği kredinin kaynaklarının oluşturulması amacıyla yasaya konulmuş; verilecek 10 günlük sürede pul eksikliği giderilmeyen vekaletnamelerin işleme konulmamasına ilişkin yaptırım da, yine salt bu amaç öngörülmüştür. Önemle belirtilmelidir ki, söz konusu yasa hükmünün açık ifadesine göre, vekaletname ve örneklerine pul yapıştırma yükümlülüğü müvekkile değil, vekaletnameyi ilgili makama sunan avukata aittir. / Bu noktada, vekalet sözleşmesi yönünden şu açıklamaların yapılmasında yarar görülmüştür: / Vekalet aktinin geçerliliği yasaca herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır (Borçlar Kanunu' nun 386. ve ardından gelen maddeleri). Bir davanın taraflarının, kendilerini o davada temsil edecek avukatlara geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Avukatın mahkemeye sunacağı vekaletname, müvekkil ile vekil arasındaki vekalet aktini ortaya koyan bir yazılı belge niteliğinde olup, sadece bu ilişkinin üçüncü kişiler ve mahkeme nezdinde ispatı açısından önem taşır. Öyle ki, vekaletnamenin bulunmadığı hallerde bile, müvekkilin, vekalet aktinin varlığını ve yapılan işlemlere icazetini gösteren beyanı, usul hukuku açısından geçerli sonuçlar doğurur (HUMK. Madde 67).

O halde, bir vekaletnamede baro pulunun bulunmamasının, onun geçerliliği açısından sonuca etkili olamayacağı çok açıktır; böyle durumlarda ortada hukuken geçerli şekilde oluşmuş bir vekalet ilişkisi her halükarda mevcuttur.

Avukatlık Kanunu'nun yukarıda değinilen 27/3. maddesindeki "işleme konulmama" yaptırımı, maddi hukuk bakımından vekalet aktinin geçerliliği üzerinde değil, o eksikliği taşıyan bir vekaletname sunmuş olan vekilin, yargılamada vekil sıfatıyla görev yapabilmesi bakımından (usul hukukuna ilişkin olarak) sonuç doğurur. Eş söyleyişle, böyle hallerde, ortada, puluz veya pulu eksik vekaletnameyi sunan vekil ile müvekkili arasında geçerli bir vekalet akdi her halükarda mevcuttur. Sadece, anılan yasa hükmünün kendisine yüklediği, vekaletnameye pul yapıştırma yükümlülüğünün avukatça yerine getirilmediği ve bu nedenle de, yeni anılan yasa hükmü uyarınca sunduğu vekaletnamenin mahkemece işleme konu-

lamayacağı bir durum söz konusudur.

Hemen belirtilmelidir ki, *“bir avukatın, Türkiye Barolar Birliği'nin kredi kaynaklarından birini oluşturmak üzere ihdas edilen ve yasaca kendisine yüklenmiş olan pul yapıştırma yükümlülüğünü mahkemece verilen yasal süre içerisinde yerine getirmemesi, davanın tarafı olan ve açıklanan konuda hiçbir yükümlülüğü bulunmayan müvekkilinin, salt bu nedenle hak kaybına uğramasına neden olacak bir olgu olarak kabul edilemez”*. Yasanın hükmü de, böyle bir sonucu doğuracak şekilde yorumlanamaz.

Müvekkilin herhangi bir şekilde bu durumdan etkilenebilmesi için, vekilinin yerine getirmediği yükümlülükten haberdar edilmesi, durumun ve sonuçlarının kendisine açıklıkla bildirilmesi gerekir.

Burada, benzer bir duruma ilişkin bulunması nedeniyle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 67. maddesi hükmüne değinilmesine gerek görülmiştir: Bilindiği üzere, anılan hüküm, vekaletnamenin aslını veya örneğini sunmayan vekilin dava açamayacağı ve yargılamayla ilgili hiçbir görev yapamayacağı kuralını getirdikten sonra, gecikmesinde zarar umulan hallerde, mahkemenin vereceği kesin bir süre içinde vekaletnamesini sunması koşuluyla vekilin dava açmasına veya usul işlemleri yapmasına izin verilebileceğini; bu süre içinde vekaletname verilmediği veya müvekkil tarafından, vekilin yaptığı işlemlere icazeti bildiren bir dilekçe sunulmadığı takdirde, davanın açılmamış sayılacağını, vekilce yapılan işlemlerin de hükümsüz kalacağını öngörmüştür. Görüldüğü üzere, söz konusu yasa hükmü, vekilin vekaletnamesini hiç sunmadığı hallerde dahi, müvekkilin icazetini bildirmesi durumunda, öngörülen yaptırımların uygulanmayacağını düzenlemektedir. Vurgulanması gereken yön şudur: Vekilin, doğrudan kendisine ait bulunan, müvekkilinin kendisine vermiş olduğu vekaletname aslını veya örneğini mahkemeye sunma yükümlülüğünü verilen süreye rağmen yerine getirmemesi halinde, müvekkil, davanın açılmamış sayılması şeklindeki yasal sonuca mutlak surette maruz kalmamakta, vekiline mahkemece verilen süre

içinde sunacağı bir dilekçeyle, bu sonuçları bertaraf edebilme hak ve yetkisine sahip kılınmaktadır.

Esasen bu düzenleme, vekalet sözleşmesinde şekil konusunda yukarıda yapılan açıklamalara uygun ve o açıklamaların ilişkin bulunduğu hukuksal ilkelerin doğal sonucudur.

Yine, uyuşmazlığın Türkiye Barolar Birliği pulu yapıştırılması yükümlülüğüne, eş söyleyişle, mali bir konuya ilişkin bulunması nedeniyle, benzer bir durumun düzenlendiği Harçlar Kanunu'nun 32. maddesine de değinilmesi uygun görülmüştür. Anılan hüküm, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe, müteakip işlemlerin yapılamayacağı, ancak diğer tarafın *"bu harcı ödeyebileceği, böyle bir durumda, işleme devam edileceği yolundadır"*. Açıktır ki, bu hükümde sözü edilen yargı harcı, alacaklısının doğrudan Devlet olduğu bir yükümlülüğe ilişkindir. Devletin, kendisi lehine ödenmesi gereken bir harca ilişkin olarak, ödememe hali için öngördüğü tek yaptırım, sonraki işlemlerin yapılmaması şeklindedir. Yasa koyucunun, Türkiye Barolar Birliği lehine bir sonuç doğuracak olan pul yapıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hali için, bundan daha ağır bir yaptırım öngörmüş olabileceği düşünülemez.

Dolayısıyla, salt, vekilin Türkiye Barolar Birliği pulunu yapıştırmamış veya eksik yatırmış ve bunları verilen süre içerisinde tamamlamamış olması halinde, ne davanın açılmamış sayılması, ne de dosyanın işleminden kaldırılması gündeme gelebilir. Esasen, dosyanın işleminden kaldırılması veya davanın açılmamış sayılması, HUMK. da sadece belirli koşullara özgü olarak öngörülen sonuçlardır (Örneğin, 409,193. maddeler gibi). / Yeri gelmişken şu hususun da belirtilmesi gerekir: Somut olayda, mahkeme, davacı vekiline pul eksikliğini gidermesi için 10 günlük süre vermiş, ilgili ara kararında bu sürenin kesin olup olmadığını belirtmemiştir. Ancak, anılan yasa hükmünde gösterilen 10 günlük süre, sırf yasada öngörülmüş olması nedeniyle kendiliğinden kesin nitelikte bir süredir. Dolayısıyla, mahkemece öyle olduğu belirtilmese de, somut olayda davacı vekiline 24.9.2001 günlü duruşmada verilen sürenin kesin oldu-

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

ğu ve davacı vekilinin kesin süre içerisinde anılan yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edilmelidir. / Şimdi sıra, kesin nitelikteki yasal 10 günlük sürede, avukatın, vekaletnamesine veya örneğine Türkiye Barolar Birliği pulunu yapıştırması ya da eksik pulu tamamlamaması halinde, mahkemece yapılması gereken işlemin belirlenmesine gelmiştir. / Vekil aracılığı ile takip edilen işlerde, geçerli bir vekaletname bulunması (temsil yetkisi) ve bunun mahkemeye verilmesi dava şartı olduğu halde, mahkemece verilen 10 günlük süre içinde Türkiye Barolar Birliği pulunun vekaletnameye yapıştırılmaması veya pul eksikliğinin tamamlanmaması bir dava şartı olmadığından çözümün de bu hususlar göz önünde bulundurularak bulunması gerekir. / Yukarıda yapılan açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, avukatının anılan yükümlülüğü yerine getirmediğinden haberdar bulunmayan müvekkilin, salt bu nedenle, açtığı veya davalısı olduğu davayla ilgili olarak herhangi bir şekilde hak kaybına uğraması sonucuna yol açacak bir değerlendirme, her şeyden önce, Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesi hükmüne uygun düşmez.

"Öyleyse, bu tür hallerde mahkemece yapılması gereken iş, öncelikle değinilen durumdan ve doğabilecek hukuksal sonuçlardan müvekkili haberdar etmek; bu cümleden olarak, davayı bizzat takip yahut başka bir avukat görevlendirmek suretiyle mevcut usuli sorunu ortadan kaldıracabileceği, ya da pul yokluğu veya eksikliğini bizzat giderebileceği veyahut da uygun göreceği başka bir yolla, tarafı olduğu davada usul hukuku açısından aleyhine ortaya çıkması muhtemel sonuçları bertaraf edebileceği kendisine [hatırlatılarak] ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde işlem yapmak olmalıdır."

Somut olayda, yerel mahkemece açıklanan şekilde bir işlem yapılmaksızın ve müvekkil durumdan haberdar edilmeksizin davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş; bozma üzerine de aynı doğrultuda direnme hükmü kurulmuştur. / O halde, direnme kararı usul ve yasaya aykırı olup, belirtilen bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır."⁵⁵

⁵⁵ HGK2 Nisan 2003, 19-265/267, Yargıtay Kararları Dergisi, cilt 29 (2003), sayı 7, s. 1026-1032.

Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesi, kanunların hazırlık çalışmalarına etki etmek olanağını bulan meslek çevrelerinin, kendi yararlarına olduğunu düşündükleri hususları kanun hükümlerine ne kadar kuvvetli ifadelerle geçirebildiklerini göstermesi bakımından ilginç bir örnektir. Nitekim, benzer bir ağır ve adaletsiz hükmü yargılama masraflarından olan avukatlık ücretinin "aksine yazılı anlaşma olmadıkça" avukata ait olmasını öngören Avukatlık Kanunu m. 164, 4. fıkra değişikliğinde de görmek mümkündür.

Kanımca, bu örnekte Hukuk Genel Kurulu kararının, kanunun lafzına bağlı kalmak yerine, hükmü amacına göre yorumlamış olması isabetlidir. Hukuk Genel Kurulu'nun, dava şartlarına ilişkin kuralların ve dosyanın işlemde kaldırılması ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin HUMK hükümlerinin (m. 409, 67, 193) Avukatlık Kanunu m. 27, fıkra 3'teki hal bakımından doğrudan doğruya uygulanmayacağına ilişkin görüşü de doğrudur.

Kanımca da, kanun metrinde kullanılan "pul tamamlanmadıkça vekâletname işleme konmaz" hükmü dar yorumlanmalı ve vekâletnamedeki baro pulunun eksikliğinin yapılan usul hukuku işleminin (mesela dava açılmasının) geçersiz sayılması gibi ağır bir sonuç doğurmayacağı,⁵⁶ sadece vekâletnamenin geçersizliği sonucunu doğuracağı kabul edilmelidir. Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararı da bu yöndedir:

"Davacı vekilinin Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinde değişiklik yapan 4667 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 10.05.2001 tarihinden sonra dosyaya ibraz ettikleri vekâletnamelerine baro pulu yapıştırılmamıştır. Avukatlık kanununun değişik 27. maddesi uyarınca bu vekâletnameler işleme dayanak yapılamaz. Eksikliğin tamamlanması için 10 günlük kesin mehil verildiğinin sözü geçen vekile tebliği, eksik tamamlanmadığı takdirde vekile yapılan tebligatlar

⁵⁶ Davanın açılmamış sayılabilmesi için, baro pulunun eksikliği yeterli olmayıp, vekâletnamenin hiç ibraz edilmemiş olması lazımdır (HUMK m. 67, fıkra I); Zekeriya Yılmaz, *Medenî Usûl Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması* (Ankara: Seçkin, 2001), s. 39-40

geçersiz olduğundan tebligatlar asıla yapılarak işlemin yenilenmesi ... için dosyanın mahalline geri çevrilmesine ... karar verildi.”⁵⁷

Baro pulu eksik bir vekâletname ile açılan davada, bu husus mahkemenin dikkatinden kaçmış ve hüküm de verilmiş ise, bu usule aykırılık hükmün sonucuna etkili olamayacağı için, bir mutlak temyiz sebebi sayılmamalıdır (HUMK m. 428, fıkra II).

VI. Sonuç

2000- 2003 yıllarında yayımlanan dört yıllık Yargıtay kararlarına topluca bakıldığında ilk göze çarpan husus, medeni usul hukukuna ilişkin kararların çokluğudur. Yapılan sayısal değerlendirme bu dönemdeki Yargıtay kararlarının dörtte birinden fazlasının, “görev”, “yetki”, “deliller”, “temyiz sebepleri” gibi doğrudan doğruya Medeni Usûl Hukukunu ilgilendiren meselelerden birini konu aldığını göstermektedir (bkz., yukarıda Bölüm I).

Belki usul hukuku konularının yüksek mahkemelerin iş yükü içindeki ağırlığının “normal” ölçüsünün ne olması gerektiğini tespit etmek kolay değildir; fakat, her halde, her dört Yargıtay kararından birinin, maddi hukuk (“davada hangi tarafın haklı olduğu”) konusu yerine, esas itibarıyla “davanın ne şekilde görüleceği” ile ilgili olan usul hukuku meselelerini ele alması normal görülmemelidir. Yargının aşırı iş yükü ile ilgili tartışmalar sürüp giderken, Yargıtay’ın kararlarından yaklaşık yüzde yirmisinin “davanın hangi mahkemede görüleceği” konusu ile meşgul olması, hukukçu olmayan bir vatandaşa nasıl izah edilebilir?

Karşılaştığımız tabloyu daha düşündürücü yapan husus ise şudur: Yargıtay bir yandan maddi gerçeği ortaya çıkarmak çabası ile (istinaf mahkemelerinin mevcut olmamasını da gerekçe gösterek), ilk derece mahkemesinin maddi olguları değerlendirme yetkisine aşırı şekilde müdahale edebilmekte

⁵⁷ 2. HD 11 Mart 2004, 2142/3075, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78 (2004), sayı 3, s. 1236.

(bkz., yukarıda Bölüm II); diğer yandan da, zaman zaman, özel mahkemeler ile genel mahkemelerin karşılıklı görev alanlarının belirlenmesi konusunda olduğu gibi, usul hükümlerinin amacını göz ardı ederek, kararlarını "ayrık hükümlerin dar yorumlanması temel kuraldır" benzeri genel ifadelerle gerekçelendirmekte sakınca görmemektedir (bkz., yukarıda Bölüm III).

Öte yandan, Yüksek Mahkeme'nin taşınmaz satış vaadi ve zorunlu geçit irtifakı tesisine ilişkin davalarda davacının karşı ediminin ifa edilmesinin sağlanması için ne şekilde hüküm kurulacağı (bkz., yukarıda Bölüm IV) ve Avukatlık Kanunu'nun 4667 sayılı kanuna değişik 27. maddesine göre vekâletnameye baro pulu yapılandırılmamasının sonucunun ne olacağı (bkz., yukarıda Bölüm V) hakkındaki içtihatları, kanun hükümlerinin konuluş amacını ve yargılamanın tarafları arasındaki menfaatler dengesini gözetmesi bakımından övgüye değer.

Bu bakımdan, kanımca, Yargıtay'ın, medeni usul hukuku alanında benimsediği yorum ilkeleri bakımından tam anlamıyla tutarlı bir çizgi izlemediğini ifade etmek haksızlık olmaz. Bu genel değerlendirmeyi, Ansay'ın medeni usul hükümlerinin yorumu hakkındaki yazdıkları ile tamamlamayıabiliriz:

"Usûl kaideleri de kapalı, bulanık, eksik ve çelişik olabilir. Böyle bir halde yargıca bir tefsir ve kıyas (analogie), düzeltme ve boşluğu doldurma yetkileri verilmezse kanunun tatbiki kötürünleşir. ... Yargıç usul hukukunda bir tefsir, kıyas, boşluğu doldurma işinde bulunurken usul hukuku prensip ve kaidelerinden yararlanır.

Medeni usul kanununun gayesi, özel hukukun tespiti ve nihayet yerine getirilmesi olduğundan tefsirde başlıca nazara alınacak nokta, usul kaidelerinin maddi iddiaların takibini lüzumsuz yere güçleştirmeğe salih bir manayı haiz olmadığı ve usulün de bir ekonomisi bulunduğ ve maddi hukuk vaziyetini tatmin eden bir hükme en sade ve en kısa ve en az masraflı yolda varacağı mahkemeye mümkün kılacak şeklin, usul kanununa en ziyade uygun olacağı keyfiyetidir."⁵⁸

⁵⁸ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usûlleri*, 7. Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1960), s.9.

EK
Medeni Usûl Hukuku ile ilgili Yargıtay Kararlarının
Kanun Maddelerine Göre Tasnif Edilmiş Listesi
(2000-2003)

KANUN MADDESİ	YAYIMLANDIĞI YER
HUMK 1	HGK 9.2.2000 13-77/63 (Meydan/Yapal, 1482), HGK 7.2.2001 19-14/28 (Meydan/Yapal,1914), HGK 19.9.2001 13-582/601 (Meydan/Yapal, 2193), HGK 10.4.2002 8-267/303 (YKD Mart 2003), 4.HD 20.1.2000 99-10772/204 (YKD Mayıs 2000), 8.HD 22.2.2000 669/1454 (YKD Ağustos 2000), 20.HD 29.2.2000 1679/1699 (YKD Eylül 2000), 10.HD 4.4.2000 2173/2066 (YKD Ekim 2000), 4.HD 18.4.2000 1651/3656 (YKD Ekim 2000), 19.HD 4.5.2000 2716/3489 (YKD Şubat 2001), 20.HD 12.6.2000 5201/5575 (YKD Ekim 2000), 19.HD 20.9.2000 5324/5898 (YKD Mayıs 2001), 3.HD 2.10.2000 8562/9245 (YKD Ocak 2001), 7.HD 12.10.2000 4104/4495 (YKD Aralık 2000), 19.HD 12.10.2000 4493/6739 (YKD Mayıs 2001), 5.HD 17.10.2000 12740/15702 (YKD Mart 2001), 20.HD 23.11.2000 9580/9747 (YKD Ocak 2001), 16.HD 24.11.2000 4398/4560 (YKD Şubat 2001), 2.HD 11.12.2000 15373/15682 (YKD Nisan 2001), 11.HD 18.1.2001 00-10656/197 (YKD Haziran 2001), 5.HD 22.1.2001 00-21731/692 (YKD Temmuz 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4967/ 363 (YKD Ağustos 2001), 4.HD 4.10.2001 6397/10988
	(YKD Şubat 2002), 4.HD 15.10.2001 5383/9440 (YKD Mart 2002), 11.HD 11.12.2001 7114/9791 (YKD Mayıs 2003), 11.HD 17.12.2001 9065/9636 (YKD Mart 2002), 11.HD 21.12.2001 7189/10066 (YKD Mart 2002), 17.HD 5.3.2002 1105/1094 (YKD Mayıs 2002), 5.HD 1.4.2002 79/7694 (YKD Şubat 2003), 13.HD 10.6.2002 5171/6918 (YKD Ocak 2003), 20.HD 4.7.2002 4613/6546 (YKD Ağustos 2002), 10.HD 16.12.2002 9383/9666 (YKD Eylül 2003), 18.HD 24.12.2002 11014/12529 (YKD Nisan 2003), 4.HD 23.1.2003 138/706 (YKD Eylül 2003), 1.HD 5.2.2003 610/1296 (YKD Kasım 2003), 10.HD 24.2.2003 308/1036 (YKD Eylül 2003), 10.HD 26.5.2003 02-9517/14340 (YKD Aralık 2003), 3.HD 26.5.2003 6118/7566 (YKD Eylül 2003), 9.HD 9.7.2003 1888/13058 (YKD Kasım 2003).
HUMK 3	14.HD 19.2.2001 767/1209 (YKD Ocak 2003).
HUMK 4	HGK 1.11.2000 13-1314/1606 (Meydan/Yapal, 1818).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 7	<p>HGK 2.2.2000 16-37/60 (YKD, Temmuz, 2001), HGK 9.2.2000 13-77/63 (Meydan/Yapal, 1482), HGK 9.2.2000 4-59/72 (Meydan/Yapal, 1485), HGK 16.2.2000 18-105/109 (Meydan/Yapal, 1512), HGK 17.5.2000 4-860/911 (Meydan/Yapal, 1654), HGK 11.10.2000 8-1225/1281 (Meydan/Yapal, 1777), HGK 15.11.2000 4-1650/1690 (Meydan/Yapal, 1832), HGK 22.11.2000 14-1622/1707 (Meydan/Yapal, 1849), HGK 6.12.2000 9-1759/1766 (Meydan/Yapal, 1870), HGK 31.1.2001 8-70/16 (Meydan/Yapal, 1911), HGK 21.2.2001 11-120/180 (Meydan/Yapal, 1970), HGK 21.3.2001 19-257/257 (Meydan/Yapal, 2025), HGK 25.4.2001 5-375/410 (Meydan/Yapal, 2076), HGK 19.9.2001 13-582/601 (Meydan/Yapal, 2193), HGK 19.9.2001 5-609/616 (Meydan/Yapal, 2209), 5.HD 3.2.2000 201/1065 (YKD Haziran 2000), 9.HD 30.3.2000 526/4176 (YKD Aralık 2000), 16.HD 27.10.2000 3748/4132 (YKD Aralık 2000), 5.HD 21.12.2000 19273/19481 (YKD Haziran 2001), 16.HD 22.1.2001 00-4446/1 (YKD Mayıs 2001), 15.HD 1.11.2001 2801/4934 (YKD Mayıs 2002), 15.HD 24.10.2002 3341/4863 (YKD Nisan 2003), 21.HD 24.12.2002 9558/11137 (YKD Nisan 2003), 7.HD 24.1.2003 02-3900/101 (YKD Nisan 2003), 9.HD 17.2.2003 02-13851/1675 (YKD Ağustos 2003), 16.HD 27.2.2003 1390/1194 (YKD Ağustos 2003), 10.HD 2.7.2002 5436/6003.</p>
	(YKD Kasım 2003), 7.HD 30.5.2003 1491/1843 (YKD Ağustos 2003).
HUMK 8	<p>HGK 11.10.2000 8-1225/1281 (Meydan/Yapal, 1777), HGK 13.12.2000 2-1785/1787 (Meydan/Yapal, 1878), HGK 31.1.2001 8-70/16 (Meydan/Yapal, 1911), HGK 24.10.2001 2-922/746 (Meydan/Yapal, 2305), HGK 7.11.2001 13-1026/765 (Meydan/Yapal, 2319), 3.HD 27.3.2000 2648/ 2640 (YKD Ağustos 2000), 12.HD 9.5.2000 6250/7618 (YKD Eylül 2000), 20.HD 14.6.2000 5430/5806 (YKD Kasım 2000), 3.HD 12.3.2001 1500/2107 (YKD Ekim 2001), 6.HD 25.9.2001 5481/7013 (YKD Mart 2002), 3.HD 3.10.2001 8142/8911 (YKD Şubat 2002), 4.HD 16.10.2001 10348/9562 (YKD Mart 2002), 11.HD 26.11.2001 6453/9284 (YKD Temmuz 2002), 2.HD 14.2.2002 1479/1933 (YKD Mayıs 2002), 2.HD 8.4.2002 4167/4916 (YKD Eylül 2002), 2.HD 2.5.2002 4860/5701 (YKD Şubat 2003), 20.HD 13.6.2002 4345/5881 (YKD Kasım 2002), 8.HD 26.12.2002 9143/9542 (YKD Mart 2003).</p>

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 9	HGK 4.6.2003 19-420/411 (YKD Eylül 2003), 4.HD 17.1.2000 99-11771/78 (YKD Mayıs 2000), 9.HD 9.3.2000 104/2871 (YKD Şubat 2001), 12.HD 13.4.2000 5014/5993 (YKD Kasım 2000), 19.HD 4.5.2000 2716/3489 (YKD Şubat 2001), 11.HD 12.9.2000 5697/6699 (YKD Ocak 2001), 4.HD 23.11.2000 11274/10453 (YKD Nisan 2001), 19.HD 27.11.2000 5291/8085 (YKD Ağustos 2001), 3.HD 1.3.2001 1153/1539 (YKD Ağustos 2001), 11.HD 10.5.2001 2068/4105 (YKD Ekim 2001), 4.HD 2.10.2001 4938/8878 (YKD Temmuz 2002), 4.HD 29.5.2001 1994/5661 (YKD Aralık 2001), 4.HD 16.10.2001 10348/9562 (YKD Mart 2002), 11.HD 24.12.2001 7414/10326 (YKD Mart 2002), 2.HD 2.5.2002 4860/5701 (YKD Şubat 2003), 9.HD 15.5.2002 8663/8309 (YKD Haziran 2003), 9.HD 29.5.2002 1186/9238 (YKD Mayıs 2003), 3.HD 6.6.2002 6113/6601 (YKD Aralık 2002), 11.HD 2.12.2002 6596/11091 (YKD Temmuz 2003), 4.HD 22.5.2003 114/6678 (YKD Eylül 2003), 9.HD 23.6.2003 11081/11772 (YKD Kasım 2003), 4.HD 23.9.2003 8610/10502 (YKD Aralık 2003).
HUMK 10	HGK 1.3.2000 3-132/144 (Meydan/Yapal, 1549), HGK 4.6.2003 19-420/411 (YKD Eylül 2003), 12.HD 20.3.2002 5043/6266 (YKD Ekim 2002), 4.HD 22.5.2003 114/6678 (YKD Eylül 2003).
HUMK 11	2.HD 7.5.2001 5823/7150 (YKD Ekim 2001).
HUMK 13	12.HD 9.5.2000 6250/7618 (YKD Eylül 2000), 1.HD 26.11.2001 12357/12795 (YKD Ekim 2002), 11.HD 21.12.2001 7262/10088 (YKD Temmuz 2002), 14.HD 3.5.2002 2867/3476 (YKD Mart 2003), 2.HD 7.7.2003 8680/10234 (YKD Kasım 2003).
HUMK 17	9.HD 18.3.2001 1682/5026 (YKD Ekim 2001), 21.HD 5.2.2001 277/649 (YKD Kasım 2001), 11.HD 21.12.2001 7262/10088 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 21	4.HD 17.1.2000 99-11771/78 (YKD Mayıs 2000), 4.HD 23.11.2000 11274/10453 (YKD Nisan 2001), 19.HD 7.2.2001 822/990 (YKD Ocak 2002), 3.HD 26.2.2001 1406/1838 (YKD Temmuz 2001), 3.HD 1.3.2001 1153/1539 (YKD Ağustos 2001), 4.HD 29.5.2001 1994/5661 (YKD Aralık 2001), 4.HD 2.10.2001 4938/8878 (YKD Temmuz 2002), 4.HD 16.10.2001 10348/9562 (YKD Mart 2002), 11.HD 2.12.2002 6596/11091 (YKD Temmuz 2003), 4.HD 22.5.2003 114/6678 (YKD Eylül 2003), 4.HD 23.9.2003 8610/10502 (YKD Aralık 2003).
HUMK 22	HGK 4.6.2003 19-420/411 (YKD Eylül 2003).
HUMK 23	3.HD 26.2.2001 1406/1838 (YKD Temmuz 2001), 9.HD 18.3.2001 1682/5026 (YKD Ekim 2001), 4.HD 18.10.2001 9292/9780 (YKD Ocak 2002), 4.HD 18.9.2002 5354/9547 (YKD Ocak 2003), 11.HD 2.12.2002 6596/11091 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 25	HGK 11.10.2000 4-1185/1279 (Meydan/Yapal, 1776), HGK 2.2.2000 16-37/60 (YKD Temmuz 2001).

HUMK 27	5.HD 3.2.2000 201/1065 (YKD Haziran 2000), 9.HD 9.3.2000 104/2871 (YKD Şubat 2001), 9.HD 30.3.2000 526/4176 (YKD Aralık 2000), 16.HD 27.10.2000 3748/4132 (YKD Aralık 2000), 19.HD 27.11.2000 5291/8085 (YKD Ağustos 2001), 5.HD 21.12.2000 19273/19481 (YKD Haziran 2001), 16.HD 22.1.2001 00-4446/1 (YKD Mayıs 2001), 9.HD 18.2.2002 3486/2869 (YKD Temmuz 2002), 17.HD 25.3.2002 1933/1768 (YKD Temmuz 2002), 14.HD 3.5.2002 2867/3476 (YKD Mart 2003), 11.HD 2.12.2002 6596/11091 (YKD Temmuz 2003), 7.HD 24.1.2003 02-3900/101 (YKD Nisan 2003), 9.HD 17.2.2003 02-13851/1675 (YKD Ağustos 2003), 16.HD 27.2.2003 1390/1194 (YKD Ağustos 2003), 7.HD 30.5.2003 1491/1843 (YKD Ağustos 2003), 17.HD 2.6.2003 6428/5333 (YKD Ağustos 2003), 9.HD 23.6.2003 11081/11772 (YKD Kasım 2003), 17.HD 15.9.2003 9429/8016 (YKD Kasım 2003).
HUMK 28	19.HD 2.3.2001 00-7205/1668 (YKD Temmuz 2002), 20.HD 9.7.2003 4042/5618 (YKD Eylül 2003).
HUMK 29	19.HD 2.3.2001 00-7205/1668 (YKD Temmuz 2002), 20.HD 9.7.2003 4042/5618 (YKD Eylül 2003).
HUMK 33	19.HD 19.6.2001 1013/4804 (YKD Şubat 2003).
HUMK 36	20.HD 9.7.2003 4042/5618 (YKD Eylül 2003), HGK 9.2.2000 5-68/81 (YKD Ağustos 2001).
HUMK 38	HGK 22.3.2000 21-108/220 (Meydan/Yapal, 1568), HGK 19.4.2000 9-790/803 (Meydan/Yapal, 1596), HGK 24.5.2000 14-893/916 (Meydan/Yapal, 1658), HGK 24.5.2000 14-893/916 (Meydan/Yapal, 1658), HGK 14.6.2000 21-992/1004 (Meydan/Yapal, 1691), HGK 14.6.2000 20-976/1044 (Meydan/Yapal, 1692), HGK 21.6.2000 20-1010/1075 (Meydan/Yapal, 1718), HGK 20.9.2000 2-1161/1135 (Meydan/Yapal, 1735), HGK 27.9.2000 21-1101/1182 (Meydan/Yapal, 1746), HGK 4.10.2000 15-1184/1226 (Meydan/Yapal, 1759), HGK 4.10.2000 21-1241/1236 (Meydan/Yapal, 1760), HGK 18.10.2000 2-1216/1284 (Meydan/Yapal, 1781), HGK 1.11.2000 13-1314/1606 (Meydan/Yapal, 1818), HGK 6.12.2000 21-1667/1762 (Meydan/Yapal, 1868), HGK 31.1.2001 10-1789/6 (Meydan/Yapal, 1902), HGK 21.2.2001 11-120/180 (Meydan/Yapal, 1970), HGK 25.4.2001 9-385/403 (Meydan/Yapal, 2064), HGK 30.5.2001 14-443/458 (Meydan/Yapal, 2107), HGK 19.9.2001 20-600/606 (Meydan/Yapal, 2199), 6.HD 22.2.2000 1413/ 1493 (YKD Ağustos 2000), 1.HD 28.2.2000 1781/2086 (YKD Ekim 2000), 16.HD 7.3.2000 1/1027 (YKD Eylül 2000), 9.HD 9.3.2000 36/2884 (YKD Temmuz 2000), 13.HD 6.4.2000 2222/3139 (YKD Ağustos 2000), 18.HD 13.4.2000 3424/4375 (YKD Ağustos 2000).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

	11.HD 29.5.2000 3792/4770 (YKD Ocak 2001), 7.HD 29.6.2000 3076/3284 (YKD Kasım 2000), 11.HD 11.9.2000 5526/6590 (YKD Mart 2001), 6.HD 9.10.2000 6663/8455 (YKD Aralık 2000), 5.HD 16.10.2000 14527/15542 (YKD Şubat 2001), 16.HD 27.10.2000 3748/4132 (YKD Aralık 2000), 18.HD 14.11.2000 10025/12183 (YKD Mart 2001), 11.HD 20.11.2000 7567/9051 (YKD Mart 2001), 11.HD 11.12.2000 8825/9848 (YKD Mayıs 2001), 4.HD 14.12.2000 8908/11527 (YKD Mayıs 2001), 5.HD 22.1.2001 00-21731/692 (YKD Temmuz 2001), 11.HD 5.2.2001 00-9783/768 (YKD Eylül 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4967/ 363 (YKD Ağustos 2001), 17.HD 22.2.2001 726/779 (YKD Ağustos 2001), 21.HD 26.2.2001 1474/1591 (YKD Eylül 2001), 12.HD 27.2.2001 2295/3702 (YKD Mayıs 2002), 17.HD 29.3.2001 00-1121/1309 (YKD Kasım 2002), 3.HD 3.4.2001 2371/2948 (YKD Ocak 2002), 4.HD 5.4.2001 00-12398/3399 (YKD Nisan 2002), 4.HD 15.10.2001 5383/9440 (YKD Mart 2002), 13.HD 23.10.2001 7974/9573 (YKD Ocak 2002), 14.HD 27.12.2001 8555/8995 (YKD Mart 2002), 16.HD 21.1.2002 36/20 (YKD Eylül 2002), 11.HD 28.1.2002 01-8149/565 (YKD Ekim 2002),
	5.HD 7.5.2002 3583/10458 (YKD Eylül 2002), 9.HD 30.5.2002 1232/9324 (YKD Haziran 2003), 13.HD 10.6.2002 5171/6918 (YKD Ocak 2003), 5.HD 13.6.2002 9355/13749 (YKD Nisan 2003), 18.HD 18.6.2002 5861/6982 (YKD Kasım 2002), 13.HD 24.6.2002 3720/7656 (YKD Ekim 2003), 18.HD 2.7.2002 6838/7509 (YKD Eylül 2002), 11.HD 16.9.2002 3910/7659 (YKD Mayıs 2003), 11.HD 14.10.2002 4622/8998 (YKD Nisan 2003), 18.HD 23.12.2002 11399/12486 (YKD Mayıs 2003), 6.HD 10.1.2003 02-8228/89 (YKD Mart 2003), 11.HD 27.1.2003 02-8182/794 (YKD Mayıs 2003), 13.HD 25.2.2003 02-12900/1885 (YKD Temmuz 2003), 11.HD 28.3.2003 02-11135/2518 (YKD Ekim 2003), 11.HD 28.4.2003 02-11863/4086 (YKD Kasım 2003), 9.HD 23.6.2003 828/11783 (YKD Kasım 2003), 7.HD 16.9.2003 1642/2411 (YKD Kasım 2003).
HUMK 39	9.HD 9.3.2000 36/2884 (YKD Temmuz 2000), 11.HD 27.11.2000 7947/9280 (YKD Mart 2001), 5.HD 22.1.2001 00-21731/692 (YKD Temmuz 2001).
HUMK 40	11.HD 27.11.2000 7947/9280 (YKD Mart 2001).
HUMK 42	HGK 20.9.2000 2-1161/1135 (Meydan/Yapal,1735).
HUMK 43	HGK 18.10.2000 2-1216/1284 (Meydan/Yapal,1781), HGK 3.10.2001 14-929/679 (Meydan/Yapal, 2255), 20.HD 11.5.2000 3226/4403 (YKD Ağustos 2000), 16.HD 13.6.2000 2277/2595 (YKD Nisan 2001), 3.HD 17.10.2000 8689/9920 (YKD Şubat 2001), 16.HD 22.1.2001 00-4446/1 (YKD Mayıs 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4967/ 363 (YKD Ağustos 2001), 16.HD 21.1.2002 36/20 (YKD Eylül 2002).
HUMK 44	6.HD 28.4.2003 2787/2864 (YKD Temmuz 2003).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuların Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 45	HGK 3.10.2001 14-929/679 (Meydan/Yapal, 2255), 17.HD 1.5.2000 2055/2069 (YKD Ağustos 2000), 15.HD 18.5.2000 157/2444 (YKD Aralık 2000), 11.HD 1.6.2000 1524/4972 (YKD Kasım 2000), 5.HD 12.10.2000 14234/15311 (YKD Ocak 2001), 2.HD 20.11.2000 14218/14480 (YKD Mayıs 2001), 16.HD 21.1.2002 36/20 (YKD Eylül 2002).
HUMK 46	14.HD 28.4.2003 2541/3377 (YKD Eylül 2003).
HUMK 48	2.HD 20.11.2000 14218/14480 (YKD Mayıs 2001), 11.HD 4.2.2002 8633/877 (YKD Kasım 2002).
HUMK 49	2.HD 29.1.2002 01-17671/781 (YKD Haziran 2002).
HUMK 53	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003).
HUMK 54	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003).
HUMK 55	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003).
HUMK 56	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003).
HUMK 57	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003), 19.HD 2.10.2001 5170/6111 (YKD Ekim 2002).
HUMK 58	HGK 26.2.2003 9-32/96 (YKD Kasım 2003).
HUMK 59	12.HD 29.3.2001 4138/5352 (YKD Kasım 2001), 8.HD 12.6.2003 4044/4358 (YKD Kasım 2003).
HUMK 60	HGK 10.10.2001 11-662/697 (Meydan/Yapal, 2263).
HUMK 61	8.HD 12.6.2003 4044/4358 (YKD Kasım 2003).
HUMK 62	21.HD 9.11.2000 7777/7796 (YKD Ekim 2001), 12.HD 2.3.2001 3037/3961 (YKD Mayıs 2002).
HUMK 63	HGK 19.9.2001 4-665/612 (Meydan/Yapal, 2206), HGK 10.10.2001 11-662/697 (Meydan/Yapal, 2263), 19.HD 5.2.2001 00-6999/929 (YKD Mart 2002), 19.HD 19.6.2001 1013/4804 (YKD Şubat 2003), 16.HD 14.2.2002 75/1309 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 65	HGK 18.10.2000 14-1290/1310 (Meydan/Yapal, 1798).
HUMK 67	HGK 2.4.2003 19-265/267 (YKD Temmuz, 2003), 2.HD 24.4.2001 5014/6468 (YKD Ağustos 2001), 18.HD 4.2.2002 01-12580/1047 (YKD Haziran 2002).
HUMK 68	HGK 9.2.2000 19-123/78 (Meydan/Yapal, 1489), 21.HD 9.11.2000 7777/7796 (YKD Ekim 2001).
HUMK 72	9.HD 30.5.2002 1232/9324 (YKD Haziran 2003).
HUMK 73	HGK 4.10.2000 15-1184/1226 (Meydan/Yapal, 1759), HGK 19.9.2001 20-600/606 (Meydan/Yapal, 2199), 15.HD 18.5.2000 157/2444 (YKD Aralık 2000), 2.HD 22.5.2000 5003/6679 (YKD Temmuz 2000), 1.HD 7.6.2000 7264/7421 (YKD Şubat 2001), 7.HD 29.6.2000 3076/3284 (YKD Kasım 2000), 1.HD 4.12.2000 14993/15138 (YKD Kasım 2001), 4.HD 14.12.2000 8908/11527 (YKD Mayıs 2001), 4.HD 19.3.2001 00-11879/2626 (YKD Ekim 2001), 1.HD 4.2.2002 931/1943 (YKD Haziran 2002), 6.HD 4.3.2002 1069/1265 (YKD Ağustos 2002), 20.HD 16.4.2002 1480/3626 (YKD Aralık 2002), 4.HD 23.5.2002 1854/6298 (YKD Ekim 2002), 5.HD 13.6.2002 9355/13749 (YKD Nisan 2003), 21.HD 24.4.2003 2728/3830 (YKD Kasım 2003).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 74	HGK 14.3.2001 2-220/240 (Meydan/Yapal,2004), 16.HD 13.11.2000 4577/4404 (YKD Mayıs 2001), 13.HD 14.11.2000 10283/9948 (YKD Mayıs 2001), 20.HD 20.11.2000 8746/9551 (YKD Şubat 2001), 17.HD 13.4.2001 773/1773 (YKD Eylül 2001), 14.HD 16.11.2001 7185/7987 (YKD Nisan 2002), 15.HD 30.1.2002 01-4235/409 (YKD Ekim 2002), 5.HD 29.4.2002 3992/9405 (YKD Kasım 2002), 9.HD 7.5.2002 205/7295 (YKD Ocak 2003), 13.HD 9.7.2002 7120/8587 (YKD Şubat 2003), 20.HD 15.10.2002 6155/8129 (YKD Ekim 2003), 3.HD 25.11.2002 13666/13936 (YKD Şubat 2003), 13.HD 26.12.2002 11245/14051 (YKD Eylül 2003), 4.HD 3.3.2003 02-11872/2050 (YKD Haziran 2003), 3.HD 22.4.2003 4775/4849 (YKD Kasım 2003).
HUMK 75	HGK 5.4.2000 2-719/747 (Meydan/Yapal,1581), HGK 14.3.2001 2-220/240 (Meydan/Yapal,2004), 8.HD 13.4.2000 2378/3112 (YKD Ocak 2001), 2.HD 1.5.2000 4961/5626 (YKD Ağustos 2000), 19.HD 1.6.2000 1428/4283 (YKD Mart 2001), 13.HD 6.11.2000 8590/9569 (YKD Nisan 2001), 4.HD 30.11.2000 11832/10914 (YKD Mart 2001), 4.HD 12.4.2001 00-12669/3722 (YKD Mayıs 2002), 17.HD 7.3.2002 1537/1222 (YKD Haziran 2002), 4.HD 6.11.2002 7810/12411 (YKD Nisan 2003).
HUMK 76	HGK 7.6.2000 2-959/972 (YKD,Mart,2001), 3.HD 27.3.2000 2648/2640 (YKD Ağustos 2000), 1.HD 28.2.2000 1781/2086 (YKD Ekim 2000), 21.HD 29.2.2000 1642/1688 (YKD Ekim 2000), 19.HD 1.6.2000 1428/4283 (YKD Mart 2001), 13.HD 12.10.2000 7506/8151 (YKD Kasım 2000), 13.HD 12.10.2000 7344/8356 (YKD Aralık 2000), 13.HD 14.11.2000 5709/10021 (YKD Ocak 2001), 2.HD 11.12.2000 15373/15682 (YKD Nisan 2001), 10.HD 26.3.2001 00-8048/2132 (YKD Temmuz 2001), 11.HD 8.3.2002 01-9142/2072 (YKD Ağustos 2002), 8.HD 13.6.2002 4462/4820 (YKD Eylül 2002), 10.HD 18.3.2003 241/2209 (YKD Kasım 2003).
HUMK 77	14.HD 16.11.2001 7185/7987 (YKD Nisan 2002), 11.HD 25.10.2002 11109/9518 (YKD Nisan 2003).
HUMK 80	5.HD 12.10.2000 14234/15311 (YKD Ocak 2001), 5.HD 28.6.2001 12957/14285 (YKD Kasım 2001), 5.HD 24.9.2001 18822/17082 (YKD Şubat 2002), 20.HD 4.4.2002 954/3146 (YKD Temmuz 2002), 21.HD 8.5.2003 3484/4404 (YKD Ekim 2003).
HUMK 83	HGK 26.9.2001 2-576/624 (Meydan/Yapal, 2215), HGK 5.3.2003 9-76/126 (YKD, Temmuz, 2003), 1.HD 26.6.2000 8666/8548 (YKD Mart 2001), 13.HD 1.12.2000 9903/10802 (YKD Ağustos 2001), 3.HD 6.11.2001 9196/9790 (YKD Haziran 2002), 4.HD 30.9.2002 5913/10502 (YKD Ocak 2003), 4.HD 22.10.2002 8851/11854 (YKD Şubat 2003), 4.HD 7.11.2002 8421/12538 (YKD Mart 2003), 9.HD 27.2.2003 02-12222/2609 (YKD Haziran 2003),
HUMK 84	14.HD 27.12.2001 8406/8974 (YKD Şubat 2002).
HUMK 87	2.HD 22.1.2001 00-15484/934 (YKD Haziran 2001), 4.HD 12.7.2001 3682/7538 (YKD Nisan 2002), 19.HD 11.10.2001 5720/6395 (YKD Ağustos 2002), 9.HD 27.2.2003 02-12222/2609 (YKD Haziran 2003), 4.HD 28.5.2003 1530/7080 (YKD Kasım 2003).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 91	HGK 26.1.2000 4-21/16 (Meydan/Yapal, 1456), HGK 19.9.2001 4-665/612 (Meydan/Yapal, 2206), 2.HD 26.1.2000 99-1362/ 590 (YKD Mayıs 2000), 16.HD 3.7.2000 2852/2886 (YKD Mart 2001), 17.HD 3.4.2001 655/1461 (YKD Ocak 2003), 9.HD 24.4.2001 6393/6984 (YKD Ekim 2002), 1.HD 12.12.2002 13589/14189 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 92	17.HD 3.4.2001 655/1461 (YKD Ocak 2003).
HUMK 93	HGK 29.3.2000 10-710/242 (Meydan/Yapal, 1573), 1.HD 7.2.2000 1465/1070 (YKD Kasım 2000), 19.HD 23.2.2001 00-7489/1434 (YKD Nisan 2002), 11.HD 25.10.2002 11109/9518 (YKD Nisan 2003).
HUMK 95	1.HD 12.6.2000 8865/9517 (YKD Kasım 2000), 19.HD 23.2.2001 00-7489/1434 (YKD Nisan 2002), 9.HD 24.4.2001 6393/6984 (YKD Ekim 2002), 11.HD 25.10.2002 11109/9518 (YKD Nisan 2003), 14.HD 16.11.2002 7184/7986 (YKD Eylül 2002), 16.HD 27.12.2002 12548/13159 (YKD Mayıs 2003), 16.HD 27.6.2003 6913/6656 (YKD Kasım 2003).
HUMK 101	HGK 16.2.2000 12-49/94 (YKD,Aralık,2000).
HUMK 151	HGK 31.1.2001 00-2-1838/9 (Meydan/Yapal,1910), HGK 18.4.2001 1-357/372 (Meydan/Yapal,2056), 1.HD 12.6.2000 8865/9517 (YKD Kasım 2000), 13.HD 1.10.2002 7949/9957 (YKD Ekim 2003).
HUMK 159	HGK 26.1.2000 1-23/17 (Meydan/Yapal, 1457), 2.HD 26.6.2000 3961/7009 (YKD Ekim 2000), 9.HD 19.4.2001 3557/6699 (YKD Haziran 2003), 1.HD 16.4.2002 2148/4842 (YKD Haziran 2003).
HUMK 161	HGK 13.2.2002 6-23/94 (YKD,Haziran,2002).
HUMK 162	HGK 13.2.2002 6-23/94 (YKD,Haziran,2002), 7.HD 14.9.2000 3460/3670 (YKD Ekim 2000).
HUMK 163	HGK 26.1.2000 1-23/17 (Meydan/Yapal, 1457), HGK 10.5.2000 14-815/872 (Meydan/Yapal,1634), HGK 7.6.2000 13-925/950 (Meydan/Yapal,1673), HGK 18.10.2000 14-1290/1310 (Meydan/Yapal, 1798), HGK 3.10.2001 18-644/664 (Meydan/Yapal, 2240), HGK 10.10.2001 14-940/709 (Meydan/Yapal, 2272), 2.HD 26.6.2000 3961/7009 (YKD Ekim 2000), 17.HD 10.7.2000 3413/3444 (YKD Kasım 2000), 19.HD 16.11.2000 4688/7825 (YKD Haziran 2001), 1.HD 4.12.2000 14937/15203 (YKD Ağustos 2001), 17.HD 10.5.2001 2066/2838 (YKD Aralık 2001), 9.HD 19.4.2001 3557/6699 (YKD Haziran 2003), 18.HD 11.12.2001 11434/11449 (YKD Mart 2002), 1.HD 16.4.2002 2148/4842 (YKD Haziran 2003), 5.HD 16.6.2003 6286/8343 (YKD Ekim 2003).
HUMK 178	HGK 10.10.2001 12-668/682 (Meydan/Yapal, 2258), 11.HD 29.4.2002 384/3929 (YKD Eylül 2002).
HUMK 179	HGK 21.2.2001 1-147/173 (Meydan/Yapal,1966), 1.HD 24.1.2002 01-14253/744 (YKD Aralık 2002).
HUMK 180	HGK 7.6.2000 13-925/950 (Meydan/Yapal,1673), 2.HD 22.5.2000 5003/6679 (YKD Temmuz 2000).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 185	HGK 26.2.2003 21-270/188 (YKD,Haziran, 2003), 9.HD 10.2.2000 833/1370 (YKD Ağustos 2000), 19.HD 2.3.2000 904/1573 (YKD Ağustos 2000), 1.HD 20.3.2000 2530/2906 (YKD Ekim 2000), 17.HD 29.3.2001 00-1205/1323 (YKD Aralık 2002), 9.HD 22.5.2002 836/8772 (YKD Mart 2003).
HUMK 186	HGK 17.10.2001 1-943/724 (Meydan/Yapal, 2289), 3.HD 1.5.2000 3986/4069 (YKD Kasım 2000), 1.HD 2.6.2000 5071/7153 (YKD Ocak 2001), 11.HD 20.11.2000 7567/9051 (YKD Mart 2001), 6.HD 13.3.2001 1749/2014 (YKD Ağustos 2001), 1.HD 20.3.2001 846/3146 (YKD Şubat 2002), 1.HD 23.2.2002 1209/1751 (YKD Kasım 2002).
HUMK 187	1.HD 16.2.2000 1418/1558 (YKD Ağustos 2000), 19.HD 19.4.2000 2591/2974 (YKD Kasım 2000), 1.HD 20.9.2000 9117/10581 (YKD Kasım 2000), 19.HD 7.2.2001 822/990 (YKD Ocak 2002), 9.HD 18.3.2001 1682/5026 (YKD Ekim 2001), 15.HD 31.10.2001 4349/4896 (YKD Haziran 2002), 14.HD 16.11.2001 7184/7986 (YKD Eylül 2002), 1.HD 11.3.2002 1155/3196 (YKD Şubat 2003), 9.HD 29.5.2002 1186/9238 (YKD Mayıs 2003), 21.HD 18.11.2002 8552/9836 (YKD Mayıs 2003), 4.HD 9.12.2002 13554/13793 (YKD Haziran 2003), 21.HD 24.12.2002 9558/11137 (YKD Nisan 2003), 4.HD 25.4.2003 463/5333 (YKD Eylül 2003).
HUMK 188	HGK 5.4.2000 11-745/734 (Meydan/Yapal,1577).
HUMK 190	5.HD 18.3.2003 4841/6880 (YKD Kasım 2003).
HUMK 191	5.HD 18.3.2003 4841/6880 (YKD Kasım 2003).
HUMK 193	HGK 2.4.2003 19-265/267 (YKD, Temmuz, 2003), 19.HD 7.2.2001 822/990 (YKD Ocak 2002), 4.HD 30.11.2001 6489/12013 (YKD Şubat 2002), 1.HD 3.4.2002 3555/4204 (YKD Şubat 2003), 14.HD 3.5.2002 2867/3476 (YKD Mart 2003), 11.HD 16.5.2002 940/4848 (YKD Ocak 2003), 1.HD 5.2.2003 610/1296 (YKD Kasım 2003), 5.HD 18.3.2003 4841/6880 (YKD Kasım 2003), 8.HD 14.4.2003 2180/2502 (YKD Temmuz 2003), 3.HD 26.5.2003 6118/7566 (YKD Eylül 2003), 18.HD 9.9.2003 5158/6056 (YKD Kasım 2003).
HUMK 194	11.HD 27.11.2000 7761/ 9315 (YKD Temmuz 2001).
HUMK 195	HGK 11.4.2001 19-295/347 (Meydan/Yapal,2050), 13.HD 1.12.2000 9903/10802 (YKD Ağustos 2001), 4.HD 11.3.2002 01-11945/2795 (YKD Ağustos 2002).
HUMK 198	HGK 11.4.2001 19-295/347 (Meydan/Yapal,2050).
HUMK 200	2.HD 22.5.2000 5003/6679 (YKD Temmuz 2000).
HUMK 202	19.HD 2.3.2001 00-7205/1668 (YKD Temmuz 2002), 4.HD 30.9.2002 5913/10502 (YKD Ocak 2003), 4.HD 22.10.2002 8851/11854 (YKD Şubat 2003).
HUMK 203	11.HD 1.6.2000 1524/4972 (YKD Kasım 2000), 4.HD 30.10.2000 6360/9346 (YKD Şubat 2001).
HUMK 204	11.HD 1.10.2001 4561/7294 (YKD Ocak 2002).
HUMK 217	8.HD 13.4.2000 2378/3112 (YKD Ocak 2001).
HUMK 220	2.HD 22.5.2000 5003/6679 (YKD Temmuz 2000).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 222	21.HD 18.11.2002 8552/9836 (YKD Mayıs 2003), 21.HD 24.12.2002 9558/11137 (YKD Nisan 2003).
HUMK 223	11.HD 5.2.2001 00-9783/768 (YKD Eylül 2001).
HUMK 230	3.HD 19.2.2001 1153/1539 (YKD Ağustos 2001).
HUMK 236	HGK 26.9.2001 13-630/647 (Meydan/Yapal, 2231), 9.HD 23.6.2003 828/11783 (YKD Kasım 2003).
HUMK 237	HGK 26.1.2000 4-21/16 (Meydan/Yapal, 1456), HGK 2.2.2000 13-51/54 (Meydan/Yapal, 1478), HGK 7.6.2000 10-909/949 (Meydan/Yapal,1671), HGK 8.11.2000 16-1635/1637 (Meydan/Yapal, 1828), HGK 28.2.2001 8-185/222 (Meydan/Yapal,1999), HGK 26.9.2001 2-576/624 (Meydan/Yapal, 2215), HGK 26.9.2001 18-645/627 (Meydan/Yapal, 2231), HGK 5.2.2003 21-30/57 (YKD,Haziran, 2003), 1.HD 16.2.2000 1418/1558 (YKD Ağustos 2000), 8.HD 21.2.2000 838/1440 (YKD Ekim 2000), 1.HD 22.3.2000 2943/3011 (YKD Eylül 2000), 7.HD 9.5.2000 1618/2434 (YKD Temmuz 2000), 12.HD 13.6.2000 8866/9783 (YKD Mart 2001), 1.HD 20.9.2000 10246/10514 (YKD Nisan 2001), 2.HD 20.11.2000 14218/14480 (YKD Mayıs 2001), 1.HD 11.12.2000 15369/15537 (YKD Temmuz 2001), 7.HD 19.12.2000 5860/6107 (YKD Ocak 2001),17.HD 15.2.2001 672/638
	(YKD Mayıs 2001), 17.HD 26.2.2001 698/886 (YKD Haziran 2001), 16.HD 20.3.2001 627/1043 (YKD Aralık 2001), 1.HD 9.4.2001 3741/4242 (YKD Ocak 2002), 17.HD 25.6.2001 5836/4338 (YKD Nisan 2002), 1.HD 7.11.2001 10935/11859 (YKD Ocak 2003), 6.HD 21.1.2002 01-9958/174 (YKD Eylül 2002), 16.HD 12.2.2002 100/1034 (YKD Haziran 2002), 20.HD 12.3.2002 1314/2068 (YKD Haziran 2002), 1.HD 20.3.2002 2765/3639 (YKD Nisan 2003), 2.HD 21.3.2002 3041/4000 (YKD Temmuz 2002), 20.HD 18.4.2002 761/3737 (YKD Kasım 2002), 20.HD 10.6.2002 4092/5675 (YKD Ocak 2003), 3.HD 4.3.2003 1941/2097 (YKD Haziran 2003), 7.HD 15.9.2003 1690/2368 (YKD Ekim 2003).
HUMK 238	HGK 5.7.2000 2-1072/1124 (Meydan/Yapal,1730), 11.HD 13.6.2000 2154/5469 (YKD Ekim 2000), 11.HD 2.2.2001 00-8055/721 (YKD Temmuz 2001), 9.HD 23.6.2003 828/11783 (YKD Kasım 2003).
HUMK 240	HGK 26.9.2001 5-594/625 (Meydan/Yapal, 2216), 4.HD 21.10.2002 7557/11840 (YKD Nisan 2003), 9.HD 23.6.2003 828/11783 (YKD Kasım 2003).
HUMK 242	HGK 15.11.2000 2-1677/1691 (Meydan/Yapal,1834), HGK 24.10.2001 4-962/750 (Meydan/Yapal, 2311).
HUMK 245	HGK 28.2.2001 21-229/207 (Meydan/Yapal,1992), 2.HD 17.10.2000 9050/12427 (YKD Şubat 2001).
HUMK 250	2.HD 12.3.2001 2269/3659 (YKD Mart 2002).
HUMK 253	HGK 3.5.2000 2-828/866 (Meydan/Yapal,1633), 2.HD 7.3.2002 1947/3096 (YKD Eylül 2002).
HUMK 254	HGK 25.4.2001 2-383/402 (Meydan/Yapal,2063).
HUMK 258	4.HD 21.5.2001 1669/5339 (YKD Kasım 2001).
HUMK 266	2.HD 17.10.2000 9050/12427 (YKD Şubat 2001),

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 274	8.HD 7.3.2000 99-8231/1962 (YKD Temmuz 2000).
HUMK 275	HGK 19.9.2001 9-570/592 (Meydan/Yapal, 2190), HGK 1.5.2002 4-350/354 (YKD,Kasım,2002), 8.HD 24.2.2000 874/1547 (YKD Haziran 2000), 15.HD 19.3.2000 99-5061/1432 (YKD Temmuz 2000), 1.HD 27.3.2000 2868/3242 (YKD Eylül 2000), 9.HD 30.3.2000 874/4184 (YKD Mart 2002), 10.HD 11.4.2000 2651/2307 (YKD Temmuz 2000), 1.HD 26.4.2000 4572/4946 (YKD Temmuz 2000), 19.HD 2.5.2000 758/3400 (YKD Ocak 2001), 18.HD 16.5.2000 3663/5990 (YKD Kasım 2000), 15.HD 18.5.2000 157/2444 (YKD Aralık 2000), 20.HD 22.5.2000 4443/4692 (YKD Ekim 2000), 1.HD 22.5.2000 6278/6497 (YKD Ocak 2001), 11.HD 19.6.2000 4618/5754 (YKD Şubat 2001), 18.HD 2.10.2000 9592/9738 (YKD Ocak 2001), 19.HD 19.10.2000 5995/6934 (YKD Kasım 2001), 13.HD 20.10.2000 7799/8827 (YKD Mart 2001), 13.HD 31.10.2000 8716/9376 (YKD Şubat 2001), 13.HD 6.11.2000 8590/9569 (YKD Nisan 2001), 21.HD 13.11.2000 7748/7857 (YKD Eylül 2001),
	13.HD 14.11.2000,10283/9948 (YKD Mayıs 2001), 19.HD 17.11.2000 5571/7900 (YKD Ekim 2001), 11.HD 27.11.2000 7859/9303 (YKD Temmuz 2001), 12.HD 5.12.2000 18458/19151 (YKD Mart 2002), 19.HD 2.2.2001 00-6949/792 (YKD Ocak 2002), 12.HD 20.3.2001 3860/4709 (YKD Ocak 2002), 19.HD 26.3.2001 00-7357/2155 (YKD Mayıs 2002), 19.HD 20.4.2001 00-8519/3068 (YKD Nisan 2003), 16.HD 8.5.2001 1064/2547 (YKD Ocak 2002), 17.HD 10.5.2001 2066/2838 (YKD Aralık 2001), 1.HD 27.2.2002 1764/2408 (YKD Mayıs 2003), 20.HD 16.4.2002 1480/3626 (YKD Aralık 2002), 15.HD 3.10.2002 1785/4393 (YKD Temmuz 2003), 15.HD 7.10.2002 2330/4443 (YKD Temmuz 2003), 5.HD 10.10.2002 13604/17782 (YKD Haziran 2003), 9.HD 5.2.2003 02-13633/1443 (YKD Ağustos 2003), 3.HD 22.4.2003 4775/4849 (YKD Kasım 2003).
HUMK 276	13.HD 6.4.2000 2222/3139 (YKD Ağustos 2000).
HUMK 283	1.HD 26.4.2000 4572/4946 (YKD Temmuz 2000), 20.HD 22.5.2000 4443/4692 (YKD Ekim 2000), 20.HD 16.4.2002 1480/3626 (YKD Aralık 2002), 15.HD 7.10.2002 2330/4443 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 284	15.HD 24.4.2000 99-4706/1964 (YKD Kasım 2000), 18.HD 16.5.2000 3663/5990 (YKD Kasım 2000), 15.HD 7.10.2002 2330/4443 (YKD Temmuz 2003), 4.HD 6.11.2002 7810/12411 (YKD Nisan 2003).
HUMK 285	HGK 20.12.2000 13-1839/1849 (Meydan/Yapal, 1898).
HUMK 286	13.HD 6.4.2000 2222/3139 (YKD Ağustos 2000).
HUMK 287	11.HD 24.11.2000 9633/9263 (YKD Mart 2001), 21.HD 13.11.2000 7136/7831 (YKD Mart 2002).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 288	HGK 23.2.2000 11-125/130 (Meydan/Yapal, 1527), HGK 13.12.2000 13-1789/1789 (Meydan/Yapal,1882), HGK 20.6.2001 21-513/531 (Meydan/Yapal, 2140), HGK 27.6.2001 21-536/550 (Meydan/Yapal, 2158), 1.HD 12.6.2000 8865/9517 (YKD Kasım 2000), 19.HD 8.12.2000 5826/8492 (YKD Ekim 2001), 19.HD 2.3.2001 00-7246/1674 (YKD Mayıs 2002), 15.HD 21.3.2001 726/1410 (YKD Ocak 2002), 13.HD 25.9.2001 7128/8275 (YKD Ocak 2002), 13.HD 1.10.2002 7949/9957 (YKD Ekim 2003).
HUMK 289	19.HD 19.4.2001 00-8271/3027 (YKD Nisan 2003), 13.HD 1.10.2002 7949/9957 (YKD Ekim 2003).
HUMK 290	HGK 23.2.2000 11-125/130 (Meydan/Yapal, 1527), HGK 26.4.2000 2-284/817 (Meydan/Yapal,1606), 8.HD 21.2.2000 1239/1437 (YKD Eylül 2000), 19.HD 29.1.2001 00-6924/665 (YKD Aralık 2001), 19.HD 19.4.2001 00-8271/3027 (YKD Nisan 2003), 19.HD 28.5.2001 228/4107 (YKD Haziran 2002), 19.HD 2.3.2001 00-7205/1668 (YKD Temmuz 2002), 13.HD 4.2.2002 01-11589/996 (YKD Ekim 2002).
HUMK 292	HGK 2.2.2000 14-55/48 (Meydan/Yapal, 1475), HGK 19.9.2001 13-550/596 (Meydan/Yapal, 2191), 7.HD 18.6.2001 3950/4154 (YKD Eylül 2001), 19.HD 9.10.2001 7084/6341 (YKD Eylül 2002), 19.HD 23.10.2001 2194/6754 (YKD Kasım 2002).
HUMK 293	HGK 26.4.2000 2-284/817 (Meydan/Yapal,1606), HGK 7.6.2000 2-959/972 (YKD,Mart,2001), 9.HD 13.12.2000 13464/18865 (YKD Temmuz 2001), 13.HD 25.9.2001 7128/8275 (YKD Ocak 2002).
HUMK 295	19.HD 18.1.2001 00-6236/300 (YKD Ocak 2002), 4.HD 19.3.2001 00-12073/2587 (YKD Ekim 2001), 4.HD 12.4.2001 00-12669/3722 (YKD Mayıs 2002).
HUMK 297	16.HD 7.2.2001 00-4717/361 (YKD Haziran 2001), 12.HD 20.3.2001 3868/4717 (YKD Temmuz 2001).
HUMK 298	12.HD 5.12.2000 18436/19130 (YKD Ağustos 2001).
HUMK 299	HGK 21.6.2000 21-1012/1071 (Meydan/Yapal,1717), 4.HD 14.4.2003 02-14359/4658 (YKD Ağustos 2003).
HUMK 308	3.HD 29.5.2000 4885/5011 (YKD,Aralık,2000).
HUMK 309	3.HD 29.5.2000 4885/5011 (YKD,Aralık,2000).
HUMK 314	15.HD 22.5.2000 573/2470 (YKD Ocak 2001).
HUMK 315	15.HD 22.5.2000 573/2470 (YKD Ocak 2001).
HUMK 326	14.HD 30.11.2001 7808/8353 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 331	14.HD 30.11.2001 7808/8353 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 337	HGK 23.2.2000 11-125/130 (Meydan/Yapal, 1527), HGK 13.12.2000 13-1789/1789 (Meydan/Yapal,1882), 19.HD 19.4.2001 00-8271/3027 (YKD Nisan 2003).
HUMK 340	9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).
HUMK 341	9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).
HUMK 342	9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).
HUMK 343	9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 344	4.HD 21.5.2001 1669/5339 (YKD Kasım 2001), 13.HD 4.2.2002 01-11589/996 (YKD Ekim 2002), 13.HD 7.6.2002 2840/6822 (YKD Nisan 2003), 9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).
HUMK 345	9.HD 28.1.2003 02-25756/793 (YKD Ekim 2003).
HUMK 355	19.HD 26.10.2001 3048/6860 (YKD Kasım 2002).
HUMK 362	19.HD 19.4.2001 00-8271/3027 (YKD Nisan 2003), 13.HD 4.2.2002 01-11589/996 (YKD Ekim 2002).
HUMK 363	1.HD 4.12.2000 14937/15203 (YKD Ağustos 2001), 16.HD 19.11.2001 9129/8520 (YKD Mayıs 2002), 16.HD 20.6.2003 6501/6292 (YKD Kasım 2003).
HUMK 364	16.HD 20.6.2003 6501/6292 (YKD Kasım 2003).
HUMK 368	15.HD 14.4.2003 02-5839/1919 (YKD Ekim 2003).
HUMK 374	15.HD 14.4.2003 02-5839/1919 (YKD Ekim 2003).
HUMK 381	HGK 20.6.2001 4-535/537 (Meydan/Yapal, 2146), HGK 20.6.2001 5-555/539 (Meydan/Yapal, 2150), 21.HD 17.4.2000 2878/3016 (YKD Ekim 2000).
HUMK 382	5.HD 19.6.2003 6533/8509 (YKD Eylül 2003), 5.HD 26.6.2003 5428/8819 (YKD Eylül 2003).
HUMK 388	HGK 16.2.2000 21-137/102 (Meydan/Yapal, 1510), HGK 1.11.2000 10-1608/1592 (Meydan/Yapal, 1813), HGK 20.12.2000 19-1774/1817 (Meydan/Yapal, 1894), HGK 21.2.2001 15-123/181 (Meydan/Yapal, 1972), HGK 21.2.2001 7-234/196 (Meydan/Yapal, 1981), HGK 20.6.2001 4-535/537 (Meydan/Yapal, 2146), HGK 20.6.2001 5-555/539 (Meydan/Yapal, 2150), 15.HD 8.3.2000 829/1121 (YKD Ekim 2000), 21.HD 17.4.2000 2878/3016 (YKD Ekim 2000), 18.HD 20.11.2000 11734/12463 (YKD Nisan 2001), 3.HD 18.1.2001 00-11986/144 (YKD Eylül 2001), 17.HD 10.7.2001 1641/4927 (YKD Şubat 2002), 1.HD 26.9.2001 9100/9736 (YKD Nisan 2002), 11.HD 22.10.2001 5020/8116 (YKD Mayıs 2002), 4.HD 29.11.2001 7735/11981 (YKD Haziran 2002), 15.HD 31.1.2002 01-4351/454 (YKD Ekim 2002), 15.HD 11.4.2002 1331/1777 (YKD Ocak 2003), 20.HD 16.4.2002 1480/3626 (YKD Aralık 2002), 3.HD 22.4.2003 4775/4849 (YKD Kasım 2003), 5.HD 19.6.2003 6533/8509 (YKD Eylül 2003), 5.HD 26.6.2003 5428/8819 (YKD Eylül 2003).
HUMK 409	HGK 14.6.2000 19-936/999 (Meydan/Yapal, 1682), HGK 7.2.2001 20-100/108 (Meydan/Yapal, 1942), HGK 2.4.2003 19-265/267 (YKD, Temmuz, 2003), 8.HD 28.2.2000 1467/1678 (YKD Ağustos 2000), 15.HD 1.5.2000 1756/2123 (YKD Ekim 2000), 16.HD 12.6.2000 2634/2552 (YKD Şubat 2001), 16.HD 3.7.2000 2852/2886 (YKD Mart 2001), 5.HD 20.10.2000 16524/15910 (YKD Ocak 2001), 4.HD 30.10.2000 6360/9346 (YKD Şubat 2001), 16.HD 16.11.2000 4715/4461 (YKD Ocak 2001), 7.HD 15.1.2001 00-6068/18 (YKD Mart 2001), 19.HD 7.2.2001 750/994 (YKD Nisan 2002), 11.HD 19.2.2001 00-10289/1422 (YKD Ağustos 2001), 8.HD 30.4.2001 3562/3449 (YKD Temmuz 2001), 19.HD 1.11.2001 4679/6959 (YKD Ocak 2003), 11.HD 15.11.2002 9285/10427 (YKD Mart 2003), 21.HD 24.12.2002 9551/11116 (YKD Haziran 2003), 4.HD 28.5.2003 1530/7080 (YKD Kasım 2003).

HUMK 413	17.HD 10.5.2000 2323/2320 (YKD Ekim 2000), 5.HD 19.9.2000 11931/13061 (YKD Aralık 2000), 19.HD 2.11.2000 6699/7392 (YKD Ağustos 2001), 4.HD 5.12.2000 10156/10394 (YKD Nisan 2001), 10.HD 17.9.2002 5311/6401 (YKD Ocak 2003).
HUMK 414	4.HD 6.11.2002 7810/12411 (YKD Nisan 2003), 19.HD 26.5.2003 2169/5420 (YKD Ekim 2003).
HUMK 415	17.HD 23.11.2000 5401/ 5359 (YKD Ocak 2001), 21.HD 25.1.2001 00-9203/205 (YKD Eylül 2001), 17.HD 29.3.2001 00-1121/1309 (YKD Kasım 2002).
HUMK 416	19.HD 26.5.2003 2169/5420 (YKD Ekim 2003),
HUMK 417	HGK 14.2.2001 6-102/154 (Meydan/Yapal,1963), 19.HD 26.5.2003 2169/5420 (YKD Ekim 2003).
HUMK 423	HGK 18.10.2000 14-1290/1310 (Meydan/Yapal, 1798).
HUMK 427	HGK 26.9.2001 2-628/634 (Meydan/Yapal, 2229), HGK 22.10.2002 11-633/847 (YKD Şubat 2003), 1.HD 7.2.2000 1465/1070 (YKD Kasım 2000), 4.HD 6.12.2001 12113/12302 (YKD Haziran 2002), 1.HD 12.12.2002 13589/14189 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 428	HGK 26.9.2001 5-594/625 (Meydan/Yapal, 2216), 19.HD 25.5.2000 2166/3955 (YKD Şubat 2001), 1.HD 12.12.2002 13589/14189 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 429	HGK 29.11.2000 9-1657/1745 (Meydan/Yapal,1858), HGK 21.2.2001 15-123/181 (Meydan/Yapal,1972), HGK 21.2.2001 7-234/196 (Meydan/Yapal,1981), HGK 27.6.2001 6-553/562 (Meydan/Yapal, 2163), HGK 19.9.2001 4-492/604 (Meydan/Yapal, 2196), HGK 26.2.2003 21-270/188 (YKD Haziran 2003), 1.HD 7.2.2000 1465/1070 (YKD Kasım 2000), 8.HD 7.3.2000 99-8231/1962 (YKD Temmuz 2000), 17.HD 1.5.2000 2055/2069 (YKD Ağustos 2000), 16.HD 16.11.2000 4715/4461 (YKD Ocak 2001), 16.HD 7.2.2001 208/391 (YKD Temmuz 2001), 13.HD 26.10.2001 7467/9682 (YKD Mayıs 2002), 20.HD 18.4.2002 1335/3750 (YKD Şubat 2003), 16.HD 29.4.2002 2123/3467 (YKD Ekim 2002), 7.HD 20.9.2002 1795/4523 (YKD Kasım 2002), 1.HD 12.12.2002 13589/14189 (YKD Temmuz 2003).
HUMK 430	9.HD 12.12.2000 13999/18684 (YKD Eylül 2001).
HUMK 432	HGK 9.2.2000 19-123/78 (Meydan/Yapal, 1489).
HUMK 433	11.HD 29.3.2001 143/2548 (YKD Ağustos 2001).
HUMK 434	HGK 9.2.2000 3-93/91 (Meydan/Yapal, 1501), HGK 10.10.2001 2-924/683 (Meydan/Yapal, 2259), HGK 1.5.2002 4-350/354 (YKD Kasım 2002), HGK 22.1.2003 11-10/19 (YKD Mayıs 2003), 2.HD 7.2.2000 747/1334 (YKD Eylül 2000), 2.HD 25.1.2001 00-15718/1216 (YKD Temmuz 2001), 2.HD 8.5.2001 6115/7783 (YKD Eylül 2001), 21.HD 12.6.2001 4524/4692 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 437	HGK 9.2.2000 3-93/91 (Meydan/Yapal, 1501), 19.HD 11.2.2000 99-7403/873 (YKD Temmuz 2000),
HUMK 438	HGK 27.6.2001 6-553/562 (Meydan/Yapal, 2163).
HUMK 440	HGK 14.2.2001 4-101/155 (Meydan/Yapal,1964).
HUMK 442	HGK 20.9.2000 18-1125/1142 (Meydan/Yapal,1737).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

HUMK 443	HGK 21.6.2000 12-560/1062 (Meydan/Yapal,1707), HGK 30.5.2001 12-423/456 (Meydan/Yapal, 2106), 12.HD 24.1.2000 99-17775/626 (YKD Kasım 2000), 11.HD 12.9.2000 7323/6448 (YKD Ekim 2000), 12.HD 19.3.2001 3806/4550 (YKD Ocak 2002), 12.HD 30.3.2001 4594/5463 (YKD Ekim 2001), 12.HD 21.3.2002 4638/5698 (YKD Kasım 2002).
HUMK 445	HGK 8.5.2002 5-373/387 (YKD Kasım 2002), 12.HD 13.6.2000 8866/9783 (YKD Mart 2001), 18.HD 14.11.2000 10025/12183 (YKD Mart 2001), 19.HD 12.3.2001 00-7240/1709 (YKD Mayıs 2002), 20.HD 14.3.2002 00-10904/2198 (YKD Haziran 2002).
HUMK 448	3.HD 30.1.2001 387/876 (YKD Mayıs 2001).
HUMK 455	1.HD 22.11.2000 14159/14593 (YKD Haziran 2001), 21.HD 26.10.2000 6983/7276 (YKD Haziran 2001), 4.HD 6.12.2001 12113/12302 (YKD Haziran 2002), 1.HD 12.3.2003 1978/2728 (YKD Kasım 2003).
HUMK 456	17.HD 10.7.2001 1641/4927 (YKD Şubat 2002).
HUMK 473	10.HD 10.2.2000 99-9526/645 (YKD Kasım 2000).
HUMK 503	21.HD 19.9.2000 5467/5841 (YKD Ocak 2002).
HUMK 509	3.HD 25.1.2001 58/629 (YKD Haziran 2001).
HUMK 516	19.HD 24.2.2000 99-7119/1342 (YKD Temmuz 2000), 19.HD 19.4.2000 2591/2974 (YKD Kasım 2000), 15.HD 31.10.2001 4349/4896 (YKD Haziran 2002), 11.HD 17.6.2002 2437/6223 (YKD Haziran 2003), 15.HD 23.9.2002 4321/4067 (YKD Haziran 2003), 19.HD 24.10.2002 7495/6932 (YKD Mart 2003), 11.HD 31.3.2003 1050/3012 (YKD Kasım 2003).
HUMK 517	15.HD 23.9.2002 4321/4067 (YKD Haziran 2003).
HUMK 518	15.HD 23.9.2002 4321/4067 (YKD Haziran 2003).
HUMK 519	11.HD 17.6.2002 5228/6260 (YKD Ocak 2003).
HUMK 521	19.HD 2.3.2001 00-7205/1668 (YKD Temmuz 2002).
HUMK 536	11.HD 17.6.2002 2437/6223 (YKD Haziran 2003).
HUMK 540	HGK 21.6.2000 2-105/1068 (Meydan/Yapal,1708).
HUMK 567	6.HD 21.2.2002 01-9905/74 (YKD Mayıs 2002).
HUMK 569	6.HD 18.3.2002 1710/1859 (YKD Ekim 2002), 6.HD 14.11.2002 6885/7232 (YKD Şubat 2003), 6.HD 17.12.2002 7600/7949 (YKD Mart 2003).
HUMK 570	6.HD 14.11.2002 6885/7232 (YKD Şubat 2003).
HUMK 571	6.HD 14.11.2002 6885/7232 (YKD Şubat 2003).
HUMK 573	HGK 11.4.2001 4-332/351 (Meydan/Yapal,2051).
Kadastro Kanunu 25	1.HD 22.3.2000 2943/3011 (YKD Eylül 2000), 7.HD 12.10.2000 4104/4495 (YKD Aralık 2000), 16.HD 24.11.2000 4398/4560 (YKD Şubat 2001), 17.HD 25.3.2002 1933/1768 (YKD Temmuz 2002), 20.HD 17.9.2002 6560/6784 (YKD Mayıs 2003).

Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

Kadastro Kanunu 26	HGK 14.6.2000 20-976/1044 (Meydan/Yapal,1692), HGK 13.12.2000 2-1785/1787 (Meydan/Yapal,1878), HGK 16.5.2001 20-401/416 (Meydan/Yapal, 2079), 16.HD 7.3.2000 1/1027 (YKD Eylül 2000), 21.HD 11.5.2000 3226/4403 (YKD Ağustos 2000), 7.HD 6.11.2001 3293/7904 (YKD Şubat 2002), 20.HD 21.1.2002 01-9238/53 (YKD Ağustos 2002), 16.HD 26.12.2002 12908/13049 (YKD Mart 2003), 20.HD 15.10.2002 6155/8129 (YKD Ekim 2003), 17.HD 15.9.2003 9429/8016 (YKD Kasım 2003).
Kadastro Kanunu 27	16.HD 13.6.2000 2277/2595 (YKD Nisan 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4967/ 363 (YKD Ağustos 2001), 20.HD 2.4.2001 2030/2580 (YKD Ağustos 2001), 16.HD 16.4.2002 2596/3112 (YKD Kasım 2002), 16.HD 24.1.2003 02-13377/96 (YKD Eylül 2003), 16.HD 20.6.2003 6501/6292 (YKD Kasım 2003).
Kadastro Kanunu 28	HGK 21.6.2000 20-1010/1075 (Meydan/Yapal,1718), 16.HD 12.6.2000 2634/2552 (YKD Şubat 2001), 17.HD 10.7.2000 3413/3444 (YKD Kasım 2000), 16.HD 16.11.2000 4715/4461 (YKD Ocak 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4967/ 363 (YKD Ağustos 2001), 17.HD 15.2.2001 672/638 (YKD Mayıs 2001), 17.HD 10.5.2001 2066/2838 (YKD Aralık 2001).
Kadastro Kanunu 29	17.HD 16.4.2001 1816/1795 (YKD Şubat 2003), 17.HD 4.4.2002 1862/2275 (YKD Ağustos 2002), 8.HD 14.4.2003 2180/2502 (YKD Temmuz 2003).
Kadastro Kanunu 30	8.HD 24.2.2000 874/1547 (YKD Haziran 2000), 7.HD 29.6.2000 3076/3284 (YKD Kasım 2000), 16.HD 3.7.2000 2852/2886 (YKD Mart 2001), 16.HD 22.1.2001 00-4446/1 (YKD Mayıs 2001), 17.HD 26.2.2001 698/886 (YKD Haziran 2001), 17.HD 13.4.2001 773/1773 (YKD Eylül 2001), 16.HD 8.5.2001 1064/2547 (YKD Ocak 2002), 16.HD 18.6.2001 3289/3636 (YKD Şubat 2002), 16.HD 20.11.2001 8881/8525 (YKD Mart 2002), 16.HD 21.1.2002 36/20 (YKD Eylül 2002), 16.HD 31.1.2002 554/330 (YKD Temmuz 2002), 16.HD 12.2.2002 100/1034 (YKD Haziran 2002), 16.HD 29.4.2002 2123/3467 (YKD Ekim 2002), 16.HD 27.6.2002 7741/7757 (YKD Mart 2003), 7.HD 20.9.2002 1795/4523 (YKD Kasım 2002), 16.HD 26.12.2002 12908/13049 (YKD Mart 2003), 16.HD 23.1.2003 02-13159/69 (YKD Temmuz 2003), 17.HD 4.6.2003 6848/5355 (YKD Ekim 2003).
Kadastro Kanunu 31	17.HD 10.5.2000 2323/2320 (YKD Ekim 2000), 16.HD 31.1.2002 554/330 (YKD Temmuz 2002), 8.HD 12.6.2003 4044/4358 (YKD Kasım 2003)
Kadastro Kanunu 36	17.HD 23.11.2000 5401/ 5359 (YKD Ocak 2001).
Orman Kanunu 1	8.HD 24.2.2000 874/1547 (YKD Haziran 2000), 20.HD 22.5.2000 4443/4692 (YKD Ekim 2000), 16.HD 20.3.2001 627/1043 (YKD Aralık 2001), 20.HD 21.1.2002 01-9238/53 (YKD Ağustos 2002), 20.HD 10.6.2002 4092/5675 (YKD Ocak 2003).

Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı

ALİ CEM
BUDAK'IN
TEBLİĞİ

Orman Kanunu 11	HGK 19.9.2001 20-600/606 (Meydan/Yapal, 2199), 20.HD 12.6.2000 5201/5575 (YKD Ekim 2000), 20.HD 20.11.2000 8746/9551 (YKD Şubat 2001), 20.HD 23.11.2000 9580/9747 (YKD Ocak 2001), 20.HD 30.9.2002 5876/7403 (YKD Haziran 2003), 20.HD 15.10.2002 6155/8129 (YKD Ekim 2003).
İş Mahkemeleri Kanunu 1	HGK 26.2.2003 21-95/113 (YKD, Eylül 2003), 9.HD 30.3.2000 526/4176 (YKD Aralık 2000), 5.HD 21.12.2000 19273/19481 (YKD Haziran 2001), 21.HD 5.7.2001 5268/5325 (YKD Mayıs 2002), 9.HD 17.1.2002 00-20688/325 (YKD Haziran 2002), 9.HD 18.2.2002 3486/2869 (YKD Temmuz 2002), 9.HD 9.7.2003 1888/13058 (YKD Kasım 2003).
İş Mahkemeleri Kanunu 5	9.HD 9.3.2000 104/2871 (YKD Şubat 2001), 9.HD 17.1.2002 00-20688/325 (YKD Haziran 2002), 9.HD 23.6.2003 11081/11772 (YKD Kasım 2003).
Kadastro Kanunu 15	16.HD 13.11.2000 4577/4404 (YKD Mayıs 2001), 16.HD 7.2.2001 00-4717/361 (YKD Haziran 2001), 7.HD 18.6.2001 3950/4154 (YKD Eylül 2001).
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 1	11.HD 18.1.2001 00-10656/197 (YKD Haziran 2001), 11.HD 17.12.2001 9065/9636 (YKD Mart 2002), 11.HD 14.1.2002 01-7701/244 (YKD Haziran 2002).
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 2	11.HD 18.1.2001 00-10656/197 (YKD Haziran 2001).
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3	15.HD 9.4.2002 01-5915/1689 (YKD Eylül 2002).
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 23	11.HD 21.2.2002 01-8035/325 (YKD Mayıs 2002).
FSEK 60	11.HD 11.11.2002 5518/10209 (YKD Mart 2003).
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu 20	4.HD 24.2.2003 633/1701 (YKD Temmuz 2003).
Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûl-leri Hakkında Kanun 1	20.HD 19.9.2003 7056/5664 (YKD Aralık 2003).

İKİNCİ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Ali Cem Budak.

Yarım saat geç başladık; ama Sayın Budak 45 dakikada bildirisini sundu. Şimdi soru-cevap ve tartışma bölümüne geçeceğiz. Ama, vaktimiz var sayılır; öğleden sonraya biraz taşmak suretiyle. Kesin süre 5 dakika olmak üzere bir ara vermek istiyorum. Ondan sonra soru-cevap ve tartışma bölümüne geçeceğiz.

Bakın Hakan Bey aldı sözü; birinci koltuğa oturdu. Söz almak isteyenler kırmızı koltuklara otursunlar, sol tarafa ve kendi kendilerine hemen o sıra dahilinde vakit kaybetmemek için görüşlerini bildirsinler.

Buyurun Sayın Pekcanitez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum Hocam.

Ben, özellikle bu "*şarta bağlı hüküm*" başlığı altında incelenen Yargıtay kararlarıyla ilgili söz aldım.

Söz almama neden, birincisi, bu kararlarla ilgili "*şarta bağlı hüküm*" denilmesi. Benim, bu kararları okuduktan sonra gördüğüm, aslında burada her iki kararda da şarta bağlı bir hükmün olmadığı. Çünkü, her iki kararda da, 163. maddeye göre süre verilmesini ilişkin bir düzenleme var. 163. maddede

TARTIŞMALAR

kesin süre verilmesi hâlinde; bu kesin sürenin acaba sonuçlarının da hatırlatılması gerekir mi, gerekmez mi konusunda bu iki karar.

Nitekim Yargıtay'ın daha önceki kararlarında "keşif"le ilgili, yani Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 414. maddesiyle ilgili böyle bir yorumu söz konusu idi. Nitekim Yargıtay bu kararlarında, 414. maddeye göre, keşifle ilgili hâkim karar verdiğinde, eğer verdiği süre ikinci süre ise, bu ikinci sürede mutlaka keşif bedelinin yatırılmamasının sonucunun tarafa ihtaren bildirilmesi gerekiyor idi. Eğer bu ihtaren bildirilmemiş ise, o zaman bu ikinci verilen süreyi de Yargıtay kesin süre kabul etmiyor idi. 414. maddeyi tanıkla ilgili ve bilirkişiyle ilgili konularda da aynen uygulamak mümkün.

Burada da Yargıtay'ın bu görüşüne uygun 163. maddeyle ilgili uygulamasından söz ettiğini görüyoruz, ki bana göre biraz usul hukukunun sosyalleştirilmesi ve hukuku bilmeyen kişilere, bu sürenin geçirilmesi sebebiyle doğacak ağır sonuçların bildirilmesi amacıyla bu uygulamanın ben isabetli olduğu kanasındayım. Ama, bana göre burada şarta bağlı bir hüküm yok. Çünkü, burada sadece ve sadece mahkemenin bir hükmü değil, ara kararı var. O ara kararında da, 163'a göre süre veriyor ve bu süre içinde gereği yerine getirilmez ise sonuçlarının tarafa bildirilmesinden söz ediyor. Ama, şarta bağlı hükümle ilgili ben, Sayın Ali Cem Budak'ın bizim uygulamamızdan ve doktrinden söz ederken, kural olarak, genel olarak şarta bağlı hüküm verilmeyeceği konusunda hem doktrinde, hem de Yargıtay kararlarında büyük bir çoğunluğun bu görüşte olduğundan söz etti.

Doğru, ancak, bu arada, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde, şarta bağlı hüküm verilmesine ilişkin çok enteresan bir düzenleme getirildi. Bu hüküm, belli ölçüde şarta bağlı hüküm vermeyi de mümkün hâle getiriyor. Ama, ben bu konuda daha fazla açıklama yapmayacağım, çünkü kırmızı koltukta ikinci sırayı alan Sayın Özkes bu konuyla ilgili bir makale yazdı, onun bu konuya değineceğini biliyorum, o yüzden burada bu konudaki söyleyeceklerimi bitiriyorum.

Güzel sunum ve anlatımdan ötürü de Ali Cem Budak'a teşekkür ediyorum

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz Sayın Pekanitez. Buyurun Sayın Özekes.

Yrd. Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Efendim, bir hususu belirtmek istiyorum. Bu hususta Hocam bana topu attı, o konuda açıklama yapmak istiyorum.

Özel mahkemelerin göreviyle ilgili Ali Cem Bey, daha çok bunlar istisnaidir, o şekilde yorumlamak gerekir noktasından hareket etti. Ben bir de, şu hususun da dikkate alınması her hâlde uygun olur diye düşünüyorum: Özel mahkemeler ihtisas mahkemeleridir, ihtisas mahkemeleri oldukları için, o konudaki ihtisasa giren bütün hususları mümkün olduğunca kendilerinin incelemesinde fayda vardır. Yani, özel mahkemenin alanına giren bir hususu o mahkemenin görev alanı içinde düşünmek gerekir.

Bir de, son verdikleri Baro pullarıyla ilgili kararda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şöyle bir yorum yapmış: Diyor ki, "*mahkeme, aynı zamanda vekili de yanılmıştır, dolayısıyla bu çerçevede de hareket edilmesi gerekir*". Son yapmış olduğum çalışmada "*hukuki dinlenme hakkı*" üzerinde durduğum için, hukuki dinlenme hakkının önemli unsurlarından bir tanesi de, mahkemenin tarafları, vekilleri yanılıcı davranışa girmemesidir. Bu sebeple, tabii ki, eğer mahkeme vekili yanılmışsa, bunun da sonuçlarına tarafın veya vekilin değil, mahkemenin katlanmış olması ve tarafların aleyhine bir sonuç doğmaması gerekir.

Son olarak iş yargulamasıyla, daha doğrusu iş güvencesi çerçevesinde, bizim kanunumuza yeni giren hükümler içerisinde bir hükme değinmek istiyorum. Buna göre, eğer, geçerli bir sebebe dayanmadan işçinin iş akdi feshedilirse, mahkemeye başvurabilir. Bu durumda öncelikle mahkeme, işçinin işe iadesi için bir karar verecektir. Bu karar normalde bir eda hükmü aslında; çünkü işe iade şeklinde bir emir içeriyor. Fakat, bu eda hükmünü diğer eda hükümlerinden ayıran bir özellik var.

TARTIŞMALAR

Hükmün icrası mümkün değil; zira, hükme bağlı olarak işveren işçiyi işe iade etmezse, mahkeme o zaman da, işverenin ödeyeceği tazminatı da belirlemekte. Burada öncelikle asıl hüküm eda hükmü, fakat icrası mümkün değil, bir noktada şarta bağlı; ikinci kısım, yani tazminata ilişkin kısım eda hükmü şeklinde değil, tespit hükmü. Çünkü kanun diyor ki, "ödenek tazminatı belirlir". Sadece belirlemeyle yetinildiği için bu kısmın ilâmlı icra yoluyla icrası mümkün değil.

Burada Hocamın dediği gibi, şöyle bir durum karşımıza çıkmakta: Acaba bu şarta bağlı bir hüküm müdür gerçek anlamda? Çünkü, eğer işçi işe iade edilmez ise, o durumda işveren tazminat ödeme yükümlülüğü altında. Fakat, bu hükmün bu bölümü de bir tespit hükmü. Ayrıca, bu İş Kanunu'yla ilgili hükmün bir özel tarafı daha var. Kanun diyor ki, "Yargıtay bu konudaki, yani işe iade ile ilgili hususları kesin olarak karara bağlar". Ve son çıkan, benim elime geçen dört tane Tire Asliye Hukuk Mahkemesi'nden geçen, Yargıtay'ın da onadığı veya kısmen bozduğu kararlar var. Orada Yargıtay, yerel mahkeme yerine geçerek yeniden hüküm tesis etmektedir ve hükümde de şöyle diyor:

Kararlar yanıtında olmadığı için tam olarak hatırlayamayabilirim, "işçinin işe iadesine, eğer işçi işe iade edilmeyecek ise, o zaman şu kadar tazminatın belirlenmesine." Şimdi sorun şu: Elimizde böyle hüküm var ve işçiyiz. Gittik işverene, beni işe iade et dedik. İşveren işçiyi işe iade etmedi. Ben işçi olarak ne yapacağım? İşe iade edilmiyorum. Bu durumda tazminat devreye girecek. Ancak o kısım da bir tespit hükmü niteliğinde, icra dairesine başvurup "ilâmlı icra" yoluna da başvuramıyorum. Burada özet olarak şunu söylemek istiyorum: Belki şarta bağlı hüküm konusunu yeniden gözden geçirmemiz, yeniden bir değerlendirme yapmamız gerekebilir. Bu çerçevede de Usûl Kanunumuz ve İcra İflâs Kanunumuzu, şarta bağlı hükümlerin durumunu yeniden dikkate alacak şekilde de düzenlememizde fayda var.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz. Buyurun.

Av. Şefik HAYDAR: Sayın tebliğ sunan Hocamız, her hâlde vakit darlığından ... konuda görüşünü söylemedi. Benim de zaten dikkatimi çekmişti. 22 Ocak 2002'de yayınlanan Hukuk Genel Kurulu'nda "giderler" konusundaki bu karar daha evvel dikkatimi çekmişti ve onun üzerinde düşünmüştüm. Acaba bu konuda sayın tebliğ sunucunun fikri nedir?

Somut olayda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını aynen okuyorum: "*Mahkemece davalı vekiline çıkartılan muhtırada eksik giderlerin tamamlanması değil, gönderilmesi istenilmiş, böylece yasanın aradığı biçimde ihtar yapılmamıştır*"; özet olarak bu.

Karımca, eksik giderlerle gönderilmesi arasında anlam bakımından hiçbir fark yok. Yani bunu, belki avukat olarak bizim aleyhimize, ama bir avukat bu muhtırayı aldığı zaman giderlerin gönderilmesi gerektiğine inanır. Acaba, bu bir zorlama karar mıdır? Yani benim kanaatim o şekilde. Çünkü, bu takip edildiği takdirde, bu şekilde kabul edildiği takdirde, bu defa kelimelerle oynanacak bir sürü kararlar da çıkabilir. Başka bir ibare kullandığı zaman Yargıtay bu defa farklı karar da verebilir. Bu konuda sayın tebliğ sunucunun görüşünü rica ediyorum.

Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Ben de teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Buyurun Sayın Alangoya.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ben, Hukuk Genel Kurulu'nun 26 Eylül 2001 tarihli bu "*mesele-i maddiyenin takdirinde hata edilmesi*"ne ilişkin kararında bir noktayı dikkate sunmak istiyorum.

Sayın Budak açıklama yaptı. Burada, bozma ve iade ve yahut mümkünse tadilen tasdik olabilir; onları üzerinde durmayacağım. Fakat karardaki ilgi çekici bir noktaya dikkatinize sunmak istiyorum. Kararın kendisi bu işin esasına müdahaleyi

TARTIŞMALAR

neyle açıklıyor, hangi gerekçeyle açıklıyor? Bu çok dikkat çeken bir şey, özellikle Yargıtay'ın görevi ile ilgili. Bakın, kavramlar ne kadar farklı yerlerde ne kadar farklı şekillerde kullanılabilir. Anayasanın 154. maddesi Yargıtay'ı, "adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme merci olarak görevlendirmiş olup, maddî vakalarla çelişir biçimde takdiri hataya düşülmesi hâlinde Yargıtay'ın görevinin doğal sonucu olarak, ülkede uygulama birliğinin sağlanması amacı doğrultusunda hâkimin kararına müdahale etmesi doğaldır." deniliyor. Dikkat buyrulacak olursa, Yargıtay "somut olaya", adeta bir istinaf gibi müdahale edilmesini, ülkede uygulama birliğinin sağlanmasıyla haklı görüyor.

Burada kavramların tarifleri üzerinde durmak istemiyorum. Ama işin esasına müdahale etmekle, Yargıtay'ın görevlerinden biri olarak daima gündeme gelen, hatta bazı görüşlere göre, "Yargıtay'ın tek görevinin bu olması gerekir" denilen, -ki tek görevi olursa artık maddî olaya müdahale etmek gibi bir şey söz konusu olamaz- ülkede uygulama birliğinin sağlanması amacının nasıl kolay bir şekilde bağdaştırılması üzerinde durulması gereken bir meseledir Yargıtay. Maddî olaya müdahaleye, hukuk birliğinin sağlanması amacıyla cevaz veriyor. Bu noktayı, teorik olarak üzerinde durulması gereken bir mesele olarak görüyorum.

Teşekkür ederim.

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

Yrd. Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Ben kısaca üç hukuku belirtmek istiyorum: Birincisi, eğer Yargıtay maddî meseleyi bu şekilde inceleyebilecekse, Yargıtay'ın maddî meselenin takdirinde hata edip etmediğinin denetlenmesi gerekir. Bu anlamda karar düzeltme yolunun da bu çerçevede ele alınması gerekir mi diye düşünüyorum?

İkincisi bu şarta bağlı hükümle ilgili. Özellikle daha önce iş mahkemesiyle ilgili olarak verilen örnekler benim aklıma

seçimlik davaları getirdi. Sanki onlara daha çok benziyor. Şarta bağlı hüküm var mı, yok mu; onun da ayrıca ele alınması gerekir.

Son husus, bu ... ilgili. Bana kalırsa, burada tamamen tarafların dışında, hatta yargılamanın dışında bir husus söz konusu. Ve bu hak arama hürriyetini ihlal ediyor; Anayasa'ya da aykırı. Yargıtay'ın da böyle dolambaçlı yollara girmek yerine, çünkü her halükârda bu davayı geciktiriyor ve tarafları mağdur ediyor, ama bir şekilde de bunun devam etmesine sebebiyet veriyor, böyle yapmak yerine, buna kesin bir çözüm bulup, bunun belki başka yollarla tahsilini öngörmesi daha iyi olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Deliduman. Buyurun Sayın Karslı.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: İki nokta üzerinde durmak istiyorum ben: Birincisi, özellikle tebliğini sunan arkadaşın da çokça üzerinde durduğu, mahkemelerin görev ve yetkisiyle ilgili, içtihadı birleştirme kararıyla ilgili, içtihadı birleştirme kararına iştirak etmediğine ilişkin bir kısım gerekçeler sundu ve ihtisas mahkemelerinin yetkisinin, görevinin dar yorumlanmaması gerektiği konusunda.

Bence ek bir gerekçe olarak da şu nazara alınmalı: SSK'nun veya BAĞ-KUR'un, fiil sebebiyle sorumlu olana değil de, işleten veya işverene rücuunda açtığı davada ihtisas mahkemelerinin yetkili ve görevli olması noktasında rücu hakkının temeline de bakılmalı; neye rücu ediyor? Rücu hakkı kanundan doğan bir rücu ise, maddî hukuk açısından rücu etme hakkını vermişse, o kanundan doğan maddî statü usul hukukuna ilişkin hususlar da nazara alınmalı ve gene o özel mahkemelerin rücu davalarında da görevli ve yetkili olması nazara alınmalı diye düşünüyorum. Yani, şimdiye kadar söylenen gerekçelere ek gerekçe olarak bu da nazara alınmalı diye düşünüyorum.

İkincisi, de, şartlı hüküm meselesinde; ihtiyaç var gibi, arzu ediliyor, her ne kadar bizde şartlı hüküm mümkün değil

TARTIŞMALAR

denilse de. Hakan Hocamızın söylediği özellikle yeni getirilen hüküm. Benim hep kafama takılan 24. madde var İcra İflâs Kanunumuzda. Demin Muhammet Özekes arkadaşımız da dedi ki, "acaba İcra İflâs Kanunu'nda ve Usûl Kanunu'nda buna bir çare bulmak mümkün değil mi" diye. İcra İflâs Kanunu'ndaki 24. madde diyor ki, menkulün teslimine ilişkin icra emri gönderceğiz, "eğer o mal yedinde bulunmazsa ilamda yazılı olan değer tahsiline, eğer ilamda değer yazılmamışsa icra memura kıymetini belirleyip onun tahsili cihetine gidecek."

O halde bizim hakimimiz 24. madde nazara alındığında şöyle bir hüküm verebilir: "Menkulün teslimine, eğer menkulün teslimi mümkün değilse şu kadar kıymetin tahsiline" diye bir hüküm veriyor. Bence şartlı hüküm sırf şu değil: Taraflardan birisinin şunu ifade etmesi, ama diğer tarafın da şunu ifa etmesi kaydıyla şartlı hüküm değil sadece. Hükümün kendi içinde de bu tarz taleplerde bir kademelendirme ve şarta bağlama varsa, bu da şartlı hüküm kabul edilmeli.

Ayrıca, bu hükme riayet edilerek bu şekilde eğer hüküm kurulursa, hükümün icrası esnasında icra memuruna da çok büyük bir kolaylık getirmiş olacağız diye düşünüyorum. Onun için, şartlı hükme imkân veren, Hakan Hocanın söylediği yeni getirilen hüküm, artı İcra İflâs Kanunundaki bu hüküm düşünüldüğü zaman, Yargıtay kararı olarak zikredilen kararlar şartlı hükme emsal değil bence; ama bu hükümleri, kısmen de olsa Türk hukukunda şartlı hükme cevaz veren hükümler diye düşünüyorum ve tebliği sunan arkadaşın bu noktada kanaatini de bilmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz Sayın Karılı. Buyurun Sayın Atalay.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Ben ilk olarak Ali Cem arkadaşına teşekkür ediyorum tebliğinden ötürü. Hakikaten önemli noktalara dikkat çekti. Ancak, biraz önce değinildi, bu vekaletnameye baro pulu yapılandırılmasıyla ilgili olarak bir

soru işareti oluştu kafamda. Acaba burada, bu kadarda, önce kararın metnini çok özetle okuyayım, "bu tür hâllerde mahkemece yapılması gereken iş, öncelikle değinilen durumdan ve doğabilecek hukuksal sonuçlardan müvekkili haberdar etmek, bu cümleden olarak, davayı bizzat takip yahut başka bir avukat görevlendirmek suretiyle mevcut usulî sorunun ortadan kaldırılabilceği ya da pul yokluğu veya eksikliğinin bizzat giderilebileceği veyahut da en uygun göreceği başka bir yolla", o da soru işareti, "tarafı olduğu davada usul hukuku açısından aleyhine ortaya çıkması muhtemel sonuçları bertaraf edilebileceği kendisine hatırlatılarak" diyor.

Bu, bizim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun davaya vekaletle ilgili olarak iki hükmünü akla getiriyor; hangisine göre karar verdi burada Yargıtay? Bir 61. madde, bir de 67. madde var. 61. madde malûmunuz, "davaya vekalet deruhte etmesine kanunen imkân bulunmayan bir vekil mahkemece kabul olunmaz" diyor 61. madde. Yani avukatı olmayan bir kişi davaya girerse, hemen bu takdirde mahkeme, kabul edilmeyen vekilin müvekkiline, keyfiyetten bahisle bir defaya mahsus olmak üzere resen davetiye gönderir. Bir, burada var.

İkincisi, 67. maddede, "vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekil dava açamaz, hiçbir usul işlemi yapamaz" biliyoruz, "şu kadar ki" diyor, "gecikmesinde zarar olan hâllerde mahkeme, vereceği kesin bir süre içinde vekaletnamesini getirmek şartıyla vekilin dava açması ve usul işlemleri yapmasına müsaade eder, bu süre içinde vekaletname verilmez veya aynı süre içinde asil yapılan işlemlere muvafakat ettiğini bildirmese dava açılmamış sayılır." Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş. Hemen ilk akla gelen, 67. maddeye kıyasen uygulanmış diye düşündüm. Yani, vekaletnameye baro pulu yapıştirilmesinin önce hukukî sonucunu belirlememiz lazım.

Nasıl tavsif edeceğiz?.. Burada 61. maddeyi bu sefer devre dışı bırakıyoruz. Çünkü, kanunun vekalet ehliyeti bulunmayan kişilerden değil avukat. Getirmiş, vekaletnamesi de var. Demek ki, 61. maddeyi uygulaması söz konusu olmayacak, İkincisi 67. madde. 67. madde hangi koşulda öngörülmüş?

TARTIŞMALAR

Yani, 61. maddedeki hukuki sonucun ortaya çıkması için gereken koşullar neler? Bir, vekaletnamenin aslını veya tasdikli suretini sunmamış olan, fakat kanunen vekalet deruhte etmesi imkânı bulunan bir kişinin usul işlemleri yapmak istemesi, dava açmak istemesi.

Burada pulun yapıştirılmaması vekaletnameyi geçersiz mi kılıyor? Bu soruya cevap verirsek, zannediyorum o zaman 67. maddeye göre uygulama yapılıp yapılmayacağı da kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Avukatlık Kanununun ilgili maddesine baktığımızda, "*muameleler işleme konmaz*", böyle bir vekaletname işleme konmaz diyor. "*İşleme konmaz*"dan anlamamız gereken nedir acaba? Yani, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edilmemesi. Birinci olarak şunu söyleyebiliriz: Hâkim havale etmez; iki, harcı alınırken harçlar tahsil edilmez, bu eksikliğin giderilmesi istenir; üçüncü aşama, harçlar yatırılmış, hâkimin havalesinden geçmiş, esas defterine kayıt sırasında bunu kalem müdürü dikkate almalı ve "*burada bir eksiklik var, bu eksikliği gider, yoksa ben bu dava dilekçesini işleme koymuyorum*" diyebilir.

Üç aşamadan hangisinde gerçekleşecek bu işleme koymama; o da pek belli değil. Ama genel olarak, "*dava açılması*" dediğimizde, ne zaman açılmış sayılır dava? "*Esas defterine kayıt tarihinde*", o hükmü esas alırsak bunu şöyle yorumlayabiliriz: Vekaletnamede pul yoksa eğer defterine kayıt yapılmaz diye anlayabiliriz. Esas defterine kayıt yapılmışsa, buna rağmen ne olur'un tartışmasında, Yargıtay'ın yaptığı ve davanın açılmış sayılması sonucuna hükmettiği için, görüldüğü kadarıyla ya da benim anlayabildiğim kadarıyla 67. maddeye kıyasen uygulanmış. Net bir şekilde, davanın ne zaman açılmamış sayılması gerektiğini Ali Cem arkadaşımız isabetle belirtti.

Ancak, kanunda belirlenmiştir bu durumlar. İşte 67. maddede belirlenmiş bir durum bu; "*dava açılmamış sayılır*" diyor. "*Vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekil dava açamaz*", diğer Avukatlık Kanunu'na geliyoruz, "*baro pulu yapıştirilmemiş işlem ile dava açılmaz*"; bunu benzeterek birbirine, 67. madde

uygulamasının söz konusu olduğunu burada söylemek mümkün diye düşünüyorum, bunun tartışılmasını rica ediyorum Ali Cem arkadaşımızdan.

Ancak, Yargıtay kararında, 67. maddede olmayan bazı unsurların derç edildiğini görüyoruz sonuçları bakımından; *"kendisine tebligat yapılmak, haber verilmek ve bizzat davayı takip veya başka bir avukat görevlendirmek..."* Oysa burada ise, öncelikle avukata bildirim yapılıyor, ihtar ediliyor, *"süresi içinde vekaletnamenin aslını getir"* diye. Yani, eğer 67. maddeyi uyguladıysa, orada da tam uygulamamış demek istiyorum, buradaki prosedürü tam izlenmemiş Yargıtay. Öncelikle vekile deniyor ki, vekaletnamenin aslını veya tasdikli suretini getir, ver, kesin süre veriyor, ondan sonra bekleniyor, süre geçtikten sonra, bu durumda o işlemleri kendisinin kabul ettiğini bildirmesi, aksi takdirde açılmamış sayılma sonucu doğacak. *"Yargıtay kararındaki bu değişiklik veya diğer herhangi bir şekilde bu olumsuz usuli sonuçları gidermesi için imkân verilir"* den kasıt, arladığım kadarıyla 67. madde uygulamasını kastediyor. Ama burada bile tam 67. maddedeki prosedür izlenmemiş diye düşünüyorum ve değerlendirmenize sunuyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz. Buyurun Sayın Tanrıver.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Konuşmacı arkadaşımıza öncelikle güzel sunum için teşekkür ediyorum.

Ben, şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği konusu üzerinde durmak istiyorum. Benden önceki arkadaşlarımın da işaret ettiği gibi, *"şarta bağlı hüküm"* başlığı altında verilen kararlar şarta bağlı hükümle ilişkili değil, 163. maddedeki kesin mehilin sonuçlarıyla ilgili.

Şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği konusu doktrinde oldukça tartışılmış. Sayın Postacıoğlu Hocamızın uzunca da bir makalesi var; *"hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilmesinin mümkün olduğu"* yönünde kendisinin görüşleri mevcut. Bu

TARTIŞMALAR

bağlamda da gösterilen dayanaklar İcra İflâs Kanunu'nun 24. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında, cismani zarardan doğan tazminat davalarında hakimın hükmü iki yıl süreyle değiştirme hakkını saklı tutması olarak gösterilmekte. 24. madde, yani "menkul teslimiyle ilgili kural şarta bağlı hükme dayanak yapılamaz", 24. madde, cebri icrâ aşamasında bir sorun çıkarsa menkul tesliminde, onun aşılmasıyla ilgili, yani, ilam konusu menkul mal borçlunun yedinde yoksa diyor, menkul malın değeri de ilamda şu veya bu şekilde söz edilmişse onu esas alır diyor. Dolayısıyla, hüküm verilmesi faaliyetiyle ilişkili bir durum değil.

Borçlar Kanunu 46. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kural ise; Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda genel bir norm olarak sevk edilmemiş, fakat genellikle kitaplarda olağanüstü kanun yolları, yahut bu da tartışmalı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesi yollarından olan değişiklik davası kurumunun bir örneği olarak zikredilmekte. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 388 ve 389. maddeleri karşısında, özellikle 388'de de aynı ibare var, 389'da da bir kez daha tekrar edilmiştir, "tarafalara tanınan hak ve borçların şüphe ve tereddüde mucip olmayacak surette" hükümde gösterilmesi öngörülmüştür. 388 ve 389'un gayet açık içeriği karşısında şarta bağlı hüküm bugün için verilemez. Belki o son yasa değişikliği tartışılabilir bir noktaya gelmiştir.

Öte yandan "şart" kavramı, doğası gereği zaten bir belirsizliği içerir. Geleceğe ait gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bulunan olaya şart diyoruz. Dolayısıyla, bu belirsizlikle kesin hükmü nasıl bağdaştıracamız; bu ayrı, yine tartışılması gereken bir konu. Ve icra aşamasında çok ciddi sorunlar çıkar. Genellikle şarta bağlı hüküm kavramı Alman doktrininden yararlanılmak suretiyle geliştirilmektedir. Özellikle Selim Kani Hoca'nın, akdın ifa edilmezliği definde bunun tartışması yapılmıştır. Karşılıklı ve aynı anda ifaya mahkumiyet kararının Alman hukukunda verilmesi mümkündür.

Buna "Zug-um-Zug" prensibi şeklinde bir yaklaşım var. Halihazırdaki pozitif düzenleme çerçevesinde, 388 ve 389'un

getirmiş olduğu son derece açık, tartışmaya yer vermeyen düzenlemeler karşısında şarta bağlı hüküm verileceğini savunmak mümkün görülmemektedir. Şart, doğası gereği belirsiz olduğu için, eğer buna olanak verilecek olursa icra aşamasında da ciddi problemler çıkar; ilamın hiç icra edilememesi gibi bir tehlike ortaya çıkabilir. Yine bu bağlamda şarta bağlı hükümle ilgili olarak, şarta bağlı dava açılıp açılmayacağı da doktrinde tartışılmış, hatta terditli dava açılması acaba şarta bağlı bir dava açılması mıdır şeklinde bir görüş, bir sorun ortaya konmuş.

Şarta bağlı hüküm verilemeyeceğine göre şarta bağlı dava açılması da mümkün değildir. Terditli davada biliyorsunuz bir asıl talep, bir de asıl talebin kesin olarak reddedilmesi ihtimaline binaen yardımcı talep mevcuttur. Terditli davada davacı böyle bir yol izlemekle taleplerinin sadece incelenme sırasını belirlemektedir; yoksa şarta bağlı dava ikamesi yoluna gitmemektedir.

Dolayısıyla, şarta bağlı hükümle terditli dava kavramının ilişkilendirilmesi de mümkün değil. Zaten yapılan bu tartışmayı uzunca bir süre önce ben kendi makalemde de yazmış idim.

Teşekkür ediyorum, iyi günler.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz Sayın Tanriver.

Yalnız, size küçük bir ev ödevi verebilir miyiz? İş Kanunu var buralarda. O İş Kanunu'nun ilgili maddesini bulun lütfen. O hükmü terditli dava bakımından değerlendirmek mümkün mü? Toplantının sonunda kısaca üzerinde duralım. Bu benim için de yeni, ben de görmedim o maddeyi.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Buyurun Sayın Üstündağ.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Sayın Budak'ın seçmiş olduğu kararların ne kadar isabetli seçildiğini burada belirtmek isterim. Çünkü, üzerinde konuşuyoruz ve bizleri düşünmeye

TARTIŞMALAR

sevk eden, farklı farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına neden olacak güçte kararlar. Bu bakımdan kendisini kutlamak istiyorum.

Ben probleme şöyle yaklaşıyorum: Görevli mahkeme kime yönelik? Görevli mahkeme kurulmuş, kanunda bir hüküm koymuş... Acaba bu mahkeme, halefiyet yoluyla kendilerine karşı dava açılacak kimselere karşı da uygulanabilecek midir, uygulanmayacak mıdır? Tabii, ben tebliğ sahibinden şunu beklerdim: Bu problem sadece Türkiye'de ortaya çıkan bir problem değil. Bu problem Batıda da ortaya çıkmış; tartışılmış ve birtakım sonuçlara bağlanmış olabilir. Nitekim ben kitabımda yetki kuralları ile ilgili olmak üzere s. 227'de Leuch'tan naklen şunları söylemişim: *"Bu hüküm (HUMK m. 21 hükmü) haksız fiil bizzat ika eden şahıslar hakkında uygulanabileceği gibi; bunların hukukî halefleri ile doğan zarardan sözleşme veya kanun gereğince sorumlu olanlar hakkında da uygulanır. Ayrıca Yargıtay da, zararı tazmin edenlerin rücu taleplerinin de, aynı yer mahkemelerinde dava edilebileceğini istikrarlı bir şekilde savunmaktadır"* (Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, s.227 ve hatta dipnotu 138a). Görev bakımından da farklı düşünmeyi gerektirecek herhangi bir neden mevcut olmamak gerekir. Tahmin ediyorum bu konudaki açıklamalarım gözden kaçmış.

Binaenaleyh, gönül isterdi ki, daha doğrusu genç arkadaşlar lütfen, bir problem çıktığında, dil de bildikleri varsayıldığına göre, acaba bu konuda bizim dışımızdaki hukuk dünyası ne demiş; çünkü biz kanunları, hep oralardan alıyoruz, binaenaleyh problem orada tartışılmış ve birtakım gerekçelere bağlanmışsa, niye biz, sanki hiç dünya üzerinde bu konuda söylenmiş bir şey yokmuş gibi muhakemelere ve tahlillere girerek gerekçe arıyoruz; onları bir öğrenelim.

Onlar bizi tatmin etmiyorsa farklı şekilde hareket edelim diye düşündürtüm ve bu konu da orada vardır, yabancı kaynaklarda ve yabancı kaynaklara gitme alışkanlığını da biraz lütfen fazlasıyla benimseyelim derim. Aksi halde herhangi bir uygulamacının yaptığından farklı bir şey yapmış olmayız. Şimdi,

konulan hükmü dar mı yorumlayalım, geniş mi yorumlayalım ve gerekçeler konusunda da birtakım şeyler ortaya çıktı ve farklı farklı şeyler söylendi. Halbuki orada bunlar belki de çok açık bir şekilde hâledilmiş ve gerekçelendirilmiş idi.

İkinci mesele 24. maddeyle ilgili. Biliyorsunuz, terditli dava açmak mümkün, terditli hüküm vermek de mümkün. Binaenaleyh, 24. maddede bir terditli hüküm var. Ve "şart"tan farklı olarak, buradaki meşkukiyet sanıldığı kadar fazla değil. Halbuki şartta, ummanda kaybolacak şekilde bir şarta bağlanabilir. Bu bakımından, 24. madde şarta bağlı bir hüküm değil, ama âdeta ona yakın bir terditli hüküm.

Bundan başka bazı şeyler söylemek gerekirse, şarta bağlı dava açılabilir mi, açılmaz mı? Belirtti arkadaşımız; Postacıoğlu Hocamız bu konu ile ilgili olarak engin zekâsıyla uygun olan bir takım şeyler yazmış *Adalet Dergisi'nde*. Ama literatüre baktığınızda, şarta bağlı dava bakımından öyle kolay kolay imkan veren bir eğilim görülmemektedir.

"Bu şufaıyla falan alakalı olmak üzere verilen içtihadı birleştirme kararını nasıl yorumlayacağız" dersiniz, belki diyebiliriz ki, bu "Zug-um-Zug" aynı zamanda ifaya mahkûmiyet biçimine yaklaşma gibi mütalaa edebilir. Temyiz mahkemesi diyor ki, "sen gayrimenkulün şufa yoluyla sana devrini istiyorsun, yatır arkadaşım mükellefiyetini, öyle vereyim." Adeta "Zug-um-Zug", aynı zamanda ifaya mahkûmiyete benzer, fakat onu biraz aşarak, parayı yatırtmak suretiyle, onun için icraya gitmeye gerek duymaksızın, çünkü "Zug-um-Zug" hükümlerde her iki taraf da kendi lehine olan için icraya gidebilir (bkz., *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 360).

Arkadaşımızın dediği şey, hakikaten üzerinde dikkatle düşünülmesi gereken sözler. Çünkü, o kısmî okursanız, Alangoya'nın okuduğu kısmî okursanız, bir sürü sapla samanın birbirine karıştırıldığını görüyoruz. Nitekim bilim eğer kavramları ve kuralları açık ve seçik ortaya koymazsa, yargı da yolunu bulmakta fevkalâde güçlük çeker.

TARTIŞMALAR

Bir kere, "mesele-i maddiyenin takdirinde hata"yı ben, "mesele-i maddiyenin hukukî takdirinde hata" olarak anlarım. Çünkü isterim ki, o şey üzerinde inceleme yapan hâkim maddî meselelerle ilgilenmesin veya ilgilenecekse, bu konudaki yetkisi minimuma indirilmeli.

Siz, "mesele-i maddiyenin takdirinde hata"yı "delillerin takdirinde hata" biçiminde anlarsanız, bu, temyiz mahkemesinin faaliyetine fevkalâde yabancı bir faaliyet. Çünkü, Batı kaynaklarına baktığımızda, kanunlara, çok istisnai hâllerde bunlara... Ben, burada bir "Subsumtion" faaliyetinin olduğunu, toplanan vakalar karşısında normun unsurlarının dolup dolmadığı şeklinde anlıyorum. "Subsumtion" olunca da, bu bir hukukî faaliyettir, bu Yargıtay tarafından denetlenebilir diyorum.

Çünkü, hukuki faaliyetleri denetler Yargıtay. Ama, siz buna "delillerin takdiri" dersiniz, Sayın Alangoya'nın dediği gibi, bu konudaki sizin takdiriniz hukukî birliği sağlama konusunda size hiçbir yarar sağlamaz. Çünkü, her önünüze gelen maddî vaka bir diğerinden tamamıyla farklı. Hangi konuda siz?.. Olsa olsa şunu belki demek istiyor: Delillerin takdirinde zaten onu söylüyor; "istisnaen müdahale etmek lazım, bu istisnai müdahalenin sınırlarını koyalım ve bu sınırlar çerçevesinde yapılmış mıdır, yapılmamış mıdır inceleyelim, bu sınırlar konusu açıklığa kavuşunca da, objektivite kazansın bu sınırlar, her davada delil takdiri yapılırken bunlar normmuş gibi artık uygulama alanı bulsun" demek ister. Eğer hukuki faaliyettir derse, delil takdiri hukuki faaliyet değildir; tamamen maddî, fiili bir faaliyettir ve bu faaliyet bu haliyle Yargıtay'ın ancak çok istisnai hâllerde denetlemesine tâbi olur. O istisnai hâllerin neler olduğunu da Yargıtay söyleyemez, İsviçre'de, Almanya'da kanun koyucu bizzat söyler. O müdahalenin sınırlarını Yargıtay tayin edemez; kanun koyucu tayin eder.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz Sayın Üstündağ. Buyurun Tercan.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Öncelikle "*mesele-i maddiyenin takdirinde hata*" edilmesine ilişkin Yargıtay kararına ilişkin olarak Sayın Alangoya Hocamızın Anayasa'nun 154. maddesini gündeme getirerek, Yargıtay'ın '*mesele-i maddiyenin takdirinde hata*' edilmesine müdahale edebileceği, bu konunun tartışılması gerektiğini, en azından gündeme gelmesi gerektiğini belirtti. Bu üzerinde durulması gereken bir konu.

Ancak, böyle bir şey düşünüldüğünde, konuya bu açıdan bakıldığında, hemen bütün hukuk kurallarının uygulanması veya yanlış uygulanması ülkede hukuk birliğinin sağlanmasını zedeleyeceğinden bütün hukuk kurallarının, özellikle maddî hukuka ilişkin kuralların, somutlaştırılm, "*mesele-i maddiyenin takdirinde hata*" edilmesi hâlinde Yargıtay'ın denetimi kabul edilmiş olacak. Zira, o konuda bir kez hukuk birliğini kabul ettikten sonra, maddî hukuk kuralı veya şekli hukuk kuralı şeklinde bir ayırımı hiç gerek kalmayacaktır, maddî meseleler de takdir edilse hukuk birliği zedeleneceğinden Yargıtay'ın denetimi caiz hâle gelecektir.

Tabii, bu konuyla bağlantılı olarak, -istinafa ilişkin dünkü şeyde bulunamadım- Yargıtay'ın maddî meseleleri takdir yetkisi de sonuna kadar açılmış olacaktır; öyle bir tartışmaya mahal kalmayacaktır diye düşünüyorum. O nedenle, Anayasa'nun 154. maddesini dikkate alarak, hukuk birliği çerçevesinde Yargıtay'ın maddî meselelerin takdirini kabul belirtilirse, bu dikkate alınrsa böyle bir risk ortaya çıkacak.

Son Yargıtay kararına ilişkin olarak, Oğuz beyin belirttiği şekilde, kanunumuzun 61 ve 67. maddelerinden hangisi uygulanacaktır sorusunu öncelikle belirtti, bu vekaletnameye baro pulu yapıştirılmaması kararlarına ilişkin olarak, haklı olarak, 61. maddenin burada söz konusu olmayacağını, 67. maddenin uygulanması gerektiğini belirttiler. Kanaatimce, burada 67 ve Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin 3. fıkrası birlikte uygulandığında şöyle bir sonuç ortaya çıkacak: 67. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre, vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen vekil dava açamaz.

TARTIŞMALAR

Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin 3. fıkrasına göre, *"avukatlarca vekaletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul edemez, gerektiğinde ilgiye 10 günlük süre verir"* diyor. Şu halde, pul yapıştırılmamış ise, bu takdirde, diğer açılardan vekaletname geçerli olsa dahi verilmemiş sayılacak. Vekaletname verilmemiş sayılınca, 67. maddenin ilk fıkrasının 1. cümlesi devreye girecektir ve vekaletnamesiz vekil dava açamayacaktır. Dolayısıyla, böyle bir dilekçenin esas deftere de kaydı söz konusu olamaz diye düşünüyorum.

Yine, en son karara ilişkin olarak, bir avukat meslektaşım belirtmişti, somut olayda mahkemece davalı vekiline çıkartılan muhtırada, eksik giderin tamamlanması değil, gönderilmesi istenilmiş, böylece yasanın aradığı biçimde ihtar yapılmamıştır deniyor; sanki burada bana da biraz kavram içtihatçılığı yapılmış gibi geliyor. Evet, borçlar hukuku açısından gönderme ile tamamlama belki tartışılabilir, onu şüpheli bir şekilde belirtiyorum, ancak burada böyle bir şüpheye düşülmesi kanaatimce biraz fazlaca ... olmuştur gibi geliyor. Nihayet burada kastedilen, amaçlanan eksik giderlerin ödenmesidir. Bu bizzat kendisinin getirmesi şeklinde olabileceği gibi, posta yoluyla veya bir aracı kullanarak da gönderilebilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ederiz Sayın Tercan. Buyurun Sayın Alangoya.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Efendim, biraz evvel konuşan sayın meslektaşımın beyanlarından, benim sözlerimi iyi ifade edemediğim sonucuna varıyorum. Çünkü, ben hiçbir zaman, *"maddî hukuka ilişkin meselelerde yurt çapında içtihat birliğinin sağlanması söz konusu değildir"* diye bir şey söylemedim. Ben şunu söyledim: Davanın olayına Yargıtay'ın müdahalesi somut olayın kendi şartları içinde olacaktır.

Nitekim, karara baktığınız zaman, diyor ki, *"burada yüzde 2 olur"*, *"madem ki burada, irtifak hakkı havai hattın geçtiği yerde*

şu kadar geçiyor, orada yüzde 2 olması lazımdır, burada yüzde 3 olması lazımdır", söylediği bu. Şimdi ben diyorum ki, böyle bir müdahale, Yargıtay'ın böyle bir müdahalesi, Yargıtay'ın yurt çapında içtihat birliğini sağlaması fonksiyonuyla ne ölçüde bağdaşmaktadır? Çünkü Yargıtay, bu müdahalesini böyle gerekçelendiriyor, yurt çapında içtihat birliğini sağlamakla gerekçelendiriyor.

Bunun düşünülmesi lazımdır diyorum. Ama kesinlikle, maddî hukuktaki içtihat birliğinin sağlanmaması, yalnız usul hukukunda içtihat birliğinin sağlanması diye bir şey söz konusu olamaz. Onun için, beyanlarımın zaafiyetinden dolayı yüksek Kuruldan özür diliyorum.

Sağ olun efendim.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederiz. Buyurun Sayın Yıldırım.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Delillerin takdiri konusuyla ilgili olarak katkıda bulunmak istiyorum.

Malûmunuz, Usûl Kanunumuz iktibas suretiyle sağlanmış-
tır; ama temyize ilişkin hükümler Osmanlı döneminden, Fransız hukukuna olan yakınlık dolayısıyla Fransız hukukunun da esaslarını bize sağlamıştır. Burada biz daha ziyade tabii Alman hukuku doktrinini işleyerek medenî usul hukuku çalışmalarını sürdürüyoruz. Fakat, o arada, 1990'lı yıllarda Alman ve Fransız hukukçular, ki bunların arasında Münih Üniversitesinden Peter Schlosser de bulunmaktaydı. Fransa'da Yüksek Mahkemenin organizasyonu ile bir toplantı, kongre gerçekleştirdiler ve onun başlığı da, "*Yüksek Mahkemede Vakaların İncelenmesi*" konusuydu.

Benim burada katkıda bulunmak istediğim husus... Tabii Hocalarımızla hep beraberiz; terminolojiye önem veriyoruz, üzerinde hassasiyetle duruyoruz. Konumuz da "*mesele-i maddiyenin takdirinde hata.*" Burada yalnız, Fransız hukukçularının uygulamadan aldıkları sonuçlar öne çıkıyor, o toplantıda ve görülüyor ki, Yüksek Yargı Fransa'da da vakalara ulaşmak ve

TARTIŞMALAR

vakaları değerlendirmek gayreti içinde. Bu tabii ne derecede telif edilebilir?..

Prof. Dr. Baki KURU: İstinaf sistemine rağmen öyle mi?

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Evet. Böyle bir uygulama "*cour de cassation*"da karşılaşılan bir husus. Buna karşı tabii Alman hukukçularının da bazı açıklamaları var. Bu bir derleme şeklinde de 90'lı yıllarda yayınlanmışta Almanya'da.

Toparlayacak olursak, her ne kadar terimlerle çalışıyoruz, ama demek ki model içinde yer almasa da uygulama, yüksek yargı organları kendi alanlarını genişletmeye gayret ediyorlar ve bunda bir ölçüde de başarılı oluyorlar. Tabii bizim ondan önceki sorunumuz, acaba istinaf sistemi kurulabilir mi ve Yargıtay'ın yükü hafifletilebilir mi?..

Prof. Dr. Baki KURU: O dündü, dünkü treni kaçırdınız.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Evet, dün yetişemediğimiz için...

Prof. Dr. Baki KURU: Size atıflar yapıldı ama...

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Sağ olun Hocam, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Ben bir soru soracaktım.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Buyurun.

Prof. Dr. Baki KURU: Bu Fransa'daki toplantıyla ilgili, benim gözümünden kaçtı, sizin "*delillerin takdiri*" tezinizde var mı bu?

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Bu, istinafla ilgili kitapta...

Prof. Dr. Baki KURU: Hayır, hayır, o Fransa'daki toplantı...

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Ben 90'da yazmıştım tezi, takdim etmiştim. 94 yılındadır.

Prof. Dr. Baki KURU: Ona yetişmedi.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Onu, istinafla ilgili kanun yolu, hukuk devletinin gereği, istinafta var...

Prof. Dr. Baki KURU: Orada dikkatimden kaçtı, onun için orada var, öyle mi?

Uygun görürseniz, Ali Cem beyin konusu değil, Ali Cem Bey cevaplandırdıktan sonra ya bu toplantının sonunda ya öğleden sonra istinaf konusunda, Hakan Bey'e de söz verip, vakit kalırsa bir tekriri müzakere yapalım ve hazır Kamil Bey gelmişken istinaf konusunda onun görüşünü de, sizin söylediğiniz hususu da dinleyelim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Ben teşekkür ederim. Ben de müsaade ederseniz kendime söz vermek istiyorum. Ve son söz aldığım için de mutluyum.

Sayın Ali Cem Budak'a teşekkür ediyorum aydınlatıcı bildirisi için.

Özellikle, bir cetvel verdi, bu cetveli baştan bir konuştu; ama ondan sonra konuşmadı galiba vakit darlığı nedeniyle. Güzel bir istatistik var burada. Hukuk daireleri kararlarının, 1763 karardan 416'sı usulle ilgili, aşağı yukarı 4'te 1'i; Hukuk Genel Kurulu kararları'nın, 353 karardan 120'si, bu 3'te 1'e tekabül ediyor. Bizim Yargıtayımız usul konularına çok önem verir. İşte bu seçilmiş örnekler çok güzel.

Ben de Saim Beyin görüşüne katılıyorum. Usûle çok önem veriyor. Ama, usule bu kadar önem verirken esas kaçıyor. Biz dışarıdan bir dava sahipleri dinlese, bu davasını çabuk gördürmek isteyen birisiyse, "bunlar" der, "İstanbul'un işgali sırasında Bizans papazlarının meleklere cinsiyetini tartışması gibi bir tartışmaya girmişler". Şimdi, tabii usulcüyüz, önem verilmesi bize

TARTIŞMALAR

görev veriyor, bize malzeme veriyor, bize iş imkânı yaratıyor vesaire. Ama bu kadar da usuli yorum yapmayalım.

Bu görev kararları, iş mahkemelerinin BAĞ-KUR'la ilgili verdiği örnekler, bu kadar üzerinde durulacak bir şey değil. Bu kamu düzeni, evet, "görev kamu düzeni" demişler, bence tasarıda bunu kamu düzeni olmaktan çıkartmalı. Ne diyor BAĞ-KUR Kanunu? "*Bu kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar*" diyor. Onun kapsamına giriyor-girmiyor, ama tartıştığınız konu gene BAĞ-KUR Kanunu. Bunu genel mahkeme daha zor anlar.

Girsin efendim bu. İçtihadı birleştirme çıkmış. Kanunu değiştirmişler. Yok artık. Bir özel mahkeme kuruyorsanız, bunun kıyısından, kenarından özel mahkemeye ilgili hususları oraya aktarmak lazım. Hiç değilse bunları, evet kamu düzeni, ama artık oraya bırakın, esasa girin. Çünkü, Ticaret Kanunu'nda çok güzel, Prof. Hirsch'in sayesinde iş bölümü kavramını getirdi. O zamana kadar bu Ticaret Kanunu'ndaki iş bölümü de görev sayılıyordu. Ve "*oo, ticari davaya asliye hukuk mahkemesinde bakılmış*" diye -kıyamet kopmuş sanki- karar esastan, doğru mu, değil mi hiç bakmadan, "*bozma*" kararları veriliyordu. Davalar uzuyordu. Onun için, Ticaret Kanunu'nun 3. fıkrasının son cümlesine bir hüküm konuldu; "*ticari bir davanın hukuk mahkemesi, ticari olmayan bir davanın ticaret mahkemesi tarafından görülmesi hükmün bozulması için yalnız başına kâfi bir sebep teşkil etmez*". Bu, bizim Usûl Kanunu'nun 428. maddesinin son fıkrasındaki, "*sonuca etkili olmayan usul yanlışları bozma sebebi teşkil etmez*" ilkesine getiriyor bizi.

Bunu görevde de -madem ki Usûl Kanunu Tasarısı yapılıyor- düşünmek lazım. Yoksa, davaların zaten çok uzadığı bir dönemde, hele istinaf nedeniyle daha da uzayacağı bir dönemde bu kadar böyle ince görev tartışmalarıyla vakit kaybetmemeliyiz. Esas bakımından belki de olgunlaşmış, karar aşamasına gelmiş bir kararı bozmamak gerek.

Ticaret Kanunu'ndaki ilke kabul edilsin burada, sonuca etkiliyse. Zaten bozulacaksa karar, oraya da göndersin. Başka

ülkenin mahkemesi değil ki bu. Zaten iş mahkemesi diyorsunuz. İş mahkemesi her yerde yok ki, ticaret mahkemesi her yerde yok ki. Zaten ona asliye mahkemesi bakıyor. Ne olur yani?

İkincisi, İstanbul'un fethi sırasında Bizans papazlarının meleklerin cinsiyetini tartışması gibi bu vekaletnameye pul meselesi... Yani, "koyun can derdinde, kasap yağ derdinde". Vatan-daş can derdinde, davasının görülmesini istiyor, devlet de yahut da işte o Barolar da, onlar da yağ derdinde. Zaten Devlet Harçlar Kanunu'yla öyle bağlamış ki ayaklarını, sanki kıyamet kopmuş, harç yatırılmamış vesaire. Efendim, o başka bir şey. Yani, harç nedeniyle, mahkemeleri harç hesaplamakla, yok harcı aldıydın almadıydın diye uğraştırmamak lazım.

Saim Bey Alman hukukunu daha yakından incelemiştir. Hiç orada böyle harç tartışması, harç noksan alındı vesaire diye hükmün esastan bozulduğunu gördünüz mü? Yok. Bırakalım mahkemeleri. Hâkimleri harç ve vekalet ücreti hesaplamaktan kurtaralım. Bu işleri, Almanya'da, İsviçre'de mahkeme kalemleri yapar. Mahkeme kalemi harcı yanlış hesap ederse, ona ayrı bir itiraz yolu, tanınsın. Bırakalım mahkemeleri, esas hakkında karar versinler. Sanıyorum Ali Cem arkadaşım da bu tabloyu onun için çıkarttı. Bunu belirtmek istiyordum.

O İş Kanunu'ndaki hükmü buldunuz mu?

Bir Katılımcı: Buldum Hocam. 21. madde.

Prof. Dr. Baki KURU: 27 diye anladım. 1. fıkra mı?

Bir Katılımcı: (Devamla) Evet Hocam.

Prof. Dr. Baki KURU: "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise..." Burası galiba, "mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarını da belirler".

TARTIŞMALAR

Asıl dava ne davası? İşe başlatma davası mı? ("*İşe iade davası*" sesleri)

Bu, -Süha beyin konusuna tecavüz etmeyeyim- bir işin yapılmasına dair bir ilam gibi oluyor; "*yapmadığı takdirde, işçinin işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarını da belirler*". "*Ödenecek tazminata da hükmeder*" demek istiyor bu. Ne belirleyecek? Bana kalırsa bu bir terditli dava gibi geliyor. Saim bey de galiba değindi. Ama Süha bey inceledi konuyu arada. Siz çok güzel değindiniz. İki dakika bir açıklama yapabilir misiniz?

Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Önce bu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi ilgili hükümlerini yüksek sesle bir okuyacak olursak değerlendirme daha kolaylaşır. 21. maddenin 1. fıkrasında, "*işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren 1 ay içinde işe başlatmaz ise işçiye en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarını da belirler*" diyor.

3. fıkrada ise, "*kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir*" şeklinde. Terditli hükmün verilebilmesi için açılan davanın terditli dava olması lazım. Burada açılan dava terditli dava değildir; işçinin işe iadesi davasıdır. Dolayısıyla, sözü edilen kurallar, feshin geçersizliğine karar verilmesi hâlinde işçinin işe iade edilmemesi durumunda işlerlik kazananca olan disiplin hükümleri. Aynen ceza hukukundaki cezai mahkumiyetin sonuçları gibi düşünmek gerekir. İş hukukunda bu nitelikteki kurallar çoktur, disiplin hükmü niteliğindeki kurallar. Zaten işçinin işe iade edilmemesi halinde işlerlik kazananca olan yaptırımını 21. madde 1. fıkrasının 2. cümlesinde belirlemektedir. İşçiyi işe başlatmazsa, otomatik olan, işveren

tazminat yükümü altına girecektir. Bu yaptırımın işlerlik kazanabilmesi için tazminat tutarının belirli hâle gelmesi lazım.

Dolayısıyla, 21. maddenin 2. fıkrasında, tazminat tutarını belirlemekle yetinmesinin bu anlamı olabilir. İşe başlatmamanın kararın kesinleşmesine kadar sürmemesi hâlinde uygulanacak olan yaptırım da 21. maddenin 3. fıkrasında gösterilmiş durumdadır. Dolayısıyla, terditli dava gibi yaklaşmak bana pek sağlıklı gelmemektedir. Şarta bağlı hükümle de zaten ilişkilendirmek mümkün değil. Deminki İcra İflâs Kanununun 24. maddesindeki menkul teslimine ilişkin ilamdaki durumu andırmaktadır. Ben, bunu sanki bir yaptırımmış gibi, işçinin işe iadesini pekiştirmeye yönelik yaptırım hükümleriymiş gibi değerlendiriyorum. Çünkü iş hukukunun bir başka özelliği de, karma karakterli bir hukuk alanı olması ve işçiyi korumak amacıyla devletin bu alana müdahale etmesinin bir örneği, bir somutlaşması olarak değerlendirilebilir.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Baki KURU: Ben teşekkür ederim Süha Bey. Buyurun.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Bu, bir opsiyon gibi görünüyor. Böyle olunca, işçinin, "*beni işime iade et*" şeklinde açtığı bir davayı, talebin içinde, yasanın bu opsiyonunun da mündemiç olduğunu, yani bunun paraleli olarak âdeta bir terditli dava açıyor olduğunun yasa icabı bulunduğunu kabul etmek belki bütün bu tartışmayı çözümler. Yasaya da bir anlam vermek ve güçlükleri önlemek bakımından böyle bir yorumu da dikkatinize sunuyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederim Sayın Alangoya. Buyurun Ömer Ulukapı.

Bu yeni olduğu için bunda tabii imkan veriyoruz. Sonradan ortaya çıkan vakalar iddia ve savunmayı genişletme yasağına tâbi değildir. Bakınız Saim Üstündağ'a. Doçentlik tezi. Evet, buyurun.

TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Ömer ULUKAPI:

Söz verdiğiniz için teşekkür ederim Sayın Hocam.

Ben de tabii başlangıçta şunu ifade edeyim: Burada bir terditli dava düzenlenmesi söz konusu değil. Verilen hüküm bakımından akla şu şekilde bir çıkarsama gelebilir: Bunu her şeyden evvel hâkimin talepten başka hükmedebileceği haller kavramı içerisinde de değerlendirebiliriz. Çünkü İş Kanunu hükümleri maddi kanun hükümleri olarak, işçiyle işveren arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu kapsamda değerlendirildiği takdirde, hâkimin işçiyi koruyucu hükümler anlamında talepten başkaca hüküm verebileceği haller kavramıyla bağdaştırmak daha yerinde olacaktır.

Tabii bir de şunu belirteyim: Şarta bağlı hükmün yasaklanmasının sebebi, icranın imkânsızlığını ortaya çıkarmasıdır. Bu nedenle, tabii bizim hukukumuzda şarta bağlı bir hüküm verilemeyeceği olgusunu bir kere Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun genel prensiplerinden de çıkarmanın mümkün olduğunu ifade etmek isterim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Teşekkür ederim.

Sayın Dekan Nüvit Bey yok burada galiba. Aslında onun konusu. Siz ne diyorsunuz Nüvit bey? İncelediniz mi bu maddeyi? O zaman, iş hukukçusu olarak buyurun.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Nüvit bey, biliyorsunuz, iş hukuku profesörü. Biz alanımızı aşmayalım. Ama, usul hukuku bakımından bu "sınır meselesi", Almanların "Graenzfaelle" dedikleri bir sınır meselesi.

Buyurun Sayın Dekan.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederim, Sayın Hocam.

Tabii iş hukukunun işleyişi biraz farklı. Değerli konuşmacı arkadaşlarımın da belirttikleri gibi, burada aslolan, çalışma-

çalıştırma ilişkilerinde mağdur duruma düşebilecek işçinin korunması. Çünkü, takdir edersiniz ki, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, feshedilmesi ve bunun haklı olmayan bir nedene dayanmış olması hâlinde işçi, yaşantısını devam ettirebilmekte çok büyük güçlükler içine düşecek; başka iş aramak zorunda kalacak, belki bulamayacak.

Bu nedenle aslolan, güç duruma düşmesini önlemektir. İş ilişkisinin sona ermesinde feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iade edilmesi, çoğu kez işçi tarafından da tercih edilmeyen bir uygulama.

İşveren şunu bilmektedir: Haksız şekilde, daha doğrusu, kendince haklı bir sebebi vardır, ama mahkeme tarafından bu sebep haklı bulunmadığı takdirde işçiyi tekrar kendisi açısından, işletme açısından çok büyük bir sakınca yoksa, işe alabilir, bu mümkündür, yeniden bir iş ilişkisi kurulabilir; ama, bunu sakıncalı buluyorsa, çoğu kez sendikal faaliyetlerdeki olumsuz ilişkiler sonucunda ortaya çıkan bir durumdur bu, o takdirde bir tazminat ödemesi gerekecektir. Tazminatın miktarının belirlenmesinde de tabii mahkemenin bir takdir hakkı var olayın özelliğine göre.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz teşekkür ederiz Nüvit bey, sağ olun.

Çok geciktik, ama buyurun Muhammet bey. Konuyu ilk gündeme getiren sizdiniz.

Yrd. Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Çok teşekkür ederim Hocam.

Aslında konu genişlemesin diye başlangıçta fazla tartışmaya girmek istemedim. Ben bu çalışmaya, size çıkacak Armağan'da bir yazı için başlamıştım.

Prof. Dr. Baki KURU: Sürpriz olacak benim için. Peki...

TARTIŞMALAR

Yard. Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: 10 sayfa diye başladığım bir çalışmaydı, fakat 30 sayfayı buldu. Çünkü, sadece bu hüküm değil, bir önceki hüküm de, yani İş Kanunu'nun 20. maddesinden başlayan bu iş güvencesiyle ilgili yargılamaya ilişkin düzenleme gerçekten çok enteresan. Yargılamanın iki ay içerisinde bitirilmesi öngörülüyor. Ayrıca, temyiz halinde Yargıtay'ın uyuşmazlığı kesin olarak hükme bağlayacağı belirtiliyor. Yani, alıştığımız bözma veya onama şeklinde değil, yeniden hüküm verme şeklinde bir düzenleme var.

Haddim olmayarak (Nüvit Hocam da buradayken), ILO Sözleşmesi'nde hüküm var; sözleşmeciler devletlere üç imkân tanınmış. Bunların temel iki tanesi şu: Ya doğrudan "*Geçerli sebeple fesih yoksa hiç işe iadeye karar vermeyin, sadece tazminata karar verin*", onu Hocam belirtti. Sebebi de, işçi de işe dönmek istemiyorsa, bozulan iş ilişkisi çerçevesinde, iş ilişkisini yeniden kurmayı zorlamanın anlamı da, faydası yok. Veya şunu yapın diyor sözleşme: "*İşe iade, ama işe iade olmaz ise tazminata karar verin*". Fakat, tazminata karar verirken, işte bu hükmü nasıl belirleyeceksiniz; özellikle de bizim yargılama ve icra hukuku sistemimiz karşısında bunun sıkıntısı var. Sorunların bir çoğu da bundan çıkıyor.

Ben burada sizlerin yanında haddim olmadan, son olarak bir serzenişte bulanmak istiyorum. Maddî hukuk hükümleri konulurken usul hukukçularından yararlanılsa daha iyi olur, düşüncesini her hâlde hâkim kılmak lazım. Hatırlarsanız, geçen sene siz de, Üstündağ Hocam da, Medeni Kanundaki düzenlemelerle ilgili olarak bu hususu özellikle dile getirmiştiniz. Biraz belki oradan da kaynaklanan bir sorun. Ama, sonuçta bu hükümlerin mutlaka tekrar gözden geçirilmesi lazım.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz teşekkür ederiz.

Bu konuyu getirdik. Sizin makalenizde 30-40 sayfaya çıkacak şekilde bir tartışma yaptık.

Çok teşekkür ederiz. Sanyorum vakit geçti, ama yararlı bir tartışma oldu.

Size de söz veriyorum. Sorular uzun, ama acele etmeyin. Yani söz veriyorum sizin sözünüzü kesmeyeceğim.

Buyurun Sayın Budak.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Teşekkür ederim Hocam.

İlk önce, alınmış olan her bir söze cevap vermek şeklinde değil, ama her konu üzerinde, belki bazen evvel söylediklerimi tekrar ederek, bazen bazı şeyleri ilave ederek konuları tek tek yeniden gündeme getirmek istiyorum.

Şarta bağlı hüküm meselesi... Zannediyorum az evvel konuşurken de doğru ifadeleri kullanmaya çalıştım, ama çok da kendimi iyi ifade edemedim. Biraz da şundan kaynaklanıyor: Tabii tebliğimin bir müsveddesi var, fakat o müsveddeyi size dağıtmadım. Başlıkların arasındaki birtakım açıklamaları çıkarttım ve izlemekte kolaylık olsun diye, sadece mahkeme kararlarını sizlere dağıttım.

Dolayısıyla, elimizdeki metin teksir edilmiş mahkeme kararlarından ibaret. Onun üzerindeki başlıklar da "*muhtevaya dahil değil*", bazen sözleşmelerin sonuna yazıldığı gibi. Şarta bağlı hüküm başlığını orada kullanmış olmama rağmen, vermiş olduğum iki kararın -gerek satış vaadi sözleşmesiyle ilgili kararın, gerekse geçit irtifakı, zaruri geçit hakkıyla ilgili kararın- şarta bağlı hüküm ile ilgili olduğunu, yahut da o kararlarda şarta bağlı hükümlerin verilmiş olduğunu söylemedim; öyle ifade etmek istemedim.

Öyle ifade ettiysem, demek ki doğru ifade edemedim. Sadece, "*şarta bağlı hükmü yeniden tartışmamıza, hatırlamamıza, gündeme getirmemize imkân verebilecek kararlar bunlar*" dedim. Çünkü, evvelce hep bu önalm hakkıyla ilgili 1951 tarihli İctihadı Birleştirme Kararı bahis konusu oluyordu. Şimdi bunun yanında, bu gerek geçit hakkıyla, gerek satış vaadiyle ilgili

TARTIŞMALAR

kararları da koyunca konuya daha geniş açıdan bakma fırsatı doğuyor.

Yargıtay bu kararları münferit hâllerde vermiş tabii. Hakan Hocamın da isabetle söylediği gibi, Yargıtay bunları verirken asıl hatırında tuttuğu meseleler şunlar: "163. maddeye göre kesin süre midir, değil midir?" "Kesin süre nasıl verilir?" Bu konuları tasrih etmek düşüncesiyle verilmiş bu kararlar. Belki de şarta bağlı hüküm hiç hatıra gelmemiş. Şarta bağlı hükmün hukukumuzda, Usûl Kanunumuzun şimdiki hükümleri muvacehesinde caiz olmayacağı görüşüne ben de iştirak ediyorum. Ama bütün bu Yargıtay kararlarını yan yana koyduğumuz zaman, bu Yargıtay kararları bize bir ilham veriyor.

Günün birinde şarta bağlı hüküm meselesini ele alıp bir kanun değişikliği yaparken bunu kanunumuzda yansıtmak istersek, pekâlâ bu Yargıtay içtihatlarında belirmiş olan görüşleri kanunumuza aktarabiliriz. Tabii sizin de ifade ettiğiniz gibi, burâda hükmün şarta bağlanması söz konusu değil. Ama, hüküm vermeden evvel hakimin, belirli bir şartın yerine getirilmesini -gene Hocamın isabetle söylediği gibi- bir ara kararıyla taraflara bildirmesi söz konusu. Bu bakımdan kararlar ilginç ve konuşmalardan da çok istifade ettim.

Belki başta söylemek gereken genel bir şeyi söze başladıktan sonra söylüyorum. Bu toplantıdan çok memnunuz. Hepimiz çok severek, sevinerek yapıyoruz. Gerek konuşmalar sırasında, gerek daha sonra söz alan Hocalarım, meslektaşlarım söz aldıkları vakit, o tartışmaları dinlemekten de çok zevk aldım ve kendimi dostlar arasında hissettim, Hocalarımın arasında hissettim. Bu dostluk havası da tabii bilimsel çalışmanın etkinliğini ve verimini de çok artıran bir şey. Bu toplantıların böyle hiç aksamadan devam etsin; zaten kesintiye uğrayacağını hiç zannetmiyorum. Bunu bir defa daha temenni ediyorum ve bu ortamı sağlamış olan, önyak olmuş olan Hocalarım başta olmak üzere, bütün arkadaşlarıma bir defa teşekkür ediyorum.

İş Kanunu'nun 21. maddesi -rakamı yanlış hatırladığım için ilk önce 27 dedim- 21. maddesiyle ilgili olarak da, burada

konuşulanlar, öyle zannediyorum ki, bir araya konulduğu zaman bir resim ortaya çıktı. Bir defa, 21. maddede öngörülen hüküm bir şarta bağlı hüküm kurulmasına ilişkin değil kanaatimce, benim burada konuşulanlardan çıkarttığım neticeye göre. Burada "işçinin işe iadesi", bir şeyin yapılmasına ilişkin bir eda hükmü. Hükmün konusu da işçinin işe iadesidir.

Fakat, bu mümkün olmazsa, bunun yerine bir tazminat ödenmesi öngörülüyor, tıpkı menkul teslimine ilişkin ilamlar hakkındaki 24. maddede olduğu gibi. Fakat, tabii bir şeyin yapılmasına yahut yapılmamasına ilişkin ilamlar hakkındaki 30. maddedeki mekanizma 24. maddedeki mekanizmadan farklıdır. Orada, ilamda belirtilmiş olan tazminat miktarının haciz yoluyla tahsil edilmesi değil de, işte icra memurunun bilirkişi vasıtasıyla yapılması emredilen işin kıymetini takdir etmesi ve ondan sonra haciz yoluna gitmesi gibi bir mekanizma söz konusu.

Benim kanaatimce, baştan itibaren konuya şöyle bakmak mümkün: Hocam Ömer Ulukapı'nın isabetle belirttiği gibi, 74. madde'de bahsi edilen istisnalardan biri var, yani "hakim, talep edilmemiş şeye hükmedemez" kuralımız var. Kanunî istisnaların saklı olduğunu söylüyor Usûl Kanunu. İşte bu kanunî istisnalardan biri bu. Burada davacı sadece işe iadeyi talep etmiş olsa bile hakim, işe iade talebini karara bağlarken bir de böyle terditli olarak icra edilebilecek -terimi kullanırken de tereddütle kullanıyorum- ama onun yanında, bu yapma emrinin eda edilmemesi hâlinde tahsil edilecek tazminat miktarının ne kadar olacağına ilişkin bir hüküm fıkrasına yer verecek.

Ondan sonra kanaatimce hükmün icrası da şöyle olacaktır; 24. madde, 30'uncu madde ve İş Kanunu'nun hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bu hükümler birlikte ve kıyasen uygulandığında şöyle bir sonuca varmak mümkün olacaktır: İşçinin işe iadesi için işverene bir süre verilecektir. Bu süre içinde işveren tarafından bunun gerçekleştirilmemesi hâlinde hükümde belirtilmiş olan tazminat, tıpkı 24. maddede söylendiği gibi, fakat 30. maddedeki gibi yeniden bilirkişi tetkikatına filan ih-

TARTIŞMALAR

tiyaç olmadan işverenden tahsil edilecektir. Böylece İcra İflâs Kanunumuzun 24., 30. maddelerini ve İş Kanunu'nun yeni 21. maddesini bir arada masanın üzerine koyunca, 21. madde hükmünün Usûl Kanunu'nun 74. maddesinin istisnasını teşkil ettiğini de kabul edince, öyle zannediyorum ki, bu hükümlerin uygulama imkanının olduğu sonucuna varmamız mümkün.

"Mesele-i maddiyenin takdirinde hata" ile ilgili olarak, Yavuz Alangoya Hocamın işaret ettiği, orada bir soru işareti olduğu hususuna ben de katılıyorum. Zaten altı çizilmiş satırlardan biri o elimdeki notlarda. Tabii, temyiz kanun yolunun gayesiyle ilgili tartışmalar hatırlanınca, "hukuki birliği mi sağlamaktır, yoksa somut olay adaletini mi sağlamak da bir ölçüde temyiz kanun yolunun gayesi midir" konusundaki tartışmaları hatırlayınca, Yargıtay'ın maddî meseleye müdahale etmesi ve hele böyle âdeta istinafın rolünü üstlenerek müdahale etmesi, gayet tabii, somut olayda doğru karar verilmesiyle ilgili olabilir.

Yargıtay'ın maddî meseleye müdahale etmesi, hukukun birliğinin sağlanmasıyla ilgili değil, olsa olsa Yargıtay'ın genişletilmiş temyiz anlayışı içinde bir parça istinafın da görevini üstlenerek somut olay adaletine hizmet etmek maksadıyla hareket etmesiyle ancak açıklanabilir. Yoksa, bu kararın gerekçesinde hukukun birliğinin sağlanmasından bahsedilmesi bence de uygun olmamıştır.

Şunu belki eklemek lazım: İstinaf mahkemeleri kurulduğu zaman acaba 428. maddenin 5. bendine ihtiyaç kalacak mıdır? Kanaatimce artık kalmayacaktır. Nitekim tasarıda da öyle. Tasarıda da temyiz sebepleri sayılırken onun içinden "mesele-i maddiyenin takdirinde hata" çıkartılmıştır, isabetli olarak. Dolayısıyla, bir defa, istinaf mahkemeleri kurulup çalışmaya başladıktan sonra Yargıtay'ın artık bu konudaki içtihatlarını gözden geçirmesi ve çok daha çekingen davranması; belki hakikaten fevkalâde istisnai hâllerde ve -gene Saim Üstündağ Hocamın belirttiği gibi- hukuki tavsifle, hukukî nitelendirmeyle yakından bağlantılı olan hâllerle sınırlaması icap edecektir, "mesele-i maddiyenin takdirinde hata" kavramından yola çıkarak

bir bozma kararı vermeyi düşünecek ise. İstinaf getirilirken, kanundan 428/5'in çıkartılması isabetli olmuştur.

434. maddedeki, eksik masrafların, harçların tamamlanması yahut gönderilmesi konusundaki Hukuk Genel Kurulu kararına gelince; acaba Yargıtay burada "gönderme, tamamlama" kelimeleriyle oynayarak bir -çünkü söz alan Hocalarımdan biri o tabiri kullandı- "kavram hukukçuluğu" mu yapmıştır, yoksa "menfaat hukukçuluğu" mu yapmıştır? Söylemek zor. Kavram hukukçuluğu ve menfaat hukukçuluğu kavramlarını hangi manada kullandığımıza bağlı. Ama şu var ki: 434. maddemiz bir yandan yargılamaların hızlandırılmasına, temyiz aşamasında zaman kaybına sebep olacak olan işleri, işlemeleri önlemeye yönelik bir madde. Bir taraftan da, hakikaten, gene Baki Kuru Hocamızın çok isabetle belirttiği gibi, kasap et derdinde, koyun can derdinde. Hakikaten ufak posta pulu masrafının ödenmemesi sebebiyle temyiz hakkının kaybına sebep olabilecek bir madde.

Öyle bakınca meseleye, acaba hak arama hürriyetiyle ne kadar bağdaştırılabilir kanunumuzun bu hükmü; onu söylemek lazım. 434. maddenin 3. fıkrasının bir defa olması gereken hukuk bakımından gözden geçirilmesi lazımdır. Ama, olan hukuk bakımından, Yargıtay böyle bir hak kaybına sebep olmak için, posta pulunun yatırılması sebebiyle temyiz hakkının kaybedilmemesi için, kanun hükmünü bir parça zorlayarak da olsa böyle bir yorum yapmıştır. Akademisyen olarak belki eleştirilecek bir hüküm, ama Yargıtay kürsüsünde oturunca da belki Yargıtay'ın bu eğilimini anlayışla karşılamak mümkün.

Gene görev konusuyla ilgili olarak, şunu ifade etti Abdürrahim Karşı Hocamız: "Bir rücu davası söz konusu olduğuna göre bunun arkasında bir halefiyet durumu var. Bu nedenle, maddî hukuk bakımından da, zaten rücu davası gündeme geldiğinde mesele BAĞ-KUR Kanununun maddî hükümleriyle ilgili olmaktan çıkmaz. Bu bakımından da meseleye bakıldığında, rücu davalarında iş mahkemelerinin görevinin dar yorumlanmaması lazımdır" diye ifade ettiler. Ben de o görüşe tamamıyla katılıyorum.

TARTIŞMALAR

Baro pulları bakımından tabii 61. madde hatıra geliyor, davaya vekâletle ilgili 67. madde hatıra geliyor. İkisinin de doğrudan doğruya uygulanma imkânı yok; ancak kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Çünkü, burada vekâletnamenin geçersizliği söylenmiş değil. Benim önerim, burada Harçlar Kanunu'nun 32. maddesinin de kıyasen uygulanabileceği yolunda idi. Ama, dediğim gibi, böyle şekli hükümlerle hak arama hürriyetini sınırlandırdığı için burada gene kanun koyucuyu da eleştirmek lazım.

Tabii, buradaki bu çok yararlı tartışmaları da dikkate alarak tebliğimin müsveddesini nihai hâle getireceğim ve sizlerin yeniden incelemesine sunacağım. O vakit Saim Üstündağ Hocanın, mukayeseli hukuktan daha fazla istifade etmek yolundaki uyarısını da dikkate alacağım.

Nihayet Baki Kuru Hocama çok teşekkür ediyorum. Neticede benim belki eksik bıraktığım bir şeyi tamamlayarak *"bütün bu kararların şöyle hepsine tepeden bakıldığında ne söylemek lazımdır, nasıl bir sonuç yahut genel değerlendirme yapmak lazımdır"* konusundaki sözleri için. Onlara da yürekten katılıyorum.

Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde iş bölümüyle ilgili olarak yapılmış olan eski kanun değişikliği örnek alınarak, *"yapılacak kanun"* bakımından, iş mahkemesinde görülmesi gereken bir davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmüş olmasının, esasa ilişkin başkaca bir bozma sebebi yoksa tek başına bozma sebebi yapılmamasının daha uygun bir kanunî düzenleme olacağı konusundaki görüşüne de katılıyorum.

Teşekkür ediyorum efendim.

Prof. Dr. Baki KURU: Biz de teşekkür ediyoruz.

Böylece tebliğ ve cevaplar bitmiş oldu ve çok yararlı oldu.

Sayın Ali Cem Budak da belirtti, iş hukukuyla ilgili, İş Kanunu'nun 21. maddesiyle ilgili görüşleri, buradaki katkıları da tebliğinde değerlendirecek ve bakınız, birden fazla, hatta

ikiden fazla görüş çıktı, Almanlar, "iki hukukçu bir araya gelince üç görüş ortaya çıkarmış" derler, bizde üçten de fazla görüş ortaya çıktı, onu sizle bağdaştırırsanız, ama Sayın Muhammet Özekes'ten bekliyoruz.

Teşekkür ederim.

Öğleden sonra 2.30'da toplanmak üzere toplantıyı tatil ediyorum.

Teşekkür ederim.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
4 Ekim 2003 (14.00-15.30)

2000-2003 YILLARI ARASINDA
YARGITAY'IN İCRA-İFLÂS HUKUKUNA
İLİŞKİN KARARLARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi)

Tebliğî Sunan
Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Öğleden sonraki oturumumuza başlıyoruz. Bu Oturumda, yine sabahki gibi, 2000-2003 yılları arasına döneceğiz ve "2000-2003 Yılları Arasında Yargıtay'ın İcra İflâs Hukukuna İlişkin Verdiği Kararların Değerlendirilmesi"ni Sayın Doç. Dr. Abdurrahim Karslı'dan dinleyeceğiz. Bu oturumun başkanlığını Sayın Hocam Prof. Dr. Saim Üstündağ yapacak. Ancak, ben Hocamdan, bana dün verdiği bir makaleyle ilgili bir talepte bulundum. Lütfetti, kabul ettiler. O konuda da kendisinden açıklama yapmasını bekliyorum.

O da şu: Bilindiği gibi, kısmî dava bizim uygulamamızda sıkça görülen bir dava tipi. Ama, bu davaların özellikle 87. maddenin son cümlesinin, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra, özellikle müddeabihin ıslah yoluyla artırılabilmesi konusunda bazı tartışmaları gündemine getirdi. Yargıtay, ıslah suretiyle müddeabihin artırılması konusunda bugüne kadar çeşitli kararlar verdi; bunların içinde Hukuk Genel Kurulu kararları da var. Hem bu kısmî davalarda hem de genel olarak açılmış davalarda müddeabihin artırılmasına ilişkin problemleri Hocam makalesinde yazmış. Bunu ben dün okudum. Bu makaleyi hepimiz zaman içinde okuyacağız. Ama, hazır burada toplanmış iken, Hocamdan bu konuda bize genel bir bilgi vermesi konusunda istemde bulundum.

İlk önce Hocam bu oturumda veya oturumun sonunda, kendisi nasıl takdir edecek bilemiyorum, bu konuda bilgi

verecek, daha sonra da Abdurrahim Karşlı beyin sunumunu dinleyeceğiz. Bu arada, tabii ki Kamil beyden istinaf mahkemeleriyle ilgili yine bir ara sunum bekliyoruz. Çünkü, bu konunun asıl uzmanı dün yoktu aramızda. Hatta Nevhis hanım da bu konuda daha önce Barolar Birliğinde bir tebliğ sunmuştu istinaf mahkemelerinde dün özellikle tartıştığımız yeni vakaların ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda. Bu konuda da kısa bir açıklama dinleyebilirsek bugünkü programımızı tamamlamış olacağız. Yarın sadece bize özgü bir oturum var. Yani bize özgü derken, medeni usul ve icra iflas hukukçularıyla ilgili. Bu oturumun başkanlığını da yine Baki Hocam yapacak. Ve bu iki toplantının bundan sonra nasıl sürmesi konusunda birlikte kararlar alacağız.

Şimdi Saim Hocayı ve Sayın Karşlı'yı davet ediyorum.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Efendim, oturumu açıyorum.

Sayın başkanın açıklamaları, benim önce bazı açıklamalar yapmam şeklindeydi. Ben tebliğ sahibi olduğum zamanlar büyük heyecanlar duyardım. Bu heyecan duyma şimdi Karşlı'da. Onun için isterseniz önceliği Karşlı'ya verelim. O heyecanını yatıştırın, sonra bana izafe edilen, yüklenen konu hakkında bazı açıklamalarda bulunurum.

Buyurun, söz sizin Sayın Karşlı.

Tebliğ Sahibi: Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve
İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

YARGITAY'IN 2000-2003 YILLARINDA YAYIMLANAN İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Böyle bir çalışma, yani İcra İflâs ve Usûl Kanunu'na ilişkin bir çalışma ve belli yıllara ait bütün kararların değerlendirilmesi kanaatimce daha uzun bir zamana yayılarak ve hiç olmazsa belli madde aralıklarında bölünerek yapılmalı. Mesela ilk 100 madde bir şahsa, ondan sonraki kısmı ayrı bir şahsa. Bu şekilde kısa süre içerisinde küll olarak bir kanun değerlendirilmesi zor bir iş; evvela bunu ifade etmek istiyorum. Bir de, bu görev bana, yurt dışından döndükten sonra Ağustos ayında tevdi edildi. Bu kısa süre içinde yapmaya gayret ettiğim bir görev. Onun için de bazı kusurlarım olacak. Şimdiden onu nazarlarınıza arz etmek istiyorum.

Diğer bir husus, öğleden önce incelediğimiz konularla, yani usul hukukuna ilişkin olduğu kadar Yargıtay'ın icra hukukuna ilişkin kararlarında bir ahenk, çok prensip niteliğinde bazı şeyleri bulmak da zor, hatta öyle ki, aynı dairenin kısa aralıklarla birbirine zıt kararlarını bulmak da mümkün. Böyle bir uygulama içinde prensip niteliğinde bazı şeyleri çıkarmak zor. Onun için ben şöyle bir yol izledim: Evvel seçerken dikkat ettiğim kararlar, hiç olmazsa bir prensibi ifade eden kararlar olsun; ikincisi de, uygulama ve teori açısından devamlı nazara alınacak kararlar cinsinden olsun diye bir tercih yaptım.

"İcra iflas hukuku" denildiği zaman, "İcra İflâs Kanunu'nun uygulanması" denildiği zaman en çok üzerinde durulması, nazara alınması gereken organ, merci icra tetkik merci. Dolayısıyla, İcra İflâs Kanunu'nun uygulanmasında da en çok sıkıntıların teraküm ettiği, birleştiği, odaklandığı nokta icra tetkik merci ve icra tetkik merciinin kararlarının temyizi. Gel ki, icra iflas

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

hukukunda görev yapan, malûm olduğu üzere sırf icra tetkik mercileri değil, ama en çok sıkıntıların odaklandığı yer orası.

Diğer bir husus, icra tetkik merciinin verdiği kararlar doğrudan doğruya alacaklının, borçlunun ve üçüncü şahsın menfaatini doğrudan doğruya etkileyen kararlar, yani sonuca götüren takibi veya takibi engelleyen kararlar. Bunun için de icra tetkik merciinin verdiği kararların üzerinde çok durmak gerekir diye düşünüyorum.

Bu kadar önemli bir organ iken, evvela, yıllardan beri, hâlâ da günümüzde icra tetkik merciinin niteliği tartışılmış. Daha sabahleyin aldığım bir kararda bile, Baki Hocamızın takdim ettiği bir kararda bile hâlâ, icra tetkik merci bir mahkeme midir, değil midir tartışması var. Yani 2003'ün 5. ayında verilmiş bir karar. 2000 sonrası kararları tartıştığım için gene olan bir karar, icra tetkik merci, acaba yabancı unsurlu bir ihtilaf önüne geldiği zaman Milletlerarası Özel Hukuku ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun'un 32. maddesinde aranan, teminatı araması gerekir mi, gerekmez mi tartışması var.

Niye bu tartışma yapılıyor? O hükümde malûm, ifade ediliyor, deniliyor ki, "*mahkemeler ve icra daireleri yabancı unsurlu bir davada şöyle, şöyle teminat arar*" filan diye. "*Mahkemeler ve icra daireleri*" denildiğine göre, icra tetkik merci de bir mahkeme olmadığına göre, icra dairesi de olmadığına göre acaba icra tetkik merci de huzurundaki yargılamada böyle bir teminatı arayacak mı, aramayacak mı tartışmaları var.

Kısaca ifade etmek gerekirse, icra iflas kanununun uygulanmasında çok önemli bir merci olmasına rağmen, taa 1965'te dahi Anayasa Mahkemesi'ne kadar gidip, Anayasa Mahkemesi, "*özel nitelikte bir mahkemedir*" demesine rağmen bugün hâlâ icra tetkik merciinin niteliği tartışılıyor. Bir kere, Yargıtay'ın evvela bu konuda tutumunu çok iyi belirlemesi lazım; bir. Yargıtay'ın kararlarında bu netliği görmek mümkün değil. Niye bu netliği görmek mümkün değil?

Şu açıdan: Bazı kararlarında Yargıtay diyor ki, bahsettiğim en son kararında da diyor ki, "*icra tetkik merci özel nitelikte bir*

mahkemedir", ama diğer kararında da diyor ki, "*icra tetkik merci görevsizlik kararı veremez.*" Özel nitelikte bir mahkemedir dedikten sonra, görevsizlik kararı veremez, sadece önüne gelen taleple ilgili, talebin kabulüne veya reddine karar verir demek mümkün değil. Mümkün değil; hem icra tetkik merciinin niteliğinden kaynaklanan bir hüküm, hem de İcra İflâs Kanunu'nun hükümlerine aykırı bir hüküm. Niye? En barizi, 363. maddede diyor ki, "*icra tetkik merciinin temyizi kabil kararları sayılırken, işte göreve ve yetkisizliğe ilişkin kararlar temyiz edilir.*"

Biz, o "*göreve ve yetkisizliğe ilişkin*" ifadesinde, sadece icra dairesinin görev ve yetkisizliğine ilişkin değil, Mercii kendi görev ve yetkisine ilişkin kararların da temyiz edileceğini kabul ediyoruz. Onun için, evvela Yargıtay'ın kararlarında bu hususu netleştirmeli; bir. İkincisi, özel nitelikte bir mahkemedir dedikten sonra, icra tetkik merciinin yargılama usulü hakkında da Yargıtay'ın kararları net değil.

Mesela elimdeki kararlarda diyor ki, "*icra tetkik merciine bir şikâyet vuku bulmuş ise*", bu şikâyet de şu: Boğazdan geçen bir gemiye el konulmuş, haczedilmiş, "*icra tetkik merci*" diyor, "*bu işlemin usulüne uygun olup olmadığını Türk Ticaret Kanunu hükümlerini de nazara alarak, hatta Türkiye'nin taraf olduğu milletler arası sözleşmeleri de nazara alarak...*" deniliyor,

Öteki taraftan, gene 2002 tarihli elimdeki bir karara göre diyor ki Yargıtay'ın 12. Hukuk Dairesi, "*mercie bir ihtilaf gelmiş*" diyor, ihtilaf da şu: Kira alacağının tahsiline ilişkin bir takibe girişmiş alacaklı, icra tetkik merci diyor ki, "*kira kontratı var olduğuna göre*" ve Yargıtay'ın da tasdik ettiği bir karar, kira bedeli de ödenmediği sabit olduğuna göre veya ödendiği ispat edilmediğine göre takibin devamına karar verilmek gerekir.

Borçlunun, bizim elimizdeki kira kontratında hususi bir hüküm var; "*tabii afet, beklenmeyen haller olursa dolayısıyla kira bedeli ödenmeyecektir*", işte kontrattaki bu hüküm ve bu hüküm de, Düzce'de meydana gelen depremle tabii afetle sabit ve mahkemedен yaptırıldığı bir tespitle de "*bu tabii afet olan yerde söz konusu kira kontratına söz konusu olan yerde de hasar meydana*

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

gelmiştir, kullanılması mümkün değildir” demesine rağmen Yargıtay diyor ki, “sınırlı inceleme yetkisine haiz icra tetkik merci bu hususları araştıramaz, dolayısıyla, bir, kira kontratının varlığı ortada, iki, kira bedelinin ödenmediği sabittir, dolayısıyla icra tetkik merci takibin devamına karar vermesi gerekir.”

Onun için diyorum ki, bir, tetkik merciin niteliği hakkında Yargıtay kararlarıyla uygulamayı ve teoriyi yönlendirmeli, iki, Yargıtay kararlarıyla, icra tetkik merciinin hangi inceleme yetkisine sahip olduğunu çok açık ifade etmeli. Hatta keşke en son kanun değişikliğinde şu yapılsaydı: 18. maddede bu hususa ilişkin bir düzenleme yapılsaydı, hatta şöyle bir düzenleme yapılsaydı: *“icra tetkik merci denildiği zaman üç fonksiyonu ifa ediyor; bir, itirazın kaldırılmasına ilişkin talepleri inceliyor, iki, icra tetkik merci şikâyete ilişkin, şikâyet yoluyla kendisine intikal eden işlemler hakkında karar veriyor, üç, cezaya ilişkin bazı hükümler hakkında kararları var.”*

İcra tetkik merci basit usulü muhakemeyi uygular diyoruz. Basit usulü muhakeme Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş. Ancak, itirazın kaldırılmasındaki usulle şikâyetin kaldırılmasına ilişkin usul arasında farklar var. Nitekim, itirazın kaldırılmasına ilişkin hâllerde kanun koyucu özellikle 68'e ilişkin belgeleri aramakla icra tetkik merciinin elini kolunu daha bir bağlamışken, şikâyete ilişkin taleplerde, hatta Sayın Hakan Hocamızın da savunduğu görüşe göre, diyor ki, *“teksifilkesi dahi geçerli olmamalı.”* Özellikle kanunda yapılan son tadilat da bu görüşü kuvvetlendiriyor. O son tadilatta bir cümle eklenmiş kanuna, malûmunuzdur gene, *“icra tetkik merci hâkimi eğer isterse işlemi yapan icra memurunu dinler.”*

Eskiden böyle bir ifade yoktu. İşlemi yapan icra memurunu da, şikâyeti halletmek prosedürünün herhangi bir safhasında dinleyeceğine göre ve bu hususta da tereddütler ettiğinde yeni deliller celp edeceğine göre, Hocanın eskiden müdafaa ettiği, *“şikâyet prosedüründe özellikle teksifilkesi geçerli değildir”* görüşü daha da çok kuvvetlenmiş gibi geliyor. Onun için diyorum ki, hiç olmazsa kanun değişikliği yapılırken 18. maddede veya devamında icra tetkik merciinin bu incelemesine ilişkin bazı

konularda da daha açık bir düzenleme yapılısaydı daha iyi olurdu diye düşünüyorum. İşte Yargıtay'ın bu hususa ilişkin kararlarında, hemen hemen hepsinde ya icra tetkik merciine kanunda ifade edilenden daha geniş bir yetkiler vermekte veya icra tetkik merciini, "*sınırlı inceleme yetkisini haizdir*" deyip elini kolunu bağlamakta.

Özellikle, 16. maddedeki bir düzenleme var, hepimiz hatırlayalım; "*şikâyet sebepleri*." Şikâyet sebeplerinin, diyor ki, 1. fıkradaki hallerinde sınırlı şikâyet süresi vardır; 7 günlük süre içinde şikâyet hakkını kullanması lazım. 2. fıkraya ilişkin hâllerde süresiz şikâyet hâli var. Yargıtay uygulamasında buna bir şikâyet sebebi daha eklemiş, gene malûmunuz; "*kamu düzeninden kaynaklanan hâllerde de sınırsız şikâyet hakkı vardır*" diyor. Ama, Yargıtay bazı kararlarında bu noktada o kadar ileriye gidiyor ki, mesela bir kararında şöyle diyor: "*Borçlanma ehliyetinin bulunmadığı yönündeki itiraz da kamu düzenine ilişkin bir itirazdır ve bu süresiz ileri sürülebilir.*"

Şimdi, şikâyet sebeplerinde kamu düzeninden kaynaklanan hâllerde süresiz o şikâyet sebebinin ileri sürme hakkı verelim derken, Yargıtay bazı kararlarında, hatta dediğim gibi, şikâyetten de öte itiraza ilişkin de bazı hususların âdetâ süreye tâbi olmadan ileri sürülebileceği yönünde sanki kararlar vermek meylinindedir.

icra tetkik merciinin hem bu mahiyetine, hem de inceleme usulüne ilişkin kararlarından çıkardığım bu hususu belirttikten sonra, mesele bir kararında da şöyle diyor: "*icra tetkik merciinin*" diyor, "*sırf imzaya itiraz edilmişse, bilirkişi raporu alarak, 'imza borçluya ait değildir' veya 'borçluya aittir' şeklinde karar vermesi yetmez, o alınan bilirkişi raporunda, bilirkişinin hangi doneleri, hangi unsurları, hangi aletleri kullanarak bilirkişi raporunu hazırladığını da*", yani bilirkişinin o hususta ehil olduğunu da, "*araştırıp ona göre hükmünü itihaz etmesi gerekir*" diye daha geniş bir inceleme yetkisi veriyor.

Yargıtay'ın yetkiye ilişkin kararlarında da tartıştığı diğer bir husus da şu: Yetkiye ilişkin kararlarında da özellikle üye-

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

rinde durulan ve tartışılan nokta, hem icra dairesinin, hem de mahkemenin yetkisine itiraz edilmişse ve yetkiye itirazla birlikte borca da itiraz vaki ise, dosya da mahkemeye intikal etmiş ise eğer, mahkemenin öncelikle icra dairesinin mi, yoksa kendi yetkisinin mi incelemesinin söz konusu olacağı.

Şöyle diyor bir kararında: Mahkeme, öncelikle mahkemenin yetkisinin genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği, burada Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 9 ve 10. maddelerindeki yetki kurallarının nazara alındığında mahkemenin yetkisiz olduğu, yetkisiz mahkemenin, icra dairesinin yetkisi konumunda karar veremeyeceği gerekçesiyle önceki kararında direnmıştır. Yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyuşmazlık, ilamsız icra yoluyla takibin, borçlunun yetkiye ve borca itirazı nedeniyle durması hâlinde, alacaklının açtığı itirazın iptali davasında açıkça kendisi yetkisine de itiraz edilen mahkemenin öncelikle kendi yetkisini mi, yoksa icra dairesinin yetkisini mi inceleyip sonuca bağlaması gerektiğinin aydınlanmasında toplanmaktadır.

İlamsız takipte borçlunun yetkiye ve borca birlikte itirazı nedeniyle takibin durması karşısında yasa, bunu kabul etmeyen alacaklıya takibin devamını sağlamak için iki yol tanımuştur: Bunlardan biri, İcra İflâs Yasası'nın 68 ve 69. maddelerine göre Tetkik Merciiinden itirazın kaldırılmasını istemek, diğeri ise, aynı yasanın 67. maddesi gereğince, mahkemeye başvurmak suretiyle itirazın iptalini istemektir. Eski hükümde şöyle bir ifade de vardı, o yeni kanunda değiştirildi malûm: "*icra tetkik merciiine müracaat etmek istemeyen alacaklı*" diye.

Şimdi, yeni kanunda o "*icra tetkik merciiine müracaat etmek istemeyen alacaklı*" ifadesi kaldırılmış, madde başlıkları da değiştirilerek, "*6 aylık süre içinde isteyen alacaklı icra tetkik merciiine, bir yıllık süre içinde isteyen alacaklının da mahkemeye müracaatı*" kabul edilmiş. O ifade de önemli. Niye önemli? "*icra tetkik merciiine müracaat etmek istemeyen alacaklı*" ifadesini biz doktrinde veya Yargıtay kararlarında şöyle yorumluyorduk: Eğer alacaklı önce mahkemeye müracaat etmiş ise, artık dönüp icra tetkik merciiine müracaat edemez, ama icra tetkik merciiine

müracaat etmiş ise, sınırlı inceleme yetkisine sahip olduğu için icra tetkik merci, daha sonra mahkemeye de müracaat edebilir; ama, Yargıtay kararlarında buna da bir tahdit getirmişti; o da şöyle: Diyordu ki Yargıtay kararlarında, "icra tetkik merciine müracaat edilmiş ve icra tetkik merci bir karar vermiş, bu kesinleşmiş ise, artık süre dolmamış olsa dahi mahkemeye müracaat için bir yıllık süre, mahkeme yapılan müracaat itirazın iptali davası manasında değil, alacağın tahsili manasındadır." Şimdi o, "icra tetkik merciine müracaat etmek istemeyen alacaklı" ifadesi kaldırıldığı için, kanaatimce, icra tetkik merciine müracaat etmiş ise, süresi dolmamış ise mahkemeye, mahkemeye müracaat etmiş olsa bile süresi dolmamış ise ve elinde İcra İflâs Kanunu'nun 68. maddesi hükümlerine uygun belge varsa gene icra tetkik merciine de müracaat edebilmelidir. Çünkü, buna engeli eskiden kanundaki o, "icra tetkik merciine müracaat etmek istemeyen" ifadesi diye gösteriyorduk.

O kaldırıldığına göre, belki Komisyonunda olup da onun hikmetini başka türlü bize izah edip, "sebebi bu değildir" diyen Hocalarımız olur burada; onu da dinleriz. Ama, lafza baktığımız zaman, onun kaldırılmasına da bir mana atfetmek için alacaklıya bu imkânı tanımak gerekir diye düşünüyorum. Bu kayıtlarımı söyledikten sonra kararı okumaya devam ediyorum.

"Her iki hâlde de gerek mahkeme, gerek tetkik merci, hâkime yapılan itiraz nedenleri hakkındaki incelemesinde, bu nedenler içerisinde varsa yetki itirazını, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 190 ve 225. maddeleri hükümleri dairesinde öncelikle incelemek ve karar vermek zorundadır; itirazın iptali davasında mahkeme, icra dairesinin yetkisine yapılan itirazı, tetkik merciinin yerine geçerek çözümlenecektir, bu nedenle, mahkemenin İcra İflâs Kanunu'nun 50/2 maddesi hükmü doğrultusunda tetkik merci gibi önce icra dairesinin yetkisine karşı yapılan itirazı inceleyip kesin olarak sonuçlandırması gerekir."

Eskiden bir tartışma da şuydu malûm: Eğer alacaklı mahkemeye müracaat etmek istiyor ise, icra dairesinin bağlı bulunduğu yerdeki mahkemeye mi gitmesi gerekir, yoksa müracaat edilecek mahkemenin yetkisi genel hükümlere göre mi halle-

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

dilmek gerekir diye bir tartışma vardı. Hatta, o hususta hem Baki Hocamız tarafından, hem de Saim Hocamız tarafından makaleler de yazılmıştı. Hukuk Genel Kurulu'nda Yargıtay o noktadaki kararını da şöyle açıklıyor: *"Kaldı ki, itirazın iptalini tetkike yetkili olan mahkeme, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin yargı çevresindeki mahkemedir, o nedenle, mahkemenin icra dairesinin yetkisine yönelmiş olan itirazı da tetkik etmesi olağandır, gerekçede de, bu yetki itirazının araştırılması sonucunda kendisinin de yetkili olup olmadığı belirlenecektir; öte yandan, itirazın iptali davası her ne kadar genel hükümler çerçevesinde yargılamaya tâbi ise de, davanın temelini icra takibinin oluşturduğunda ve davanın icra takibiyle ayrılmaz bir bütün teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır."*

Hukuk Genel Kurulu'nun kararındaki çoğunluğun kararı-na karşı... Tekrar ifade etmek gerekirse, Hukuk Genel Kurulu kararında neyi diyor? Diyor ki, *"hem icra dairesinin, hem de mahkemenin yetkisine itiraz varsa, mahkeme öncelikle icra dairesinin yetkisini inceler ve karara bağlar"*; azınlıkta olan görüş ise buna karşı şunu iddia ediyor: *"Hayır"* diyor, *"mahkeme evvela kendi yetkisini incelemesi lazım."* Niye? *"Eğer mahkeme yetkili değilse, yetkili olmadığı bir hususta tetkikata girmiştir, ki onun için önce kendi yetkisini incelemesi gerekir."*

Bu Hukuk Genel Kurulu görüşünün kendi içinde bir mantığı ve doğruluğu var, özellikle de şu fikir kabul edilirse: *"İtirazın iptalini tetkike yetkili olan mahkeme, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemedir"* dersek bu görüşün kendi içindeki doğruluğu daha da bir ortaya çıkmakta. Çünkü, eğer icra dairesinin bağlı bulunduğu yerdeki mahkemeye müracaat ediyorsak, zaten mahkemenin icra dairesinin yetkisini araştırması demek, dolaylı olarak kendi yetkisini de araştırması demektir.

Yargıtay itirazın kaldırılmasına ilişkin kararlarında sanki 68'e de ek bazı şartlar arıyor gibi bir tutum içinde; o da şöyle: Mesela diyor ki, *"hem asıl borçluya, hem de kefile karşı takip yapılmış ise, özellikle kefilin yaptığı itirazların kaldırılması için 68 normlarına uygun belgeler yetmez, maddi hukuk açısından da kefaletle ilişkin şartlara bakman gerekiyor"* diyor icra tetkik merciine.

O da şu: Mesela diyor ki, "kefalet sözleşmesi yapılırken miktar muayyen olmalı, belli olmalı, eğer bu hususta ihtilaf varsa itirazın kaldırılmasına hükmedemezsiniz veya" kefalet sözleşmesinde bir süre kaydı konulmuş, "o süreden sonra belli süre içinde takibe girilmemişse 68 normlarına uygun belge olsa dahi maddî hukuk açısından bu hükümleri nazara alıp itirazın kaldırılması talebini reddetmen gerekir" diye 68. maddenin yanında sanki bazı ek itirazın kaldırılması için şartlar arıyor gibi bir tutumu var Yargıtay'ın kararlarında.

Özellikle 82. maddeye ilişkin Yargıtay'ın uygulaması bir hayli çelişkili. 82. madde, malûm, İcra İflâs Kanunu'ndaki "haczedilmezler grubu"nu sayan, tabiri caizse, haczedilen malları "paraya çevrilir" mallar diye bir küll kabul edersek, onun istisnasını ifade eden bir hüküm. Ve hemen hemen 82. maddenin kanaatimce her bir hükmü de yeniden düzenlenmeye ihtiyaç hisseden bir hüküm. Ama, her nedense gene bu kanun tadilinde hiç dokunulmamış 82. maddeye.

Mesela devlet mallarının haczedilmezliği, bütün bundan başlayıp tamamı gözden geçirilmesi gereken bir hükümler manzumesi diye düşünüyorum. Özellikle 82. maddenin uygulamasında Yargıtay'ın tutumu, mümkün mertebe bu istisnanın sınırlarını daha da daraltmak. Ama, daha da daraltmak derken, gene icra tetkik merciine orada ayrı bir vazife yüklüyor kararlarında Yargıtay; diyor ki, "devlet malı veya işte hususi kanunlarda belli maksada tahsis edilen ifadesinden sen şunu anlamam lazım; bir hesaptaki paranın hacziyse, o hesabı celp et, o hesaba hangi paralar yatırılıyor ve nerede kullanılıyor, bunu tetkik et", gene, "Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bakım ve gözetimi altındaki bir vakfın menkul ve gayrimenkulları haczedilmez" doğru, "dolayısıyla, sen o vakfın kuruluşundan başla, menkul ve gayrimenkulların dışındaki gelirlerini tetkik et, bu gelirler, o gösterilen hususi maksada tahsis edilmeyen gelirler ise, 'onların haczi kabildir' diye hüküm ver" diye 82. maddenin her bir hükmüne ilişkin icra tetkik merciine Yargıtay uygulamasında böyle bir vazife yüklemiştir.

Haline münasip evin haczedilip haczedilmemesi konusunda da, özellikle hâline münasip ev haczedilmez, ama ipotek

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

tesis edilmiş ise, bu feragat umuma mı yöneliktir, değil midir tartışmasında da şöyle bir kural getirilmiş Yargıtay kararlarında: *"İpotek akit tablosunu celp ederek ipotek akit tablosunun muhtevasını incele"* diyor, *"ve bu ipotek akit tablosu; bir konut kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak tesis edilmiş bir ipotekse, bu feragat umuma karşı bir feragat değildir, ama borçlunun serbest iradesiyle tesis ettiği bir ipotekse, o feragat umuma karşı bir feragattir ve hâline münasip ev iddiasından da vazgeçmiş sayılır"* diyor.

Maaş ve ücretlerin haczinde ise şöyle bir tasnifi var: (ki, Yargıtay'ın bu tasnifi, her zaman elde tutmak mümkün değil, âdeta kararın cetvelini çıkarıp ona bakmak lazım, aynen buradan okuyorum) *"Toplusözleşme farkı nemadan elde edilen ücretlerin kısmen haczi caizdir; ikramiye, toplusözleşme farkı ve nema da ücretten sayılacağından, onların da aynı koşullarda haczini engelleyen bir yasa hükmü yoktur; fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam hediyeler ise haczedilmez, çünkü bunlar hediye niteliğindedir"* diyor, *"bunun dışında kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi ödentiler ise ücretten sayılmaz, tamamı haczedilir."*

Yargıtay'ın bazı kararlarının da en son getirilen bir düzenlemeyle hükmü kalmamış, mesela en barizi; *"konkordato mühleti için ihtiyati haciz kararı verilir mi, verilmez mi?"* İşte Hukuk Genel Kurulunda ihtiyati haczin niteliğinden hareket edilerek bir kısım sonuçlara varılmıştı ki, en son tadille açıkça, *"konkordato mühleti için ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği"* hükmü getirildiği için artık o kararın herhangi bir hükmü kalmadı.

Diğer üzerinde durmayı arzu ettiğim Yargıtay bir kararı da, iptal davalarıyla ilgili bir kararı, Hukuk Genel Kurulu'ndan geçmiş iptal davalarıyla ilgili bir kararı. Kısmen karardan okuyup, sonra kanaatimi söylemek istiyorum. O da şöyle: Az yukarıda açıklanan ileri sürülmüş biçimine göre, dava hukuksal nitelikçe Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinin özüne ve sözüne uygun muvazaaya dayanmaktadır, bu bağlamda İcra İflâs Kanunu'nun 277 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenen iptal davaları ile Borçlar Kanunu'nun 18. maddesindeki muvazaaya dayanan butlan davaları arasında ayrıcalıkların belir-

lenmesinde yarar vardır; gerçekten de İcra İflâs Kanunu'nun 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından ciddi ve geçerli olarak yapılmış, bazı tasarruf işlemlerinin hükümsüz kılınması için açılır, oysa muvazaa davası, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarrufi işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettiğini amaçlar.

O nedenle, bu iki dava arasındaki fark, iptal davasının geçerli muamelelere karşı açılmasına karşısın, muvazaa davasının görünürdeki zahiri işlemlere karşı açılmasında kendini gösterir; şu durum karşısında her iki dava, nitelik koşulları ve gerek hüküm ve gerek sonuçları bakımından birbirinden farklı olduğu açıktır, buraya kadar anlaşıldı, her ikisinin mahiyeti ayrı diyor, Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayandırılan muvazaa davasıyla İcra İflâs Kanunu'nun 277 ve devamındaki iptal davasının mahiyetleri açıktır, *"bu nedenlerle, önümüzdeki davanın, İcra İflâs Kanunu'nun 277 ve ardından gelen maddeleri anlamında bir iptal davası olarak benimsenemez; bu dava diğer bir hukukî yönüyle aynı dava olmayıp şahsî davadır"*, farklı bir anlatımla, dava, taşınır mala veya taşınmaz mala ilişkin bulunsa dahi, bu malların aynıyla ilgili bir davadan söz edilemez.

O nedenle, davanın hukukî işlemlerini yok edici nitelikte bir hukuki sonuç yaratmaz ve iktisap edenin borçludan kazandığı iktisaba etkisi yoktur, eş söyleyişle, bu nitelikteki dava sonunda taşınır ya da taşınmaz mülkiyeti el değiştirmiş olmaz; davadan eski malik şeyin mülkiyetini korur ve mülkiyet ne davacıya ne de borçluya döner, bu durum karşısında davalı, iktisap eden borcu ödeyerek davadan kurtulma olanağına ve davaya son verme yetki ve hakkına sahiptir.

Denilebilir ki, bu tür dava, alacaklı davacıya alacağını tahsil olanağı sağlayan nispi nitelikte bir davadır, kaldı ki, davacının istemindeki açıklamalar da alacağın tahsilini sağlamaya yönelik bulunmaktadır; az yukarıda açıklanan hukukî ilkeler ile birlikte ve en önemlisi, davanın muvazaaya dayanan niteliği gözden kaçırılmadığında, davalı, borçlu ile diğer davalı arasındaki satış işleminin hükümsüzlüğü ile borçlu üzerindeki kaydın düzeltilmesine yer olmadan davacının alacağını tahsil

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

edebilmesini sonuca bağlar şekilde dava konusu taşınmazların haciz ve satışını isteme yetkisi davacıya tanınarak uyumsuzluğun çözümlenmesi ve hüküm kurulması gerekir.

Şimdi, kararı yarıya kadar okuduğumda dikkat ederseniz, diyor ki, *"şu durum karşısında, iki dava arasında nitelik ve koşulları hüküm ve sonuçları bakımından farklılık vardır"*, yani 18. maddeye dayanan muvazaa davasıyla 277 ve devamı manasındaki muvazaa davası arasında bir farklılık vardır.

Peki, o zaman, dava muvazaa davası ise, azınlıktan bir görüşün ifadelerini okuyorum, *"öğretide ve uygulamada, bir olayda muvazaa olgusunun kabulü hâlinde durumun eski hâle döneceğinde şüphe yoktur"*, olaya uygun bir başka anlatımla, *"bir tapunun muvazaa nedeniyle iptalinin istenmesi ve bunun kanıtlanması hâlinde ulaşılabilecek sonuca göre hüküm de, danişıklı geçirime dayalı tapunun iptaliyle eski sahibine döneceği yolundadır"*, diğer bir anlatımla, *"muvazaaya dayalı bir tapu iptali isteminde muvazaanın kabulü hâlinde aslolan, çekişmeye konu edilen tapunun iptali ile ortada gerçek bir temlik söz konusu olmadığından tapunun eski malikine dönmesidir."*

Özetle ifade etmek gerekirse bu Hukuk Genel Kurulu kararında diyor ki çoğunluk görüşü; *"Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi anlamında bir muvazaa davası açılmış olsa dahi ve bunda tereddüt edilmese dahi hüküm 277 ve devamı manasında kurulur"*; azınlıkta olan görüş ise, *"hayır, eğer muvazaa sabit ise, ona göre hüküm verilmezse"*, tamamını da okumadım, *"muvazaaya dayanan işleme kısmen geçerlilik, kısmen geçersizlik tanınmış olur, ki bu hukuk mantığıyla izah edilmez, dolayısıyla 277 ve devamı ayrı bir faraziyeyi düzenler, ama Borçlar Kanununun 18. maddesi anlamındaki muvazaa ise ayrı bir faraziyeyi düzenler, eğer muvazaaya dayalı dava açılmış ise tümünden işlemin iptal edilmesi gerekir"* diye bir karar var.

Diğer bir karar da, -biraz da öğleden önce üzerinde tartışılan konuya ilişkin bir karar, onun için değinmek istiyorum- o da şöyle: *"İlamlı icra takibine konu ilamda"*, tırnak içinde, ilamda

aynen varmış bu ifade demek ki, "inşaat ve tesisat malzemelerinin davacıya aynen iadesine, mümkün olmadığı takdirde, takiple bağlı kalınarak 4 milyar Türk Lirasının davalıdan reeskont faiziyle birlikte tahsiline... İcra İflâs Kanunu'nun 24. maddesini öğleden önceki oturumda tartışırken özellikle konuşan Süha arkadaşımız dedi ki, "zaten o manada bir hüküm verilmez", yani 24. maddesinin zikrettiği manada, "önce menkulün teslimini, o mümkün değilse şu kadar paranın tahsiline" diye bir hüküm kurulmaz.

"Kararda bir yerde malın kıymeti geçer, dolayısıyla, icra memuru malın teslimini temin edemezse, oradan da hareketle o kıymeti tahsil eder." Hayır. Demek ki bu mümkün. Ne mümkün? O hükmün de cevaz verdiği ölçüde hâkimin hükmünde şunun teslimine, bu mümkün olmazsa şu kadar bedelin tahsiline diye hüküm vermesi mümkün. Ve bu ilamlı icranın takibinde de icra memurunun da işini kolaylaştırır. Niye? Çünkü, malı bulmazsa kendisinin takdir vesair cihetleri yapmasına gerek yok; o kadar bedeli tahsil edip teslim edecek.

Burada asıl tartışmak istediğim, bunu söylemekle birlikte başka husus. Tekrar okuyorum bu kısmî; ilamlı icra takibine konu ilamda inşaat ve tesisat malzemelerinin davacıya aynen iadesine, mümkün olmadığı takdirde, takiple bağlı kalınarak 4 milyar Türk Lirasının davalıdan reeskont faiziyle birlikte tahsiline karar verilmiş ve bu karar Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nde onandıktan sonra kesinleşmiştir; davacı bu ilama dayanarak davalıya icra emri göndermiş, icra emrinde belirtilen malların teslim edilmediğini ve alacağın ödenmediğini ileri sürerek İcra İflâs Kanunu'nun 177/4. maddesi uyarınca ilam borçlusunun iflasını istemiştir; İcra İflâs Kanunu'nun 177/4. maddesinde, ilama müstenit alacağın icra emriyle istenmesine rağmen ödenmemesi doğrudan doğruya iflas sebebi olarak gösterilmiştir.

Görüldüğü gibi, hükmünde iflas isteyebilmek için ilama dayanarak bir alacağın istenmesi ve ödenmemesi gerekir, ilama dayanarak bir alacağın istenmesi ve ödenmemesi gerekir, "mal teslimine ilişkin ilamlar yönünden anılan hükümde bir açıklık

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

bulunmamaktadır; ilamların icrası İcra İflâs Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir; alacaklıya iflas isteme yetkisi veren 37. madde ve 32. madde ile başlayan 'para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası' başlığı altında düzenlenmiştir, kanun koyucu, para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilamların icrasından alacaklıya iflas isteme hak ve yetkisi vermemiştir; mahkemece bu yönler gözetilerek iflas davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur."

İlam adeta iki bölümden ibaret: Bir, malı teslim et, mümkün değilse 4 milyar Türk Lirasını reeskont faiziyle birlikte tahsil et. Biz icra takibine giriyoruz, diyoruz ki, aynen bunu yazıyoruz; icra emrinde gönderiyoruz ve sonradan anlaşılıyor ki, malın teslimi mümkün değil, yok. Neyi istiyorum ben sonra? Şu kadar bedeli tahsil edilsin. Mümkün değilse, doğrudan iflas hâli olan 177. maddeden istifade etmek istiyorum. Diyor ki Yargıtay kararında, "hayır, bu mümkün değil."

Niye? "Çünkü, o ilamda menkulün teslimi var ya, o mümkün değilse paranın tahsili..." İşte o menkulün teslimi mümkün değilse paranın tahsiline ilişkin hüküm doğrudan iflas sebebi değil, sadece para alacağıysa...

Halbuki, kanaatimce, ilam icraya konulduktan sonra zaten menkulün tesliminin mümkün olmadığı anlaşılmalı. O zaman zaten para alacağının tahsiline intikal etmiş. Onun için, bence Yargıtay'ın bu kararı doğru değil. Doğrudan iflas imkânından buradaki alacaklının da istifade etmesi gerekir.

Yine; yetkiye ilişkin kararlarda Yargıtay artık, yetkili mahkemenin icra dairesinin bulunduğu yerdeki mahkeme gibi icra tetkik merciine paralel bir hususu düşünüyor. Merciiin yetkisi gibi düşünüyor mahkemenin de yetkisini.

Dördüncüsü; özellikle İcra İflâs Kanunu'nun 82. maddesi hükümlerinde problemler var ve Yargıtay bunu kararlarıyla tahdit etmeye çalışıyor.

Beşincisi; bu söylediğim iptal davalarına ilişkin Yargıtay'ın böyle bir uygulaması var; Hukuk Genel Kurulu kararı.

Altıncısı da; size bahsettiğim, doğrudan iflas sebebi olması için hükümde sadece para alacağı olmalıdır, menkulün teslimiyle birlikte para alacağı söz konusu ise bu doğrudan iflas sebebi olmaz diye bir kararı var, ki buna da iştirak etmediğimi belirttim.

ABDURRAHİM
KARSLI'NIN
TEBLİĞİ

Beni dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ederim.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Efendim, Sayın Karşılı'ya teşekkür ediyoruz.

Gerçekten bugün öğleden önce tebliğ sunan arkadaşımız gibi kendileri de önemli sayılan kararları cımbızla çekerek bizlere sunmak durumunu yaşattı. Bu bakımdan ayrıca teşekkür ediyorum. Tabii bu söylenenler üzerinde tartışma açılacaktır; birlikte dinleyeceğiz.

Söz almak isteyenler?.. Oğuz bey, buyurun efendim.

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY: Abdurrahim Karşılı arkadaşımıza teşekkür ediyoruz hakikaten özenle seçtiği kararlar için. Ve zannediyorum birazdan göreceğiz, tartışmalara yol açacak kararlar gerçekten.

Tabii metnin tamamı bize sunulmadığı için, mutlaka kendisi işlemiştir özgün metninde, ama bende tereddüt oluşturan bir hususu arz etmek istiyorum ve Yargıtay'ın icra tetkik merciinin inceleme yetkisiyle ilgili olarak birbiriyle çelişkili kararlar vermesinin aslında gerçekten bir çelişki mi olduğunu sorgulamak istiyorum, verilen kararlar örneğinde tabii. Kararların tamamından haberdar olmadığımız için bu kayd-i ihtiraziyi koymak lazım.

Örnek kararlar şöyleydi: Sefere hazır bir geminin haczedilip haczedilemeyeceğiyle bir meseleydi. Burada Yargıtay diyor ki, "Ticaret Kanunu hükümleri, hatta bu konudaki uluslararası anlaşmalar ve hükümlerini de dikkate alarak o geminin haczinin caiz olup olmadığı konusunda karar ver, bunları incele" diyor.

TARTIŞMALAR

Yanlış anlamadım değil mi Abdurrahim Bey?

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Evet. Vakit olursa kararı okuyabiliriz sonra.

Doç. Dr. OĞUZ ATALAY: Tamam. Özüyle buysa bunu bir tarafa koyuyoruz.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Tarihini söyleyeyim hiç olmazsa.

12. Hukuk Dairesi'nin 20.6.2002, 2002/3174 esas, 2002/3971 karar.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim. Çelişkili olduğuna hükmettiği ikinci örnek karar ise, kefaletle ilgili bir meseleydi, kefile karşı takip hakkının doğup doğmadığıyla ilgili. Bunlar arasında acaba... Bunları incelerken diyor ki, sadece asilin elindeki 68. madde anlamında belge olması yetmez, ayrıca sözleşmenin hükümlerine bakmak gerekir, dolayısıyla bu da benim işim değildir, gitsin bunu genel mahkemede önce halletsin demiş.

Şimdi, Abdurrahim arkadaşımız dedi ki, "bir taraftan tetkik merciine bu kadar geniş yetki veren Yargıtay'ın, diğer yandan, bu 68'deki belgeler olması gereklidir, bunun dışında bir iddia varsa ben incelemem demesi çelişki arz etmektedir." Kanaatimce burada bir çelişki yoktur. Çünkü, birinci örnek haczedilemezlikle ilgili bir meseledir, takip hukuku meselesidir. Takip hukuku meselesi hangi hukuk normunda yer alırsa alsın, hangi hukuk "Codification"ı içinde yer alırsa alsın, takip hukuku meselesi kuraldır.

Dolayısıyla, icra tetkik mercileri, örneğin Emekli Sandığı'nda veya kanunda veya şu anda aklıma gelmeyen başka kanunlarda işçilerin işte emekli, mamûl aylıklarının haczedilemeyeceğini öngören kural sadece 82'de değil, başka kanunlarda da olabilir. Onlara bakması, başka kanunları araştırması anlamına gelmez; takip hukuku kurallarını incelemesi, dikkate alması anlamına gelir.

Dolayısıyla, bir geminin hangi hâllerde haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin kural uluslararası anlaşmalarda da olsa, Ticaret Kanunu hükümleri içinde de olsa bence bir takip hukuku kuralıdır. Bunu incelemesi, onun inceleme yetkisinin genişletilmesi manasına gelmez.

İkincisi ise, "68. madde anlamında belge varsa sadece oradakileri inceler, onun dışında, kefalet geçerli mi, değil mi, incelemem" demesi de doğrudur. Çünkü, burada, maddî hukuktan doğan, yani sözleşmeden doğan bir ihtilaf söz konusu; bir takip hukuku müessesesi yok burada. Gerçekten sözleşmeden doğan bir kefaletin, kefile ilişkin özel bir düzenleme olabilir sözleşmede, bir defi yaratılmış olabilir veya kefile müracaat hakkının doğup doğmaması şarta bağlanmış olabilir. "Bunlar takip hukukuyla ilgili kurallar olmadığından bunları inceleme, bırak, genel mahkemeler çözsün" demesi bence bir çelişki arz etmemektedir. Ama, bir konu sonra sunulan bir mesele vardı, "kefaletle ilgili olarak geçerlilik koşullarını inceler" diyor; bu çelişkidir, yani Yargıtay'ın bunu Tetkik Merciiine vermesi çelişkidir. Oysa bu kefaletin geçerlilik koşullarının olup olmadığı maddî hukuku ilgilendiren bir meseledir. Burada aslında bir çelişki vardır diye düşünüyorum tartışmak için.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Buyurun efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben de Sayın Karşıya teşekkür ediyorum. Pek çok tartışma olanağını bize verdi.

Başta söylemiş olduğu, özellikle bu çalışmayı kısa sürede yapmak zorunda kalışının müsebbibi benim. Ama, kendisinin de müterafık bir kusuru var; çünkü uzun süre yurt dışına çıkıyor ve cep telefonunu da yurt dışında kapalı tutuyor. Kendisine bu nedenle ulaşabilme imkanımız olmadı. Ve çok korktum kabul etmeyecek diye, bu kadar kısa sürede hazırlama olanağı bulamayacak diye. Ama, teşekkür ediyorum bir kez daha, Sayın Karşı kabul etti ve bu kısa süre zarfında da bize güzel bir tebliğ sundu.

TARTIŞMALAR

Ben, İcra İflâs Kanunu'yla ilgili değişiklikler konusunda sanki bana atıfta bulunulmuş hissederek, biraz alınarak, daha doğrusu kendimi vazifelendirerek iki konuya cevap vermek istiyorum: Birincisi, icra memurunun şikâyeti üzerine tetkik merci tarafından dinlenilmesi. Bu konunun ben doğrudan teksif ilkesiyle ilgili olmadığı kanusundayım. Zira, zaten tetkik merciinin, aslında işlemi yapan icra memurunu davet edip dinlemesi gerektiği Baki Hocamın eskiden beri savunduğu bir görüş idi; ben de o görüşe katılmıştım.

Doktrinde de daha pek çok yazar, şikâyet üzerine tetkik merciinin gerekirse, hatta çoğu zaman bunun gerekli olduğu ortada, işlemi yapan memuru çağırarak onu dinlemesinde yarar bulunduğu görüşündeydi. Bu hususu kanuna ilave etti kanun koyucu. Bundan sonra tetkik merci hakimi, gerekli görürse icra memurunu dinlemek gibi bir zorunluluğu var. Bu açıkçası, işlemin neden ve niçin böyle yapıldığının anlaşılması bakımından bir zorunluluk.

Düşünün, icra memuru bir işlem yapmış, ama onu neden yaptığı konusunda, ki bu işlemin neden öyle olduğunu en iyi bilebilecek durumda o, onu hiç davet etmiyoruz ve o hiç işin içinde yok, onun gıyabında, onun yokluğunda başkaları, bu işlemin neden öyle yapıldığı konusunda iddia ve savunmalarla hâkime durumu açıklamaya çalışıyorlar ve hâkim de onların söylediklerine göre karar verebiliyor.

Halbuki, bizzat işlemi yapan memurun bu konuda dinlenilmesi daha doğru ve daha kolay bir karar vermeyi mümkün kılacak. Bunun doğrudan teksif ilkesiyle ilgisi olmadığı kanaatindeyim. Üstelik, benim özellikle şikâyetle ilgili teksif ilkesinden, uygulanmaz dememdeki kasıt, şikâyetin kamu düzenine ilişkin olması hâliyle sınırlı olduğunu düşünüyorum. Şikâyetin kamu düzenine ilişkin olmadığı, özellikle 16. maddenin 2. fıkrasının dışında kalan hâllerde, kanuna aykırılık veya olaya uygun olmama halinde teksif ilkesinin uygulanması tabii söz konusu olacaktır.

İkincisi, Oğuz beyin söylediklerine aynen katılıyorum. Şikâyet üzerine, o geminin haczinde olduğu gibi, tetkik merci inceleme yaparken işlemin kanuna aykırılığı ileri sürüldüğü takdirde, oradaki kanuna aykırılığını biz sadece İcra ve İflâs Kanunu'na aykırılık şeklinde anlamıyoruz. Oradaki kanuna aykırılık, başlangıçta Anayasa olmak üzere, uluslararası sözleşmeler ve tüm ilgili kanunlar olarak anlaşılması gerekiyor. Dolayısıyla, bu anlamda tetkik merciinin daha geniş bir inceleme yetkisi olduğundan değil, tam tersine, kanunun böyle anlaşılması gerektiğinden ötürü bu incelemeyi yapabildiğini düşünüyorum.

Üçüncü olarak, 24. maddeyle ilgili bir açıklama yapmak istiyorum. 24. madde, Abdurrahim beyin söylediği gibi, mahkeme tarafından iade edilmesi gereken malın eğer değerinin tespiti talep edilmişse, mahkemenin bu tespiti yapabilmesi ve ilamda da yazabilmesi mümkün. Zaten kanun, bu mümkün olduğu için böyle bir düzenlemeyi getiriyor. Ama, bu bizim uygulamamızda hemen hemen hiç olmadı, hiç uygulanmadı. Uygulanmamasının sebebi de, bugün mahkemenin verdiği bir kararda eğer, "*malın değerini tespit et, ilama yaz*" diyecek olsak, o hüküm kesinleşmeden icraya koymamız mümkün değil. Düşünün kesinleşme süresinin bir ya da iki yılı bulduğunu.

Bir yıl sonra, iki yıl sonra icraya koyduğumuz zaman, bir yıl önceki değeri ancak siz borçludan alabileceksiniz. O zaman hiçbir alacaklı böyle bir talepte bulunmaz. Çoğu zaman alacaklılar, bunun ilamda değerinin yazılmasını talep etmeyip, malın iadesi konusunda mahkemenin karar vermesini istiyor idiler. Ama, mal borçluda yoksa, o zaman hiç olmazsa eski uygulama, 24. madde değişmeden önce öyleydi, takip tarihindeki o malın değerini icra memuru tespit ettirmek ve onun değerini alacaklıya ödemek mecburiyetindeydi.

Ama, 58. maddenin 3. fıkrasında değişiklik yaptıktan sonra biz 24. maddeye de dönüp, aynı değişikliğin orada uygulanması gerektiğini düşündük ve o yüzden son değişiklikte, artık 24. maddede, icra memuru, eğer iadesi istenen mal borçlunun

TARTIŞMALAR

elinde yoksa, artık takip tarihindeki değeri değil, haciz tarihindeki değeri esas alacak ve böylelikle alacaklının daha fazla bir zarar görmesi de önlenecektir. Yani, nasıl ki, yabancı para alacaklının fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden alacağını tahsil etme olanağını veriyorsak, menkul malın iadesini talep eden kişiye de, bunun değerini tahsil edebilme imkânını vermek istedik.

68-A maddesi ise, söylediğiniz gibi, aynen Yargıtay'ın o uygulamasının doğru olmamasından, doktrinindeki görüşlere aykırı olmasından kaynaklanıyor idi. Burada amaçlanan, o başlıklar da değiştirilerek, itirazın kaldırılması yoluna giden alacaklının bu yolda başarılı olamaması hâlinde, eğer hâlâ önünde bir yıllık süre varsa, bu bir yıllık süre içinde genel mahkemeye gidip itirazın iptali davasını açabilmesi, bu olanağın kendisine tanınabilmesi amacıyla. Yoksa, tersi tabii ki söz konusu olmayacak. Yani, mahkemeye giden alacaklının burada itirazın iptali yolunda bir sonuç elde edememesi hâlinde, yani davanın reddi hâlinde, kesin hüküm nedeniyle tetkik merciine dönmesi mümkün değil. Bunları ilave etmek istedim.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Başka söz almak isteyen? Buyurun.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Bir husus daha vardı. Ben notuma aldım, ama dikkatimden kaçmış, tekrar söz almak zorunda kaldım.

Biraz önce çantama baktım, getirdiğimi zannediyorum, ama maalesef getirmemişim. Güzel bir örnek olacak diye düşündüğüm bir karardı. Yayınlandı mı, yayınlanmadı mı bilmiyorum. Bu kararı veren emekli hâkimle tanıştım, ondan edindim. Dr. Mevci Ergun Bursa Asliye Ticaret Mahkemesi eski Başkanı. Bu öyle ilginç bir karar ki, bu kararda "muvazaa" var, "namı müstear" var, "iptal" var. Müsaade ederseniz bir-iki cümleyle özetleyeyim. İki gerçek kişinin hissedar olduğu bir şirketin malları var.

Bu malları, şirketin hisselerini devrederek mallarla birlikte başkalarına devrediyorlar ve kendilerin kefalet borçlusu olduğu bir takipte aciz vesikası yerine geçen belgeler alındığı iddiasıyla iptal davaları açılıyor. İptal davasının konusu, hisse satışlarının iptali. Ancak hisse satışları iptal edilirse limitet şirketin hisse devirleri iptal edilecek. Ama, o sırada o limitet şirketin sahip olduğu bir tekne, turistik bir tekne, kullanılıyor. Alacaklının asıl amacı, işte o tekneye ulaşmak, tekneyi sattırıp paraya ulaşmak. Alacaklı şöyle bir dava açıyor:

Diyor ki, burada Ahmet'le Mehmet'in namı müstearı olan işte Gezi Yatçılık Ltd. Şti. bir tekne almış, aslında bu tekne Gezi Yatçılık Ltd. Şti. alınmış bir tekne değildir, Ahmet, Mehmet'e alınmıştır, o şirket onların namı müstearıdır, bu tespit edilsin ve bunun iptaline karar verilsin, yatın da cebri icraya konu edilerek satış yetkisi verilsin diye bir dava açıyorlar ve bu dava sonunda dava kabul ediliyor, Yargıtay'dan da geçiyor ve onaylanıyor. Ayrıntılı bir gerekçe de yazmış Ticaret Mahkemesi. "*Namı müstear*", bildiğiniz üzere eski hukuktan gelen bir tabirdir. Namı müstear bizde, mutlak muvazaa ve başka bir işlemi gizleyen muvazaa işlemleriyle birlikte düşünülebilir. Burada muvazaa olduğu anlaşılıyor.

Yani, muvazaalı olarak malı kendi üzerlerine değil, şirket üzerlerine aldığı, aslında şirketin mal varlığında olan bu unsuru kendi mallarınıymış gibi hususi seyahatlerinde kullandıkları, sıkışınca da, elde gitmesin diye şirket hisselerini devrederek aslında tekneyi devretmek istedikleri, gizlenen amacının bu olduğu, dolayısıyla burada bir muvazaa olduğu, bunu da namı müstear olarak, hatta defalarca kararda, "*Ahmet'le Mehmet'in namı müstearı olan şirket*" diye geçiyor.

Burada, Yargıtay'ın biraz önce, Abdurrahim arkadaşımızın anlattığı, özetlediği karardaki aynı düşünce yatıyor zannediyorum. Yani, her ne kadar zaman zaman Yargıtay kararlarında, "*muvazaa bir butlan sebebidir; İcra İflâs Kanunu 277 ve devamındaki vakalar ise iptal sebebidir*", bu ayrımı yapmasına rağmen, hemen hemen çoğunlukla, -bütün diyeceğim, ama pek cesaret

TARTIŞMALAR

edemiyorum, belki istisna karar vardır- benim görebildiğim bütün kararlarında, muvazaa iddiasıyla açılmış olsa bile davayı iptal davası olarak niteliyor ve aciz vesikası alınması gerektiğine karar veriyor. Hatta Talih Uyar'ın derlemesinde bütün kararlar bu yönde. Oradan baktığım için söylüyorum. Başka kaynaklara bakamadım.

Abdurrahim arkadaşımıza sormak istiyorum, acaba şunu söyleyebilir miyiz; buradaki kanaati nedir? İptal davası ile muvazaaya dayanan butlanın tespiti davasını birbirinden ayırmak gerekir; bunu hep birlikte kabul ediyoruz. Acaba Yargıtay'ın bu yaklaşımı doğru mudur? Yani, muvazaa denilerek açılmış olsa bile burada muvazaanın borçlar hukuku anlamında teknik bir terim olarak kullanılmaması, kabul edilmemesi ve dolayısıyla hüküm verirken uygulanacak koşulları belirlerken, Yargıtay'ın ifadesine göre, mahkemenin sanki burada bir iptal davası varmış gibi işte aciz vesikasını araması, o iki yıla dikkat etmesi vesaire gibi şeylerin aranması gerekir mi; yoksa bir davacı, talepçi, "*muvazaalıdır bu işlem*" diye talepte bulunduğu, burada artık iptal davası olduğunu kabul etmemek ve aciz vesikası aramadan, sürelere riayet etmeden, "*Borçlar Kanunu 18'deki işlemin geçersizliğinin tespitine*" diyerek davayı bitirmek mi lazım, yani, bunu daha genel anlamlı bir usul hukuku meselesi olarak, bir altlama problemi olarak belki düşünmek mümkün.

Olaya uygulanması istenen norm hangisidir? Bunu hâkimin kendisi tespit edecek. Neye göre tespit edecek? Dava malzemesi neyse ona göre tespit edecek. Gelen dava malzemesi; butlan iddiası var, yani muvazaa iddiası var. Bir hukuk normunun unsur vakalarını karşılayan vakalar sunulmuş aslında. Hangi vakalar bunlar? Muvazaayla ilgili vakalar. Buna uygulanacak norm hangisidir? Borçlar Kanunu 18'dir. Bence, hâkimin bunu yapması gerekirken, yani "*18'in unsur vakaları olayda karşılanmış ise geçersizliğin tespitine, butlana*" demesi gerekirken, Yargıtay'ın teşvikiyle mahkemeler şunu yapmaktadır, ki kanaatimce yanlıştır: Sunulan dava malzemesi Borçlar Kanunu 18'e ait olsa bile, hukukî nitelendirilmesini, ilgili taraf ısrarla, muvazaa var, namu

müstear var demesine rağmen Yargıtay diyor ki, "hayır, aslında onların muvazaa demesinden maksat, iptal edilsin demek istiyorlar, o yüzden bakıver bakalım, burada iptal davasının koşulları var mı" diyor. Bu yöndeki uygulamayı eleştiriyor musunuz?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Kamil Bey, buyurun.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Teşekkür ederim.

Abdurrahim Karşlı arkadaşımızın yaptığı açıklamalar çerçevesinde ben de iki hususa temas edeceğim: Bunlardan biri iptal davaları.

İncelenen kararda muvazaa ve bunun dışında bizim iptal davalarındaki hukuki sebepler, "kanunî maddî unsur" dediğimiz 278, 279 ve 280. maddede yer alan sebepler. Bunlar arasındaki bağ üzerinde, terminolojiye katkısı olması açısından şunları söyleyebiliriz: İptal davalarının tarihî gelişimi incelendiğinde, işte borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla, borçlarını ödemek yerine alacaklılarından mallarını kaçırmaması, üçüncü kişilere bunu çeşitli işlemlerle; tasarrufi muamelelerle aktarmış olması; bu bütün hukuk sistemlerinde bir müeyyideyle karşılanmaktadır.

Buna da biz "iptal davaları" diyoruz. Ama, bunun kaynağına bakıldığında, çıkışında "D...", yani kötü hareket, hileli muameleler yatmaktadır. Ve muvazaa büyük bir alanı kapsamaktadır. Ama muvazaa, iptal davalarının bu önemli bölümünü işgal etmekle birlikte, bunun dışında başka saiklerle da yola çıkılmış olabilir. Bunlar da sonuçta alacaklının mal kaçırmaması sonucunu doğuruyorsa bunlar da iptal edilir. O bakımdan, Yargıtay'ın incelenen kararındaki bu ayırım o kadar da enteresan değil ya da vardığı sonuçlar da bence o kadar farklı sonuçlar yaratmıyor.

Tabii temelde şu var: Yani muvazaa yoluyla iptal edildiğinde bunun sonuçları farklıdır; iptal davasında nispidir. Ama muvazaa, demin de söylediğimiz gibi, iptal davalarında sıkça

TARTIŞMALAR

kullanılır, telaffuz edilir, ki temelde de işlemde o yatmaktadır çoğu zaman, muvazaalıdır işlem ve sonuçta iptal edilir. İspat kolaylığı açısından bir fark yaratır. Zaten iptal davalarında muvazaadan hep söz ediyoruz, ama davalarda muvazaanın ispatı zor. "Deruni vaka" dediğimiz, Yavuz Alangoya Hocamızın bir ıstılahı bu da, deruni vaka şeklinde kullanmıştır, "içsel", yani kişinin zihninde geçen kayıt nedir, zihni kayıt nedir? Onun dışı vurumunu biz kolay kolay tespit edemiyoruz.

Böyle olduğu için kanun koyucular, iptal davalarında bentleri oluşturmuşlardır. Bu bentlerin çoğu karinelerdir. Bu karinelerden bir kısmî da kesin mahiyettedir, çürütülemez. Ama bazılarında üçüncü şahusa, bunun böyle olmadığı olayda, yani genel hayat tecrübelerine göre oluşan o karinelerin olayımızda mevcut olmadığını iptal imkanı tanınmıştır, böylelikle iptal davasının sonuçları engellenmiş olabilir. Ama onun dışındı, muvazaa yahut da bizim 18. maddenin devreye girmesi, aslında hakimlerimiz için fazla sorun teşkil etmemesi gerekir. Oğuz kardeşimiz açıklamalarının sonunda da o noktaya girdi; hatırlarsanız, "hakim hukuku resen uygular" dedi.

Olayda vakalara göre hakim hukuku uygulayacaktır. Muvazaa nedeniyle temelde çıkmış olabilir. Muvazaa sonuçlarıyla karşılaşabiliriz davada. Ama dediğimiz gibi, ispata zordur, gerçekten ispatı zordur bunun. Halbuki iptal davası şablonu içinde kanun koyucular alacaklılara yardımcı olmaktadır. Eğer olayımız o bentlerden birine uyuyorsa rahatlıkla dava kazanılabilir, alacaklı yönünden söylüyorum bunu, herhangi bir sorun doğmaz.

Diğer bir husus da şikâyetle ilgiliydi sanıyorum. Örnek, bir geminin ihtiyati hacziydi. Burada konu; hakim hukuku, icra hukukunda da yine icra memurunun kendi hukukunu uygulaması, "Lex fori" dediğimiz kural. Tabii bu işin bir ayağı milletler arası özel hukuktur. O bağlamda da tabii açıklamalar yapıldı. Burada da bizim sıkıntımız literatür olarak şöyle söylenebilir: Bu konuların fazla işlenmemiş olması. Ama, tabii Sayın Baki Kuru Hocanın kitabında İsviçre ve daha doğrusu, İsviçre ve Almanya arasındaki anlaşmanın açıklanmasında, İsviçre yerine

Türkiye'nin oturtulması suretiyle yapılmıştır. "İflâs Konkordato" Kitabınızda her hâlde.

Orada açıklamalar vardır, yani biz, Türk okuyucu olarak kendimizi eğer İsviçreli yerine koyarsak, o şekilde milletler arası icra hukuku alanında da bir bilgiye sahip olabiliyoruz. Ama dediğim gibi, bu konu aslında bakir bir konu. Yani, milletler arası icra hukuku, milletler arası iflas hukuku ileride genç arkadaşlarımız için de çalışma konusu olabilir. İflâs hukuku hakkında her ne kadar bir tez de yazılmış olsa da, işte iflasın mülkiliğinden evrenselliğe geçiş eğilimi de ortaya konulmuştu o tezde. Böyle çalışmalarımız da var. Tabii bunların sayısını artırmak, kaliteyi daha da yukarılara çekmek gerekecek.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Yavuz Bey size söz vereceğim.

Efendim, şimdi çok önemli bir konuya geldik. Tabii bu önemli konu, Kamil Beyin iptal davası yazmış olması dolayısıyla bize sıkıntı hazırlıyor, ama konu biraz söylendiği gibi değil, öyle değil. O bakımdan, bu konuyu Sayın Karşlı'nın önümüze getirmiş olması, tereddütlerin olması gayet normal.

Açıkça, "muvazaalı işlemlerde iptal davası olmaz" diyor. Siz ne zaman iptal davası açarsınız? Borçlunun mal varlığından mal çıkmış ise. Muvazaalı işlemlerde mal varlığı borçlunun mal varlığından çıkmamış ki; borçlunun hâlâ mal varlığında. Binaenaleyh, muvazaalı işlemle mal çıkmadığına göre, burada iptal davasını açma şansımız yok. İptal davası, tıpkı tasarrufun iptali ve tenkis davası ilişkisi gibidir. Tasarrufun iptalinde işlem hükümsüzdür; tenkis davasında işlem muteberdir, ama tenkise tâbidir.

Aynı benzer paralellik iptal davalarıyla muvazaaya dayanan işlem dolayısıyla hükümsüzlük arasında vardır. Muvazaaya dayanan işlemler hükümsüzdür, mal borçlunun mal varlığındadır; binaenaleyh borçlunun kendi mal varlığındaki mal gibi hacze konu teşkil eder. Ama, muvazaanın dışındaki

TARTIŞMALAR

bir işleme tâbi bir tasarrufsa, bu durumda mülkiyet geçmiştir. Tıpkı tenkisteki gibi geçerli bir işlemidir. Bu geçerli işlemde iptal davası söz konusu olur. Onun için, onu kesinlikle ayırmamız lazım. Yargıtay'ın dediği doğrudur. Muvazaayla iptal davasını karmaşık hâle getirmek mümkün değildir.

Yargıtay'ın bu kararları çok yenidir. Postacıoğlu'nun kitabında bir sürü karar vardır; hepsi muvazaayla iptali karıştırılmıştır. Bunu çok açık ayırmamız lazım. İptal davaları geçerli işlemlere karşı açılır; iptal davaları hükümsüz işlemlere karşı açılmaz. Hükümsüz işlemler mülkiyeti nakletmediği için de, sanki, mal borçlunun mal varlığındaymış gibi hâczedilerek paraya çevrilir. Bu bakımdan, Temyiz Mahkemesinin bu kararı hatalı değil.

Buyurun Yavuz Bey.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Teşekkür ederim.

Sayın Karslı'ya ve sayın meslektaşına da teşekkür ederim bu tebliği için. Bir tartışma ortamını muhtelif konularla ortaya çıkarmıştır. Ama, benden evvel konuşan arkadaşlarım ve Başkanın ifadelerinden sonra ben sadece çok küçük bir noktaya temas etmek istiyorum; o da, doğrudan iflas hallerinden biri olan, mahkeme belirli bir alacağı hükmetmişse, yani ilamın konusu, alacağa bir mahkumiyetse, o takdirde, bu ilam icra edilme hâlinde ödenmemişse, o zaman doğrudan iflas. Ancak, bir menkul malın teslimine karar verilmiş. Buna göre öyle anlıyorum ki, Yargıtay cevaz vermemiş değil mi?

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Vermemiş Hocam.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Siz de diyorsunuz ki, yani *"buradaki menfaatler durumu itibarıyla bakıldığında bunu böyle yorumlamak lazım."* Burada şimdi ben bir şey söylemek istiyorum, yani düşünülebilir, bir yorum şekli diye. Meselenin rasyosuna baktığımız zaman, kanun koyucu, doğrudan iflas hallerini koyarken fevkalâde kısıtlı hâller koymuş. Bunların genişletilmesi ancak, -kesinlikle genişletilemez demiyorum, beni okumuş olanlar bilirler, ben iptidai itirazları bile genişlettim- ama

bunların genişletilmesi için çok ciddi sebepler olması, daha doğrusu, mevcut düzenlemeden hiçbir farkı olmayan hâlleri de o kapsamın içine koyarak genişletebilirsiniz.

Şimdi, acaba öyle bir durumla mı karşı karşıyayız? Burada şöyle bir şey geliyor benim aklıma: Yasa koyucu ne istemiştir? Yargının verdiği, yargı kesin olarak bağlamışsa doğrudan doğruya iflasa gidersin; ama öbüründe, yani menkul mal bulunmadı, yedinde olmadı diye bedele gidilecek, ama burada yargı dışı bir şey var işin içinde. Kim yapacak bunu, mal bulunamadı, ben malı bulamadım diye bunu kim yapacak?

Bunu icra memuru yapacak. İşte, hemen itiraf edeyim ki, bu konuda, çok kesin ben bu görüşteyim demiyorum, çünkü düşünmedim daha evvel ama, acaba diyorum, buradaki genişletme Sayın Karslı'nın düşüncesine uygun mudur, değil midir? Çünkü, öyle bir kompleks ortaya çıkıyor ki, bir kısmı yargı, ama o yargının içine, sonuçta bunu bir "alacak ilanı" haline getiren şey yargı dışı bir müdahale, yani icra memurunun "malı bulamadım" demesi, işte bu çerçeve içerisinde, yine itiraf edeyim ki, bana Yargıtay'ın görüşü, buradaki vardığı sonuç şu gerekçeyle sanki daha doğru gibi görünüyor. Bu konudaki değerlendirmeniz için söylüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Biz teşekkür ederiz. Başka söz almak isteyen?.. Buyurun.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Abdurrahim Karslı arkadaşımıza sunmuş olduğu bu güzel tebliğ için teşekkür ediyorum ben de.

Öncelikle bu icra tetkik merciinin niteliği konusundaki Yargıtay'ın tereddütlerini dile getirerek tebliğine başladı Abdurrahim arkadaşımız.

İcra tetkik merciinin niteliği konusunda aslında çok da fazla tereddüt yok. "Cebri icra prosedürü" için kurulmuş özel bir yargı organı olduğu kabul ediliyor; bu konuda tereddüt yok.

TARTIŞMALAR

Ancak, zannediyorum icra tetkik merciinin inceleme yetkisinin sınırlı olması, sınırlı inceleme yetkisine sahip olması, Abdurrahim beyin de belirttiği gibi, icra tetkik merciinin niteliğini zaman zaman tartışılır hale getiriyor.

Tartışılır hâle getirilmesinin temelinde kanaatimce bu husus, yani sınırlı yetkiye sahip olması yatıyor. En önemli etkenlerden birisi bu. Bu sınırlı yetki bir taraftan belirtildiği şekilde icra tetkik merciinin niteliğini daha tartışılır hâle getirirken, diğer taraftan da, cebri icra prosedürünü belirli bir ölçüde uzatıyor, karmaşıklığa neden oluyor, en azından, biraz önce belirtildi, yetki konusunda. Belirli hâllerde işte sadece icra tetkik merciine başvurulabilir, borca da itiraz edilmişse, ancak o zaman yetki itirazı mahkemede incelenir vesaire; o tartışmanın ayrıntısına girmek istemiyorum.

Bu açıdan acaba icra tetkik merciinin sınırlı yetkiye sahip olması kaldırılrsa, normal bir özel yargılama organı, özel bir mahkeme gibi değerlendirilse, örneğin iş mahkemesi gibi, kanaatimce bu tartışmalar, bu tereddütler belirli bir ölçüde de olsa kalkacak. Sayın Karslı'nın bu konudaki görüşünü de öğrenmek isterim.

Yine değinilen kararlardan özellikle 4949 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, alacaklının itiraz hâlinde isterse icra tetkik merciine, isterse mahkemeye başvurabileceği kabul ediliyordu; Sayın Karslı, değişiklikten sonra bu konuda sınırlamanın kalktığını, önce icra tetkik merciine başvurursa sonra mahkemeye başvurabileceğini, önce mahkemeye başvurursa daha sonra icra tetkik merciine başvurulabileceğini de belirttiler. Değişiklikten önce, süresi içerisinde olmak kaydıyla icra tetkik merciine itirazın kaldırılması için daha önce başvurulduğunda, bu reddedildiğinde, daha sonra mahkemeye itirazın iptali amacıyla gidildiğinde, bunun itirazın iptali değil, alacağın tahsili davası olduğunu, o şekilde nitelendirildiğini belirttiniz yanlış hatırlamıyorsam. Yargıtay da o şekilde... Değişiklikten sonra da acaba hâlâ bu şekilde, görüşleriniz doğrultusunda, alacağın tahsili davası demek mümkün olacak mı?

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: İcra tetkik merciinden geçip de hükmün verilip kesinleşmesi mi?

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Evet. İtirazın kaldırılması talebi reddedildikten sonra genel mahkemeye vurulduğunda, bu artık alacağın tahsili davası mı olacak, yoksa hala itirazın iptali davası mı olacak; o konudaki görüşünüzü öğrenmek isterim.

Müsaadenizle bir de, yine bu yetkiye ilişkin olarak, icra dairesinin yetkisine itiraz edildiğinde, tabii borca da itiraz edilmişse, bu itirazın kaldırılması için mahkemeye vurulabilecektir. İtiraz hâlinde, eğer icra dairesi ve mahkeme aynı yerde ise, bu takdirde mahkeme, çoğunluğun görüşüne katılarak, öncelikle icra dairesinin yetkisini incelemeli, çünkü ikisi aynı yerde, birisi yetkiliyse, diğeri de yetkili sayılacaktır düşünceyle çoğunluğun görüşüne katıldınız. Zannediyorum zaman darlığı nedeniyle o konu açık kaldı. İcra dairesi ile itirazın iptali için başvuru mahkeme farklı yerde ise, bu takdirde aynı görüşü söylemek mümkün olacak mı; o konudaki görüşünüzü öğrenmek isterdim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Teşekkür ederim. Başka?.. Buyurun, 3 dakika veriyorum.

Yrd. Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Tamam Hocam. Ben, iptal davası ve muvazaa konusunda Yargıtay'ın görüşünün doğru olduğunu düşünüyorum. Bence en önemli gerekçelerinden birisi de şu olabilir: Hukukî yarar konusu. Çünkü, alacaklının muvazaa sebebiyle iptal davası açmasında karımca hukukî yarar yoktur. Onun hukukî yararı sadece kendi alacağıyla sınırlı olmalıdır; ama, bunun dışında, dava açan kişinin eğer muvazaa sebebiyle, yani alacağının dışında da hukukî yararı varsa, o zaman da terditli olarak, kademeli olarak her ikisini de ileri sürebilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Yalnız, tetkik merci konusunda biraz önce Erdal Tercan Hocamızın dediğine katılmıyorum; çünkü, tetkik merciinin yetkilerini genişletip, onu özel bir mahkeme hâline getirirsek,

TARTIŞMALAR

sûratle bitmesi gereken icra işlemleri uzayabilir. Bu yüzden, onu yeni bir mahkeme yerine getirmek yerine daha da hatta mümkünse incelemesini şekli hâle getirmek daha sağlıklı olur.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ:

Başka efendim?.. Buyurun efendim. Size de 3 dakika.

Yrd. Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Daha kısa belki Hocam. Bir sorum ve bir de bir tespitim var.

Sorum şu: Acaba Abdurrahim Karslı Hocam, itirazın iptali davalarını bir tahsil davası-eda davası mı, yoksa bir tespit davası olarak mı görüyor, o konudaki görüşü nedir?

Bir de, bu menkullere ilişkin, icra emrinin gereği yerine getirilmezse, iflasın istenip istenemeyeceği konusunda 37. maddenin sistematiği, kanunda bulunduğu yer acaba bize yardımcı olabilir mi? Çünkü 37. madde, para alacaklarının düzenlendiği yerde değil, müşterek hükümlerin bulunduğu yerde düzenlenmekte. Dolayısıyla, menkul elde edilemez ise paraya dönüşecektir. Bu durumda iflasın istenmesi, sistematik bakımdan mümkün olur mu; bu konudaki görüşü nedir? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Söz hakkı isteyen?.. Yok.

Şimdi, Abdurrahim bey, gecikmelerimizi de dikkate alarak buyurun.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Ben sorulara tek tek değil, genel olarak cevap vermeye gayret edeceğim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Çok kısa ama.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Tamam Hocam, kısa olarak. Çok fazla uzatmayacağım.

İcra tetkik merciinin incelemesiyle ilgili tenakuslar, Sayın

Hakan Hocamın, Oğuz Bey arkadaşımızın söylediği gibi, şikâyetle itirazda farklı, dolayısıyla iltibasa mahal verecek tarzda söylediğim ifadeler değil. İtiraza ilişkin olmak üzere dahi tutumu farklı icra tetkik merciinin ve Yargıtay'ın ona ilişkin verdiği kararlar. Şimdi, söyleyeceğim iki karar da, -tarih, sayı, numarasını söyleyip okuyabilirim de, ama fazla vakit almak istemiyorum- iki karar da itiraza ilişkin mesela.

Bir, dediğim gibi, asıl borçlu ve kefile karşı birlikte takibe girilmiş. Diyor ki Yargıtay, *"kefilin süresi kayıtlı, o süre geçtikten sonra takibe girilmiştir, dolayısıyla, alacaklının elinde 68 normlarına uygun belge olsa bile itirazı kaldıramazsın, o hususu nazara alman lazım."* Bu bir itiraz; şikâyet değil. Burada Tetkik Merciiine böyle bir imkân verirken, (iki) geliyoruz kira alacağının tahsiline ilişkin bir kararda, kira kontratı var ve ödenmemiş. Dolayısıyla, *"hususî hüküm gereği kira kontratında olan hasar görmüştür, bu hasar da mahkeme kararıyla sabittir dese bile sen sınırlı inceleme yetkisine sahipsin, ödenmediğine göre takibin devamına karar ver"* diyor.

Dolayısıyla, bu söylediğim kararlar, şikâyetten de örnekler verdim, ama bu söylediğim kararlar hep de itirazla şikâyet arasındaki farklı kararlar değil; bu bir. Kabul ediyorum ben de, tabii ki, eğer takip hukukuna ilişkin, yani şikâyet suretiyle bir dosya merciin önüne gelmişse inceleme usulüyle, itiraz yoluyla kendisine intikal eden bir ihtilaftaki inceleme usulü farklıdır; birincisi bu.

İkincisi, *"özellikle 24. maddede"* dedi Hakan Hocamız, *"hiç kimse gidip de hâkime, bunun değerini de hükme yaz demez, malların değerleri süratle değişiyor"*; yani, belki pratik düşünce olarak doğru, ama kıymeti değişmeyen mallarda olabilir. Bir de, teorik olarak bu mümkünse, pratik mülahazalarla bir hükmü göz ardı etmek mümkün değil diye düşünüyorum.

Üçüncüsü, muvazaa davasında, hem Hocamızın söylediği gibi temelde bir farklılık var; uhdesinde olan bir malın tartışılmasıyla, gerçekten diğerine intikal etmiş bir malın tartışılması ayrı. Dolayısıyla, muvazaa davalarıyla iptal davalarını farklı

TARTIŞMALAR

bir prosedüre aittir diye kabul ediyorum. 277 ve devamı ayrı bir faraziyeyi düzenliyor. Onun için, muvazaa iddiasıyla dava açılmış ise ve vakalar da Yargıtay'ın çoğunluktaki kararına göre, bunda tereddüde yer vermeyecek şekilde sabitse, artık burada sırf, tavsif vardır, hükmü bulup uygulamak da hakimnin görevidir, her ne kadar da muvazaa şartları sabitse, 277'ye göre hüküm kursun demek kanaatimce doğru değil.

Bu tavsiften öte. Çünkü şartlar var. onun için, muvazaanın şartları sabitse, ona göre hüküm kurulmalı diye düşünüyorum. Burada sırf hukukî fayda da değil, bir kere ispat şartları, iptal davasının kendine mahsus şartları, bütün bunlar, bu iki müessesenin farklı olduğunu ortaya koyuyor, ki bundan da öte, "muvazaa var" dedikten sonra, "ben hakim olarak 277'ye göre hüküm kurdum, geçersiz bir işlemi kısmen geçerli, kısmen geçersiz kabul ettim" demek mümkün değil kanaatimce. Onun için, ben Yargıtay'ın çoğunluk görüşüne iştirak etmiyorum. İki ayrı müessesedir, -arkadaşlarımız kanaatimi sordukları için söylüyorum- eğer muvazaa varsa, muvazaaya dayalı hüküm vermesi lazım...

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Ve Yargıtay'ın bu kararı çığır açan bir karardır. Altını birkaç defa çizerek söylemek lazım.

Doç. Dr. Abdurrahim KARSLI: Evet. Erdal Bey arkadaşımızın sorduğu soru: "İcra dairesiyle mahkeme farklı yerlerdeyse, mahkeme gene öncelikle icra dairesinin mi yetkisini incelesin, yoksa kendi yetkisini mi?" Benim kanaatimce, farklı yerde olsa dahi mahkeme önce icra dairesinin yetkisini incelemeli. Çünkü yetki incelenirken mahkeme adeta icra tetkik merci fonksiyonlarını yüklenmiş gibi. Önce yetki meselesini halledeceğine göre, icra dairesinin yetkisini öncelikle halletmeli. Fakat zaten buna gitmeye gerek yok.

Ben dedim ki, bu karar kendi içinde şu şartla daha doğru olur. Kanaatimce, itirazın iptali için icra dairesinin bağlı bulunduğu yerdeki mahkemeye gidilmelidir diye düşünüyorum. Böyle düşünce de zaten, ama velev ki diğer görüşe iltihak edilse bile, icra dairesinin bulunduğu yerde değil, genel hü-

kümlere göre herhangi bir yerdeki mahkemeye gidilse dahi gene icra dairesinin yetkisinin öncelikle incelenmesi gerektiği kanaatindeyim.

Bir arkadaşımızın söylediği, "malın bulunduğu yer, 37. madde"; Yargıtay zaten doğrudan iflas hâli saymamasının gerekçelerinden birini de, kararı tam okuyamadım, 37. maddeye atıf yaparak kabul ediyor. "Doğrudan iflas hâli değildir" diye, "bu malın bedeli ödenmediyse alacağının tahsiline ilişkin talep doğrudan iflas sebebi sayılmaz" derken bir gerekçe olarak dayandığı hükümlerden birisi de 37. madde. Ama, bu karar benim yeni muttali olduğum bir karar, kısa süreden beri baktığım bir karar.

Özellikle Yavuz Hocamızın, yani "bunu 177'ye dahletmek için bütün şartlar aynı mıdır, değil midir"; yeniden düşünmek istiyorum. Gel ki, Hocam bana söz vermişti "ben icra iflas hukukuyla ilgili müdahale etmeyeceğim sana" diye, ama gene de böyle...

Benim söyleyeceklerim bu kadar, dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Efendim, toplantıya 10 dakika ara veriyoruz.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
KISMÎ DAVA İLE İLGİLİ
TARTIŞMA OTURUMU

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Efendim, bu saatten sonra beni dinlemek tahammülüne katlandığınız için teşekkür ederim.

Biliyorsunuz, "*kısmî dava*" konusu fazla bilinmiyor. O bilinmeyenlerden biri, "*farkına varılmadan açılan kısmî dava*". Henüz bu kavram Yargıtay kararlarında yeni yeni yer alıyor; ama biz 40-45 senedir hep söylüyoruz. Ya bizim kitapları okumuyorlar, boykot etmişler, Baki Beyin gölgesi altında bizim kitaplar...

Biz kısmî davayı ikiye ayırıyoruz: Bir, farkına varmadan açılan kısmî dava, iki, bilinçli olarak açılan kısmî dava (Kısmî dava ile ilgili olmak üzere, *Yargı Dünyası Dergisi*, Sayı 89 ile sayı 104'deki yazılarıma bkz.).

Farkına varmadan açılan kısmî dava nasıl açılır? Siz bir tazminat alacaklısınız haksız fiilden ötürü, zararınızın 10 milyar olduğunu zannederek dava açıyorsunuz. Halbuki bilirkişi tetkikat yapıyor, anlıyor ki, 20 milyarmış. Siz 20 milyarı bilseydiniz 20 milyar açacaktınız; bilmediğiniz için 10 milyar açtınız. Farkına varmadan davanız kısmî davaymış. Öbürü ise, 10 milyarlık alacağımın şimdilik 2 milyarını istiyorum dersenez, bilinçli açtığınız kısmî dava oluyor.

Batı hukuklarında bu iki davanın hukukî sonuçlarının aynı olup olmadığına dönük araştırmalar var. Acaba birinde vardığımız bütün sonuçlar diğerinde de aynen etkili midir, aynen mi uygulanacaktır, yoksa bir farklılaşma olacak mıdır;

TARTIŞMALAR

bu konuda, yani her iki kısmî dava çeşidinde; kesin hüküm meselesinde problem ortaya çıkıyor. Diyorlar ki bir kısım müellifler, "*farkına varılmadan açılan kısmî davada dava reddedilmişse, artık talep reddedildiği için bakiye kısım için ikinci bir dava açılmaz*" diyorlar; fakat bu, azınlıkta olan bir görüş.

Diğer bir görüş ise, burada da kesin hükmün dar yorumlanması gerektiği ve redde rağmen ikinci bir davanın mütebaki kısım için açılabileceği. Doğrusu, bana bu konuda birinci fikir uygun gibi gözüktü, Profesör Schilken'in ve birkaç başka hukukçunun beyan ettiği görüş. Yargıtay'ın da buna benzer bir kararı mevcut.

İkincisi, batıda, "*kısmî dava sadece alacağın o kısmî için kesin hüküm teşkil eder; diğer kısma ilişkin müspet-menfi hükümde yer alan kayıtlar hiçbir şekilde bakiye alacağın dava edilmesine engel teşkil etmez*" denirken, Yargıtay, "*kısmî davada dava edilen kısım için kesin hüküm teşkil eder*" demekle beraber, "*temel ilişki açısından da kesin hüküm doğmuş*" demeye benzer bir ifadeyle âdeta ikinci açılan davada, temel ilişkinin yeniden araştırılmasına imkân tanımıyor ve ikinci davanın hâkimini birincideki tespitlerle bağlı tutuyor.

Bu, hiçbir suretle Alman hukukunda ittifakla kabul edilmeyen bir çözüm tarzıdır; "*her kısmî dava kendi mukadderatını kendisi tayin eder*" denir. Ve bunun gerekçesi de, kesin hükmü dar yorumlayan ZPO'nun 322. maddesi, kesin hükmü dar tanımlayan hükümdür. Dar olduğuna göre geniş yoruma müsait değildir. Birinci kısmî davadaki kesin hükmü ikinci açılan davaya da teşmil edecek şekilde etkili sayarsak, kesin hükmü dar değil, geniş yorumlanmış oluruz diyorum.

Kesin hüküm dar-geniş; neye göre tayin ediliyor? Bunu Stein/Jonas şerhinde gayet açık olarak söylüyor. Yasa koyucunun tercihidir bu. Yasa koyucu, mahkemenin bir kesin hükmüne geniş etki tanıyabilir, dar etki tanıyabilir. Geniş etki tanımak, davaların sayısının azılması vesaire bakımından faydalıdır, ama davanın tarafları açısından hükmün geniş olması tahammül edilebilir bir durum değildir.

Onlar daima neyi isteyeceklerdir? Kesin hükmün dar etkili olmasını isteyeceklerdir. Bu bakımdan, kamu çıkarıyla davanın taraflarının çıkarları çatıştıkça bu konuda tercihi yasa koyucu yapar deniyor. Ve bizim 237. maddeye baktığınız zaman da, kesin hükmün dar yorumlanmasına müsait bir ifadenin bulunduğunu görmekteyiz.

Kısmî davayla ilgili birinci farkına varılan-varılmayanda bir fark böyle çıktı demiştik; azınlık görüşü. Bir başka alana geçecek olursak, kısmî açılmış bir davada, mesela farkına varmaksızın kısmî dava açtınız, sonra tespit yapıldı, alacağınızın fazla olduğu çıktı; bunu ıslahla evvelce artıramıyordunuz, çünkü "müddeabih ıslahla tezyit edilemez" denen bir hüküm vardı. Anayasa Mahkemesi bunu iptal edince bunu artık isteyebilme olanağınız ıslah yoluyla imkân dahiline giriyor.

İster farkına vararak açılan kısmî davada, ister farkına varılmaksızın açılan kısmî davada demek ki bugün ıslah yoluyla müddeabih tezyit edebilmek mümkün. Fakat Yargıtay, bir Hukuk Genel Kurulu kararında, çok yeni, Anayasa Mahkemesi'nin kararının verildiği dönemden sonraki safha ile verilmeden önceki safha arasında bir fark olmadığına karar verdi. "Acaba bu doğru muydu" sorusu ortaya çıkıyor. Yani, hiçbir değişiklik olmadı mı Anayasa Mahkemesi'nin kararında. Nerede değişiklik olmadı?

Müruruzaman bakımından değişiklik olmadı, temerrüt bakımından değişiklik olmadı, faizin işlemesi gereken zaman bakımından değişiklik olmadı diyor. Bu durum, farkına varılmaksızın açılan kısmî davada bazı olumsuz şeyler doğuruyor. O doğurduğu olumsuz şey şu: Biliyorsunuz, bilinerek açılan kısmî davada, dava sadece o kısım için mürur zamanı keser; mütebaki kısım için müruruzaman kesilmiş olmaz.

Binaenaleyh, ıslahla bunu getirmeye kalktığınız takdirde de yine aynı tehlike sizi takip edecektir. Çünkü mütebaki kısım için ıslaha gitseniz dahi, müruruzaman geçmişse, o talep için mürur zaman define muhatap olmanız mümkün. Fakat bunun, farkına varılmadan açılan kısmî davada aynen kabulü bir hayli

TARTIŞMALAR

zor problemler ortaya çıkarıyor. Çünkü siz, bütün alacağınızı dava ettiğinizi zannederek dava açtınız, iradeniz bu yöndeydi; fakat muhakemenin seyri esnasında, alacağınızın bir kısmını dava ettiğiniz sonucu ortaya çıktı.

Bakiyeye de ıslahla getirmek istediğiniz takdirde, eğer mürur zaman define muhatap olursanız, bunun haklı olarak savunulması acaba mümkün mü? Doğrusu ben, bu makaleden sonra, tekrar genişleterek yayınladığım makalede şu sonuca vardım: Farkına varılmadan açılan kısmî davada, davacı alacağının tümünü, daha ilk başta dava etme iradesiyle dava açtığı için, bunun sonraki bakiye kısmî için dahi mürur zamanı kesme yetkisi tanınmasını ve bu suretle farkına varmadan açılan kısmî davalarda sonradan çıkan bakiye kısım için ıslahla artırma cihetine gidildiğinde; bunu karşı tarafın zamanaşımı definden kurtarmanın yararlı olacağını düşündüm.

Çünkü, bilhassa sigorta ihtilaflarında tazminat alacaklarında falan bunun büyük problemler çıkardığını, çünkü, artırmaya girdiğiniz zaman zaman aşımının sona ermesi gibi bir durumla karşılaşmanın fevkalâde sakıncalı olduğu görüldüğü için böyle bir hukukî tefekkürle; belki orada bilinçli açılan kısmî davalardan farklı olarak, farkına varmadan açılan kısmî davada ıslahla sonraki bakiye kısım yargılamaya getirildiğinde karşı tarafa, bu kısım için artık mürur zaman doğmuştur deme imkânı tanımamak gerekir diye düşünüyorum.

Yargıtay'ın hatalı kararları şurada toplanıyor: Kısmî davada, bilhassa farkına varmadan açılan kısmî davada bakiye alacağı saklı tutmazsanız ikinci bir dava açmaya size imkân vermiyor. Bu bir kere taa 20-30 seneden beri reddedilen bir görüştür. Uzun uzun batılı hukukçular bunun yanlışlığına işaret ederler. O bakımdan, bir kere Yargıtay'ın bu görüşü yanlış.

İkincisi, eğer saklı tutmamışsanız, ıslahla tezyit etme imkânınızın da olmadığını söyleyen Yargıtay kararları. Yani bu da yanlış. Ben saklı tutmamışım, kısmî dava açmışım; bunu ıslahla artırmaya kalktığımda niye daha başta mahfuziyet kaydı koymuş olalım? İslah bir mahfuziyet kaydı konulan alacaklar

için ancak tezyit imkânı tanıyan bir şart, koşul öngörmemiştir. Öngörmediğine göre Yargıtay'ın bu kararı da yanlıştır.

Kısmî davayla ilgili bir başka problem, "manevî tazminat taleplerinde kısmî dava olmaz" görüşü. Bunu reddeden bir arkadaşımızın yazısı çıktı. Bu elinizdeki yazıda o görüşün yanlışlığını ortaya koymaya çalıştım. Yargıtay'ın kararlarının, manevî tazminat davalarında kısmî davanın olmayacağına ilişkin görüşünün doğru olduğu sonucuna vardım. Fakat, bir 4. Hükuk Dairesi kararı bu yasağı, ikinci bir dava açılmayıp da manevî tazminat alacağına ayrı davada artırılması hâlinde de tanır hâle geldi.

Çok yeni bir karar; Yani bu da fevkalâde yanlış. İkinci bir kısmî dava açamazsınız, ama açılmış, yürüyen davada kısmî gözüken manevî tazminat alacağınızı ıslahla artırmanıza, kısmî dava açılmaz şeklindeki tespitiniz engel teşkil etmemelidir. 4. Hükuk Dairesi'nin bu kararı da yanlıştır.

Benim söyleyeceklerim bunlarla ilgili.

Herhangi bir soru varsa tartışalım...

Buyurun.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Sayın Hocamıza çok teşekkür ediyoruz değerli açıklamalarından ötürü, hakikaten aydınladık. Ancak, ıslah yoluyla artırma durumunda ortaya çıkıyor ki, benim zararım aslında 20 milyar lira imiş. Burada, yargılamanın işte bir seneden fazla sürdüğünü düşünelim ya da bilirkişi raporunun bir seneden sonra geldiğini düşünelim, ıslah etmek istediğimde zaman aşımı defiiyle karşılaşma ihtimalim var.

Acaba burada şunu düşünebilir miyiz; zararın istenilmesi faile ve zarara ittildan itibaren zaman aşımı başlar, bu sebeple, zararın gerçek miktarına ittila da yargılama içinde bilirkişi raporu ile gerçekleşmiştir, dolayısıyla zaman aşımı o tarihten başlar diyerek usulî bir mesele olmaktan bunu çıkarıp, mad-dî hukuk kuralları sayesinde bu zaman aşımı defini bertaraf etmek, dolayısıyla bilinçsiz olarak açılan kısmî davada gerçek

TARTIŞMALAR

zararın bilirkişi ile ortaya çıktığını kabul edip ıslaha imkân tanımak acaba mümkün olur mu?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Tabii burada, benim çözümlümde, farkına varmadan açılan kısmî davada alacağın tümünü dava etme irademe ben müruruzamanı kesme yetkisi tanırken yine maddî hukuktan gidiyorum, Borçlar Kanunu hükümlerinden gidiyorum. Sizinkinde; faile ve fiile ıttıla etmişsiniz. Ama, zararın miktarının tümüne ıttıla şartı aramıyor zamanaşımının başlaması için. Faile ve fiile, zarara ıttıla, ama, zararın bütününe ıttıla demediği için orada biraz zaafiyetimiz olabilir.

Yani taleple bağıllık mı oluyor?

Bir Katılımcı: Taleple bağıllık.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Aslında, yani ıslah kurumu bizde de olmasa bu engeli biz aşamayacağız. Islah kurumu acaba idarî mevzuatta Usûl Kanunu'na yapılan atıf içinde var mı, yok mu; ona bakmak lazım. Eğer yoksa yapılacak fazla bir şey yok. Çünkü, biz de bu sakıncalı durumu ancak ıslah kurumu sayesinde aşma yoluna gidebiliyoruz.

Doğuyor; çünkü ıslaha atıf yapmamışsa o farklılık doğacak.

Evet efendim, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hocam, ben özellikle usul hukukunda tartışılabileceğini düşünerek bu Yargıtay kararlarına değinmek istemiştim. Ama, sizin bu tebliğiniz dolayısıyla bir kararı değerlendirmek, birlikte tartışmak istiyorum. O da, 4. Hukuk Dairesi'nin bu 2003 yılının Şubat ayında *Yargıtay Kararları Dergisi*'nde yayınlanmış olan bir kararı. Sizin görüşünüze destek veren bir karar gibi geldi. Henüz çok açık bir şekilde karara bağlanmamış olmakla birlikte, şöyle ifade edeyim:

Ben de, kısmî davada saklı tutulmamakla birlikte, daha sonra ıslah suretiyle geri kalan kısmın istenebileceği kanaatindeyim. Saklı tutulmaması hâlinde, daha dava dilekçesini verir vermez bunun feragat edilmiş olduğu görüşünü benimsemiyorum; çünkü bu çok ağır sonuç doğuran bir görüş.

Üstelik biz, ıslah ile tamamen ıslahı kabul ettiğimize göre ve dava dilekçesinden itibaren bu ıslahı benimsediğimize göre, dava dilekçesinden itibaren ıslah yapılabildiğine göre, daha önce ileri sürülmeyen ve saklı tutulmayan talebin pekâlâ davaya dahil edilebilmesi, talep edilebilmesi mümkün diye düşünüyorum. Bu düşünceyi 4. Hukuk Dairesi sanki olumlu cevaplanmış gibi gördüm ben. Nitekim izin verirsiniz o kısmı okumak istiyorum.

"Somut olaya gelince, zararlandırıcı olay 12.11.93 tarihinde meydana gelmiştir, dosyadaki iddianame itibarıyla ölen desteğin dışında 12 yaralı bulunduğundan bahsedilerek, sürücünün Türk Ceza Kanunu 455/2 maddesi uyarınca cezalandırılması için kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır. İddianamede belirtilen sevk maddesindeki suçun, uzamış zaman aşımının 10 yıl olduğu anlaşılmakta ise de, ceza dosyası mahkemeye araştırılmamıştır, şu durum karşısında, olaya ilişkin olan Şemdinli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1994/46 esas sayılı ceza davasına ilişkin dosya getirilerek, uzamış zamanaşımı süresinin buna göre belirlenmesi gerekirken, mahkemeye, dayanıksız bir şekilde bu sürenin 5 yıl olarak kabulü ile, ıslah yoluyla açılan davanın zaman aşımından reddedilmesi doğru görülmediğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir" diyor.

Benim bu karardan anladığım, çok açık olmamakla birlikte, Yargıtay yerel mahkemeye yani henüz zamanaşımı süresi geçmemiş, bu yüzden de ıslah yoluyla müddeabihin artırılması konusunda olumsuz cevap veremezsin diyor.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Tabii. Müruru zaman geçmemişse zaten problem yok. Mürur zaman geçmişse ne yapacağız problemi var.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bir de, bu konuda da belki tereddüt konusu olan bir başka husus; Yargıtay, ıslahı hangi tarihte yaptıysanız faizin de o tarihten itibaren başlaması gerektiğine işaret ediyor. Bu da aslında çözümü zor bir problem. Yine başta söylediğim gibi, dava dilekçesini baştan itibaren ıslah ediyorsunuz, ama dava dilekçesini baştan itibaren ıslah etmenize rağmen ve bunun karşılığında bir de zararı ödemenize rağmen ıslahın yapıldığı tarihten itibaren faize hükmediliyor; yani, geçmişe yönelik davanın açıldığı tarihten itibaren faiz söz konusu değil.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Şimdi, ıslahı külli veya... Külli icrada tabii dava... Kısmî ıslahta ıslahın yapıldığı andan itibaren talep mahkemeye sunulduğu için oradan başlar diyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet. Ben açıkçası Yargıtay'ın tamamen ıslah hâlindeki görüşünü bilemiyorum. Bütün görüşü sanki kısmî ıslahtaymış gibi anlaşılıyor.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Hayır.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Peki. Teşekkür ediyorum Hocam.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Buyurun Seyithan bey.

Yrd. Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Hocamıza teşekkür etmek istiyorum. Çünkü, özellikle Hocamın geçmiş eserlerinden de, şu anki kısmî davayla ilgili görüşünü değerlendirdiğimde en azından epeyi bir farklı yaklaşımı olduğunu görebiliyorum.

Kısmî davayı biz öğrenirken hep şu şekilde öğrendik: Davanın kısmî dava olduğunun açıkça belirtilmesi şart olmamakla birlikte dava dilekçesinde bunun anlaşılabilmesi gerekir en azından. Bir davanın üç unsuru olduğunu biliyoruz, en azından usul kitaplarında öyle; "*dava sebebi*", yani vakalar, "*tarafklar*", bir de "*netice-i talep*." Bu üçünde herhangi bir değişikliğe müsaade edilmemekte, hatta bunlardan bazısını ıslah yoluyla dahi, ör-

neğin taraflara, müsaade edilmemekte. Taraf değiştirme ancak şu şekilde kabul edilebiliyor: Dava dilekçesinde eğer tarafın gerçekten bir başkasını göstermek istediği anlaşılabilirse, ancak o zaman müsaade edilir demektir. Hocamın da son olarak kabul ettiği görüş bu yönde.

Genelde davacının farazi iradesinin çok fazla dikkate alınmaması gerektiğini, çünkü hukuk yargılamasının bir şekli hukuk olduğu, en azından somut durumun daha ön plana çıktığı kabul edilmektedir. Böyle olunca da, acaba dava açan kişi gerçekten böyle bir hakkını saklı tutmamışsa, buna rağmen bu davayı kısmî dava olarak nitelendirmek bu kadar olacak mı? Çünkü, bunun beraberinde getirebileceği başka sakıncalar olabilir.

Evet, belki bu yola başka şekillerde başvurulabilir; ıslahla başvurulabilir, tamamen ıslahla veya başka bir kurum düşünülebilir. Ama, eğer başvurulacaksa bu yollarla başvurulsun veya iddia ya da savunmaya değiştirme ve genişletme yasağı, bu da bir müessese çünkü, usul hukukunda önemli bir kurum, buna uyularak yapılsın, bu da yapılmamışsa, dava açan kişi bunun sonuçlarına katlansın eğer saklı tutmamışsa; ama bütün bunları yapmamışsa, biz kalkıp tüm bunlara rağmen, evet, davacı bunu düşünmemiş olsa bile bunun farazi idaresi bütün zararlarının ödenmesi yönündedir, biz böyle kabul edelim demeyi sizin tabirinizle Hocam biraz tereddütle karşılıyorum.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Buyurun Baki bey.

Prof. Dr. Baki KURU: Evet, alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmiş durumda. Onun için sizin durumunuz ağır. Hem alacaklısınız, hem borçlusunuz. Borcunuz şu: Bize karşı hesap vereceksiniz. Bu şimdi son dakika golü gibi bir şey oluyor. Hiç hazırlıklı olmadığımız bir konu.

Kısmî dava konusu sanıyorum bir doçentlik tezi veya doktora tezi olarak işleniyormuş.

Burada mı?.. Arkadaşımız burada değil. O burada olsaydı bize yardımcı olurdu en taze bilgiyle.

TARTIŞMALAR

Şimdi, Saim beyin açıklamaları bize kısmî dava hakkındaki bilgilerimizi, daha doğrusu benim düşüncelerimi büyük ölçüde şüpheyeye sokan bir açıklama oldu. Onun için, adım adım... Not tutamadım.

İki türlü kısmî dava olur dedi: Bir, açık biçimde, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak açılmış kısmî dava, bir de fark edilmeden açılan kısmî dava. O fark edilmeden açılan kısmî davayı bir kenara bırakıyorum.

Şimdi, farkına varmış, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak açılmış kısmî davaya gelelim. Burada verilen hüküm yalnız dava edilmiş olan miktar için, 20 milyar dedi, 20 demeyelim de, 20-10 milyar diyelim, daha kolay olsun, 20 milyar için kısmî dava açtık. Kazandık. Kalan 10 milyarlık kısım için kesin hüküm teşkil etmez dedi. Buraya kadar doğru. Fakat, 10 milyarlık ek dava açtım. Ek dava ile asıl davanın dayandığı vakalar aynı, aynı dava sebebi, fakat kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü müddeabih farklı. Ancak, kesin delil teşkil eder.

Neden; çünkü aynı vakaya, aynı olaya dayanıyor, aynı sözleşmeye vesaireye dayanıyor. Kesin delil teşkil eder. Nedeni, 295. madde. Burada, sanıyorum yollarımız ayrılıyor. Kesin delil saymıyorsunuz; fakat Yargıtay, kesin delil teşkil eder diyor bildiğim kadarıyla. Şimdi, bu, fark edilerek açılmış kısmî davadır. 20 milyar liralık kısmî davayı açtık, sonra Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak da, yani iptal edildikten sonra, 10 milyarlık davayı ek dava olarak açmama gerek kalmadı. Artık ıslah yoluyla 10 milyar daha ilave ediyorum davaya.

Burada, bu 10 milyarlık ıslah yoluyla yapılan ilave için faiz ne zamandan itibaren işlemeye başlayacak? Tabii daha önce davalıyı temerrüde düşürmemişsem. Fakat, daha önce temerrüde düşürmüşsem, kısmî dava açmadan önce yahut da daha sonra, o zaman Borçlar Kanunu'na göre temerrüt var, o temerrüt tarihinden itibaren. Faiz istenebilir. Siz de galiba kabul ediyorsunuz. "Faiz ıslah tarihinden itibaren işlemeye başlar", nerede yazıyor bu? Usûl Kanunu yazmaz bunu; faizin ne zaman işlemeye başlayacağı Borçlar Kanununda yazılı. Borçlar

Kanunu'nda da, faiz temerrütle, temerrüt tarihinden itibaren denir. Ne zaman temerrüde düşer? Ya ihtarname çekilmiştir veya dava açılmıştır.

Yargıtay, "*dava tarihinde*" diyor. Yanlış bence. Davalı, dava tarihinde değil; dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği tarihte temerrüde düşmüştür. O halde, şimdi 10 milyar liralık ek alacak için, davalı ancak ıslah dilekçesinin tebliğiyle temerrüde düşmüştür, dolayısıyla faiz de o tarihten işlemeye başlayacak. Fakat bunun, Usûl Kanunu ve ıslahla alakası yok; Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi burada da uygulanır.

Aynı şekilde, zamanaşımı; zamanaşımı ne zamandan itibaren hesaplanacak? Eğer, asıl dava ile bu ıslah tarihi arasında zamanaşımı süresi geçmişse; geçmemişse, siz de demin belirttiniz, sorun yok. Zamanaşımı süresi geçmişse, o zaman, gene Borçlar Kanunu'na bakacağız. Bu 10 milyar liralık misalimizde, eğer Borçlar Kanunu 133/1 anlamında zamanaşımını kesen bir ihtar yoksa, Borçlar Kanunu 133/2'ye göre, dava tarihinde zamanaşımı kesilmiş olacak. O zaman tebliğe de gerek yok. Dava tarihi, burada, 10 milyar liralık alacaklının davaya dahil edildiği tarih, yani ıslah tarihidir.

Siz 4. Hukuk Dairesi'nin kararlarından bahsettiniz Hakan Pekcanıtez arkadaşım. O 4. Hukuk Dairesi'nin daha sarıh kararları var zamanaşımıyla ilgili, "*ıslah tarihinden itibaren*" diyen kararları var bildiğim kadarıyla. Sayın Üstündağ da evet-hayır demiyor. Ama, biraz önce sizi öyle anladım ki, eğer saklı tutmuşsa, yani fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak davayı açmışsa zamanaşımını ıslah tarihinden itibaren işletmeye başladınız diye anladım.

Şimdi, gelem farkında olmadan açılan kısmî davaya. Farkında olmadan da açılrsa, fark ederek de açılrsa o kişi 20 milyar üzerinden dava açmıştır. 10 milyar lira alacağı olduğunu bilsin-bilmesin bence hiçbir fark yok. Alacağını sonradan fark ettiyse, demek ki, açtığı dava kısmî dava. Bunun zamanaşımı bakımından, temerrüt faizi bakımından hiçbir fark yaratmayacağı kanaatindeyim.

TARTIŞMALAR

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ne getirmiştir? Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, hak arama hürriyeti vesaire diyerek ek dava açma külfetinden kurtarmıştır davacıyı. Bence de doğru. Ek dava açın, hele büyük şehirlerde, biri 1. Ticaret Mahkemesi'ne gidiyor, biri 3. Ticaret Mahkemesi'nde, onları birleştireceğiz diye vakit kaybediliyor. Çünkü, davacı ek dava açtığı zaman, "bunu 1. Ticaret Mahkemesi'ne yollayın, asıl dava orada" dese dahi, "hayır dağıtımına girecek" diyorlar.

Bu kolaylığı sağlamıştır Anayasa Mahkemesi. Bunun dışında, Anayasa Mahkemesi kararında (zaten söyleyemez), faizle, temerrütle, zamanaşımıyla ilgili bir husus yok. Zamanaşımının ne zaman kesilmiş sayılacağı, faizin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı usul hukuku sorunu değil, borçlar hukuku sorunu, fakat, eğer daha önce temerrüde düşürülmemişse borçlu, dava açılmakla veya karşı tarafa tebliğ edilmekle temerrüde düşürülüyor, dolayısıyla o tarihten itibaren faiz isteyebilir. Gene, Borçlar Kanunu'nun 133. maddenin 2. bendi gereğince dava açılması ile zamanaşımı kesildiği için, zamanaşımı da, tabii ıslah yoluyla davaya dahil ettiğiniz miktar için, 10 milyar liralık dava o tarihte açılmıştır.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Farkına vararak...

Prof. Dr. Baki KURU: Farkına varsın varmasın.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Siz Yargıtay gibi düşünüyorsunuz.

Prof. Dr. Baki KURU: Yargıtay gibi düşünüyorum.

Aksi halde, ben yeni farkına vardım der. "tecahül-ü arifane"den gelir eskilerin deyimiyile. Eğer böyle bir ayırım yaparsak, hiç kimse, kısmî dava açmaz (hakkını saklı tutmaz), farkına varmadım der. Sizin yorumunuzdan istifade etmek için. Hiç değilse bu konuda aynı görüşte olmadığımız için üzgünüm.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Fakat, Yargıtay, farkına vararak-varmayarak ayırımı hiç yapmıyor.

Prof. Dr. Baki KURU: Yapmıyor. Onun önemi yok bence, hiçbir önemi yok.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Size göre yok.

Prof. Dr. Baki KURU: Farkına varsa da, varmasa da hiçbir önemi yok.

Bakın, başımdan bir olay geçti benim. 1968 yılında, (o zaman bankalarda böyle Hazine garantisi vesaire yoktu, hortumlama mortumlama yoktu), Raybank tasfiyeye girdi. Bana da, tasfiye hâlindeki Raybank'ın Hukuk Müşavirliğini teklif ettiler, ben de kabul ettim. Haftada iki gün gidip önemli konularda yardım ediyordum. Bir gün bir avukat, "*Hocam, Hocam, yandık*" dedi. Ne oldu? Raybank Tasfiye Heyeti, aşağıda muhasebede alacakları çıkarıyorlar, şundan şu kadar alacaklıyız diyor, o da takip yapıyor, dava açıyor.

Ona demişler ki, şundan 50 bin lira, -o zaman "*bin*" lira, önemli, şöyle söyleyeyim; profesörlük maaşı 2000 lira- 50 bin lira demişler ona, 50 bin liralık davayı açmış, fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmamış. Davayı açtıktan iki gün sonra muhasebeden telaşla gelmişler, "*efendim bir sıfır hatası yaptık, 500 bin liraymış*" demişler. Yani 250 profesör maaşı. Bir şey yapamadık, çünkü avukat dava açarken fazlaya ilişkin hakkı saklı tutmamış. Farkına varmasa dahi, varmamış hakikaten...

Başka bir örnek bir kamu kuruluşu, avukatına, biz şu kadar lira alacaklıyız, demiş. O da o kadar lira alacak için dava açmış. Ecrimisil davasıydı galiba. Ama, bilirkişi incelemesi gelmiş, 10 misli, 20 misli... Fazlayı iste demişler. Fazlaya ilişkin hakkı saklı tutmadığı için isteyemedi. Onun için ben, dava açılması konusunu işlerken, bilseniz de, bilmeseniz de, fazlaya ilişkin hakkınızı saklı tutun, fazla mal göz çıkarmaz ve böyle sürprizlerle karşılaşmayın derdim. Hatta bir öğrencim alay etti, dedi ki, "*Hocam her alacak davasında saklı tutacak mıyız*" dedi. Evet dedim. Boşanma davasında saklı tutacak mıyız dedi. Alay ediyor. Evet, saklı tut dedim. Baktım biraz tipinden de benziyor, Erbakan iktidara gelmek üzere, Erbakan iktidara gelirse dört hanımla

TARTIŞMALAR

evlenme hakkı verecek, saklı tutmazsanız dört hanımla evlenemezsiniz yahut da o dört hanımdan birini boşayabilirsiniz, ötekilerini boşayamazsınız dedim. Böyle kaldı.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Peki, Baki Bey, saklı tutmayı hangi mevzuat söylüyor, nerede?

Prof. Dr. Baki KURU: Her şeyi mevzuat söylemez. Bu bir zımnî feragat müessesesidir. Birçok yerde vardır, zımnî feragat... Benim alacağım bu kadardır diyorum. Bu borçlar hukuku ilişkisi.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Alacaktan tek taraflı feragat olmaz.

Prof. Dr. Baki KURU: Olmaz olur mu?

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Feragat olmaz, ibra olur.

Prof. Dr. Baki KURU: İbra de, olur, ibra de. Ne dersenez deyin. Ama sonuç olarak feragate geliyor...

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Biz teşekkür ederiz. Buyurun efendim.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Tabii, benim en çok, en yakından ilgilendiğim meselelerden biridir.

İlk başında hakikaten oradan başlamak lazım, yani mahfuz tutma meselesinden başlamak lazım, ki daha sonra safha safha, taa Anayasa Mahkemesinin kararına adım adım yaklaşarak, hangisi doğrudur, hangisi isabetli değildir; ben kendi kitabımda da bunu yaptım.

Gerçekten benim de, Sayın başkanın işaret ettiği gibi, görüşüm... Ama itiraf edeyim; bunu ancak kitabımın ikinci basısında yazdım, ondan evvel, çok kolayıma geldiği için, doktrin de Yargıtay'la birlikte hemen hemen istisnasız, "*mahfuz tutmama hâlinde feragattir*" dediği için bu görüşe atf yapmakla yetindim, fazla üstünde durmadım. Ama, Anayasa Mahkemesi kararı

bana bu meseleyi biraz inceleme isteği verdi. Şimdi, memnuniyetle duyuyorum, bir doktora tezi yapılmış.

Hakikaten konu itibarıyla yapılması gereken bir çalışma. Sayın Baki Kuru'nun altı ciltlik son basısı da beni biraz incelemeye sevk etti. Orada Profesör Kuru şunu söylüyor: Bu mesele, yani mahfuz tutup tutmama meselesindeki sonuç iki duruma göre tespit edilebilir, iki durum söz konusu olabilir, iki müessese söz konusu olabilir, bir, mahfuz tutmama halinde feragat etmiş sayılır, iki, kesin hüküm müessesesine göre halledilebilir, kesin hüküm müessesesi, bellidir sınırları, o davada neyi talep ettinizse o, mahfuz tut-tutma, hiçbir etkisi yoktur ikincisini açarsın, çünkü, birinci kesin hüküm o açtığın meblağa ait; profesör Kuru mahfuz tutmama halinde bakiyeden feragat edileceği görüşünü savunuyor ve şimdi tarihini çok iyi hatırlıyorum, bu görüşüne destek olarak da, Alman hukukunda Alman Federal Mahkemesi'nin kararına atf yapıyor.

Evet. Bunun üzerine ben meseleyi inceledim. Çünkü, beni şu hep rahatsız etmiştir, feragat görüşünde esas olan "susma"dır, eğer "mahfuz tutuyorum" demiyorsanız belirli bir meselede, susuyorsunuz demektir. Susmanız hâline bir irade beyanı bağlanmaktadır. Mahfuz tutuyorum demezen feragat etmiş sayılırsın.

Sevgili Necip Kocayusufpaşaoğlu'nu hatırlıyorum, tartışmalarımızda; biz hep şöyle yetiştik: Susmanın bir irade beyanı olarak yorumlanması için, bu susma ister maddî hukukta, ister şekli hukukta olsun, üç meseleden biri lazım susmaya bir sonuç bağlayabilmek için; bu ya kanundan doğar, ya sözleşmeden doğar veyahut hâlin icabından, iyi niyet kurallarından doğar.

Şimdi, ben bu çerçeve içerisinde mahfuz tutmama, ki susmadır bu, sesinizi çıkarmıyorsunuz, "mahfuz tutmuyorum" diye kimse bir şey söylemez, bu çerçevede baktığımda, buradaki susmanın, mahfuz tutmamanın bir irade beyanı olarak yorumlanmasını kendi anlayışım içinde doğru görmedim, hâlâ görmüyorum. Çünkü, bunların üçü de yok burada; ne kanunda böyle bir hüküm var, ne sözleşmesel bir şey söz konusu olabilir,

TARTIŞMALAR

ne de hâlin icabı bu kadar ağır bir sonucu, susmak dolayısıyla, geri kalan, *"haydi bakalım feragat ettin"* diyebilecek bir sonucu doğuracak nitelikte...; bu bir.

İki, zannediyorum nispeten eski bir kararında, Alman Federal Mahkemesi'nin Sayın Profesör Kuru istikametinde yorumlanabilecek bir kararı var. Fevkalade büyük bir dirençle karşılaştı. Ve müteakiben, -hazırlıklı olmadığım için, ama benim kitabımda var bunlar, tam tarihlerini veremiyorum- 1985 yılında Alman Federal Mahkemesi bir karar daha verdi. Kısacası diyor ki, *"mahfuz tutmak-tutmamak, açıklamak-açıklamamak, bunlar söz konusu değil, burada kesin hüküm esaslarına göre hüküm verilir."* Yani, sen mahfuz tut-tutma, davayı açarsın, sonucu budur, öbür tarafını da açarsın, bir feragat söz konusu değildir.

Çok ilgi çekicidir, sizin istikametinizde o tarihlerde verilmiş iki karar var. Federal Mahkeme bir manada, bu karara karşı kimlerin çıktığını söyledikten sonra, biraz da günah çıkartarcasına, o iki kararın da o olaylara özgü birtakım meseleler dolayısıyla öyle verilmiş olduğunu, -ne dereceye kadar onun doğru olduğu da tartışılabilir- yani bir manada tevil ediyor da diyebiliriz eski kararlarını, ama kategorik olarak bu meselenin kesin hüküm meselesiyle ilgisi olduğunu söylüyor. Kısmî dava bakımından benim vardığım sonuç budur. Mahfuz tutma meselesi bizim hukukumuzda ve genel hukuk anlayışına uygun bir çözüm tarzı değil. Öbür konuya değiniyorum müsaadenizle, çünkü o farklı bir mesele. Hani, acaba ilkindeki hukuki ilişkiyi belirleyen kısım burada kesin hüküm müdür, değil midir?.. Orada kesin delil olduğu hususundaki görüşünüze katılıyorum. Yani, aynı alacak olduğunu tespit ettikten sonra bunu tekrar orada ele almanın pek fazla bir yararı yok. Buradan Anayasa Mahkemesinin kararına geliyoruz.

Doğrusunu isterseniz ben ümit ettim ki, çok yakın irtibatı olmamasına rağmen, bu kısmî dava meselesindeki benim görüşüme göre hatalı olan tavır da düzeltilebilir kısmî dava bakımından. Ama öyle olmadı; tam tersine oldu. Yargıtay; bu sefer de, *"mahfuz tutmama hâlinde ıslah da olmaz"* diyor.

Bakınız, şimdi bu noktaya geldi; "*mahfuz tutmama halinde müddeabih ıslahla da artırılmaz*" diyor.

Evet.

Feragat görüşüne bağlanırsanız bu sonuç kaçınılmaz; ama yanlış; çünkü bu bir irade okuması mıdır? Nasıl okuyorsunuz bu iradeyi? Siz, 200 milyarlık bir alacağınız olduğunu düşünüyorsunuz. Ama diyorsunuz ki, ne olur ne olmaz ben şunun bir 100 milyarını şimdilik dava edeyim de, sonrasına bakarız ve mahfuz tutmadan açılıyorsunuz.

Eğer kısmî dava bakımından benim söylediklerim doğruysa, "*ister mahfuz tut, ister mahfuz tutma bu bir kesin hüküm meselesidir*" denilirse, ki doğru olduğuna kaniyim, o zaman buna bağlı olarak, iradî olarak mı yapılmıştır; çünkü iradî olarak yapılmadığını mahfuziyet kaydı yoksa anlamak da mümkün değil, yani çok zor, -ancak sarahaten feragat varsa bu sonuç doğru- o bakımdan, Alman hukukunda bugün tespit edilen kısmî dava esasını alıp -ki bu kesin hüküm meselesidir- Anayasa Mahkemesi'nin kararının da bu istikâmette uygulanması, yani mahfuz tutulsun tutulmasın, ayrı davada ıslah yolu ile müddeabih artırılabilceği gibi, bakiye için yeni dava da açabilecektir. Doğrudur ben size çok hak veriyorum. Yeni dava açılmasın, yeni davalarla uğraşmayalım diye reddediyorlar.

Yani o Anayasa Mahkemesi kararı da, ifadesi itibariyle yeterli olmayan bir karardır. Ejder arkadaşım zannediyorum onu yazdı. Anlaşılan, gene orada belirli bir mesele dolayısıyla, biraz sübjektivite de karıştırılarak karar verildi; ama ben zannettim ki, bu karar birtakım yanlışların düzeltilmesine yol açabilir, öyle olmadı, maalesef daha radikal yanlışlara doğru gidildi.

Tabii, zaman aşımı ve faiz meselelerine fazla değinmeyeceğim. Onları da

Şunu da söyleyelim. Bir davayı açtığınız zaman, bizim Usûl Kanunu'na göre "*dava müddeabihî belirler*", kural budur. Kurucu dilekçelerdendir dava dilekçesi. Kurucu belgelerden olan bu dava dilekçesine bakılarak, yasanın istisnaları dışında her

TARTIŞMALAR

şey o zaman, o nokta itibarıyla tespit edilir. Eğer bu böyleyse, o dilekçede ne varsa ona göre sonuçları tespit etmek lazım. Yani, zamanaşımı kesilmesi ve faiz, kısmî davada zamanaşımı neyse, o oluyorsa, ıslahta da aynı şey olmak gerek. Zamanaşımı bakımından ıslahta deniliyor ki, Yargıtay'ın kararında da var zannediyorum, "kamilen ıslah hâlinde her şey bitiyor", yani kamilen ıslah hâlinde bundan evvelki bütün şeyler bitiyor. O zaman ıslahın yapıldığı tarihten itibaren ele almak lazım.

Doğrudur, kamilen ıslahta ondan evvelki bütün şeyler bitiyor, ama bitmeyen bazı usuli işlemler var. Burada o usuli işlemler bakımından her şeyin ortadan kalkması söz konusu olmuyor, kamilen ıslahta da. Celseler yapılmıştır mesela. Siz, celseleri ıslah ettim, celseler yoktur diyemezsiniz. Celseler yoktur diyemezseniz, zamanaşımını kesen hem mahkemenin usuli işlemleridir hem tarafların usuli işlemleridir. Öyleyse, mahkemenin bu şekilde, ıslahla ortadan kalkmayan her usuli işlem zamanaşımını kesmiştir. Bu bakımdan, ıslaha gelene kadar zaten o zamanaşımı kesilerek, o zamanaşımına uğrama tehlikesi, eğer çok kısa bir zamanaşımı söz konusu değilse, o zamanaşımına uğrama tehlikesi çok akut değildir benim görüşüme göre.

Demek istediğim şudur: Davanın açıldığı tarihte dava dilekçesinde ne varsa onun üzerinden yürümek lazım. Dava dilekçesinde yer alan meblağ için faiz dava tarihinden işleyecek, ıslahla getirilen kısım için, daha evvel temerrüde düşürülmemişse, ıslah yoluyla, ıslah dilekçesinin tebliği ile faiz işleyecektir.

Ayrı dava açılırdı ne idiye...

Öyle olur, ıslahla eklenen kısım için ayrı dava açılırdı ne idiye faiz de öyle olmak gerekir.

Ama, bakın, ben şunu söylüyorum: Kamilen ıslahta da, ıslah teorisine baktığımız zaman, yanılıyor olabilirim, kamilen ıslahta da yepyeni bir davayla karşı karşıya değiliz. Tamamen farklı bir dava, bütün sonuçlarını ıslahla doğuran bir dava...

Zannediyorum siz de bunu söylersiniz. Çünkü, öyle ki, mesela bir alacak davası kamilen ıslah edilip boşanma davası hâline getirilemez. O zaman, demek ki, kamilen ıslahta da yepyeni bir dava, öbür dava bitti, yepyeni bir dava; hayır, böyle bir şey söz konusu değil.

O bakımdan da, zamanaşımında da durum bu. O kamilen ıslahta, kamilen ıslah ettiğiniz kısımda bazı şeyler var, kesen kısımlar var. Ama prensip şudur: Dava açıldığı an itibarıyla etkilerini gösterir, mesela Prof. Üstündağ'ın, ben görüşünü tam anlayamamış olabilirim, bilinmeden açılarda da faizi galiba oradan başlatıyorsunuz siz değil mi? Öyle gibi anladım. Faizde.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Evet.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Ben buna tam katılamıyorum. Hayır, faizi oradan başlatamazsınız.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Müruruzamandan kurtarmak için.

Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA: Bence ayrı şeyler bunlar.

Böyle olunca, kavramları kendi bünyesi içinde, menfaatler durumu bizi çok zorlamadıkça her kavramı kendi içerisinde mütalaa ederek değerlendirmek uygun olur.

Kusura bakmayın, zannederim ben esas tebliği de aşarak konuştum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Teşekkür ederiz.

Efendim, müsaade ederseniz kapatalım Oturumu, çünkü bir hayli uzadı...

Buyurun Kamil Bey.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: İyi akşamlar tekrar. Sayın davetliler...

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Kaç dakikada biter Kamil beyciğim?

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Bir beş dakikada her halde toparlarız.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: 10 dakika efendim, 10 dakika verelim.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Peki, gayret edeyim...

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: 5 dakika 10 olunca gayretin ötesinde artık.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Tabii ki, dinleyicilerimizin, meslektaşlarımızın da bir takati var, takat meselesi. Saat ilerleyince anlatabilmek benim açımdan bir beceri isteyecek; o manada söyledim.

Dün arkadaşımız Halûk Konuralp muhakkak ki doyurucu, detaylı açıklamalarını yaptı. Kendisiyle, diğer meslektaşlarımızla birlikte zaten Komisyonda da çalışmıştık. Safahatı hakkında kendisinin geniş birikimi var.

Benim burada size arz edebileceğim tarihî gelişim yönünden olabilir, mukayeseli hukuk yönünden, Avrupa'daki genel prensipler bakımından olabilir ve birtakım kriterler üzerinde size tekrar bilgi arz edebilirim.

"İstinaf", tarihi gelişimi içinde "temyiz"e göre daha köklü bir kurum; mukayeseli hukukta yapılan çalışmalarda bu tespit edilmiştir. Yani, dönemler olmuştur temyiz safhası yoktur, fakat tarihî gelişim içinde yargılama, işte maddî hukuktan kendini ayırıp istiklalini ilan ettikten sonra, ki biliyorsunuz, Roma hukukunda "aksiyo" döneminde dava ayrı bir konu da değildi, "hak" ve "dava hakkı" birlikte yer alıyordu, böylelikle tarihî gelişim itibarıyla istinafın köklü bir kurum olduğu görülmektedir.

Temel haklar yönünden, özellikle Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 6. maddesi, adil yargılanma hakkını dü-

zenleyen, bilgiler çerçevesinde yine istinafın gerekli olduğu literatürde yer almaktadır. Yine tekrar tarihi gelişim yönünden düşünenecek olursak, temyizın, o ülkede iktidarın hâkimiyetini gösteren bir husus olduğu ortaya çıkmıştır. Yani, kral naksetme yetkisiyle, özellikle Fransa'da "Casassions" Mahkemesi'nin doğuşunda bu vardır, kral bölgede, verilmiş olan bir yerel mahkeme kararına karşı iktidarını kullanmak imkânını temyiz ve naksetmek suretiyle göstermiştir.

Orada, yani iktidar mücadelesinde varılan bir husustur temyiz aşaması. Ama, zamanla bunun, tabii içtihatlarda birliği sağlamak, hukuki birliği, yeknesaklığı, güveni sağlamak olarak revize edildiğini görüyoruz. Tabii bu, insan haklarının daha kristalize olmasıyla ortaya çıkan bir husus. Başlangıçta da tabii bunlar tartışılmıyor. Ama bugün, insan hakları anlamında, temel haklar, hürriyetler anlamında, hak arama hürriyeti anlamında yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın bir kere daha gözden geçirilmesinin isabetli olduğu bu yönde bireylerin de hakkı bulunduğu şeklinde anlaşılıyor. Burada tabii yapılacak denetlemenin kapsamı çok tartışılan bir husus.

Bu alanda da çeşitli modeller var. Yakın bir zamana kadar Kıta Avrupası'nda Alman ve Avusturya modelleri arasında bariz bir fark mevcuttu. Avusturya hukuku bunu bir kontrol, yani istinafı bir kontrol mahkemesi olarak uygulamaktaydı; Alman modeli ise, birinci ve ikinci derece, yani yerel mahkeme kararıyla, istinaf mahkemesi aşamasının bir bütün olduğu şeklindeydi. Fakat, uzun yıllar Alman hukukunda da iş yükünün artmış olması, Almanların dava açmaya pek meraklı olmaları gibi hususlar, sosyolojik olgular neticede Almanların reform çalışmasıyla neticelendi ve yakın bir tarihte, geçmişte, Almanlar da Avusturya modeline yakın olmak üzere istinafı bir kontrol mahkemesi hâline getirdiler. Burada "kontrol"le anlaşılması gereken, yani ilk derece mahkemesinde, yargılamasında gerçekleşmiş olan hususların kontrol edilmesidir, yeni vaka getirilmesine de sıcak bakılmamasıdır.

Yeni vaka getirildiğinde, tabii istinaf derecesinde bu tekrar bir mesai gerektirmektedir. Böylelikle Alman hukuku da

TARTIŞMALAR

Avusturya modeline yaklaşmış bulunmaktadır. Uygulama tabii zamanla ne getirecektir; bu konuda tabii açık kapı bırakmak gerekiyor. Yani bir de, mahkemelerin işleyişi, hakimlerin, Alman hâkimlerinin alışkanlıkları da vardır. Burada zaman içinde bunun nasıl bir dengeye oturacağını da hep birlikte göreceğiz.

Türk hukukunda, işte tasarımız malûm, hazırlıklar aşamasında. Fransız modeli, Alman modeli, Avusturya modeli üzerinde görüşmeler de oldu. Türk yargısının özellikleri de göz önünde bulundurarak temyizdeki temel bilgilerimizi bir ölçüde istinaf derecesine de biz aktarmış olduk. Bu ne derecede isabetlidir; o tabii tartışılabilir. Yani biz, temyizden yola çıkarak çünkü istinafı oluşturuyoruz. Bu tabii birtakım sıkıntılar yaratabilir.

Her şeyi demek ki sıfırdan alabilmiş değiliz. İşte belirli oturmuş kavramlar var, kurumlar var, hatta bunun ötesinde "*tashihi karar*"ın artık kaldırılması Komisyonunda da dile getirilmişti, fikir birliğine de varılmış idi. Ancak, daha sonradan tasarıda bunu da görüyoruz. Yani, tashihi karar kurumundan da vazgeçemediğimizi görüyoruz. Birtakım tabii geçiş dönemine ait sorunlarımız da olacaktır. Özü itibarıyla lüzumu yönünde...

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Ha, lüzumuna inanıyorsunuz.

Prof. Dr. Kamil YILDIRIM: Evet, lüzumu yönünde benim de görüşüm.

Her halde Yargıtay'ın iş yükünü hafifletecek ve Yargıtay'ın olması gereken noktasına getirilmesine yardımcı olacaktır. Bu kadar tabii iş yükü altında Yargıtay'ın da her hâlde hırpalamasak daha doğru olur diye düşünüyorum.

İlginize teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Biz de teşekkür ederiz.

Evet, salonu boşaltmak zorundaymışız. Daha fazla açıklama...

Buyurun efendim, buyurun.

Doç. Dr. Nevhis YILDIRIM: Ben Komisyon çalışmaları sırasında Ankara'da bulunmadım, öyle bir görev bana verilmedi. Ama, Barolar Birliğinin, Sayın Hocam Profesör Doktor Hakan Pekcanutez'in de belirttiği üzere, geçen Mart ayında Barolar Birliğinin düzenlediği "*istinaf*" konulu sempozyumda tebliğ sundum. O tebliği hazırlarken, burada Komisyonun iki değerli üyesi var, eleştirmek için söylemiyorum, ama bir şey dikkatimi çekti, o da; Avusturya modeli, Fransız modeli, Alman modeli şeklinde istinafa tek başına ele alan bir değerlendirmenin yapılmış olduğu kanaatine vardım ben. Biraz benim, yani tebliğimin başlığı "*Teksif İlkesi Açısından İstinaf*"tı. Eksikliğini duyduğum husus şuydu: Aslında ilk derece mahkemesi önündeki yargılamayla istinaf mahkemesi önündeki yargılamanın arasındaki bağlantının çok iyi kurulmadığı düşüncesindeyim. Tasarıdaki hükümlerde boşluk olduğu kanaatine vardım.

O yüzden de, belki, henüz istinaf mahkemesinin kurulmadığı bir ülkede konunun özele indirgenmesinin yeri yoktu, yani teksif ilkesi açısından... Ama, özellikle vaka getirme konusundaki Avusturya modelindeki incelikler, Alman modelinin, Avusturya modelinin, son dönemde Sayın Yıldırım'ın da söz ettiği üzere gelmesi beni buna sevk etti. Yani biraz, istinaf mahkemesi kurulursa, ilk derece mahkemesinin önündeki yargılamaya hakim olan ilkeler üzerinde de düşünmekte fayda var. Ne açıdan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamındaki adil yargılanma hakkı açısından. Çünkü aksi takdirde, bunu tebliğimde ispat da ettim aslında, Avusturya modelinden daha sert bir model getirmiş olacağız. Avusturya modelinden daha sert bir modele de ben rastlamadım.

Yani, istinaf mahkemesinin kurulması iyi, yani bizim kabul ettiğimiz görüşe göre iyi tabii. Sübjektif bir kriter. Ama, ilk derece mahkemesinde hakim ilkeler, "*yazılılık, teksif*" ilkesi,

TARTIŞMALAR

bunların hepsinin... Yazılılık ne derece trend hâlini almıştır? Özellikle Kara Avrupasına Anglo-Amerikan hukukunun yaptığı baskı çerçevesinde yazılılık ilkesine bugün verilecek anlam nedir ve teksif ilkesine bugün günümüzde verilecek anlam nedir; bununla istinaf mahkemesinde yeni vaka getirme yasağı ya da yeni vaka getirme hakkını birlikte değerlendirmek gerektiğini düşünüyorum. Özellikle bunu Prof. Baki Kuru'ya armağanda yayınlamak istiyorum. Orada daha detaylı bir şekilde ele alınabilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Efendim, istinafla ilgili ben de iki cümle söyleyeyim.

Bir, bugünkü mahkeme teşkilatı derecelenmesi vatandaşların hakkına ulaşma bakımından hangi fevkalâdeliği taşıyor; bunun üzerinde biraz durmamız lazım. Vatandaş bugün yargıdan şikâyetçi mi, değil mi? "*Şikâyetçi değilim*" diyene ben biraz uzaydan gelmiş gibi bakarım. O zaman, meseleye bakış tarzı, yargının kalitesini yükseltme açısından... Vatandaşa, ikinci bir işleme organı getirmeliyiz, tatmin edebilmek için. Burada temyizün yükünün azalması bunun yan bir etkisi. Esas vatandaş, vatandaşın hukuku. Vatandaşı hukuku, ben şahsen Hukuk Profesörü olarak bugünkü yargı mekanizmasından memnun değilim. Böyle bir temyiz mahkemesi olmaz; 600 hakimli, daireler kabarmış kabarmış, kimin ne dediği belli değil. Hatta bana göre, temyiz mahkemesi niye Ankara'da da başka yerde değil.

Almanya'da hiçbir yüksek mahkemenin başkentte olması kuralı yoktur, kural dışıdır. Hepsi başka yerdedir. Yargıtay merkezde, siyasiler orada, bürokratlar orada, kimin eli kimin cebinde belli değil; böyle bir yargı. Bu yargıyı biz adam edecek miyiz, etmeyeceğiz kardeşim; problem bu. Edeceksek, bu hâliyle tahammül edemeyiz buna, bu hâliyle ıslahat kabul etmiyor. Onun için, istinaf bir kere; hak sahiplerinin, bağı yanan insanların hukukunu nasıl sağlarız, hakları nasıl daha az riske uğrayacak şekilde bir örgüt kurarız problemi. Yoksa,

Yargıtay'ın yükünü azaltmak, dediğim gibi, bunun bir yan ürünü... Onun için, vatandaşın hakkına nasıl ulaşıyoruz açısından probleme bakmanızı ben rica ediyorum.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hocam, sizin kapatmanızı bekliyorum. Ben kapandıktan sonra bir duyuru yapacağım.

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ: Ben kapattım efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Peki, teşekkür ediyorum.

Ben başta siz olmak üzere özellikle son tartışmadaki katılımları için bütün Hocalarımıza teşekkür ediyorum. Bu güzel tartışmanın Hocalarımızın katkısıyla taçlandığını düşünüyorum. Bizlere bir bilim şöleni yaşattılar. Ama, tabii ki, bütün konuşmacılara, bütün katılımcılara, bütün destek olanlara özellikle bir kez daha teşekkür etmek istiyorum. Gerçi, bu teşekkürü yapabilmek için yarın da vaktim olacaktı, ama ayrılmak üzere olan katılımcıları biliyorum, o yüzden özellikle şimdiden herkese teşekkür etmek istedim.

MEDENÎ USÛL
VE
İCRA-İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI
III

ESKİŞEHİR
1-2 Ekim 2004

BİLİRKİŞİLİK
İFLÂSIN ERTELENMESİ

AÇILIŞ KONUŞMALARI
1 Ekim 2004 (10.00-10.45)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Organizasyon Komitesi Başkanı)

Prof. Dr. Nüvit GEREK
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

Prof. Dr. Engin ATAÇ
(Anadolu Üniversitesi Rektörü)

Sunucu: Adliyenin Sayın mensupları, Baromuzun Sayın mensupları; hepiniz "III. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı"na hoş geldiniz.

Oturumlara başlamadan önce açılış konuşmaları yapılacaktır. Açılış konuşmalarını yapmak üzere Organizasyon Komitesi Başkanı Galatasaray Üniversitesi Öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'i kürsüye davet ediyoruz.

Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Sayın Rektör, Sayın Dekan, Sayın Hocalarım diyeceğim, ama burada sadece Bilge Umar Hocam bizi onurlandırıyor, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı'nın değerli öğretim üyeleri ve değerli öğretim elemanları; bugün üçüncü toplantımızı gerçekleştiriyoruz. Gerçekten bundan son derece mutluyum. İlk başladığımızda ikincisini açıkçası düşünmemiştik. İkincisini gerçekleştirdik; bu sene de üçüncüsünü gerçekleştiriyoruz. Bu, Baki Hocamızın geçen yıl da söylediği gibi, "*maya tuttu*" anlamına geliyor. Umarım bundan sonra bu toplantıları Medeni usul ve icra iflas hukukçularının bir geleneksel toplantısı hâline getireceğiz.

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
KONUŞMAASI

Ben öncelikle, bu toplantıyı gerçekleştirirken, geçen yıllarda olduğu gibi bu yıl da bize ev sahipliği yapan, bize destek veren, bizi cesaretlendiren Sayın Rektörümüze teşekkür etmek istiyorum. Yine her toplantıda bize desteğini sürdüren Hukuk Fakültesi'ne ve Sayın Nüvit Gerek Hocamıza, Sayın Dekana, onun şahsında dekan yardımcılarına ve Medeni Usul Kürsüsü'ndeki tüm görevli arkadaşlarıma teşekkür ediyorum.

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMAASI

Bu toplantıları öncelikle üç kişi planlayarak yola çıkmıştık; bu üç kişiden birincisi Sayın Halûk Konuralp ve diğeri de Sayın Muhammet Özekes idi. Bu üçüncü toplantı da onların sayesinde gerçekleşti, onların emeğiyle gerçekleşti. Ama, onlar kadar Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kürsüsü'ndeki ve Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı'ndaki araştırma görevlisi arkadaşların görünmeyen, ama çok değerli katkıları oldu. Açıkçası, işin bütün ağırlığını onlar çektiler, tıpkı diğer toplantılardaki gibi. Onlara da huzurunuzda teşekkür ediyorum.

Aslında bugün iki konu değerlendirilecek; birincisi "*bilirkişilik*" ki, sabah oturumunda Fransız ve Alman hukukundaki bilirkişilik müesseselerini değerlendireceğiz, öğleden sonra da "*bilirkişinin sorumluluğu*" konusu ele alınacak, yarın ise "*iflasın ertelenmesi*" konusunu değerlendireceğiz.

Öncelikle, "*neden bilirkişilik*" denir ise, ona çok kısa bir cevap vermek istiyorum.

Bildiğiniz gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yaklaşık bir yıldır Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir Komisyonca tekrar gözden geçiriliyor ve tüm kanun yeni bir düzenlemeye tâbi tutuluyor. Yeni hazırlanan taslağın hükümlerinden belki de tartışacağımız en önemli kurumlardan bir tanesi "*bilirkişi kurumu*." Çünkü bilirkişi kurumu denilince, bunu doktrinde bile yazarlar, "*kanayan bir yara*" diye ifade ediyorlar.

Bunun maruf ve meşhur bir vaka olduğunu hepimiz de biliyoruz; çünkü uygulamada çok ciddi sıkıntılarımız var bilirkişi kurumuyla ilgili. İşte birinci olarak, Usul Komisyonu olarak bu toplantıdan ve buradaki tartışmalardan faydalanabilmek için bilirkişi kurumunu tekrardan burada gündeme getirmeyi ve tartışmayı düşündük.

Adalet Bakanlığı'nun aynı zamanda oluşturduğu bir başka Alt Komisyon var, ki onlar da bilirkişi müessesesini tekrardan değerlendirmeye gayret ediyorlar. Bu yüzden, bilirkişiliği bu

toplantıda konu olarak seçtik. Yine hatırlayacaksınız, geçen sene Baki Kuru Hocamız da bilirkişinin özellikle değerlendirilmesini teklif etmişti.

İkinci konu, iflasın ertelenmesi ki İcra İflas Kanunu'nun değiştirilmesinden sonra her halde uygulamada en çok anılan, en çok mahkeme önüne getirilen konulardan bir tanesi iflasın ertelenmesi oldu. Uygulamada verilen kararlar sonra çok ciddi, hatta tehlikeli bir boyuta ulaştı. Daha önce bu konuda başka yerlerde de toplantı yaptık ve meslektaşlarımızla tartışmaya gayret ettik. Bilgi Üniversitesindeki bir toplantıda Sayın Atalay ve Sayın Değnekli'yle beraber, hakimlere yönelik İstanbul'da bir toplantı yaptık. Ama, ne yazık ki, bu toplantı hiçbir hakim tarafından, kendilerine araç tahsis edilmesine rağmen gelmedi. Gerçi salon doluydu ama gelenler, borçlu avukatlarıydı. Yine İstanbul Ticaret Odası'nda uzlaşma suretiyle sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması hakkında bir toplantı yaptık. Orada da Sayın Konuralp ve Sayın Atalay'la beraberdik. O daha da vahimdi. O toplantıda sadece borçluların kendisi bizzat gelmişlerdi; başka kimse yoktu salonda.

Biz, bütün bu müesseselerin hukukçular arasında tartışılmasının son derece önemli olduğunu düşünüyoruz. Çünkü uygulamada özellikle iflasın ertelenmesiyle ilgili çok ciddi problemlerimiz var. İşte bu toplantıda da iflasın ertelenmesini bu anlamda değerlendirmek istedik.

Bu iki günün hem uygulamamız için hem de doktrin için verimli olacağını, daha önceki toplantılar gibi bunun da hepimize katkısı olacağını düşünüyorum.

Bu arada, geçen yılki toplantının basılamamış olmasını da bazı gecikmeler nedenine dayandığını söylemek ve geçen seneki toplantıdaki tebliğ ve tartışmalar ile bu seneki toplantıdaki tebliğ ve tartışmaların birlikte basılacağı konusunda da size bilgi vermek istiyorum.

Tekrardan, bu toplantıyı destekleyen, onurlandıran ve katılan, tebliğ sunan, soru soracak olan, tartışacak olan herkese teşekkür ediyor ve saygılar sunuyorum.

Sunucu: Konuşmalarını yapmak üzere Fakültemiz Dekanı Sayın Prof. Dr. Nüvit Gerek'i kürsüye davet ediyoruz.

NÜVİT
GEREK'İN
KONUŞMAASI

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Hepiniz hoş geldiniz. Sayın Rektör, değerli meslektaşlarım, Adliyemizin ve Baromuzun değerli mensupları ve sevgili öğrenciler; üçüncü kez bir aradayız.

Sevgili Hakan Hocamızın da belirttikleri gibi, bu toplantının gelenekselleşmesi ve Eskişehir'de yapılmasına devam edilmesi bizler için ayrıca sevindirici bir unsur.

Öncelikle seçilen konular üzerinde durmak ve teşekkürlerimi iletmek istiyorum. Gerçekten bu yıl, geçtiğimiz yıl ve ondan önceki yıl seçilen konular fevkalade isabetlidir; izleyenlere çok yararlı olmuştur. Gene Hakan Hocanın belirttiği gibi, isterdik ki, geçen yıl yaptığımız gibi, bir önceki yılın tebliğlerini basılmış şekilde gelen arkadaşlarımıza verelim. Ama bantların çözümlenmesindeki gecikmelerden ötürü bunu gerçekleştiremedik şu ana kadar. Ama belki geçen yılın ve bu yılın tebliğleri bir arada basılacak.

Ben, organizasyonda emeği geçen Komisyon Başkanı'ndan en genç arkadaşıma kadar, herkese teşekkür ediyorum. Sayın Rektöre, her zaman Fakültemize sağladığı desteklerden ötürü teşekkür ediyorum ve bir beklentimi ifade etmek istiyorum.

Hukuk eğitiminde uygulamaların önemine çok inanıyorum, uygulamaların içinde olanların görüşlerine çok değer veriyorum. Bunun bizlerce daha iyi bilinmesi gerektiğini düşünüyorum; dolayısıyla, bugün aramızda olan değerli uygulamacıların gerek sorularıyla, gerek deneyimlerini bize aktarmak suretiyle zenginleştirmelerini diliyorum.

Öğrencilerimden de şunu istiyorum: Gerçekten bulunmaz bir fırsat, onun için, merak ettiğiniz her konuyu, tereddüt ettiğiniz her konuyu, acaba böyle bir soruyu sorarsam çok mu garip karşılanır şeklinde bir çekinme içerisinde olmadan açıklıkla sorun.

Toplantının yararlı geçmesini dileyerek hepinize saygılarımı sunuyorum.

Tekrar teşekkür ederim.

Sunucu: Teşekkür ederiz Hocam. Konuşmalarını yapmak üzere Anadolu Üniversitesi Rektörü Sayın Prof. Dr. Engin Ataç'ı kürsüye davet ediyoruz.

Prof. Dr. Engin ATAÇ: Sayın Başsavcı, Sayın Baro Başkanı, çok değerli hukukçular, değerli meslektaşlarım, sevgili öğrenciler; hepinize hoş geldiniz diyorum.

ENGİN
ATAÇ'IN
KONUŞMAASI

Üniversite olarak III. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı'nu gerçekleştirmekten büyük mutluluk duyuyoruz. Dileğimiz, üçüncüsünü de yaptıktan sonra, artık bir ölçüde bu toplantılar gelenekselleşmiş demektir. Biz maliyeciler olarak 20'yi bulduk; darısı sizin başınıza.

Sizler de inşallah bu şekilde 20'leri bulursunuz. Artık biz bu işin nerede yapılacağı, nasıl yapılacağı konusunda hiçbir kuşumuz olmadan toplantılar sonucunda bir Genel Kurul yapıyoruz, talipli üniversitelerden bir tanesine ihaleyi veriyoruz ve ondan sonra bir de Danışma Kurulu, hangi konunun işleneceğini, kimlerin toplantıda bildirileri sunacağını, onlar ve de nerede yapılacağını kararlaştırarak götürüyorlar. Bu şekilde, yani deneyimimizden belki yararlanmak istersiniz diye bunu da parantez içinde söylemek istedim.

Tabii biz, sizleri Eskişehir'de ağırlamaktan büyük mutluluk duyuyoruz.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nereden baksanız 10-11 senelik bir Fakülte, genç bir Fakülte sayılır. O bakımdan biz, sizlerin her türlü desteğine açığız ve ihtiyacımız var. Ve bu konuda da bugüne kadar yapılmış olan destekler için hepinize ayrıca çok teşekkür ediyorum. Gerek üniversitemize gelip ders vererek, gerek konferanslara, sempozyumlara katılarak engin hukuk bilginizi Anadolu Üniversitesine aktardığınızdan dolayı da hepinize ayrıca teşekkür ediyorum.

ENGİN
ATAÇ'IN
KONUŞMAASI

Tabii, bu toplantıda bilirkişilik ve de iflasın ertelenmesi gibi uygulamada çok önemli iki konuyu işleyeceksiniz. Bilirkişi deyince aklıma bir anekdot geldi. Bir yerde okumuştum. Şimdi nerede okuduğumu hatırlamıyorum. Ama şöyle bir ibare vardı: *"Hukukçular karar veremedikleri, karar vermekte çok zorlandıkları için hep işleri bilirkişiye gönderirler"* diye bir şey okumuştum.

Bilmiyorum doğru mu değil mi? Tabii bu sadece her halde bir espri niteliğinde olan bir anekdottu. Fakat, böyle iki önemli konunun tartışılacak olması gerekten hem uygulamacılara, hem de öğrencilerimize önemli yol gösterecektir.

Bu toplantıların tabii üçüncüsünün de bu şekilde başarıyla organize edilmesinde katkıları olan, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Doç. Dr. Halûk Konuralp, Doç. Dr. Muhammet Özeker'e özellikle teşekkür ediyorum. Ayrıca, Hukuk Fakültesi Dekanımız Prof. Dr. Nüvit Gerek ve çok değerli çalışmaları arkadaşlarına, çok değerli asistanlarımıza da özveriyle çalışarak bu toplantıyı gerçekleştirdikleri için tekrar teşekkür ediyorum.

Toplantının herkes açısından yararlı olması dileğiyle hepinize tekrar hoş geldiniz diyorum, sevgi ve saygılar sunuyorum.

Sunucu: Teşekkür ederiz Sayın Rektörüm.

Birinci Oturum başlamak üzeredir. Oturum başkanlığını yapmak üzere Galatasaray Üniversitesi Öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'i, *"Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik"* konulu tebliğini sunmak üzere Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyelerinden Sayın Doç. Dr. Seyithan Deliduman'ı ve *"Fransız Hukukunda Bilirkişilik"* konulu tebliğini sunmak üzere Ankara Üniversitesi Öğretim üyelerinden Sayın Doç. Dr. Halûk Konuralp'i kürsüye davet ediyoruz.

BİRİNCİ OTURUM
1 Ekim 2004 (10.30-12.45)

BİLİRKİŞİLİK

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğ Sunanlar
Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik
Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN
(Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Fransız Hukukunda Bilirkişilik
Doç. Dr. Halûk KONURALP
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Değerli meslektaşlarım Birinci Oturumu açıyorum.

Öncelikle, beni kınamamanız için bir açıklama yapmak istiyorum. Sevgili Bilge Umar Hocam buradayken Oturum Başkanlığı yapmam sadece kendisinin icazeti ve izniyle ve isteğiyle olmuştur. Yoksa, o buradayken ben kesinlikle böyle bir görevi üstlenmez idim.

Bu sabahki oturumun özellikle Alman ve Fransız hukukunda bilirkişilik ile ilgili olacağını biraz önceki konuşmamda da söylemiştim. Türk-Alman hukukuyla ilgili açıklamaları Sevgili Seyithan Deliduman arkadaşımız yapacak; buna karşılık Fransız hukukuyla ilgili açıklamaları da sevgili Halûk Konuralp meslektaşımız yapacak.

Bilindiği gibi, bilirkişilik gerçekten hukukumuzda belki de en çok yazılan, tartışılan, değerlendirilen bir konu. Pek çok şey söylenmiş, pek çok yönüyle eleştirilmiş. Bunun zaten çok önemli olduğunu, pek çok kez düşünüldüğünü, değerlendirildiğini ve değiştirildiğini bu konuyla ilgili meşhur 275. maddeye baktığımızda da görüyoruz.

275. maddenin 1. cümlesinde diyor ki kanun; *"özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi müessesesine başvurulabilir."* Bunun anlamı, hukukî konularda bilirkişiliğin yapılamayacağıdır. Ancak kanun, sanki buradan hukukî konularda bilirkişiliğin yapılamayacağı anlaşılmıyormuş gibi, uygulamada hukukî konularda bilirkişilik yapılmasının sebebi, bu ilk cümlenin açık

olmaması gibi, buna bir ikinci cümle daha ilave edilmiş; deniyor ki, *"hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez."*

Zaten birinci cümle bunu söylüyordu, ikinci cümleyle bir kez daha, hukukî konularda bilirkişiliğin yapılamayacağı ifade ediliyor. Bakın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bir şeyin iki kez ifade edildiğini sadece 275. maddeden görebiliyoruz. Aynı şeyi 275. maddede kanun iki kez ifade ediyor. Sebep; çünkü hukukî konularda bilirkişiye buna rağmen gidiliyor. Hatta hukukî konularda bilirkişiliğe başvurulmasını diye taslaklardan bir tanesinde bir cümle daha da ilave edildi buraya, 275'deki üçüncü cümlede deniliyor ki; *"eğer bütün bunlara rağmen hakim bilirkişiye başvurursa, o zaman taraf bilirkişi ücretini yatırmaz."*

Bir madde, üç cümle aynı şeyi söylüyor. Her halde, bu madde yürürlüğe girseydi dahi yine hukukî konularda, bilirkişilik yapılması engellenemeyecekti; o zaman belki de bir dördüncü cümleyi şu anda düşünmeye başlayacaktık. Ama her halde bize bütün bu gelişmeler şunu gösterdi ki; biz buraya daha pek çok cümle ilave etsek bile uygulamada, hukukî konularda bilirkişilik yapılmasına kanundaki düzenleme ile engel olamıyoruz. Peki, nedir bunun sebebi?

Bu müessese hukukumuzda bu kadar çok eleştiriliyor, bu kadar çok bundan rahatsız oluyoruz; peki Alman hukukundaki durum nedir, Fransız hukukundaki durum nedir? Bunları Değerli Meslektaşlarımızı dinledikten sonra hep birlikte değerlendireceğiz, tartışacağız.

Ben sözü programdaki sıraya göre öncelikle Sevgili Seyithan Deliduman'a vermek istiyorum.

Yarım saat içinde eğer değerlendirirseniz memnun olacağım. Tabii inkıtaları da sürenize ilave ederiz.

Buyurun.

1. Tebliğ Sahibi: Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN
(Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve
İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

SEYİTHAN
DELİDUMAN'IN
TEBLİĞİ

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

A. GİRİŞ

Değerli Hocalarım, saygıdeğer dinleyiciler; ben hemen konuya başlamak istiyorum, çünkü benim konum bir hayli geniş. Sadece Türk hukukunda değil aynı zamanda Alman hukukunda bilirkişilik.

Konuya başlamadan önce çok kısa bir şekilde birkaç hususa değinmek istiyorum. Hocam bilirkişilik konusunda 275. madde ile ilgili sıkıntıyı ifade etti, ama tartışmalar, sıkıntılar bundan ibaret değil. Bilirkişilikle ilgili hemen hemen bütün konularda ciddi sıkıntılar mevcuttur. İfade etmek gerekir ki, bilirkişilikle ilgili sıkıntıların büyük bir kısmı Alman ve Fransız hukukunda da mevcuttur ve konunun özelliği sebebiyle henüz tam anlamıyla çözüme kavuşturulamamıştır.

Bilirkişilikle ilgili konu bana tevdi edildiğinde konuyu incelemeye başladığımda ilk aklıma gelen husus şu olmuştu: Kendi kendime dedim ki, her halde toplantı sırasında ilk söyleyeceğim şey, *"bilirkişilikle ilgili hemen hemen her şeyin söylenmiş olduğu, söylenecek çok az şeyin kaldığı"* olacaktır. Fakat bir süre sonra bu sözün de bir Hocamız tarafından bir vesileyle sarf edilmiş olduğunu gördüm. Hocamız beyanında, bilirkişilikle ilgili sadece duyulmamış şeylerin olabileceğini, ama yazılmış çizilmiş çok şeyin olduğunu ifade ediyordu. Hal böyle olunca, bunu söylemek de bize kalmadı dedim. Ama konuya ilişkin incelememi derinleştirdince gördüm ki, bilirkişilikle ilgili söylenenler aslında belki bir *"Ice-berg"* in görünen kısmı. Daha söylenecek, tartışılacak o kadar çok şey var ki bilirkişilikle ilgili. Bilirkişilik konusu Alman hukukunda da, bizim kadar

olmasa bile, aynı canlılıkta tartışılmaktadır. Bu genel girişten sonra tebliğimi sunmaya geçebilirim.

Bilim ve teknolojideki gelişme ve ilerlemeler hayatın bütün alanlarında şüphesiz büyük kolaylıklar sağlamış ve yeni imkanlar doğurmuştur. Ancak bu faydalarının yanında diğer birtakım etkileri de olmuştur bu gelişmelerin. Bunların en önemlilerinden bir tanesi de, genel olarak hayat ilişkilerinde özel olarak da insanlar arası ilişkilerde, çok büyük bir karmaşıklık-karışıklığın doğmuş olmasıdır.

Gelişen bilimsel malzemeler ancak sayısı çok kişiler tarafından bilinebilecek bir genişlik kazanmıştır. Böylece de bu bilgilere sahip olan uzmanlar, bir başka ifade ile, bilirkişiler ortaya çıkmıştır.¹

İhkakı haktan istinkaf edemeyecek olan (HUMK m. 573/6, m. 574, TCK m. 231)² ve dolayısıyla hakkında hiç veya yeterli bilgi sahibi olmadığı pek çok konuda açılan davalarda da bir karar (hüküm) vermek zorunda olması, hakimin, karar verdiği her konuda bilgi sahibi olduğunu göstermediği gibi bu mümkün de değildir.³ Kaldı ki böyle bir zorunluluk öngörülmüş de değildir.

Uzmanlık alanlarının her geçen gün daha da geliştiği ve derinleştiği günümüz dünyasında, önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak hakimin sağlıklı bir yargılama yaparak bir karar verebilmesi için bu uzman kişilerin yardımına ihtiyacı vardır ve bu ihtiyaç giderek artmaktadır.⁴ Zira hakim, ne denli hukukî ve genel bilgiyle, kültürle donatılmış olursa olsun; yargulamada

¹ Helmut Pieper, *Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozessrecht*, ZZP Band 84 (1971), s. 1; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s. 740.

² Aksine davranış hakimin sorumluluğunu gerektirir.

³ Ramazan Arslan, "Bilirkişi Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi", *Yargıtay Dergisi*, 1989, Özel Sayı, s. 156; Ramazan, Arslan, "Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 (Arslan-Sorunlar)*, s. 190.

⁴ Yahya Deryal, "Türk Hukukunda Bilirkişinin Nitelikleri ve Avukatın Bilirkişilik Yapması", *İBD*, 2001/3, s. 15.

güncelleşen olaylar içinde ortaya çıkan vakıa sorunları çözmede özel, teknik ve bilimsel bilgilere ve bu bilgilerin ışığında yorumlara gereksinim duyacaktır.⁵

Bilirkişilik kurumu, temel yargılama ilkelerinden birisi olan “*adil yargılanma hakkı*” ile de doğrudan bağlantılıdır. Bu kurum, tüm usul kural ve kurumları gibi, kişinin doğru ve güvenli yargılanma hakkının güncelleşmesi ve korunması için olmazsa olmaz niteliktedir. Yargılamayla ilgili yasalarda, bilirkişi kurumu yer almasaydı hakimler, ortaya çıkan bazı vakıa sorunlarını kendi başlarına buyruk öznal ya da kulaktan dolma bilgilere göre yol ve yöntemine aykırı olarak, kısaca ifadesiyle keyfi çözmek zorunda-durumunda kalacaklardı. Bu durumda da bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkı sürekli bir potansiyel tehlike altında olacaktı.⁶

Buna göre, herhangi bir davada, karar verilebilmesi için böyle uzmanlığa giren bilgiye ihtiyaç kendisini gösterdiği takdirde, bu bilgilerin yargılamaya sokulabilmesi bakımından izlenecek yollardan biri ve belki de en önemlisi bilirkişiliktir.⁷ Bilirkişilik, hakimin, yargılamada ortaya çıkan olgu sorunlarını çözmeye doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla oluşturulmuş bir yargılama hukuku kurumudur.⁸

Sosyal ilişkiler içinde karşılaştığı hukukî uyumsuzlukları çözmekle görevli ve yetkili yargı organları ve özellikle hakim açısından, sosyal ilişkilerin çok yönlülüğü ve karmaşıklığı

⁵ Çetin Aşçıoğlu, “Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları”, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, *Bilirkişilik Sempozyumu* 2001, s. 28.

⁶ Aşçıoğlu, s. 28.

⁷ Üstündağ, s. 740.

⁸ Aşçıoğlu, s. 28. Doktrinde, gerek dünyada gerekse Türkiye’de, bilirkişilik kurumunun, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hakim olduğu adeta bağımsız bir bilim dalı kimliğini kazanmış olduğu (Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, *Bilirkişilik Sempozyumu* 2001, s. 190), bu nedenle artık bilirkişilikten değil, bağımsız bir bilim dalı olarak “Adli Bilimler”den söz edilmeye başlandığı ifade edilmektedir (bkz., Anıl Başkan, “Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 2000, C. 2, s. 465)

ölçüsünde, "mimar", "mühendis", "muhasibeci" "doktor", "mali müşavir", "jeolog", "grafolog", "kimyager" gibi farklı alanlarda uzmanlık sahibi kişilerin bilgisine ihtiyaç duyulması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.⁹

Hakkında karar vermek zorunda olduğu uyumsuzluğun temelini oluşturan vakıaların (olgu ve olayların) saptanması, aydınlatılması ve değerlendirilmesinde, kendisinin bilgi ve deneyiminin yeterli olmaması durumunda, bu bilgi eksikliğini saptayan hakime, yukarıda belirtilen kişiler yardım ederler.¹⁰

Yargılama hukukunun çok önemli bir kurumu olan bilirkişiliğin kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi ancak ve ancak bu kurumun amacına uygun olarak kullanılması halinde mümkündür. Amacından uzaklaştırılmış veya sapıtılmış bir bilirkişilik kurumu faydadan öte zarar verir; nitekim günümüzde bu kurum faydalarından ziyade mahzurları ile gündeme gelmektedir. Daha doğrusu, bu kurum artık zararları faydalarıyla mukayese edilir ve tartışılır hale gelmiştir. Bu durum yargı organlarının saygınlığını zedeleyici, azaltıcı söylentilere, eleştirilere ve yakınmalara neden olmaktadır.¹¹

Başka bir ifadeyle, çok değişik nedenlerle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bilirkişiye ilişkin hükümlerinin yanlış uygulanması veya en azından titizlikle uygulanmaması sonucunda, bilirkişilik uygulaması yargıya olan güveni sarsıcı unsurlardan biri durumuna gelebilmektedir.¹²

Bilirkişi, keşif gibi, taraflarca getirilmesi ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır ve hakim, davanın karara bağlanması

⁹ Deryal, s. 15.

¹⁰ Bu konuda şüphesiz davanın tarafları da hakime yardımcı olacaklardır. Ancak, çoğu zaman, tarafların açıklamaları hakimın hükme varmasına yararlı olsa bile yeterli olmayabilecektir (Arslan, *Sorunlar*, s. 190).

¹¹ Bu yönde bkz., Ahmet Kılıçoğlu, *Yargıda Bilirkişilik Çıkması*, ABD 1986/5, s. 643-648; Çetin Aşçıoğlu, *Kusurun Belirlenmesinde ve Değerlendirilmesinde Hakim ve Bilirkişinin Fonksiyonları ve Bu Konudaki Tartışmalar*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1988.

¹² Arslan-Bilirkişilik, s. 191.

için gerekli ise, taraflar talep etmese bile bilirkişiye başvurabilir (HUMK m. 275, m. 363).

Türk ve Alman hukukunda bilirkişi hususunda aynı modeli benimsemiş olması nedeniyle bilirkişiliğe yönelik düzenlemelerde her iki hukuk arasında önemli bir paralellik bulunmaktadır.¹³

B. TANIM VE HUKUKİ NİTELİK

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bilirkişilik, kanunun ifadesiyle "*ehlivukuf*" tanımlanmış değildir. Kanun sadece bilirkişiye başvurulabilecek durumları, bilirkişinin seçilmesi, reddi, rapor tanzimi, inceleme yapması ve ücretine ilişkin hususları düzenlemiştir.

Medeni yargılama hukukunda bilirkişilik, kanundaki ifadeden hareketle tanımlanmaktadır. Buna göre, doktrinde yapılan bazı bilirkişi tanımları şu şekildedir:

Bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hakimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir.¹⁴

Bir davada çözümü (halli) hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, mahkeme tarafından oy ve görüşüne (rey ve mütalaasına) başvurulmuş üçüncü kişi veya kişilere bilirkişi denir.¹⁵

Alman hukukundan mülhem bir diğer tanıma göre bilir-

¹³ Üstündağ, S/Tanverdi, M. Alman Usul Hukukunda Bilirkişilik (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtayın Kuruluşunun 125. Yılı, Ankara 1992), s. 18.

¹⁴ Üstündağ, s. 740; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 425.

¹⁵ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, İstanbul 2001, s. 2621-2622; Baki Kuru/ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ders Kitabı, Ankara 2003, s. 510.

kişi, bir davanın dayandırıldığı vakıaların değerlendirilip onlardan sonuçlar çıkarılmasında özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duyulan durumlarda hakim tarafından bilgisine ve görüşüne başvurulmuş ve verdiği bilgiler, yaptığı açıklamalarla hakime yardımcı olan kişidir.¹⁶

Diğer bir tanıma göre¹⁷ ise, bilirkişi, davaya ait vakıaların takdirinde hususi ve teknik bilgiye ihtiyaç gösteren hallerde hakim tarafından bilgisine ve reyine müracaat olunan kişidir.

Daha kısa bir bilirkişi tanımı¹⁸ ise, maddi meselenin takdirinde başvurulmuş kişi, şeklinde yapılmaktadır.

Doktrinde Alangoya'nın yaptığı bilirkişi tanımı daha kapsamlı olup şu şekildedir; bilirkişi, hakimın bilgisinde olmayan tecrübe kurallarına ulaşılması veya tecrübe kurallarına dayanılarak mevcut ihtilaf bakımından sonuçlara varılması veya teknik veya mesleki bilgilere dayanılarak bir vakıanın tespiti şeklinde ortaya çıkan durumlarda hakimın bilgisine başvuracağı kişidir.¹⁹

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun "Deliller ve İkamesi"ne ilişkin Sekizinci Faslının Üçüncü Kısmında "Ehli-vukuf" başlığı altındaki düzenleme ise şu şekildedir: Mahkeme, çözümlü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez (HUMK m. 275, II c. 2).

Konu Alman Medeni Usul Kanunu'nun²⁰ 402-414. maddeleri arasında, beş ispat aracından birisi olarak "bilirkişi delili" başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁶ Arslan-Sorunlar, s. 190.

¹⁷ Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 538.

¹⁸ İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 652.

¹⁹ Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s. 380.

²⁰ Zivilprozessordnung-ZPO.

1864 tarihli eski Alman Usul Kanunu ile 1871 ve 1872 tarihli Usul Kanunu tasarılarında bilirkişi münhasıran ispat aracı olarak düzenlenmiş idi.²¹ Bugün artık usul hukuku klasik eserlerinin sahipleri olarak niteleyebileceğimiz Obermeyer, Gönner, Wetzell gibi yazarların bilirkişiyi, tanıkla gösterdiği şekli benzerlik nedeniyle ispat araçları arasına dahil eden 19. yüzyıl kanunlaştırma hareketlerinde benimsenen bu hususa karşı çıktıklarını ve sonuçta ortak olarak yargılamanın bu yeni süjesinin hakimın yetki sahası içinde hareket ettiğini ve gerçekte hakimın yerine getirmesi gereken bir görevi üstlendiğini belirterek "hakim yardımcısı" diye yeni bir terimi usul hukuku öğretisine soktuklarını görüyoruz.²² Konuyu anılan yazarlardan Gönneri' in şu ifadeleriyle aktarmak gerekirse:

"Hiçbir şey bilirkişiyi bir ispat aracı olarak görmek ve tanık gibi değerlendirmek kadar mahzurlu olmamıştır. Çünkü bilirkişiler, görüşleri görülmekte olan uyuşmazlığa önemli ölçüde etkili olan üçüncü kişilerdir... Bilirkişiler her zaman hakimın yardımcısıdır ve onların ispat araçları sınıfına dahil etmek kesinlikle mümkün değildir".²³

Benzeri görüşler belirtilen diğer yazarlar tarafından da dile getirilmiştir.²⁴

Ancak doktrindeki bu eleştirilere rağmen günümüz Alman Usul Kanunu (m. 402-414) bilirkişiyi ispat araçları arasına koymuş ve kanunun, bilirkişiliğe ilişkin olarak açıkça düzenlediği konular dışında kalan hususlarda, tanıkla ispata ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir (ZPO § 402).

Ne var ki, bu düzenlemeye rağmen günümüz Alman doktrininin büyük çoğunluğu, yukarıda belirtilen 19. yüzyıl sonu klasik Alman yazarlarının aksine, bilirkişinin ispat araçları arasında düzenlenen bilirkişinin ispat aracı olarak düzenlenmiş olmasına karşı çıkmamakta veya en azından bunu kabullen-

²¹ Pieper, s. 3.

²² Üstündağ/Tanverdi, s. 7.

²³ Gönner, s. 300 (naklen: Pieper, s. 4).

²⁴ Geniş bilgi için bkz., Pieper, s. 4 vd.; Üstündağ/Tanverdi, s. 7.

mekte; ancak bunun yanında bilirkişinin aynı zamanda hakim yardımcısı olduğu noktasında birleşmektedir.²⁵ Burada esas alınan en önemli gerekçeler; hakimın bilirkişiye resen de başvurabilmesi ve bilirkişinin davadaki işlevidir.²⁶

Dolayısıyla buradaki tartışma daha çok bilirkişi ile tanık arasındaki sınırlar (farklar-benzerlikler) bakımından değil bilirkişi ile hakim arasındaki ilişki noktasında odaklanmıştır. Bu düşüncede olan hukukçulara göre,²⁷ bilirkişinin faaliyeti hakimın faaliyetinden başka bir şey değildir, bir başka ifade ile bilirkişi hakimın gördüğü işlevi görmektedir. Çünkü eğer hakim o konuda gerekli özel bilgiye sahip olsa idi bilirkişiye başvurmayacaktı.

Ayrıca, bilirkişinin red ve memnuiyetinin hakimlerle aynı olarak (ZPO m. 406) düzenlenmiş olması da bilirkişinin diğer ispat araçlarından ayrılması ve onun faaliyetinin daha çok hakimın faaliyet alanına yaklaştığı sonucuna götürmektedir.

Azınlıkta kalan bir görüş²⁸ ise, bilirkişinin ispat araçları arasından çıkarılmasını ve onu ayrı bir usul süjesi olarak "teknik danışmana" (Consulento technica) dönüştürmek gerektiğini savunmaktadır.

O halde kısaca ifade etmek gerekirse, kaynağını tarihsel gelişimden alan bilirkişinin yargılama içerisindeki gerçek işlev ve niteliği konusundaki tartışmaların Alman usul hukukunda ve öğretisinde bir sonuca ulaştırılmadığı ve tartışmanın aynı canlılıkla sürdürüldüğü yolundaki görüşün²⁹ geçerliliğini muhafaza ettiği sonucuna varılabilir.

²⁵ Bu hususta bkz., Rosenberg/Schwab/Gottwald; Üstündağ, s. 8.

²⁶ Horst, Sendler, Richter und Sachverständiger, NJW 1986/47, 2908; Pieper, s. 3-4.

²⁷ Hepsi için bkz., Pieper, s. 30-31.

²⁸ Pieper, s. 37.

²⁹ Üstündağ/Tanverdi, s. 9.

C. BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASINI GEREKTİREN HALLER

Kanunun (HUMK m. 275) ifadesine bakıldığında, bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hallerin sarıh ve anlaşılır bir şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür. Çünkü kanun konuyu "*Mahkeme, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulur*" şeklinde düzenlemiştir. Ne varki, bu cümlenin içeriğinin doldurulması ifadesindeki kadar açık ve kolay değildir.

Bir kere, hangi hallerde özel veya teknik bilginin gerekli olduğunun takdirini kanun mahkemeye, hakime vermiştir.

I. Bilirkişiye Başvurulmasının Zorunlu Olduğu Haller

Kanun bazı hallerde bilirkişiye başvurulması gerektiğini açıkça öngörmüştür. Böyle durumlarda hakim bilirkişiye başvurması zorunludur.

Bilirkişiye başvurulması bir yandan taraflar açısından önemli sayılabilecek masraflar doğurduğundan, diğer yandan da yargılamayı, bir başka ifade ile, davanın karara bağlanmasını geciktirdiğinden, kanun, sadece bilirkişi oy ve görüşünün davanın karara bağlanması açısından gerekli olduğu hallerde bilirkişiye başvurulması zorunlu kılmuş; diğer hallerde ise bilirkişiye başvurulmasını hakim takdirine bırakmıştır.³⁰

Bilirkişiye başvurulmasının zorunlu olduğu hallere bazı örnekler vermek gerekirse:

Akıl hastalığına dayanarak açılan boşanma davasında, davalı eşin akıl hastası olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekir (TMK m. 133).

Akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle hacir kararı ancak bilirkişi raporu üzerine verilebilir (TMK m. 409, II).³¹

³⁰ Bross, s. 420.

³¹ Bu yönde bkz., 2. HD 25.10.1982, 8044/7644 (İKİD 1983/270, s. 1872).

SEYİTHAN
DELİDUMAN'IN
TEBLİĞİ

Akil hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle verilmiş olan hacir kararının kaldırılması, hacir için bir neden kalıp kalmadığı hususunda hakim bilirkişiye başvurmak zorundadır (TMK m. 474).

Hayvan alım satımında hayvanın ayıplı olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespiti gerekir (BK m. 199).

Alman hukukunda, Alman Usul Kanunu, mahkemenin, belli hallerde, karar vermeden önce bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Buna göre hacir yargılamasında bu durum söz konusudur (bkz., ZPO § 645 ff.).

Benzer bir durum vesayet konusunda da geçerlidir. Bu durumlarda bilirkişiye başvurulması mahkemenin takdirine ve taraf veya tarafların talebine bağlı değildir.³²

II. Özel veya Teknik Bilgiyi Gerektiren Haller

Öncelikle şu hususun tespit edilmesi gerekir ki, kanun özel veya teknik bilginin gerekli olduğu hallerde hakimi veya mahkemeyi bilirkişiye başvurmakla yükümlü tutmuştur. Konuya ilişkin olarak yazılan bir çok bilimsel yazıda ve temel usul hukuku kitaplarında kanundaki "veya" bağlacının dikkate alınmadığı ve bunun yerine "ve" bağlacının, bilerek ve isteyerek veya farkında olunmadan, kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu ayırım çok önemlidir. Özellikle, hakimın hukukî konularda bilirkişiye başvuramayacağına ilişkin kanunun ikinci cümlesinin çerçevesi çizilirken bu bağlacın öneminin hiç de azımsanmayacak derecededir.

Alman hukukunda bilirkişiye şu hususlarda başvurulabileceği kabul edilmektedir:³³ Buna göre:

1. Özel mesleki bilgiye dayanarak vakıaların tespiti, örne-

³² Bross, s. 421.

³³ Peter Bleutge, Die Hilfskräfte des Sachverständigen-Mitarbeiter ohne Verantwortung? NJW 1985/21, 1185.

ğın kandaki alkol oranının tespiti, bir binadaki hasar oranının tespiti, kimyasal bir maddenin analizi..,

2. Özel mesleki bilgiye dayanarak mevcut uyuşmazlık hakkında sonuçlara varılması, örneğin bir trafik kazasının hangi sebeplerden kaynaklandığı,

3. Mesleki bilgiye dayanılarak tecrübe kurallarının sağlanması, örneğin düzenli bir muhasebenin temel ilkeleri.

O halde, Alman hukukunda bilirkişiye başvurulması, vakıaların tespiti, vakılardan mevcut uyuşmazlığa ilişkin sonuçlar çıkarılması ve tecrübe kurallarının ortaya konulması, hususlarını kapsamaktadır.³⁴

Alman hukukunda, bilirkişiye başvurma zorunlu olduğu veya takdir hakkının bulunduğu hususunda aşağıdaki şekilde bir ayırım yapılmaktadır.

Genel hayat tecrübesi ve kültürüne dayanan tecrübe kuralları hususunda hakim bilirkişiye başvurması gerekir. Tarafların böyle bir talebi karşısında da mahkemenin böyle taleple bağlılığı ve bunu kabul yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü böylesi kurallar herkes ve bu arada hakim tarafından bilinir veya bilinmesi gerekir.³⁵

Genel hayat tecrübesi ve kültürüne dayanmayan, bir başka ifade ile, sadece belli özel veya mesleki bilgiye dayanan hususlarda ise, eğer mahkeme söz konusu bilgiye hiç sahip değilse bilirkişiye başvurmak zorundadır.³⁶

Alman hukukunda, bizim hukukumuzda olduğu gibi, hakim hukukî konularda bilirkişiye başvuramayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulacağı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.³⁷ Zira bu hukuk çevresinde

³⁴ Bleugte, 1186

³⁵ Pieper, s. 12.

³⁶ Pieper, s. 16 ve dn. 60'ta zikrettiği yazarlar.

³⁷ Üstündağ/Tanverdi, s. 18.

de denmektedir ki, hakim hukuku kendiliğinden bilmek ve uygulamak durumundadır. "*iura novit curia*". Buna karşılık hakim, yabancı hukuku bilmekle yükümlü değildir.³⁸

Alman hukukunda bilirkişi, keşif gibi, taraflarca getirilme ilmesinin bir istisnası olarak kabul edilmekte ve ZPO § 144. I gereğince mahkemece kendiliğinden bilirkişiye başvurabilecek olmasına rağmen, uygulamada genellikle tarafların veya taraflardan birinin talebi üzerine bilirkişiye başvurulduğu ifade edilmektedir.³⁹

D. BİLİRKİŞİ SEÇİMİ VE GÖREVİ KABUL ZORUNLULUĞU

Bilirkişi olarak kimlerin seçilebileceği ve seçilen bilirkişilerin bilirkişilik görevini kabul zorunluluğunun bulunup bulunmadığının ayrı ayrı ortaya konulması gerekir.

I. Bilirkişinin Seçimi

Bir husus (vakıa) hakkında, ancak o konuda özel ve teknik bilgi sahibi olan (uzman) kişiler bilirkişi olarak seçilebilir (HUMK m. 275). Resmi bilirkişilerin seçimi dışında, bir kişinin belli bir konuda uzman olup olmadığını belirlemede son söz hakimindir. Buna göre konunun resmi ve özel bilirkişiler bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir:

1. Resmi Bilirkişiler

Bir husus için Hükümet (kanun) tarafından belirlenmiş resmi bilirkişiler varsa, hakim, bilirkişileri bunlar arasından seçmelidir (HUMK m. 276, II).

³⁸ Bross, s. 423.

³⁹ Bros, s. 423-424.

Resmi bilirkişilere şunlar misal olarak gösterilebilir:⁴⁰

a. Adli Tıp Kurumu

Sayıli Adli Tıp Kurumu Kanununa göre, Adli Tıp Kurumu, adli tıp ile ilgili konularda, HUMK m. 276, II anlamında resmi bilirkişidir.⁴¹

Adli Tıp Kurumunda altı adet ihtisas dairesi vardır.⁴²

b. Yüksek Sağlık Şurası

Bir diğeri resmi bilirkişi Yüksek Sağlık Şurasıdır. Çünkü Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na⁴³ göre, Yüksek Sağlık Şurası, aynı zamanda, tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde bilirkişilik görevleriyle de yükümlü olmak üzere kurulmuştur.

c. Kamulaştırma Bedeline İtiraz Davalarında Bilirkişilik

Kamulaştırma bedeline itiraz (yani kamulaştırma bedelinin artırılması veya indirilmesi) davalarında da HUMK m. 276, II anlamında resmi bilirkişiler söz konusu olup, bilirkişiler, bu resmi bilirkişiler arasından seçilebilir.⁴⁴

Belirtmek gerekir ki, resmi bilirkişilerin varlığı, resmi bilir-

⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 515.

⁴¹ Adli Tıp Kurumu Kanununa göre, Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulmuştur (m. 1). Bu kurum, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdür (m. 2).

⁴² Bu ihtisas dairelerinin bilirkişilik görevleri konusunda geniş bilgi için bkz., Kuru, s. 2664 vd.

⁴³ Bkz., 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 10.

⁴⁴ Kuru, s. 2683.

kişiye başvurmanın zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Hakim, o resmi bilirkişilik kurumları dışında da, örneğin adli tıp kurumu dışında da doktorlardan rapor alabilir. Örneğin, tıp ile ilgili özel veya teknik bilgi gerektiren konularda mahkemeler mutlaka ve öncelikle, yine bir bilirkişilik kurumu olan Yüksek Sağlık Şurası'na başvurmak zorunda değiller. Ancak resmi bilirkişi seçimine karar verilmişse, buradan istemek durumundadır ve bu durumda artık tarafların bilirkişi seçimi konusundaki anlaşmaları ve hakimin de o konudaki takdir hakkı sınırlanmaktadır.⁴⁵

Alman hukukunda bilirkişilik yapmak üzere tayin olunmuş resmi nitelikli şahıs veya kurumların bulunması halinde bilirkişinin bunlar arasında seçilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak, hakimin bunlar dışında bilirkişi tayin edebilmesi için, özel durumların bunu gerektirmesi ve hakimin bu tayini gerekçelendirmesi, zorunludur (ZPO § 404, II).⁴⁶

2. Resmi Olmayan Bilirkişilerin Seçimi

Resmi bilirkişilerin seçimi dışında bilirkişilerin seçimi taraflara ve hakime aittir.

Bilirkişi, iki taraf anlaşmadığı, ittifak edemediği takdirde tahkikat hakimi tarafından seçilir (HUMK m. 276, I).

Yalnız bir kişi bilirkişi olarak tayin edilebilir. Üçten fazla bilirkişi tayin olunamaz (HUMK m. 276, III)

HUMK'taki düzenlemeleri dikkate alarak konuyu şu şekilde toparlamak mümkündür: Hakim, ilk önce (üçten fazla olmamak üzere) kaç adet bilirkişi seçileceğine karar verir; bundan sonra, taraflara bilirkişileri seçmelerini bildirir. Taraflar

⁴⁵ Oğuz Atalay, Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik, Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu 2001, s. 183.

⁴⁶ Resmi bilirkişi olarak belirlenen kişi veya kuruluşların bir bölümü Federal, bir bölümü ise eyalet yasalarında yer almaktadır. Bu kişi ve kuruluşlara ilişkin geniş bilgi için bkz., Üstündağ/Tanverdi, s. 20, dn 58).

bilirkişi seçiminde anlaşabilirlerse, onların seçtiği bilirkişilere inceleme yaptırılır. Taraflar bilirkişi seçiminde anlaşamazlarsa (ittifak edemezlerse), bilirkişiler hakim tarafından seçilir.⁴⁷ Buna göre:

a. Tarafların Anlaşması İle Bilirkişi Seçilmesi

Bilirkişi seçiminde ilk söz taraflarıdır. Bu nedenle, hakim, taraflara bilirkişiyi seçmek (bilirkişi üzerinde anlaşmaya varmak) için imkan vermelidir. Hakimin, ilk önce, taraflara bilirkişi seçmek için imkan vermesi m. 276, I hükmünün gereğidir. Çünkü anılan hükümde hakimin bilirkişi seçmesi, tarafların bu hakkını kullanmamalarına bağlı olarak verilmiştir. Yargıtay'ın da bu konuya ilişkin son derece isabetli kararları bulunmaktadır. Birkaç örnek vermek gerekirse:

"HUMK'nın 276 ncı maddesinde açıklandığı gibi, bilirkişiyi taraflar seçer. Söz birliği edememeleri halinde hakim tarafından seçilir. 18.1.1971 tarihli oturuma ait tutanaktan anlaşılacağı gibi, taraf vekilleri oturumda hazır oldukları halde kendilerine bilirkişi seçmeleri lüzumu bildirilmeyerek ve bu hususta söz söylemek fırsat ve imkanı da verilmeyerek re'sen H'nin (bilirkişi olarak) vazifelendirilmesi ... usul ve yasaya aykırıdır".⁴⁸

"HUMK m. 276, I uyarınca, bilirkişinin taraflarca söz birliğiyle seçilmesi gerekir, tarafların söz birliği edememeleri halinde doğrudan doğruya hakim tarafından seçilir. Bu kamu düzeni düşüncesiyle benimsenmiş bir kuraldır, tarafların itiraz etmemiş bulunmaları, yolsuz olan bir bilirkiş seçimini geçerli kılmaz".⁴⁹

Tarafların seçtikleri (anlaştıkları) bilirkişilerden biri (veya tamamı) bu görevi kabul etmezse⁵⁰ veya keşif yerinde hazır

⁴⁷ Kuru, s. 2696.

⁴⁸ İİD 3.5.1971, 4901/4988 (RKD 1971/8, s. 255-256).

⁴⁹ HGK 20.3.1963, 3-5/4 (ABD 1963/4, s. 488; Sİ 1964/196, s. 5947-5948). Benzer bir karar için bkz. HGK 12.12.1973, 7-614/1191 (Kuru, s. 2700); HGK 4.22.1953, 3-178/29 (Sİ 1953/67 s. 1743-1744).

⁵⁰ Kuru, s. 2701.

bulunmazsa, bilirkişi seçimi için taraflara yeniden imkan verilmesi gerekir.⁵¹

Acaba hakim, tarafların seçtikleri bilirkişinin uzman olup olmadığı konusunda olsa bile, bilirkişi seçimini kabul etmek ve bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda mıdır?

Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre,⁵² tarafların anlaşarak seçmiş oldukları bilirkişinin uzman olup olmadığı hakim tarafından re'sen gözetilemez. Yani hakim, tarafların seçmiş oldukları bilirkişinin uzman olmadığı konusunda olsa bile, bilirkişi seçimini kabul etmek ve belirlenen bilirkişiyi incelemeyi yaptırmak zorundadır.

Doktrinde Kuru, bu kararı eleştirmekte ve bilirkişinin kendisinden sorulan husus hakkında uzman olması gerektiğini, bilirkişinin uzman olup olmadığının takdirinin ise, (taraflara değil) hakime ait olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, hakimin kanusına göre, tarafların anlaşarak seçtikleri (ittifak ettikleri) bilirkişi uzman değilse, hakimin bu bilirkişinin raporunu yeterli bulmaması ve bu nedenle yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırması (m. 284) ihtimali çok kuvvetlidir. Bu ihtimali, bu nedenle davanın uzamasını ve beydude masraf yapılmasını önlemek (m. 77) için, daha başlangıçta, hakime, tarafların seçtikleri ve fakat hakimin kanusına göre uzman olmayan bilirkişiyi kabul etmeme yetkisinin tanınması gerekir.⁵³

Seçilen bilirkişilerin sayısı konusunda bir sınırlandırma getirmeyen Alman Usul Kanunu bir yandan bilirkişi seçiminin hakime ait olduğunu düzenlerken diğer yandan da tarafların hakimin bu yetkisine müdahalesini öngörmüştür. Buna göre, hakim, tarafların anlaşarak seçtikleri bilirkişi (veya bilirkişiler) seçimi ile bağlıdır (ZPO § 404, IV). Ancak hakim, taraflardan, uygun niteliğe sahip kişilerin bilirkişi olarak seçilmesini talep edebilir (ZPO § 404, III).⁵⁴

⁵¹ 3.HD 8.5.1951, 2537/5274 (Kuru, s. 2701).

⁵² HGK 14.12.1932, 3- 164/161 (Kuru, s. 2701).

⁵³ Kuru, s. 2701-2702.

⁵⁴ Hakimin taraflara ilişkin böyle bir talebinin, bilirkişi temininin kaç ol-

Alman hukukundaki, tarafların anlaşarak seçtikleri bilirkişiyle hakimın bağı olduğuna ilişkin düzenleme doktrinde eleştirilmekte ve taraflarca seçilen bilirkişi aranan niteliklere sahip değilse hakimın yasanın açık hükmüne rağmen "*hakkan kötüye kullanılması*" gerekçesiyle tarafların bu talebiyle bağı olmayacağı ve hakimın taraflarca belirlenen bilirkişi dışında re'sen bilirkişi tayini yoluna gidebileceği ifade edilmektedir.⁵⁵

b. Bilirkişinin Hakim Tarafından Re'sen Seçilmesi

Taraflara bilirkişi seçmek için imkan verildiği halde, taraflar bilirkişi seçiminde anlaşamazlarsa (HUMK m. 276, I) veya dava taraflardan birinin yokluğunda devam ettiği⁵⁶ veya taraflardan biri bilirkişinin seçileceği ve inceleme yapacağı keşif yerine gelmediği için, tarafların bilirkişi seçiminde anlaşmalarına fiilen imkan yoksa,⁵⁷ hakim taraflara sormadan, bilirkişiyi re'sen (kendisi) seçer.⁵⁸

Hakim, resmi veya özel bir kuruluştan bilirkişilik yapabileceklerin isimlerini ister ve bilirkişileri bu isimler arasından kendisi seçer; yani kararında bilirkişilerin isimlerini göstermek zorundadır. Yoksa, hakim, bilirkişi seçimini o kuruluşa (örneğin bir üniversitenin tıp fakültesine, Mimarlar Odasına, Mühendisler Odasına vs.) bırakamayacağına ilişkin olarak Alman hukukundaki görüş⁵⁹ Türk hukuk doktrininde de kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu düşünceye göre, seçimin bizzat hakim tarafından yapılmaması hakimın yetkilerinin bir üçüncü şahsa devri anlamına gelir.⁶¹

duğu özel durumlarda hakime bir yardım niteliğinde olduğu ifade edilmektedir (Üstündağ/Tanverdi, s. 19).

⁵⁵ Üstündağ/Tanverdi, s. 19.

⁵⁶ Bkz., örneğin: 1. HD 3.1.1955, 7571/19; 1. HD 1.7.1955, 4771/3741 (Kuru, s. 2705, dn. 211).

57 7. HD 26.6.1970, 3984/3998 (Kuru, s. 2705, dn 212).

⁵⁸ Kuru, s. 2702, dn.202.

⁵⁹ Pieper, s..

⁶⁰ Kuru, s. 2706.

⁶¹ Alman hukukunda böyle bir durumda seçimin başvurulmuş kurum yetkisine bırakılabileceğini; zira bu kurumun bilirkişi niteliğini haiz olanları daha iyi belirleyebileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır (Bu yön-

II. Bilirkişinin Görevi Kabul Zorunluluğu

1. Genel Olarak

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hangi hallerde bilirkişiliği kabul zorunluluğunun bulunduğunu düzenlemiştir (m. 278, I).⁶² Sadece, bilirkişilik yapmanın zorunlu olduğu haller sınırlı olarak düzenlendiğine göre, diğer hallerde bilirkişilik yapmak zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

Buna göre, hukukumuzda, bilirkişilik yapmak kural olarak zorunlu değildir.⁶³ Bunun sebebi, tanıklıktan farklı olarak, çoğu kere bilirkişinin belli bir kişi olmasının zorunlu olmaması ve bilirkişilikte ikamenin mümkün olması, yani bir başka kişinin görevlendirilmesinin mümkün olmasıdır. Ayrıca bilirkişilik teknik veya özel bilgi gerektirdiği için, herkesin bilirkişi olabilmesi ve dolayısıyla herkesin bilirkişiliği kabule zorlanması mümkün değildir.⁶⁴

Ancak, kanunla açıkça belirlenen bazı hallerde, bilirkişilik yapmak zorunludur ve bu zorunluluğun işlerlik kazandığı hallerde bilirkişi olarak tayin edilen kimse, bu görevi kabul etmek zorundadır; bu görevi ifa etmekten kaçınamaz.⁶⁵

2. Bilirkişiliği Kabul Zorunluluğu Olanlar

Bilirkişiliği kabul etmek zorunluluğu bulunanlar şunlardır:

de bkz., Stein/Jonas/Pohle, ZPO §§ 402, III, 404, I)

⁶² Madde hükmü şu şekildedir: "Malumatına müracaat edilecek hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi kabil olmayan ve alenen icrayı sanat eden kimseler o husus hakkında ehlivukufuğu kabule mecburdurlar".

⁶³ Karafakih, İ.H., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952, s. 215; Bilge/Önen, s. 544; Yılmaz, Bilirkişilik, 27; Gürelli, s. 62; Kuru, s. 2727; Üstündağ, s. 747; Deryal, s. 20; Köroğlu, s. 32; Ersoy, Y., Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Sorunlar, Hukuk Kurultayı 2000, C.II, Ankara 2000, s. 443; Şahin, s. 219; Tanrıver, S., Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002), s. 45; Alangoya, s. 386.

⁶⁴ Deryal, s. 20.

⁶⁵ Tanrıver, s. 45.

a. Resmi Bilirkişiler

Belirli hususlarda oy ve görüş açıklamakla kanunen resmen görevlendirilmiş olan resmi bilirkişiler bilirkişiliği kabul etmek zorundadır. Resmi bilirkişilerin kimler olduğu ve hangi hususlarda bilirkişilik yapmak üzere kuruldukları yukarıda kısaca ortaya konmuştu.

b. Bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve alenen sanatını icra eden kimseler bilirkişilik yapmak zorundadırlar (HUMK m. 278, I).

Burada birinci olarak, bilirkişi olarak tayin edilen kişinin sahip olduğu özellik belirtilmekte; ikinci olarak da, bu kişilerin mesleğini icra şekli gösterilmektedir.

Buna göre, herhangi bir meslek alanında gerekli olan öğrenimini ve/veya eğitimini tamamlayıp diplomasını aldıktan sonra, mesleğini icra etmek için gereken izni/ruhsatı da elde ederek fiilen mesleğini icra eden doktor, mühendis ve mali müşavir gibi kimseler, kendi meslek ve uzmanlık alanlarında gelen bilirkişilik taleplerini reddedemezler.

Buna karşılık, örneğin tıp eğitimi ve (hatta uzmanlık) diploması almış fakat mesleğini icra etmeyip ticaretle uğraşan bir doktor, tıpla ilgili bir konuda yapılacak bilirkişilik talebini kabul etmek zorunda değildir.⁶⁶

⁶⁶ Deryal, s. 27. Yazara göre, serbest meslek icra eden bu uzman kişilerin bilirkişilik görevini kabule mecbur olduklarını öngören bu düzenlemenin (HUMK m. 278) değiştirilerek, gönüllü bir kamu hizmeti olması gereken bilirkişilik görevinin gerçekten istekli uzmanlarca icra edilmesi sağlanmalıdır. Kurumun verimli işlemesi için bu değişiklik zorunludur. Kanımızca günümüz şartlarında u düşünceye katılmak mümkün değildir. Çünkü, bilirkişi ücretinin yapılan işin karşılığı olmadığı ve bu işi asil yapmaları gereken uzmanların bilirkişilik yapmadığı bilinen bir gerçektir. Böylesi bir durumda, kanunda öngörülen sınırlı zorunluluk halleri de kaldırılırsa, mahkemelerin bilirkişi bulamaması sebebiyle zaten aksak olan adalet sistemimizin nasıl bir vaziyet alacağı üzerinde düşünülmeğe değer bir husustur.

c. Önceden adliyeye başvurarak bilirkişilik yapmaya hazır olduklarını bildirmiş olanlar, bilirkişilik görevini kabulden kaçınamazlar.⁶⁷

d. Seçilmelerinden sonra açıkça bilirkişilik görevini kabul ettiklerini beyan edenler de, bilirkişilik görevini yapmak zorundadırlar.⁶⁸

Bu kategorideki kişiler, başlangıçta bilirkişilik yapmak zorunda olmadıklarından, hiçbir neden göstermeksizin bilirkişilik görevini başlangıçta kabul edip etmemekte serbesttirler.⁶⁹ Bu kategorinin bir öncekinden farkı, birincide bilirkişiliği kabul zorunluluğunun bilirkişi olarak tayin edilmeden önceye dayanması, ikincisinde ise, bilirkişiliği kabul zorunluluğunun bu görevi kabulde birlikte doğmasıdır.

3. Bilirkişilik Görevinde Kaçınma

Bilirkişiler, tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanarak bilirkişilik yapmaktan çekinme yetkisine sahiptirler (HUMK m. 278, II). Her ne kadar, belli durumlarda bilirkişilik görevini kabul zorunluluğu bulunmakta ise de belli sebeplerin varlığı halinde, bilirkişilik görevini kabul zorunluluğu bulunan kişiler bu görevi kabul etmekten kaçınabilirler.

Bilirkişilikten kaçınma yetkisi, bilirkişinin tarafsızlığını ve objektif bir biçimde rapor hazırlamasını güvence altına almaya yönelik kurumlardan birisi olarak işlev görür; aynı zamanda, bilirkişinin objektif kalamayacağı yönündeki endişesinin bertarafında kullanabileceği bir araç konumundadır.⁷⁰

Buna göre, şu hallerde bilirkişiliği kabul etmekten kaçınılabılır:

⁶⁷ Yılmaz, *Bilirkişilik*, s. 21. Bu hale sadece ceza yargısı bağlamında açıkça bir yasal düzenleme ile işaret edilmiş ise de, bu hal kıyasen hukuk yargısında da geçerlilik taşır ve işlerlik kazanır (Tanrıver, s. 46).

⁶⁸ Bilge/Önen, s. 645; Şahin, s. 224; Tanrıver, s. 46.

⁶⁹ Güreli, s. 62; Şahin, s. 224.

⁷⁰ Tanrıver, s. 90.

a. Tanıklar hakkındaki kaçınma sebeplerine dayanarak kaçınma yetkisi kullanılmak suretiyle, bilirkişilik yapmaktan kaçınılabılır.⁷¹

Bilirkişilikten çekinme nedenleri, şu şekilde sıralanabilir:⁷²

İki taraftan birinin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile, iki taraftan birinin karısı veya kocası, iki taraftan birinin kan ve sıhri usul fûruu, üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) sıhri civar hısımları, aralarında evlatlık bağı bulunanlar.

Yine, bir kimsenin bilirkişilik yapması kendisinin ve yukarıda belirtilen hısımlarından birinin doğrudan doğruya mali bir zarara uğramasına yahut şeref ve haysiyetinin ihlaline yol açacak ya da hakkında cezai bir takibat yapılması sonucunu doğuracak ise, bilirkişilikten kaçınılabılır. Bunlardan başka, bilirkişi sıfatıyla beyanda bulunma, bir kimsenin kendisince gerekli olan ve sanatına ait bulunan sırların açıklanması anlamını taşıyorsa, bilirkişilikten kaçınılabılır (HUMK m. 278, m. 245, m. 246, m. 249; CMUK m. 69, I, m. 68).⁷³

b. Görevlendirilen hususun uzmanlık alanı ile ilgili olmaması halinde de bilirkişilikten kaçınılabılır.

Bilirkişiliği kabul etmek zorunda bulunanlara yapılan bilirkişilik başvurusunun, onların uzmanlık alanı ile doğrudan ilgili olması zorunludur. Aksi halde, uzmanlık alanı dışında kalmış bir hususun kendisine sorulduğu bilirkişi, bunu gerekçe göstererek bilirkişilik görevinden kaçınabilecektir.⁷⁴

c. Bilirkişi sıfatıyla dinlenmeleri, mensup oldukları dairece, üstlenmiş oldukları memuriyetin menfaat ve icaplarına hâlel getireceği beyan edilen kimseler de, bilirkişilikten kaçınmak zorundadırlar (CMUK m. 69, II).⁷⁵

⁷¹ Karafakih, s. 215; Yılmaz, Bilirkişilik, s. 21; Tanrıver, s. 90.

⁷² Tanrıver, s. 90.

⁷³ Tanrıver, s. 91.

⁷⁴ Deryal, s. 27.

⁷⁵ Bu kural, devlet sırrının korunmasını sağlama amacına yöneliktir (Tanrı-

Bilirkişilikten kaçınma yetkisini kullanacak olan kişi, dayandığı çekinme nedeni ile bunun somut delillerini açıkça ortaya koymak zorundadır; bu hususun takdiri, tümüyle bilirkişiyi atayan mahkemeye aittir. Kaçınma talebi kabul edilecek olursa, kişi, bilirkişilik görevinden muaf tutulur; kabul edilmezse, bilirkişilik görevini yerine getirmekle yükümlü olur.⁷⁶

E. BİLİRKİŞİNİN REDDİ

Hakimler gibi, özel veya teknik bilgisi ile hakime yardımcı olan bilirkişilerin de tarafsız olması gerekir. Çünkü bilirkişiler de sonuçta yargılama faaliyetine katılmaktadırlar. Bu yüzden bilirkişinin reddi sebepleri de hakimlerin reddi sebepleriyle aynı şekilde, daha doğrusu hakimlerin reddi sebeplerine yol-lama yapılarak düzenlenmiştir (HUMK. m. 277).

Bilirkişinin tarafsızlığı ile reddi birbirleriyle yakından ilgili-dir. Zira tarafsız olmayan bilirkişi reddedilebilecektir.

Bu yüzden, bilirkişi seçiminde, tarafsız bir bilirkişi seçi-minin sağlanması için, bilirkişi seçilmeden önce tarafsız olup olmadığını tespit için bilirkişi seçilecek kişiye (ve taraflara) çeşitli sorular sorulması, tarafsız olduğu kanısına varıldıktan sonra bilirkişi seçilmesi uygun olur. Bu şekilde, bilirkişinin reddi ve çekinmesi önlenmiş olur ve emek, zaman ve masraftan tasarruf edilir (HUMK m. 77).⁷⁷

O halde, HUMK m. 28 ve 29'da belirtilen hallerde bilirkişinin de tarafsızlığına gölge düşeceği kabul edilerek,⁷⁸ bu hallerden birinin varlığında, itiraz yolu ile bilirkişilerin reddi prosedürünü işletmeye bile gerek kalmadan, daha başlangıçta bilirkişi seçilmemeli veya seçilmesine engel olunmalıdır.⁷⁹

ver, s. 91).

⁷⁶ Tanrıver, s. 92.

⁷⁷ Kuru, s. 2724

⁷⁸ Bu yönde bkz., örneğin 15 HD 30.12.1982, 2610/2771 (YKD 1983/3, s. 398).

⁷⁹ Kuru, s. 2724; Deryal, s. 20.

Bilirkişinin tarafsız olduğunun en önemli göstergesi, bilgi ve görgüsünü hiçbir etki altında kalmaksızın objektif olarak mahkemeye sunmasıdır. Bilirkişinin ortaya koyacağı görüş, o konunun uzmanı olan herkesin üzerinde birleşebileceği genel, nesnel, bilimsel ve evrensel bir görüş olmalıdır.⁸⁰ Yargıtay verdiği birçok kararında bilirkişinin tarafsız olması gereğine işaret etmektedir.⁸¹

Bilirkişinin tarafsız olabilmesi için davanın tarafları ile bir menfaat ilişkisi içerisinde bulunmaması gerekir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin bu yönde verdiği bir kararı Hukuk Genel Kurulu da onaylamıştır. Söz konusu kararlar şu şekildedir: 8. HD kararı: *"Davalı taraf, keşifte dinlenen ve mütalaası hükme dayanak yapılan bilirkişinin şahsına itiraz eylemiş, mahkemece bu itiraz nazara alınmamıştır. Oysa bu bilirkişi taşınmazı davacı tarafa satan kimse olduğunu açıklamıştır. Bu durumda davada menfaati zahirdir. Bu nedenle adı geçen mütalaasına değer verilemez"*. HGK kararı: *Bilirkişi satışı yapan kişi olup seçimine de itiraz olunmuştur.... Bu nedenle mahkemece HGK'nca da benimsenen özel daire kararına uyulmak gerekir"*.⁸²

Menfaat ilişkisi, bilirkişinin tarafsızlığını etkileyen yegane sebep değildir. Bunun yanında, zayıf taraf lehine duyulan acıma duygusu veya meslek dayanışması kaygısı ya da bilirkişinin karakter zaafı da, bilirkişinin tarafsızlığına zarar verici sonuçlar doğurabilir.⁸³

⁸⁰ Deryal, 20.

⁸¹ Örnek olarak: 5. HD 20.2.1969, 1139/1141 (Kuru, s. 2725); 7. HD 9.5.1975, 3026/2551 (YKD 1975/11, s. 48-49); 8. HD 6.2.1976, 3133/882 (YKD 1977/5, s. 657-658); HGK 22.2.1961, 5-8/4 (ABD 1962/1, s. 55-56; Sİ 1962/176, s. 5322-5324); HGK 8.1.1964, 5-17/5 (ABD 1964/5, s. 539-540); HGK 26.4.1978, 7-3535/356 (YKD 1978/11, s. 1783-1785); HGK 20.2.1971, 1-242/92 (ABD 1971/5, s. 684; İKİD 1971/130, s. 602); HGK 7.7.1976, 7-573/2492 (İKİD 1976/190, s. 4897); HGK 28.9.1977, 7-2878/760 (İBD 1978/4-6, s. 322-323).

⁸² 8. HD 13.11.1976, 1864/6237; HGK 1.11.1978, 8-425/903 (Kuru, s. 2727).

⁸³ Akyol, Ş., Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtayın Kuruluşunun 125. Yılı), s. 60 vd.

SEYİTHAN
DELİDUMAN'IN
TEBLİĞİ

Kanun bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak için, hakimin gerek görmesi halinde, tarafsızlık konusunda bilirkişiye yemin verdirilmesini düzenlemiştir.⁸⁴ Konuya ilişkin HUMK m. 276, I hükmü şu şekildedir: "*Hakim lüzum görürse ehli-vukufu beyan ettikleri veya edecekleri rey ve mütalaanın bitarafane olduğuna veya olacağına dair tahlif edebilir*".

Bilirkişinin tarafsız olarak görevini ifa edebilmesi, bir başka ifade ile, objektif olabilmesi için, onun öncelikle taraflara karşı bağımsız ve her türlü etkiden uzak olması gerekir. Bunun yanında, onun hakimin görüş ve düşüncelerinden de bağımsız olması gerekir ve hakimin de bilirkişiye, onu aydınlatmak için gerekli açıklamalarda bulunurken kendi görüş ve düşüncesini belli etmemesi ve bu suretle bilirkişinin etki altında kalarak bağımsız ve tarafsız olmasına engel olmamaya dikkat etmesi gerekir.⁸⁵

Kanun, sadece bilirkişilerin reddinden söz etmekte (m. 277), bilirkişilerin iş görmesinin yasak olmasını (memnu olmasını, m. 28) düzenlememektedir. Ancak doktrin⁸⁶ ve uygulama, bilirkişilerin m. 28'deki sebeplerden dolayı da reddedilebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı: "*Olayda bilirkişinin tarafla olan yakınlığı gerçeğe uygun ise memnuiyet sebebi teşkil eder ve re'sen gözönünde tutulması gerekir*"⁸⁷ şeklindedir.

Alman Usul Kanunu'nda bilirkişinin reddi ve memnuiyeti sebepleri Türk hukukunda olduğu gibi, hakimin red ve memnuiyetine paralellik göstermektedir (ZPO § 406). Bu bağlamda Alman Usul hukukunda bilirkişinin memnuiyeti sebepleri kanunda yer almamasına rağmen bunun red sebepleri arasına dahil sayıldığı ve tarafların bilirkişinin memnuiyeti sebebini

⁸⁴ Yemin, bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak üzere düşünülmüş bir tedbirdir. Buna göre, eğer hakim bilirkişinin tarafsızlığı konusunda bu tedbire başvurmayaya gerek görürse, bilirkişiye yemin teklif edebilir (Deryal, s. 45).

⁸⁵ Akyol, s. 60, 65; Deryal, 21.

⁸⁶ Kuru, s. 2723.

⁸⁷ HGK 12.11.1975, 1-72/1283 (Kuru, s. 2723).

ileri sürmesi halinde bunun hakim tarafından gözetileceği kabul edilmektedir.⁸⁸

Bilirkişi raporunu verinceye kadar reddedilebilir. Rapor verildikten sonra bilirkişinin reddi mümkün değildir. Ancak bilirkişinin reddinin, rapor verilinceye kadar yapılamaması kabul edilebilir bir mazerete dayanıyorsa, raporun verilmesinden sonra da red mümkündür.⁸⁹

F. BİLİRKİŞİYE YEMİN VERİLMESİ

Kanun, hakim, gerekli görürse, bilirkişiyi, bildirdiği veya bildireceği görüş ve mütalaanın tarafsız olduğuna veya olacağına dair yemin verebileceğini düzenlemiştir. (HUKM m. 276, I).

Yeminin konusu yalnızca tarafsızlıktır. Başka konularda yemine başvurulamaz.⁹⁰

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme, ceza yargısının aksine, bilirkişiyi yemin verdirmeye ve yeminin zamanı hususunda hakime takdir hakkı tanımıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bilirkişiyi yemin verdirilmesi hususunda, tümüyle hakim takdirine bırakmıştır.⁹² Buna göre, bilirkişiyi yemin verdirilmesi hakim

⁸⁸ Wicczorek, Zivilprozessordnung, § 406

⁸⁹ Zöllner, Zivilprozessordnung, § 406/3

⁹⁰ Bilirkişi tarafsızlık konusunda kendisine önerilen yemini yerine getirmek zorunda değildir (Hasan Köroğlu, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001, s. 40).

⁹¹ Ceza yargısında, bilirkişiyi ne zaman yemin verdirileceği ile verdirilecek olan yeminin içeriği, kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, hakim, bilirkişiyi, oy ve görüşünü açıklamadan ya da raporunu mahkemeye teslim etmeden önce, sözlü ya da yazılı olarak dile getirdiği oy ve görüşünün ilme ve fenne uygun düştüğüne dair vicdanı üzerine yemin ettirir (CMUK m. 72, I).

⁹² Ejder Yılmaz, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 187; deryal, s. 45; Tanrıver, s. 51.

takdirinde olup; hakim ancak gerekli görürse tarafsız kalacağı konusunda bilirkişiye yemin ettirebilir,⁹³ bir zorunluluk söz konusu değildir. Çünkü m. 276, IV açıkça "*hakim gerekli görürse*" yemin verebileceği öngörülmüştür.⁹⁴ Böyle olunca da, hakimın bilirkişiye yemin vermemiş olması, bozma (temyiz) sebebi olamaz.⁹⁵ Yalnız, kamulaştırma bedeline itiraz davalarında, hakimın bilirkişiye yemin ettirmesi şarttır (Kamulaştırma K. m. 15, XII).⁹⁶ Dolayısıyla kamulaştırma bedeline itiraz davasında hakimın bilirkişiye yemin ettirmemiş olması bozma (temyiz) sebebi olacaktır.

Hakim bilirkişiye, inceleme yapmaya başlamadan önce yemin verdirebileceği gibi, incelemesini bitirdikten veya raporunu verdikten sonra da yemin verdirilebilir.⁹⁷ Buna göre, hakim ya rapor verilmesinden yani oy ve görüş açıklamasından önce ya da daha sonra bilirkişiye yemin verdirir.⁹⁸ Ancak, hakimın, bilirkişiye, tensip tutanağını düzenleyip dosyayı tevdi ettiği anda, yani daha işin başında yemin verdirilmesi seçeneğini tercih etmesi, bilirkişinin tarafsız kalmaya özen göstermesini⁹⁹ ve raporunun güvenilirliğini sağlayıcı bir işlev göreceği için, daha yerinde bir davranış olur.¹⁰⁰

⁹³ Köroğlu, s. 40.

⁹⁴ Uygulamada hakimlerin bilirkişiye yemin verdirme yoluna neredeyse hiç başvurmadıkları ifade edilmektedir (bkz., Deryal, s. 45). Yemin verdirilen hallerde de yemin zaptı mahkeme kalemlerinde ve usulen düzenlenmekte, fiilen yemin verdirilmemektedir.

⁹⁵ Kuru, s.2733. İhtiyari bir nitelik taşınması sebebiyle, bilirkişiye yemin verdirilmemiş oylası bir bozma nedeni değildir (Yılmaz, Yemin, s. 187, dn. 2).

⁹⁶ Bilirkişiye yemin verme zorunluğu olan kamulaştırma davaları dışında da, hakimlerin bilirkişilere ciddi şekilde yemin verdirmelerinin doğru olacağı yolundaki görüş için bkz., Akyol, s. 71.

⁹⁷ Köroğlu, s. 40.

⁹⁸ Yılmaz, Yemin, s. 187; Kuru, s. 2733; Tanrıver, s. 54.

⁹⁹ Yemin bir tedbirdir. Bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak üzere düşünülmüş bir tedbirdir (Deryal, s. 45).

¹⁰⁰ Tanrıver, s. 54; Tanverdi, M., Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991 -Yayımlanmamış Doktora Tezi-, s. 163 (Tanrıver, den naklen); Güreli, s. 66. Doğrusu, bilirkişilere dosya tevdi edildikten sonra, görevlerini tarafsızlık içinde yerine getireceklerine dair yemin verdirilmesi, bilirkişilik kurumunun ciddiyetini sağlamada yararlı bir tedbir olarak değerlendirilmelidir (Deryal, s. 45).

Bilirkişiye verilecek yeminin şekli kanunda belirtilmemiştir. Bu konuda tanık yeminine ilişkin 264. madde hükmünün kıyasen uygulanarak, bilirkişiye yemin verilmesi gerekir.¹⁰¹ Buna göre, hakim bilirkişiye, *"bilirkişi sıfatıyla sorulan sorulara verdiğiniz (veya vereceğiniz) cevapların tarafsız olduğuna (veya olacağına), gerçeğe aykırı olmadığına (veya olmayacağına) ve bilginizden bir şey saklamadığınıza (veya saklamayacağınıza) Allahınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz?"* der ve bilirkişi de cevap olarak *"Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum"* der.

G. BİLİRKİŞİNİN GÖRÜŞÜNÜ MAHKEMEYE BİLDİRMESİ

I. Genel Olarak

Bilirkişi görüşünü mahkemeye yazılı veya sözlü olarak bildirebilir. Kanundaki düzenlemeye (HUMK m. 281, I) bakıldığında asıl olanın, bilirkişinin oy ve görüşünü sözlü olarak mahkemeye bildirmesi ve bunun hemen tutanağa geçirilmesi, olduğu görülür.¹⁰² Bilirkişinin sözlü olarak bildirdiği oy ve görüşünün tutanağa geçirilecek olması ve dolayısıyla yazılı hale getirilmesi zorunluluğu, bilirkişinin raporunun yazılı olarak vermesinin zorunlu olduğu anlamına gelmez. Bilirkişi sözlü de rapor verebilir.¹⁰³

Özellikle köylerdeki gayrimenkul uyuşmazlıklarında (keşifte) seçilecek mahalli bilirkişilerin yazı bilmemesi veya bilirkişi raporu yazacak derecede bilmemesi halinde, bu bilirkişilerin ifadeleri (beyanları) tutanağa geçirilmektedir.

Uygulamada, belirtilen yazıyı hiç veya yeteri kadar bilmeme ölçütü esas alınmadan, bazı gayrimenkul uyuşmazlıklarında, taşınmaz üzerindeki hak sahiplerinin belirlenmesi ve

¹⁰¹ Yılmaz, Yemin, s. 187; Tanverdi, s. 162 (naklen: Tanrıver,); Kuru, s. 2733; Tanrıver, s. 55.

¹⁰² Aynı yönde bkz., Kuru, s. 2774, dn. 379.

¹⁰³ Ejder Yılmaz, Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları, Mali Hukuk, 1996/62, s. 25; Ulukapı, s. 294.

taşınmazın sınırlarının tespiti gibi konularda taşınmazın eski tarihlerdeki durumunu bilen ve "mahalli bilirkişi" olarak tabir edilen yaşlı kimselerin görüşleri bu şekilde alınmaktadır.¹⁰⁴

Bilirkişinin, belirtilen şekilde beyanını içeren tutanak aynı zamanda bilirkişi raporu hükmündedir. Bir Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Mütalaasında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Keşif sırasında bilirkişi mütalaasını ayrı bir rapor halinde mahkemeye vermeyerek mahallinde tutulan zabıt varakasına derç ettirmiş ve bu zabıt varakası aynı zamanda bilirkişi raporu mahiyetinde olduğundan Usulün 282 nci maddesi gereğince duruşmadan evvel taraflara tebliği iktiza edeceği mütalaâ olunmuştur".¹⁰⁵

Bilirkişi raporu yangın, su basması veya toprak kayması gibi bir afet nedeniyle mahkemede zayi olursa (kaybolursa), bilirkişi raporunun mevsuk bir sureti (örneği) bulunur veya içeriğinde iki tarafın ifadeleri birleşirse bu örnek geçerlidir. Aksi halde aynı bilirkişi yeminle dinlenir; gerekli ise yeniden keşif yapılır (4473 s. K. m. 14).¹⁰⁶

Ancak, istisnai olarak, bir kanun hükmünün açıkça öngör-
düğü hallerde bilirkişi raporunun yazılı olması gerekmektedir.
Örneğin, kamulaştırma davalarında bilirkişi raporunun yazılı
olması şarttır (bkz., Kamulaştırma K. m. 15, IX).

II. Bilirkişi Raporu

Yukarıda belirtildiği gibi, bilirkişi görüş ve mütalaasını sözlü olarak bildirebilir. Ancak, işin niteliğine göre bilirkişilerin oy ve görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri gerekiyorsa hakim bilirkişilerin yazılı rapor vermeleri için bir süre belirler (HUMK m. 281, III).

Alman hukukunda mahkemenin bilirkişiden yazılı rapor

¹⁰⁴ Bizdeki mahalli bilirkişinin Alman hukukundaki bilirkişi-tanık kurumu ile benzerliği konusunda bkz., Yılmaz, s. 12.

¹⁰⁵ HİGM 17.6.1953, 9278 (Kuru, s. 2744).

¹⁰⁶ Kuru, s.2744.

vermesini istemesi halinde, bilirkişinin, imzasını içeren yazılı raporunu mahkemeye sunmakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir (ZPO § 411. I).

Bu düzenlemeden çıkan sonuç, bilirkişinin görüşünü (raporunu, mütalaâsını) yazılı veya sözlü olarak verebileceğidir.¹⁰⁷ Ancak çok basit konular dışında sözlü beyanın bu hukuk sisteminde kullanılmadığını ve özellikle bilirkişinin uzmanlık sahasının bilimsel yayınlarından yeterince yararlanabilmesi, denetime daha fazla olanak sağlanması yönünden raporların yazılı olarak mahkemeye verilmesi benimsenmiştir.¹⁰⁸

O halde, Alman hukukunda, mahkeme takdir hakkını kullanarak, bilirkişinin görüşünü sözlü olarak bildirmesini veya yazılı olarak hazırladığı görüşünü sözlü olarak mahkemeye bildirmesini isteyebilir.¹⁰⁹

1: Raporun İçeriği

Bilirkişi raporunun, tarafların ad ve soyadlarını, bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususları,¹¹⁰ inceleme konusu yapılan maddi vakıaları, gerekçeyi, sonucu, bilirkişiler arasında anlaşmazlık (görüş ayrılığı) varsa bunun sebebini, düzenlendiği günü ve bilirkişilerin imzalarını taşıması gerekir (HUMK m. 281, III c.3).

Bilirkişi raporunu, davada dayanılan vakıalara istinaden gerçekleştirmelidir. Bu bağlamda, bilirkişi yalnız özel veya teknik bilgiyi gerektiren vakıaları raporunda inceleme konusu yapmalı, hukukî mesele ile hakimlik mesleğinin gerektirdiği davadaki inceleme konularını raporun dayanak yapmamalıdır.¹¹¹

¹⁰⁷ Yılmaz, s. 11;

¹⁰⁸ Üstündağ/Tanverdi, s. 22.

¹⁰⁹ Rösenberg/Schwab/Gottwald, § 123, IV, 3.

¹¹⁰ Yani bilirkişiye sorulan soruları.

¹¹¹ Ulukapı, s. 300.

Bilirkişi raporunda çıkıntı, silinti, kazıntı yolu ile düzeltme yapılmış ise, bu silinti, çıkıntı veya kazıntının ayrıca imza edilmesi gerekir; aksi takdirde bunlar yok sayılır. Bu gibi (imzasız) çıkıntı, silinti veya kazıntı mahkemece bilirkişi raporunun geçerliğine veya anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, bilirkişi raporu kısmen veya tamamen geçersiz sayılabilir (HUMK m. 298 kıyasen).¹¹²

Bilirkişi raporu bir adli yazı olup, her adli yazıda bulunan öğeleri içermelidir. Buna göre bilirkişi raporu, tam olmalı, kısa, açık, doğru olmalı ve uygun bir dille kaleme alınmış bulunmalıdır. Raporun bu öğeleri içerir şekilde düzenlenmesi için, şu beş aşamadan geçmesi gerekir:¹¹³

- Bilirkişiden istenilen hususun tam ve doğru olarak anlaşılacak öğrenilmesi,
- Araştırma
- Araştırma sonucunda elde edilen malzemenin düzenlenerek kaleme alınması (yazılması),
- Yazılanın tashih edilmesi,
- Yazılanın doğruluğunun kontrol edilmesi, gerekir.

Bilirkişi raporunda, soyut kavramlar somuta indirgenmelidir; aksi takdirde, soyut kavramların anlaşılabilirliği, raporun niteliğini engelleyebilir. Bu da hakimde zaten bulunmayan özel ve teknik bilginin anlaşılmasını zorlaştırabilir. Bu yüzden bilirkişi raporunda, hakimin özel veya teknik bilgisinin yetmediği o hususta somut açık bilgi vermelidir.¹¹⁴

¹¹² Kuru, s. 2742; Ulukapı, s. 302; ayrıca bkz., 5.HD 5.2.1973, 1332/674 (İBD 1973/5-6, s. 712).

¹¹³ Yılmaz, Bilirkişilik, s. 26.

¹¹⁴ Ulukapı, s. 304.

2. Raporun Veriliş Süresi

Hakim, bilirkişi raporunun kaç nüsha olacağını ve verileceği süreyi belli eder. Bu süre işin niteliğine göre üç ayı geçemez (HUMK m. 281, III c. 1-2).¹¹⁵

Bu süreye uyulmamasının yaptırımını olarak bilirkişinin, HUMK m. 278, III fıkrası delaletiyle m. 271 gereğince para cezasına ve celse giderlerine mahkum edilmesidir. Hatta buna rağmen rapor vermeyen bilirkişinin TCK m. 282 gereğince cezai sorumluluğu vardır.

Kanun koyucunun rapor verme süresini azami üç ile sınırlandırmasına karşın, uygulamada buna riayet edilmediğinden bu hususun en çok yakınılan konulardan birisi durumuna geldiği ifade edilmektedir.¹¹⁶ Nitekim, mahkemeler çoğu zaman bilirkişiye başvururken, bilirkişinin incelemesini bitirmesi ve dosyayı iade etmesi için gerekli olan bir süreyi tayin etmemektedir¹¹⁷ veya Kanunda yer alan bu emredici hükmü bilirkişiye ya hatırlatmamakta ya da süreye uyulup uyulmadığını takip etmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, bazı bilirkişiler davalara karara bağlanmasını geciktirmektedir.¹¹⁸

Bu sakıncanın ortadan kaldırılabilmesi için, bilirkişinin seçimine dair kararda, eğer bir süre tayin edilmişse bu sürenin, belirtilmemiş ise, azami üç aylık sürenin gösterilmesi ve buna uyulmaması durumunda bilirkişinin sorumluluğunun söz konusu olacağını bilirkişiye hatırlatılması gerekir.¹¹⁹

Alman hukukunda, mahkemenin işin niteliğine göre uygun bir süre belirleyeceği (ZPO § 411, I c. 2), öngörülmüş; ancak, bu konuda azami bir süre tayin edilmemiştir.

¹¹⁵ Bu süre ceza yargılamasında iki ayı geçemez şeklindedir (CMUK m. 75, II).

¹¹⁶ Kılıçoğlu, s. 647; Arslan, s. 204; Ulukapı, s. 299.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, s. 647.

¹¹⁸ Ulukapı, s. 299.

¹¹⁹ Arslan, s. 204.

Mahkemece, raporun hazırlanarak mahkemeye teslim edilmesi için tayin olunan süre içerisinde bilirkişinin raporunu teslim etmemesi halinde, bilirkişi, gecikme nedeniyle doğan yargılama giderlerini içeren bir inzibati para cezasına (mahkum edebileceğini bilirkişiye ek bir süre vererek ihtar eder. Ek süre içerisinde de raporun verilmemesi halinde söz konusu inzibati para cezasına karar verilir. Aynı yargılama içinde aynı yöntemle birden çok kez bu yola başvurulabilir. (ZPO § 411, II). Benzeri bir düzenleme hukukumuz bakımından da önerilebilir.

3. Bilirkişi Raporuna İtiraz

a. Genel Bilgi

Taraflar, kanunun ifadesi ile iki taraf,¹²⁰ (bilirkişi raporunda gördükleri) noksan veya müphem cihetler hakkında bilirkişiden izahat alınmasını hakimden isteyebilirler (HUMK m. 283, I c. 2).

Tarafların bilirkişi raporundaki noksan veya müphem cihetler hakkında bilirkişiden izahat alınmasını hakimden istemeleri, doktrinde Kuru tarafından,¹²¹ bilirkişi raporuna itiraz etmesi olarak isimlendirilmektedir. Ayrıca, taraflar, raporun gerçekleri yansıtmadığı, tarafsız olmadığı gibi nedenlere dayanarak rapora itiraz edebilirler. Bu çerçevede bilirkişi raporlarındaki bazı hususlar için izahat istemekle bilirkişi raporuna itiraz birbirinden ayrılmalıdır. Bunlardan raporun noksan ve müphem kısımlarının tamamlanması amacıyla başvurulması halinde bilirkişiden ek rapor istemek şeklinde belirtilebilir. Bilirkişi raporuna itiraz ise, bilirkişi raporunun tamamen kabul edilmediği hallerde söz konusudur.¹²²

Bilirkişi raporuna itiraz ile bilirkişi raporu hakkında izahat

¹²⁰ Bilirkişi raporuna her iki tarafın da itiraz hakkı vardır. (Bkz., örneğin, 5.HD.28.9.1971; 6467/7525 ; Kuru, s. 2745).

¹²¹ Bkz., Kuru, s. 2745.

¹²² Ulukapı, s. 306.

istenmesi arasındaki ayırımın pratik önemi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesinin bir süreye bağlanmamış olmasına karşın, izahat istemenin bir haftalık süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. Ayrıca itiraz bir şekle bağlı olmadığı halde, izahat isteme mutlaka yazılı yapılmalıdır (HUMK m. 283, I).¹²³

Bilirkişi raporuna itirazın açık olması, yani tarafın sözlerinden bilirkişi raporuna itiraz ettiğinin anlaşılabilmesi ve itiraz beyanında itiraz sebeplerinin gösterilmesi gerekir; aksi takdirde, taraf bilirkişi raporuna itiraz etmemiş sayılır.¹²⁴

Alman hukukunda da tarafların bilirkişi raporuna itiraz edebilecekleri düzenlenmiştir (ZPO § 411, IV).

b. İtiraz Süresi

Kanuna göre, taraflar, noksan ve belirsiz hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta içinde yazılı olarak isteyebilirler (HUMK m. 283, I c. 2).

Kanundaki bu sürenin bir itiraz süresi olup olmadığı, ve dolayısıyla bilirkişi raporuna ne zamana kadar itiraz edilebileceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bir görüşe göre,¹²⁵ bilirkişi raporuna itiraz süresi, raporun taraflara tebliğinden itibaren bir haftadır (HUMK m. 283, I, c. 2). Bu nedenle, taraflar (veya bir taraf), bu bir haftalık süre içinde bilirkişi raporuna itiraz etmezse, bilirkişi raporunun taraflar (veya itiraz etmeyen taraf) bakımından kesinleşmiş sayılması gerekir.

Bu görüşe göre, HUMK m. 283, I c. 2'deki bir haftalık süre kanun tarafından tayin edilmiştir. Kanunun tayin ettiği

¹²³ Atalay, s. 142; Ulukapı, 306.

¹²⁴ Bu yönde bkz., HGK 6.3.1971, 4-785/139 (ABD 1972/4, s. 632; 633; Si 1971/283, s. 1064-1066).

¹²⁵ Kuru, s. 2747.

süreler ise kesindir ve bu süre içinde yapılması gereken işlem yapılmazsa hak (itiraz hakkı) düşer (m. 163 c.1 ve 2). Hakim, kanunun tayin ettiği süreleri artıramayacağına göre, bir hafta içinde bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi halinde bilirkişi raporunun taraflar bakımından kesinleşmiş sayılması gerekir. Aksi halde, m. 283, I c.2'deki bir haftalık sürenin hiçbir anlamı kalmaz. Bilirkişiden noksan veya müphem hususlar hakkında açıklamada bulunmasını istemek, bilirkişi raporuna itiraz kavramına evleviyetle dahildir. Buna göre de, m. 283, I c.2'deki bir haftalık süreye bir anlam verebilmek için, bu sürenin bilirkişi raporuna itiraz süresi olduğunu kabul etmek gerekir.

İfade edelim ki, bu görüşte olanlar, bir haftalık süre içinde itiraz edilmemesi ile meydana gelen kesinleşmenin sadece taraflar bakımından söz konusu olduğunu, bu kesinleşmenin mahkeme bakımından söz konusu olmadığını ve mahkemenin bilirkişilerden tamamlayıcı bilgi alma, açıklama isteme ve yeni bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisini (m. 283 ve m. 284) her zaman (hüküm verilinceye kadar) kullanabileceğini kabul etmektedirler. Keza, taraflar da mahkemeden bu yetkisini kullanmasını her zaman isteyebilirler. Fakat bir hafta içinde bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olan tarafların, bu şekildeki, yani bilirkişiden tamamlayıcı ve açıklayıcı bilgi alınmasına ilişkin, taleplerinin kabul edilip edilmemesi mahkemenin takdirine bırakılmış bir husustur. Buna karşılık, bir taraf, bilirkişi raporunun kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde bilirkişi raporuna itiraz etmiş ise, mahkeme, bilirkişiden tamamlayıcı ve açıklayıcı bilgi (ek rapor) istemek zorundadır.

Bu görüş çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle, HUMK m. 283. c. 2'deki süreye bir anlam verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü Kanun bizzat kendisi bu anlamı vermiş ve bunun anlamının, tarafların bilirkişi raporundaki noksan veya müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasının istenebilmesi süresi olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Buradaki sürenin kanuni bir süre olduğu ve kesin olduğu tartışmasızdır. Ancak, bu kanuni ve kesin süre, bilirkişiden

açıklama yapmasının mahkemeden istenmesi için konulmuştur. Ayrıca, bu görüşün kabul şekli olan, bir haftalık süre içinde, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi halinde, mahkemenin, bilirkişiden tamamlayıcı ve açıklayıcı bilgi almasının zorunlu olduğu, buna karşılık, bu bir haftalık süre içinde itiraz etmeyip de daha sonradan bilirkişiden açıklayıcı ve tamamlayıcı bilgi alınmasını istemesi halinde bu taleplerinin mahkemenin takdirine bırakılmış olduğu, yolundaki değerlendirmeyi de isabetli bulmamaktayız.

Yargıtay'da önceleri bu görüşte iken, yeni kararlarında bu görüşünden dönerek, tarafların, m. 283'teki bir haftalık süre içinde bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olmalarının, bilirkişi raporunun kesinleşmesi sonucunu doğurmayacağı, hüküm verilinceye kadar bilirkişi raporuna itiraz edilebileceğini benimsemektedir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin HGK kararı ile bu kararı takip eden kararlardan bir daire kararını zikretmek gerekirse:

"HUMK m. 283 gereğince, taraflar bir hafta içinde bilirkişiden eksiklik ve kapalılığın giderilmesi için açıklamada bulunmasını isteyebilirler. Tarafların bu süre içinde itiraz etmemeleri bilirkişi raporunun kesinleşmesi sonucunu doğurmaz. O halde taraflar hükmün verilinceye kadar itiraz haklarını kullanabilirler".¹²⁶

"HUMK'nun 283. maddesinde mevcut süre, tarafların bilirkişi raporlarında gördükleri noksan ve müphem cihetler hakkında bilirkişilerden izahat alınmasını sağlayan ve tebliğ tarihinden başlayan bir süredir. Tarafların bu süre içinde itiraz etmemeleri, raporun kesinleşmesi sonucunu doğurmayacağından, hükmün verilinceye kadar itiraz haklarını kullanabilirler (Yargıtay HGK'nın 6.3.1971 tarih ve 785/139 sayılı kararı ile aynı Kurulun 19.1.1972 tarih ve 139/23 sayılı kararları)".¹²⁷

Bu konudaki görüşümüz şu şekildedir:

¹²⁶ HGK 6.3.1971, 4-785/139 (Sİ 1971/283, s. 1064-1066; ABD 1972/4, s. 632-633).

¹²⁷ 11.HD 14.11.1973, 4040/4425 (RKD 1974/3, s. 119-121).

SEYİTHAN
DELİDUMAN'IN
TEBLİĞİ

Öncelikle HUMK m. 283, I hükmünün birlikte ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Anılan hüküm şöyledir: *"Hakim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itnam ve izah için elilivukufa yeni sualler tertip edebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında elilivukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliği tarihinden bir hafta zarfında hakimden tahriren talep edebilirler"*.

Kanundaki düzenlemeye bakıldığında, konumuzla ilgili olan ikinci cümlelerin tamamen birinci cümleye bağlı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Eğer birinci cümle, bilirkişi raporuna itirazı düzenliyor diyebiliyorsak, ikinci cümle için de bunu söyleyebiliriz. Oysa bunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, ikinci cümlede bu sürenin noksan ve müphem cihetler hakkında bilirkişiden izahat alınmasının istenmesi olduğu tekrar edilmiştir.

O halde, HUMK m. 283, I c. 2' de düzenlenen husus, tarafların bilirkişiden noksan ve müphem hususlar hakkında açıklama yapılmasını istemesinin yedi gün ile sınırlandırıldığıdır. Tarafların bu talebinin kabul edilip edilmemesi mahkemenin takdirinde olan bir husustur. Mahkemenin bu talebi incelemiş olup olmaması veya takdir hakkını yerinde kullanıp kullanmadığı temyiz denetimi kapsamında olup, buradaki sürenin niteliğini ve etkisini belirleme hususunda etkili değildir.

Tarafların veya taraflardan birisinin böyle bir talepte bulunmuş olması durumundan mahkeme ya bilirkişiyi duruşmaya çağırıp izahat alacaktır yada bilirkişiden ek rapor isteyecektir.

Kabul şeklimize göre, bilirkişi raporuna itiraz konusunda kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla taraf veya taraflar bilirkişi raporuna hüküm verilinceye kadar itiraz edebilirler.

Taraf veya tarafların bir haftalık süre içerisinde izahat alınmasını istemeleri şu açıdan da itiraz olarak nitelendirilemez. İzahat alınması talebinin kabulü üzerine bilirkişinin duruşmada sözlü açıklamada bulunması veya ek rapor vermesi üzerine

tarafların rapordaki eksik ve belirsiz hususlar tamamlanması ve aydınlanmasından sonra rapor hakkındaki kuşkuları gidebilir veya tam tersine bu izahattan sonra taraflar itiraz etmek konusunda karar verebilirler. Buna göre, buradaki bir haftalık süre itiraz konusunda karar verebilmek içindir. Eğer bu bir haftalık süre itiraz süresi olarak kabul edilirse, tarafların rapordaki eksik ve noksan hususları öğrenmeden itiraz etmek zorunda kalmalarına yol açar. Bu yüzden de bu süre itiraz süresi olmayıp, itiraz hüküm verilinceye kadar yapılırlar yolundaki görüşün daha isabetli olduğu kanısındayım.

Alman hukukunda bilirkişi raporuna itiraz süresi, belli bir süre olarak değil de uygun bir süre olarak düzenlenmiştir (ZPO § 411, IV).

Taraflar bilirkişi raporuna itiraz etsin veya etmesin, mahkeme, bilirkişilerden tamamlayıcı bilgi alma, açıklama isteme ve yeni bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisini (m. 283 ve m. 284) her zaman (hüküm verilinceye kadar) kullanabilir.

Alman hukukunda da, taraflar itiraz etmese bile, hakimnin belli sebeplerin varlığı halinde, yeni bilirkişiye başvurma konusunda takdir hakkı vardır (bkz., ZPO § 412).

4. Bilirkişi Raporuna İtiraz Etmemenin Diğer Taraf Lehine Kazanılmış Hak Doğurup Doğurmayacağı

Üzerinde tartışılması gereken önemli hususlardan birisi de, bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi ile usuli kazanılmış hakkın doğup doğmayacağıdır.

Bir görüşe göre,¹²⁸ bir tarafın bilirkişi raporuna itiraz etmesi ile, diğer (bilirkişi raporuna itiraz eden) taraf lehine bir usuli kazanılmış hak doğar. Yani, bir taraf bilirkişi raporuna itiraz etmez, diğer tarafın itirazı (veya mahkemenin kendiliğinden gerekli görmesi) üzerine yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılır (veya aynı bilirkişiden ek rapor alınır) ve ikinci bilir-

¹²⁸ Kuru, s. 2753 vd.; Ulukaptı, s. 306.

kişi raporu (veya ek rapor) birinci rapora itiraz edenin daha da aleyhine olursa, ilk rapora itiraz etmeyen taraf bakımından ilk bilirkişi raporu kesinleştiğinden ve bununla diğer (itiraz eden) taraf lehine usuli kazanılmış hak doğduğundan, mahkemenin ilk bilirkişi raporuna göre karar vermesi gerekir. Yargıtay da bu görüşte olup bu yönde çok sayıda kararı bulunmakta ve bu görüşü adeta müstakar hale gelmiştir. Davacı ve davalı bakımından örnek kabilinden birer kararını aktarmak gerekirse:

*"Mahkemece alınan ilk rapora davacı taraf itiraz etmemiştir. Davalının itirazı üzerine alınan 2. raporda ise, kira kaybı, elektrik onarımını tamiri, bina içi büro montajı gibi masraflar ilk rapora göre daha fazladır. Davalı ilk rapora itiraz etmemiş olduğundan ilk rapordaki daha düşük miktarlar davalı lehine kazanılmış hak oluşturur..."*¹²⁹

*"... İlk bilirkişi raporuna davalı taraf ile karşılık davacı tarafından itiraz edilmediğine göre, ilk bilirkişi raporunda tespit edilen ve davacı lehine olan kusur dağılımı yönünden davacı yararına usulen kazanılmış hak oluşmuştur"*¹³⁰

Bu görüş, mahkemede bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olan tarafın, temyiz aşamasında da bilirkişi raporuna itiraz edemeyeceğini kabul etmektedir.¹³¹

Doktrinde Alangoya¹³² bu sonucu tereddütle karşılamaktadır. Yazarın görüşünü aynen aktarmak gerekirse *"Gerçekten, m. 284 hükmüne göre mahkeme tarafların herhangi bir talebi olmaksızın da "hakikatın tezahürü için" yeni bilirkişi tetkikatı yapılmasına karar verebilir. Böyle bir durumda, usuli müktesep hak doğması söz konusu olmayacaktır. Yargıtay'ın da belirttiği üzere m. 284'ün amacı*

¹²⁹ 13. HD 26.12.1991, 7956/11737 (Bursa Barosu Dergisi 1991/41, s. 60-61).

¹³⁰ 4. HD 12.2.1991, 2962/1010 (Yasa 1991/5, s. 689).

¹³¹ "Davalı tebliğ edilen bilirkişi raporlarına karşı süresinde itirazda bulunmamış ve hüküm de bu raporlara dayanmış olmasına göre, davalı vekilinin bu yönlere ait temyiz itirazları yerinde değildir" (TD 25.5.1967, 2346/2252 (DAS 1970/1, s. 19). "Duruşmada ileri sürülmeyen hususlar temyiz konusu yapılamayacağına göre, davalı vekilinin bilirkişi raporlarına karşı itirazları da mesmu olmaz" (HGK 2.2.1972, 5-1069/60 (İKİD 1972/136, s. 1030-1031).

¹³² Alangoya, s. 390.

hakikatin tezahürüdür. Bu amaçla sevk edilmiş bir hüküm muvacehesinde, daha doğru olduğu kabul edilen bilirkişi raporunu hükme esas almamayı izah etmek müşküldür. Tarafın itiraz etmemesinden kabul ettiği yolunda bir sonuç çıkarmak, rapor talebini tam karşılamış olmadıkça, yasal dayanaktan yoksundur kanaatindeyim. Bu bakımdan, bir tarafın itiraz etmemesi halinde, bilirkişi raporunun diğer taraf lehine olması durumunda mahkemece re'sen yeniden bilirkişiye gidilemeyeceği yolundaki içtihadı da doğru bulmuyorum. Böyle bir sonucun, Yargıtay'ın tarafların her zaman itiraz edebilecekleri yolundaki görüşü ile ve m. 284 hükmü ile bağdaşmadığı kanaatindeyim".

Kanımızca Alangoya'nın tereddütü ve kabul şekli yerindedir. Çünkü öncelikle böylesi bir kabul tarafların yerli yersiz bilirkişi raporlarına itiraz etmeleri sonucunu doğurur ve usul ekonomisi ilkesi zarar görür. Nitekim uygulamada taraflar hemen her bilirkişi raporuna karşı "aleyhimize olan hususları kabul etmiyoruz" şeklinde itirazda bulunmaktadır. Bu durumun sebebi de Yargıtay'ın belirtilen kabul şeklidir.

Bilirkişi raporuna itiraz etmemenin diğer taraf lehine kazanılmış hak doğurup doğurmayacağı konusunda esas hareket noktası olan bilirkişi raporuna itirazın belli bir süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususunda da, doktrindeki, usuli kazanılmış hakkın doğacağını kabul edenler ile Yargıtay arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Bu bağlamda, doktrinde bu görüşü savunan yazarlar, bilirkişi raporuna itiraz süresinin bir hafta olduğu ve bunun kesin olduğudur. Bu kabul şekli tartışmalı olsa bile, böyle bir kabul ile, taraflardan birisinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi halinde diğer taraf lehine usuli kazanılmış hak doğacağı sonucuna da, tatmin edici olmamakla birlikte, varılabilir. Oysa daha doğru olduğunu düşündüğümüz Yargıtay'ın kabul şeklinde ise, hüküm verilinceye kadar bilirkişi raporuna itiraz edilebilir. Bu kabul şekliyle usuli kazanılmış hak olgusunun bağdaştırılması mümkün değildir. Bu yüzden, bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olması tek başına, itiraz etmeyen taraf aleyhine ve diğer taraf lehine herhangi bir etkiye sahip olmamalıdır.

5. Bilirkişiden Ek Rapor Alınması ve Yeni Bilirkişi İncelemesi

Bilirkişiye başvuran hakim, bilirkişinin kendisine sağladığı özel veya teknik bilgiye rağmen, hala bu konuda eksiklik hissediyorsa, bilirkişiden ek rapor alma veya yeniden bilirkişiye başvurma gereği duyabilir.

a. Ek Bilirkişi Raporu

Hakim, bilirkişi raporunda noksan veya müphem gördüğü hususların tamamlanması veya açıklanması için, kendiliğinden bilirkişiye yeni sorular sorabilir (m. 283, I).

Bilirkişinin, asıl raporunda ortaya koyduğu görüşleri tamamlayıcı nitelikte ve belirsizlikleri giderecek şekilde, hakim talebi üzerine yönelttiği sorular ölçüsünde mahkemeye yeniden görüş bildirmesi "*ek bilirkişi raporu*" olarak isimlendirilmektedir.¹³³

Bilirkişiden ek görüş istenmesinin amacı, yeniden bilirkişiye başvurulmaksızın, esas itibariyle yeterli bulunan bilirkişi görüşünün eksik kalmış noktalarının tamamlanması, kapalı kalmış hususların aydınlatılması, kısaca eksiklik ve yetersizliklerin bilirkişi tarafından giderilmesini sağlamaktır.¹³⁴

Ek bilirkişi raporunun yazılı olması zorunlu değildir.¹³⁵ Hakim, tamamlayıcı açıklamalarda bulunmak üzere, bilir-

¹³³ Kuru, s. 2760; Deryal, s. 51.

¹³⁴ Deryal, s. 51. "Mahkemece, bilirkişi aracılığıyla taraf defterleri incelenmiş ise de, bu defterlerin kapanış tasdikleri üzerinde durulmamıştır. Eğer taraf defteri usulüne uygun ve onanmış ve fakat birbirine aykırı ise, bu defterler esas alınmaz. Bu durumda, tarafların ibraz ettiği diğer yazılı deliller inceleme konusu olur. Bilirkişi raporu, bu yönleri belirtmediği için eksik bir rapor olarak kabul edilmelidir. Bu durumda yapılacak işlem ek rapor alınması iken..." (11. HD 16.03.1998, 344/1711 : YKD 1998/8, s. 1172 vd.).

¹³⁵ Deryal, s. 51.

kişileri duruşmaya davet edip sözlü olarak dinleyebilir.¹³⁶ Fakat hakim, ek bilirkişi raporunun yazılı olarak verilmesini isteyebilir. Bu halde, ek bilirkişi raporu, normal (asıl) bilirkişi raporu gibi yazılır.¹³⁷

Eğer bilirkişi ilk görüşünü ilk görüşünü mahkemeye sözlü olarak vermiş ise, ek raporun yazılı olması tercih edilmelidir. Bilirkişinin raporunu yazılı olarak vermesi halinde, raporda noksan veya müphem bir husus bulunması halinde hakim, bilirkişiyi duruşmaya davet edip sözlü olarak dinleyebilir. Keza taraflar da ek raporun kendilerine tebliğinden itibaren, rapordaki noksan veya müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını mahkemeden talep edebilirler (HUMK m. 283, I).

Bilirkişiden ek rapor isteme yetkisi hakime ait olup¹³⁸ hakim bu takdir yetkisini her zaman (hüküm verilinceye kadar) kullanabilir.¹³⁹ Buna karşılık, taraflar, raporun kendilerine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde hakime yazılı başvuruda bulunarak, kendilerince gördükleri eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesini isterlerse (HUMK m. 283, I), hakim bu talep doğrultusunda hareket ederek bilirkişiden ek rapor istemek zorundadır.¹⁴⁰ Ancak, hakim bilirkişi raporunu noksan ve

¹³⁶ Doktrinde "bilirkişinin isticvabı" olarak nitelendirilen bu önemli tedbire (Deryal, s. 51, dn.179) , mahkemelerin bilinmeyen bir sebepten dolayı pekbaşvurmadıkları ifade edilmektedir (Akyol, s. 72). Belirtmek gerekir ki, burada teknik anlamdan isticvabdan söz etmek mümkün değildir.

¹³⁷ Kuru, s. 2763. "Bilirkişinin ek raporu kısa yazılmış olmakla beraber, bu raporun hükme esas tutulmasında usule aykırı bir cihet görülemediğinden ve bilirkişinin şahsına karşı davacı tarafından son ek rapordan önce herhangi bir itiraz ileri sürülmüş olmadığından ek rapor hakkındaki temyiz itirazları yersizdir" (TD 16.2.1954, 404/927 (Kuru, s. 2763).

¹³⁸ Deryal, s. 51.

¹³⁹ Kuru, s. 2761.

¹⁴⁰ Kuru, s. 2761; Deryal, s. 51. "Davalı taraf 1.11.1987 Pazar günü ile ilgili hesaplamanın yanlış olduğunu ileri sürerek rapora itiraz ettiği halde mahkemece itirazla ilgili olarak bilirkişilerden ek rapor alınmadığı gibi, kararda itirazın yersiz olduğunun dayanakları da gösterilmiş değildir. Mahkemece, davalının itirazları ile ilgili olarak bilirkişilerden ek rapor alınması ve hasil olacak sonuca göre karar verilmelidir. Anılan husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmaması, hükmün

müphem bulmadığı (tam ve açık bulduğu), itirazların daha önce incelenmiş veya dava dosyasındaki bilgilerle karşılanması mümkün olduğu hallerde, ek rapor almadan, ileri sürülen iddiaları kendisi de inceleyebilir.¹⁴¹

Alman Usul Kanunu ZPO § 411, III'e göre mahkeme, yazılı raporunu izah için bilirkişiyi duruşmaya davet edebilir. Alman hukuku bakımından, ek raporun yazılı veya sözlü olarak verilebileceği, ancak, gerek taraflar ve gerekse mahkeme bakımından raporun daha kolay anlaşılması ve tartışılması açısından yazılı olarak verilmesinin tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemenin ek rapordan sonra da bilirkişiyi sözlü olarak dinlemesi imkanı vardır. Ancak eğer verilen ek rapor mahkemece yeterli kabul edilirse bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesine gerek kalmayacaktır.¹⁴²

Buna karşılık, eğer mahkeme bilirkişinin raporuna uymak istemiyorsa, bir başka ifade ile bilirkişi raporundaki görüşten sapmak-ayrılmak istiyorsa artık bilirkişiyi sözlü olarak dinlemesi zorunlu olacaktır.¹⁴³ Federal Mahkeme verdiği bir kararında,¹⁴⁴ bilirkişi raporunu eksik bulan mahkeme, bilirkişi raporundan ayrılmak isterse, bilirkişiyi sözlü olarak dinlemesi gerektiğini, hakimın bunu yapmaması halinde ZPO § 286'da ifade edilmiş olan takdir hakkını hatalı kullanmış olacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bilirkişi, hakimde eksik olan bilgiyi sağlamaktadır. Hakimın bunu kabul etmediği durumlarda, bilirkişiyi sözlü olarak dinlememesi veya ek rapor almaması tarafların haklarını kısıtlar, sürpriz karar verilmesi sonucunu doğurur ve bu durum iddia ve savunma hakkının güvenceye alınması (rechtliches Gehör) ilkesine aykırı olur.

Alman hukukunda doktrin ile yüksek mahkemeler ve

bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir" (11. HD 7.5.1992, 7057/5952 (YKD 1992/9, s. 1376-1377).

¹⁴¹ Kuru, s. 2761-2762. HGK 3.7.1968, T-374/529 (ABD 1968/6, s. 1041-1042).

¹⁴² Bross, s. 431.

¹⁴³ Bross, s. 431.

¹⁴⁴ 5.6.1981 (NJW 1981, 2581).

yüksek mahkemelerin kendi aralarında görüş ayrılığı olan bir husus da, mahkemenin, bilirkişiden ek yazılı rapor ya da onu sözlü olarak dinlemesi hususunda hangi yolu tercih etmesi gerektiği konusudur.

Federal Mahkeme'nin görüşüne göre, mahkeme tamamlayıcı rapor almak ihtiyacı duyduğunda bunu yazılı rapor almak veya bilirkişiyi sözlü olarak dinlemek şeklinde gerçekleştirebilir.¹⁴⁵ Doktrinde Federal Mahkeme'nin bu görüşü eleştirilmekte, bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi ile ondan yazılı rapor alınması imkanlarından, bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi imkanının tercih edilmesi gerektiği, zira tecrübelerin, şüpheli hususların, bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi halinde, yazılı rapor alınmasına nazaran daha çabuk giderilmesini sağladığını, gösterdiği ifade edilmektedir.¹⁴⁶

Federal Sosyal Mahkeme ise, yazılı rapor veren bilirkişinin, raporunu izah etmesi ve tarafların itirazına cevap vermesi açısından sözlü olarak dinlenmesi gerektiğini, ancak, bu imkanın yargılamayı uzatmak amacıyla kullanılamayacaksa veya mahkemenin kanusına göre, bilirkişinin sözlü olarak dinlenmesi, yazılı olarak verdiği raporun aydınlanmasını sağlamayacaksa bu imkanın kullanılamayacağı görüşündedir.¹⁴⁷

b. Yeni Bilirkişi İncelemesi

Hakim, birinci bilirkişi raporu (ve alınmış ise ek rapor) ile durumun gereği gibi aydınlanmadığı kanusuna varırsa, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir¹⁴⁸. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 284. maddesi hükmü şu şekildedir: "*Hakikatın tezahürü için lüzum görürse tahkikat hakimi veya esas davayı rüyet edecek mahkeme evvelki veya yeniden intihap*

¹⁴⁵ BGH 10.1.1984 (NJW 1961, 2088)

¹⁴⁶ Bkz., Bross, s. 432.

¹⁴⁷ Karar için bkz., NJW 1961, 2087-2088.

¹⁴⁸ Kuru, s. 2763.

edeceği ehlivukuf vasıtasıyla tekrar tetkikat icra ettirebilir”¹⁴⁹

Hakimin, yeni bilirkişiye başvurabilmesi, onun bilirkişi raporu ile bağlı olmamasının (HUMK m. 286) da gereği ve doğal bir sonucudur.

Madde metninde açıkça anlaşıldığı üzere, yeni bilirkişi incelemesi yapılması, hakimin takdirine bırakılmıştır. Doktrin¹⁵⁰ bu konuda görüş birliği içerisindedir. Yargıtay da verdiği kararlarında bu hususu açıkça dile getirmiştir. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “*Elbette davalıların itirazları üzerine raporun yeterli olup olmadığı, yeni bir keşif yapılarak ikinci bir rapor alınmasının gerekip gerekmediği mahkemece takdir edilecektir*”.¹⁵¹

Doktrinin ve Yargıtay'ın görüş birliğinde olduğu nokta, hakimin takdir hakkının, bilirkişinin raporunun yeterli olup olmadığı hususuyla ilgili olduğudur. Hakimin bilirkişi raporunun yeterli olmadığına karar vermesinden sonra onun, şahsi bilgi ve görüşüne göre karar verebilip veremeyeceği hususu öğreti ve uygulamada tartışmalı olup, aşağıda, hakimin bilirkişi raporu karşısındaki durumu başlığı altında incelenecektir.

Yeni bir bilirkişi incelemesinin yapılması konusunda üzerinde durulması gereken ilk husus, yeni bilirkişi incelemesinin önceki bilirkişiye yaptırılıp yaptırılmayacağıdır. HUMK m. 284 hükmü buna açıkça imkan vermesine rağmen, doktrinde, haklı olarak, yeni bilirkişinin incelemesinin önceki bilirkişi vasıtasıyla yaptırılmasının doğru olmayacağı ve bunun bazı sakıncaları beraberinde getireceği ifade edilmektedir.

Bu konuda ileri sürülebilecek bazı gerekçeler şu şekilde sıralanabilir:

Bir kere, yeni bilirkişi incelemesi eski raporun yetersizliği nedeniyle yapıldığına göre, yetersiz bulunan bilirkişiye yeni-

¹⁴⁹ Benzer bir hüküm CMUK m. 76, 1'de de yer almıştır. Buna göre, verilen raporu yeterli bulmayan hakim aynı veya başka bir bilirkişiye yeni bir inceleme yaptırabilir.

¹⁵⁰ Bu yönde bkz., Kuru, s. 2763; Deryal, 52; Tutumlu, s. 65.

¹⁵¹ 1. HD 10.03.1997, 2609/3094 (YKD 1997/8, s. 1213-1214.

den görüş sormak herhangi bir fayda sağlamayacaktır. Eğer o bilirkişi, o konunun vazgeçilmez ve birinci sınıf uzman olduğundan yine ona görüş sorulmasında zorunluluk varsa, o zaman yeniden bilirkişi incelemesi kararı vermek yerine, yetersiz bulunan raporundaki eksiklikler tamamlattırılmak suretiyle ek rapor alınması yoluna başvurulabilir.¹⁵²

Aynı şekilde, birinci bilirkişi raporu aslında yeterli olup da, bazı noktalarda noksan veya müphem ise, raporun tamamlanması veya açıklanması için birinci bilirkişiden ek rapor alınabilir (HUMK m. 283, I).

Bundan başka, ilk raporunda (yetersiz de olsa) bir şekilde görüşünü açıklamış bulunan bir bilirkişinin, aynı konuda yapacağı yeni bir incelemede, tarafsız kalabilmesi ve başka bir sonuca varması güçtür.¹⁵³ Aynı bilirkişi, ikinci incelemesinde (raporunda) aynı sonuca varırsa, hakim, büyük bir olasılıkla bu raporu da yeterli bulmayacak ve bu defa başka bir bilirkişiye üçüncü bir bilirkişi incelemesi yaptıracaktır. Aynı bilirkişi, ikinci incelemesinde (raporunda) başka sonuca varırsa, bu defa iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeni (üçüncü) bilirkişi incelemesi yaptırılacaktır. Bu ise, emek, zaman ve masraf kaybına eden olacaktır (HUMK m. 77). İşte bütün bu sakıncaları önlemek için, kanunun imkan vermesine rağmen, yeni (ikinci) bilirkişi incelemesinin seçilecek yeni bilirkişiye (veya bilirkişilere) yaptırılması uygun olur¹⁵⁴. Birinci bilirkişi raporu tek bilirkişi tarafından verilmesi halinde, yeni bilirkişi incelemesinin ona yaptırılmaması gibi, yeni bilirkişi incelemesi bir kurula yaptırılacaksa ilk raporu veren bilirkişinin bu kurulda yer almaması gerekir. Aynı şekilde birinci rapor bir kurul tarafından verilmiş ise, bu kurulda yer alan bilirkişilerden

¹⁵² Deryal, s. 55. Ek rapora rağmen birinci bilirkişi raporu yetersiz görülürse (veya daha başlangıçta ek rapor ile de birinci bilirkişi raporunun yeterli hale getirilemeyeceği açıkça belirli ise) hakimin, yetersizliğini tespit ettiği birinci bilirkişiden artık yeni bir rapor isteyememesi gerekir (Kuru, s. 2764).

¹⁵³ Kuru, s. 2764; Deryal, s. 55.

¹⁵⁴ Kuru, s. 2764-2765.

hiç birisinin bu yeni bilirkişi incelemesinde (veya kurulunda) yer almaması gerekir.

Yargıtay verdiği bir çok kararında bu hususu açıkça ifade etmiştir. Bazı kararlarını zikretmek gerekirse:

"Davada, mahkeme bozmadan önce ve sonra aynı şahıs bilirkişi seçmiştir. İlk keşifte yetersizliği saptanmış olan şahsın ikinci keşifte tekrar bilirkişi seçilmesi yasaya aykırıdır".¹⁵⁵

"Birinci defa raporu veren bilirkişilerin raporlarına karşı vaki itiraz üzerine bu rapor kabul edilmeyerek yeni bilirkişi kurulu teşkil edildiğine göre, yeni bilirkişi kuruluna önceki raporu veren bilirkişilerden hiç birinin alınmaması gerekir. Bu itibarla mahkemece ikinci kere yaptırılan incelemeye önceki bilirkişi kurulundan bir bilirkişinin iştirak ettirilmesi doğru bulunmamıştır".¹⁵⁶

Yeni bilirkişi seçiminde de, tarafların irade ve tercihlerine öncelik tanınacaktır. Bu nedenle, hakimin, yeni bilirkişiyi (veya bilirkişileri) seçmek için taraflara imkan vermesi gerekir.¹⁵⁷ Tarafların anlaşamamaları halinde bilirkişileri re'sen belirleyecektir.¹⁵⁸

¹⁵⁵ 1. HD 2.2.1978,1070/959 (Yasa 1978/3, s. 468 vd.). "Kamulaştırma bedeline itiraz davalarında, ikinci (üçüncü vs.) bilirkişi kurulunun (bilirkişi listelerinden ve fakat) ilk bilirkişi kuruluna girmemiş olanlar arasından seçilmesi gerekir (Kuru, s. 2692 orada zikrettiği 5. HD 30.4.1975, 5705/9211). "Önceki bilirkişi dışında serbest orman mühendislerinden seçilecek bir uzman bilirkişi aracılığıyla yeniden yapılacak keşifte..." (20. HD 13.07.1993, 1992-11719/1993-6273 : YKD 1993/11, s. 1707 vd.). Aynı yönde bkz., 5. HD 17.03.1976, 1975/3200 (YKD 1977/2, s. 195-196).

¹⁵⁶ 3. HD 29.6.1967 4666/3809 (Kuru, s. 2765). "... Mahkeme, cezadaki bilirkişi raporunu hükme dayanak olacak nitelikte görmediği için yeni bilirkişi incelemesine gittiğine göre, yeni bilirkişi kurulunun değişiki kişilerden oluşması gereği tabiidir. Bu bakımdan, hükme dayanak kabul edilmeyen ve daha önce düşüncelerini bildirmeleri bakımından inandırıcılıkları şüpheli kalan kişilerin çoğunluk teşkil ettikleri bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm verilmesi isabetli değildir2 (10 HD 18.5.1976, 8338/3913 (Kuru, s. 2766).

¹⁵⁷ Kuru, s. 2767.

¹⁵⁸ Deryal, s. 55.

Acaba taraflar anlaşarak, birinci bilirkişiyi ikinci inceleme için de yeniden bilirkişi olarak seçebilirler mi? Kuru buna olumlu cevap vermektedir.¹⁵⁹ Kanımca her durumda bu mümkün olmamalıdır. Eğer birinci inceleme birtakım eksik inceleme ve araştırmalar sonucu yetersiz bulunmuş ise, önceki bilirkişinin yeniden bilirkişi olarak seçilmesi yönündeki tarafların anlaşması mümkün olmalıdır. Eğer bilirkişi o konunun uzmanı olmadığı için raporu yetersiz ise, bu durumda taraflar önceki bilirkişinin yeniden bilirkişi olarak seçilmesi hususunda anlaşsalar bile, hakimın bu talebi kabul etmemesi ve onlardan farklı bilirkişiler üzerinde anlaşmalarını istemesi gereklidir. Eğer taraflar farklı bilirkişiler üzerinde anlaşamazlar ise, bu durumda hakim kendiliğinden (re'sen) bilirkişi belirleyecektir.

Yeni bilirkişi raporu da, asıl (normal) bilirkişi raporu gibi yazılır, mahkeme kalemine verilir, taraflara tebliğ edilir.¹⁶⁰

Yeni bilirkişiden de ek rapor istenebilir ve ikinci bilirkişi raporundaki noksan veya müphem hususlar hakkında hakim bilirkişiyi duruşmaya davet edip sözlü olarak açıklamada bulunmasını isteyebileceği gibi, taraflar da, yeni bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren bir hafta içinde, noksan ve müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını hakimden isteyebilirler (HUMK m. 283, I).¹⁶¹

Alman Usul Kanunu ZPO § 412'de mahkemenin hangi hallerde yeni bir rapor isteyebileceğini düzenlemektedir. Buna göre, şu hallerde, mahkeme, yeni bilirkişi raporu isteyebilecektir:

- Eğer bilirkişi raporu yetersiz ise,
- Bilirkişinin raporunu verdikten sonra reddedilmiş olması.

¹⁵⁹ Bkz., Kuru, s. 2765.

¹⁶⁰ Kuru, s. 2767.

¹⁶¹ Karş. Kuru, s. 2767; Deryal, s. 56.

H. HAKİMİN BİLİRKİŞİ RAPORU KARŞISINDAKİ DURUMU

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesi hükmü, bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi bağlamayacağını amirdir. Belirtmek gerekir ki, bu durum hem bilirkişinin görüşünü sözlü olarak aktarması hem de rapor halinde mahkemeye vermiş olması halinde geçerlidir.

Bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağına ilişkin belirtilen özel düzenleme esasında, HUMK m. 240'da düzenlenen "*hakimin delilleri serbestçe takdir edeceği*" şeklindeki genel kuralın tekrarından başka bir şey değildir.

Kanun koyucunun bilirkişi bakımından bunu özellikle vurgulamasının sebebi, bilirkişinin özel durumu ve gerçekte hakimin bilirkişi raporuyla çoğu zaman bağlı olmak durumunda olduğunun adeta inkar edilmesi veya kabul edilmemesi zorunluluğundan ve nihai kararın hakim tarafından verilmekte olduğuna ilişkin inancı kuvvetlendirmeye yönelik olduğu düşünülmektedir.

Esasından bu kadar endişeye mahal olmaması gerekir. Çünkü zaten hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi de mutlak değildir. Değerlendirme serbestisinin sınırlarından birinin de düşün ve mantık kurallarıdır. Bilirkişinin tespitleri de sonuçta bu kurallara dayanmakta ise, burada artık hakimin serbest değerlendirmesinden söz etmenin veya ısrar etmenin de anlamı yoktur.

Hakimin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması ilkesi Türk hukuk doktrin ve tatbikatından farklı değerlendirilmektedir. Buna göre, konunun Yargıtay ve doktrin açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekir:

1. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay, hakimin bilirkişinin rey ve mütalaası ile bağlı olmadığı hakkındaki HUMK m. 286 hükmünü, hakimin, bi-

lirkişi raporunu yeterli görmezse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması (HUMK m. 284) gerektiği şeklinde anlamaktadır. Yargıtay'ın bu yönde verilmiş çok sayıda kararı bulunmaktadır.¹⁶²

Yargıtay'ın m. 286 hükmüne ilişkin olarak kabul ettiği bir diğer husus da, hakimın azınlıkta kalan bilirkişinin görüşünü kabul edip bu doğrultuda karar vermeyeceği; çoğunluğun görüşünü kabul edip karar verebileceğidir.

O halde, Yargıtay, oy çokluğu ile verilmiş (üç kişilik) bilirkişi raporlarında, hakimın, bilirkişi çoğunluğunun (yani iki bilirkişinin) görüşünü benimseyerek karar verebileceği, yoksa azınlıkta kalan bilirkişinin görüşüne göre karar veremeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir:

*"... Bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyumsuzluk çıkması halinde hakim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez...."*¹⁶³

Yargıtay'ın bu kabul şeklinin sonucu olarak, hakim, birinci bilirkişi raporunu yetersiz bulursa ikinci bilirkişiye; ikinci bilirkişi raporunu yetersiz bulursa, üçüncü bilirkişiye; üçüncü bilirkişi raporunu yetersiz bulursa, dördüncü bilirkişiye; bunu da yetersiz bulursa beşinci bilirkişiye başvuracak ve bu durum, hakimın bilirkişi raporunu yeterli bulmasına kadar devam edecektir.

Bu kabul şekline doğan bir diğer sonuç da, hakimın, bilirkişi raporunda yazılı olan özel veya teknik açıklamalardan, bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanısına varabiliyorsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar veremeyeceğidir.

¹⁶² Örnek olarak bkz: 2. HD 10.12.1970, 5018/6437 (RKD 1971/2, s. 52).

¹⁶³ 2. HD 19.2.1971, 658/1082 (Kuru, s. 2775-2776).

2. Doktrinin Görüşü

Bu konuda Doktrinin de kendi içinde görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Bir görüş,¹⁶⁴ raporu doyurucu bulmayan hakimin, şahsi bilgi ve görüşüne göre karar veremeyeceği; yeniden bilirkişi düşüncesi almak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, bilirkişi yardımından ve danışmanlığından yararlanmak isteyen hakimin ilk raporu yetersiz bulması halinde, özel veya teknik bilgi alanına giren konuyu yeniden bilirkişi incelemesine götürmesi kaçınılmazdır.¹⁶⁵

Diğer görüşe göre¹⁶⁶, HUMK m. 286'daki "*bilirkişi raporu hakimi bağlamaz*" ilkesi, hakimin, bilirkişi raporunu yetersiz bulması halinde, aynı bilirkişiden ek rapor alması veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Çünkü, ek rapor alınması ve yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması esasen hakimin takdirine bırakılmıştır (HUMK m. 283 ve m. 284); yani, bunlar hakimin yetkilerine dahildir. Hakimin bu yetkilere sahip olduğunu belirtmek veya hakimi benimsemediği bir mütalaaya uyarak karar vermek mecburiyetinden kurtarmak için Kanuna aykırı bir hüküm (m. 286 hükmünü) koymaya gerek yoktur.

Şu halde, m. 286'daki "*bilirkişi raporu hakimi bağlamaz*" ilkesinin m. 283 ve m. 284'te yazılı yetkilerden başka bir anlamı vardır: Hakim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel veya teknik bilginin, kendisinde başlangıçta noksan olan özel veya teknik bilgiyi sağladığı, yani dava için gerekli özel veya teknik bilgiye şimdi sahip olduğu kanısına varırsa, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilmelidir.

¹⁶⁴ Erdemir, s. 568; Deryal, s. 52.

¹⁶⁵ Doğrusu, ilk raporun "yetersiz" olup olmadığına hakimin karar vereceği hususu tartışmalıdır. O halde, ilk raporu "yeterli" bulan hakimin, (yeniden) bilirkişi görüşüne başvurmadan karar vermesi de normaldir (Deryal, s. 52-53).

¹⁶⁶ Kuru, s. 2780 vd.

Esasen bu konuda HUMK m. 283, II' de hakime bilirkişiyi sözlü olarak dinleme imkanı da tanınmıştır. Buna göre, hakim, dava için gerekli özel veya teknik bilgiyi, bilirkişiye duruşmaya davet edip onu sözlü olarak dinleyerek de elde edebilir ve bunun üzerine, başlangıçta sahip olmadığı özel veya teknik bilgiye artık sahip olabilir. Bu durum özellikle oy çokluğu ile verilen bilirkişi raporlarında kendini göstermektedir. Zira hakim, oy çokluğu ile verilen bir rapordan gerekli özel veya teknik bilgiyi daha iyi öğrenebilir ve azınlıktaki bilirkişinin özel veya teknik bilgisinin daha iyi olduğu kususuna vararak onun görüşünü benimseyebilir.

Yargıtay'ın az da olsa bu yönde de kararları vardır. Yargıtay HGK tarafından oybirliği ile onanmış olan İstanbul Ticaret Mahkemesinin direnme kararındaki ifadeler konuyu çok açık ve HUMK m. 286 hükmüne uygun bir şekilde ortaya koymaktadır. Buna göre: "HUMK m. 275'e göre, bir davanın halli için hakimin ayrıca bilgi sahibi olabilmek için o işin ehlerinden rey ve mütalaasını almak istemesi halinde bilirkişi müessesinden istifade ederek ehil kişiyi seçer ve onun rey ve mütalaasını alır. Bu madde iyice incelenirse bilirkişi hakime davayı hal için bilirkişinin verdiği rey ve bilgi gereken malumatı verecektir. Bilirkişinin verdiği rey ve bilgi davayı hal eder karar değildir. Hakimin 'bilirkişi böyle mütalaa etti ve rey verdi' karar da böyle olacaktır şeklinde bir durumu mevcut değildir. - Kararı daima hakim verir. Hakimler karar vermek görev ve yetkisini tam bir titizlikle elinde bulundurdukça görevini tam yapmış olabilir. Yoksa bilirkişi böyle böyle rey verdi veya mütalada bulundu karar bilirkişi mütalaaasına göre verilmiştir sonucuna varan karar, mahkemeden beklenen karar olamaz. - TD'nin bozma kararında da zikredildiği veçhile HUMK'nın 286. maddesine göre bilirkişinin rey ve mütalaaaları hakimi takyit etmez. Hakim özel bilgiye sahip olan bilirkişiden bilgi alır, onun reyini alır, fakat kararı kendisi verir. - Hadisemizde geminin iskeleye yanaşır durumda iken çıkan şiddetli rüzgar sonunda meydana gelen dalgalarla geminin iskeleye vurmasından husule gelen hasarda geminin kusuru var mıdır, varsa tam ve kesin olup olmadığı hususunda liman, denizcilik ve kaptanlık gibi hususlarda bilgi sahibi olan kimseden yazılı mütalaa

alınmış rapor aleyhine tecelli edenin isteği ile ayrıca üç kişiyi bilgi sahibi görmüş, onların da mütalaasını almış, iki rapor arasında kusur nispetinde aykırılık zuhur etmiş, mahkeme (raporlar arasında kusur nispeti bakımından fark bulunmuştur. Bilirkişiler mahkemeye gelmiş ve tecrübi bilgi vermişlerdir. Bu bilgilere göre, kusurun tam veya nispi ve kusursuz olup olmama durumunu tespit mahkemeye aittir) gerekçesiyle mevcut deliller ve mütalaalara göre kusur nispetini tespit için bir kanaate sahip olmuş ve bunu tespit için kendinde ehliyet görmüş (deliller toplanıp ehil olanlardan fenni ve tecrübi bilgi aldıktan sonra bu ehliyeti iktisap ettiğini kabul etmiş) esbabı mucibe serdederek kusurun tanımının davalı gemide olduğunu belirlemiş ve hükmünü bu esasa göre vermiştir. Yukarıda belirtilen hususlar göz önünde tutulunca mahkemece kusur nispetleri değişik olan raporlardan birindeki mütalaayı kabul eden mahkemenin bu kabulünde gösterdiği sebeplerde bir isabetsizlik olup olmadığının üst mahkemece belirtilerek karar itirazı gerekirdi. Bu husustan ayrı olarak bilirkişi raporlarındaki mübayenetin mutlak olarak üçüncü defa seçilecek bilirkişilerle halledileceği şeklindeki bozma kararında isabet olmadığı, aksi olarak raporlar arasında mübayenet varsa dosya münderecatına ve alınan bilgilere göre kusur nispetini hakimnin takdir ve tayinine imkan mevcut ise bunun muhakkak hakim tarafından yapılması adalet tevzii görevinin icabından olduğu kabul edilmiştir. Tasdiksiz sureti elimize geçen Yargıtay HGK'nun 25.9.1968 gün ve 9/410-629 sayılı kararı da mahkememiz görüşünde isabetli olduğunu tespit etmektedir. Karar: Binaenaleyh yukarıda etraflı şekilde açıklandığı veçhile, mahkeme toplanması gereken delilleri toplanmış ve kusur nispetini tayin hususunda re'sen seçilecek bilirkişilerden rey ve mütalaa almaya karar verdikten ve bilirkişilerden mesleki ve ilmi bilgi aldıktan sonra bilirkişilerin raporları arasında mübayenet olunca telifin hakimlikçe veya mahkemece imkan dahilinde olduğu takdirde bu telifin hakimlikçe yapılması gerektiğine, mahkemece telifin yapılması imkansızsa o takdirde üçüncü defa seçilecek başka bilirkişilerin rey ve mütalaasının alınması yolunu da ihtiyar edeceğine,... mahkememiz kararında usul ve kanuna aykırı bir durumu bulunmadığından ... kararda direnilmesine".¹⁶⁷ HGK kararı: "Kararda gösterilen gerekçelere göre yerinde

¹⁶⁷ İstanbul Ticaret Mahkemesinin 8.11.1968 tarihli direnme kararı (İBD 1971/3-4, s. 312- 314).

olmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan direnme kararının onanmasına oy birliği ile karar verildi".¹⁶⁸

Yargıtayın aynı doğrultudaki bir diğer kararı ise: "...- Şüphle yok ki, HUMK 'nun 286. maddesi uyarınca bilirkişi mütalaası hakim için bağlayıcı değildir. Diğer taraftan hakim bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilginin, kendisinde başlangıçta noksan olan özel ve teknik bilgiyi sağladığı ve şimdi dava için gerekli özel ve teknik bilgiye sahip olduğu kanısına varabilir. ...".¹⁶⁹

Danıştay'ın vermiş olduğu bazı kararları da HUMK m. 286 hükmüne uygundur. Örnek olarak bir kararını zikredek olursak: "... Öte yandan hakim delilleri serbestçe takdir edeceği yolundaki genel ilkeye pararel olarak anılan yasanın 286. maddesinde de, bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı hükmü yer almıştır. Buna göre, hakim bilirkişi raporunda yazılı olan bilgi ve açıklamalardan bu raporun sonucunun doğru olmadığını takdir edebilecek ölçüde bilgi sahibi olduğu ve konuyu bu bilgilerle çözümleyebileceği kanısına varabiliyorsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yoluna gitmeden de, bilirkişi raporundaki sonucun aksine bir karar verebileceği kabul edilmelidir. Başka bir deyimle, yargıç bilirkişi raporunda varılan sonucu yeterli ve uygun görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik açıklamaların kendisinde bu dava için başlangıçta eksik olan özel ve teknik bilgiyi sağladığı, yani bu bilgilere raporu okuduktan sonra sahip olduğu kanaatine ulaşırsa, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan raporun aksine de karar verebilir...".¹⁷⁰

Hakim bilirkişi raporunun aksine karar verirken, bilirkişi raporundaki sonucun neden dolayı kabul edilemeyeceğini hükmünde gerekçesiyle birlikte inceleyip belirtmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki, hakim bilirkişi raporundaki sonucun aksine karar verebilmesi için, onun özel veya teknik bilgiyi edinmiş olması gerekir. Bir başka ifade ile, hakim, bilirkişi

¹⁶⁸ HGK 30.1.1971, T/19-50 (İBD 1971/3-4, s. 309-310).

¹⁶⁹ 4. HD 8.12.1982, 10559/11360 (Yasa 1983/1, s. 99-100).

¹⁷⁰ Danıştay 9. Daire 11.2.1998, 3926/452 (Danıştay Dergisi 1999/97, s. 636-640).

raporundaki özel veya teknik bilgiyi edinememişse, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır.¹⁷¹ Yoksa hakim, bilirkişi raporunun (veya raporlarının) yetersiz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar veremez.¹⁷²

Bununla birlikte hakim bilirkişi raporlarını rasgele değerlendirmek yetkisine ve keyfiliğine de sahip değildir. Bilirkişi raporunun aksine karar veren hakim, mutlaka bunun gerekçesini de göstermek zorundadır. Gerekçe gösteremeyen ve uzman olmadığı konularda bilirkişi raporuyla yetinmek istemeyen hakim tekrar inceleme yaptırmak zorundadır. O halde, bilirkişi raporunu yeterli görmeyen ve kendisi de yeterli bilgiye ulaşmayan hakim, tekrar bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Özellikle gerçeğin tespiti için hakim tekrar bilirkişiye başvurabilir.¹⁷³

I. BİLİRKİŞİ ÜCRETİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, ceza yargılamasından farklı olarak,¹⁷⁴ ücret takdirinde gözeteceği ölçütleri belirlemeden, bilirkişi ücretinin hakim tarafından takdir edileceğini düzenlemiştir (HUMK m. 285).

¹⁷¹ Kuru, s. 2788.

¹⁷² "Bilirkişi mütalaası da diğer deliller gibi, bir hadisenin halli hususi bilgiye ihtiyaç gösteren hallerde başvuru bir delildir ve diğer deliller gibi Usulün 286 ncı maddesi gereğince de hakimi bağlamaz. Ancak bilirkişi mütalaası almaya lüzum gören ve alan hakim mütalaayı hilafına üstün tutacak değerinde başka delillerle mukayese ve münakaşa ederek reddedebilir. Şayet böyle deliller mevcut olmadığı ve bilirkişi mütalaası da hadisenin aydınlanması bakımından kafi görülmediği takdirde hakim yeniden tetkikat yaptırarak davanın intacı yoluna gitmelidir. Diğer açık delillerle tahlil edilmeksizin bilirkişi mütalaalarının reddiyle karar verilmesi usule aykırıdır" (4. HD 18.4.1959, 6689/3364 : İBD 1961/5-7, s. 202-203).

¹⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 431.

¹⁷⁴ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 77'de, bilirkişiye kaybettiği zaman için tarifeye göre tazminat ödeneceği yazılı ise de, ceza usulünde de böyle bir tarihenin bulunmadığı ifade edilmektedir (Kur, s. 2792). Ceza yargılamasında bilirkişi ücreti konusunda bkz., Sema Taşpınar, s. 391 vd.

Görüleceği üzere, bilirkişi ücretinin belirlenmesi konusunda kanun hükmünün gereği takdir hakkı hakime bırakılmış olup, bu konuda objektif bir ölçü konulmamıştır. Fakat bu, hakimın bilirkişi ücretini dilediği gibi takdir edebileceği anlamına gelmez. Bilirkişi ücreti, bilirkişinin yolculuk ve diğer giderlerini, kaybettiği zamanı ve bilirkişi incelemesi için geçen emeğini karşılayacak miktarda olmalıdır. Bilirkişi ücreti belirlenirken, bilirkişinin yapacağı incelemenin niteliği ve önemi ve ekonomik şartlar gözönünde bulundurulmalıdır. Bilirkişi ücretinin, bilirkişinin gerçek emeğinin tam karşılığı olması, buna karşılık, bilirkişiye haksız menfaat sağlayacak derecede yüksek olmaması gerekir.¹⁷⁵

Doktrinde bir görüş,¹⁷⁶ bilirkişinin harcadığı emeğin değeri; incelemenin niteliği ve gerektirdiği mesai; dosyanın kapsamı; incelemenin gerektirdiği harcama ve giderler; müddeabihin tutarı gibi unsurların dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre ücretin az takdir edilmesindeki hata, fazla takdir edilmesindeki sakıncaya göre daha fazladır.

Buna karşılık, kanaatimizce de doru olan, diğer bir görüşe¹⁷⁷ göre ise, bilirkişilik bir meslek değildir; esasen başka bir meslek ve sanat alanında uzman olan kişiler bu bilgilerin yargı organlarına sunmaktadırlar; adaletin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynamakta; karar sürecine katılmaktadırlar. Bilirkişi ücreti, kuşkusuz bilirkişinin yaptığı işin, emeğin karşılığı olmalıdır. Ancak burada ölçütün işin niteliği olması gerekir. Bilirkişi ücretinin az takdir edilmesi de fazla takdir edilmesi de aynı ölçüde sakıncalıdır. Kaldı ki, bilirkişi ücretinin fazla takdir edilmesi, daha nitelikli bir sonucun elde edilmesini sağlamadığı gibi, taraflara yüklenecek giderlerin artmasına neden olacak, usul ekonomisi ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ücretin emeğin karşılığını sağlayamayacak kadar düşük olması ise, bilirkişiliğe talip olan kişilerin niteliği konusunda kuşkular uyandırabilecektir.

¹⁷⁵ Kuru, s. 2792.

¹⁷⁶ Bu yönde bkz., Deryal, s. 66-67.

¹⁷⁷ Taşpınar, s. 393.

Doktrinde Kuru,¹⁷⁸ mahkemelerin bilirkişi ücreti belirlenmesine ilişkin uygulamasını mümkün olduğu kadar yeknesak hale getirmek ve bu konuda ortak ölçüler tespit etmek için, Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi özel bir kanun kabul etmek veya hiç değilse bilirkişi ücretleri hakkında bir tarife hazırlanmasına yetki veren bir kanun değişikliği yapmanın uygun olacağını, kanaatimizce de haklı olarak, savunmaktadır.

Alman hukukunda, bilirkişilere ve tanıklara ödenecek tazminat hakkında ayrı bir kanun vardır ve hakim bilirkişi ücretini bu kanuna göre belirler. Alman Usul Kanunu'nun § 413'e göre bilirkişilere, Tanıklar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanun'a (ZuSEG Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen) göre bir ücret ödenir.

18 paragraftan oluşan söz konusu kanunun maddeleri sırasıyla, kapsam, tanıkların ücretleri, bilirkişi ücretleri, özel çalışma, yurt dışından tanık ve bilirkişiye başvurulması halinde ücretler, özel ücretlendirme halleri, giderlerin karşılanması, yolculuk giderlerinin karşılanma şekilleri, sair giderler, ücretin kararlaştırılması, avans, ücret talebinin düşmesi ve zamanaşımına uğraması, hakimın tespit ettiği ücrete karşı başvurulabilecek yollar, tercüman ve çevirmen ücretleri hakkında düzenleme getirmektedir.

Alman hukukunda bilirkişiye ancak talep üzerine ücret ödenir (m. 15, I). Bilirkişinin talebini 3 ay içerisinde bildirmesi halinde, bu hakkı düşer. Mahkeme de bilirkişinin talebini belli bir süre içerisinde bildirmesini isteyebilir. Bu süre iki aydan az olamaz. Bu bildirimde bilirkişi, sürenin geçirilmesi halinde meydana gelecek sonuçlar hakkında bilgilendirilir. Süre, talep üzerine mahkemece uzatılabilir. Bilirkişi süresi içerisinde gereğini yapmaması halinde ücret talebini kaybeder. Bilirkişinin süreyi arzu ve ihtiyarı dışında kaçırmış olması durumunda, engelin kalkmasından itibaren iki hafta içerisinde, eski hale getirme talebinde bulunma hakkı vardır. Medeni

¹⁷⁸ Kuru, s. 2793.

Kanun'un 196, I/17 hükmü saklıdır. Fazladan ödenen ücretler iki yılda zamanaşımına uğrar (m. 15).

Birinci maddesinde, görevlendirilen bilirkişiye bir ücret ödeneceği (m. 1, I), üçüncü maddesinin birinci fıkrasında ise, bu ücretin bilirkişinin emeğinin karşılığı olarak ödeneceği düzenlenmiştir.

Harcanan saate göre belirlenen ücret, her saat için 25 Euro ile 52 Euro arası değişmektedir. (m. 3, II). Saat ücretinin belirlenmesinde, gerekli olan mesleki bilgi, yapılacak işin zorluğu, teknik aletlerin kullanımı için yapılan diğer giderler, bilirkişinin rapor tanzim ederken içinde bulunduğu özel şartlar, dikkate alınır. Saat ücreti, incelemeyi gerektiren zamana göre bütün halinde kabul edilir. Yeni işlemeye başlamış olan saat tam kabul edilir. Ancak bilirkişi, bu kalan süre içerisinde başka bir iş dolayısıyla ücret alırsa bu kural geçerli olmaz (m. 3, II).

Aşağıdaki koşulların varlığı halinde ücret % 50'ye kadar artırılabilir (ZUSEG m. 3, III).

a. Bilirkişinin konuyu bilimsel olarak ayrıntılı bir şekilde incelemesi gerekiyorsa,

b. Bilirkişinin yaptığı işin devamlılığı veya sıklığı veya somut olayda harcadığı zamanın fazlalığı, beklenilmeyecek oranda iş kaybına neden olacaksa ya da bilirkişi, mesleki kazancının en az %70'ini mahkeme dışı veya mahkeme bilirkişisi olarak elde ediyorsa.

Ancak bir bilirkişiye bu maddenin hem a hem de b bendi gereğince aynı anda artırma yapılmaz (m. 3, III/b son cümle).

Bilirkişi ücretinin belirlenmesinde esas alınan saat ise, bilirkişinin söz konusu incelemeyi veya işi yaparken kendi mutad işini yapamadığı zaman olarak belirlenmiştir (m. 4).

Bilirkişinin şu giderleri de kendisine ödenir (m. 8)

1. Kullanılan malzeme ve araçların incelenmesi için yardımcı personele başvurulması halinde yapılan giderler dahil raporun hazırlanması ve verilmesi için yapılan giderler,

2. Raporda kullanılan fotoğrafların hazırlanması için her ilk baskı için 2 Euro, sonrakiler için 0,50 Euro

3. Raporun düzenlenmesi için yardımına başvuru alan kişiler için yapılan harcamaları kapsamak üzere, her başlanan sayfa için 2 Euro

4. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 19, I hükmüne göre vergilendirilmeyen kısma girmiyorsa, ücret için ödenecek olan katma değer vergisi

Taraflar, bilirkişiye ödenecek ücret veya bilirkişinin çalışacağı toplam saat hakkında anlaşma yapılabilir. Bu durumda belirli veya tarafların belirlediği saat üzerinden bilirkişi ücreti, söz konusu bedel de mahkemeye ödenmek şartıyla, ücret olarak bilirkişiye ödenir. Taraflardan sadece birisinin ücret veya saat konusunda mahkemeye başvurması halinde de mahkeme bunu kabul edebilir. Ancak bu durumda kanunun üçüncü maddesinde öngörülen caiz miktarın aşılması gerekir ve mahkemenin kabulden önce diğer tarafı dinlemesi zorunludur. Mahkemenin kabul veya kabul etmeme kararı iptale tabi değildir (m. 7).

Başvurulan bilirkişinin mutad yerleşim yeri yurt dışında ise, bu bilirkişilerin kişisel ilişkileri ve özellikle olağan mesleki faaliyetleri dikkate alınarak 2 ila 5 maddelerde belirtilen oranlardan daha yüksek bilirkişi ücreti takdir edilebilir (m. 6).

Bilirkişinin yaptığı iş tarifede belirtilen bir iş ise ücret buna göre belirlenir. Tarifede belirtilmeyen bir husus ile ilgili bir iş söz konusu ise ve bu iş normalin dışında bir emek ve zamanı gerektiriyorsa ücret 35 Euro'ya kadar artırılabilir (m. 5).

Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenen bir diğer gider de yolculuk giderleridir. Bilirkişiler, en uygun resmi araçlardan yararlanılması halinde miktarı veya 200 kilometreye kadar

bilirkişinin kendi aracını veya karşılık ödemediği üçüncü bir kişinin aracının kullanılmasını ölçü almaktadır. Daha yüksek miktarda bilirkişi ücretinin ödenmesi ancak, giderin, resmi taşıma aracının kullanılmasından daha yüksek olmaması veya özel nedenlerden dolayı bunun zorunlu olması halinde, mümkündür. Bilirkişinin, kendisine ait olan veya üçüncü bir kişiye ait olmakla birlikte bedel ödemediği bir araçla yaptığı yolculuklarda da aracın yıpranması, kullanım ve bakımı nedeniyle, bilirkişiye 0,27 Euro ödenmesi gerekir. Aracın düzenli kullanılması sebebiyle doğan giderler, özellikle park giderleri için de 0.21 Euro ödenmesi gerekir (m. 9).

Tanıklar ve Bilirkişilerin Ücretleri Hakkındaki Kanun'da düzenlenen bir diğer husus da bilirkişilere avans verilmesidir. Bilirkişilere, yolculuk giderlerinin yüksek olması sebebiyle kendilerinin karşılayamayacak durumda olması, bizzat karşılaşmasının kendisinden beklenemiyorsa veya yapacakları iş en az otuz işgünü mesleğini kısmen veya tamamen yapamayacak duruma gelecekse ya da peşin birtakım harcamalar yapılmasını gerektiriyor ve bunu bilirkişinin bizzat yapması kendisinden beklenemiyorsa, talep üzerine, avans verilir (m. 14).

8 ila 10. maddelerde özel olarak belirtilmemiş olup da yapılması gerekli olan peşin giderler de bilirkişiye ödenir. Bu durum özellikle bilirkişiyi temsil etmesi gereken kişiler ile ona eşlik eden eden kişiler için yapılması gereken masraflar bakımından geçerlidir. Ayrıca suret ve çoğaltma ücreti vs de bilirkişiye ödenir. (m. 11).

Bilirkişiye söz konusu iş nedeniyle mutad yerleşim yerinden veya oturduğu yerde bulunmaması nedeniyle de ödeme yapılması gerekir. Ödeme bilirkişinin kişisel ilişkileri dikkate alınarak yapılır. Bu durumda da örneğin, sekiz saate kadar olan ayrılma için 3 Euro ödeme yapılabilir. Eğer söz konusu yerde geceleme gerekir ise bu giderler de ödenir (m. 10). Bilirkişi yerleşim yerinden dört saatten fazla bulunmak zorunda kalırsa her gün için üç Euro'ya kadar ücret ödenir.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ:

Ben de teşekkür ediyorum size bu güzel teorik açıklamalarınız için.

Benim özellikle dikkatimi çeken; "*Alman hukukunda hukukî konularda bilirkişiye başvurulmaz*" diye bir cümle yok, böyle bir cümle olmadığı için de Alman hukukunda hukukî konularda bilirkişiye başvurulmuyor. Demek ki, biz o cümleyi kanundan çıkarırsak Alman hukukundaki uygulamayı da tutturmuş olacağız ve demek ki, bütün problem bu 275/2. cümle. Onu çıkardığımız zaman işimiz kolay olacak.

Şimdi Fransa hukukuyla ilgili Sayın Konuralp'e söz veriyorum.

Buyurun.

Doç. Dr. Halûk KONURALP

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

FRANSIZ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Sayın Başkan, sayın dinleyenler; hepinizi saygıyla selamlayarak sözlerime başlıyorum.

Sayın Pekcanutez'in de başlangıçta kısaca değindiği gibi, Türkiye'de şu arada yürütülmekte olan kanunlaştırma çalışmalarında bilirkişilikle ilgili tereddütleri gidermekte yardımcı olabileceği düşüncesiyle, bazı Avrupa hukuk sistemlerine de göz atılmasının yararlı olabileceği düşüncesiyle bu toplantının konularından biri bilirkişilik olarak seçilmişti. İtiraf edeyim, ben şimdi takdim edeceğim konuları incelemeyen önce pek Fransız hukukundaki bilirkişilikle ilgili özel bir bilgim yoktu.

Yani, son bir-iki ay içinde birtakım araştırmalar, derlemeler yaptım. Ve ilginç bir şeyle karşılaştım. Meğerse Fransızlar da uzun yıllardır bilirkişilikten muzdaripmiş. Ve içinde bulunduğumuz yıl bilirkişilikle ilgili düzenlemelerinde yaptıkları en büyük kanuni değişikliği gerçekleştirmişler. Hatta laf aramızda bir itirafta daha bulunayım; bu metin de henüz bir hafta önce elime geçti. Ama, meselenin esasına ilişkin kanunun hazırlık çalışmaları yaklaşık üç yıldır sürdüğü için oldukça ilginç ve değerli hazırlık malzemesine ulaşma imkanı buldum.

Bu arada, yeri geldiği için söz edeyim, çift meclisli Fransız parlamenter sisteminde senatonun kanunlaştırma çalışmalarındaki hazırlık çalışmaları, yani akademisyenler için bile parmak ısırtacak ölçüde yüksek düzeyde. Biraz sonra oradan edindiğim birkaç bilgiyi arz edeceğim. Büyük ölçüde o kaynak oldu.

Yani, çalışmalarımın bir bölümünde doğrusu kanun metninden başka hiçbir şeyden yararlanma imkanım yoktu. Bu bir bakıma zevkliydi. Çünkü acaba o kaynağı atladım mı, bu kaynağı kaçırdım mı gibi bir sıkıntı yoktu. Ama bir bakıma

da, başka bir bakımdan sıkıntılıydı. Çünkü kuru bir kanun metniyle gerekçesinde başka da bir şey yoktu ortada. Ancak, hukuk sistemleri ufak tefek ölçüde de birbirinden farklı da olsalar sorunlar gerçekten büyük ölçüde birbirine benziyor. Bu itibarla, uygulamalar, ortaya çıkan sorunlar ve bunlara getirilen çözüm arayışları bakımından bazı noktaları birlikte değerlendirebileceğimiz zannediyorum.

Dikkatlerinize dört sayfalık kısa bir not dağıttım. Bunun başında, benim şimdi yapacağım takdimin bir özeti var. Arkada da bir liste var. Listenin Fransızcasını da koydum Türkçesiyle birlikte. Sebebi şu: Türkçe listeye baktığımız zaman bir ilgisizlik var; o öndeki Fransızcaya bakılırsa, Fransızca alfabetik sıraya göre dizildiği için Türkçe öyle karmakarışık gözüküyor. Az sonra bu listenin öneminden ve bu listeyle ilgili temel problemlerden de söz edeceğim.

Girişte iki hususa dikkat çekmek istiyorum: Bunlardan birincisi, Fransız özel hukuk sisteminde deliller zaten prensip olarak Hukuk Usulü Kanunu'nda düzenlenmemiştir, geleneksel olarak Medeni Kanun'dadır; ama bilirkişi incelemesiyle ilgili düzenlemeler Medeni Kanun'da değildir. Ve bu itibarla, aslında bilirkişi incelemesi ve bilirkişilik, Romanist hukukun bu bakış açısından zaten esasında delille ilgili bir konu değildir, esas itibarıyla tahkikatın, delili incelemenin ve değerlendirmenin bir parçası olarak ele alınmıştır. Ama bu sistematik ve teorik yaklaşım bir yana, başka bir problem var.

Biz, güncel hukuk dilimizde "*bilirkişilik*" diye kullanıyoruz. Konunun başlığında "*bilirkişilik*" sözcüğünü kullandım; ama altına bir parantez açıp, "*ispat ve deliller konusunda teknisyene başvurulması*" deme ihtiyacını hissettim. Çünkü Fransız Usul Kanunu'nun bu konuya ilişkin bölümünün başlığı, hiçbir şekilde içinde bilirkişilik sözcüğü geçmeyen bir başlık. Dahası, hangi sözcüğe ne anlamı vereceğimiz bir yana, Doğrusunu isterseniz, yani bilerek söylüyorum, bilirkişilikle ilgili Fransız kanununun hükümleri içinde bilirkişi sözcüğü yok. Başka her şey var, ama bilirkişilik yok. Problem şuradan kaynaklanıyor: Bizde bilirkişilik aslında, pek Türk hukukundan söz etmeyeceğim,

tamamen hakimın atamasıyla ortaya çıkan bir kavram. Yani hakim, kanundaki koşullarına göre birisini bilirkişi atadığı zaman bilirkişi oluyor.

Oysa, "teknisyen" tabiri kullanıldığı zaman durum değişiyor. Bir kimse teknisyense teknisyendir, bunu biz biliyoruz; mahkemenin teknisyen atamasına lüzum yok. İşte sorun burada. Acaba bu teknisyen dediğimiz kişi hangi hâllerde görevlendiriliyor? Fransız Kanunu'na göre üç ayrı husus var; müsaadenizle bunları, Fransızcalarını da söylemek istiyorum. Zaten burada var. Birisi "*La constatation*", öteki "*La consultation*", nihayet sonuncusu, hani en çok bizdeki bilirkişiliğe benzeyen "*Le expertise*". Üçü birbirinden farklı olarak düzenlenmiş. Ama üçünün ortak başlığı, 232. maddenin hemen başındaki başlığı, ... yani aşağı yukarı bunu, "*tahkikat incelemeleri sırasında bir teknisyenden yararlanılması*" diye düşünebiliriz. Bir de, benim inceleme alanım dışında tuttuğum, daha arkada, yazılı delillerle ilgili bir inceleme yöntemi de var; o bunun biraz dışında.

Bu üç hususu Fransız hukuku ayırt etmiş. Bu geleneksel bir şey. Şu anda arz ettiğim hususların bu yeni kanun değişikliğiyle bir ilgisi yok. Öteden beri, yani uzunca bir süredir böyle, en aşağısından 71 değişikliğinden bu yana bu konuda bir şey yok. Bunun şöyle Türkçeleştirilmesini bir öneri olarak biraz da tereddütle söylüyorum: "*Olgu tespiti*" denilebilir. En tartışmalı olan bu. Bunun da, olgu tespiti kaydını doğrusu doğrudan doğruya Fransızca kavramdan hareket ederek bulamadım. Fransız Adalet Bakanlığının yarı resmi kanun çevirisinde İngilizcesinde "*Fact f...ing*" olarak çevirdiği için olsa olsa, yani "*Constatation*"u "*Fact f...ing*" olarak çevirmişler, "*olgu tespiti*" olabileceğini düşünüyorum. İkincisi, genel anlamda bir "*danışma*".

Nihayet üçüncüsü, belki gerçek ve dar anlamda "*bilirkişilik*" olarak düşünülüyor. Kanun, biraz sonra arz edeceğim gibi, bu üç hususu birbirinden ayırmış, ayrı ayrı hüküm ve sonuçlar bağlamış. Ancak, her üçü için de ortak olan önce bir "*ortak hükümler*" veya "*müşterek hükümler bölümü*" var. Hemen süratle bunlara bir göz atmak istiyorum.

Bir ilkesel boyutu var işin; yani az önce Seyithan kardeşimin de sözünü ettiği, hukukî konuda bilirkişilik meselesine çerçeve teşkil edebilecek bir şey. Bunu Fransızların, genellikle Fransız hukuk anlayışındaki anlatış biçimiyle ifade etmeye çalıştım. Hakimin yetkilerinin teknisyene veya bilirkişiye havale edilmesinin önlenmesi, yani bir şekilde delegasyon dedikleri şey, delegasyonun önüne geçilmesi. Bunun için de iki hüküm var. Bizde malûm bir hüküm var, demin de sözü edilen. Fransız hukukunda iki hüküm var: Bunlardan birincisi, Usul Kanununun 238. maddesinde.

Bu hükmün muhatabı, artık burada bilirkişilik tabirini biraz ortak dil olarak kullanıyorum her üçü için de, bu hükmün muhatabı bilirkişi ve hüküm, bilirkişiliğe, yani üç halde de, hukukî konuda, daha doğrusu tam doğrusu, hukuk kurallarının değerlendirilmesi konusunda görüş açıklamama yasağı getiriyor. Yani, bizim sistemimizde, *"hakim hukukî konuda bilirkişiye gidemez"* diye esas itibarıyla hakime yönelik bir emir var; orada o yok aslında. Emir tersten verilmiş; *"bilirkişi hukukî konuda görüş beyan etmesin"* diyor. Ama onun yanı sıra, 246. maddede ise, hakimin bilirkişi raporuyla veya görüşüyle bağli olamayacağına dair açık bir hüküm daha var.

O, bütün hukuk sistemleri için müşterek bir hüküm. Burada benim dikkatimi çeken şey, bilirkişiye yönelik bir tür emir getirilmesi. Ancak, elimdeki kanun metninde, hemen o kanun maddesinin altında, -yani orlar bakımından emsal niteliğinde bir karar da gözüktüyor- Fransız Temyiz Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, *"bu hüküm böyledir, ama bunun hiçbir müeyyidesi de yoktur"* diye altında yazıyor. Yani, bilirkişi hukukî konuda görüş bildiremez diyor, ama cevabı da yargısal içtihatla gözüktüyor. Ama, prensip açısından önemli.

İkinci olarak, müşterek hükümlerde bu teknisyen, şimdi Fransız yaklaşımıyla söylüyorum her üçü için de, hem olgu tespiti, hem basit danışma ve hem de geniş anlam veya esastanlamda bilirkişilik bakımından nasıl seçilecek; yine buna Fransız anlayışı, hakimin bilirkişi seçme özgürlüğü olarak yaklaşıyor, yani yargı yetkisinin kullanılmasındaki bir bağımsızlığın bir

parçası gibi görüyor, bu nasıldır diye. Az önce konuşmamın başında sözünü ettiğim asıl önemli kanun değişikliği bu noktada olmuş. Şimdi bir kere, ayrı bir kanunla ceza ve hukuk mahkemelerinde bilirkişilikle ilgili bir düzenleme yapılmış.

Geçmişten beri var bu düzenleme. Ve bir liste esasî öngörülmüş. Bu listenin ortaya çıkışı da, tabii çok yeni değil, 1606'da "IV. Henri" zamanında ilk defa tıbbî bilirkişilik konusunda çıkmış. Bugünküne esas en ciddi bilirkişi tıp konusunda geliyor önce; 1892'de çok ciddi ve katı bir liste yayınlanmış. Daha sonra, bu aradan geçen yaklaşık 100 yıllık süre içinde listeler genişlemiş, genişlemiş, size takdim ettiğim şeyin içinde de, bir fikir olması bakımından "F..."den toplantı ve gösteri yürüyüşlerine kadar konular ayrı ayrı bilirkişilik alanı hâline getirilmiş. Ama, çıkış noktası tıp ve sağlık bilimleri dersek doğru bir şey söylemiş oluruz. Konunun bir boyutu bu. İkinci boyutu ise şu: İçinde bulunduğumuz yıla kadar, kanunun tarihi 12 Ocak 2004, henüz bütün maddeleri de yürürlüğe girmemiş. Yani günlerini hesaplayamadım.

Bazı maddeleri üç ay sonra, bazı maddeleri altı ay sonra, bizim de son zamanlardaki kanunlarımızda olduğu gibi... Belki bu söz edeceğim hükümlerin bir kısmı bugünlerde yürürlükte, bir kısmı değil. Ondan o kadar emin değilim. Ama Fransız Resmi Gazetesinde yayınlanmış. Yürürlüğü arkadan geliyor. Konu nasılmış? 2004 yılına kadar yapılan düzenlemede mesele şu: Bir liste çifti var. Listelerden birisi Paris'te Temyiz Mahkemesi Kaleminde tutulan ulusal liste; diğeri ise, her istinaf bölgesinde tutulan, istinaf mahkemesi kaleminde tutulan 35 ayrı liste, bölgesel listeler.

Burada bu uzmanlık alanlarına göre sayfa sayfa uzun listeler... Dileyen meslektaşlarımız internetten kolaylıkla ulaşabilirler, hem "L...franche"tan, hem Adalet Bakanlığı sitesinden kolaylıkla ulaşabilir. Yani, sadece başlıkları "PDF" formatında 35 sayfa tutan bir liste. O benim takdim ettiğim liste bu ön listenin içindekiler bölümü sadece. Bu kadar ayrıntılı bir şey. Ama, çok ilginç bir düzenleme var bu yeni kanuna kadar.

Ceza mahkemeleri bilirkişi seçeceği zaman bu listeden seçmek zorunda.

Hukuk mahkemelerine gelince iş değişiyor; hakim isterse bu listeden seçiyor, istemezse seçmiyor. Üç önemli istisna var resmi listeden seçim zorunluluğuna ilişkin: Bunlardan birincisi, genetik yöntemlerle kimlik tespiti sorunu; mutlaka hukuk hakimi oradan seçecek. Diğeri, genel olarak tıbbî konular diyebiliriz, yani tıp uyumsuzlukları. Üçüncüsü önemli bir dava türü. O 2001 yılında yapılan bir değişiklikle gelmiş. Hasta haklarına ilişkin ihtilaflarda da bilirkişilerin bu listeden seçilmesi gerekiyormuş.

Fakat, 2004 yılında yayınlanan ve kısmen yürürlüğe giren bu kanuna göre –ki kanunun adını kısa söyleyeyim, biraz uzun isimli kanun “Bazı Adli ve Yargısal Mesleklerin Statülerinde Reform Yapılmasına Dair Kanun”– bu kanunla, avukatlıkta, Fransız Avukatlık Kanunu, baroların teşkiline ilişkin bazı hususlar da var, Noterlik Kanununda, yüksek adli memurlar, yani aşağı yukarı icra memurlarına karşılık gelen “...”lerle ilgili konular, yazı işleri personeli ve bilirkişilikle ilgili 90 maddelik bir kanun, bunun 10-12 maddesi de bilirkişiliğe ilişkin; burada şu hususu dikkatlerinize sunmak istiyorum:

Bilirkişilikle ilgili Fransız sistemindeki bu önemli değişiklik, bütün adliye veya avukatlık ve noterlik mesleğini de katarsak, hukuk câmiasında bütünüyle yapılan bir meslekî reform anlayışı içinde ele alınmış. Ve demin sözünü ettiğim hususlardan hukuk ve ceza mahkemeleri arasındaki ayırım bu hükümlerle birlikte yürürlükten kaldırılmış. Yani, bundan böyle, o kadarını gerçekten tespit etmekte güçlük çektim, yani yürürlüğe girdi mi şu anda şu son sözünü ettiğim bilmiyorum, hukuk hakimi de listeden seçmek zorunda, ceza hakimi gibi. Tabii kanunda da bazı istisnaları var. Ama, burada kısaca listenin yeni getirilen düzenlemesinden söz etmek istiyorum.

Bu sayfalarca Senato raporunda liste düzeni çok acımasızca eleştiriliyor. Liste... Çünkü eski liste düzeninde getirilen hususu

şu: Listeye bir kere yazılan, kendisi aksini istemedikçe ertesi sene yeniden atanıyor. Hatta ilginç de bir tabir kullanmışlar; "... otomatik hale gelmiştir" diyor.

Bunun önüne geçmişler. Ayrıntılarını bulamadım; Fransız Konsey Deta tarafından, Danıştay tarafından yayınlanacak bir kararnameyle sınav esasları belirlenmiş ve bir sınav getirilmiş. Kanuna göre, bu listeye önce aday olarak yazılıyor, bölgesel veya ulusal listelere. Ulusal listenin, tespit edebildiğim kadar, bölgesel listelere prensip olarak bir üstünlüğü yok, bir kolaylık diye olsa gerek, öyle bir ayırım yapılmış. Listeye girebilmek için adaylık süresi var.

Sınav vererek, bütün alanlar için, yani o biraz da ilginç, pulculuk da var orada, geometri de var, yangın ve patlamalar da var, hepsi için bir sınav veriliyor ve iki yıl için listede kalınabiliyor. İkinci yılın sonunda sınav tekrar verilirse bu sefer beş yıl için listede kalma imkanı doğuyor. Tabii, vakitten tasarruf etmek için bu konuda başka ayrıntıya girmek istemiyorum; ama prensibin görülebildiğini zannediyorum; yani, bilirkişilik konusunda ciddi bir titizlik var.

Senato raporu bütün bu, bizim de bildiğimiz, bizde de olan sıkıntılardan vesaire, bunlar söz ediyor. Bu şekilde meslekî bir disiplin altına alınıyor. Ancak, burada şunu söyleyeyim: 2001 yılında Samsun'da Barolar Birliğiyle Samsun Barosunun yaptığı toplantıda bir hazırlık çalışması vardı, Adalet Bakanlığının da katıldığı. Şunu söyleyeyim: Bu kanunun hiçbir noktasında bir "*bilirkişi odası*", yani öyle meslekî bölümlenme yok. Var; bilirkişilik yapanların disiplin durumlarını incelemek üzere disiplinle ilgili bazı hükümler var. Ama bilirkişilik meslek hâline getirilmiyor bu düzenlemeyle.

Zaten uzman, yani teknisyen olan kimselerin mahkemeye adli hizmet verebilmesinin düzenlemesi sağlanıyor. Yani bu, o Bakanlık tasarısına pek paralel bir şey değil. Ama anlıyorum ki, o sırada şeyi de pek fark etmemiştim, böyle bir şeyden esinlenmiş, yani o Samsun tartışmalarında söz konusu olan bilirkişi odaları şeyinde bu sistemden biraz esinlenildiği anlaşılıyor.

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

Ama bu sistemin özü bilirkişileri örgütlemek değil; tam tersine, mahkemelere her ne ad altında olursa olsun yardım edecek kişilerin belli bir nitelikte olmasının garanti altına alınması.

Vaktim var mı?..

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Beş dakika.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Tamam, burada vurgulanması gereken bir konu daha var çünkü.

Kısa başlıklara değinmek istiyorum. İlkelerden birisi, ben teknisyen tabirini kullandım, ama sözlü ifade ederken bilirkişinin görevini, "şahsen tamamlama zorunluluğu"; niye buna işaret etme gereğini duydum? Fransız Medeni Usul Kanunu'na göre açıkça tüzel kişiler de bilirkişi atanabiliyor. Bizde de var, ama bizde istisnai, yani Adli Tıp Kurumuna kanunla verilen görevler bakımından. Fransız sisteminde açıkça tüzel kişiler de atanıyor. Hatta o takdirde kimin mahkemeye geleceği, işte temsile yetkili organın mı beyanda bulunacağı vesaire düzenlenmiş.

Diğer burada hatırlatılması gereken bir husus, bilirkişinin reddi 234'le 235. maddede, hemen hemen aynen bizim tanıdığımız, diğer sistemlerde olduğu gibi tamamen hakimnin reddi sebeplerine atıf yapılan bir hüküm. Yani, hakimnin reddi sebepleriyle bilirkişi de reddedilebiliyor.

Görüşün mahkemeye bildirilmesine gelince, ona biraz sonra aşağıda, bu üç farklı durumdan söz ederken bahsedeceğim ondan da. Ve orada da bilirkişilik yapana bir ücret takdir ediliyor. Yalnız, ücretle ilgili bazı keskin düzenlemeler var. Yani bizde, ücret yatırılmazsa hani talepten vazgeçilmiş sayılır gibi bir şey var. Fransız sisteminde değişik bir hüküm var; yani, bilirkişi seçilmişse, o düşüyor. Bütün prosedürün baştan yapılması gerekiyor; ama bunların karşılaştırmalı hukuk bakımından pek önemli şeyler olduğunu zannetmiyorum.

Bir de, bu üç temel şeyi birbirinden ayırt etmeye yarayan kritere kısaca devam edip ben konuşmamı tamamlayacağım.

Öteden beri aslında zaman zaman düşünürüm. Yani bazen mahkeme bilirkişi tayin ediyor. Ne diyor? "*Faizin hesaplanması için bilirkişi tayini*". Hatta hesap bilirkişisi deniyor buna. Yani dava bitmiş. Yahut da, bir tarihte şey vardı, sık sık ona atıf yapılırdı, Merkez Bankasının o tarihte orta vadeli kredilere uyguladığı en yüksek... Neydi o?..

Bir Katılımcı: Kısa vadeli...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Kısa vadeli reeskont haddi; onun için bilirkişiye gidiliyor. Bilirkişi ne yapar? O zaten muayyen zamanlarda *Resmî Gazete*'de yayınlanırdı arka arkaya. Hangi hükümlere göre gidiyoruz? Kanunumuzdaki bilirkişilik hükümlerine göre gidiyor. Bir de ne oluyor? Mesela Berke Barajı'nın süresinde bitirilip bitirilmediği konusunda da bilirkişiye gidiliyor ve aynı hükümle çözmeye çalışıyor hukuk sistemimiz bunu. Şimdi, ikisi arasındaki, yani mahkemenin çözümü için gerek gördüğü teknik bilgiyi düşünün. Yani, birisi uğraşmamak için yapılan bir şey. Yoksa, bütün o reeskont hadleri muntazaman yayınlanır.

Hatta bir ara Merkez Bankası'nda bir telefon vardı, oraya telefon ediyordunuz, fakla hemen listeyi de gönderiyorlardı. Bu konuda da bilirkişi incelemesine gidiyoruz aynı hükümlere göre; yani bilirkişi tahlif edilecek, rapor yazacak vesaire. Ama, koskoca barajın vaktinde bitip bitmediği yahut beton dolgu gövdesinin şartnameye uygun olup olmadığı konusunda.

Bu ikisi aynı şey mi acaba; zannediyorum sorunlarımızdan biri buradan kaynaklanıyor. Yani, basit bir danışma işiyle gerçekten çok nitelikli bir uzmanlık işini aynı hükümlerle çözmeye zorluğundan kaynaklanıyor. İşte Fransız usul sisteminde görebildiğim en pratik akılcı çözüm bu. Şu Constatation, yani olgu "*tespiti*" konusuyla "*danışma*"yı bir tarafa ayırması, ama gerçek uzmanlık isteyen "*bilirkişilik incelemesi*"ni bir tarafa ayırması... Bu konulara ilişkin toplam 54 madde Usul Kanunu'nda var, 20 kadar madde de bilirkişilikle ilgili kanunda var. Yani çok ayrıntılı düzenlenmiş; ama o olgu tespiti diyebileceğimiz

veya danışma diyeceğimiz hükümler 5'er maddeyle geçmiş bitmiş.

Ne var orada; bu olgu tespiti konusundaki ayırt edici özellik şu: Bilirkişi, ben yine bizim iletişim kolaylığımız bakımından o tabiri kullanıyorum, yani olgu tespiti bilirkişisi veya basit düzeyli bilirkişi sadece olguyu tespit ediyor ve kanunun açık hükmüne göre asla görüşünü beyan etmiyor; beyan edecek bir görüşü yok çünkü. Yani, sadece maddî bir vakayı tespit ediyor.

Örnekler şunu benziyor: Yani bir örnek de vermek istiyorum burada, "*anonim şirket genel kurulunda hükümet komiserinin görevi*" sadece tespit ediyor toplantıyı, onun gibi hâllerde bu yola başvuruluyor, hatta çoğu kez hakimle yüz yüze gelmediğinden de söz ediliyor; kendisine telefonla haber verilip, görüşünü de yazılı bir biçimde mahkemeye bildirebildiği. Bu kadar basit bir konu. Bunlarda bazen mahkeme görevlileri de bu işi yapmak için görevlendirilebiliyor. Önemli olan, basit bir olgu tespitini hakim adına yapabilmesi. Ayırt edici özelliği, görüş bildirmemesi.

"*Basit danışma*", Consultation ise, çözümü teknik bilgiyi gerektiren, mutlaka teknik olacak yalnız, ancak karmaşık tahkikat işlemlerini gerektirmeyen hallerde de Consultation yoluna gidiliyor. Bu biraz da bildiğimiz anlamda bilirkişiliğe yaklaşan bir husus. Burada görüş bildirme var. Genellikle de, yine içtihada göre, mahkemeye gelip sözlü olarak bildirilmesi bile yetiyor. O zaman tutanağa geçiriyorlar. Bunu zikretmekte yarar var. Çünkü Fransız hukuk yargılamasında, mahkemelerde artık şu anda genel olarak tutanak yok, yani duruşmada tutanak tutulmuyor. Onun için, bilirkişi gelirse onun için özel olarak tutanak tutulacağı yazılmış.

"*Le expertise*", dar anlamda "*bilirkişi*"liğe gelince, bunun ölçütü şu, belki de benim en hoşuma giden, en ilgimi çeken husus şu oldu: Kanun ne zaman bu dar ve teknik anlamda bilirkişiliğe gidecek diyor Fransız Usul Kanunu 263. maddesinde? "*Basit olgu tespiti veya danışma yoluyla çözülemeyecek hâllerde*

ancak buna gidilebilir” diyor; yani, -uzun işlemler, 20 maddede düzenlenmiş- rapor verilmesi, görevlendirilmesi, taraflarla bilirkişinin toplantı yapması vesaire. Bu apayrı bir prosedür ve daha pahalı olacağına şüphe yok. Onun için diyor ki, “Basit yöntemle”, yani “Consultation veya Constatation yöntemleriyle çözülemeyecek hâllerde Le expertise denilen bilirkişi incelemesine gidilebilir” deniyor.

Son olarak bir hususu... Haa, bu sisteme yönelik eleştiri yok mu? Zaten eleştiriler büyük ölçüde sonucunu vermiş; bir kanunlaştırma yapılmış. Ama yine de şey konusunda ciddi tereddütler var, yani sınav yapılması, bilirkişilerin görev alması vesaire. Bir yandan, yani bu kanun daha yeni yürürlüğe girmiş, fakat bununla ilgili değişiklik çalışmaları da neredeyse hemen yeniden başlamış.

Kısmı bir kanaat edindim. Yani, kanunen çözülebilecek bir mevzu olmadığı bu en yeni Fransız Kanun düzenlemesinden de anlaşılıyor. Yani, bu tür sıkıntıları kanunî düzenlemelerle çözmek pek mümkün gözüküyor.

Benim iki cümlelik bir önerim var; onu da arz edeyim müsaadenizle. Tabii, buradan herhangi bir hükmün Türk hukuku sistemine aktarılması gibi bir önerim yok. Ama -işte çalışmalar yapıyoruz- biraz daha kendi sistemimizdeki hükümleri esnek uygulamalara yer verebilecek ölçüde gözden geçirilmesi gerektiğini düşünüyorum; yani, bilhassa bu basit bilirkişilik-nitelikli bilirkişilik ayırımı diyeyim, bu ayırımın kanun yapma bakımından yararlı olacağını düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben teşekkür ediyorum.

Biraz yüreğimize su serptiniz; çünkü bilirkişilikle ilgili problem yaşayan yegâne ülke olmadığımızı anladık. Benim de bildiğim kadarıyla Fransızların bu üçüncü denemesi. İki tane büyük bilirkişilikle ilgili yasal düzenleme yapmışlar. Bu son söylediğiniz de her halde üçüncüsü, hala tartışılan bir konu.

HALÛK
KONURALP'İN
TEBLİĞİ

Tabii, çok güncel tartışılabilir hususlar var. Hakimin bilirkişiye dosyayı verirken hiçbir şey sormaksızın sadece dosyayı vererek değerlendirme yapmasını istemesi, bilirkişiye ödenen ücretler, bilirkişinin bir meslek olup olmadığı... Diyacaksınız ki, "değil". Değilse niye meslek olarak bu kadar insan bilirkişilik yapıyor, para kazanıyor? Hakikaten çok ciddi para kazananlar var. Yıllık 90 milyar lira değil mi ortalama kazançları? Aya böldüğünüz zaman 5 milyar lira civarında.

Bugün hangi resmi dairede çalışırsanız çalışın aylık 5 milyar lira gibi bir para kazanabilme imkanınız yok. O zaman, üniversitelerden ayrılmış bilirkişilik yapanlar var. Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri bilirkişilik yapıyor. Ne kadar doğru? Yargıtay sizi hukukî konularda bilirkişilik yapmaya zorluyor. Bütün bunları tartışacağız.

İzin verirseniz, aşağıda kahve ve çay için hazırlık yapılmış, bunun için sadece 15 dakika ayırabilirim. 1'e kadar tartışalım. Ancak, sorularla ilgili şunu söylemek istiyorum: Sorularınızı şimdiden yazılı olarak hazırlar ve bize iletirseniz, bu konuda süreden epeyce bir tasarruf edeceğiz diye düşünüyorum. Ancak bununla, sözlü soru sorulmasını ya da katkıyı engellemek istemiyoruz. Ayrıca sözlü soru sormak ya da katkıda bulunmak isteyenlere de söz vereceğim. Bu sadece, sorularını sormak isteyenlere zamandan kazanabilmek için bir teklif.

Evet, şimdi toplantıya 15 dakika ara veriyorum.

BİRİNCİ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Toplantının bu iki tebliğiyle ilgili tartışma bölümünü açıyorum. Şu anda saat 12. En az 45 dakika bu konuyu tartışıp değerlendirebileceğimizi düşünüyorum.

Yazılı soru olarak bize tek bir yazılı soru geldi. Öyle olunca, diğer soruların en azından sözlü olacağını düşünüyorum. Ama bu arada eğer sorularınızı yazılı olarak hazırlarsanız arkadaşlarımız onları alıp buraya getirecektir. Yazılı soru tek olduğu için, bunu sonraya bırakıyorum. Dilerseniz önce sözlü sorularla başlayalım, daha sonra da yazılı sorulara geçebiliriz. Bu arada belki başka yazılı sorular da gelecektir.

Evet, soru sormak isteyen, söz almak isteyen?..

Buyurun efendim. Adınızı soyadınız, görevinizi söylerseniz; çünkü bantlar deşifre edilince bunun da belli olması lazım.

Buyurun.

Av. Ertuğrul HASBULLUKÇU: Şunu sormak istiyorum: Halûk Hocamız, Fransa'da bilirkişilerin nasıl seçildiğini söylediler. Acaba, Alman hukukunda da böyle bilirkişiler için bir resmi liste, bir şey var mı, nasıl yapılıyor? Bizim uygulamamız açısından ışık tutacak bir bilgi aktarabilir mi bize Seyithan Bey?

TARTIŞMALAR

Bir de, Alman, Fransız ve Türk hukukunda bilirkişiye başvuru oranları konusunda herhangi bir istatistiksel bilgiye sahip miyiz?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Görülmekte olan davalar bakımından.

Av. Ertuğrul HASBULLUKÇU: Evet, uygulama açısından soruyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben teşekkür ediyorum.

Seyithan bey, sizden başlayalım; buyurun.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Öncelikle ben ikinci sorudan başlamak istiyorum.

Alman hukukunda da hakimlerin çok büyük oranda, hatta yüzde 95'lere varan oranlarda bilirkişiye başvurdukları ifade edilmekte. Tabii orada daha çok teknik ve özel konularda başvurulduğu için bu yadırganmamakta. Dolayısıyla, Alman hukukunda da bilirkişiye başvuru oranı bir hayli yüksek.

Liste konusunda; Alman hukukunda oluşturulmuş listeler var, özellikle teknik konularda, özel konularda. Çünkü buna göre bir ücret tarifesi de var; ücretler de ona göre takdir edilmekte. Dolayısıyla, bizdeki düzenlemeye ışık tutabilecek nitelikte düzenleme mevcut Alman hukukunda.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Halûk Bey, sizin...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Doğrudan bana yönelik bir şey yoktu. Ama şunu söyleyeyim: Fransa'da ve Türkiye'de, bildiğim, hiçbir istatistik yok bu konuda; yani Türkiye'de yok, zaten mahkemelere verilen fişler içinde, Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün fişlerindeki sorular için de bilirkişiye ilişkin bir şey yok. Fransa'da da hiçbir istatistikî bilgiye rastlamadan bilirkişiye başvuru hususunda.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Peki. Buyurun Süha bey.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Katkı sağlamak açısından izin verirseniz bir şey söylemek istiyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Tabii ki, buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Bilirkişilik benim Profesörlük tez konusu da olduğu için, üzerinde epeyce düşündüğüm, kafa yordüğüm konulardan birisi.

Ben, pozitif düzenlemelerin eksikliği yahut yetersizliğinden ziyade, sorunun aslında etik bir sorun olduğu kanaatindeyim. Bilirkişilik etiği oluşturulamamıştır. İnsan unsurundaki dalgalamalar bir meslek midir, değil midir tartışması bir yana bırakılırsa, buraya da yansımaktadır. Asıl temel dikkat çekilmesi gereken şey, etik bir sorun, bilirkişiliğin kurumsallaşması sorunudur.

Etik standartlarının oluşabilmesi, bilirkişilerin denetiminin mümkün kılınabilmesi ve bu denetimin izlenebilmesi için bir kurumsallaşmaya ihtiyaç var. Adalet Bakanlığı bünyesinde bununla ilgili muhtelif taslaklar da yapıldı; ama bu taslaklar yerinde midir, değil midir tartışmasını ben tez konumda, daha doğrusu öğleden sonraki tebliğde bu konuyla ilgili tartışmalara gireceğim.

İkinci sorun; kanun hükümlerinin ben yeterince uygulanmadığı kanısındayım. Kanun hükümleri uygulansa sorun büyük ölçüde halledilebilecek nitelik taşımaktadır. İslah edilecek noktaları var tabii ki güncel gelişmeler ışığında gözden geçirilmesi gereken noktalar var.

275. madde, muhtelif yazılarınızda siz de işaret etmişsiniz, kanun ayrı şeyi iki kere söylemesine rağmen, "*hukukî sorunların bilirkişisi hakim kendisidir*" fikrini, "*özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda ancak bilirkişiye başvurulabilir*" demesine rağmen Yüksek Mahkeme uygulamasının buna prim vermesi, hatta bazı hâllerde yargıçları buna zorlaması, bilirkişiyle ilgili

TARTIŞMALAR

düzenlemelerin yetersiz olduğu gibi bir izlenim ortaya çıkarılmaktadır.

Diğer bir sorun, bilirkişinin görevlendirilmesi evresinde ortaya çıkıyor. Halûk Hocam işaret etti. Bilirkişinin asıl fonksiyonu tahkikat aşamasındadır; vaka tespiti veya özel ve teknik bilgilerin vakalara uygulanarak sonuç çıkarılması suretiyle mahkemeye yardımcı olma biçiminde ortaya çıkmaktadır.

O nedenle, bu görevlendirme son derece önemli. Çuval-larca evrak geliyor ve görevlendirme yazısında, işte "*dosya hakkında bilirkişinin görüşünün alınması*" yahut "*iddia-müdafaa çerçevesinde bilirkişinin görüşüne müracaat edilmesi*" gibi tamamen geçiştirme, amiyane tabiriyle "*topu bir başkasına*" yahut geçici olarak "*taca atma*" olarak tanımlanabilecek durumlar ortaya çıkıyor. Halbuki kanun gayet açık; diyor ki, "*hakim, hukukî değerlendirmeye ilişkin konularda bilirkişiye başvuramaz, maddî vakaların aydınlatılması yahut tespiti bağlamında özel ve teknik bilgiye ihtiyaç varsa, ancak onlarla sınırlı olarak bilirkişiye gidilebilir*" diye açıkça öngörmüş.

Hatta hangi maddî vakaların açıklığa kavuşturulması yahut tespiti isteniyorsa, tarafların görüşünün alınmasından sonra bunların somut sorular hâline getirilip bilirkişiye yöneltilmesi istenmektedir. Bilirkişinin görev alanının sınırlarını iyi çizmediğimiz takdirde, bilirkişi, kendisine vazife olarak aslında tevdi edilmeyen işlemlere de girişmekte, hukukî değerlendirmeler yapabilir hale gelmektedir. Asıl sorun; hangi maddî vakalarla aydınlatılma yahut tespit bağlamında bilirkişinin görevlendirildiğinin açıkça görevlendirme yazısında gösterilmesidir.

Bu, hem hukukî değerlendirme yasağının gerçekleşmesine hizmet eder, hem de, bilirkişi, kendisinden hangi konular hakkında bilgi isteniyorsa, soruluş sırasına göre somut bilgiler hâlinde mahkemeye sunabilme olanağı sağlanmış olur. Öbür taraftan bir başka yararı; tarafların görüşü alınmak suretiyle bilirkişiye yönelim söz konusu olduğu için belki rapora itiraz

dediğimiz aşamaya ihtiyaç kalmadan yargılamanın daha da çabuklaştırılması gündeme gelebilir.

Bir başka boyut, bir başka şey; bilirkişinin sorumluluğu kurumu bizde hiç işlemiyor; bilirkişinin hukukî, disipliner ve cezaî sorumluluğu net ve açık bir biçimde ortaya konmuş değil. Gerçi ceza sorumluluğu bağlamında Ceza Kanununda münferit hükümler var. Hukuki sorumluluk bağlamında bilgi eksikliği mevcut; yeterince bu konu aydınlanmış değil. Zaten sorumluluğun olmadığı yerde titizlik ve özen gösterilmesinden söz edilemez, dolayısıyla da süreç sürekli uzar hale gelir.

Burada hemen, belki öğleden sonraki tebliğ konumunda da temas edeceğim, ama işaret edilmesinde yarar gördüğüm için temas ediyorum, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla Türk Ceza Kanunu 290. maddesinde yer alan gerçeğe aykırı rapor verme suçunu düzenleyen normun varlığına rağmen aynı fiili düzenleyen yeni bir düzenleme yaratılmıştır. Mahkemeye sunulan bilirkişi raporlarının maddî ve fiilî gerçeklerle bağdaşmaması bir suç olarak öngörülmüştür.

Maddî ve fiilî gerçeklerle bağdaşmama aslında, gerçeğe aykırı rapor verilmesinden başka bir şey değildi. Burada özellik şu: 3628 sayılı Rüşvet, Mal Bildirim ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılabilir. Demin siz temas ettiniz, -bu hükmün irdelenmesi ve değerlendirilmesini daha sonra yapacağım- bu hükmün varlığı karşısında bilirkişilik yapmak maddî yönden belki cazip hale de gelse aslında "*cahil cesareti*"dir. Yani, bu isnatla kişilerin her an karşı karşıya kalması muhtemeldir. Rapordan tatmin olmayan yahut rapor aleyhine olan davacı ya da davalı taraf mutlaka bu kanalı deneyecektir; Cumhuriyet Savcılığı'na müracaatta bulunacaktır. Çünkü ceza hukukunun temel esprisi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesidir ve tipiklik unsurunun öğelerinin tam anlamıyla tanımlanması gerekir.

Gerçeğe aykırı, daha doğrusu, sunulan raporun maddî ve fiilî gerçeklerle bağdaşmaması kavramı, yeni Ceza Kanunu'na

TARTIŞMALAR

da bu arada temas etmekte yarar var, "evlere şenlik" bir kanun, muğlak kavramlarının son derece bol olarak kullanıldığı bir kanun, belirsizliği doğası gereği içeren bir kanundur. Rapor aleyhine olan mutlaka bu yolu deneyecektir.

3628 sayılı kanunun temel karakteristik özelliği; raporu hazırlamadan önceki evrede kişiyi, mal varlığındaki artışı sebepleriyle izah etmeye zorlaması. İzah edemezseniz 3 ila 5 yıl arasında hapis cezasını öngören bir norm işlerlik kazanacak; edinmiş olduğunuz mallar müsadere edilebilecek. Burada garip olan şu: Siz Cumhuriyet Savcılığı'na müracaat ettiğinizde büyük ihtimalle savcı mahkemeye sevk edecektir, mahkeme de bir başka bilirkişiye sevk edecektir, sunulan raporun maddî ve fiilî olgularla örtüşüp örtüşmediği bağlamında bir başka bilirkişiye, bir bilirkişiyi bir başka bilirkişiyle denetleme gibi bir garabet durum da ortaya çıkacaktır.

Öbür taraftan, bu tür bir isnatla her zaman karşı karşıya kalmak mümkündür. Neden? Görevlendirme yazısında hangi hususlarda oy ve görüşüne başvurulduğunu bilmeyen bir bilirkişinin mutlaka bazı noktalara atlaması yahut bazı noktalarda yer yer değerlendirme hatalarına düşmesi muhtemeldir ve sözü edilen eylem ortaya çıkacaktır; yani, kamuoyunda oluşan ve bilirkişiliğin kirlendiği, kötüye kullanıldığı yönündeki düşünceleri bertaraf etme amacıyla getirilen düzenleme aslında bilirkişi güvenliğini tehdit eder hale gelmiştir. Yani, biz kötüye kullanmayı önlemek için getirdiğimiz düzenlemeyle aslında bilirkişilik kurumunun kurumsallaşmasının önlenmesini, işlemez hale gelmesini de sağlamış durumdayız.

Son bir nokta, niye nitelikli bilirkişi...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Öğleden sonraki zamandan bunları indirim yapacağız. Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Sizin tabii her zaman hakkınız saklı Hocam. Aynı şeyleri tekrarlamayacağım; burada zaten sunmuş olacağım.

Ücret konusu özellikle son derece önemli. Yani, nitelikli bilirkişilerin bu alana rağmen edebilmesi için ücret konusunda, Alman hukukunda olduğu gibi bir tarifeye ihtiyaç vardır. Bu konunun da, objektif ölçüleri de dikkate almak suretiyle düzenlenmesi nitelikli bilirkişi seçimi bakımından önem taşır.

Ben sadece şunu sormak istiyorum: (Geçmişte Sema hanım-la birlikte yaşadık) acaba hukuk fakültesi öğretim üyelerinin bilirkişilik görevini kabul zorunluluğu var mıdır? Çünkü savcılar genellikle var olduğu kanısında. Hatta dosyayı almadığımız için hakkımızda Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bile bulunuldu. Daha sonra ben savcıya tabii işini öğrenmesi için kitabımdan bir nüsha hediye etmek zorunda kaldım, bakın da ondan sonra buna göre işlem yapın diye. Arkadaşlarım acaba bu konuda ne derler? Çünkü bu konu sürekli gündemde ve bizi rahatsız eden bir konu hâline gelmeye başladı, tehdit edip, 7 gün içinde dosyayı almazsanız gereken yapılacaktır gibi. Hem 275'in varlığı, hem 5020 sayılı kanun hükmünün varlığı karşısında, bu güncel de bir sorun, bu konuyla ilgili görüşlerini merak ediyorum.

Teşekkür ederim.

Prof dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben teşekkür ederim.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Hocam ben öncelikle, Hocamın katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Ayrıca Hocam konuşurken soruların bir kısmını görme fırsatı buldum.

Bilirkişi ücreti konusunda Hocamın söylediklerine tamamen katılıyorum. Alman hukukundaki ayrıntılı durumu da dikkate alarak tebliğimde inceledim. Ayrıca Sema Taşpınar arkadaşımın da o konuda makalesi var, iki ayrı makalesi var hatta.

Sorulardan birisi, Alman hukukunda bilirkişi seçimine ilişkin. Alman hukukunda da, aynen bizde olduğu gibi, resmi bilirkişilik var. Orada da resmi nitelikli şahıs veya kurumların bulunması halinde bilirkişinin bunlar arasında seçilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak, hakimın bunlar dışında

TARTIŞMALAR

bilirkişi tayin edebilmesi için özel durumların bunu gerektirmesi ve hakimın bunu gerekçelendirmesi gerekir. Resmi olmayan hususlarda ise, tarafların anlaşarak bilirkişi seçme imkanı var. Yalnız, Alman hukukunda ilginç bir düzenleme var. Hakimın, tarafların anlaşarak seçtiği bilirkişiyi atamak zorunluluğu düzenlenmiş. Fakat, bu durum doktrinde eleştirilmekte ve taraflarca seçilen bilirkişi eğer aranan niteliklere sahip değilse, hakimın, yasanın açık hükmüne rağmen, hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle tarafların bu talebiyle bağlı olmayacağı ve taraflarca belirlenen bilirkişi dışında re'sen bilirkişi tayini yoluna gidebileceği ifade edilmektedir.

Burada bir diğer hususa değinmek istiyorum. Hocam belirtti açış konuşmasında bilirkişiliğin "*kanayan bir yara*" olduğunu söyledi; bu tespit son zamanlarda bazı yetkili kişiler tarafın da ifade edilmekte. Fakat bu kanayan yaranın bir yara olarak başlı başına sonuçları var, bir de, aslında derinlemesine incelendiğinde, diğer birtakım olumsuz sonuçlarının daha olduğu görülmektedir. Örneğin, günümüzde özel mahkemelerin sayısının hızla arttığını görüyoruz. Avrupa tarafından bu yönde talep olduğu ifade edilmektedir. Şimdi, aslında bunun da büyük ölçüde bilirkişilikle ilgili sebeplerden kaynaklandığını düşünüyorum. Çünkü, Alman hukukunda özel mahkemelere ilişkin tartışmalar yapılırken, "*hakim bilirkişi*" veya "*bilirkişi hakim*" konusu sıkça gündeme gelmiştir. Bizde de, hakim olmayan bir uzmanın bulunması, kısa bir süre iş mahkemelerinde uygulandı.

Alman patent mahkemelerinde hakim olmayan bir üyenin varlığı söz konusu. Ama orada getirilen çözüm önerilerinin bir diğeri de, günümüzde bizde de çok rağbet gören, özel mahkemelerin kurulması ve mevcutların artırılması. Bu, biraz da kolay yapılabildiği için tercih edilmektedir. Ancak, sürekli özel mahkemelerin kurulmasıyla sorun hiçbir zaman tam olarak çözülemeyecektir. Özel mahkemeler kurmak veya bunları arttırmaktan ziyade, mahkemelere özel bilgi gerektiği zaman bunun bilirkişiler aracılığıyla sağlanmasının tercih edilmesi gerekir. Bunun için de bilirkişilik kurumunun di-

sipline edilmesi gerekir. Alman hukukunda bu büyük ölçüde yapılmış, örneğin bilirkişi ücreti ayrıntılı olarak düzenlenmiş. Orada sorunun çözümünün bilirkişilik kurumunu düzeltme ile sağlanabileceği anlaşılmıştır. Bizde de aynı şekilde, eğer birçok sorunun çözümlenmesi ve yeni sorunların doğmasının engellenmesi isteniyorsa, bilirkişilik kurumuna çok ciddi bir çeki düzen verilmesi gerekir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum. Buyurun Halûk Bey.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ben aslında Muhammet Özekes'in yazılı soru ve açıklamalarına değineceğim, ama ondan önce bir şeye işaret ihtiyacını duydum.

Bilirkişi seçimi konusunda, tabii çok genel bir açıklama olunca her şeyi söylemek mümkün değil, Fransız hukukunda, tarafların bilirkişi seçimi konusunda inisiyatifleri yok. Yani onu da not etmek için söylüyorum. Yani esas yetki tamamen hakime verilmiş. Onu başta bir şekilde dile getirmiştım. Yani, yargı yetkisinin kullanılmasının boyutu ve bağımsızlığıyla ilgili bir şey olarak düşünülmüş. Yani, tarafların anlaşması değil, hiçbir şekilde kanunda öyle bir şey düzenlenmemiş. Bu tamamen hakimın yetkisi.

Bir hususu daha burada belirtiyim. Biraz sonra ilgilendirilecek zannediyorum. Fransız Usul Kanunu'na göre, kural olarak bir kişi bilirkişi seçilebilir; iki veya daha çok seçiyorsa, mahkemenin hem ara kararında, hem nihai kararında, "birden çok bilirkişi seçmesinin gerekçesinin hem de ayrıntılı bir biçimde açıklanması gerekir" diye özel bir kanun hükmü var. Bunlara biraz sonra başka vesileyle belki değiniriz.

Değerli arkadaşım Özekes diyor ki, iki noktaya işaret ediyor: Bunlardan birincisi, "Usul Kanunu'ndaki ehli-vukuf ve ehli-hibre ayırımı aslında Fransız hukukundaki ayırımı çağrıştırmıyor mu?" Burada gerçekten bir sorun var; o da şu: Dilde yenileşme birçok kavramın birbirine karışmasına, birden çok kavramın aynı sözcükle ifade edilmesine sebep oldu, böyle çok güzel

TARTIŞMALAR

bir hareket, ilerici bir hareket olmasına rağmen. Bunun tipik örneği "delil" sözcüğünde çıktı ve "beyyine" bırakıldı. Hatta bir ara "delil" yerine "kanıt" vesaire de kullanıldı, ama bu ikisinin birbirinden farklı olduğuna dair bazı şeyler vardır.

Ehlivukuf ve ehlihıbre ayırımını esasında tam olarak bildiğimi söyleyemeyeceğim. Ancak, ehlihıbre etimolojik olarak sanki biraz daha teknik, ölçme, değerlendirmeyi ifade ediyor gibi; ehlivukuf ise daha genel anlamda bilgiyi. Belki böyle de bir ayırım o tarihlerde düşünülerek kanuna konulmuştu. Bilirkişilik sonra hepsinin yerine geçecek şekilde konuldu ve genellikle deniliyor ki, "bunların hepsi aynı şeydir". Sözcükler aynı değil bir kere. Ama gerçekten üzerinde düşünmeye değer. Başka bir şey diyemeyeceğim.

Konuşmacıların soru sorması pek âdetten değildir, ama belki Bilge Hocam bizi bu konuda biraz aydınlatır, bu ehlivukuf ve...

Prof. Dr. Bilge UMAR: ...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ama, belki farklı bir şey olabilir.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Fransızcasını biliyor musunuz?

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hayır.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Fransızcada da bir tefrik olduğunu sanmıyorum.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Sanmıyorum, ben de bilmiyorum. Yani, bu Osmanlıca'dan gelen bir tefrik her halde.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Evet.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: İkinci konu, "hukukî konularda da, özellikle uzmanlığa ihtiyaç duyuluyorsa, sınırları belirtilerek bilirkişiye gidilemez mi" deniyor ve "eski Medenî Kanun 1'deki ilmi içtihat kapsamında değerlendirilemez mi?" Hiç kuşkusuz bu konuda son derece dayanaklı ve destekli görüşler var. Ama

zannediyorum, bilirkişilikle ilgili güncel tartışmalarımızda asli sorun, hukukî konuda bilirkişiye gidilip gidilmemesi sorunu değil. Yani, sanki asli sorun oymuş gibi belki bir yaklaşımımız var.

Kanun 275 iki kere aynı şeyi söylemekte de bu konu çok önemli gibi gözüküyor. Ama bence önemli konu bu değil. Yani önemli konu; gerçek bilirkişilikle, belki bir süredir bu Fransız mevzuatıyla ilgilendiğimden, yani gerçek uzmanlığı ve mahkemeyi aydınlatacak görüş bildiren bilirkişi incelemesiyle daha basit, ufak tefek teknik bilgi sunumunu birbirinden ayırt edemememizden kaynaklanıyor. Aynı kanun hükümlerini, aynı yöntemleri uyguluyoruz. Yani kanuna göre, işte o faiz hesabını yapacak bilirkişinin yemin etmesi vesaire gibi hususlar; sorun burada.

"Hukukî konuda bilirkişilik olabilir mi?" Evet. Ölçüsü de şu olmalı bana göre: Yani gerçekten bir uzmanlık alanı ise, ama o uzmanlıkla sınırlı olarak ve anlamı da gayet açık bir biçimde ortaya çıkacaktır, o zaman olabilir. Ama demin Sayın Tanrıver, in dediği gibi, dosyanın çuvalıyla birlikte, *"bilirkişiden görüş alınmasına"*, hatta bir kere, elimde de var bir mahkeme ara kararı, *"sözleşmenin inikat edip etmediği, ettiyse taraflara ne gibi hak ve borçlar yüklediği konusunda bilirkişiden görüş alınması"* gibi meseleler tabii kesinlikle bilirkişiliğin amacına aykırı. Bu açıkçası yargı yetkisinin devri. Çünkü Fransız kitaplarında özellikle bu tabir kullanılmış. Yani, *"hukukî konuda bilirkişiye gidilmemesi"* demiyor, *"yargı yetkisinin devrinin yasaklanması, bunun önlenmesi"* diyor.

Bir de, yarım bir konu ortaya atmış Sayın Özeker; *"amikus curia!"*, başka türlü de ifade ediliyor, *"Fransa'daki 'amikus curia' bu kapsamda mı, yani hukukî bilirkişilik konusunda mı?.."* Aslında, Fransız pozitif hukukunda *"amikus curia"* düzenlenmemiş. Ama fiiliyatta, uygulamada sadece Paris'te, şeyden tam emin değilim, sırf Temyiz Mahkemesi'nde değil, galiba Paris İstinaf Mahkemesi'ne de yardım ediyor, ama birkaç isim...

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ama, yerel mahkemede yok.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Yerel mahkemede yok. Yani, Paris'te Fransız Temyiz Mahkemesi nezdinde ve Paris İstinaf Mahkemesi nezdinde "*amikus curia*" denilen ve pozitif hukuk düzenlenmesinde yer almayan ve büyük ölçüde Amerikan hukuk sisteminden Fransa'ya intikal etmiş bir uygulama var. Bu uygulama, alanında son derece tanınmış bir veya birkaç kişinin mahkemeye, yüksek mahkemeye veya istinaf mahkemesinde, onun uzmanlığına ve derin bilgisine ihtiyaç olduğu dönemlerde, durumlarda yardımcı olması; o açıdan bakılınca, belki de dördüncü bir tür bilirkişilik gibi o listeye eklenmesi gerektiği düşünülebilir. Ama pozitif düzenleme yok; uygulama-mayla yürüyen bir şey.

Özellikle, Usul Kanunu'nda ve bu bilirkişilikle ilgili kanunda böyle bir düzenleme yok. Bunun Amerika'da ortaya çıkış nedeni ise biraz daha farklı. Kişiliğine güvenilen, yani kişiliği önemli olan ve de uzman olan kimselerin, mahkemenin uyumsuzluğu çözmeye yardımcı olmak için başvurduğu kişi, genellikle de yargılama öncesinde. Ama bu kişi, Amerika'daki uygulamaları açısından söylüyorum, bu kişinin yaptığı ve orada genellikle ilk derece mahkemelerinde yaptığı şey, hem uzmanlığından yararlanmak, hem de taraflar arasında bu uzmanlık bilgisini ortaya koyarak mümkün mertebe onları, davayı sulhen çözmeye teşvik etmek fonksiyonuyla ortaya çıkıyor. İlginç bir şey de, bu kavramları internet taraması yapınca çok ilginç bir şeyle karşılaştım.

Mesela Amerika'da bazı hukukçuların "CV" lerinde, ben şu mahkemelerde de bu işi yapıyorum diye, hatta yaptığı bazı böyle davalardaki katkılarını da koymuş. Fransa'daki bu şekilde değil. Fransa'da bir-iki kitapta bir-iki isim gördüm. Benim tanımadığım kimseler, ama isimlerin zikrediliş biçiminden bunların pek mühim kişiler olduğu anlaşılıyordu. Dediğim gibi, benim görebildiğim sadece Paris İstinaf Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi nezdinde böyle bir şey var.

Bu kadar söyleyeceklerim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Ben birkaç noktayla ilgili çok kısa bir ara değerlendirme yapmak istiyorum.

Bu yıl içinde, baharda Sayın Adalet Bakanı'yla Rize'de Barolar Birliği Başkanı'yla beraber bilirkişilik konusunda bir toplantıdaydık, beraberdik ve bilirkişilik müessesesini beraber orada tartıştık. Bakanın bir açıklaması vardı ondan önce; dedi ki, "*bilirkişilik kurumu bir kepezektir*". Hatta hukuk dergilerinde bu "*kepezektir*" sözlüğü üzerine tartışma başladı, doğru mu ifade edildi, Bakanın bunu söylemesi isabetli mi, değil mi diye. Ama bir Adalet Bakanı eğer bu müessesesyle ilgili "*bu bir kepezektir*" diyorsa, bu müessesesyle ilgili ciddi bir problem var demek. Yargıtay bu konuda bazen diyor ki, "*hukukî konularda bilirkişiye başvurulması Anayasa'ya aykırıdır*". Neden; Çünkü "*Anayasa'nın 141. maddesinde davaların basit, ucuz ve çabuk şekilde görüleceği hükme bağlanmıştır ve gereksiz yere başvurulması da bu anlamda Anayasa'ya ve Usul Kanunu'nun da 77. maddesine aykırıdır*" diyor.

Yine bir konuyla ilgili çok basit olarak değerlendirme yapmak istiyorum. Bu "*amikus curia*", yani "*hakimin dostu*" denilen müessese aslında bizim hukukumuzda da var. Zaman zaman belki sizlere de Yargıtay üyeleri bazı konuları sormuştur. Ben Abant'taki bir toplantıyı hatırlıyorum. Baki Hocayla orada bir tebliğ sunmuştuk. Sonra, toplantı bittikten sonra herkes Baki Hoca'nın arkasından gidip bir şeyler sormaya başladı. O da dedi ki, "*bakın, ben Abant gölünün etrafında bir yürüyüş yapacağım, bana sormak istedikleriniz varsa gelin hep beraber yürüyelim*".

O gölün etrafında zannediyorum bir saat civarında dolaşmak mümkün. Ve bütün Yargıtay üyeleri, sorusu olanlar Hoca'yla birlikte hem yürüyüş yaptılar, hem de dairelerindeki tartışmalı hususları birlikte tartışabilme imkanına sahip oldular. İşte bu bir aslında "*amikus curia*" idi. Ve bu görevi yapmak da aslında çok onurlu, bir kimseye eğer Yargıtay'ın Hukuk Ge-

TARTIŞMALAR

nel Kurulu'nun danışması söz konusuysa, bu son derece onur verici bir davranış. Bu Türkiye'de uygulanıyor. Size bir örnek vereyim. Yasa Hukuk dergisinin, yeni çıktı bu dergi, büyük bir dergi, orada bir Hukuk Genel Kurulu'nun kararı var. Ona bakarsanız, bu söylediklerimin orada yansıdığını görebilirsiniz diye düşünüyorum.

Evet Oğuz Bey, buyurun.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkürler Sayın Başkanım.

Benim sormak istediğim bir-iki soru tartışıldı; birincisi bu "*amikus curia*"ydı. Her halde, yanlış hatırlamıyorsam, kurumsal olarak İtalyan hukukunda mahkemelere yardımcı kişilerin teknik konularda, tabii bu resmi bilirkişiliğe daha yakın bir kurum her halde, olduğunu biliyoruz. Ama bu "*amikus curia*" resmi hale getirilebilir mi, Türkiye'de olabilir mi; bunun tartışılması mümkün mü, konuşmacı, tebliğ sahibi arkadaşlar tartışırlar mı diye not düşmüştüm.

Bir diğeri değişik bir kavram; "*taraf bilirkişisi müessesesi*". Bilirkişilik konusundaki en büyük tartışmalar, bilirkişinin tarafsızlığını yitirdiği yolunda ve bu sebeple yargının yönlendirildiği veya yanlış yönlendirildiği, işte bir sürü şaibenin ortada dolaştığı yolunda şikâyetler var. Acaba, taraf bilirkişisi, ki her halde Amerikan hukuku, Anglo-Amerikan hukuku kaynaklı bir müessese, "*Expert witness*" dedikleri, daha çok işte "*uzman tanık*" diye mahkeme huzuruna, her tarafın kendi uzmanını getirerek hakimi veya yargılama jüriliyse, jüriyi etkileme çabaları ile ilgili olarak; acaba Türk hukukunda bunu tartışabilir miyiz? Yani, eğer taraf bilirkişisi olursa, bilirkişinin tarafsızlığı tarafsızlıktan çıkmıştır tartışması da ortadan kalkar. Bunun sakıncaları neler olabilir veya Türkiye'de uygulanması mümkün mü; tabii ayrıca tartışılması gereken bir mesele.

Fakat bazı hakem yargılamalarında, özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda açık da hüküm var, yani, taraflar kendilerini, uzmanlarını getirerek duruşmada, biliyoruz, duruşmada vekalet ehliyeti avukatlara tanınmış kural olarak, ama Millet-

lerarası Tahkim Kanunu'na göre yapılan yargılamada, taraflar dava konusuyla ilgili uzmanları yardımcı olarak yargılamaya getirerek, hakem heyetini aydınlatma, maddî vakanın tespiti noktasında yardımcı olarak kullanma imkanına sahipler.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: İdari yargıda hesap uzmanları aynı şekilde gelebilir.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Mümkün. Bu gibi kırıntılar da hukukumuzda olduğuna göre, acaba bu kurumsallaştırılarak, geliştirilerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, tamamen buna taraf bilirkişisi demeyelim, ama tarafların kendi uzmanlarını yargılamada, taraf olmadığı halde yardımcı olarak kullanılmasına imkan tanınması gündeme getirilebilir mi acaba; bunu tartışalım istiyorum.

Bir diğer husus; Sayın Tanrıver, arkadaşımızın sözünü ettiği ve sıklıkla da şikâyet ettiğimiz, dosya münderecatı çerçevesinde, dosyadaki bilgi ve belgeler çerçevesinde bilirkişiden görüş alınması, bir ara kararla dosyanın bilirkişiye havale edilmesi. Kuşkusuz hakim bilirkişiye sorması gereken, aydınlanmasını istediği soruları tespit etmesi lazım. "*Hakim sualler sorar*" diye açıkça hüküm de var. Ancak, zannediyorum buradaki yanlışlık suradan kaynaklanıyor:

Maddî mesele, hukukî mesele ayırımının yapılmamasından. Yani, hakim altlamaya esas teşkil etmek üzere maddî meselenin ne olduğunu tespit etmek, ki bu da meselenin hâline müessir vakaları tespit etmek, yani yargılamayla ilgisi olmayan bir sürü iddiada bulunabilir taraflar, davayla ilgili olmayan veya davayla ilgili olduğuna inandıkları halde meselenin hâline müessir olmayan birçok vaka delilleriyle beraber yargılama malzemesi olarak dosyaya girmiş olabilir, hakim önce bunu ayıklaması lazım; "*hangi maddî vakalar tespitinin konusudur ve bu maddî vakalar içinde sunulan deliller çerçevesinde maddî meselenin tespiti noktasında hangi vakalar hakkında benim teknik bilgim yetersiz?*" Yani, maddî meselenin tespiti, ikinci olarak da hukukî meselenin tespiti.

TARTIŞMALAR

Hukuki mesele; bildiğimiz gibi, söz konusu maddî vakaların altlanabilmesi muhtemel hukuk kurallarını tespit etmek, onun unsurlarını ayırmak, sonra da karara gitmek. Hakimler uygulamada zannediyorum, ki dava dosyalarından, ben de ara sıra bilirkişilik yaptığım için, yani son seneye kadar, gördüğüm kadarıyla hukukî meselelerde maalesef böyle bir ayırım yapılmıyor. Yapılmadığı için de, "toplular halde bilirkişiyeye havalesine" şeklinde gönderiliyor. Bilirkişi de tabii, dava dilekçesinin özetinden başlayıp, delillerin değerlendirilmesine kadar her şeyi ele alıyor, tabii ki bu yanlış bir usul.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: "Gereği düşünülür" dışında her şey.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Her şey yapıyor. Hatta...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Onu da söylüyor, o da, takdir mahkemeye ait olmak üzere.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Çok ilginç bir biçimde, hakimin, kendisinde olmadığına inandığımız teknik ya da özel hukukî bilgiyi bilirkişi raporu yoluyla aktarmak isterken hakime, "bu kanun hükmünün unsurları şunlardır, şu görüşler mevcuttur, Yargıtay'ın görüşleri şu merkezdedir" dedikten sonra, "yukarıda anılan unsurların maddî vakada gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemenin takdirlerindedir" dendiğinde, bu, sevilmeyen, hoşlanılmayan bir bilirkişi raporu olarak algılanıyor.

Bunun temelinde her halde maddî mesele-hukukî mesele ayırımının yapıp, maddî mesele içinde de davanın hâline müessir olup, hakimde o konuda bilgi bulunmayan hususların bilirkişiyeye sorulması her halde gerçekleşirse en azından bu tür yanlışlıklar veya hatalar aza indirilebilir.

Özellikle bu konuda, yani demin sözünü ettiğim taraf bilirkişisi konusunda acaba sayın konuşmacıların görüşleri nelerdir?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Buyurunuz.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Teşekkür ederim.

İtalyan hukukundaki "*consulente tecnico-teknik danışman*" aslında tartışılması gereken bir kurum. Fakat ondan ziyade bizde bilirkişilik konusunda bir şeffaflığın sağlanması için hukukî mütalaa kurumunun geliştirilmesi yararlı olur. Çünkü bu kurumun hukuktaki gelişme ve ilerlemeye de katkı sağlayacağını düşünüyorum. Bu kuruma işlerlik kazandırılmasıyla, bir konu hakkında uzmanlığı, özel bilgisi olan kişilerin ne düşündüğü açık bir şekilde görülebilir. Çünkü zaten bir şekilde konunun uzmanları yada bilirkişileri mahkemeye görüşlerini aktarıyorlar. Fakat sadece, o görüşün veya bilginin kimin tarafından verildiğini, neden böyle olduğunu bilmiyoruz.

Alman hukukunda aslında bu tartışılmış ve hakim bilirkişiyi sözlü olarak dinlemesi gerektiği, gerektiğinde tarafların dahi bilirkişiyi soru sorabilmesi için bu dinlemeyi bizzat duruşmada yapmasının daha uygun olacağı dile getirilmiştir. Orada tartışılmış ve denmiştir ki, hakim bilirkişiyi sözlü olarak mı dinlesin yoksa ek rapor mu istesin? Denmiştir ki, ek rapor yeni külfet getirir, yeni masraf doğurur ve işi uzatır. Hakim bilirkişiyi çağırın, anlamadığı konuları yüz yüze kendisine sorsun, daha tatmin edici olur ve taraflar da bu konuda soracakları hususlar varsa onları bilirkişiyi yöneltebilir.

Hocam, bu arada soruları hemen kısa kısa cevaplandırıyorum.

"*Davada bilirkişiden alınan raporların yanında tarafların özellikle hukuk profesörlerinden aldıkları hukukî mütalaalar*" bu çerçevededir zaten. Aslında bunun ciddi düşünülmesi gerekir. Bu zaten yapılıyor, daha şeffaf, daha açık bir şekilde yapılırsa daha faydalı olabilir diye düşünüyorum.

Diğer bir soru; Alman hukukunda bilirkişi raporu hakim için bağlayıcı nitelikte midir? Alman hukukunda da hakim bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirebileceği kabul edilmekte; bu husus kanunlarında açıkça düzenlenmiş. Bizim HUMK m. 240'a tekabül eden 286. maddede, hakim delilleri serbestçe takdir edebileceği düzenlenmiş. Orada da şu tartışma yapılmış: Denmiş ki, birçok konuda hakim bilirkişi raporunu

TARTIŞMALAR

değerlendirme yetkisine sahip değildir; zaten bu çoğu zaman mümkün de değildir. Çünkü hakimin bilirkişiye başvurduğu konuda bazen hiç bilgisi yoktur. Ama denmiştir ki, buna rağmen yargı hakkının hakimden başkasına devredilmemiş olduğunu göstermek bakımından böyle bir düzenlemenin olması gerekir.

Ancak orada, bizden farklı olarak, nitekim bir soruda da var, hakimin bilirkişi raporundan ayrılıp ayrılamayacağına ilişkin olarak, hakim gerekçelerini göstermek suretiyle bilirkişi raporundan ayrılabilceği ifade edilmekte. Hakimin, bilirkişiye başvurduğu hususta özel bilgisinin bulunması ve bunu tatmin edici şekilde ortaya koyması halinde bilirkişi raporunun aksine de karar verebileceği kabul edilmektedir. Bizde ise durum biraz daha farklı. Yargıtay sürekli, yeni bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği yönünde karar veriyor.

Diğer bir soru da, Alman hukukunda bilirkişiye başvurulacak hususlara ilişkin. Kısaca özetlemek gerekirse, Alman hukukunda şu hususlarda bilirkişiye başvurulabilir;

Vakıaların tespiti, vakılardan mevcut uyuşmazlığa ilişkin sonuçlar çıkarılması ve tecrübe kurallarının ortaya konulması. Tecrübe kurallarının ortaya konulmasında da, herkes için bilinebilecek olanlar bilirkişiye başvuru kapsamının dışındadır.

Bir diğer soru da, hakimin davada özel bilgisini kullanması yasaktır, ancak hakim, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konuda o özel veya teknik bilgiye sahipse bunu kullanabilir mi? şeklinde.

Yargıtay, hukukumuz bakımından bunun mümkün olmadığını, hakimin yeni bilirkişiye başvurması gerektiğini kabul etmektedir. Doktrinde yer yer, hakim eğer bilirkişi raporunda bu teknik bilgiyi edinmişse bunu kullanabilmesi gerekir görüşü savunulmakta. Ben de bu görüşü isabetli bulmaktayım. En azından bilirkişi raporunda ortaya konulan verilerle kolaylıkla başka bir sonuca varabiliyor ve bunu gerekçelendirebiliyorsa artık özel bilgisini kullanabilmesi gerekir hakimin. Belirttiğim

gibi Alman hukukunda biraz daha esneklik var. Mevcut durum bu şekilde Hocam.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

"Bu konuda hakim bilirkişi raporuyla bağlı mıdır" sorusunu sorarken özellikle şuna dikkat etmek gerekiyor: Fransız hukukundaki ayırımı yapacak olursak bu sorunun cevabı çok kolay. Eğer bir olgu tespitiyse hakim nasıl bağlı olmaz? Kan grubu *"A Rh pozitif"*, hakim, gerekçe göstermek suretiyle *"B Rh pozitif"* diyebilir mi buna? Bu mümkün değil. Onun için, bu çerçevede değerlendirmek lazım. Yani, bilirkişinin bir değerlendirmesi varsa, bu değerlendirme gerekçeliyse, hakim bu gerekçeyi değiştirmek suretiyle, bir başka gerekçeyle uymayabilir.

Yoksa pek çok tespit; DNA tespiti, kan tespiti, binan statü vesairesi, bu konuda hakim gerekçe göstererek farklı bir karar veremez. O yüzden, belki bu tür tartışmaları daha doğru yapabilmek için, Fransız hukukundaki gibi bilirkişiliği alt ayrımlara tâbi tutmamız lazım, yani bir olgu tespiti, saptama ve değerlendirme biçimde. Bence ilk ikisinde gerekçe göstermek suretiyle ayrı karar verebilmesi mümkün değil. Raporda, işte hekimin sorumluluğuyla ilgili hekim *"sorumludur"* demiş, hakim gerekçe göstererek, *"hayır sorumlu değildir"*; bu mümkün değil tabii.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Özür dilerim.

Hocam orada da, biraz önce söylemeyi unuttum, şu husus tartışılıyor: *"Hakim bununla mecbur bağlı"*, o zaman *"hani biz hakim bilirkişi raporuyla bağlı değil, yargı yetkisini devretmiyor diyorduk, bu nerede kaldı"*. Bu teze karşı da şu gerekçe ileri sürülüyor: *"Evet öyle, ama hakim zaten mantık ve düşün kurallarıyla bağlı, bu da sonuçta bir düşün ve mantık kuralı, dolayısıyla hakim zaten bununla bağlıdır"*. O yüzden yargı yetkisinin devredilmediği ilkesine bir hanel gelmiş olmuyor.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet.

TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Yani, sürekli bu konuda karşılıklı tezler ve anti tezlerle gerekçeler bulunabiliyor.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Evet. Halûk bey, buyurun.

Doç. Dr. Halûk KONURALP:

Ben Oğuz arkadaşımın başlattığı konuyla ilgili birkaç şey söylemek istiyorum.

Gerçi farklı tabirler kullanılıyor. Siz "*tarafbilirkişisi*" dediniz değil mi? Hatta buna "*özel bilirkişi raporu*" da deniliyor, bu tür tabirler de var. Yani, hukuk diline...

Nasıl?..

Bir Katılımcı: "*Uzman tanık*" Fransa'da.

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Hayır, ben Türkiye'deki için söylüyorum. Sizin sözünü ettiğiniz, hani Expert witness, uzman tanık kavramının temelinde başka ilkesel bir esas olduğunu zannediyorum. O da şu: İngiliz sistemi bilemeyeceğim, onun için Anglo-Amerikan sistemi demiyorum, ama genellikle Amerikan yargılama sisteminde hemen hemen istisnasız olarak hukuk ve ceza yargılamasında uygulanan bir prensip, "*Principle of orality*" dir, yani sözlülük ilkesidir.

Mahkeme önünde yüksek sesle dile getirilmeyen, bir delile dayanılarak karar verilemez. Yani, bilirkişi raporu yoktur o sistemde. Bilirkişi mahkemeye gelir, görüşünü açıklar. Tabii, gelirken kolunun altında dosyası, klasörü, hazırladığı rapor, o da gelir. Ama uzun uzun onlar okunmaz, sorulmaz; sadece sonuçta, siz ne diyorsunuz denir. O da söyleyeceğini söyler.

Değeri nedir; değeri, tanık beyanıyla eşittir. Tanık beyanı nasıl değerlendiriliyorsa hukuk ve ceza davalarında bilirkişinin görüşü de aynen bu şekilde değerlendirilir. Bu birinci mesele. Yine bu sözlülük esasının bir yansıması olarak, tanıkları kim gösterir? Taraflar gösterir. Amerikan yargılama sisteminde bilirkişileri de zaten taraflar gösterir. Mahkemenin bilirkişi

seçmesi diye hiçbir şey yoktur. Çünkü mahkeme hiçbir şekilde delil toplamaz o sistemde. Dolayısıyla, yani Expert witness, o bilirkişi, tanıklık gibi çevrilebilecek terimle çok farklı noktalara varılabileceğine burada işaret etmek istiyorum. Orada önemli olan, tarafın da bir bilirkişiyi dinletmesi değil.

Zaten her türlü delili toplama yetkisi taraflara verildiği için, özellikle hukuk davalarında o delil toplama, "Discovery" aşamasında mahkeme taraf vekillerine yetkiyi verir, avukatlar gider, birbirlerinin şirketlerinin bürosunu, kasasını, gizli evraklarını toplar, mahkemeye getirir; tamamen başka bir şey. Öyle bir sistem içerisinde zaten bilirkişinin tarafsızlığı, hukukî konuda bilirkişilik vesaire, hiçbir sorun değil. İstedığınız hukuk profesörünü de mahkemeye getirip tanık diye dinletebilirsiniz, sorun ortadan kalkar.

Burada şu ayırım üzerinde durulabilir zannediyorum: İngiliz, Amerikan hukukunda bilirkişi beyanı, eğer tanık beyanı bilirkişi beyanından, biz daha alt düzeyde görüyorsak, tanık beyanına doğru indirilmiş; ama görüyoruz ki, bilhassa Fransız hukuk sisteminde bu yukarı doğru çıkarılıyor. Şimdi burada şöyle bir mesele var: Bilirkişiyi, birtakım listeler, sınavlar, iki yıl sonra daha önemli bir sınav ve sürekli kalabilmek için başka sınav koymak demek aslında, hakim bilirkişi raporuyla bağlı olacak demektir. Yani, bilirkişi bu kadar itinayla seçilip, tarafsızlığı, uzmanlığı vesaire, yukarı doğru çıktıkça bilirkişinin o zaman görüş ve tespitlerinin de bağlayıcılığı daha yüksek düzeyde olacaktır. Yani, az önce sözünü ettiğimiz Amerikan sisteminde olduğu gibi, birini getiriyorsunuz; değerlendirmesi daha kolaydır, başkası da gelip orada konuşabilir. Ama bu sisteme göre, o listelerden, sınavlardan geçmiş, tarafsızlığı ve uzmanlığı tespit edilmiş kişiler arttıkça, o zaman bilirkişi raporuyla bağlılık da artacaktır.

Tabii, burada ilginç bir şey var; onu zikretmek istiyorum müsaadenizle. Fransız Usul Kanunu'nun 246. maddesinde, "hakim, teknisyenin tespitleri ve sonuçlarıyla bağlı değildir" diyor,

TARTIŞMALAR

ama arkadan da birtakım istisnalar söylüyor. Bir yargı kararı var, mesela, "*kritik bilimsel formüllerle bulunan bir konuda tabii ki bu kastedilmiyor*" deniyor daha sonra. Yani, belki de orada kastedilen şey basit bir tespit; ama hakim de bakıp başka bir sonuç çıkarabiliyorsa şey. Yani burada açıkça, "*bilirkişi görüşü hakimi bağlamaz*" deniyor; "*serbestçe takdir eder*" de denmiyor. Açıkça, "*hakimi bağlamaz*" deniyor; yani, ilkeyi korumaya çalışmışlar. Ama bir yandan da, bu bana göre çok anlamı değil, bu kadar yükseltince, 40 tane sınavlara giriyorlar, o sınavın şeyi, Fransızların sistemine göre biraz da Danıştay tarafından yapılıyor, ayrı bir esaslar düzenleniyor.

Sonuç olarak şunu düşünüyorum: Ya uzman olan kişinin, artık sıfatı ne olacak, kim mahkemeye takdim edecek ayrı şey, uzmanlığı yükseldiği ölçüde bana bağlayıcı olacak gibi geliyor, mahkeme bakımından daha bağlayıcı olacak ve resmîyet kazandığı, bilimselliği tespit edildiği ölçüde. Dolayısıyla, bunun kim tarafından getirildiği önemli değil.

Peki, mahkemelerin bu özel bilirkişi raporuna bizdeki bakışı nedir? Bu, mahkemeden mahkemeye değişen bir şey uygulamada. Bazıları ciddiye alıyor, bazı mahkemelerde ise, bu gibi hâllerde hatta bir antipatik bir yaklaşım da olabiliyor. Onun için, bu daha ziyade yargısal davranışçılığa ilişkin sorunlar. Ben burada Sayın Tanrıver,'in görüşüne katılıyorum; temeli bunun etik bir sorun aslında. Yani, bütün kanunî düzenlemeler, teknikler bunu olsa olsa çerçeveleyebilir, sınırlayabilir, ama konunun esası hakkında bizi bir yere götüremez.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Şimdi değinmekte olduğumuz iki konudan her biri hakkında uygulamadan birer örnek vermek istiyorum. Lütfederseniz biri için 5 dakika, diğeri için de 5 dakika konuşarak zamanımızı değerlendireyim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Buyurun, buyurun...

Prof. Dr. Bilge UMAR: Efendim, konulardan birisi, bilirkişi raporunun hakimi bağlaması meselesi, ne dereceye kadar bağlayacak? Bu konuda değerli arkadaşım Doç. Ali Cem Budak beyefendiyle bir deneyimimiz oldu, başımızdan bir olay geçti.

Bize bir bilirkişilik işi geldi. İzmit'teki bir mahkemeye bir anonim şirket başvuruyor; diyor ki, "ben Ticaret Kanunu'nun 324. maddesi gereğince borca batık duruma düştüğüm için iflasımı istemek mecburiyetindeyim, ama aynı maddenin verdiği olanak gereğince, size bir iyileştirme raporu sunuyorum, bu rapor çerçevesinde, işte benim borçlarım tehir edilirse, hakkımdaki takipler durdurulursa vesaire, ben dirilirim. Türkiye ekonomisi için şöyle önemli müesseseyim, böyle önemli müesseseyim, böyle ihracat yapıyorum, şu kadar adam çalıştırıyorum, iflasımın ertelenmesini dilerim". Mahkeme, üç kişilik bir bilirkişi heyeti oluşturuyor, onlardan rapor alıyor.

Gelen rapor olumludur; koşullar gerçekleşti diyor. Öbür taraf itiraz ediyor falan. Bir alacaklı banka müdahale dilekçesi veriyor ve sürece dahil oluyor; "hayır şartlar gerçekleşmemiştir" diyor. Ortalık karışıyor. İkinci bir bilirkişiyi görevlendiriyor mahkeme. Bu defa, İstanbul üniversitelerinden bilirkişi adları istiyor. Bir ticaret hukuku profesörü, bir işletmecilik profesörü, bir diğer profesör daha, üç kişi, onlardan rapor alıyor. İkinci rapor da olumludur. Mahkeme bunları aldıktan sonra, "benim aklım yatmadı bu işe, şartlar oluşmamıştır" diye talebi reddediyor.

Temyiz ediliyor, başvuran şirket tarafından. Yargıtay'dan bozma kararı geliyor. Bozma kararı diyor ki, "yeniden düşünülün, bu iki tane olumlu bilirkişi raporu varken, nasıl olur da sen buna itibar etmezsin; gerekirse ek bilirkişi raporu istenerek yeni karar verilsin" bozma raporu böyle. Mahkeme üçüncü kez bilirkişi atıyor. Arada Ticaret Mahkemesi kurulmuş. Dosya Ticaret Mahkemesi'ne intikal ettirilmiş ve iş bize geliyor. Ben, iki bilirkişi raporu ortada bulunduğuna göre, mahkemenin yeni bir inceleme yapmasına gerek yoktur, koşulların olduğu bilirkişi raporuyla tespit edilmiştir, buna hüküm verilmelidir dedim.

TARTIŞMALAR

Değerli arkadaşım farklı oy izhar etti; dedi ki, “aradan zaman geçmiştir, koşullar değişmiş olabilir, üçüncü kez bilirkişi yoluna gidilmesinde yarar var”. Sonuçta mahkeme ne karar verdi bilmiyorum, arkadaşım da bilmiyor. Bunu arz edeyim. Bu, dikkatle üzerinde durabileceğimiz, değerlendirebileceğimiz çok ilginç bir olay şimdi tartıştığımız mesele için.

Geleyim ikinci konuya. İkinci konu, arkadaşımızın değindiği uzman tanık konusu, yani, taraflardan birinin tanık dinletircesine mahkeme huzurunda dinlettiği uzman kişi konusu. Ben bir özel konuşmamızda size anlatmıştım; biliyorsunuz, böyle bir uygulamanın içinde bulundum Amerikan Mahkemesi’nde, o pek meşhur “Elmalı Definesi” davasında.

Bizim yasamızın birçok yetersizliklerinden yararlanan hasım taraf avukatları, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, “Amerika’ya kaçırılan benim malımdır” diye geriye almak istediği mallara ilişkin açtığı teknik anlamda istihkak davasında bir ön sorun, bir sıfat sorunu ortaya atmışlardı Amerikan Mahkemesi’nde. Demişlerdi ki, “efendim, Türkiye’nin yeni hukukuna göre”, yani 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’na göre, “Türkiye Devleti, artık antika malın bulunmadan önce dahi maliki durumunda değildir, bulan maliki olmaktadır”, işte bunu ima eden, bazı elfaz var yeni yasada. Hakikaten büyük bir cahillikle, hukukçuları karıştırmadan yasayı hazırlayan arkeologlar, öyle abuk sabuk elfaz kullanmışlar, böyle bir anlam çıkabiliyor.

Örneğin, “müzeğe getirilen buluntu müzeğe alınmaya gerek görülmezse sahibine geri verilir” deniyor; son derece cahilce ve Türkiye Cumhuriyeti avukatlarına kök söktüren bir ifade. Bundan yararlanıyorlar ve “Türkiye Cumhuriyeti malik değildir, nasıl bu davayı açar, sıfatı yok, hemen esasa girmeden reddedilsin” diyorlar.

Bizim devletimizin avukatları, “Larry Key” diye çok becerikli bir avukat vardı başında, Türkiye’den iki bilirkişi ikame ediyor bu işler için, Amerikan Mahkemesi huzurunda dinletmek üzere; birisi bendeniz, çünkü, 2863 Sayılı Kanunun şerhi

niteliğindeki bir kitabı sizin dekanlığınız zamanında, Dokuz Eylül Üniversitesi basmış idi, bu konuda yazılmış ilk şerh niteliğinde kitap, sonradan Sayın Kanadoğlu'nun da çok değerli kitabı çıktı, yakın zamanda, işte Sait Güran arkadaşımız idare hukukunda kamu malları konusunda ders verdiği için, kamu mallarının rejimini, statüsünü bilen bir adam olarak böylece bilirkişi olarak ikame edildi. Biz oraya gittik ve Amerikan Mahkemesi dinleme öncesinde, onların usulü çok ilginç, önce hasım taraf avukatlarını yazıhanesinde, o filmlerde gördüğünüz çapraz sorgulamadan geçtik.

Bir bütün gün önce hasım taraf avukatları, arkadan bizim avukatlar sorguladılar; şu söyle mi, bu böyle? Mübalağasız bütün gün sürdü. Bütün bu sorgulama boyunca karşımızda video bant, bizi videoya aldı. Yanımızda bir sekreter hanım, benim bilmediğim bir cihaza, böyle tuvalet kâğıdı rulosu gibi rulo, delikler açan bir cihaz ile tutanak düzenledi. Ve sonra karşı tarafın ikame ettiği bilirkişi Prof. Hans Bade'ydi. Bu zat Texas Üniversitesi'nde Medenî hukuk profesörü şimdi. Babası Naziler zamanında Alman Elçiliği'nin Ankara'da görevlisiymiş. O yüzden Türkçeyi biliyor. Türkçe kitapları anlayabildiği için de Türk hukukunun uzmanı diye orada geçiniyor ve bir rapor verip 50 bin dolar da para almış; onu da antrparantez size söyleyeyim. Onu da bizim avukatlar sabahtan akşama bizim avukatın yazıhanesinde sorguladılar.

O da "cross examination" dan geçti. Ondan sonra, mahkemenin belirlediği duruşma gününde gidiyorsunuz, buyurduğunuz gibi, mahkemenin huzurunda, öyle rapor vermek falan yok, önce video bant oynatılıyor oradaki televizyon cihazıyla, hakime onu seyrettiriyorlar ve belli yerlere getirip, bak, işte şöyle dedi diyor her iki taraf, işine gelen yerleri gösteriyor, o bittikten sonra, mahkeme huzurunda her iki taraf bilirkişilerinin "cross examination" ı bir daha yapıyor; her iki taraf avukatları direkt soru soruyorlar.

Öyle hakime, lütfen şunu sordurur musunuz falan demek yok. Bu da bittikten sonra hakimin kendisi sorularını yöneltiyor taraf bilirkişilerine ve bunun neticesinde karar veriliyor.

TARTIŞMALAR

Ne mutlu bize ki, bizim görevimiz başarılı oldu ve o ön itiraz reddedildi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sıfat sahibi olduğu kabul edilip esasın incelenmesine geçildi.

Teşekkür ederim efendim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Hocam, ben teşekkür ediyorum.

Tabii, bu hakimin, biraz önce bana aktardığımız gibi, bir gündeki duruşma sayısı ve dosya sayısı, her halde bir. Tabii, bunu anlattığımız zaman hemen böyle bir gerekçe akla geliyor. Ne kadar doğru, haklı bilemiyorum. Çok dosya sayısı olması böyle bir uygulamaya neden oluyor mu, yoksa olmalı mı?

Teşekkür ediyorum Hocam.

Şu anda aslında birkaç dakikamız var. Salonda söz almak isteyenler de var. Ben Erdal beye söz vereceğim, size söz vereceğim. Ama mümkün olduğu kadar birer dakika sorularınızı sormanızı istiyorum.

Buyurun Erdal bey.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Bir dakikayı biraz aşabilirim Hocam. Birkaç konuya değinmek istiyorum müsaadenizle.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: İnsafınıza kalmış.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Teşekkür ederim. Öncelikle, Usul Kanunu'muzda her halde en açık hükümlerden bir tanesi de 275. madde, 1. fıkrada özel ve teknik konularda bilirkişiye başvurulabileceği belirtiliyor. Dolayısıyla, hukukî konular dışarıda bırakılıyor. 2. fıkrada da özellikle belirtiliyor, "*hukukî konularda bilirkişiye başvurulamaz*" diye. Bu açıklığına rağmen maalesef uygulamada hala hukukî konularda bilirkişiye başvuruluyor. Niçin başvuruluyor? Her halde hakimler durup dururken keyfinden başvuruyorlar; bir ihtiyaçtan kaynaklanıyor.

Biraz önce belirttiniz; "*Abant Gölü etrafında Baki Hocamıza işte Yargıtay üyeleri sorularını sordular, dolayısıyla fiilî olarak*

'*amikus curia*' gerçekleşti" buyurdunuz. Doğru. Gerçekten gerek Yargıtay üyeleri, gerekse diğer hakimler öğretim üyelerini veya konunun uzmanı zannettikleri kişileri buldukları yerde sorarak o belirsizliği, o konudaki tereddütlerini gideriyorlar.

Ancak, bu tümüyle kişisel ilişkileri ve tesadüflere kalıyor. Bunun belki kurumsallaştırılması fevkalade gerekli olacak. Keza bu "*amikus curia*" kapsamında, "*hakime yardımcı olma*" kapsamında hukukî mütalaalar, bir arkadaşımız sordu zannediyorum Seyithan beye, belki bu hukukî mütalaalar da o kapsamda değerlendirilebilir. Bunu gerek ilk derece hakimleri, gerekse Yargıtay hakimleri reddetmiyorlar; kabul ediyorlar. Bu bir ihtiyaç. Bu ihtiyaç nasıl giderilebilir; bu derinlemesine bir konu, ona girmek istemiyorum. Öncelikle, hakimlerimiz iyi yetiştirilebilir, iş yükü azaltılabilir, şu anda aklıma gelebilen en etkin çözümler belki bunlar olabilir.

Bir diğer konu, bilirkişinin niteliği. Bilirkişinin hakimın yardımcısı olduğu söyleniyor, kabul ediliyor. Ancak, bu yardımcı öyle yardımcı olmalı ki, haddini, hududunu bilmeli, sınırını iyi çizmeli. Hakimın asıl görevi olan yargı yetkisine tecavüz etmemeli. Bu tecavüzü önleyecek sınırlama da doğal olarak hakimden gelecektir, hakim bu sınırı çezecektir.

Bu açıdan ülkemize baktığımızda, maalesef bilirkişiler görevlendirilirken, bilirkişilerin hangi konuda görevlendirildiği, hangi konuları inceleyeceği belirtilmeden, meslektaşlarımızın da belirttiği gibi, dosyadaki dilekçelerin, vaki bilirkişi raporunun ve itirazların incelenerek sonucunun üç nüsha rapor hâlinde bildirilmesi şeklinde bilirkişiler görevlendiriliyor.

Burada otomatikman hakim yardımcısı olarak niteleyebileceğimiz bilirkişi, hakimın asıl görevi olan yargılama yetkisini üstlenmiş oluyor veya hakim bu yetkiyi otomatikman vermiş oluyor. Burada da yine uygulamadan kaynaklanan bir sorun var.

Bir diğer konu; uygulamada pek çok dava için bilirkişiye başvuruluyor. Bilirkişiye başvurulmadan çözümlenen dava

TARTIŞMALAR

sayısı az. Ve mahkemeye gidenler genellikle bilecektir, mahkemelerin birlikte çalıştığı bilirkişiler var, belirli konularda belirli kişilerle çalışıyorlar, o konuda o bilirkişiyi hemen istihdam ediyor, çağırıyorlar. Dolayısıyla, ülkemizde her ne kadar ihtiyari bilirkişilik konusunda bir kurumsallaşma yok ise de, fiiliyatta bu zaten kendi kendine kurumsallaşmış durumda.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Tekelleşmiş hatta.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Tekelleşmiş durumda. *"Su aka aka mecrasını bulur"* derler. Uygulama kendi ihtiyacını bir şekilde gideriyor. Biz de bunun arkasından eleştiriyoruz, şöyle söyle oluyor diye. O nedenle, bu açıdan bilirkişiliğin mutlaka kurumsallaştırılması, bu bilirkişiliğin kirlenmesi veya o konudaki Bakan Beyin ifadesiyle kepezeliğin önlenmesi açısından, hiç değilse karşımızda bir muhatap olur, kendi istikbalini düşünerek kepezelik yapmak istemez.

Bu konuya ilişkin pek çok konu var; -ben hemen kısa keseceğim- bilirkişinin seçimi, hakimın bilirkişi raporuyla bağlılığı. *"Özellikle seçim konusunda davanın tarafları bilirkişiyi anlaşılarak seçebilirler"* diyor kanunumuz. Ülkemizde biraz maalesef duygusal davranıyoruz. Bu şekilde mahkemeye düşmüş, aralarında ihtilaf çıkmış taraflar bilirkişiyi anlaşılarak seçebilirler mi; takdirlerinize bırakıyorum.

Üzerinde tereddüt olan bir diğer konu, hakimın bilirkişi raporuyla bağlı olup olmaması. Bir defa, hukukî konularda maalesef ülkemizde bilirkişiye başvuruluyor; bu inkâr edilemez bir gerçek. Yargıtay da bunu teşvik ediyor, bazen de zorunlu tutuyor.

Hukuki konularda bilirkişinin raporu şüphesiz hakimi bağlamamalı. Ancak, biraz önce belirttiğiniz gibi, yani *"2+2=4"*, bilirkişi bunu söylemiş; artık hakimın bu konuda farklı bir şey söylemesi mümkün değil. *"Gerekçe göstererek aksi belirtilebilir"* deniliyor ve buna da gerekçe olarak, *"efendim, bilirkişi raporunda eğer hakim, bilirkişi raporunun aksini iddia edebilecek, aksini ileri sürebilecek şekilde görüş sahibi olmuşsa bilirkişi raporunun aksine karar verilebilir"* deniliyor.

Bu takdirde, o konuda özel ve teknik bilgi sahibi olmayan bir hakimin kendisine verilmiş üç-beş sayfalık bilirkişi raporundan, o bilirkişi raporunun aksine karar verebilecek şekilde özel ve teknik bilgiye nasıl sahip olabileceği gerçekten soru işareti doğuruyor. Sorunlar çok. Ben kısa keseceğim. Bu bağlamda Halûk bey, özellikle Fransız hukuku açısından sınav geçirildiğini, listeye girilmesi gerektiğini belirttiler. Ücret ve sorumluluk konusunda Fransız hukukundaki durum nasıl?

Keza Seyithan bey açısından, Alman hukukunda bilirkişiliğin sorumluluğu nasıl düzenlenmiş? Gerçi öğleden sonraki tebliğde bilirkişiliğin sorumluluğu tartışılacak, ama her halde Türk hukukuyla belki sınırlı olacak. Bu konudaki görüşlerinizi öğrenmek istedim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben teşekkür ediyorum.

Sizi söylemiştim, onun için size söz veriyorum. Ondan sonra da oturumu kapatmak zorundayım. Aslında sorulacak pek çok soru var, tartışılacak pek çok konu var.

Ömer KAYA: Benim önerim şöyle olacak: Bir insan bana göre tarafsız olamaz. Hakim de bilirkişiyi seçiyorsa, mutlaka taraftır. Bana göre, eğer tarafsızlık isteniyorsa, hakimin önüne bir bilirkişi listesi sunuluyor, bence bunun bilgisayardan incelenerek, bilgisayarın belirleyeceği bir liste ve bilgisayarın seçeceği bir kişi olması gerekiyor; yani, bir insan tarafsız olamayacağına göre, bilgisayar bu konuda bence büyük bir destek olabilir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Peki, teşekkür ederim.

Bugünün sabah oturumunu kapatmak durumundayım. Çünkü, şu anda 5 dakika dahi geçti. Bu konuda birer cümle Halûk ve Seyithan beye söz vereceğim. Hem kendi tebliğleri için onlara teşekkür ediyorum, hem katkılar için teşekkür ediyorum. Böylelikle ben son sözü söylemiş oluyorum. Ama onlara son söz söylemek için söz veriyorum.

TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Teşekkür ederim Hocam.

Aslında söylenecek çok şey var, ama vakit yetsin diye ben hep kısa kısa kestim. Vaktin yetmeyeceği kesin. Ama soru soran arkadaşına karşı en azından saygısızlık olmasın diye, kendisi zaten HUMK 75/3 ve HUMK 279 son cümleyle ilgili bir soru sormuş, biraz özel bir soru; evet, 279 son bu amaca hizmet ediyor.

Bilirkişi her iki taraf huzurunda isticvap, kanunun ifade-siyle, bunu yapabilir. Kendisi de zaten cevabını da bir bakıma vermiş oluyor. Ben ona cevap vermiş olayım. En azından o konuyu Süha Hocama bırakmam gerektiğini, haddimi aşmamam gerektiğini, ama sorusuna da böylece cevap vermiş olduğumu söyleyeyim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Halûk bey...

Doç. Dr. Halûk KONURALP: Ben Sayın Erdal Tercan'ın sorusuyla ilgili bir karşılık vereyim.

Yapılan özel düzenlemelerde, yani bu yıl yürürlüğe giren düzenlemelerde ve genel olarak bilirkişiliğe ilişkin Usul Kanunu hükümlerinde maddi hukuk anlamında sorumluluk düzenlenmemiş. Buradan anlaşılıyor ki, burada biraz tereddüdüm var, ama anladığım kadarıyla sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin uygulanmasıyla yetiniyor. Ancak, yeni yapılan kanun, 2004 yılı kanunu, yani, 11 Ocak 2004 tarihli 130 Sayılı Kanun, bir tür disiplin sorumluluğunu ayrıntılı biçimde düzenlemiş. Müeyyideleri de söyleyeyim.

Bir tür uyarıdan sonra, mesela; *"üç yılı geçmemek üzere bilirkişilik yapmaktan men etme cezası"* ve daha ilerisi, *"külliye yasaklanması"* gibi bir düzenleme getirilmiş. Yani sorun, eğer bu sorumluluk şeyi öne çıksaydı, onu düzenlerlerdi zannediyorum. Liste esası, yani gerçek uzmanlık esası, listeden çıkarma

gibi bir müeyyide düşünülmesi şunu gösteriyor bana: Yani, önemle olan, bu kimserin, mademki bilirkişilikte birtakım istenmeyen şeylere sebep oluyor, bilirkişilik yapmaması. Yani, bireysel zararların tatmininden ziyade yargı sisteminden bunun dışına çıkarılması gibi bir anlayış var zannediyorum; yani, bu yeni kural.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Öğleden sonra oturum saat 14.30'da başlayacak.

İKİNCİ OTURUM
1 Ekim 2004 (14.30-16.45)

BİLİRKİŞİLİK

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Nüvit GEREK
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğî Sunan
Bilirkişinin Sorumluluğu
Prof. Dr. Süha TANRIVER
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Programımızın bu bölümünde çok değerli meslektaşım Süha Tanrıver, Hocamız, "*bilirkişinin sorumluluğu*" gibi gerçekten nerede başladığı, nerede bittiği, bitmesi gerektiği belirsiz bir konuda bizi bir saat boyunca aydınlatacak. Ama öğleden sonra yapılacak bu tek oturum olduğu için bir bakıma çok da iyi oldu. Önceki yıllardaki sıklıkları çok yaşamadan, zaman baskısını çok hissetmeden bu çok önemli konuyu dinleme fırsatı bulacağız.

Ben sözü Sayın Hocamıza bırakıyorum. Daha sonraki kısımda, soru-cevap kısmında daha fazla değinilmesini istediğiniz hususları tabii ki sorma imkanımız olacak, ama bu güzel tebliği dinledikten sonra çok da fazla soracak şey kalmaz diye de düşünüyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Yargılama sistemi içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin ciddiyetine ve ağırlığına rağmen, bilirkişilik kurumu, uygulamada sıkça amacı aşkın kullanılmakta; bu durum da sürekli yakınmalara sebebiyet vermektedir. Öte yandan, bilirkişilerin,

görevlerini her zaman büyük bir titizlikle ve özen içerisinde yerine getirdikleri de söylenemez. Bu bağlamda da, zaman zaman deyiş yerinde ise, bir başıboşluğun egemen olduğu görülmektedir.

Bilirkişiliğin kötüye kullanımı ile yozlaştırılmasının önüne geçilebilmesi için, her şeyden önce, onun çeşitli veçheleri itibarıyla sorumluluğunun açık ve kesin bir biçimde ortaya konulması şarttır; bu yapılamadığı sürece, bilirkişilik kurumuna, deyiş yerinde ise bir "çeki düzen" verilebilmesi de, mümkün değildir.

A. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

I. Mukayeseli Hukukta Durum

1. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunu öngören özel bir yasal düzenleme bulunmaktadır. Sözü edilen yasal düzenlemenin getirilmesinden önce, Alman hukukunda bilirkişinin hukukî sorumluluğu konusunda, çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bu konuda ileri sürülen ve doktrinde de egemen olan görüşe göre,¹ bilirkişi ile kendisini görevlendiren hakim arasında kamu hukuku karakterli bir bağ mevcut olsa da, bilirkişinin faaliyetinin kararın alınması sürecinden önceki bir döneme ilişkin bulunması hasebiyle, onun yargısal bir göreve katıldığından yarı kamu görevi yaptığından söz edilemez; faaliyetinin ürünü olarak ortaya çıkan oy ya da görüş, tıpkı tanık beyanı gibi sadece bir ispat aracı işlevini yerine getirir. Öte yandan,

¹ Klein, M., Die Rechtstellung und der Haftung des im Zivilprozesses bestellten Sachverstaendigen, Diss., Wiesbaden 1994, s.50; Damrau, J., Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Zweiter Band, Teilband 2, Tübingen 1989, s.12; Damm, R., Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen (JuS., 1976/6, s.359-363), s.362; Arndt, H., Die Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen (DRiZ., 1973/8, s.272-273) s.272.

sadece bilirkişi, Devlete karşı bir yükümlülük altına girmiştir; Devlet ise, ona karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemiştir; dolayısıyla bu bağlamda da yaklaşıldığında, onun bir kamu görevi yaptığı ve işlevinin bu boyutu itibarıyla da hakime benzediği, hakimın yardımcısı olduğu iddia edilemez. İşaret edilen bu tespit çerçevesinde, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde, memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı devletin malisorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen düzenlemenin baz alınmasından söz edilemez.² Yine, bilirkişi ile taraflar arasında akdî nitelikli herhangi bir bağ da yoktur; dolayısıyla tarafların kötü ifa hükümleri çerçevesinde bilirkişiden herhangi bir talepte bulunmaları da mümkün değildir; yani bilirkişinin hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde akdin müspet ihlali kurumuna da dayanılmaz.³ İşaret edilen bu tespitler karşısında, bilirkişinin gerek raporunun hazırlanması evresinde icra ettiği fiiller gerekse kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile dava ilgililerine verdiği zararlardan ötürü hukuken sorumlu tutulmasında, Medeni Kanun'un 823. paragrafında yer alan ve haksız fiil sorumluluğunu öngören kuralın esas alınması gerekir.⁴

Bilirkişi, gerek rapora hazırlık evresinde yapmış olduğu faaliyetler, gerçekleştirmiş olduğu incelemeler sebebiyle gerekse kastının veya ihmâlinin (özellikle, ağır ihmâlinin) yani kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporuyla, ilgi-

² Damrau, s.213; Damm, s.362; Arndt, s.272; Leipold, s.12; Jauernig, O., Zivilprozessrecht 24.völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s.202; Zöllner, R./Greger, R., Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, 18.neubearbeitete Auflage, Köln 1993, s.1013.

³ Damrau, s.213; Arndt, s.272; Damm, s.360; Zöllner/Greger, 1013.

⁴ Damrau, s.213; Arndt, s.272; Friederichs, H., Zur Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen (DRiZ., 1973/4, s.113-114), s.113; Damm, s.363; Jauernig, s.202; Hopt, K., Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrensleitung, München 1986, s.290; Schilken, E., Zivilprozessrecht, 2.überarbeitete und ergaenzte Auflage, Köln Berlin Bonn München 1995, s.305; Zöllner/Greger, s.1013-1014.

lilerin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi mutlak haklarına zarar vermiş veya hapis cezasına mahkûm edilmesi suretiyle özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olmuşsa, onlara karşı, Medeni Kanun'un 823. paragrafının birinci fıkrasına göre hukuken sorumlu olur; sözü edilen düzenlemenin son derece açık metni uyarınca, o bu bağlamda kastının yanı sıra ihmalinin de her derecesinden mesul durumdadır.⁵ Bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun 153-156 ve 163. maddelerinde öngörülmüş olan suçlara vücut verir bir nitelik taşıyorsa; sözü edilen normlar, koruma normu (Schutzgesetz) konumunda bulunduğu için, gerçeğe aykırı rapor sebebiyle zarara uğrayan ilgililer, Medeni Kanun'un 823. paragrafının ikinci fıkrası uyarınca, bilirkişiden tazminat talep edebilirler.⁶

Yine, bu bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun öngördüğü anlamda suç olmasa bile, Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve bilirkişinin tarafsız ve objektif bir biçimde rapor hazırlamakla ödevli olduğunu (yani, doğruyu beyan ödevini) öngören norm, usulün amacına yani gerçeğe ulaşmaya aracılık eden bir norm konumunda bulunduğu için, başlı başına (müstakil) bir koruma normu sayılır. Dolayısıyla, bunun kusurlu olarak ihlâli de, ilgililerin, Medeni Kanun'un 823. paragrafının ikinci fıkrasına dayanarak, bilirkişinin hukukî sorumluluğunu işletmesine olanak verir.⁷ Bunların dışında, bilirkişi, mahkemeye ibraz ettiği apaçık (bâriz) bir hiffetsizlik ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile taraflardan birinin aleyhine (zararına) fiili-maddî durumla örtüşmeyen (doğruluktan uzak) kesinleşmiş bir hükmün alınmasına sebebiyet vermişse, uğranılan zararın tazmini için, bu kez Medeni Kanun'un 826. paragrafına (bizdeki, BK. m 41, II'ye) dayanılmak suretiyle ona yönelinebilir.⁸

⁵ Damm, s.363.

⁶ Damrau, s.213.

⁷ Hopt, s.289-290; Blomeyer, J., Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen (ZRP, 1974/5, s.214-221), s.217; Jessnitzer, K., Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverstaendigen (JVBl., 1972/8, s.177-180) s.177.

⁸ Jessnitzer, s.177; Damrau, s.213.

Bir başka görüşe göre ise, bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında özel bir hukukî bağ mevcuttur; onun hukukî sorumluluğu da bu özel hukukî bağdan kaynaklanan akit benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirilmek gerekir.⁹

Doktrindeki diğer görüşe göre ise,¹⁰ bilirkişilik görevi bir kamu görevidir; bilirkişinin zarar verici eylemi ile yargı işlevi (kamu hizmeti) arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur; bilirkişi, sahip olduğu özel ve teknik bilgileri maddî vakıalara uygulayıp sonuç çıkarma ya da bu bilgilere dayalı olarak vakıa tespiti yapma işlevini yerine getirmek suretiyle karar almaya yönelik prosedürde etkin rol oynamakta; hakime ait işlerin bir kısmını ifa etmekte, bu boyutu itibariyle kamu görevi icra eden hakime benzer bir hukukî konumda bulunmaktadır. Ayrıca, bilirkişi, sadece devlete karşı değil; devlet de bilirkişiye karşı bir yükümlülük üstlenmiş durumdadır. İşaret edilen bu gerekçeler karşısında, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde de, memur ve diğer kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı devletin mali sorumluluğunu öngören hukukî düzenlemeye işlerlik kazandırılmalıdır (§ 839, II).

Alman Temyiz Mahkemesi ise, bilirkişinin, devlet kudretini kullanarak kamu görevini icra eden bir kişi konumunda bulunmaması nedeniyle, hukukî sorumluluğunun tâyininde, Devletin kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı mali sorumluluğunu öngören hükümlerin (Alman Anayasası § 34; Alman Medeni Kanunu § 839, II) uygulama

⁹ Eickmeier, J., Die Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen für Vermögenschaden, Köln Berlin Bonn München 1992, s.161 vd.

¹⁰ Bartling, H., Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachverstaendigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss., Göttingen 1982, s.185; Jessnitzer de, bilirkişinin raporunun hazırlanmasına yönelik incelemeleri sırasında birisine zarar vermesi halinde, bu eylemin, bilirkişinin mahkemenin yardımcısı sıfatıyla bizatihi keşif icrası suretiyle vakıaları açıklığa kavuşturmakla yetkilendirilmesiyle (§ 404, IV) ilişkili bulunması kaydıyla, kamu görevinin yerine getirilmesine yönelik bir eylem olarak algılanacağını ve hukukî sorumluluk bağlamında da Medeni Kanun'un 839 uncu paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen kuralın uygulanması gerekeceğini savunmaktadır (s.179).

alanı bulamayacağı;¹¹ hatalı bilirkişi raporlarından dolayı bilirkişinin hukukî sorumluluğunun belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralın (§ 823, I) esas alınması gerektiği; yeminsiz verilen hatalı bilirkişi raporları dolayısıyla ilgililerin mutlak hakkı ihlâl edilmiş olsa bile, sözü edilen rapor eğer bir ihmâlin ürünü ise, bilirkişinin hukukî sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği ve yine yeminsiz bilirkişiler bakımından tazminat talebi bağlamında, bir koruma normu olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevini öngören normun, yalnızca bilirkişilere yemin verdirilmesi koşuluyla işlerlik kazanabilecek bir norm olması hasebiyle, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının ikinci fıkrasına da dayanılamayacağı görüşündedir.¹² Bu durumda, Alman Temyiz Mahkemesi uygulaması açısından, hatalı bilirkişi raporlarından kaynaklanan zararlardan dolayı, yeminli bilirkişiler hem kasıtları hem de ihmâllerinden (özellikle, ağır ihmâllerinden); yeminsiz bilirkişiler ise, sadece kasıtlarından dolayı sorumlu tutulabilecekler;¹³ buna karşılık, ağır ihmâllerinin varlığı halinde dahi artık sorumluluklarından söz edilemeyecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa şikâyeti yolu ile kendisine başvurulması üzerine, Temyiz Mahkemesi'nin yeminsiz bilirkişilerin hatalı (gerçeğe aykırı) raporlarıyla ilgililere vermiş oldukları zarardan ötürü, ancak kastlarının varlığı halinde sorumlu tutulabilecekleri yönündeki çözümlemesinin, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor verme eyle-

¹¹ BGHZ., 59, s.3 (NJW., 1973, s.554).

¹² BGHZ., 62, s.54 (NJW., 1974, s.312); BGHZ., s.313.

¹³ Buna gerekçe olarak, hukukî güvenlik kavramının, bir mahkeme kararının, yeminsiz ve hatalı bilirkişi raporu nedeniyle değiştirilmesini engelleyeceği; aksine bir düşüncenin kabulünün, her mahkeme kararının değiştirilmesini temin için bir dizi dava açılmasına sebebiyet vereceği hususu gösterilmektedir. Yine, bu bağlamda, bilirkişilerin, hakimlerin yardımcıları konumunda bulunmaları nedeniyle, raporlarının içeriği açısından her türlü etki ve baskılardan uzak kalmalarının, bağımsızlıklarının temini için, geniş kapsamlı bir sorumluluk yüküyle karşı karşıya bırakılmamaları gerektiği; yardımcı sıfatıyla mahkemelerce çağrılıp yeminsiz dinlenmeleri halinde de, kastları dışında, hakimler gibi her türlü sorumluluktan beri kılınmalarının zorunluluk arzettiği kaydedilmektedir (Bkz.,bu konuda bilgi için : Eickmeier, s.100 vd.).

minin, Alman Mederi Kanunu'nun 823. paragrafının birinci fıkrasının kapsamına giren bir durumu yaratması halinde, sözü edilen düzenlemenin, son derece açık ve herhangi bir ayırım gözetmeyen kısaca "*Herkes-Sorumludur*" (Jedermann-Haftung) şeklinde formüle edilen metni uyarınca, bilirkişiler bakımından da yemin verdirilmiş olup olmaması hususu gözetilmeden uygulanma kabiliyeti kazanacağını ve kişiliğin korunmasını gerekçe göstererek, sağlıklı ve doğru bir çözümleme sayılamayacağına işaret etmiş ve yemin verdirilmemiş olsa bile, bilirkişinin hatalı raporu ile ilgililerin mutlak haklarının ihlâline sebebiyet vermesi durumunda, sözü edilen rapor, özellikle onun ağır ihmâlinin ürünü ise, zararın tazmini bağlamında, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının birinci fıkrasında öngörülen düzenlemeye işlerlik kazandırılmasının hem Anayasanın hem de sözü edilen yasal düzenlemenin özüne daha uygun düşen bir davranış teşkil edeceğinin altını çizme gereğini duymuştur.¹⁴

Alman kanun koyucusu, Tazminat Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin 5. fıkrasıyla Alman Medeni Kanunu'na 839a maddesini eklemiş ve bu suretle bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusundaki iradesini ve tercihini açıkça ortaya koymuştur. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, bilirkişi, kasten veya ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş; bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle ödevlidir.

Her şeyden önce, bu yasal düzenlemeyle, doktrin ve yargı uygulamasındaki hakim eğilime uygun olarak bilirkişilerin yargısal süreç içerisinde bir kamu görevi yapmadıkları, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan ötürü, Devletin mali sorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye dayanılmayacağı açıkça tescil edilmiştir. Yine, aynı yasal düzenleme, bilirkişi ile taraflar arasında akdî nitelikli herhangi bir bağın

¹⁴ BverfGE., (NJW., 1979, s.305).

SÜHA
TANRIVER'İN
TEBLİĞİ

kurulmadığına, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor verilmiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı kötü ifa hükümlerinin işletilemeyeceğine de işaret etmekte; yani akdin müspet ihlâli kurumunun da, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde esas alınmayacağı konusundaki iradeyi açıkça ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında yer alan ve bilirkişilerin hukukî sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme içeren kural, niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu öngörmektedir; yani sorumluluğun kurucu unsuru kusurdur. Ancak, anılan yasa kuralı, bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu vermiş bulunmasından kaynaklanan zarardan doğan sorumluluğu bağlamında, kusurun kapsamını, kast ve ağır ihmâl halleri ile sınırlamış; hafif ihmâli ise tümüyle göz ardı etmiştir. Öte yandan, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun doğabilmesi için, onun kasten ya da ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş olması tek başına yetmez; verilmiş bu rapor hükme dayanak yapılmış bulunma ve bundan da bir zarar doğmuş olmalıdır. Bu durumda, Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının birinci fıkrası çerçevesinde, bilirkişinin hukuken sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken şartlar şunlardır:¹⁵

1. Bilirkişi, mahkeme tarafından görevlendirilmiş olmalıdır.

2. Bilirkişi, kasten yahut ağır ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı bir rapor vermiş bulunmalıdır.

3. Bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuş bulunmalı, yani gerçeğe aykırı rapor verilmesi ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı olmalıdır.

Zarar gören ilgili, zararın tazminini talep edebilmek için, bu şartların tamamının gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.¹⁶

¹⁵ Rosenberg, L./Schwab, K.H./Gottwald, P., Zivilprozessrecht, 16.neubearbeitete Auflage, München 2004, s.846.

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.846.

Ayrıca sözü edilen yasal düzenleme, ikinci fıkrasında, zarara marûz kalanın, kasten ya da ağır ihmâl suretiyle, zararın doğumunu engelleyebilecek, onu bertaraf edecek hukukî olanakları kullanmaktan (bunları tüketmekten) kaçınmış olmasını, tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hal olarak nitelendirmiştir. Bunu ispat yükü ise, bilirkişiye aittir.¹⁷ Burada vurgulanması gereken bir diğer husus ise, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında öngörülen bilirkişinin hukukî sorumluluğu ile ilgili düzenlemenin işlerlik kazanabilmesi açısından, bilirkişiye yemin verdirilmiş olup olmaması olgusunun herhangi bir önem taşımadığıdır.¹⁸

Özetle, bu çerçevede, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmasından kaynaklanan zararlardan doğan hukukî sorumluluklarını öngören yasal düzenlemenin, hafif ihmâlin ürünü olan zararlardan kaynaklanan sorumluluk hali hariç, Türk-İsviçre hukuk sisteminde kabul edilen haksız fiil sorumluluğu ile büyük ölçüde paralellik arz ettiği ve bu yeni yasal düzenlemenin, Alman Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu § 823, I, II) kurucu unsurlarının, bizdekinden daha farklı bir şekilde tespit edilmiş bulunmasından ötürü varlık kazandığı söylenebilir.

Bu kapsamda, son olarak, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafının, bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflarının ürünü olan zararlardan (örneğin vücut bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan hukukî sorumluluğu konusunda, herhangi bir düzenleme içermediğinin, bu boyutu itibarıyla bir eksiklik arz ettiğinin altının çizilmesinde de büyük yarar vardır. Bu eksiklik ise, Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 823, I paragrafının bilirkişiler hakkında da uygulanması suretiyle doldurulabilir.¹⁹

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.846.

¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.846.

¹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.847.

2. Avusturya Hukukunda

Avusturya Hukuku'nda, bilirkişinin hukukî sorumluluğu bağlamında, konuyla ilgili özel düzenleme öngören ve zararın tazmini ile ilgili hükümler arasında yer alan Avusturya Medeni Kanunu'nun 1299. paragrafında yer alan kural uygulanma alanı bulur. Bu hukuk sisteminde de, bilirkişiler yargının bir organı ve dolayısıyla kamu görevlisi olarak görülmediği için, bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporun verilmiş bulunmasından kaynaklanan zararların tazmini için, devletin mali sorumluluğunu öngören yasal düzenlemenin işletilmesine olanak verilmemiştir.²⁰ İşaret edilen durumun yegane istisnasını, kanun uyarınca rapor tanzim etmekle resmen görevlendirilmiş olan kuruluşların (mercilerin) kusurları ile vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmini oluşturur.

Bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı rapor, hükme dayanak yapılmış; bu hüküm kesinleşmiş ve yargılamanın yenilenmesi yoluyla da artık ortadan kaldırılması olanağı kalmamışsa, sözü edilen halden ötürü zarar görmüş olan kimse, uğramış olduğu bu zararın tazmini için, bilirkişiye karşı sorumluluk davası açabilir.²¹

3. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda da bilirkişilerin hukukî sorumluluğu konusunda, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, bilirkişi hatalı raporu nedeniyle taraflara ve üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.²²

²⁰ Fasching, H., Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2.Auflage, Wien 1990, s.517.

²¹ Fasching, s.517.

²² Vogel'in görüşü naklen (Alangoya, Y., İsviçre Hukukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 32-44), s. 43; Leuch/Marbach/Kellerhals da, bilirkişinin

Diğer bir görüşe göre ise, bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde, resmi (amtlich) işlevleri ile meslekî (gewerblich) işlevleri arasında bir ayırım yapılması gerekir.²³

Bilirkişinin resmi işlevlerinden maksat, bilirkişinin raporun hazırlanmasından önceki evrede ve rapora hazırlık bağlamında, aslında, hakim tarafından yerine getirilmesi gereken, hakimce yapılmış olan görevlendirme çerçevesinde, onun yerine kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu keşif, tarafları ve tanıkları sorgulama, malzeme ve teknik aletleri inceleme, organik ve psikolojik muayene, senet ve belgeleri tetkik etme gibi faaliyetleridir.²⁴ Bilirkişilerin, resmi görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirmiş oldukları bu gibi eylemleri dolayısıyla vermiş oldukları zararlardan ötürü, kamu görevini ifa eden bir görevli konumunda bulunmaları ve bizâtihi mahkemenin yerine geçip onun üstlenmiş olduğu kamusal bir faaliyeti icra ediyor olmaları hasebiyle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. paragrafı uyarınca devlet sorumlu tutulmalıdır.²⁵

Buna karşılık, bilirkişinin meslekî işlevlerinden ise, herhangi bir kamusal yetkinin kullanımına gerek kalmadan gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri anlaşılmalı ve bu bağlamda sadece iletilecek olan tecrübe kurallarını veya bu kuralların yardımı ile vakia tespitini ya da vakialardan çıkartılan sonuçları içerecek olan rapor verme de mütalâa edilmelidir.²⁶ Bilirkişilerin meslekî işlevlerinin yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerinden yani hatalı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininde de İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ile ilgili

görevini gereği gibi yerine getirmemesi veya sürüncemede bırakması hallerinde, hukukî sorumluluğunun tâyininde, haksız fiil hükümlerinin baz alınması gerektiği kanısındadırlar (Leuch, G./Marbach, O./Kellerhals, F., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Vierte Auflage, Bern 1995, s. 574).

²³ Klopfer, R., Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil-und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich, Zürich 1977, s.15.

²⁴ Klopfer s. 18.

²⁵ Klopfer s. 18-19

²⁶ Klopfer s. 18-19.

hükümleri (Art. 41 vd.) esas alınmalıdır.²⁷

II. Türk Hukukunda Durum

1. Genel Olarak

Bilirkişilerin hukukî sorumluluğu hususunda, mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda, doktrinde, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Doktrindeki egemen görüşe göre, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun tâyininde Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 41. maddesi hükmü baz alınmalıdır.²⁸

²⁷ Klopfer s. 18.

²⁸ Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, 6.B., İstanbul 2001, s. 2797; Deryal, Y., Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri, İstanbul 2001, s. 70; Yılmaz E., Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişilik Raporları (Mali Hukuk, 1996/62,s.12-31), s. 30; Şengün, K. O., Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları (AD, 1967/7, s. 456-463) s. 458; Bakıcı, S., Ceza Adaletinde "Bilirkişi" (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMÖB Yayınları, Ankara, s. 79-125) s. 116. "Davacı, dava dışı A'nın kendi aleyhine evvelce açtığı kesinleşen taşınmaza el atmanın önlenmesi davasında bilirkişilik yapan davalıların, uyuşmazlık konusu taşınmazın, o davanın davacısı olan A'nın tapısının sınırı içerisinde kaldığını bildirdiklerini, halbuki, davalıların bu yeri iyi bilmeyip kasten gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıklarını böylece 3. 500 lira değerindeki taşınmazının elinden çıkmasına davalıların (bilirkişilerin)sebebiyet verdiklerini, davalıların bu kötü eylemlerinin davalılardan l'nun noter önünde verdiği ikrar senedi ve diğer davalı B'nin mahkemeye verdiği dava konusu yere ilişkin bir bilgisi olmadığını belirten dilekçesiyle anlaşıldığını ileri sürerek muhakemenin iadesi yoluna gidebilmek için bu zararın davalılardan alınmasını istemiştir ... bu davadan davacının zararının varlığı ve dava edilen iki bilirkişinin durumu ve gerçeği bilmeden düşünce bildirdiklerini ikrar etmiş bulunmaları yeterli değildir. Ayrıca gerçekten önceki davada uyuşmazlık konusu olan yer parçasının sınırının tapısı içinde olduğu veya onun aynı hakkının üstün tutulması gerektiğini dahi ispatlaması şarttır. Bu ispatlanmadıkça ve ayrıca ispatlanmış olsa bile bu iki bilirkişi o şekilde düşünce bildirmemiş olsalardı, S aleyhine karar verilmeyeceği ispatlanmadıkça bu iki davalı bilirkişinin eylemi ile zarar arasında BK'nun 41 inci maddesinin uygulanmasını gerektiren neden sonuç bağının bulunduğunun kabulü mümkün değildir" (4. HD., 2.3.1967, 10923/1820, ABD., 4.HD/2, s. 130-132). "Bilirkişiyeye karşı açılan dava BK'nun 41 ve sonraki maddeleri hükümlerine uygun bir tazminat davasıdır ve BK n.

Sözü edilen görüş taraftarları, kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadırlar.

Bu görüş taraftarlarından bir kısmı, özellikle bilirkişinin gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulmalarının, gerçeğe aykırı rapor tanzimi işini kasten (bile bile) yapmış olmaları haliyle sınırlı bulunduğu (HUMK m. 445/5); ihmâl suretiyle gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenlemişlerse haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulamayacaklarını savunmakta ve buna gerekçe olarak da, aksi bir tutumun benimsenmesi halinde, bilirkişilerin çok geniş kapsamlı bir sorumluluk yükü altında bırakılacaklarını, bunun da hakim'in yardımcısı konumunda bulunmaları niteliği ile bağdaştırılmayacağını ileri sürmektedirler.²⁹

Bilirkişinin hukukî sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesini savunan görüş taraftarlarından bir kısmı da, onların sadece kastlarının değil; bunun yanı sıra ağır ihmâlleri ile gerçeğe aykırı bir biçimde vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararlardan ötürü de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmasını; hafif ihmâlin ise bu bağlamda tümüyle göz ardı edilmesi gerektiğini³⁰ ileri sürmekte ve bu tür bir çözümlemenin, bilirkişilerin hakim'in yardımcısı olmaları sebebiyle tıpkı hakimler gibi kasıt ve ağır

60'daki zamaşaşımına tabidir..." (4.HD., 26.1.1959 günlü karar, Kuru s. 2799-2800).

²⁹ Kuru s.2797.

³⁰ Yılmaz s. 30; Deryal s. 70; Akyol Ş., Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s.57-76), s. 76; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., : Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2002, s.432. Yıldırım, M.K., Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu (75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841), s.838-839. Özellikle bilirkişi raporundaki yanlışlık, eksiklik ve gerçeğe aykırılık kendisini açıkladığı ve bu eksiklikleri ve yanlışlıkları düzeltmesi için ek rapor talep edildiği halde; bütün bunları gözardı ederek yanlışında ısrar edecek olursa ağır ihmâl ve hatta kastı nedeniyle hukukî sorumluluğu yoluna gidilmelidir (Yılmaz s. 30; Akyol s. 75).

ihmâli halleri ile sınırlı olarak tazminle yükümlü bulunmalarını öngören kuralla da (HUMK m. 573) büyük ölçüde paralellik arz edeceğini, bağdaşacağını kaydetmektedirler.³¹

Bilirkişi ile kendisini görevlendiren adli makam arasında kamu karakterli bir bağ bulunduğu, onun yargılama süreci içinde üstlenmiş olduğu işlevin icrası sırasında resmi bir görevli ve hakimın yardımcısı olma niteliklerini taşıdığı hususları birlikte gözetildiğinde, hukukî sorumluluğun tâyininde özel hukuk temellerine bağlı kalınması ve bu bağlamda haksız fiil sorumluluğunun esas alınması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

Bu konu ile ilgili olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında bir vekâlet sözleşmesi mevcuttur; dolayısıyla bilirkişinin hukukî sorumluluğunun tâyininde vekilin sorumluluğu ile ilgili kurallar esas alınmalıdır (BK. m. 390; m. 320).³²

Kanımızca, bilirkişiyle, ne taraflar arasında ne de kendisini görevlendiren mahkeme arasında akdî bir bağ mevcuttur; hatta bilirkişiyle sözü edilen mahkeme arasında kamu hukuku karakterli bir ilişkinin bulunduğu tartışmasız bir biçimde genel kabul görmüştür. Dolayısıyla bu tür bir hukukî nitelendirmeden sonra, onun hukukî sorumluluğunun tâyininde, akdî sorumluluk temeline dayalı bir çözümleme olan vekâlet akdi hükümlerinden (BK m.390; m.321) hareket edilmesi de mümkün değildir.

Doktrindeki diğer görüşe göre, bilirkişilerin hukukî sorumluluklarının hangi esaslara göre tâyin edileceğinin saptanmasında, ikili bir ayırım gözetilmeli; bu çerçevede, bilirkişilerin,

³¹ Sengül s. 458. Olması gereken hukuk bağlamında, hakimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin de (HUMK. m. 573 vd.), Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen kurala uygun hale getirilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Bkz., Aydınalp, S., Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 273-274).

³² Belgesay, M. R., Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1940, s. 119.

raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında, kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları (keşif ve tetkikat sırasındaki) tasarruflarından yani idarî nitelikteki faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için, Adalet Bakanlığı'na karşı idarî yargı yerinde tam yargı davası açılması yoluna gidilmeli; gerçeğe aykırı bir biçimde düzenleyip vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmininin temini için ise haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) yönelinmelidir.³³

Bilirkişiye, resmi görevli ile hakimin yardımcısı olma niteliklerinin atfedilmesi ve onunla kendisini görevlendiren makam arasında kamu hukuku karakterli bir bağın bulunduğu kabulünden sonra, hatalı raporlarından kaynaklanan zararların tazmini bağlamında, özel hukuk temeline bağlı kalınmak suretiyle haksız fiil hükümlerine dayanarak bir çözüm üretilmeye çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

2. Görüşümüz

a. Genel Olarak

Kanımızca, bilirkişilerin hukukî sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğinin tâyininde, onların sözü edilen görevinin icrası sırasında kamu kudreti (kamusal yetkilerini) kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunduğu tümüyle adli-idarî nitelik taşıyan tasarruflarından kaynaklanan zararların tazmini ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmini arasında, ikili bir ayırım yapılması gerekir.

b. Bilirkişinin, Raporunu Hazırlamasından Önceki Evrede Rapora Hazırlık Bağlamında Gerçekleştirmiş Olduğu Tasarruflardan Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

³³ Tanverdi, M., Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1991 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 223.

Bilirkişilerin, çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakia tespitini ya da tecrübe kurallarını vakialara uygulayarak varmış olduğu sonuçları içerecek olan raporlarının hazırlanmasından önceki evrede, kamusal bir yetkiye dayalı olarak, kendilerine tevdi edilmiş olan malzemeler (sanat eserleri, teknik araçlar ve belgeler) ya da gözlem, müşahede, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle inceleme adı altında bizatihi kişiler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür.³⁴

Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdi edilmiş olan malzemeyi (örneğin, orijinalliğini tespit bağlamında kendisine tevdi edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tâyini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri), bir zarara uğratması veya tıbbi inceleme evresinde kişilerin beden tamlıklarını, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi³⁵ her zaman olasıdır (muhtemeldir).³⁶

Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği taşıdığı tartışmasız kabul edilen adli bir görevin ifası bağlamında, adli organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle gerçekleştirildikleri için adli-idarî eylem niteliği taşırlar ve idare, bu eylemlerden kaynaklanan zararları hizmet kusurunun varlığı nedeniyle (AY m. 125, son f.) tazminle yükümlü tutulmalı; bu durumda Adalet Bakanlığı'na karşı idarî yargı yerinde, ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir.

Eğer, bilirkişi Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi ise, onun memurlarının vermiş oldukları zararların tazmini açısından bu yola müracaat edilebileceğinde hiçbir kuşku duymamak gerekir.

³⁴ Tanverdi s. 218.

³⁵ Bu çerçevede örnek olarak, bilirkişinin babalık tâyinine yönelik inceleme sebebiyle kan alımı evresinde göstermiş olduğu dikkatsizlik ve özensizlik sonucu, kanı alınan kişiye sarılık veya diğer bir bulaşıcı hastalığı bulaştırması gösterilebilir (Tanverdi s. 218).

³⁶ Tanverdi s. 218.

c. Bilirkişinin Gerçeğe Aykırı Rapor Vermiş Olmasından Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği tâyin edilirken, onların yargının işleyişinde üstlenmiş oldukları görevin niteliği ile bu görevin icrası sırasında buldukları hukukî statüyü (taşımış olduğu hukukî kimliği) dikkate alıp buna göre bir sonuca varmak, daha doğru ve daha sağlıklı bir yaklaşım biçimi olur.

Bilirkişiler, klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik olarak görev yaparlar yani bir kamu görevi icra ederler.³⁷

Anayasa'nın 128. maddesinde ise, kamu görevlerinin, memurlar ile diğer kamu görevlileri aracılığı ile yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında, bilirkişilik görevi de bir kamu görevi olduğuna göre, bilirkişilerin, bir "memur" mu; yoksa "diğer bir kamu görevlisi" mi konumunda buldukları sorunu ortaya çıkar. Bu konuda doğru ve sağlıklı bir yargıya varılabilmesi için, kısaca anayasal bir ayırımın ürünü olan "memur" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları üzerinde durulması gerekir.

Memur kavramının, kesin bir tanımının yapılması son derece güçtür. Bunun temel nedeni, muhtelif ülkelerin kanun koyucularının, memuru, kendi ülkelerindeki politik, sosyal ve teknik ihtiyaçları göz önünde tutarak tanımlamakta olmasıdır.³⁸ Hatta bir ülkenin muhtelif kanunlarında bile, memurun farklı şekillerde tanımlandığı ve zaman zaman "bu kanunun

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz., Tanrıver, S., Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 33-38.

³⁸ Onar, S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. B., İstanbul 1966, s. 1074.; Kanlıgöz, C., 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Kapsamı ve Anlamı, (AÜHFD., 1993/1-4, s. 169-196), s.187.

uygulanmasında şunlar memur sayılır" şeklinde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Belirtilen bu nedenlerden ötürü, bütün zamanlar ve mekanlar açısından genel geçerliliğe sahip bir memur tanımının yapılması mümkün değildir.³⁹ A

ncak genel çerçevede, bir memurun varlığından söz edilebilmesi için, şu iki unsurun bir arada bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlar: Ortada bir kamu hizmetinin bulunması ve kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kişinin, sürekli bir biçimde idari kadro ve idarî hiyerarşi içerisinde yer almasıdır.⁴⁰

Anayasa'da sözü edilen "*diğer kamu görevlileri*" kavramının içeriği, henüz tam olarak belirginlik kazanmamıştır; bu kavram hâla soyut bir kavram konumundadır. Kamu görevlilerinin öncelikle ve kural olarak memurlar aracılığıyla yerine getirileceği gerekçesi ile, memur kavramını belirlemek için kullanılan ölçütler çerçevesinde diğer kamu görevlileri kavramının kapsamının (içeriğinin) tespit edilmeye çalışılması,⁴¹ memur kavramı ile kamu görevlileri kavramının özdeşleştirilmesi sonucunu doğurur ki; bu büyük bir yanlış olur. Zira, memur kavramı ile diğer kamu görevlileri kavramı özdeş kavramlar değildir. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren⁴² ve kapsam itibarıyla ondan daha da geniş olan bir kavramdır.⁴³ Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, kamu görevlisi kavramının kapsamının tâyininde

³⁹ Onar s. 1074.

⁴⁰ Onar s. 1075; Güran, S., Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı (Anayasa Yargısı IV, Ankara 1987, s. 39-66), s. 53; Şekercioğlu, M., Ceza Hukukunda Memur Kavramı, İstanbul 1974, s. 11.

⁴¹ Güran, S., Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu (Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 191-200), s. 199. Bu bağlamda bir belirleme yapılacak olursa, Anayasa'nın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen diğer kamu görevlilerinin, ancak "idare ile bir kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlar" olduğu söylenebilir (Güran-Kamu Görevlileri s. 199; Güran s. 46 dn. 17).

⁴² Karatepe, Ş., İdare Hukuku, İzmir 1988, s. 133.

⁴³ Karatepe s. 135-136.

kullanılmayacağı kendiliğinden ortaya çıkar. Zira, memurlar, kamu görevlilerinin küçük bir bölümünü teşkil ederler.

Kamu görevlisi kavramının unsurları genel çerçevede şu şekilde sıralanabilir:⁴⁴

a. Kamu görevinde çalışıp da memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma,

b. Devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı bulunma.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi atanmışsa, sözü edilen görevi icra edecek kurum çalışanı, zaten hem anayasa hukuku hem de idare hukuku anlamında memur konumundadır. Çünkü resmi bilirkişi olarak görevlendirilen kurum çalışanı, bir kamu görevi icra eden, idarenin daimî ve sabit kadroları ile bürokratik-hiyerarşik yapısı içinde çalışan aslı eleman konumundadır. Buna karşılık, bilirkişi olarak resmi herhangi bir kimliği bulunmayan kişiler, yani özel kişiler görevlendirilmişse, bunlar ne idare hukuku ne de anayasa hukuku anlamında memur sayılabilirler; ancak bu kişiler de adli hizmetlerin bir parçasını oluşturan ve onunla bütünleşmiş bir konumda bulunan kamu görevi yapmaktadırlar. Sözü edilen nitelikteki bilirkişilerin (resmi olmayan bilirkişilerin) görevlendirilmeleri ile birlikte, kendilerini görevlendiren mahkeme ile bunlar arasında özel (kendine özgü) bir kamu hukuku ilişkisi kurulur.⁴⁵ Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp; genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş olması, görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabul zorunlu tutulmaları (CMUK m. 68, I/II; HUMK m. 278, I); özellikle ceza

⁴⁴ AMK., 19.4.1988 tarihli karar (RG., 23.8.1988, sa.19908, s.52).

⁴⁵ Jauernig, O., Zivilprozessrecht, 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 202; Damm, R. Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen (JuS., 1976/6, s. 359-363), s. 359; Hopt, K., Schadenersatz aus unberechtigter Verfahreseinleitung, München 1968, s. 286; Leuch/Marbach/Kellerhals s. 523; Tanrıver, s. 43-44. Aynı durum, adli bir organ Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişi görevlendirilmesi halinde de (CMUK m. 66, II) geçerlilik taşır.

yargısı bağlamında yeminle yükümlü bulunmaları (CMUK m. 72, I); objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri, bu kapsamda hakimler hakkındaki sebeplere dayanarak reddedilebilmeleri (CMUK m. 67, I; HUMK m. 277); aynı gerekçelerle kendilerini reddedebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri (HUMK m. 238, II; CMUK m. 69, I), görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümleri öngörülmüş bulunması (CMUK. m. 70; m.63; HUMK. m. 278,III, m. 253); ihzâren celbedilebilme ve tutuklanabilme olanaklarının varlığı; bazı kamusal yetkilerle donatılmış bulunmaları (CMUK m. 73; HUMK. m.279); etki altına alınmalarını temin bağlamında yapılmış olan eylem ve davranışların bir tutuklama nedeni sayılmış olması (CMUK m. 104, I/2); Türk Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunmaları⁴⁶ ve adli sistem içerisinde üstlenmiş oldukları görevin bir kamu görevi niteliği taşıması, bu özel kamu hukuku ilişkisinin göstergelerini (delillerini) oluşturur. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede resmi kimliği bulunan görevli olduğu söylenebilir.

bb.Hukuki Sorumluluklarının Belirlenmesi

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu durumda bulunan ilgili görevliye rûcu hakkının saklı olacağı; 129. maddenin beşinci fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rûcu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendinde ise, "*Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulünün ilânıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş*

⁴⁶ Bkz., aşa s. 14 vd.

ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmıyan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanır" kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, bu kanunî düzenlemeler yapıncaya kadar, ilgili Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır.⁴⁷ Birlikçilerin hukukî sorumluluğu ile ilgili olarak mevzuatta herhangi bir yasal düzenleme yer almadığına göre, bu durumda, Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendi uyarınca, bir kamu görevi yürüten kamu görevlisi konumunda bulunan birlikçilerin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı hukukî sorumluluklarının belirlenmesinde de, Anayasa'nın kamu görevlilerinin hukukî sorumluluğunu öngören 129. maddesinin beşinci fıkrası hükmüyle 40. maddesinin ikinci fıkrası hükmü doğrudan doğruya uygulanacaktır.⁴⁸

Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta; aksine bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenleme de, memur ve diğer kamu görevlilerinin daha geniş bir ifadeyle resmi görevlilerin, görevlerini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan dolayı Devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası anla-

⁴⁷ Gören, Z., Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s.3-33), s. 30-31; Gören, Z., Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s.75; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, 2. B. Ankara 1989, s. 39; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s.118; Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1998, s.192.

⁴⁸ Birlikçi olarak görevlendirilen Adli Tıp Kurumu gibi bir resmi birlikçi ise onun çalışanının kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor tanzim etmesinden kaynaklanan zararlardan ilgililere, memur olması sebebiyle, Devlet zaten Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hukuken sorumlu olacaktır.

SÜHA
TANRIVER'İN
TEBLİĞİ

mında kamu görevlisi; 40. maddesinin ikinci fıkrası anlamında ise resmi görevli durumunda bulunan bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı devlet birinci derecede sorumlu olacak; ancak onun da kusurlu bilirkişiyeye rücu hakkı saklı bulunacaktır.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında ve 129. maddesinin beşinci fıkrasında, hakkında düzenleme öngörülen Devletin sorumluluğu, niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur.⁴⁹ Bu durum, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasındaki "işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları" ve 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki "vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir" ibarelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluğun klâsik (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğundan farklılaşmasını sağlayan olgu, zarara öncelikli olarak katlanacağı kusurlu tutum ve davranışları ile zarara sebebiyet verenin kendisinin değil; Devlet olmasıdır.⁵⁰

Devletin, bilirkişilerin, gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken koşullar, haksız fiil sorumluluğunun unsurları da (BK m. 41) dikkate alınmak suretiyle şu şekilde sıralanabilir:

1. Bilirkişi, gerçeğe aykırı bir biçimde rapor düzenleyip vermiş bulunmalıdır.
2. Gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi olgusu, bilirkişinin kastının ya da ihmâlinin (özellikle, ağır ihmâlinin) ürünü olmalıdır.
3. Bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş bulunmasından dolayı bir zarar doğmuş bulunmalıdır.

⁴⁹ Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 3. B. Ankara 1989, s. 178. Yani, burada devletin birinci derecede sorumlu olabilmesi için, memur veya kamu görevlisinin görevini ifası sırasında üçüncü kişilere zarar veren eyleminin veya işleminin bir haksız fiil niteliği taşıması gerekir.

⁵⁰ Eren s. 178.

4. Kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlenip verilmesiyle meydana gelen zarar arasında, uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bu durumda, bilirkişinin, kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu, o davada, örneğin ikinci bir bilirkişi raporu alındığı için hükme dayanak yapılmamış ya da bu gerçeğe aykırı rapor olmasaydı bile, dava, yine, davayı kaybeden taraf aleyhine sonuçlanacak idiyse, artık gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunduğundan söz edilemeyeceği için, Devletin tazmin sorumluluğunun doğması mümkün olmayacaktır.⁵¹ Yine, zarara marûz kalanın kasten yahut ağır ihmâl suretiyle, zararın doğumunu engelleyecek yahut bertaraf edebilecek hukukî olanakları kullanmaktan, bunları tüketmekten kaçınmış bulunması da, tazmin yükümlülüğü bağlamında, illiyet bağı kesen bir hal olarak kabul edilmelidir. Bunu ispat yükü de, sorumluluk davasının davalısı konumunda bulunan Devlete ait olmalıdır.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında ve 129. maddesinin beşinci fıkrasında hakkında düzenleme öngörülen devletin sorumluluğu, hukukî niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğu (BK m. 41) olup; haksız fiiller alanında da esas görevli yargı yerleri konumunda adliye mahkemeleri bulunduğuna göre, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı devlet aleyhine açılacak tazminat davalarına da, adliye (hukuk) mahkemelerinde bakılmalıdır. Yine, devlet (idare), bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmasından kaynaklanan zararı, açılan tazminat davası sonucunda davacıya, yani zarar görene ödemek zorunda kalırsa, bu davranışı ile zarara sebebiyet vermiş olan bilirkişiye rücu edebilir (AY m. 129, II); açılacak olan rücu davasında da, adliye (hukuk mahkemelerinde bakılmalıdır.

Ayrıca, bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu (rapor verdiği) bir ceza mahkemesi hükmü ile sabit

⁵¹ Kuru s. 2797.

olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (HUMK. m. 445/5).

B. Bilirkişinin Disipliner Sorumluluğu⁵²

Bilirkişilerle ilgili olarak disiplinler yaptrım öngören hükümler, hukuk yargısı bağlamında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, ceza yargısı bağlamında da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasında, bilirkişi olarak davete icabet yükümlülüğü olup da mahkemeye gelmekten veya davete icabet edip de, bilirkişilik görevini ifadan kaçınanlar hakkında, tanıklığa ilişkin hükümlerin (m. 253) uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, bilirkişiliği kabul yükümlülüğü bulunup da geçerli bir sebep olmaksızın yapılan davete icabet etmemiş olan ya da icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış olan bilirkişi, para cezasına çarptırılır; yargılamanın ertelenmesine neden olmuşsa, ertelemeden kaynaklanan yargılama giderlerini ödemeye de mahkûm edilebilir. Ayrıca, bu bilirkişinin ihzaren celbedilmesi de mümkündür. Yine, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. maddesinde de, oy ve görüş bildirmekle yani bilirkişilik yapmakla yükümlü olan bilirkişinin, davete icabet etmemesi ya da icabet edip mahkemeye gelip yeminden veya oy ve görüşünü açıklamaktan kaçınması halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin (CMUK m. 63) işlerlik kazanacağı yani sözü edilen davranışları sergileyen bilirkişinin, bu tutumundan doğan giderler ile para cezasını ödemeye mahkûm edileceği; beyanda bulunmaya ya da yemini eda etmeye zorlama amacıyla sınırlı olarak, azami 6 ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere paralellik arzeden kurallar, Alman ve Avusturya Medeni kanunlarında da yer almaktadır.

⁵² Tanriver, s.113-115.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 409. paragrafı uyarınca, bilirkişi davete icabet etmez ya da vermek zorunda olduğu raporunu tevdi etmez veya iadesi gereken belgeleri iadede kaçınırsa, bu eylemlerinden kaynaklanan zararları ödemeye mahkûm edilir; para cezasına çarptırılır; itaatsizlikler yinele-necek olursa, para cezasının tutarı artırılır.

Yine, Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 354. paragrafının birinci fıkrası uyarınca, rapor düzenlemek üzere atanmış olan bilirkişi, raporunu makûl mazeret (geçerli neden) göstermeden tevdi etmektan kaçınır (yani, raporu hiç tevdi etmez) ya da tâyin edilen süreden daha sonra raporunu verir yahutta delillerin ikame edileceği oturuma usulüne uygun bir biçimde davet edilmiş olmasına rağmen davete icabet etmezse, tevdiden kaçınma, icabet etmeme ya da geç tevdiden kaynaklanmış olan masrafları tazminle mahkemece yükümlü tutulur. Bunun dışında, bilirkişiye, ayrıca mahkemece disiplin cezası (Ordnungstrafe) verilebilir ya da bilirkişi kasten raporunu tevdiden kaçınmışsa, bununla ilgili olarak öngörülmüş bulunan özel cezaya da (Mutwillenstrafe) çarptırılabilir.

Bilirkişiyi görevlendiren mahkeme, disipliner bağlamda, bilirkişinin, üstlenmiş olduğu resmi görevle çelişir nitelik taşıyan bir takım tutum ve davranışlar sergilemesi halinde, ona, eyleminin ağırlığını ve niteliğini gözetererek, bilirkişi ücretinin takdiri konusunda kendisine tanınmış bulunan yetkiye dayanarak ücret kesintisi uygulayabileceği gibi; ücretin tamamının ödenmemesine de karar verebilir.⁵³ Yine, sözü edilen makamın, bilirkişiye, görevini yerine getirirken daha dikkatli davranması gerektiği; aksi takdirde, hakkında ücret kesintisi yapılması ya da ücretin bütünüyle ödenmemesi işleminin uygulanacağını öngören uyarılarda bulunması da mümkündür.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kimse, aynı zamanda devlet memuru ya da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun mensubu ise, onun bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında yapmış olduğu görevinin gerekleriyle bağdaşma-

⁵³ Kuru s. 2794.

yan tutum ve davranışları, aynı zamanda Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümlerinin (DMK. m.125) ya da asıl mensubu bulunduğu mesleğin genel geçerliliğe sahip davranış normlarının veya disipliner yaptırım öngören iç düzenlemelerinin ihlâli niteliğini taşıyorsa, ilgili mercii bundan haberdar edilmek suretiyle oradan da disiplin cezası alması sağlanabilir.

Olması gereken hukuk açısından, bilirkişilik yapacak kim-selerin tamamının, üst bir hukukî yapılanmanın çatısı altında toplanması suretiyle, bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanacak olursa, hem davranış normlarının standardizasyonu hem de bilirkişilere uygulanacak disipliner yaptırımların sicillerinin de tutulması suretiyle etkinliğinin artırılması; disipliner denetimin kolaylaştırılması ve durumlarının rahatlıkla izlenmesi gerçekleştirilmiş olur. Bilirkişiliğin, etik kurallarının oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, bu alanda da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu; bu yapılanmanın "*Bilirkişi Odaları*" ve "*Bilirkişi Odaları Birliği*" şeklinde gerçekleştirilmesinin uygun olacağı görüşü, doktrinde de dile getirilmektedir.⁵⁴ Nitekim, Adalet Bakanlığı bu tür bir yapılanmayı öngören kanun taslağı da hazırlamış durumdadır. İşlevleri itibarıyla hakemlerden farklı olarak, salt bilirkişilik alanıyla sınırlı kalmak kaydıyla, "*Bilirkişi Odaları*" ile üst kuruluş olarak "*Bilirkişi Odaları Birliği'nin*" oluşturulmasının, bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasının gerçekleştirilmesi ve yozlaştırılmasının önlenmesinin sağlanması açısından son derece yararlı olacağı hususu da, doktrinde ifade edilmiştir.⁵⁵

Bilirkişiliğin bir meslek sayılmayıp; mesleğin modülasyon (kipi) olduğu gözetilecek olursa, ancak meslekler için

⁵⁴ Karayalçın, Y., "*Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği*" İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.30-31; Yılmaz, E., aynı eser, s.16-17.

⁵⁵ Bkz., Yılmaz, E., *Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı* (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s.538-550), s.549-550.

işlerlik kazanabilecek bir hukukî yapılanma modeli olan Oda ve Odalar Birliği şeklindeki bir yapılanmanın bilirkişilik kurumuna uygun düşmeyeceği aşikâr biçimde ortadadır.⁵⁶ Çünkü Oda ve Odalar Birliği kurumları, ancak meslekler bakımından uygulanma alanı bulabilecek olan yapılanma modelleridir. Bilirkişilik ise, her şeyden önce, bir "meslek" olarak nitelendirilemez. Meslekten sözedilebilmesi için, özel bir bilgiye ihtiyaç gösteren, öğrenilen bir sanatın az veya çok sürekli bir biçimde icra ediliyor olması gerekir.

Bilirkişilik ise, bu nitelikleri taşımamaktadır; tamamen arızı veya tesadüfi olarak icra olunan bir faaliyet konumundadır; sürekli bir biçimde icra olunmaz.

Öte yandan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda oy ya da görüş bildirme ile sınırlı bir faaliyet, bir meslek olmaktan ziyade, mesleki verilerin somut plânda dile getirilmesi; mesleğin bir yansıma biçimi olarak algılanabilir. Bu durumda, bilirkişi etiğinin oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte, her bağlamda ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, ihtiyaç duyulan koordinasyon ve korelasyon kurumu olarak, halihazırda mahkemelerimiz bünyesinde yer alan adalet komisyonlarından yararlanılması düşünülebilir. Bu bağlamda, adalet komisyonları, meslek odaları ve onların üst kuruluşlarıyla ilişki kurmak suretiyle, mahkemelerde bilirkişilik yapacak olanların bir listesini oluşturmalı; her yıl sözü edilen kuruluşlarla iletişim kurmak suretiyle, bu bilirkişilik listelerini güncelleme yoluna gitmeli ve bu listelerin bir örneğini kendi bölgesinde bulunan tüm mahkemelere gönderme yoluna gitmelidir. Bu suretle, mahkemelerin, bilirkişi seçimi evresinde karşılaşılabileceği güçlükler önemli ölçüde aşılmış olur.

Öte yandan, Adalet Komisyonlarına, atanmış olan bilirkişilerin, görevlerinin gerekleriyle bağdaşmayan tutum ve dav-

⁵⁶ Aynı yönde, bkz., Kalpsüz, T., "Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği" İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.12-14.

ranuşlar sergilemesi halinde, mahkemelerin bildirimini üzerine, gerekli disiplinler işlemi yapması için konuyu bilirkişinin kayıtlı olduğu meslek kuruluşlarına intikal ettirme görevi verilmeli ve ayrıca eylemin ağırlık derecesini de gözeterek, bilirkişi olarak görev yapan kişinin isminin listeden çıkartılmasına karar verebilmesine de olanak tanınmalıdır. Bu durumdan diğer adalet komisyonlarının haberdar edilmesi de, ilgili adalet komisyonuna bir görev olarak yüklenmelidir. Böylelikle, bilirkişi olarak görev yapacak kimsenin mensubu bulunduğu mesleğin etik kurallarına uygun davranması ve bir anlamda disipline edilmesi de belli ölçüde sağlanmış olur.

C. Bilirkişinin Cezai Sorumluluğu

I. Bilirkişinin Türk Ceza Kanunu Anlamında Memur Olup Olmadığı Sorunu

Türk Ceza Kanunu anlamında memur kavramından ne anlaşılması gerektiği, sözü edilen Kanun'un 279. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre;

"Ceza Kanunu'nun tatbikatında;

1. *Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idarî veya adli bir amme vazifesi gören devlet ve her türlü amme müesseseleri memur veya müstahdemleri;*

2. *Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî veya mecburî olarak teşrii, idarî veya adli bir amme vazifesi gören kimseler memur sayılır.*

Ceza Kanunu tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaflı olanlar:

1. *Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müesseselerinin memur ve müstahdemleri;*

2. *Devamlı veya muvakkat ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburî surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir".*

Sözü edilen maddenin birinci fıkrasında Ceza Kanunu'nun uygulanması yönünden kimlerin "memur" sayılacağı; ikinci fıkrasında ise kimlerin, "amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, kanun, memurlar ile amme hizmeti görmekle muvazzaf kimseleri birbirinden ayırmakta; bu ayırmada ölçü olarak da bunların gördükleri işlevin (ifa ettikleri faaliyetin) niteliğini esas almaktadır.⁵⁷ Bu durumda, yaptığı faaliyet kamu görevi olarak nitelenenler "memur"; buna karşılık yaptığı faaliyet kamu hizmeti olarak nitelenenler ise, "amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılacaktır.⁵⁸

Ceza Kanunu'nun 279. maddesindeki her iki kategori de, iki alt gruba ayrılmaktadır. Gerçekten, her iki fıkranın birinci bentlerinde, Devlet veya kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunan "memur"lardan veya "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse"lerden söz edilmektedir. Her iki fıkranın ikinci bentlerinde yer alan "amme vazifesi gören diğer kimseler" ve "amme hizmeti gören diğer kimseler" şeklindeki ibareler ile, Devlet ve her hangi bir kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunmayan "memur"lara ve "amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse"lere işaret edilmektedir.⁵⁹ Buna göre, bir kimsenin "memur" veya "amme hizmeti görmekle muvazzaf kimse" sayılabilmesi, onun subjektif durumuyla yani istihdam ilişkisi içerisinde olup olmamasıyla ilgili değildir; bir "kamu görevi" veya bir "kamu hizmeti" gören herkes, Ceza Kanunu yönünden "memur" veya "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan kimse" sayılmaktadır.⁶⁰

Gerek Adli Tıp görevlileri gibi resmi bilirkişiler gerekse resmi olmayan bilirkişiler, adli bir kamu görevi yapmaktadırlar;⁶¹ resmi bilirkişiler, devlet ile ya da bir kamu kurumu ile zaten istihdam ilişkisi içerisinde dirler; resmi olmayanların

⁵⁷ Erman, S., Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur (SBFD., 1947 (3-4, s. 235-276), s. 242; Toroslu, N., Ceza Hukuku, Ankara 1990, s. 236.

⁵⁸ Erman, s. 242; Toroslu s. 236.

⁵⁹ Toroslu, s. 236.

⁶⁰ Erman, s. 242-243; Toroslu s. 236.

⁶¹ Çetin, E., Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanma Usulü ve Memur Suçları, Ankara 2000, s. 13.

ise atanması ile birlikte Devlet ile aralarında kamu hukuku temeline dayalı olarak özel (kendine özgü) bir bağ kurulmuş olur. Türk Ceza Kanunu'nun 282. ve 290. maddelerinde öngörülmiş bulunan düzenlemeler, bu bağın en önemli kanıtlarıdır. Bu bağlamda, resmi bilirkişiler, Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi birinci fıkrasının birinci bendi; resmi olmayanlar ise, aynı Kanun maddesinin aynı fıkrasının ikinci bendi uyarınca, Ceza Kanunu anlamında memur sayılırlar; çünkü her iki düzenlemenin öngördüğü koşulları tümüyle bünyelerinde barındırmaktadırlar.

Hem doktrin hem de yargı uygulamasında, bilirkişilerin, Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi anlamında memur oldukları hususu genel kabul görmektedir.⁶²

⁶² Erman, s. 266; Şekercioğlu, s. 23-24; Malkoç, İ., Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihadlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2000, s. 592; Çetin s. 5. "... kamu yararı belirli bir kamu faaliyetinin seri bir şekilde ifa edilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi adeta bir zaruret halini alır. Bazı hallerde ise, maslahata uygunluk düşünceleri dolayısıyla özel şahıslara belirli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın amme fonksiyonunu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi onun her zaman memur sayılacağına delalet etmez. Bir kimsenin memur sayılabilmesi içinde bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İlk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasını "Bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olması" dır. Diğer bir şart da "Devletle hukukî tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir amme hukuku münasebeti ve rabitasının bulunmasıdır". Şu halde zaruret veya kamu yararı icabı herhangi bir amme vazifesinin bir vatandaş tarafından ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulunmuş ve vatandaş da bu fonksiyonu devlette hususi bir amme hukuku münasebeti kurup hukukî bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise memur sayılır. Bu şartlardan birisi eksik ise, örneğin, muhbir ve meşhut suç dahilinde muvakkat yakalamada bulunan vatandaşın durumu gibi, o kimse memur sayılamaz. Yukarıda belirttiğimiz şartlara uygun olarak amme vazifesi gören özel kişilere örnek olarak, şahit, bilirkişi ve tercümanlardır. Bu kimseler, hakim tarafından verilen hükme iştirak ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları (TCK m. 282) ve bunlar re'sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla devlet arasında mevzu bahis özel rabita kurulduğundan, Ceza Kanunu'un 279 uncu maddesi anlamında ve "diğer kimseler" tabiri içine dahil memurlardır (CGK, 25.11.1985, 4101595, Savaş, V./Mollamahmutoğlu, S., Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. II, 3.B. , Ankara 1998, s. 2796).

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Ceza Kanunu 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 279. maddesindeki gibi kategorik ayrımlara gidilmeden, "memur" kavramı yerine onu da içeren üst bir kavram olan "kamu görevlisi" kavramı baz almış ve bu kavram tanımlamıştır. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisinden maksat, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Ayrıca, yeni Ceza Kanunu'nda, kamu görevlisi dışında, kategorik bir kavram olarak yargı görevlisi kavramı da tanımlanmıştır. Yargı görevlisinden maksat ise, yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri de Cumhuriyet Savcısı ve avukatlardır (Yeni TCK m. 6, I/d).

Yeni Türk Ceza Kanunu, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için, yegâne ölçüt olarak, gördüğü işin bir kamusal faaliyet niteliği taşımasını esas almıştır. Kamu görevlisi sayılabilmek açısından, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin, maaş, ücret ve sair bir maddî karşılık alıp almamalarını yahut bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapıyor olmalarının herhangi bir önemi yoktur.

Bu kavramsal tanımlamalar çerçevesinde, bilirkişiler, yargı görevlisi olarak nitelendirilemezler. Ancak, onlar Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak nitelendirilebilirler. Nitekim bu hususa, kanunun 6. maddesinin gerekçesinde "... kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir ..." demek suretiyle açıkça işaret edilmiştir.

Bilirkişilerin, Ceza Kanunu anlamında memur (yeni yasal deyişle, kamu görevlisi) sayılması, her şeyden önce onlara yöneltilecek olan fiili taarruzların ve yapılacak olan hakaretlerin önlenmesinde önemli ölçüde etkili olacaktır. Yine, kanunda, bu bağlamda, resmi kimliği dolayısıyla bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışlara tutuklama nedenleri arasında yer verilmiştir (TCK m. 104, I/2).

Ayrıca, bilirkişi, Ceza Kanunu anlamında memur (kamu görevlisi) konumunda bulunduğu göre, memurların (kamu görevlilerinin) işleyebileceği suçları yani mahsus suçları da işleyebilir. Bu bağlamda, bilirkişi, rüşvet ve irtikap suçlarının (TCK m.211; m.209; yeni TCK m.252; m.250) faili olabilir. Yine, bilirkişi, üstlenmiş olduğu bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında taşıdığı resmi sıfatın gereği ve görevi sebebiyle kendisine tevdi edilmiş olan ya da tesadüfen öğrenmiş bulunduğu resmi sırları ifşa edecek olursa, onun sözü edilen bu eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 229. maddesinde (Yeni TCK m.258) öngörülen suç oluşturur. Bilirkişinin, sergilemiş olduğu tutum ve davranışlar, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m.257, II) öngörülen görevi ihmâl suçuna da vücut verebilir.⁶³

Bilirkişi olarak atanan kişi, kanunen bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunan kimselerden olup (CMUK m. 68, I,II; HUMK m. 278,II), müteaddit olarak gelmemenin sonuçlarını öngören ihtarı da içerecek şekilde usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye davet edilmesine rağmen gelmemiş ya da bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmayanlar da dahil bilirkişi olarak görevlendirilen kimse yapılan davete icabet etmiş, bilirkişilik yapmak üzere mahkemeye (HUMK m. 281, II ve III; CMUK m. 75, II) gelmiş, bu görevi kabul etmiş; fakat hiçbir sebep göstermeksizin bilirkişilik görevini ifadan kaçınmışsa⁶⁴

⁶³ Öztürk, B./Erdem, M. R. /Özbek, V. Ö., Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2001, s. 179. Yeni Ceza Kanunu'nda, görevin gereklerinin yerine getirilmesinde ihmâl veya gecikme gösterilmesi olarak tanımlanan ve eski Türk Ceza Kanunu'nun 230 uncu maddesinde yer alan görevi ihmâl suçu, kavramsal çerçevede kaldırılmış ve bu durum da yeni Kanun'un 257 nci maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun kapsamı içerisinde mütalâa edilmiştir (m.257, II). Bu hususa, madde gerekçesinde, yeni Kanun'da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmâl suçları ayrımından vazgeçilmiş, şeklinde açıkça işaret edilmiştir.

⁶⁴ Bilirkişilik görevini ifa için mahkemeye gelen davete icabet eden kimse asılsız bir sebep ileri sürmek sebebiyle bu görevini yerine getirmekten kaçınır yani sözlü ya da yazılı olarak açıklama yapmazsa (raporunu vermezse) o, bu eylem ile görevi ihmâl suçunu öngören norma (TCK m. 230) nazaran daha özel bir norm konumunda bulunan asılsız bir sebep ileri

yani kanunda yazılı süreler çoktan geçmiş olmasına rağmen raporunu vermemişse,⁶⁵ onun sergilemiş olduğu bu tutum ve davranışları, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257) öngörülen suç oluşturur. Ancak, ikinci halde de sözü edilen suçun oluşabilmesi için, bilirkişinin, mahkemece raporu vermemenin sonuçlarını da içerecek biçimde uyarılmış olması aranmalıdır. Her ne kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin üçüncü fıkrasında, bilirkişilerin mahkemeye gelmekten veya gelip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmaları halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı; bu bağlamda bilirkişilerin para cezasına, tâlikten mütevellit masraflara da mahkûm edilebilecekleri ve ihzâren celbedilecekleri belirtilmiş ve buna paralel bir düzenlemeye de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. ve bu madde delâletiyle aynı Kanun'un 46. maddesinde yer verilmişse de, sözü edilen hükümler disiplin hükümleri konumunda bulunup, bir fiil aynı zamanda hem disiplin ceza hukuku hem de genel ceza hukuku bakımlarından ayrı ayrı suç oluşturabileceğinden, bilirkişinin yukarıda kendisine işaret edilmiş olan

sürerek bilirkişilik görevini ifadan imtina suçunu (TCK m. 282) işlemiş olur.

⁶⁵ "Asliye hukuk mahkemesince bilirkişi olarak dinlenen belediye fen memurunun iki kez yazı ile uyarılmasına karşın, raporunu vermeme biçiminde beliren eylemi nedeniyle TCK'nın 230 uncu maddesi ile cezalandırılmasına ilişkin olan yerel mahkeme kararı (tebliğnamesindeki bozma düşüncesine aykırı olarak) 4. Ceza dairesinin 11.10.1992 tarih ve 6383/6881 sayılı kararı ile onanmıştır" (Çetin s. 13 dn 21). " Oluşa göre, bilirkişi sanığın, rapor ve dosyayı bir yılı aşkın sürede vermemekten ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 240 ıncı maddesine hüküm kurulması ...Dikili Asliye Hukuk Mahkemesinin 1992/87 esas sayılı dosyasında 9.9.1993, 1993/67 esas sayılı dosyasında 23.9.1993 tarihlerinde yapılan keşiflerde bilirkişi olarak görev yapan sanığın belirlenen sürede rapor ve dosyaları vermediği dairesinin 4806 ve 5065 sayılı dosyalarının incelenmesinden anlaşılmasına göre, aralarında kişisel ve eylemsel bağ nedeniyle iki dava birleştirilerek, aynı suç işleme kararı ile davranıp davranmadığı ve olayda TCY'nin 230, 80. maddelerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışılarak hüküm kurulması gerekirken her eylemin bağımsız suç sayılması, yasaya aykırıdır..." (4. CD., 25.06.1996, 5068/5912; Günay, E., Uygulamada Hakim, Savcı, Avukatlar ve Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Ankara 1997, s. 264).

eylemi, ceza hukuku yönünden özel bir düzenleme öngören Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde belirtilen suça vücut vermeyeceği için, ona nazaran daha genel bir norm niteliği taşıyan ve Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m.257' de) yer alan suçunu kapsamına giren bir fiil olarak algılanmak gerekecektir.

Bilirkişi, taraflardan birisince vaat olunan para veya herhangi bir çıkar karşılığında adliye huzurunda gerçek dışı rapor vermiş veya oy ve görüş açıklamışsa, sözü edilen eylem hem rüşvet suçuna (TCK m. 211; yeni TCK m.252) hem de gerçeğe aykırı rapor verme suçuna (TCK m.290; yeni TCK m. 276, I) vücut verir ve bu durumda, sanık bilirkişiye, her iki suçtan ötürü ayrı ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurlarına göre içtima ettirilir (TCK m.78).⁶⁶

II. Bilirkişilikle İlgili Olarak Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülmüş Bulunan Özel Bazı Suçlar

1. Asılsız Bir Sebep İleri Sürmek Suretiyle Bilirkişilik İçin Yapılmış Olan Davete İcabet Etmemek veya Bilirkişilik Görevini İfadan Kaçınmak Suçu (TCK. m. 282)

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde, usulüne uygun olarak adli makamlarca davet edilmiş bulunan bilirkişinin, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle davete icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş olması veya icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, bir suç sayılmıştır. Sözü edilen fiillerin suç olarak öngörülmesi ile, genel çerçevede adli faaliyetin kesintisiz bir biçimde ve aksatılmadan işleyişinin sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁷

Bu suçun failini, yani aktif süjesini, ancak bilirkişiliği

⁶⁶ Şengün, s. 462.

⁶⁷ Yarsuvat, A: Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesi Üzerine Bir İnceleme (AD., 1969/2, s. 95-106), s.96.

kabul zorunluluğu bulunan kimseler oluşturabilir; böyle bir zorunluluğu bulunmayan kimseler bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde suç olarak öngörülen durumun gerçekleşmesi mümkün değildir.⁶⁸ Kanımızca, bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmasa bile, bir kimse, bilirkişilik görevini kabul edip mahkemeye gelmiş, dava dosyası kendine tevdi edilmişse, artık onun görevini ifadan asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle kaçınması halinde de, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülmüş olan düzenleme işlerlik kazanır.

Her şeyden önce, bilirkişi olarak görevlendirilmek istenen kimsenin, bu görevin ifası için, yargı yetkisine sahip adliye makamları⁶⁹ tarafından usulüne uygun olarak davet edilmiş bulunması gerekir.⁷⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen suçun maddî unsuru, adli makamlarca usulüne uygun bir biçimde bilirkişi olarak davet edilmiş bulunan kimsenin "*asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle icabet mecburiyetinden vareste tutulmuş*" veya "*icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevinden kaçınmış*" olmasıdır.⁷¹ Davet usulüne uygun

⁶⁸ Erem, F., Adliye Aleyhinde Cürümler, Ankara 1955, s. 6; Erem, F., Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s. 1502. Aynı yönde bkz., Yarsuvat, s. 104.

⁶⁹ Adliye makamları kavramının kapsamı içerisine, adliye mahkemelerinin yanısıra, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, askerî ve idarî yargı yerleri ile savcılık da dahildir (Erem, Şerh, s. 1502; Erem, Adliye, s.4; Yarsuvat, s. 101). Şüphesiz ki; burada sözü edilen adli makamlar, Türk adli makamlarıdır. Yabancı adli makamlar kapsam dışı tutulmuştur (Yarsuvat, s. 101).

⁷⁰ Erem, Adliye s. 3; Erem, Şerh s. 1502; Yarsuvat, s. 101.

⁷¹ Erem, Adliye s. 5; Erem, Şerh s. 1503; Yarsuvat, s. 106. "TCK'nun 282. maddesinde düzenlenen kanunen yapılması gereken görevden kaçınma suçunun oluşması için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- a) Fail; tanık, bilirkişi veya tercüman olmalı,
- b) Yargı yetkisini kullanan adli, idarî veya askerî yargı makamları tarafından davet edilmeli,
- c) Fail usulüne uygun şekilde çağrılmalı,
- d) Fail gerçeği yansıtmayan uydurma sebepler ileri sürerek kendisini çağırılan adli makama gelmekten vareste tutulmasını talep etmiş olmalı,

bir biçimde yapılmamışsa, ileri sürülen mazeret asılsız bulunsa bile, mevcut olmayan bir görevden kaçınılmış olacağı için, bu durum Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen suça vücut vermez.⁷² Asılsız bir sebep ileri sürmekten maksat, gerçeğe aykırı mazeret beyanıdır; bu beyan, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.⁷³ Doğruluk derecesi şüpheli bir nitelik taşısa bile, bir kanun hükmünün yorumundan hareketle bir mazeret ileri sürülmesi, asılsız bir sebep sayılamaz.⁷⁴ Bilirkişi asılsız bu sebebi ileri sürmekle kalmayıp; bu sebebin doğruluğunu ortaya koymak amacıyla sahte bir belge (örneğin, hatıra binaen veya çıkar karşılığı elde edilmiş bir doktor raporu) ibraz etmiş; adli makam da sözü edilen belgeye (yani doktor raporuna) itimat ederek bilirkişi olarak atanan kimseyi görevden muaf tutmuşsa, bu durumda onun, hem Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesi hem de aynı Kanun'un 354. maddesi uyarınca, ayrı ayrı cezalandırılması ve bu cezaların gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir.⁷⁵ Bilirkişinin yalnızca davete icabet etmemiş

e) Veya fail davete uyarak adli makama geldiği halde asılsız sebep ileri sürerek adli görevi yapmaktan kaçınmalı,

f) Fail gerçeğe aykırı sebepleri bilerek ve isteyerek ileri sürmelidir.

Bu açıklamaların ışığında olayımıza baktığımızda; sanık asliye hukuk mahkemesinin çağrısına uyarak bilirkişi sıfatıyla keşfe katılmış ve raporunu verilen sürede sunamamıştır. Verdiği mazeret dilekçesinde ileri sürdüğü sebeplerin asılsız olduğu kanıtlanmamıştır. Sanık mazeret olarak ileri sürdüğü yurtdışına çıktığını gösterir pasaport fotokopisini ibraz etmemiştir. Bu nedenle sanığın asılsız sebep ileri sürerek bilirkişilik görevinden kaçındığı kanıtlanmadığından TCK'nın 282 inci maddesinde yer alan suçun unsurları olayda gerçekleşmemiştir..." (CGK, 6.11.1989, 2.275/332; Yaşar, O., İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 639-640). "TCK'nın 282/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, bilirkişi olan sanığın raporu vermemesinin asılsız bir sebebe dayanması gerektiği cihetle, davete icabet ettiği halde, mücerret rapor vermekten affını istemesinin bu maddedeki suçu oluşturmayacağı..." (2. CD., 22.10.1985, 6156/8305, Savaş/Mollamahmutoglu s. 2847).

⁷² Yarsuvat, s. 102.

⁷³ Yarsuvat, s. 103; Erem, Şerh s. 1503; Erem, Adliye s. 5.

⁷⁴ Yarsuvat, s. 103.

⁷⁵ Erem, Adliye s. 5; Erem, Şerh s. 1503; Yarsuvat, ise burada gerçek içtimanın değil, fikri içtimanın olacağını Türk Ceza Kanunu'nun 354/1-3 maddesinde öngörülen suçla 282 nci maddesinin kaynaştığı tek bir fiile sözü edilen kanunun iki ayrı hükmünün ihlâl edildiğini; burada sahte rapor kullanılması suretiyle asılsız sebep ileri sürülmesinin gerçekleştirildiği

olması ya da bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, tek başına Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesindeki suçun oluşumu için yetmez.⁷⁶

Sözü edilen suçun manevi unsurunu, genel kasıt oluşturur; bilirkişinin hareketi bilerek ve isteyerek yapmış olması yeterlidir. Saik ve amaç, bu bağlamda her hangi bir önem taşımaz; yani özel kasıt aranmamıştır.⁷⁷

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen bu suç işleyen bilirkişiyeye, altı aya kadar hapis, muayyen bir miktar ağır para cezası ve ayrıca hükmedilen hapis cezasının tutarı ölçüsünde meslek ve sanatına tatil cezası verilir. Bilirkişi hakkında, sadece para cezasına hükmedilmişse, artık meslek ve sanatın tatili cezasının uygulanmasına olanak kalmaz.⁷⁸ Çünkü anılan yasal düzenlemede, hapis cezasına mahkûmiyet halinde kanunî sonuç olarak meslek ve sanatın tatili cezasının işlerlik kazanabileceği açıkça belirtilmiştir.⁷⁹ Ayrıca, faile ceza tâyininde, failin pişmanlığının herhangi bir önemi yoktur.⁸⁰

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülmüş olan bu suç, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Sözü edilen suç, spesifik bir eylemi öngörüp, artık bu spesifik eyleme de yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmediğine göre, 1 Nisan 2005 tarihinden sonra, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle, bilirkişilik için yapılmış olan davete icabet etmemek veya icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunma halinde, bilirkişi hakkında, ancak bir kamu görevlisi niteliğini taşıması sebebiyle, olsa olsa genel norm konumunda bulunan, görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili yasal düzenleme (m.257) işlerlik kazanabilecektir.

kanısını taşımaktadır (Yarsuvat, s. 103).

⁷⁶ Yarsuvat, s. 103; Erem, Şerh, s. 1503; Erem, Adliye, s. 5.

⁷⁷ Erem, Şerh, s. 1503; Yarsuvat, s. 105.

⁷⁸ Erem, Adliye, s. 78; Yarsuvat, s. 106.

⁷⁹ Yarsuvat, s. 106.

⁸⁰ Yarsuvat, s. 105.

2. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma (Rapor Verme) Suçu (TCK. m. 290)

Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde, bilirkişinin, adli makamlara gerçeğe aykırı rapor düzenleyip tevdi etmiş veya bu makamlar huzurunda bilirkişi sıfatıyla gerçek dışı sözlü beyanlarda bulunmuş olması, bir suç olarak öngörülmüş ve böylelikle bilirkişinin doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevi güvence altına alınmak istenmiştir.⁸¹ Gerçekten sözü edilen kanun hükmü uyarınca, "*..adliye huzuruna davet olunarak hakikate mügayir rey ve malûmat veren ehlihibre ..., yalan yere tanıklık edenlere özgü cezalarla cezalandırılır*"; yani, "*Türk Ceza Kanunu'nun 286 ve 289. maddeleri bilirkişilere de uygulanır*".⁸² Bu suç da, adliyeeye karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme eylemini, usulüne uygun olarak kendisini bilirkişi sıfatıyla davet etmeye ve bu sıfatla dinlemeye yetkili olan bir adli makam huzurunda kanunun değişiyile "*ehlihibre istimama selâhiyattar bir menuur veya heyet huzurunda*" işlemiş olması gerekir.

Suçun maddî unsurunu, bilirkişinin gerçek dışı bildirimde (hilâfı hakikat beyanda veya mütalâada) bulunması oluşturur. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaktan maksat, doğru olanı, doğruymuş gibi göstermek veya doğru olanı, yanlış aksettirmektedir.⁸³ Failin cezalandırılabilmesi, bilirkişinin hükme

⁸¹ Şengün, s. 461; Tanrıver, s. 49.

⁸² Şengün, s. 461; "Hukuk davasına konu inşaat üzerine keşif yapıp uzman bilirkişilere inceletilerek, katılanın iddia ettiğinin araştırılmasının sanık tarafından düzenlenen raporun gerçeğe uygun olup olmadığının saptanması ve sonucu göre eylemin TCY'nun 290. maddesine girip girmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve gerekçeyle karar verilmesi ..." (4. CD., 1.6.1999, 4641/5302, Taşdemir/Özkepir, s. 658); "... sınırları belirli taşınmazdaki ağaç miktarını gerçeğe aykırı olarak az gösteren bilirkişinin eyleminin TCY'nun 290. maddesine uydüğunun gözetilmemesi, yasaya aykırı olup eylem TCY'nun 230 uncu maddesine uygun değildir" (4. CD., 3.4.1991, 182/2025, Günay, s. 265).

⁸³ Erem, Adliye, s. 32; Erem, F., Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık (AÜHFD., 1954/3-4, s.42-59), s. 46; Şengün, s.462.

etkili olması şartına bağlı değildir; bu durum hukuk davaları açısından da geçerlilik taşır.⁸⁴

Bilirkişilerce, gerçeğe aykırı biçimde raporun düzenlenip mahkemeye verilmesinden sonraki evrede, kamu davasının imkansızlığı anlaşılacak olursa, sözü edilen rapor verme eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülen suçla vücut vermez.⁸⁵ Çünkü gerçeğe aykırı bildirimde bulunma, adli faaliyeti tümüyle yanlış yöne sevk edeceği için suç sayılmıştır; adliyenin dava açmaya esasen yetkili olmadığı hallerde, onun yanıtıldığından zaten söz edilemez.⁸⁶

Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülen suç, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu anda yani gerçeğe aykırı raporunu mercine ibraz ettiği anda tamamlanmış olur; sözü edilen suçun tekemmülü için adliyeye veya bir kimseye zarar verilmiş olması şart değildir.⁸⁷ Gerçek dışı bildirim, sanığın lehine veya aleyhine bir durum yaratmasının da, bu bağlamda her hangi bir önemi yoktur.⁸⁸

Sonuçlarını bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülmüş olan suçun manevî unsurunu oluşturur; saikin bu bağlamda hiç bir önemi bulunmamaktadır.⁸⁹ Dikkatsizlik veya ihmâl yüzünden yani taksirli olarak beyanda bulunma halleri kastın kapsamı dışında kalır.⁹⁰ Bu durumda, bilirkişinin kendi bilgi ve değerlendirmesine göre bildireceği oy veya görüşün hatalı bir nitelik taşıyor olması, kastının bulunmaması halinde, anılan suçun oluşumuna vücut vermeyecektir. Sözü edilen suçun oluşumu bakımından, bilirkişinin yeminli veya yeminsiz dinlenmiş ya da beyanda bulunmuş olması arasında kanunda herhangi bir ayırım gözetilmemiştir; ancak

⁸⁴ Erem, Adliye, s. 31; Şengün, s. 462.

⁸⁵ Erem, Adliye, s. 32; Erem, Yalan Şahadet, s. 46.

⁸⁶ Erem, Adliye, s. 32; Erem, Yalan Şahadet, s. 46.

⁸⁷ Erem, Adliye, s. 33; Erem, Yalan Şahadet, s. 47; Şengün, s. 462.

⁸⁸ Şengün, s. 462.

⁸⁹ Erem, Yalan Şahadet, s. 48; Erem, Adliye, s. 34-35; Şengün, s. 462.

⁹⁰ Şengün, s. 462.

ceza yargısı bağlamında bilirkişinin yeminsiz dinlenmiş olması ve görüş beyan etmesi bir hafifletici neden sayılmıştır (TCK m. 281, IV).⁹¹ Yine, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, çağırılması gerekmeyen veya çekinmeye hakkı bulunan kimse-lerden olduğu halde, mahkemece kendilerine çekinebilecekleri ihtarı yapılmamışsa, ceza verilemez (TCK m. 288, I/2). Bunun dışında, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, hükmün bildirilmesinden önce beyanından dönerek gerçeği açıklamış; yani faal nedamet vukuu bulmuşsa, somut durumun özelliklerine göre, cezası indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir (TCK m. 289).

Faal nedametın cezayı tümüyle kaldırıcı etkisi ceza da-valarıyla sınırlıdır. Buna karşılık, hukuk davalarında ise faal nedamet, ilişkin bulunduğu dava sonucunda verilen hükmün bildirilmesine kadar geçen zaman kesiti içinde vuku bulmak kaydıyla, cezayı kaldırmaz sadece azaltır.⁹²

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması ya da rapor veril-mesi, üç seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürümün tahkikat ve yargılaması sırasında vuku bulmuşsa, bilirkişiye verilen ceza artırılır; ona verilecek cezanın alt sınırı üç yıl üst sınırı ise on yıl ağır hapistir. Eğer gerçek dışı bilirkişi raporu, sanığa müebbet hapis cezası verilmesine neden olmuş-sa, sözü edilen eylemi gerçekleştiren bilirkişiye verilecek ceza on beş yıldan az olamaz; hükme esas alınmış bulunan gerçeğe aykırı bilirkişi raporu nedeniyle sanık ağırlaştırılmış müeb-bet hapis cezasına çarptırılmışsa, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmuş veya rapor vermiş olan bilirkişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezası verilir (TCK m.290; m. 286, II, III).

Sözü edilen şiddet sebebi, doğası gereği, yalnızca ceza davalarına münhasırdır; bu tür davalarda da, kabahatler ile üç seneden az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler bakımından şiddet sebebi işlerlik kazanamaz.

⁹¹ Şengün, s. 462.

⁹² Şengün, s. 462.

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin birinci fıkrasında, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunması, halihazırdaki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan düzenlemeyle paralellik gösterecek şekilde bir suç olarak öngörülmüştür. Yeni Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin birinci fıkrasına göre, yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi ve kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin, gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Suçun kanunî unsurları (maddi ve manevi unsurunun) bağlamında, bu yeni düzenleme ile eski düzenlemenin büyük ölçüde örtüştüğü de söylenebilir. Yeni düzenlemede, hali hazırdaki düzenlemede yer alan "*ehlihibre istimama selâhiyattar memur veya heyet*" ibaresine, doktrinde bu bağlamda yapılan eleştirilere uygun olarak açıklık getirilmiştir. Buna göre, bilirkişinin, kendisini görevlendiren yargı mercilerinin yanı sıra suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip kişi ya da kurul huzurunda gerçek dışı oy ve görüş bildiriminde bulunması halinde de, Kanun'un 276. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen suç vücut bulacaktır. Yeni yasal düzenleme ile, ceza bağlamında, halihazırdaki kanundakinden farklı olarak yalan tanıklık ve yalan yere yemin etmek suçlarıyla herhangi bir ilişki kurulmadan, değişkenlikten uzak bir biçimde alt sınırı bir yıl; üst sınırı ise üç yıl olan tek tip ceza verileceği esas benimsenmiştir.

Bunların dışında, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre, bilirkişinin, hükme etkili olacak surette mahkûm aleyhine ya da sanık veya mahkûm lehine kasıt veya ihmal ile gerçeğe aykırı olarak rapor vermesi veya görüş bildirmesi, bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (CMUK m. 327/2, 330/2).

Halihazırdaki Ceza Kanunu, ayrıca, yalancı bilirkişi tedariğini de, müstâkil bir suç saymıştır (TCK m.291). Yine, müdafii kabul ettiği bir davada, bilirkişinin sahabetini (korumasını)

istihsal etmek veya ona mükâfat eylemek bahanesiyle müvekkilinden para ve sair eşya alması da suçtur (TCK m. 295).

Sözü edilen suçlar, yeni Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Yeni Ceza Kanunu'na göre, bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanuncaya kadar, bilirkişileri etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak suçtur; suç teşkil eden eylemi işleyen kişiye de, 6 aydan üç yıla kadar hâpîs cezası verilir. Sözü edilen suçun basın veya yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek olan ceza, yarı oranında artırılır (Yeni TCK m. 288). "*Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs*" başlığı altında düzenlenen bu suçun, hâlihazırda Kanun'un 291 ve 295. maddelerinde öngörülen suçları karşıladığı söylenemez. Ayrıca, bilirkişi ile adil yargılanma arasında doğrudan bir ilişki de mevcut değildir.

Burada, son olarak, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 1. ve 2. maddeleriyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 28.6, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ise 76. maddesine, genel norm şeklinde bir eklemede bulunmak suretiyle ihdas edilmiş olan suç türü üzerinde durmakta yarar vardır. Anılan yasal düzenleme, "*Malikemeye sunulan bilirkişi raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukukî ve cezaî sorumluluklar saklı kalmak şartıyla 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneği yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilir*" şeklindedir. Bu norm, genel bir normdur ve sözü edilen normun uygulama alanını bankalarla, ilgili olarak mahkemelere sunulmuş bulunan bilirkişi raporları ile sınırlandırmaya da imkan yoktur. Şöyle ki; anılan norm ile ihdâs edilen suçun işlerlik kazanacağı alan, sadece bankalarla ilgili bilirkişi raporları ile sınırlı kalsaydı, ya bu hususa sözü edilen düzenlemede, bankalarla ilgili olduğuna dair bir kayıt düşülmek suretiyle açıkça işaret edilirdi; yahut ta usul kanunlarına değil de; Bankalar Kanunu'na bir ilâvede bulunulmak

suretiyle bu irade açıkça ortaya konulurdu. Nitekim madde gerekçesinde de, kendisine işaret edilen ceza normunun genel bir ceza normu niteliği taşıdığına; uygulama alanının yalnızca bankalarla ilgili olarak mahkemeye sunulan bilirkişi raporlarıyla sınırlı kalmadığına açıkça temas edilmiştir.⁹³

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmaması suçu, nitelik itibarıyla, hâlihazırda-ki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme (rapor tanzim etme) suçunun, farklı bir dille tanımlanmasından başka bir şey değildir. Bu durumda, 5020 sayılı kanunda yer alan düzenlemeden sonra, ceza hukukunun evrensel ilkeleri arasında yer alan, "*Aynı fiilden ötürü, bir kimse ancak bir kez yargılanabilir ve hakkında bir kez hüküm verilebilir*" (cezalandırılabilir), şeklinde ifade edilen "*ne bis idem*" kuralı ihlal edilmiştir. Çünkü esas itibarıyla, gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme biçiminde beliren eylemden dolayı, bilirkişi hakkında hem Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi uyarınca hem de 3628 sayılı kanun hükümleri uyarınca işlem yapılması söz konusu olabilecektir.

Bu belirtilen durum dışında, 5020 sayılı Kanun ile yaratılan ve bilirkişinin raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde tanımlanan suç, ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "*belirlilik*", "*açıklık*" ve "*kesinlik*"

⁹³ 5020 sayılı Kanun'un 1 ve 2. maddelerinin, madde gerekçeleri aynen şöyledir: "Maddeyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 286 ncı maddesine fıkra eklenerek, mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukukî ve cezaî sorumluluklar saklı kalmak şartıyla, 19.4.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneğinin yetkili Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi öngörülmek suretiyle, kamuoyunda da yüksek sesle dile getirilen ve rahatsızlık duyulan bilirkişi yolsuzluğu ve kirlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış, çözümü teknik ve ayrıntılı bilimsel inceleme ve bilgiyi gerektiren konuların çözümünde yargılamaya yardımcı olan bilirkişi faaliyetlerinin maddî olgu ve fiilî gerçeklere uygun olarak tarafsız ve objektif olarak yürütülmesi teminat altına alınmıştır".

ilkelerini gerçekleştirmekten yoksun bulunduğu için, bilirkişi güvenliğini tehdit eder bir nitelik taşımaktadır. Çünkü rapor aleyhine olan kişinin, her zaman, raporun, maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde bir iddiada bulunmak suretiyle, bilirkişinin, rapor tanziminden önceki evreye kadar malvarlığında husule gelmiş olan artışların sorgulanmasını ve bilirkişinin bu artışı izah etme ve gerekçelendirme yükümü ile karşı karşıya bırakılmasını sağlaması her zaman mümkündür. 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, kanuna veya ahlâka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu kanunun uygulamasında haksız mal edinme sayılır; 5. maddesine göre de, ilgiliye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile muayyen bir miktar ağır para cezası verilir ve ayrıca edindiği bu mallar müsadere edilir (m.14); ilgili, ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanma cezasına da çarptırılır (m.15). Bu durumda, 5020 sayılı Kanun'da tanımlanan isnatla karşı karşıya kalan bir bilirkişi, rapor tanzimine kadar olan evrede malvarlığında bir takım artışlar husule gelmiş ve bu artışların gerekçelerini ortaya koyamamışsa, hakkında 3628 sayılı Kanun'un 13, 14 ve 15. maddeleri uyarınca işlem yapılır. Öte yandan, bilirkişiyi görevlendiren adli organ, görevlendirme yazısında, çoğu kere bilirkişinin görev alanının sınırları açık ve kesin bir dille çizmediği, bir başka ifade ile hangi maddî vakıalar hakkında bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulduğunu açıkça ortaya koymayıp; "*iddia ve müdafaa çerçevesinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına*", şeklinde genel bir ifadeye yer vermekle yetindiği için; bilirkişilerin, düzenlenen raporun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde bir isnatla karşı karşıya kalması ve haklarında 3628 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde işlem yapılması her zaman söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, 5020 sayılı kanunla yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumuna büyük bir darbe vurmuş; iyi niyetli, dürüst ve konusunda gerçekten uzman olan kişileri de, bilirkişilik yapamaz bir hale getirmiştir. İşaret edilen bu gerekçelerle, 5020

sayılı kanunla yaratılmış olan suçun bir an önce kaldırılması; bu bağlamda yeterince bir emniyet sübabı olma işlevini yerine getiren Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesindeki (Yeni TCK m.276) düzenleme ile yetinilmesi, bilirkişilik kurumunun geleceği açısından daha isabetli ve tutarlı bir davranış biçimi olur. Çünkü 5020 sayılı Kanun'da yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumunun, kötüye kullanılmasının önlenmesinin sağlanması amacını aşmış ve bu kurumun önemli ölçüde işlevselliğini kaybetmesine sebebiyet vermiştir.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Biz teşekkür ederiz sevgili Hocam. Süha Hocayı yorduk.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Estağfurullah.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Çünkü geniş tebliğini sınırlı zamana sığdırmak için, alışageldiğimiz temposunun üzerinde, süratli konuşmaya gayret etti ve yorduk kendisini.

Çok güzel bir sistematik içerisinde, hukukî disiplinler ve cezaî sorumluluk olarak açtı. Değişik ülkelerden örnekler verdi, bizdeki uygulamayı anlattı. Ben de açıkçası, Ceza Kanunu'muzdaki bilirkişiyi etkilemeye çalışmanın tutuklama gerektiren bir durum olduğunu bilmiyordum. Bunu öğrenmem çok iyi oldu. Belki etkilemeye çalışanları etkilemek bakımından hatırlatmakta yarar olabilir diye düşünüyorum.

Çok teşekkür ederiz.

Değerli arkadaşlarım, şimdi bir aramız var. Ondan sonra soru-cevap bölümüyle devam edeceğiz. Sabrınız için hepinize çok teşekkürler.

Buyurun.

İKİNCİ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Değerli arkadaşlarım, bu kısımda Süha Tanrıver, Hocamıza yöneltilecek soruları alacağız. Çok kalabalık olmadığımız için belki yazılı olarak almamız gerekemeyebilir.

Ben, soru sormak isteyen arkadaşlarımızın lütfen kendilerini de tanıtmak suretiyle suallerini bekliyorum efendim...

Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Bilirkişilerin denetimiyle ilgili kısma bakarsak zaten, en çok tartışılan noktalardan birisi şu: Bilirkişinin bir etiği yok, denetlenmesinde güçlük var, sicillerinin tutulması mümkün değil, gerçekten alanında ehil olan kişiler mi bilirkişi olarak atanıyor; bunları kestirmek mümkün değildir gerekçesinden hareketle doktrinde deniyor ki, bilirkişinin etiğinin oluşturulabilmesi, bilirkişinin denetiminin sağlanması, gerçekten o alanda uzman niteliği taşıyan kişilerin bilirkişilik görevini yapabilmesini temin için kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna ihtiyaç vardır şeklinde bir görüş geliştirdi.

Bu yapılanma da, Bilirkişi Meslek odalarıyla Meslek Odaları Birliği'nin oluşturulması şeklinde, yani diğer mesleklerde, avukatlıktaki, noterlikteki hukukî yapılanmaya benzer bir modelin oluşturulması. Zaten bu yapılanma içerisinde, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan taslağa bir göz attığınızda, "modelin esasını bilirkişi listelerinin oluşturulması teşkil ediyor, o listeye ka-

TARTIŞMALAR

yıtlı olanlardan bilirkişi seçilmesi, böylelikle onların denetlenmesinin kolaylaşması, gerçekten alanında ehil olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olabilir” deniyor.

Fakat, kurumsallaşma için üst bir hukukî yapılanmanın, böyle bir yapılanma uygun mudur, değil midir; iyi tartışılıp iyi değerlendirilmesi gerekir. Adalet Bakanlığı Kanun Taslağı'nda, hakemlerle bilirkişilerin aynı potada düşünülmesi da yanlış. Hakemlik ayrı bir işlev. Hakem, bayağı yargı erkini kullanan kişidir. Tahkim, devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya nazaran istisnaen işlerlik kazanan bir yargısal yol konumundadır. Hakemlerle bilirkişilikleri aynı potada birleştirmek de doğru görülüyor.

Bir meslek olmadığı, oda ve odalar birliği şeklindeki yapılanmanın ancak meslekler için geçerlilik taşıyabileceği, dolayısıyla, bir mesleğin modülasyonu, bir mesleğin kipi olarak ortaya çıkan bilirkişiliğin bir meslek olarak kabulü mümkün bulunmadığından mesleklerle ilgili bir yapılanma modelinin istenileni pek sağlayamayacağı düşünülmektedir. Bence sorun bilirkişilik etiğinde kilitleniyor, bilirkişilik etiğinin oluşturulmasında. İnsan unsurunu düzeltmediğiniz sürece kanunlardaki hükümleri istediğiniz kadar ıslah edin, istediğiniz kadar mükemmel hale getiren, beklenen yarar sağlanamayacaktır.

Belki, belki meslek odalarıyla, Mimarlar Odası var, Mühendisler Odası var, Yeminli Mali Müşavirler Odası var, onlarla ilişki kurmak suretiyle bilirkişi seçiminde listeler oluşturulabilir. Bir de, bu alana rağbeti artırabilmek için ücret konusunun son derece sağlıklı bir biçimde düzenlenmesi lazım. 275'teki o kural bir tercihtir, doğrudur-yanlıştır; sabah onun tartışması yapıldı, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulması kapısı aralanmalı mıdır, aralanmamalı mıdır tartışması yapıldı. Yasa koyucu tercihini açıkça yapmıştır. Aynı şeyi iki kere söylediğine göre bu konudaki iradesi katıdır.

Bence 275. maddede öngörülen emredici kuralın ihlali mutlak bozma nedenleri arasında yer almalıdır, o şekilde değerlendir-

dirmelidir. Veya Ramazan Aslan Hocamızın bu konuyla ilgili, Yargıtay'ın 120. Kuruluş Yıldönümü münasebetiyle verdiği bilirkişinin masaya yatırıldığı bir güzel tebliği var. Deniyor ki, hiç olmazsa, hukukî sorunlarda bilirkişiye gidilmişse, Yargıtay hakime not verirken notunu kırmalı, "iyi" verecekse "orta" vermeli yahut en azından, hukukî sorunlarında bilirkişiye başvurulamayacağı konusunda uyarmalı, amiyane tabiriyle, aba altından sopa göstermeli, bak, böyle böyle yaparsan, bunu alışkanlık hâline getirirsen böyle bir durumla karşı karşıya kalırsın.

Öte taraftan şuna da hemen işaret etmekte yarar var: (Bunlar iç içe sorunlar) hakim niye gidiyor? Kanun, 573. maddemizin 2. fıkrası gayet açıktır. "Sorumluluk davası" diye bir kurum var. Tartışmasını ben genel çerçevede değil de, bilirkişiyle ilişkili olduğu ölçüde yaptım. Kanunun yorum gerektirmeyecek kadar açık hükmüne aykırılık bir sorumluluk davası nedenidir. Hiç gerekmediği halde bu sorun da gitmişse, süreç uzamışsa, ilgililer bir hak kaybına yahut zarara sebebiyet vermişse sorumluluk davası işletilebilir hakimler bakımından; yorum gerektirmeyecek kadar açık kanun hükmüne aykırılık. Fakat bizde sorumluluk davası çok nadir açılıyor. Zaten Yüksek Mahkeme üyeleri bakımından bu davanın açılması olanağını Yargıtay kendi zırhını oluşturmak suretiyle kapatmış.

Diyor ki, bir Yüksek Mahkeme başkan ya da üyesi hakkında görevden doğan tazminat davası açılmış olması, göreve ilişkin olarak Yüce Divanda mahkumiyet kararı çıkmış olması koşuluna bağlıdır. Sorun gene ilk derece mahkemelerinde. Ve avukatlar da, avukatlık yapanlar da vardır mutlaka, sorumluluk davası açmaktan özenle kaçınırlar, çünkü o hakimle gene sürekli olarak, hatta müvekkiline talimat verir, sen aç, dilekçe yazar, sen imzala, ben o hakimle muhatap olmayayım, çünkü benim başka davalarım da var, onunla sürekli... bir de, hakimler birbirlerini, burada söylemekte bir beis görmüyorum, pek sevmezler, ama böyle bir durumla karşı karşıya kaldıkları anda bir meslekî tesanüt baş gösteriyor. Çünkü, o yolun aralanması

TARTIŞMALAR

hâlinde, bu yargının içinde bulunduğu konumu da düşünecek olursak, şiddetli şekilde sorumluluk davasıyla karşı karşıya kalması söz konusu.

Ben, 4. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına baktım; bir hakim hakkında dört ya da beş tane sorumluluk davası açılmış bugüne kadar. Yani kimse de bu yolu denemek istemiyor. Yargının sorunları bir bütün; hakimi, savcısı, mahkemeye yardımcı olan diğer süje'ler, hepsini bir bütün olarak düzenlemek gerekir. Bence sorun, etik boyutu ağır basan bir sorundur; bir kez daha bunun altını çizmek lazım. "*Bileşik kaplar*" hikayesi. Toplumdaki insan modelinin aynısı oraya da yansıyor.

Yargıyı veya diğer kamu görevlerini bundan soyutlamak da pek mümkün değil. Önce insanı düzeltmek lazım gibi geliyor. Bence şu andaki hâliyle bile aslında kanunumuz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muz pek çok sorunu halledebilecek düzeyde. Biz, yargılama modelini dahi işletmeyi başarmadık ki. Layiha teatisi diyor, tahkikat diyor, yargılama diyor, hüküm diyor; bugüne kadar bunun uygulanması hiç mümkün olabilmiş mi? Kanun altını basa basa çizmiştir. Sonuçta uygulayanlar, bize birisi gelecek, bunun yanlış olduğunun farkına varacak, o şekilde uygulamaya başlayacak, ki bir düzelmeye olacak. Yani, her şeyi kanunlardan beklemek bence çok sağlıklı ve doğru bir çözüm değil.

Bir Katılımcı: Bana göre, tarafsızlığı gerektiren bir durumda, yani hiçbir insan tarafsız olamaz, mutlaka taraf tutar.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Peki. Sizin görüşünüzü de saygıyla karşılız.

Arş. Gör. Kudret ASLAN: Benim birkaç tane sorum olacak müsaade ederseniz Hocam.

Sabahki konuşmada da Seyithan Hocamın tebliğinde aklıma takılmıştı; sormadım. Bilirkişi kurumunun adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirildiğinden bahsetti Hocam. Acaba, bu adil yargılanma hakkının unsurlarından "*makul sürede yargılanma hakkı*"yla ilişkili, ben aklıma o geliyor, özellikle de birkaç tane

bilirkişi raporu verilmişse, beş tane, altı tane, kaç taneyse, bu yargılama sürecini uzattığından dolayı, makul sürede yargılanma hakkının ihlalden dolayı adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ederse, o zaman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvuru söz konusu olabilecek midir?

Bir diğer sorum şu: Acaba kısa vadede gerçeğe aykırı rapor veren ya da yükümlülüklerini yerine getiremeyen bilirkişilerin de yargılama giderlerinden sorumlu olacağına dair bir düzenleme sağlıklı olabilir mi; ona soracaktım. Yani, bilirkişilerin de yargılama giderlerinden sorumlu...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: 278'de var zaten.

Arş. Gör. Kudret ASLAN: Tamamen, tüm yönleriyle.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Evet.

Arş. Gör. Kudret ASLAN: Hocam, aklıma takılan diğer bir soru da şu: Bilirkişinin sorumluluğunda acaba, haksız fiil sorumluluğunun koşullarının gerçekleştiğinden bir anlamda söz ettiniz, burada benim aklıma şey geliyor, bu sorumluluğun süresi bakımından da, gene haksız fiile olduğu gibi genel sorumluluk süresi mi işleyecek? Acaba, fiilin ve failin öğrenilmesi tarihinden itibaren diyoruz. Burada fiil ne; benim aklıma o geldi. Acaba, bilirkişinin raporunu verdiği an mıdır, hükme esas alındığı an mı, hüküm verildiği an mı?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Birinci olarak, bu maddeyi okumakta yarar var, 288'inci madde. Ben sadece bilirkişilik boyutu alıp tebliğde değerlendirdim. Her halde o deminki söylediğim 291 ve 295'i de, çünkü bilirkişinin iyi niyetini kazanmak, bilirkişinin sahabetini kazanmak amacıyla hediye verme yahut da yalancı bilirkişi tedarik etme suçlarını bir bütün olarak ortadan kaldırdığı için bunu takviye etmek amacıyla koymuş olabilir.

Diyor ki 288; "Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma ve kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim,

TARTIŞMALAR

mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü ve yazılı beyanda bulunan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” diyor. Bu şekilde bir düzenleme öngörülmüş.

Tabii, bu bağlamda değil de, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan makul sürede yargılanma hakkı ancak ne olur? Geremediği halde hukukî konularda sürekli bilirkişiye başvurmuşsa, demin, ilk tebliğlerde bahsedildi, Yargıtay'ın bu konuda özellikle uygulamaya destek vermesi, hatta bazen üçüncü, dördüncü, beşinci kez bilirkişiye gitmeye zorlaması bunda etkili olabilir; hakimın tabii sürekli olarak hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurması yine bu bağlamda düşünülebilir; raporu süresinde tevdi etmeme, raporu sürünce mede bırakma...

Biliyorsunuz, en erken bir bilirkişi raporu, çok iyi niyetliyse bir yılda falan teslim ediliyor. Dosyaların kaybolduğu görülüyor. Mesela kanun; kurul hâlinde bazı hâllerde bilirkişi tayin ediliyor. Kurul hâlinde tayin edilmesinin sebebi ne? Değişik bilgilerin birleştirilip, bir potada eritilip bir senteze varılması. Fakat herkes, kendisi ayrı değerlendiriyor, kaleme bırakıyor, öbürü alıyor, öbürü veriyor.

Normal prosedür tam anlamıyla uygulanmadığı için ciddi sorunlar çıkıyor. 286'ya Yargıtay'ın vermiş olduğu anlam ve 275'teki kuralın açıklığına rağmen hukukî sorunlarda sürekli bilirkişiye başvurulması doğal olarak yargılamanın sürünce mede bırakılması sonucunu doğurur. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali aslında adil yargılanma hakkının ihlalidir. 445. maddenin 11. bendinde, son biliyorsunuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi protokollerine aykırılık bir yargılamanın yenilenmesi sebebi hâline getirildi. Ama bu düzenlemenin varlığı her durumda yargılamanın yenilenmesi istemine olumlu cevap verileceği anlamına gelmez.

Hakan Hocamın çok güzel bir makalesi var, Baki Kuru'ya armağanda bunu uzun uzadıya kendisi de irdelemiş. Çünkü makul sürede yargılamanın gecikmiş olması, evet, ilgiyi bir zarara uğratar, ama yargılama tekrar yapıldığında farklı bir

sonuca varılacak değildir, sadece tazminatla yetinmek, yargılamanın iadesi talebi bağlamında talebin mesmu olmadığından eğer yapılmışsa reddine karar vermek uygun olabilir. Asıl bence burada ilişkilendirilmesi gereken, adil yargılanmayla ilişkili midir, değil midir? Belki şu düşünülebilir:

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi de hakkaniyete uygun yargılanma. Hakkaniyete uygun yargılanma iki parçalı: Bir, iddia ve savunma hakkı tanınmış olacak; iki, mahkeme, eşitlik temeline dayalı olarak taraflara iddia ve savunma olanağı tanınmış olması. Bilirkişiye bu bağlamda müdahale edilmesi, ki mahkeme bunu önlemek zorunda, bilirkişiye bu bağlamda müdahale edilmesi, bu eşitliğin taraflardan biri aleyhine bozulması sonucunu doğurabileceği için belki bu bağlamda düşünülüp irdelenebilir. Ama burada kastedilenin o olduğunu zannetmiyorum.

Savcı, hakim, tanık, hepsini aynı potaya koymuş. Çünkü hukukî dinlenilme hakkı dediğimiz şey, taraflar ve hukukî ilişkiden, hukuksal durumu birebir, doğrudan doğruya etkilenen kişiler bakımından belki işlerlik kazanır, ferî müdahildi filan gibi. O nedenle, doğrudan doğruya bu kavramla ilinti kurmak doğru değil.

"Yargılama giderlerine çarptırılması uygun olmaz mı gerçeğe aykırı rapor verilmişse?" Zaten bu ne demektir? Gerçeğe aykırı rapor verilmesi, bilirkişilik görevinin gereği gibi yerine getirilmemiş olmasıdır. Türk Ceza Kanunu 257 anlamında bu suçtur. Disiplin önlemi olarak 278. maddede diyor ki, *"davete icabet etmeyip yahut icabet edip de bu görevi ifadan kaçınma."* Aslında görünüşte bir görev var, ama gerçekte bu görev ne yapılmamıştır? Gereklerine uygun şekilde ifa edilmemiştir. O bağlam sebebiyle para cezasına çarptırma ve o gecikmeler dolayısıyla tahakkuk etmiş yargılama giderlerine çarptırma gündeme gelebilir.

Sorumluluk davası bağlamında fiil nedir?.. Tabii, sorumluluk davasının, birinci derecede sorumlu olsa bile, aslında devletin 40. maddeyle 129. maddenin 5. fıkrası anlamındaki sorumluluğunun kusur sorumluluğu, dar anlamda haksız fiil

TARTIŞMALAR

sorumluluğu olduğuna işaret ettik. Nereden çıkarıyoruz? 40. maddede diyor ki, "resmî görevlilerin haksız işlemlerinden doğan zarar." O haksız işlemlerinden doğan zarar kusur olgusuna işaret ediyor. Yine 129. maddenin 5. bendinde ise, "kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken veya yetkilerini kullanırken kusurlarından doğan tazminat davaları devlete karşı açılabilir" diyor.

Peki, klasik haksız fiil sorumluluğundan farklılaştran olgu nedir burada? Birinci derecede sorumlu devlet. Ben şuna, yani böyle bir çözülemeye neden gitme ihtiyacı duydum? Hemen şuna işaret etmekte yarar var: Demin saydık, bilirkişiye özel bir kamu hukukî bağı kuruluyor; mahkemenin adli tasarrufuyla görevlendiriliyor, genel çerçevede de olsa yükümlülükleri kanunla belirlenmiş, yemin etme yükümü var, objektif ve tarafsız hareket etme yükümü var, bazı kamusal yetkileri kullanabiliyor, hakimler hakkındaki sebeplere binaen reddedilebiliyor, aynı sebeplere binaen görevden kaçınıbiliyor, çekinme yetkisini kullanabiliyor, Ceza Kanunu anlamında memur, yargısal faaliyetin icrasına, dolayısıyla adalet hizmetlerinin işleyişine ve ifasına katkı sağlıyor.

Bütün bu nitelikleri gözetip, resmî bir kimlik atfettikten sonra, onun sorumluluğunun temellerini kamu hukuku çerçevesinde aramak yerine klasik haksız fiil sorumluluğuna bağlı kalarak bir çözülemeye gitmek doğru görülmediği için ben bunu savunuyorum. Tabii tartışılabilir. Bu fikrî spekülasyona açık. Belki, kamu görevlisi kavramı konusunda belirsizlik var. Ama Anayasanın 40'inci maddesi son derece açık; resmî görevli diyor. Artık, bilirkişinin resmî bir görev yapmadığını kimse iddia edemez, onun hiçbir resmî kimliğinin bulunmadığı iddia edilemez. Hiç olmazsa bu bağlamda düşünmek gerekir. Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından hareketle bir belirlemeye gitmek doğru olur. Burada nasıl olacak?.. Dikkat ederseniz, sorumluluğun unsurlarını koyduk:

Gerçeğe aykırı rapor vermek; bu tek başına sorumluluğun doğumu için yeterli değil. Gerçeğe aykırı rapor hükme dayanak yapılmış ve bir zarar doğmuş olacak; ne demek bu? Hükme

dayanak yapıldı. Hüküm şekli anlamda kesinleşmişse artık izale edilmesi mümkün bir hâl kalmıyor. Artık bir zarar var, bu zararın da ne yapılması lazım, tazmin edilmesi lazım. Hatta orada dedim ki, Alman hukukunda tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir kural var.

Diyor ki, *“gerçeğe aykırı rapor verilmiş olması sebebiyle zarar gördüğünü iddia eden kimse kasten yahut ağır ihmal suretiyle bu zararın doğumunu engelleyecek hukukî yollara başvurmamışsa”* ki, bu nedir aslında? Borçlar Kanunu m. 44’deki *“müterafık kusur”* dur. Hatta şeyi de ortadan kaldırıbiliyor biliyorsunuz, tazmin şeyini tamamen de ortadan kaldırabilir. Artık devlet sorumlu olmamalı. Bu bağlamda bunu, illiyet bağına kesen bir neden olarak kabul etmeli. Örneğin gerçeğe aykırı rapor verilmiş. Rapor yetersiz görülmüş, ikinci bir bilirkişi raporu alınmış. O hükme dayanak yapılmış, karar verilmişse, salt, orada ilk bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olması sorumluluğu doğurucu bir öge olarak karşımıza çıkmaz.

Son olarak, sorumluluk davasında zaman aşımı süresi ne olmalıdır konusu gündeme gelebilir. Hemen şuna da işaret edeyim: Haksız fiiller, -aslında burada dedik, özü itibarıyla dar anlamda haksız fiil sorumluluğu vardır- haksız fiillerden doğan sorumluluk alanında görevli yargı yeri neresidir? Adliye mahkemeleridir.

Burada da adliye mahkemeleri olmalı. Demin sorumluluğun unsurlarını tayinde tespit etmiş olduğumuz kriterlerden hareketle bu bağlamda şunu söylemek mümkün: Borçlar Kanununun 60. maddesinde düzenlenen haksız fiil zaman aşımını düzenleyen kural; bir ve on yıllık süreler kıyasen burada da uygulanabilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Buyurun.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Ben de Hocama teşekkür ediyorum.

TARTIŞMALAR

Fevkalade yararlanarak ve ikna olarak dinledim görüşlerini. Anayasa'nın 40. maddesine ve 129. maddesine dayanarak burada, nihayet bir kamu görevi olmasa bile bir resmi görevin ifa edildiği, dolayısıyla birinci derecede devlet sorumlu olması icap ettiği konusundaki görüşlerine de tamamen katılıyorum. Fakat, kafamda aydınlığa kavuşmayan, belki Hocamın bir parça daha izah edebileceği bir nokta yargı yolu konusu. Çünkü, malûm, icra memurlarının sorumluluğu bakımından mesela kanunumuzda açık hüküm var adliye mahkemelerinin sorumluluğuna dahil eden. Hakimlerin sorumluluğu için bambaşka bir özel rejim öngörülmüş, bunlar da geniş manada resmi görevliler sayılabilmesine rağmen.

Halbuki, bilirkişiler için böyle pozitif bir düzenleme mevcut olmadığı için, benim hatırımdaki soru şu: Gene olması gereken hukuk bakımından bunların adliye mahkemelerinin görev alanına girmesi konusunda ben de hemfikirim. Ama, pozitif düzenlemelerimiz bakımından acaba Hocamın bu görüşünü bir parça daha açıklaması mümkün mü? Niçin bir tam yargı davası gibi bu iş idare mahkemesine gitmez, adliye mahkemelerinde görülmelidir?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Şimdi, burada ikili bir ayırım yaptık; dedik ki, bir, bilirkişinin iki tür tasarrufu söz konusu. Rapor hazırlık bağlamında rapor öncesindeki bazı tasarrufları var, kamu kudretini kullanmak suretiyle yapmış olduğu bazı tasarruflar var. Adliye organının yapmış olduğu görevlendirme çerçevesinde birtakım kamu kudretini kullanmak suretiyle bazı tasarruflarda bulunuyor; örneğin kan alıyor veya muayene ediyor, belgeler üzerinde tetkik yapıyor, mülkiyet hakkına, vücut tamlığına yönelebiliyor, kişinin sağlığını tehdit eder durumlarının doğmasına sebebiyet verebiliyor.

Deniyor ki, burada madem kamu kudretinin kullanılması suretiyle adli bir organın istemi doğrultusunda görev yapıldığına göre bu işlemler adli idarî işlemdir, dolayısıyla, adalet hizmetlerinin işleyişine ve ifasına katkı sağlamaya yönelik

işlemlerdir, bunlar yapılmadan, bir sonraki adım olan rapor düzenlenmesi eylemi gerçekleştirilemez.

O nedenle, dolayısıyla, burada aslında hizmetin kötü işlemesi söz konusudur. Sorumlunun dayanağı burada adli idarî işlem deyip, -Hakan Hocam da bilecektir, kendisi "*Şikâyet*" Kitabında da söylüyor, hatta Sıddık Sami Onar Hocamın, Bilge Hocam da hatırlayacaktır, onun bulduğu bir kavram, Bilge Hocamın tabii "*İcra İflâs Hukukunun Genel Teorisi*" Kitabında da uzun uzadıya bunun tartışması yapılmış durumda- adli idarî işlem olduğu için, hizmet kusuru sebebiyle, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrası sebebiyle idareye karşı tam yargı davası açılmalı. Zaten tam yargı davası açıldığı için bu bağlamda sorun yok. Bu bağlamda idarî yargı yeri işlerlik kazanacak.

Öbür tarafta ise, gerçeğe aykırı rapor verilmiş. Bilirkişinin kusurlu idaresi ürünü olarak gerçeğe aykırı rapor verilmiş bulunmasından kaynaklanan zararlar bağlamında tabii bir tercih yapılması lazım, bu konunun açıkça düzenlenmesi lazım. Bakmış Alman hukukçuları, fikrî spekülasyona çok açık bir alan, yargı uygulamasında üst mahkemeler, yüksek mahkemeler arasında görüş ayrılıkları beliriyor, bir sıkıntı var, açıkça iradeyi koymuş. Türk yasa koyucusunun da bu iradeyi koyması lazım.

Bu iradeyi koyarken de tabii, bilirkişinin işlevini ve niteliğini düşünmesi lazım. Bizim 129. maddenin 5. bendinde yer alan düzenleme zaten aynen Alman Anayasası'ndan alınmıştır. Alman Anayasanın 34. maddesinde de var; devletin, kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu. Esas itibarıyla dedik ki, evet, böyle görülse de, bu sorumluluğun ana merkezi nedir? Özel hukuktur, sorumluluk hukukudur. Sorumluluk hukuku da borçlar hukukunun uğraş alanına giren bir alandır.

Bunun anavatani sorumluluk hukuku olduğuna göre, burada peki öbüründen farklılaşan temel olgu nedir? Sorumlu süje'nin birinci derecede devlet olmasıdır. Öbür unsurları bakımından bir farklılaşma doğmamaktadır.

TARTIŞMALAR

Dolayısıyla, eğer böyle bir yaklaşım izlenmesiydi, bu haksız fiil olarak nitelenip zaten nerede görülecekti? Adliye mahkemelerinde görülecekti.

Bu bağlamda da adliye mahkemelerinin bakması daha doğru olur diye söyleniyor, ama bir açıklık getirmek, bunu, yani bilirkişinin hukukî sorumluluğu konusunda bir düzenleme getirme eğilimi benimsenirse ki yeni eğilim o yöndedir. Şunu da söyleyeyim: Alman niye getirmiş? Alman, haksız fiille çözemez. Çünkü Almanın haksız fiil anlayışı farklı. Bizde sorun olmaz. Bizim Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi son derece açık; *"kasten yahut ... suretiyle hukuka aykırı bir fiille bir kimseye zarar ika eden kimse o zârardan mesuldür"* diyor.

Hukuka aykırılık, kusur, zarar, uygun illiyet bağı. Alman da, haksız fiil farklı düzenlendiği için 823'te, birincisinde diyor ki, *"mutlak hak ihlali olacak, kusurlu, hukuka aykırı fiil olacak, ama bu aelade bir hakkı değil, vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi bir mutlak hakkı ihlal edilmiş olacak, bu yoksa, eylem, Türk Ceza Kanununa göre suç olacak, bu koruma normu ihlal edilmiş olacak"* diyor. Bizde böyle ayrımlaşmalara gitmeye ihtiyaç olmadığı için, o nedenle 41... Eğer 41. madde bağlamında bir çözümleme düşünülüyorsa, ona atıf yapılmak suretiyle hâlledilebilir. Ama şunu söylemekte yarar var: Bu bizim yapmış olduğumuz çözümle İsviçre'ye bağlı. Ve İsviçre'de eğilim de...

Bu son, ben İcra İflâs Kanunu değişikliklerini mutlaka incelerken görmüştüm, en çok önerilen, tartışılan noktalardan birisiydi. Hatta biliyorsunuz, 5. maddede önce devlet değil, ilgililer sorumluydu. Onu değiştirdiler. Sorumluluk ... bizdekiyle paralel hale getirdiler ve komiserleri bile, konkordato komiserlerini bile koydular, yani onu bile bu kapsamda mütalaa ettiler. Tabii, bu terminolojik tartışmalar çerçevesinde, esasa yönelik kriterler çerçevesinde bir tercih yapılması gerek. Pozitif bir düzenleme olduğu için biz doğal olarak, fikrî spekülasyona açık bir alan olduğu için bu nasıl doldurulabilir diye. Anayasa'nın 40 ve... 40. madde özellikle çok daha açık; *"resmi görevlilerin vaki haksız işlemlerinden doğan zararlar devletçe tazmin edilir"* diyor.

Anayasa'nın 177. maddesinin "E" bendi vardır, pek farkına varılmayan bir hüküm, bunun altını çizmekte yarar görüyorum. Çünkü son hükümlerinde araya sıkıştırılmıştır. Özellikle Alman doktrininde işlenen ve geliştirilen, Alman Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği, "*Anayasa'nın yatay etkisi kavramı*" var. Bu konuda da en çok, belki ismini burada zikretmek uygun olur, Zafer Gören'in çok sayıda makalesi var temel hak ve özgürlüklerle falan ilgili. Bu konuyu her halde Alman doktrinine bağlılık olduğu için çalışmış mı?

Oradan söylenebilir. Ergun Özbudun Hoca da özellikle bu konuyu irdelemiş. 177. madde gayet açık; diyor ki, "*Anayasayla oluşturulan yeni kurum ve kuruluşlar işlerlik kazanıncaya kadar Anayasa hükümleri ilişkilere doğrudan doğruya uygulanır*" diyor, hatta bir şeyi daha söylüyor, diyor ki, "*mevcut kanunların hükümleri Anayasa kurallarıyla çelişiyorsa Anayasanın hükümleri tercih edilir.*" Tabii bu fikri spekülasyona açık. Buna vereceğimiz yatay etik... Biliyorsunuz, Anayasa herkesi bağlar. Anayasanın 11. maddesi, "*yasama, yürütme, tüm resmi, özel, gerçek, tüzel kişi, kurum ve kuruluşları bağlar*" diyor. Yine Anayasanın yargı görevini düzenleyen maddesinde, "*hakimler hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hükümler verirler*" diyor. Hukukun bir parçası da o normdur.

Bunları tabii tartışmaya açmak, daha da fikrî mesai sarf etmek mümkün.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Efendim, Erdal Hocanın sorusu vardı, ama sanıyorum Bilge Hocam bir katkı yapacak, izninizle açıklamasını dinleyelim, sonra sizin sorunuzu alacağız.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Şimdi, özel olarak üzerinde durduğumuz nokta, bilirkişinin yalan yanlış, kusurlu, eksik rapor vermiş olması yüzünden bir zarar ortaya çıktığı takdirde bu zararın hangi mahkemede dava edileceği; arkadaşımızın sorusu oydu. Bir defa, bu konuda bir miktar tereddütte kaldık değerli arkadaşımızın açıklamalarına rağmen.

TARTIŞMALAR

Çünkü, kendisi bir yandan Anayasa'nın 125. maddesinin burada da uygulanması gerektiğini, dolayısıyla kamu görevlisi durumunda olduğunu bildirdiği bilirkişinin çalışmasından, yalan yanlış çalışmasından, öyle diyelim, bir zarar ortaya çıkınca, bunun bir hizmet kusuru olduğunu, devletin bundan dolayı birinci derecede sorumlu olması gerektiğini ve doğal olarak da, idare hukukumuzun genel prensiplerine göre idarî yargı yerinde bu davanın açılması gerektiğini kabul etti; ama bir yandan da, idare mahkemesinde dava açılmaz devlete karşı demedi veya orada ancak bilirkişiye dava açılır. Orası biraz fulü kaldı. Bu noktada bizi aydınlatmasını istirham edeceğim, yani biraz açıklık getirsin.

Bir de, göz önünden kaçırdığımız çok önemli bir nokta var; onu hatırlayarak sorumluzun yanıtını aramak zorundayız. O da şudur efendim: Bizim hukukumuzda devlet, yargının hatalı yürütülmüş olmasından dolayı, yanlış yargı kararlarının çıkmış olmasından dolayı sorumluluk üstlenmez. Devlete karşı, "*senin falan mahkemenin abuk sabuk karar verdi, hukuku en net biçimde çiğnedi, bu yüzden de ben şu zarara uğradım, tazmin et bunu*" davası asla açılmaz Türk hukukunda.

Şimdi, konumuza gelelim. Bilirkişinin verdiği zarardan dolayı bir sorumluluğun ortaya çıkması ise ancak ve ancak bilirkişi raporunun mahkeme hükmünü etkilemiş ve mahkeme hükmünün o yanlış rapor doğrultusunda çıkmış olması hâlinde düşünülebilir. Aksi takdirde bilirkişinin raporundan hiç kimseye bir zarar gelmemiştir yalan yanlış rapor vermiş de olsa. Genelde kendi mahkemelerinin verdiği yanlış kararlardan dolayı sorumluluğu kabul etmeyen, böyle bir sorumluluk davasının hiçbir yargı merciinde açılmasına imkan vermeyen devlet, nasıl olur da mahkemenin yalan yanlış kararı yanlış bir bilirkişi raporunun eseri olursa muhatap olmayı kabul edebilir ve devleti böyle bir davaya muhatap edebiliriz? Bu konuda değerli arkadaşımın görüşünü alacağım.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederiz Sayın Hocam.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederim.

Satır aralarında söyledim, her halde siz atlamışsınız Hocam. Biraz daha dikkat gösterirseniz algılamamız kolaylaşır.

Bir şeye işaret etmekte yarar var. Anayasa'nun, hakimlerin sorumluluğuyla ilgili kuralının 129. maddenin 5. fıkrası, biliyorsunuz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri çok daha eski olduğu için, 573 ve devamı maddeleri, 129. maddenin 5. fıkrasında yer alan kural 82 Anayasasından sonra yürürlüğe girmiştir.

Demin bir şey okudum yatay etki diye; doktrinde de bir kitap yazıldığını söyledim, Sezai Aydınalp tarafından. Mevcut Anayasa hükümleriyle kanun hükümleri şu anda uyuşmamaktadır. Anayasa açıkça diyor ki, "mevcut Anayasa hükümleriyle kanun hükümleri çelişiyorsa mevcut kanun hükümleri değil, Anayasa hükümleri uygulanır" diyor; Anayasanın yatay etkisi dediğimiz şey bu.

Dolayısıyla, doktrinde şu görüşü dile getirenler de var: "Sorumluluk davası bağlamında 573 değil, 129/5'e uygun bir yapılanma modeli getirilmelidir, o rejim uygulanmalıdır" diyenler de var. Zaten devletin sorumlu tutulmasına yönelik en önemli eleştirilerden birisi o. Deniyor ki, "hakim kast ve ağır ihmaliyle sorumlu ve kendisi sorumlu." Bilirkişi bakımından böyle bir yelpaze aranırsa, hakimın yardımcısıydı bu, hakimden niye farklı bir rejime tabi tutuluyor?

Ben burada bunu kaydederken söylemek istediğim nokta şuydu: Mevcut düzen dahi aykırı. Bir de şunun altını çizmekte yarar var: Zaten bu aykırılık dolayısıyla sorumluluk davası kurumu yeterince işlemiyor. Yargıtay kendi zırhını oluşturmuş; ilk derece mahkemesi bağlamında da, demin söyledik, meslekî tesañüt gerekçesiyle yahut hak arayanların, avukatların bu konudaki daha tutarlı, daha doğrusu temkinli davranma yaklaşımlarının ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

Şimdi, iki şeyi birbirinden ayırmak lazım: Rapora hazırlık bağlamında rapor düzenlenmesinden önceki işlemler, işte kan alımı sırasında bulaşıcı hastalık bulaştırılması yahut kendisine,

TARTIŞMALAR

orijinalliğini tespit bağlamında verilen vazoyu kırmış, tabloyu tahrip etmiş, heykeli yok etmiş, heykelin orijinalliği kaybolmuş, burada deniyor ki, adli bir organın istemi doğrultusunda, onun verdiği görevlendirmeye dayanarak, yetkilendirmeye dayanarak bir işlem yapılmıştır, bu işlemler yapılmasıydı adli hizmetin ifasına yahut işleyişine katkı sağlamak mümkün olmayacaktı.

Dolayısıyla, burada hizmet kusuru, sorumluluğunun dayanağı 125. maddenin son fıkrasında yer alan hizmet kusuru nedeniyle sorumluluk davası açılması söz konusu olduğu için davayı idareye, yani Adalet Bakanlığı'na karşı açılacağı, tam yargı davası olacağı için görevli yargı yeri doğal olarak idare mahkemeleri olmalıdır deniyor.

İkincisinde ise, sorumluluk davası bağlamında aynı yaklaşım... 5. maddede de aslında nedir? Ali Cem bey de işaret etti, bu dava aslında idari yargı yerinde görülür. Bir kamu görevlisinin şeyi. Ama, yasa koyucu bazen ne yapıyor?

Açıkça tercihte bulunduğu için o davaya icra iflas dairesi görevlilerinin, şimdi komiser de eklendi İsviçre hukuku bakımından, adliye mahkemelerinde bakılıyor. Buradaki gerekçelendirme yapılırken sorumluluk bağlamında asıl uzmanlık yargı yeri adli mahkemeleridir, o nedenle yasa koyucu böyle bir tercih yapmıştır, adliye mahkemelerinde bakılsın gerekçesiyle. Ben de, rapora hazırlık bağlamında dayanağımı, daha doğrusu gerçek dışı rapor verilmiş olması, bu raporun hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuş olması hâlinde devlete karşı sorumluluk davası açılmasının dayanağını, Anayasanın 40. maddesine, 125 son değıl, burada artık 129. maddenin.5. bendi, *"ben bunu göremem kardeşim, sorumluluk davasında bile böyleydi, bundan daha ağır bir sorumluluk şeyi devlete yüklenemez"* mantalitesiyle hareket etmek doğru gelmediği için teorik bağlamda, en azından Anayasa'nın 177. maddesinin "E" bendi yürürlükte olduğu sürece ve Anayasanın 11. maddesindeki Anayasa'nın bağlayıcılığına ilişkin kural geçerliliğini sürdürdüğü sürece bunu görmezlikten gelmek mümkün değıl.

Madem Anayasa, kanunların daha üstünde yer alan bir norm, "kanun hükümleri Anayasaya aykırı olamaz", o halde bu kuralın gereğini yerine getirmek gerekir düşüncesiyle, sorumluluğun temelini 125 sona değil, hizmet kusuruna değil, devletin kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğunu temel alan düzenlemeye dayandım.

Dedim ki, adliye mahkemelerinde niye bakılmalı? Evet, bu görünüş itibarıyla devlet sorumlu, ama sorumluluğunun niteliğine baktığınızda, klasik anlamda haksız fiil sorumluluğu yansımış, klasik anlamda haksız fiil sorumluluğunun unsurlarına benziyor. Haksız fiillerle ilgili, sorumlulukla ilgili, İcra İflâs Kanununun 5'inci maddesindeki tercih gibi düşündüm. Asıl uzmanlık yargı yeri olduğu için, böyle bir gerekçelendirmeye bu davalara nasıl adliye mahkemelerinde bakılmış olmalı; unsurlar, sorumluluk davası unsurları haksız fiil unsurlarıyla büyük ölçüde benzeşme gösteriyor, o açıdan da adliye mahkemelerinde bakılması uygun olur yaklaşımını benimsedim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederiz. Buyurun Erdal Hoca.

Doç. Dr. Erdal TERCAN: Teşekkür ederim.

Öncelikle, bu 5020 sayılı Kanun'un uygulanmasını ben de merak ediyordum. "Bilirkişilik kurumunun geleceğini nasıl etkileyecektir" konusunda tereddütlerim vardı; Süha bey o konuda açıklık getirdi sağ olsun.

Hukukumuzda çok yaygın değil, ama taraf bilirkişisi ve özellikle hukukî mütalaa alındığında bu 2020 sayılı Kanun acaba bu konularda da uygulama alanı bulacak mı; bir bu konudaki görüşünüzü öğrenmek isterim.

İkinci olarak da, özellikle bilirkişiliğin sorumluluğunu tespit etmek ve denetlemek açısından, öğleden önceki tebliğlerde de belirtilmişti, bilirkişinin kurumsallaşması üzerinde durdunuz, ki gerçekten gerekli, bir sorumluluk söz konusu olduğunda karşınızda kim olacak? Şu kurum. Bu açıdan, bi-

TARTIŞMALAR

lirkişinin kurumsallaşmasında yarar var. 278. maddeye göre, resmi bilirkişiler dışında kimlerin bilirkişi seçilebileceği tespit edilirken, işte alenen icrai sanatta bulunacak ve halen mesleğini icra eden kişiler bilirkişi olarak seçilebilecek.

Dolayısıyla, buradan hareketle diyoruz ki, bilirkişi zaten halihazırda bir iş yapacak, gerek görüldüğünde ayrıca kendisinden bilirkişilik için yardım istenecek. Dolayısıyla bilirkişilik ikinci bir iş gibi olacak. Gerçi uygulamada bazıları bunu asıl iş hâline getirmişler. Öğleden önce Hocam belirtmişti; aylık 5-6 milyara yaklaşan rakamlar kazanıyorlarmış. Acaba, örneğin bir inşaat mühendisi veya bir muhasebeci, bunlar dışarıda iş yapmadan, özellikle bilirkişilik için tespit edilecek listelere yazılarak, ama sadece bilirkişilik yapmak üzere görevlendirilse ve bu şekilde bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlansa düşünülebilir mi; bu konudaki görüşünü de öğrenmek isterim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkürler.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hemen şunun altına çizmekte yarar var: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlediği bilirkişi, mahkemelerin atamış olduğu bilirkişidir. 5020 Sayılı Kanunla genel norm şeklinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine bir eklemede bulunulduğuna göre bu düzenlemenin mahkeme bilirkişilerine ilişkin olduğu açıkça ortada.

"*Tarafbilirkişisi*" kavramı kanunumuza tamamen yabancıdır. Bence o, hukukî danışmanlığın bir parçası. Son dönemde Yargıtay uygulamasında, duyduğum kadarıyla, işte hep belli isimlerden belli hukukî mütalaalar geldiği için, eğer çok yoğunluk kazanmış şekilde mütalaa yazılıyorsa, kim yazmış, altında kimin imzası var?.. Çünkü bazen bakıyorsunuz, usul hukuku dışında her konuda mütalaalar yazanlar da olabiliyor; ticaret hukukunda yazmış, iş hukukunda yazmış. Değişik vesilelerle dosyalar sizin de önünüze geliyor. Sermaye piyasası hukukunda bile yazmış. Yani, ayrı uzmanlık gerektiren alanlarda

yazabiliyor. Fazla da itibar edilmiyor. Bence, o tarafla hukukî görüşüne başvurduğu kişi arasındaki akdi bir ilişki, sorumluluk ancak o temelde düşünülebilir.

Hatalı bir mütalaa yazılmış, mahkeme bundan etkilenmişse ne olacak? Resmi makamları yanıltma diyebileceğimiz belki Türk Ceza Kanunu bağlamında bir yola işlerlik kazandırılabilir. Hatırladığım kadarıyla en son Buher'in "*Hatalı Hukukî Mütalaa-lardan Doğan Sorumluluk*" diye bir makalesi de bu konuda çıktı. Ceza bağlamında ancak adli makamları yanıltmak çerçevesinde olabilir. Ama böyle bir isnadı da kolaylıkla savuşturma olanağı var. "*Benim hukukî değerlendirmem o şekildeydi, mahkeme bununla bağlı değil, ben bu konuda kendi bilgi ve birikimime göre bu şekilde düşünüyorum*" şeklinde bu girişimin de sonuçsuz kalması büyük olası gibi görünüyor.

Bilirkişinin kurumsallaşması konusunda herkes hemfikir. Kurumsallaşmanın oturabilmesinin asıl şeyi bence, etiğinin oluşması. Bu etik de insanla ilgili bir unsur. İnsan düzelmediği sürece bilirkişilik etiği ve standartları yerleşmez, kurumsallaşma da olmaz. Bu, hep bu bağlamdaki disiplinler yaptırımlar olsun, cezaî yaptırımlar olsun, amaç nedir? Bilirkişilik kurumunun kirlenmesini, yozlaşmasını, amaç dışı kullanımını önlemek.

Bunu yapabilmek için bir anlayış diyor ki, bu taslaklar çıktıktan sonra, yanlış hatırlamıyorsam, Hakan Hocam da beni teyit edecektir, Bankalar Ticaret Hukuku Enstitüsü'nde bir taslakla ilgili Ramazan Hocamızın, Ejder beyin, Yaşar Karayalçın Hocamızın, Kalpsüz'ün, hatta Mühendisler Mimarlar Birliği, Muhasebeciler Odası'ndan, değişik meslek gruplarından kişiler bir araya gelip, "*kurumsallaşma bağlamında acaba bir hukukî organizasyona ihtiyaç var mıdır, Adalet Bakanlığı'nun bu bağlamda atmış olduğu adım doğru mudur*" tartışması yapıldı.

Tartışmada tabii değişik görüşler var. Mesele diyor ki Yaşar Karayalçın Hoca, özellikle bu konuda belki de yapılanmayı en çok savunanlardan birisi, tabii bir kere o taslakta hakemlikle bilirkişilik birlikte mütalaa edilmiş. Bunların işlevlerin farklı

TARTIŞMALAR

olduğunu metni incelediğimizde..., hemen hemen hakimliği bir kenara bırakarak bilirkişilik bağlamında oda, odalar birliği şeklinde bir yapılanmaya gidilmesinin düşünülebileceği görüşü dile getirilmiş.

Bir görüş -ki, bu tercih meselesidir- bilirkişiliğin etiğinin oluşturulabilmesi, bilirkişiliğin denetlenmesinin sağlanabilmesi, işte demin de söylediğiniz, objektif, tarafsız, gerçekten ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının özendirilmesi için kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu üst yapılanması içinde bir organizasyona ihtiyaç bulunduğu görüşü savunulmuştur; taslakla ilgili Samsun'daki Bilirkişilik Sempozyumu'nda da bu gündeme geldi. Ejder Hocamızın da bir tebliği de var, o da bu yaklaşımı olumlu bulmuştur; özellikle o oda ve odalar birliğinin temel şeyi, işte bilirkişi listelerinin oluşturulmasıyla ilgili, bilirkişi etiğinin, bilirkişi standartlarının tespitiyle ilgili görevler verilmesi gerektiği konusunda.

Tabii, bu tür yapılanma, bilirkişiliğin, sizin de belirttiğiniz gibi, bir meslek olarak algılanması hâlinde mümkün. Çünkü meslek odası veya meslekse eğer oda yahut odalar birliği şeklinde düşünülebilir. İşte duvarcıların bile Odası var. Mühendisler Odası, Mimarlar Odası; hep bunlar meslek. Ama bilirkişilik böyle sürekli bir meslek değil. Arazi olarak, faaliyetin türevi olarak ortaya çıkan bir olgu. Yani, yılda bir ya da iki kere, belki sizin ömrü hayatınız boyunca iki ya da üç defa belki görüşünüze başvurulacaktır. Bir meslek değil de, mesleğin modülasyonu olduğu için hukukî yapılanmaya gidilmesinin sağlıklı mı olabileceği konusunda benim de kuşkularım var. Yani bir meslek değil; mesleğin türevi mühendisleri, mimarları bir araya toplamak.

Belki sizin dediğiniz, sabit hale getirmek, asli işinden koparmak, "teknik danışmanlık" dediğimiz kuruma, -ki Fransız hukukunda da var, Halûk Hocam sabah işaret etti, işte "Consultation", gene Seyithan arkadaşımız da teknik danışmanlığı çağrıştıran İtalyanca, hatta İtalyan hukukundaki şeyi de söyledi- teknik danışmanlık, ama bunun da tabii standardize etmek

ne ölçüde mümkün? Teknik danışmanlık kurumu bize Aile Mahkemeleri Kanununun 5. maddesiyle girmiştir; psikiyatr, pedagog falan.

Uygulamada hiç işlevsel olmadığı, sadece ilgililerin şekli prosedür, avukatlık yapan arkadaşlarım çok daha iyi bilecektir, boşanma davası öncesi, bir gidin, sizi bir görsün, o da soruyormuş, "uzlaşacak mısınız"; "yok", "hadi gidin, beni meşgul etmeyin" deyip, uzlaşma tutanağını düzenleyip verip gönderdiği.

Kuralları yahut kötüye kullanımı önlemeye yönelik müeyyideleri ne kadar etkin hale getirirsek getirelim, gedikleri ne kadar kapatmaya çalışırsak çalışalım, yargının sorunları bir bütün hâlinde. Ve temel sorun bence insan unsuru. Eğer insan unsurunda düzenleme sağlanmazsa, bilirkişilik kurumundan beklenen amaç gerçekleşmez.

Burada tabii şuna da işaret etmek lazım: Kanun aslında bilirkişiliği bir model olarak öngörmüş; bir tercih ortaya koymuş, "hukukî sorunlarda en yetkin kişi hakimin kendisidir" diye. İşte Türkiye'nin sosyal gerçekliği dikkate alınarak Yargıtay onu örselemiş.

Belki de bilirkişilik kurumunun amaç dışı kullanımında hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulmasının çok büyük payı var. Manevî tazminat davasının şartları gerçekleşmiş midir, gerçekleşmemiş midir, haksız fiilden doğan tazminat davası gerçekleşmiş midir, gerçekleşmemiş midir, gerçekleştiyse tazminatı hesapla gibi böyle garabet konularda bile bilirkişiye başvurulmakta. Yargı erkinin adeta devri şeklinde tanımlanabilecek, mübalağa edilmezse, durumlar ortaya çıkıyor. Hakim de, yüzlerce davayla uğraşan bir hakim de ister istemez, eğer ona yeterince zaman ayıramamışsa, bilirkişi raporunu huzme geçirmek suretiyle işi çözdüğü kanısına varıyor. Yani, sistem bir bütün. Mevcut kuralları iyi işletip, tabii ki ıslaha muhtaç olan yönleri var, ıslaha muhtaç olan yönleri de düzeltip, insanı düzeltmek lazım yani, onu da düzeltmek gerekir.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederiz. Seyithan Hoca'nın sorusu, Oğuz Hoca, sonra da Hakan Hocamızın soruları var.

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN: Teşekkür ederim Hocam.

Ben aslında belki tam anlaşılmayan bir hususa kısaca katkı yapmak istedim.

Bilirkişiliğin bu adil yargılanma hakkıyla ilgili konu galiba biraz kapalı kaldı. Bu konuda gerçi Muhammet Özekes arkadaşımın çok değerli bir çalışması var "*Hukuki Dinlenilme Hakkı*" diye.

Bilirkişilik konusu adil yargılanma hakkıyla çok alakalı, şöyle ki; kısaca, hakimin gerektiği halde bilirkişiye başvurmasıyla alakalı olduğu gibi, gereksiz yere başvurması ve bilirkişinin raporunu çok geciktirmesi, bütün bunlar şüphesiz adil yargılanma hakkıyla ilgili. Ama bir husus var ki, bu doğrudan ilgili; 279. maddenin son fıkrası, yani bilirkişinin her iki taraf huzurunda ancak sorular sorabilmesi, kanunun ifadesiyle isticvap edebilmesi.

Burada da, silahların eşitliği dediğimiz veya "*Rechtliches Gehör*" dediğimiz iddia ve savunmada bulunabilme hakkı, bu da doğrudan adil yargılanma hakkıyla ilgili. Çünkü eğer bilirkişi taraflardan birisiyle değil de, sadece birisiyle görüşürse, ihtimaldir ki, diğer taraf bundan mağdur olabilir, kendisini yeterli şekilde savunmamış olabilir. Bu da adil yargılanma hakkını ihlal eder.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederiz biz de değerli katkılarınız için.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Başkanım, bir şey söyleyebilir miyim?

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Buyurun.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Bu konuyu zaten Kudret arkadaşımızın sorusu üzerine irdeledik, makul sürede yargılanma hakkı bağlamında. Bence, makul sürede yargılanmadan ziyade hakkaniyete uygun yargılanma bağlamında zaten bu soru cevaplandırılmış oldu. Kapalı kaldığını zannetmiyorum. Her halde siz, hakkaniyete uygun yargılanma kavramına yüklenen anlam konusunda tereddüt yaşıyorsunuz, ki böyle bir açıklama yapma ihtiyacı duydunuz.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Bunu katkı olarak değerlendirelim. Oğuz Hoca, sizin sorunuzu alalım.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim.

Bugün, bütün günümüzü alan bu bilirkişi, -tabii çok güzel tartışmalarla günümüzü alan, ben negatif bir anlam yükledim- konusunda dönüp dolaşıp zannediyorum, bilirkişi netice itibarıyla insandır, insan düzelmezse, hukuk kurallarını ne kadar değiştirirsek değiştirelim çok fazla umutlanmayalım, iyi sonuçlar, arzu edilen sonuçlar alınamayacaktır noktasına geliyoruz. Ben de müsaadenizle çok kısa bir biçimde bu tezi doğrulayan, ancak sadece insan değil, sistemle de işin ilgili olduğuna değinmek istiyorum.

Bu, bir yargısal sistemin, Süha arkadaşımız daha önce değindi buna, yargı sisteminin tamamına ilişkin meselelerden kaynaklanıyor bilirkişiye başvurma ihtiyacı; bunda şüphe yok. Yani, hukuk eğitiminden başlıyor bu, bakanlığın istihdam politikasından başlıyor, uzlaşmayı engelleyen istihdam politikasından başlıyor, iş yükü fazlalığından devam ediyor, kadro eksikliğinden, Maliye'nin belki yeteri kadar kadro vermemesiyle destekleniyor ve maalesef üst yargı organında da yeterli denetimin olmamasından kaynaklanıyor...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Bileşik kaplar hikayesi gibi işte...

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Bileşik kaplar kuralı gibi, evet.

TARTIŞMALAR

Ben çok kısaca, Yargıtay mensubu Sayın yargıcımızın sözünü ettiği trajikomik bir olaydan bahsetmek istiyorum. Yani, niçin söyleyeceğim bunu, hakimin, ilk derece mahkemesi hakiminin bir vakayı incelemesi, önüne gelen tüm vakayı incelemesi fiilen mümkün değil. Ağrı'dan gelen bir kadastro davası bozulurken, kıyı kenar çizgisini tespit edip, *"kıyı kenar çizgisinin geçtiği yerden 100 metre diye"* başlayan bir Yargıtay bozma kararı, temyiz kararı Ağrı Mahkemesi'ne gidiyor. Ağrı Mahkemesi'nden tashihi kararlar geliyor. Diyorlar ki, *"bu sözü edilen bölgede değil deniz, çeşme dahi mevcut değildir"*. Bu Yargıtay kararına geçmiş.

Yani, bakın, Yüce Mahkeme böyle bir karar verebiliyor, Ağrı'da kıyı kenar çizgisinden bahsediyor. Demek burada da bir problem var. Yani dosyalar okunmuyor, hepsi okunmuyor. Okunsa böyle bir şeyin yazılması mümkün değil. İlk derece mahkemesi hakimi de, *"okuyamıyorum dosyaları, yetişemiyorum ben bunlara"* deyip, evet, yargı yetkisini devrediyor bilirkişiye. Hatta sabahki oturumda da kısaca sözünü ettim; siz eğer sonuç bölümünü açıkça, altlama yapmadan yazarsanız, *"ne işe yaradı ki bu bilirkişi raporu"* gibi algılanıyor. Demek ki, temelinde, tüm yargı sistemimizde, istihdam politikasıyla, ayrılan bütçesiyle, fiziki mekânla birlikte düşünülmesi gereken bir müessese bu bilirkişi müessesesi. Bilirkişilerin tek başına *"günahı keçisi"* olmadığını zannediyorum.

Yargıçlarımızın da bu konuda azami dikkati göstermesi ve siyasi iradenin de, yargının sorunlarının çözülmesinde topyekûn bir planla, bir stratejiyle yaklaşması sonucunda, ancak çözülebilecek bir mesele diye düşünüyorum.

İkinci kısa bir arzım hukukî konularda bilirkişilikle ilgili olacak. Daha önce bu konularda yapılan tartışmalarda, ben de Samsun'daki sempozyumda bulunmuştum, hatta hukukî konularda bilirkişilere başvurmuyor sayın yargıçlarımız, aslında bile bile hukukçuya başvuruyorlar, yani onlar hukukçuya başvurulamayacağını biliyorlar, ancak, ellerinde başka bir araç yok, dolayısıyla, özellikle Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden bilimsel görüş alalım, nasıl alırız; elimizde başka bir kalıp

olmadığı için bilirkişi kalıbı altında alırız diye başvuruyorlar.

Bunu da, işte "ilmi içtihatlardan hakim istifade eder" kuralı çerçevesinde istifade ediyorlar demiştim; Sayın Çetin Aşçıoğlu da şiddetle muhalefet etmişti, "o zaman o konularda makale yazın, okusun hakimler" demişti. Tabii her somut olayda makale yazılamaz. Bunu, bir fiilî zorunluluğun sonucu olduğunu ortaya koymak için söylemiştim. Tabii ki, bu yasal düzenleme karşısında hukukî konularda bilirkişiye başvurulamaz demek gerekir, doğrudur. Yargıtay da bunu destekliyor; "başvurmadın" diye, "özellikle heyetli bir hukukçu bilirkişi katılarak inceleme yaptırması lazım gelirken eksik incelemeyle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" deyip açıkça bozuyor kararları. Ne kadar gözümüzü kaparsak kapayalım, kanunda bu açık hüküm olmasına rağmen Yargıtay, hukukî bilirkişiyi teşvik ediyor...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Sıcak bakıyor.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Bozuyor kararları, teşvik ediyor, özellikle zorluyor. O zaman, acaba bunun ıslahı uygulama içinde, -kanunda hiçbir problem yok, yasak- uygulama içinde nasıl yapılabilir?

Şöyle bir telif edici görüş acaba mümkün mü diye düşünüyorum; hukukî konularda, özellikle Hukuk fakülteleri öğretim üyelerine gelindiğinde, gerçekten yeni bir yasal düzenleme, işte Avrupa uyum kanunları çerçevesinde çıkmış olabilir, mesela icra iflas hukukuna çok yeni giren bir uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma var, üzerine tek kelime yazılmış değil, hiçbir kaynak eser yok, bunu uygulamak zorunda kalan hakim, işte "Amerikan Bench Raps Act Chapter" ile bunu aç oku dememiz pek gerçekçi değil, kaynağı çoğunlukla orası, öyle bir durumda üniversitedeki bir öğretim üyesine bilirkişi kalıba altında başvurulduğunda acaba hukukçu şunu yapabilir mi; söz konusu hakim uygulamayı düşündüğü normun unsurlarını şerh ederek ona yardımcı olmak, ancak somut vakada bu unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda görüş bildirmemek şeklinde yumuşatılarak bu yargıya, yani "Academia"nın yargıya bir desteği, yardımı şeklinde olabilir mi?

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Alışkanlığa dönüşebilir.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Parası işte 75 milyon lira veya 150 milyon lira en azami bilirkişi ücretiyle oluyor bunlar. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Oğuz arkadaşımız çok iyi diyor da, bizde biliyorsunuz bazı şeyler çok çabuk alışkanlık hâline geliyor. Bu sefer de her konuda, her yeni konuda, her yeni mevzuat değişikliğinde bu soru gündeme gelecek. Ben sabahki oturumda da sordum, cevabını alamadım; Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin bilirkişilik yapma zorunluluğu var mıdır sorusunu özellikle sordum; çünkü bu tür tehditlerle karşı karşıya kalacağız.

Süreci de size anlattım. Almıyoruz diye en sonunda bizi Ağır Ceza Mahkemesi, 6. Ağır Ceza Mahkemesi miydi hatırlamıyorum, Savcılığa şikâyet etti "*dosyayı almıyorlar*" diye. Hiçbir şey yok, bir tane yazı gelmiş, kimin aldığı belirsiz, davetiye mavekiye hak getire, zaten davetiye yok, sadece zarfın üstü var. Bir zarf gelmiş, ama sıruk mısınız, tanık mısınız, bilirkişi misiniz? Tabii mahkemeye geldiğinizde sıfatınız her an değişebilir. Tanık olarak girip pekâlâ saruk olarak çıkanlara da rastladım. Eğer bu yol aralanacak olursa biz kendi asli işimizi yapamaz hale geliriz.

Ben, bir tercihtir, doğru mudur, değil midir tartışması yapmak istemiyorum. 76. madde, "*hakim, hukuku resen araştırır, uygular*" diyor; bu bir kural, bir ilkedir, muhafaza ediliyor. 275 gayet açık; "*hakim, genel kültürüyle ve hukuk bilgisiyle çözebileceği konularda bilirkişiye başvuramaz, ancak özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda görüşe başvurabilir*" diyor. O nedenle, ilmi içtihatlar bağlamında bu kapının aralanması doğru değil. Zaten görev alanı sınırları falan da gösterilmiyor. Eğer o kapı açılacak olursa, sürekli mahkemenin teknik danışmanı gibi çalışma tehlikesiyle karşı karşıya kalınabilir.

Burada şu sorulabilir: Biz belki yaşadığımız için, acaba Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin bilirkişilik yapma zorunluluğu var mıdır? Genellikle 275, şimdi moda oldu, 5020'yi de

yazıp gönderdiğinizde genellikle, bakınca, okuyunca, "5020 de mi varmış, haa, yeni mi çıkmış, ben de yeni öğrendim" deyip sesleri çıkmıyor. 290'dan zaten insanların hiçbir haberi yok; "adliye karşı işlenen suçlarda öyle bir suç mu varmış" şeklinde bir yaklaşım içerisinde.

Bilirkişilik görevini kabul zorunluluğuyla karşı karşıya bulunanlar kanunda sayılmış; resmi bilirkişiler diyor. İşte nedir o? Adli Tıp Kurumu, Umumi Hıfzıssıhha Kurumu gibi, gene üniversitelerin "Adli Tıp Ana Bilim Dalları" gibi. Yine bilgisine başvurulmuş hususu bilmeksizin mesleğini icra etmesi mümkün olmayan kişilerle alenen sanat ve meslek icra eden kişiler, özellikle hukuk fakültesi öğretim üyeleri bağlamında bu düşünülebilir. Bunu öğrettiğine göre bunu en iyi bilen odur yaklaşımı içerisinde girebilir. Ama bunu da Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri bakımından işletmek mümkün değil. Fizik profesörüyle, matematik profesörüyle hukuk profesörü aynı şey değil. Kanun bir fiksiyonu kabul etmiş; "hukukî sorunların en yetkin bilirkişisi hakimün kendisi". Zaten böyle bir görevlendirme yapılamaz.

Bir başka nokta, gene bilirkişilik görevini kabulle yükümlü olan, önceden adliyeye başvurarak bilirkişilik yapacağını ilan etmiş olan, işte deminki o kazanç kapısı hâline getirenler. Özellikle matematik öğretmenleri iş davalarında, hukuk tahsili de yapmışsa, süper para kazanıyorlar. Çünkü formül, hesap destekten yoksun kalma; çıkarmış. Koyuyorum. Bilgisayar aynı anda 30 tane birden veriyor. Hep tip dosya alıyor, maddî tazminat, manevî tazminat gibi.

Belki, bu olmayınca, zaten "hukukî sorunlarda bilirkişiye başvurulamaz" fiksiyonu açık, ortada, önceden gidip başvurmuşsa, belki bu bağlamda düşünülebilir, ama bu bile şüpheli. Çünkü zaten bilirkişiye başvurulamayacağı açıkça işaret edilmiş. O nedenle, hep uygulamada bu yanlışlıkla karşılaştım. Tabii, öğretim üyesi uygulamadan kopuk olmayacak, uygulamaya katkı sağlayacak yazdıklarında, işlediklerinde. Zaten yeni bir müessese yürürlüğe giriyorsa, bunu hemen yürürlüğe sokmak lazım. Hatırlayınız, Alman kanunu, onaylandıktan dört

TARTIŞMALAR

yıl sonra yürürlüğe girdi, hatta bazı maddeleri yürürlüğe girmeden değişti. Doktrin çalıştı, eksik olan, yanlış olan noktaları yargı uyguladı.

Tabii, intikal hükümleri getirmeden birden devreye sokarsanız ciddi sıkıntılar ortaya çıkıyor. Demin söyledim, evet, bileşik sorunlar şeyi var, ama bu sefer de, her yeni kurumda gelinecek. Yarın Elektronik İmza Kanunu çıktı, sorunla karşılaştı, "bir de şuna bak" diyecek, genlerle ilgili bir şey oldu, "ona da bak" diyecek. Yani bu kapı aralanmaz. Bir tercih yapmak zorundasınız. Hukuk fakülteleri her şeyin okutulduğu yerler değil. Formasyon denen şeyini çözmek zorunda.

Tabii, bunu yapabilmesi için hakimin de bir günde 30 dosyayla duruşmaya çıkamaması lazım. Almanya'da 30 bin hakim var, 80 milyon nüfus; Türkiye'de toplam hakim sayısı 7 bin, hepsi bu; yani, bir taraftan hakim yetiştirememişiz, bir taraftan hala kadroları sınırlı tutuyoruz.

Şimdi, istinaf mahkemeleri kuruldu; belki kısa vadede hemen hakim bulunabilecek. 8 yerde kurulursa kolay. Ama bölge idare mahkemelerinin kurulduğu yerlere kadar yaygınlaştırılırsa, ki o yapılanma bir modeldir, oraya nasıl nitelikli hakim bulunacak düşünmek lazım. Yani kural, tabii sistemin genel sorunları bilirkişiye de yansıyor. Kimyadaki basit kural, bileşik kaplar hikayesi burada da devreye giriyor.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Biz de teşekkür ederiz. Hakan Hocamın sorusunu alalım son olarak.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Benim hem soru, hem de çok küçük bir katkı olacak, özellikle sabahki oturumla ilgili; devam eden tartışma konusuyla ilgili olarak da bir yorumum olacak.

Bilirkişiliği, sabahleyin de söz aldığında Süha arkadaşımız etik açıdan değerlendirdi, ama daha sonra da, işte odaların belli ölçüde bu etik anlamında uygulamaya bir yön verebileceği...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Söylendiğini... Ben taraftar değilim Hocam.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Değilsiniz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Taraftar değilim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Şimdi, o sözünü ettiğiniz Ankara'daki Banka Ticaret Enstitüsü'nün toplantısına ben de katılmış idim. Açıkçası, orada tereddütsüz olan bir konu var: Birincisi, hakemlikle bilirkişiliğin birbiriyle hiç alakası yok. "Bunu kim hazırlamış" dersiniz, bunu zannediyorum Adalet Bakanlığında oluşturulan bir kurulca hazırlamış, ama çok da bu konu düşünülmemiş o sırada zannediyorum. Zaten hakemlik o kadar yaygın değil ki Türkiye'de.

Halbuki, bir mahkemenin belki de ayda 50-60 tane bilirkişiye başvurusu söz konusu. Bunların bir araya gelmesi doğru değil. Orada herkes hemfikir. O da özellikle Samsun'daki toplantıda şiddetle eleştirildi. Tabii ki, bu eleştirilerin pek çok haklı tarafı var. Ama bakın, ben buradan hareketle, bünyemize uyabilecek bir çözümün mutlaka üretilmesi gerektiğine inanıyorum. Oda neler getiriyordu? Adına "oda" demeyelim, o da doğru değil, ona da katılıyorum. Ama oda, bilirkişi raporlarını yayınlamak durumunda idi. Bu neyi gerektirecekti? Eğer, bilirkişi raporları yayınlanırsa herkes yazdığı raporun okunacağını biliyor olacaktı ve eleştirilebilecekti, gizli saklı dosyanın içinde kalmayacaktı bu. Bu, bir yerde yazılırken disipline edecekti o yazan kişileri, tıpkı bizlerin doktora tezleri gibi, yüksek lisans tezleri gibi. Bunları yayınlamadığınız takdirde kolaylıkla başkaları kopya edebiliyor. Bir de, ne yazmış; kimse, bunu değerlendiremiyor maalesef.

İkincisi, sürekliliği ortadan kaldıracaktı. Bakın, ben Dekan olduğumda bana bazı asliye ticaret hakimleri, "aman, falanca Hoca var ya, onun gibi iki tane daha bulsanız ben çok rahat edeceğim Hocam, çünkü öyle güzel raporlar yazıyor ki, artık gözü kapalı, ben ona alıştım, geldi mi, ben onun kararının, yorumunun doğru olduğunu düşünüyorum" dediler. Bu bir yerde hakimin görevin devri. Aslında hakim, kendi bağımsızlığını, görevini açıkça bir bilirkişiye devrediyor.

TARTIŞMALAR

Bu sürekliliği ortadan kaldıracaktı. Yani, sabah yine söylendi sanıyorum, mahkemenin sanki bilirkişisi gibi bir bilirkişilik uygulamasını ortadan kaldıracaktı. Başka bir sonucu ise, listeden çıkarılma ihtimali olacaktı. Eğer hakkında şikâyetler gelirse, disiplin soruşturması yapılacak ve bu kişiler, eğer hakkında şikâyetler varsa dinlenecek, bir süre kendilerine görev verilmeyecekti. Yine, listeye alınabilmek için kendilerinden uzmanlık beklenecek, hatta bazı hâllerde bir sınav bile öngörülecekti, ki nitekim Fransa'ya bakıyoruz, bu düşünceye benzer bir uygulamayı onlar şimdiden kabul etmişler.

Ben de katılıyorum; etik çok önemli. Ama bu kendiliğinden de oluşmuyor. Oluşumuna hukukçuların da katkıda bulunması lazım. Biz de kendimize özgü bir uygulamayı başlatabilmeliyiz; uygulamadaki bu kadar yanlışlıkları gördükten sonra bir düzenleme yapabilmeliyiz.

Şimdi, ben size soruyorum; dünyanın hiçbir yerinde de olduğuna inanmıyorum, hangi ülkede acaba bir avukat bilirkişilik yapar? Gidin, bütün baroların bilirkişi listeleri var. Böyle bir şey olabilir mi, avukat bilirkişilik yapabilir mi? Ne farklı var hakimle avukatın? O zaman bir hakim, arkadaşını da bilirkişi olarak atayabilir. Ama bununla da kalmıyor.

İcra memuru, sizin biraz önce söylediğiniz, tahmin ediyorum ağır cezadaki o hileli iflasla ilgili dosyada bilirkişi, hem de emekli icra memuru. Kaloriferlerle ilgili konuda resim iş bilgisi öğretmeni bilirkişi. Heykeltıraş, güzel sanatlarda profesör, heykeltıraş kendisi, ama grafolog gibi çalışıyor. Dedim ki, nereden çıktı Allah aşkına? Güzel sanatların da dekanı. "*Hocam, vallahi bilirkişilik için mahkemeler gönderdi, sordum, dediler ki, 'bu konuda yapmazsan cezaî sorumluluğun var, yap bir şekilde', merak saikiyle başladım, şimdi bayağı ciddi olarak bu işi kendi kendime öğrendim*" dedi, yani, bir heykeltıraş şu anda bilirkişilik yapıyor.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Emekli polis memuru bile yapıyor Hocam, "*Graphology*" şeyinde.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ama, burada o kadar aşırıya gidiyoruz ki. Bir "*Pratik Çalışma*" kitabında görmüştüm; bir

manken bir dergiyle anlaşmış, demiş ki, "benim sadece mayolu resimlerini yayınlayacaksınız". Tabii dergi fotoğrafları çekerken bir tane de mayosuzu yakalamış, bir şekilde her halde gizli çekmiş ve dergide o yayınlanmış. Manken dava açmış. Hakim ne yapmış biliyor musunuz? Bilirkişiye gitmiş. Yargıtay isyan ediyor; "insaf, sen görmüyor musun resimde ne olduğunu" diyor. Kör müsün? Bunun için bilirkişiye gidilir mi? Yani her şey ortada. Ama bunun için bile bilirkişiye gidilmiş.

Uygulamada gerçekten çok ciddi bir sıkıntı var. Bunu iki yönüyle değerlendirmemiz lazım. Bir taraftan, rasgele, uzman olmayan bilirkişilik müessesesini kapamamız lazım, bunun dışında da, bilirkişilerle ilgili ciddi bir düzenleme yapmamız lazım. Bunun için, bilirkişilik müessesesini eğer ele almak istiyorsak, bence, sizin konunuz, bu sorumluluk son derece önem taşıyor. Ama cezai sorumluluk olabilir, ama hukukî sorumluluk olabilir.

Burada hakimin de belli biçimde sorumluluğunun olması lazım. Uzman olmayan bir kişiyi hala uzman olarak zorluyor ise, o da, uzman olmadığı bir konuda, "ne iş olsa yaparım" şeklinde, üç-beş kuruş para kazanmak için yapıyorsa, burada, dediğiniz gibi, müterafık kusurunun olması lazım, birlikte sorumlu olmaları lazım. Yani ben, bilirkişi müessesesinin sabahki oturumdaki tartışılmasıyla ve oraya çözüm bulunmasıyla değil, asıl olarak bu sorumluluk konusunun, ama ifrat ölçüsünde değil, 5020'yle getirilen düzenleme biçiminde değil, daha makul ölçüler içinde düzenlenmesini düşünüyorum.

Şimdi, sizden, belki de bir kapanış olarak, oda olmasa bile bunu nasıl, sorumluluğun düzenlenmesi gerektiğini ya da bunun böyle bir düzenleme içinde yer almasının gerekip gerekmediği konusunu dinlemek istiyorum.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Tabii, bu söylediğiniz hususlar son derece önemli, özellikle bilirkişi seçiminde ve seçilenlerin

TARTIŞMALAR

gerçekten bu işi yapabilecek ehliyetinde olup olmadığı meselesi son derece önemli bir mesele. Zaten etik dediğimiz şeyin oluşması da birtakım ilke ve kurallarla standartların oturmasına bağlı. Bir kurumsallaşma ihtiyacı olduğuna ben de zaten işaret ettim; ama *"bunun hukukî formatı ne olmalıdır, hukukî kalıp ne olmalıdır"* tartışması var.

Türk hukuk düzeninde, baktığımızda, kamusal kimlik de verdiğimizde, bu tür yapılanmalarda genellikle model bir üst kuruluş, onun altında da o üst kuruluşun bölgesel organları olan odalar şeklinde yapılanması var. Anayasa ve idare hukuku bağlamındaki format düşünülerek bu önerilmiş. Hakikaten, bakıyorsunuz, taslak külliye de bir yana bırakılacak bir taslak değil; gerçekten bazı, özellikle görevler bağlamında falan ciddi birtakım düzenlemeler de içeriyor. Fakat acaba bu uygun hukukî format olur mu?

Bu bilirkişilik sanki bir meslekmiş gibi; çünkü oda ve odalar birliği şeklinde, özellikle oda şeklindeki yapılanma, bazı mesleklerde hatta odaya kaydolmak zorunludur, işin yapılabilmesinin ön koşulu, örneğin noterde, baroya, işte bora levhasına kayıtlı olma gibi, oda şeklindeki yapılanmalar genellikle meslekler için öngörülüyor. Meslek ise, uzun süreli özel teknik bilgiye dayalı olarak belirli ilke ve kurallar çerçevesinde üretimde bulunma faaliyeti olarak tanımlanıyor. *"Acaba bilirkişilik bir meslek midir, değil midir"* tartışmasını bu beraberinde getiriyor.

Bilirkişiliğin oda ve odalar birliği şeklinde bir yapılanmaya gidilmesi halinde, bir üst kuruluş şeklinde yapılanmaya gidilmesi halinde meslekler için geçerli olan ilke ve kurallara tâbi tutulması sonucunun doğacağı söyleniyor. Burada şuna dikkat etmek lazım: Bilirkişilik arızı bir durum. Yani, sürekli yapanlar var, ama asıl işlevinin yanı sıra, belki ömrü hayatında birkaç defa yapanlar da olabilir. Bir meslek değil, bir mimarlık gibi, mühendislik gibi, muhasebecilik gibi, kimyagerlik gibi bir meslek değil; mesleğin modülasyonu. İhtiyaç duyulduğunda işlerlik kazanıp, o alanda bilgi sunan kişi konumunda.

Şu aklıma geliyor benim: (Daha önce de Selçuk Öztekin Hoca önermiş o Samsun'daki sempozyumda, yanlış hatırlamıyorsam) Adalet Komisyonu bünyesinde belki bir üst kuruluş kurulabilir, üst kuruluş oluşturulabilir. Zaten, bu mesleği icra eden kişilerin hepsi odalara kaydolmak zorunda. Muhasebeciler Odası var, Mimarlar Odası var, Eczacılar Odası var, Mühendisler Odası var.

Hakim, Adalet Komisyonu, oralarla yazışmak suretiyle hangi konuda kimin ehil olduğunu, etik olarak... Ehil olmak yetmiyor. Çünkü etik olarak da bu mesleği icraya uygun bir yapıyı taşımak gerekiyor. Bence etik değerler uzmanlıktan da, objektivitenin sağlanması açısından onunla eş değerde, biraz da ön plana çıkıyor. Çünkü, sağlam kişilik yapısı bu mesleğin icrası bakımından önemli. Oralarla irtibat kurmak suretiyle listeler oluşturulabilir Adalet Komisyonu bünyesinde; o listelerden seçim yapılabilir.

Dolayısıyla, o listelerden bilirkişilerin sicili de tutulabilir. Ne yapmış, birtakım şeylere karışmış mı, karışmamış mı, geçmiş nasıl, sabıkası var mı, yok mu, sabıkasızlık kaydı diye belki tanımlamak mümkün, tekerrüre esas olacak bir durum doğmuş mu, doğmamış mı; bunları denetlemek mümkün hale gelebilir. Bir şeffaflık da sağlanabilir, bir denetim şeyi de olabilir. Böyle bir çekidüzen verilirse ister istemez hem uzman kişiler, çünkü o meslek kuruluşları bence son derece ciddi çalışan kuruluşlar, Mimarlar odaları olsun, mühendisler odaları olsun, bunlar aynı zamanda etkin baskı grupları, kamu kurumu niteliğindeki baskı kuruluşları olduğu için, yapılan bir yanlıştan yahut hatalı bir tutumdan otomatik olarak mesleğin geneli zarar göreceği için, mesleği geleceği zarar göreceği için bu konuda da son derece hassas davranacaklardır, belki bir çekidüzen verme bağlamında böyle bir yöntem geliştirilebilir.

Çünkü meslek olmadığı için mesleğin modülasyonunu temel alan bir hukukî formata gitmek, zaten burada ayrı bir hukukî format oluşturmaya da gerek yok; Adalet komisyonlarına pekâlâ bu verilebilir, Yargıtay bağlamında da üst komisyonlara bu görev verilebilir. Zaten şimdi Yargıtay'ın misyonu,

TARTIŞMALAR

eğer istinaf da girecek olursa esas itibarıyla tümüyle, daha doğrusu hukuka uygunluğa çekileceği için artık vaka denetimi bırakılıp, onu istinaf yapacağı için, Yargıtay bağlamında ihtiyaca gerek kalmayacak; istinaf mahkemeleri bağlamında da, onlarda da, zaten Adalet komisyonları bünyelerinde var, ikinci derecede yargı yerleri olduğu için aynı model orada da geçerlilik taşıyabilir.

Prof. Dr. Nüvit GEREK: Efendim, teşekkür ederiz.

Vaktimizi aştık, ama çok da güzel oldu kanımca. Hepimiz yararlandık.

Tabii ki, insan unsuru her konuda olduğu gibi bilirkişilikte de son derece önemli. Ancak, insanlar zeki yaratıklar, hukukçular daha da, ortalamanın üzerinde zeki insanlar. Ve kaçak yollar, çıkış yolları her zaman bulmaya eğilim var bildiğimiz gibi. Bu yüzden bir sisteme oturtmaya çalışmakta mutlaka fayda var. Konu üzerinde arkadaşlarımızın açıklamalarını dinledikçe alternatif çıkış yolları da zaten kendiliğinden ortaya çıkıyor.

Yalnız, benim temennim; inşallah mevcut iktidar döneminde bilirkişilik konusunda bir yasal çerçeve hazırlanmaz.

Daha uzun zamana ihtiyaç var. Aceleye getirmeden düşünülmesi lazım. Belki önümüzdeki yıl Komisyon, Medeni Usul Hukuku toplantısıyla ilgili olarak başka konular gündeme getirebilir. Ama, belki de yeni gelişmeleri de bir yıl içerisinde, önümüzdeki değişiklikleri de dikkate alarak bilirkişilik meselesinin değişik yönleri üzerinde de tekrar durabiliriz.

Efendim, çok teşekkür ederiz.

Yarın 10.30'da görüşmek üzere toplantımızı kapatıyorum.

ÜÇÜNCÜ OTURUM
2 Ekim 2004 (10.30-12.00)

İFLÂSIN ERTELENMESİ

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Süha TANRIVER

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Tebliğî Sunan

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Sunucu: Oturumun Başkanlığını yapmak üzere Ankara Üniversite Öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver'i, "İflasın Ertelenmesi" konulu tebliğini sunmak için Dokuz Eylül Üniversitesi Öğretim üyelerinden Sayın Doç. Dr. Muhammet Özekes'i kürsüye davet ediyoruz.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Günaydın. Sözlerime başlar-ken hepinize saygı ve sevgilerimi sunuyorum.

Bugünkü Oturumda sunulacak olan tebliğin konusu İflasın Ertelenmesi.

Ekonomik güçlük içerisinde bulunan borçluların kullanabileceği çeşitli araçlar İcra İflas Kanunu'nda öngörölmüş durumda: Bunlar; "konkordato kurumu, iflasın ertelenmesi kurumu, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması kurumu".

"Konkordato kurumu" zaten daha doğarken öldüröldüğü için işlemez hale gelmiştir. Çünkü, tasdik prosedürü dahil konkordato sürecinin üç aylık, uzatılmışsa beş aylık konkordato mühleti içerisinde Türkiye sosyal gerçekliğinde tamamlanması mümkün görölmemektedir. O nedenle de konkordatoyla ilgili daireye de son dönemde gelen iş sayısı azalmıştır. Adnan Bey de burada; konkordatoyla ilgili dosyalarla özellikle ilgilenen arkadaşımız. Son dönemde sadece bir tane dosyanın geldiğini, onun da konkordatonun feshiyle ilişkili olduğunu, eski

dönemde süreci tamamlanmış bir konkordato prosedürüyle ilişkili olduğunu söylemektedir.

“Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma kurumu” ise fazla bilinmediği için, daha yönetmelik çalışması bile tamamlanamadı, ne şekilde işlerlik kazanacağı tam olarak ortaya konulamadığı için işlemez durumda.

En etkin, en pratik, en kolay araç *“ifasın ertelenmesi kurumu”* olarak karşımıza çıkmaktadır. İflas öncesinde evrede denenene, sonuç alınırsa sonuçlarından yararlanılabilecek bir kurum olarak ifasın ertelenmesi kurumu işlerlik kazanmıştır. Bir de, son derece avantajlı bir hukuk statü yaratıyor. Erteleme süresi bir yıl, dört yıl da uzatma süresi, beş yıl, *“beş yıl sonra Allah kerim”* mantığı egemen olduğu için, *“beş yıl içerisinde çok şey değişebilir”* düşüncesi de egemen olduğundan çok uzun vadeli düşünülmediği için ertelenme kurumu çok işlevsel hale gelmiştir; son dönemde de yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İşte bu nedenledir ki belki de bu konu tebliğ konusu olarak seçilmiştir.

Şimdi iflasın ertelenmesi konusundaki tebliğini sunmak üzere ben sözü Sayın Doç. Dr. Muhammet Özkes arkadaşşıma bırakıyorum.

Buyurun Muhammet bey.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl
ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

İFLÂSIN ERTELENMESİ

(İİK m. 179-179b; TTK m. 324)

A. İFLÂSIN ERTELENMESİ KAVRAMI ve AMACI

1. Kavram

Kanunda iflâs yolları takipli (m. 155 vd.) ve takipsiz (m. 177 vd.) iflâs olarak düzenlendikten sonra, takipsiz (doğrudan) iflâs da kendi içinde alacaklının ve borçlunun talebiyle doğrudan iflâs (m. 177-179b) olarak ikiye ayrılmıştır. Takipsiz iflâsı takipli iflâstan ayıran başlıca fark, bu yola başvurabilmek için kanunun aradığı özel iflâs sebeplerinin de gerçekleşmiş olmasıdır. Alacaklının veya borçlunun doğrudan iflâs yoluna başvurabilmesi için, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak, kanunda belirtilen şartların bazıları gerçekleştiğinde borçluya iflâsını isteyip istememe konusunda bir hak tanınmışken, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda borçlunun iflâsını istemesi zorunlu kılınmıştır. Burada özellikle, işletmenin iç durumunu bilmeyen üçüncü kişileri, işletme daha da kötüye gitmeden koruma düşüncesi önemli yer tutmaktadır.

Borçlunun iflâsını isteme zorunluluğu olan iki hal bulunmaktadır. Bunlardan birincisi iflâsa tâbi olan gerçek kişiler ve şahıs şirketlerini de içine alacak şekilde genel bir sebeptir. Buna göre, borçlunun malvarlığının yarısına haciz konulup geri kalanının da borçlunun mevcut ve bir yıl içinde muaccel hale gelecek borçlarını ödemeye yetmemesi halidir (m.178/III). İkinci zorunlu iflâs sebebi ise, daha özel olup sermaye şirketleri ile kooperatifleri kapsamaktadır. Bu iflâs sebebi, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin pasifinin aktifinden fazla

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

hale gelmesi halidir (m. 179; TTK m. 324). Anonim ve limitet şirketlerle kooperatiflerin mevcut ve alacakları, borçlarını karşılamayacak hale gelmişse (borca batıklık hali) şirketi idare ve temsille görevli kişiler ticaret mahkemesine başvurarak iflâs talep etmek zorundadırlar; aksi halde bu kişilerin hukukî ve cezaî yaptırımına karşılaşmaları söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu zorunlu iflâs şartları oluşturduğunda, alacaklıların borçlunun iflâsını istemelerine imkan tanımış, borçlu için ise, iflâsını talep etme zorunluluğu getirmiştir. Ancak diğer yandan da sermaye şirketleri ve kooperatiflerin özel durumu sebebiyle, iflâs şartları oluşsa dahi, belirli bir süre iflâs kararını erteleme imkanı da tanınmıştır. Bunun için başlıca şart, şirket veyâ kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmasıdır. Böyle bir durumda, şirketin iflâs etmesiyle karşılaştırıldığında, belirli bir süre iflâsın ertelenmesine karar verildiğinde korunacak menfaatin daha önemli olduğu kabul edilmiştir. Ancak, bu erteleme süresinde de şirket kendi haline bırakılmamış, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde ve belirli bir prosedüre bağlı kalınarak işlerine devam etmesine izin verilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra, iflâsın ertelenmesinin amacı ve yargılama hukuku bakımından niteliği de birlikte dikkate alınarak şu şekilde tanımlanmasının uygun olacağını düşünüyoruz: *"İflâsın ertelenmesi, borca batık durumda bulunan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında verilecek iflâs kararının, kanunda öngörülen şartlar altında, özellikle şirketin mali durumunun iyileşmesi mümkün olduğunda, belirli bir süre geri bırakılarak, bu süre içerisinde şirket veya kooperatifin iflâstan kurtulması için imkan tanınmasına hizmet eden geçici bir hukukî korumadır".¹*

¹ "İflâsın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflâsının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Böyle bir talep üzerine mahkemece bu şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez ıslahının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır." 19.HD, 07.02.2002, 7389/906 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

2. İflâsın Ertelenmesinin Amacı

İflâsın ertelenmesi amacını ortaya koyabilmek için öncelikle, Kanunun bu konuya bakış açısı açıklanmalıdır. İflâsın ertelenmesi için TTK m. 324/Y'de "...*şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine...*" iflâsın ertelenmesine karar verilebileceği ifade edilmişken, İİK m. 179/Y'de "...*idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğu...*"nu ortaya koyarak iflâsın ertelenmesini talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hükümlerde iki şey dikkat çekmektedir: Birincisi, şirketin durumunun ıslahı veya mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması; ikincisi şirket yöneticilerinin ya da alacaklıların talebi.

İflâsın ertelenmesini talep edebilecek olanların idare ve temsille görevli kimseler ve alacaklılar olduğu hususu göz önünde tutulduğunda, temelde hem şirketin hem de alacaklıların menfaatinin korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.² İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinin Hükümet gerekçesinde "*Böylece, mali durumunun düzeltilmesi mümkün olan şirket veya kooperatifin faaliyetlerine devam etmesi sağlanmaktadır.*" denilmektedir. Bu ifadeden hareket edilirse bir işletmenin faaliyetine devam etmesi hem şirketin hem de şirket alacaklılarının menfaatine olduğu söylenebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, şirketin faaliyetine devam etmesinin şartı, mali durumunun düzelmesidir. Mali durumun düzelmesi söz konusu olmadan tek başına şirketin bir süre daha faaliyetine devam etmesi, amacın gerçekleştirilmesine hizmet etmeyecektir.

Şüphesiz bir sermaye şirketinin faaliyetine devam etmesinin sadece şirketin ve alacaklıların menfaatinin ötesinde genel olarak sağlayacağı yarar da göz ardı edilmemelidir. Zira, bir sermaye şirketinin devam etmesi, geniş anlamda alacaklı

² Nitekim Yargıtay da bir kararında bunu teyit edecek şekilde "İflâsın ertelenmesi durumu erteleme talebinde bulunan şirketin menfaati göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklıların da menfaatleri kuşkusuz korunmalıdır." 19. HD, 30.12.2004, 10530/13441 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

çevresi dışında, onunla bağlantılı olan diğer işletmelerin ve buna bağlı olarak ülke ekonomisinin yararınadır. Sermaye şirketleri, piyasa ekonomisi içerisinde önemli bir yer tutarak ülke ekonomisinin ayakta kalması, dışa açılması, sağlıklı bir rekabet ortamı, katma değer yaratılması, istihdamın artırılması bakımından özel önem taşımaktadır. Ayrıca ekonomik istikrarın süreklilik kazanıp sürdürülebilir gelişme bakımından da sermaye şirketlerinin önemi açıktır.

Bu açıklamalardan sonra iflâsın ertelenmesinin temelinde, sadece alacaklıların veya şirketin değil, yukarıda belirtildiği üzere bir denge içerisinde kümülatif faydanın yattığı söylenebilir.

Burada sadece şirketin menfaati dikkate alınmış olsa, iflâstan sadece şirket ortakları yani kâr ve zarar hesabıyla ortaklık ilişkisi kuran dar bir çevrenin etkilenmesi söz konusu olacaktır ki, bu da göze alınabilir bir risktir. Nitekim işletmelerin daha dar kapsamlı ve sorumluluğun kişisel sorumluluğa kadar götürülebildiği gerçek kişi tacirlerle şahıs şirketlerinde bu risk alınmış, iflâsın ertelenmesi kabul edilmemiştir. Oysa şirket menfaatini aşan geniş bir alacaklı çevresi ile etkisi ülke ekonomisi üzerinde baskı oluşturan sermaye şirketlerinde, risk sadece şirket ve onun ortakları için söz konusu olmayıp domino taşı dizisi gibi katlanarak artmaktadır. Bu riski menfaat dengesi içerisinde kanun koyucu almak istememiş, riski azaltan, kaldıran ve dağıtan bir yöntemi tercih etmiştir. Bunun en açık göstergesi, iflâsın ertelenmesi ile yeniden yapılandırmanın sadece sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında kabul edilmiş olmasıdır. Bunun dışında, icra organları öntünde bir anlaşmayı ifade eden konkordato bakımından ise bir sınırlama yapılmamıştır.

Kısaca sermaye şirketlerinin mümkün olduğunca sona ermeyip yaşamını devam ettirmesinde hukukî, ekonomik, sosyal yarar gören kanun koyucu onların devamını sağlamak bakımından birden fazla (iflâsın ertelenmesi, yeniden yapılandırma, konkordato) yolu takip hukuku içerisinde açık tutmuştur. Bu yollar içerisinde sermaye şirketleri açısından şu andaki kanuni

düzenleme çerçevesinde en etkili olanı iflâsın ertelenmesidir. Çünkü şartları oluştuğunda iflâsın ertelenmesi, daha kolay, daha uzun süre, daha etkin bir hukukî imkan sağlamaktadır. Bu sebeple, son düzenlemeler çerçevesinde, iflâsın ertelenmesinin aynı şartlarda, yeniden yapılandırmayı ve konkordatoyu gereksiz kıldığı dahi söylenebilir.

Burada kanun koyucuyu da etkileyen unsurlar (ki bunlar ekonominin genel yapısı, uluslararası ilişki ve taahhütler, kredi kurumları gibi güçlü ekonomik baskı gurupları şeklindeki faktörler) sebebiyle, sermaye şirketlerini ve onunla bağlantılı menfaatleri koruyan hukukî kurumlar arasındaki denge ve uyumun kaybolduğunu düşünüyoruz. Bu kurumların farklı kaynaklardan gelmesi, farklı ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkması, farklı şartları taşıması, farklı prosedüre ve etkiye sahip olması, ancak temelde amaçlarının -tam olarak örtüşmese de- aynı yönde olması sebebiyle aralarındaki uyumun gözetilmesinin özel bir öneme sahip olduğu açıktır. Bu kurumlar arasındaki uyumun gerektiği gibi olmaması, bunlardan bir kısmının işlevini tam olarak yerine getirmesine engel olmaktadır. Kanaatimizce bu kurumların amaçlarının göz önünde bulundurularak yeniden ele alınıp uyumlu hale getirilmesinde yarar bulunmaktadır. Hatta, yapılacak bir kanun değişikliğinde, işletmeler için adeta rehabilitasyon niteliğindeki bu kurumların topluca ele alınarak, tek bir yerde toplanması, birbirleriyle bağlantılarının da kurulmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

Kanunda son yapılan düzenlemelerle iflâsın ertelenmesi, yeniden yapılandırma, malvarlığının terki suretiyle konkordato şeklinde üç kurumun büyük bir beklenti ile ancak kısa sürede kabul edilmesi, belki de hepsinden beklenen faydanın istenen şekilde gerçekleşmesine de engel olabilecektir. Buna rağmen, özellikle şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğu hallerde iflâsın ertelenmesinin, konkordato veya yeniden yapılandırmaya göre daha avantajlı bir kurum olduğu söylenebilir. Zira iflâsın ertelenmesini talep, daha basit, alacaklıların onayını gerekli kılmaması yönünden daha kolay ve sonuçları bakımından daha etkilidir. Bu çerçevede, 179.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

maddenin Hükümet gerekçesinde "...*iflâsın ertelenmesi hâkime ve ilgililere daha geniş bir hareket alanı sağlar. Nitekim maddede, mali durumunu düzeltmek için borçlunun başvurabileceği çareler konusunda herhangi bir yönlendirme, sınırlama beyan edilmemiştir.*" denilerek buna dikkat çekilmiştir.

B. İFLÂSIN ERTELENMESİ KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Esasen tartışılmaya en çok ihtiyaç duyulan yönü bu olmasına rağmen, iflâsın ertelenmesi kurumunun hukukî niteliği hakkında ne doktrinde ve yargı kararlarında açıkça bir tartışma yapılmamıştır. Ancak, iflâsın ertelenmesi kararları ve buna karşı başvurulacak kanun yolları hakkında yapılan tartışmalar, kurumun hukukî niteliğini ortaya koymak açısından yardımcı olacaktır.

Hukukumuzda hâkim olan görüş, iflâsın ertelenmesi kararının temyiz edilebileceği yönündedir. Buna karşılık iflâsın ertelenmesi kararıyla mahkemenin gerçekte işten el çekmediği, bu sebeple iflâsın ertelenmesi kararının nihai karar olmadığı, sonuç olarak da bu kararın temyiz edilemeyeceği görüşü de savunulmaktadır. Kararın temyiz edilemeyeceği bakımında esas düşünce, iflâsın ertelenmesinin tedbir niteliğinde bir karar olduğudur. Buna karşılık, iflâsın ertelenmesi kararının temyiz edilmesini kabul etmekle birlikte, bunun tam olarak nihai karar görüşüne dayandırılmaması gerektiği de savunulmaktadır. Bu açıdan, iflâsın ertelenmesi kararıyla mahkeme işten elini çekme- se de, bu kararla verilen erteleme süresi sonunda şirketin mali durumu düzeldiğinde mahkeme erteleme kararını kaldırarak, anonim şirket önceki durumuna dönecektir; iflâsın ertelenmesi kararının "*iflâs talebinin reddi*" kararına benzediği belirtilerek temyiz edilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, alacaklıların iflâsın ertelenmesi kararını temyiz etmelerinde menfaatlerinin bulunmasının da temyizi haklı kıldığı savunulmaktadır.

Bu görüşlerden hareket edildiğinde iflâsın ertelenmesi kurumunun, özellikle yargılama hukuku bakımından niteliği hakkında üç görüşün ortaya konulması mümkündür:

• İflâsın ertelenmesi, çekişmeli veya çekişmesiz yargı çerçevesinde bağımsız ve başlı başına bir prosedürü ifade etmektedir. Bu sebeple temyizi mümkündür.

• İflâsın ertelenmesi, iflâs hukuku içerisinde, iflâs yargılamasına bağlı bir geçici hukukî korumadır. Bu sebeple bağımsız olarak temyiz edilemez.

• İflâsın ertelenmesi, yargılama hukuku çerçevesinde kendine özgü bir karakter taşımaktadır.

Esasen bu sorunun çözümü kolay değildir. Ancak biz en azından genel hatlarıyla sorunu ortaya koyarak çözüm üretmeye çalışacağız. Yukarıda ortaya konulan üç görüşün de kendi içerisinde savunulabilir yönleri olduğu gibi savunulması güç yönleri de bulunmaktadır. Bunlar üzerinde durmakta yarar vardır. Çünkü kurumun hukukî niteliğini tespit, kurumla ilgili birçok sorunun çözümünü de kolaylaştıracaktır.

2. İflâsın Ertelenmesinin İflas Yargılamasından Bağımsız Olup Olmadığı

Yukarıda ortaya konulan üç görüş açısında da bir değerlendirme yapabilmek için, iflâsın ertelenmesinin, iflâstan ayrı olarak talep edilip edilemeyeceğini açıklamak gerekir. 179. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde, borca batık durumda olan şirketin yöneticilerinin veya alacaklılarından birinin talebi üzerine bunun mahkemece de tespiti ile şirketin iflâsına karar verileceğini düzenlenmiştir.³ Doğrudan iflâs hali olarak

³ "...Bu madde hükmü (324), aynı yasanın 434. maddesi ile karşılaştırıldığında, şirket sermayesinin 2/3'ünün karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde şirketin kendiliğinden ve otomatikman münfesih sayılmayacağı anlaşılmaktadır." 11. HD, 07.06.1982, 2820/2734 (Eriş, s. 1877). Benzer yönde, 11. HD, 28.10.1982, 4054/4233 (Eriş, s. 4233).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

düzenlenen bu durumda iflâs talebinin kendisi bağımsız bir yargılama olmakla birlikte, yargılamanın niteliği bakımından ikili bir ayırım yapılmalıdır. Zira alacaklının talebi ile iflâs hali çekişmeli yargı işi iken, borçlunun talebi ile iflâs çekişmesiz yargı işidir. Ancak her iki halde de iflâs talebi üzerine yürütülen bağımsız bir yargılama söz konusudur. Burada ortaya konulması gereken soru, iflâsın ertelenmesinin bu yargılama içerisinde mi yer aldığı yoksa bağımsız bir prosedür mü olduğudur? Kanaatimizce iflâs ister alacaklı tarafından ister borçlu tarafından talep edilsin, iflâsın ertelenmesi her iki halde de iflâs yargılamasının bir parçasıdır. Bu, kanunun sözünden, özünden, kurumun amacından ve düzenleniş şekli ile erteleme sonuçlarından çıkarılabilir. Sırasıyla bunlar üzerinde durmaya çalışacağız.

Öncelikle, 179. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde doğrudan iflâs talep edilmesi durumu düzenlendikten sonra, “*Şu kadar ki*” denilerek “*iflâsın ertelenmesi*” hali düzenlenmiştir. Dolayısıyla lafzen, iflâsın ertelenmesi, iflâs yargılaması içerisinde yer alan bir kurumdur.

İflâsın ertelenmesinin yukarıda açıklanan amacı dikkate alındığında, borca batık olması sebebiyle aslında iflâsına karar verilmesi gereken bir şirketin, devamını sağlayabilmek amacıyla, belirli şartlar altında bir süre iflâs kararının verilmemesi söz konusudur. Yani ortada bir iflâs talebi yoksa ertelemeye de ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira iflâsın ertelenmesinde söz konusu olan hukukî durum şudur: Esasen şirket bakımından iflâsın, yani iflâs kararı verilmesinin şartları oluşmuştur; ancak kanun koyucu şirketin iflâs durumundan kurtulması için ona bir şans tanıyarak, iflâs kararının verilmesini bir süre ertelemektedir. Bu süre içinde şirket durumunu düzeltirse, iflâs şartları ortadan kalkabileceği gibi, istenen sonuç gerçekleşmezse ertelenen geciktirilen iflâs kararı da verilebilecektir.⁴

⁴ “.....göre iflâsın ertelenmesi *davasının* sonucunun beklenerek bir karar verilmesi gerekir.” 19. HD, 30.12.2004, 5463/13371 (özel arşiv). Bu Yargıtay kararında, erteleme talebinin değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi yönündeki görüş doğru ise de; iflâsın ertelenmesinin dava

İflâsın ertelenmesinin düzenleniş şekline baktığımızda, iflâsın ertelenmesi ile birlikte şirket kendi haline bırakılmamakta, bir yandan varlığını sürdürebilmesi için gerekli tedbirler alınmakta, bunların yerine getirilmesini sağlamak için bir kayyım atanmaktadır. Hatta erteleme süresi içerisinde de şirket, iflâsın ertelenmesinin amacını bertaraf edecek davranışlar içerisinde yer alır ya da şirketin mali durumunun düzeltilmesinin mümkün olmadığı anlaşılırsa iflâsa karar verilir. Yani, erteleme sırasında da şirket her an iflâs tehdidi ile karşı karşıyadır. Bu da aslında asıl prosedürün iflâs olduğu, bunun içerisinde ertelemeye yer verildiğini göstermektedir. Nitekim bu konuyla ilgili 179b maddesinin Hükümet gerekçesindeki "*olumsuz gelişmeler olması halinde her zaman süreyi keserek iflâsa karar vermesi mümkündür*" ifadesi açıkça bunu doğrulamaktadır.

Ertelemenin sonuçlarına baktığımızda, öncelikle erteleme süresinde yapılan tüm işlemler geçici niteliktedir. Örneğin, iflâsta olduğu gibi takipler tamamen ortadan kalkmamakta, işletme tasfiye sürecine girmemektedir. Şirket belirli tedbirlerle faaliyetine devam etmektedir. İflâsın ertelenmesi sonucunda ya şirketin durumu düzeldiğinden veya konkordato mühleti verildiğinden iflâsın ertelenmesi kaldırılır ya da şirketin iflâsına karar verilir. Birinci ihtimalde bir tür iflâsın reddi kararı, ikinci durumda ise doğrudan iflâs kararı söz konusu olmaktadır. Yani her iki ihtimalde de iflâsla bağlantılı bir karar verilmektedir.

İflâsın ertelemesinin geçici nitelikte, iflâs yargılamasının bir parçası olduğunun diğer bir gerekçesi de, iflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemenin vereceği karardır. Bu talep

olarak nitelendirilmesi, usul hukuku kurallarına, gerek teorik gerekse pratik sebeplerle aşağıda açıklayacağımız üzere tamamen aykırıdır. Kaldı ki, Yargıtay bu konuyla ilgili kararlarında ertelemenin, borca batıklık ve iflas talebinden ayrı düşünülmemeyeceğine de doğru bir şekilde karar vermiştir. Örneğin, "...iflasın ertelenmesi talebinin içinde mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan..." 19. HD, 16.12.2004, 11113/12672 (özel arşiv). Şayet erteleme, aslında borca batıklık ve zorunlu iflasın içinde yer alıyorsa ondan ayrı bir dava karakteri olamaz. Yani, Yargıtay'ın ertelemeyi bir dava olarak nitelendirmesi, kendi kabulleri yönünden de bir çelişki taşımaktadır.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

üzerine, mahkeme yapacağı inceleme sonucunda ya iflâsın ertelenmesine veya bu talebin reddine karar verecektir. Şayet bu talep kabul edilerek iflâsın ertelenmesine karar verilirse, erteleme devam ettikçe iflâs hakkında bir karar verilmeyecektir; ancak erteleme talebinin reddine karar verilirse, kural olarak bu durumda iflâsa da karar verilmesi gerekecektir. Zira iflâsın ertelenmesi bakımından şirketin borca batık olduğu ancak mali durumunun düzelmesinin de mümkün olmadığı anlaşıldığından iflâs sebebi oluşmuş sayılacak, borçlu şirketin iflâsına karar verilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, iflâsın ertelenmesi için şirketin borca batık olduğunu bildiren iflâsı talebi ile mahkemeye başvurulmalı bu esnada da iflâsın ertelenmesi talep edilmelidir. Yani, bağımsız bir şekilde borca batıklık bildirimini ile doğrudan sadece iflâsın ertelenmesini istemek mümkün değildir.

İflasın ertelenmesi talep edildiğinde önce bu talep hakkında kabul veya ret şeklinde bir karar verilmelidir. İflasın ertelenmesi talebinin reddi halinde kural olarak iflâs kararı verilecek; erteleme talebinin kabulü halinde ise, iflâs erteleme süresince geri bırakılacaktır.

Ertelemenin de sonunda iki şekilde karar verilebilir. Erteleme amacını gerçekleştirmezse, ya şirket hakkında erteleme başarısız sonuç doğurduğunda iflâs kararı verilmeli veya iflâs erteleme kararı ve bu çerçevede alınan tedbirler kaldırılarak şirket eski haline döndürülmelidir. Birinci durumda zaten nihai bir karar olarak iflâs kararı verilmekte ikinci durumda ise iflâsın reddine benzer bir karar verilmektedir.

Sonuç olarak iflâsın ertelenmesi üzerine ve onunla sınırlı verilen kararlar değil, bu talepten sonra verilen kararlar nihai karar niteliğindedir. Bundan da iflâsın ertelenmesinin bağımsız bir karaktere sahip olmadığı sonucuna varılabilir.

3. İflâsın Ertelenmesinin Geçici Hukuki Koruma Olması

a. Ertelemenin Geçici Hukuki Koruma Özelliği Taşınması

Bu aşamada sorulması gereken soru, iflâsın ertelenmesi hakkında yapılan inceleme ve verilen karar bağımsız nitelikte değilse, o zaman nasıl nitelendirilmelidir?

Kanaatimizce, iflâsın ertelenmesi kararı iflâs hukuku içerisinde bir geçici hukukî korumadır. Burada geçici hukukî koruma, ağırlıklı olarak düzenleme amaçlı bir geçici hukukî koruma niteliğindedir. Zira bu karar şirketin geçici olarak durumunda yeni bir düzenleme yaparak devamını sağlamaya yöneliktir. Bu geçici hukukî koruma ihtiyati tedbiri aşan ve içerisinde ihtiyati tedbir kararlarını da barındırabilecek niteliktedir. Ertelemenin geçiciliği konusunda bir şüphe yoktur. Çünkü bu çerçevede kanunda öngörülen tedbirlerin hiç biri kalıcı nitelikte değildir; ayrıca erteme süre ile sınırlıdır. Erteleme, kendi amacını gerçekleştirmek için geçici olarak şirketin gerek iç gerek dış ilişkilerinde yeni bir düzenleme yapmaktadır. Şirkete bir kayyım atanması içyapısındaki düzenlemeye, takip-lerin durması ve takip yapılamaması dışı yönelik düzenlemeye örnek verilebilir.

Genel olarak geçici hukukî korumanın özelliklerine bakıldığında, geçici hukukî korumalara yargı organlarınca karar verilir; her iki tarafça istenebilir; geçici niteliktedir; inceleme basit ve çabuk yapılır; karar bağlayıcı ve zorlayıcıdır; yargılamada yaklaşık ispatla yetinilir; hukukî dinlenilme hakkı bakımından karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilir. Bu özellikler iflâsın ertelenmesi yargılamasına uygulandığında, ertelemeye mahkemece karar verilmektedir (m. 179/I); iflâsın ertelenmesini şirket yönetimi veya alacaklılar talep edebilir (m. 179/I); erteleme belirli süre için verilir, geçicidir (m. 179b/IV); inceleme, kanun gereği, öncelikle ve ivedi şekilde yapılır (m. 179/II); erteleme kararıyla birlikte şirketin iç ve dış ilişkileri yönünden zorlayıcı bazı kararlar verilir (m. 179a, 179b); iflâsın

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

ertelenmesi için şirketin mutlak bir şekilde iyileşmesi değil, iyileşme ümidinin objektif şekilde olması yeterlidir (m. 179/I); mahkeme tarafları dinleyip dinlememek konusunda takdir hakkına sahiptir (m. 179/II). Görüldüğü üzere geçici hukukî korumalara ilişkin tüm özellikler tamamen iflâsın ertelenmesine de aynen uymaktadır.

İflâsın ertelenmesinin geçici hukukî koruma olması yönünden kanunda da açık gerekçeler bulmak mümkündür. Geçici hukukî koruma yargılamasını asıl hukukî koruma yargılamasından ayıran temel iki husus, hukukî dinlenilme hakkı ve ispattır. Geçici hukukî korumalarda, hukukî dinlenilme hakkı bakımından karşı taraf ya da ilgililerin tümü başlangıçta dinlenmeden de karar verilebilir; ispat ölçüsü bakımından ise, kural olarak tam ispat aranmaz, yaklaşık ispatla yetinilir.

Bu iki özelliğin sebebi, geçici hukukî korumaların ivedi verilmesindeki ihtiyaçtır; aksi halde geçici hukukî koruma istenen amacı gerçekleştirmez. Bu açıdan bakıldığında iflâsın ertelenmesi, yargılama bakımından da taşınması gereken özellikleri taşımaktadır. Zira 179. maddenin 2. fıkrasında açıkça, iflâsın ertelenmesi taleplerinin öncelikle ve ivedi sonuçlandırılacağı öngörülmüş; bu çerçevede de mahkemenin erteleme kararını verirken, idare ve temsille görevli kimseleri ve alacaklıları başlangıçta dinlemesini ise "gerekli görmesine" bağlayarak, başlangıçta dinlemeyi bir zorunluluk olarak kabul etmemiştir. İspat bakımından kanunda bir açıklık olmamakla birlikte, işin niteliği gereği, ertelemenin tüm koşulları için tam ispatın aranması mümkün değildir.

Ertelemenin temel iki şartı, borca batıklık ve mali durumun iyileştirilmesi ümididir. Bu koşullardan birincisi zaten iflâs sebebi de olduğundan bir tereddüt doğurmayacaktır. Kaldı ki, borca batıklık, hazırlanacak bir ara bilanço (borca batıklık bilançosu) ile tespit edilecek nitelikte, somut ve bir noktada matematiksel bir durumdur; bu sebeple ispat ölçüsü tartışması yapılması da gerekli değildir. Ertelemenin temel ikinci şartı olan şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidi ise,

bizatihi kendi içerisinde kesinliği mümkün kılmamaktadır. Çünkü iyileştirme ümidi bir ümittir, somut ve ciddi bir takım verilerden hareket ederek, şirketin mali durumunun düzeleceği ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Bu sebeple, şirketin mali durumunun iyileşme ihtimalinin, bozulma ihtimaline göre yüksek olduğu ispat edilirse, erteleme karar verilmelidir ki, bu da yaklaşık ispat anlamına gelir. Görüldüğü üzere erteleme hakkında yapılacak yargılamada da geçici hukukî korumanın özellikleri ortaya çıkmakta, bu da doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar sonucu şunu söyleyebiliriz: İflasın ertelenmesi, iflâs yargılamasından bağımsız bir kurum değildir; iflâs yargılamasının içinde yer alır. İflasın ertelenmesi iflâs hukuku içerisinde ve iflâs hukukuna özgü bir geçici hukukî korumadır.

b. Erteleme Hakkındaki Kararlara Karşı Temyiz Yoluna Başvurulmasının Değerlendirmesi

İflasın ertelenmesinin, özellikle yargılaması bakımından geçici hukukî koruma sayılması açısından bugün için hukukumuzda yöneltilebilecek en önemli eleştiri iflâsın ertelenmesi hakkında verilen kararın temyiz edilebilmesidir. Öncelikle geçici hukukî korumalara karşı kanun yoluna başvurulması, onu geçici hukukî koruma olmaktan çıkarmayacaktır.

Her ne kadar hukukumuzda, kural olarak geçici hukukî korumalara karşı kanun yoluna başvuramamak söz konusu ise de, bunun en önemli sebebi, ilk derece yargılaması ile temyiz arasında bir derecenin ve hukukî başvuru imkanının bulunmamasıdır. Kaldı ki, son düzenlemelerle klasik iki geçici hukukî koruma türü olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizden, ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu imkanı açılmıştır, bundan sonra özellikle istinaf mahkemeleri ile birlikte bu yol daha da geniş şekilde kullanılabilir.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Burada unutulmaması gereken bir husus da iflâsın ertelenmesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması, kanundan kaynaklanmamakta, Yargı kararları ve onu destekleyen doktrin görüşleriyle ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar, iflâsın ertelenmesi kararının önemi ve özelliği gereği mutlaka kanun yolunun açık tutulması gerektiği kanaatini taşıyor isek de, bugünkü düzenleme karşısında bunun mümkün olmadığını düşünüyoruz. Ne TTK m. 324 ne de İİK m. 179'da iflâsın ertelenmesi hakkındaki kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacağı kabul edilmiştir.

Hukukumuzda açıkça düzenlenmedikçe geçici hukukî korumalar için kanun yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı düşünülürse, Yargıtay kararlarıyla bu yolun açılması bazı sorunları da birlikte getirmektedir. Bunların bir kısmına aşağıda, ertelemenin hukukî niteliğinden kaynaklanan sorunlar başlığı altında değinilecektir.

4. İflâsın Ertelenmesinin Hukukî Niteliği İle İlgili Bazı Sorunlar

Kanunda öngörülmediği ve çerçevesi çizilmediği halde, temyiz yolunun tanınması sonucu erteleme yargılamasının ve kararının niteliği konusunda uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan başlıcası, iflâs yargılamasından bağımsız şekilde erteleme yoluna başvurulabileceğinin düşünülmesidir. Özellikle uygulamada, borca batık durumda olan bir şirketin, iflâs talebi olmadan sadece borca batıklık bildiriminde bulunarak, doğrudan iflâsın ertelenmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Oysa yukarıda açıkladığımız üzere, iflâsın ertelenmesinin iflâstan ve iflâs yargılamasından bağımsız bir karakteri yoktur. İflâs talebi olmadan onun ertelenmesine de karar verilemez.

Unutmamak gerekir ki, iflâsın ertelenmesi, sadece sermaye şirketleri ile kooperatiflere tanınmış bir imkan olup onlar için de tüm iflâs sebepleri bakımından değil, sadece borca batıklık

haline özgü kılınmıştır. Bu kapsamda düşünülüğünde, iflâsın ertelenmesinin bağımsız şekilde talep edilmesi, birden fazla iflâs talebinin bulunması halinde de bu taleplerin iflâsın ertelenmesi karşısındaki durumunu da sorunlu hale getirecektir. Zira borca batıklık sebebiyle iflâs davası bulunmadığından, diğer iflâs taleplerinin bu dava ile bağlantısının kurulması mümkün olamayabilecek, hatta bir yandan erteleme kararı verilirken, diğer yandan iflâs davaları devam edebilecektir.

İflâsın ertelenmesi bağımsız bir yargılama olarak kabul edildiğinde, tedbir talebiyle iflâsın ertelenmesi istendiği ve bu yönde kararlar verildiği de görülebilmektedir. Oysa, erteleme- nin kendisi geçici hukukî koruma olduğundan, içinde tedbir talep edilen tedbir anlamına gelecek bir yol benimsenemez. Şüphesiz, erteleme talep edildiğinde bazı acil ve öncelikli kararlar alınabilir; ancak bu da sadece erteleme kapsamında erken verilen bazı kararlar niteliğindedir.

İflâsın ertelenmesinin iflâstan bağımsız talep edilmesine imkan tanınması, iflâsla erteleme arasındaki bağın yargılama anlamında koparılması sonucunu da doğuracaktır. Çok yalın bir şekilde ortaya konulacak bu konudaki sorun, erteleme dosyasına bağımsız bir esas numarası mı verileceği yoksa iflâs dosyası içerisinde mi kabul edileceğidir. Eğer erteleme talebine ayrı bir esas numarası verilecekse, bu takdirde iflâs talebi için de ayrı bir dosyanın açılması gerekecektir. Şayet iflâsın ertelenmesi iflâsın içinde ancak bağımsız karakterli kabul edilirse, aynı dosya içerisinde iki defa karar numarası oluşturmak şeklinde bir durum ortaya çıkaracaktır.

Zira, tek bir esas numarası olmakla birlikte, erteleme hakkında bir karar numarası verilecek bunun dışında iflâs hakkında da ayrı bir karar numarası verilmesi gerekecek, böylece aynı esasa kayıtlı (talep hakkında) iki karar numarasının oluşturulması da söz konusu olacaktır. Şayet, erteleme dosyası değişik iş numarası ile yürütülecekse o zaman da bağımsız bir iflâs talebi olmadığından, ertelemenin reddi halinde nihaî bir karar sayılan iflâs kararı verilemeyecektir. Görüldüğü üzere,

İflâsın ertelenmesinin iflâstan ayrı düşünülmesi, geçici hukukî koruma olarak kabul edilmemesi halinde günlük mahkeme uygulamaları ve dosya işleyişi bakımından da bazı sakıncaları doğurması söz konusu olmaktadır.

Bunun dışında, aşağıda açıklanacağı üzere, iflâsın ertelenmesinin reddi halinde her zaman iflâs kararı verilmek zorunluluğu da yoktur. Erteleme reddedildiğinde borca batıklık şartı da oluşmamışsa iflâs talebi de reddedilecektir; ancak, borca batıklık şartı oluşmakla birlikte, mali durumun iyileşmesi mümkün görünmüyorsa, erteleme reddedilecek ancak iflâsa karar verilmesi gerekecektir. Yani geçici hukukî koruma ile asıl yargılama bakımından verilecek kararlarda da her zaman paralellik kurulması söz konusu değildir. Bununla birlikte bu şartların sağlıklı şekilde bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için asıl yargılama ile geçici hukukî koruma yargılaması arasındaki bağın koparılmaması ve bağımsızlaştırılmaması gerekir.

İflâsın ertelenmesinin bağımsız karakterli kabul edilerek temyizi halinde, bunun doğurduğu sorunlardan birisi, temyiz süresi, diğeri ise karar düzeltme yoluna başvurulup başvurulamayacağı sorunudur. Zira iflâsın ertelenmesinin TTK m. 324'te düzenlenmiş olması sebebiyle temyiz süresinin onbeş gün olduğu kabul edildiği gibi, özellikle İİK m. 179-179b'deki yeni düzenleme karşısında artık bu sürenin İcra ve İflas Kanunu'na göre on gün olması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca, İİK m. 366/III çerçevesinde iflâsın ertelenmesi kararları hakkında karar düzeltme yolunun da açık olduğu kabul edilmektedir. Geçici hukukî koruma hakkındaki bir karara bu kadar kapsamlı bir kanun yolu imkanının tanınmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

C. İFLASIN ERTELENMESİNİN ŞARTLARI

1. Genel Olarak

Gerek Türk gerekse İsviçre doktrininde iflâsın ertelenmesi şartları incelenirken önce iflâsın şekli ve maddî koşulları şek-

linde bir ayırım yapılmakta, bu ayırım çerçevesinde erteleme şartları incelenmektedir.

Şekli şartlar olarak;

- Borca batıklık bildirimini,
- Talep,
- Bilançonun mahkemeye verilmesi,
- İyileştirme projesinin sunulması,
- Masrafların peşin olarak ödenmesi,
- Fevkalade mühletten yararlanılmaması olması,

Maddi şartlar olarak da;

- Borca batık olma,
- Mali durumun iyileştirilmesi ümidi,
- Mali durumun iyileştirilmesi tedbirleri,
- Alacaklıların haklarının korunması

sayılmaktadır.

Kanaatimizce bu şekildeki bir ayırım gerçek anlamda iflâsın ertelenmesi şartlarını içermemektedir. Zira bu sayılanların bir kısmı, özellikle fevkalade mühletten yararlanılmaması olma dışındaki şekli şartlar gerçek anlamda bir şart olmayıp iflâsın ertelenmesi ile ilgili yargılama içerisinde düşünülmesi gereken hususlardır. Maddi şartlardan da iyileştirme tedbirleri ile alacaklıların haklarının korunması, erteleme şartı olmaktan daha çok, erteleme şartları oluştuğunda, karar verilecek tedbirlerle ilgili hususları, bir noktada erteleme kararının kapsamında alınacak tedbirler ve bunların sonuçlarına ilişkin hususları düzenlemektedir. Bu sebeple, iflâsın ertelenmesi bakımından gerçekte iki tane varlığının, bir tane de yokluğunun gözetilmesi gereken şart bulunmaktadır. Bunlardan ilk ikisi, borca batık olma ile mali durumun iyileştirilmesi ümidinin bulunmasıdır; son şart ise, fevkalade mühletten yararlanılmaması olmasıdır. Esasen, kanuna bakıldığında, 179. madde ve 329a maddesinin birlikte değerlendirilmesinden bu şartlar ortaya çıkmaktadır. Diğerleri ya yargılama içerisinde veya erteleme tedbirleri kapsamında düşünülmesi gereken hususlardır.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

2. Olumlu Şartlar

Kanunda, sermaye şirketi veya kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olması durumunda doğrudan iflâsın talep edile(bile)ceği belirtilmiş; ancak şirketin veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna ilişkin iyileştirme projesi sunulması durumunda iflâsın ertelenebileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede, iflâsın ertelenmesinin aslî şartları, borca batıklık ile şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirme ümidini ortaya koyacak iyileştirme projesinin bulunmasıdır.

a. Borca Batık Olma

İflâsın ertelenebilmesi için öncelikle borçlu bakımından zorunlu iflâs sebebi olan borca batıklığın gerçekleşmiş olması gerekir. Zira, borca batık olmayan bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflâsını talep etmek de zorunlu olmadığından, şirket veya kooperatif iflâs talep etmeden kendi içerisinde gerekli tedbirleri alarak faaliyetine devam edebilecektir. Bu sebeple borca batıklık dışında bir iflâs sebebinin bulunması halinde, iflâsın ertelenmesinden yararlanılamaz.

Kanunda borca batıklık ifadesi açıkça kullanılmamakla birlikte, bu halin ne olduğu ortaya konmuştur. Buna göre, borca batıklık borçların aktiflerden fazla olması, yani kısaca pasifin aktifi geçmesi halidir. Bunun için şirketin malvarlığı değerlerini, aktif ve pasifi ile birlikte gerçek şekilde yansıtması gerekir.⁵

⁵ "Davacı Anonim Şirket borca batık durumda olduğunu, ancak mali durumunu ıslah edebileceğini ileri sürerek TTK'nın 324.maddesi uyarınca iflâsın ertelenmesini istemiştir. Anonim şirket borca batık olduğu hallerde iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Bu nedenle öncelikle Anonim şirketin borca batık durumda olup olmadığı tesbit edilmelidir. Anonim şirketin borca batıklık bildirimine üzerine mahkemece bu durumun varlığı resen araştırılacaktır. Zira, borca batıklık bilançosunun Anonim şirketin gerçek malvarlığı değerlerini yansıtması gerekir. Bunun için tüm aktiflerin paraya çevirme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebile-

Borca batık olma hali (m. 179/I) ile aciz hali (m. 178/I) aynı şey değildir. Aciz halinde şirketin muaccel borçları, ödeme araçlarındaki sürekli yoksunluk sebebiyle karşılanamazken, borca batık olma halinde şirketin tüm aktifleri muaccel olsun olmasın şirketin tüm borçlarını karşılamaya yetmemektedir. Yani bir malvarlığı yetersizliği söz konusudur.* Aciz halinde

cek fiyattan bilançoya geçirilmelidir. Aktif bu şekilde saptandıktan sonra borçta batıklık durumu saptanmalı, şirket borca batık durumda değilse iflasa karar verilmemelidir. Mahkemece bilirkişi kurulundan bu yönde ek rapor alınarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir." 19. HD, 09.05.2002, 1463/3540 (Kazancı, Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "Ortaklar kurulunca şirket sermayesinin eksilen kısmının sermaye artırımı yoluyla giderilmesi karar verilmediği gibi, mevcut sermaye ile iktifa edilmesi konusunda da bir karar alınmamıştır. O halde mahkemece, davacı şirketin isteminin TTK'nın 324. maddesi hükmü gözönünde tutularak değerlendirilmesi, şirket muhasebesi konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yaptırılarak şirketin aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının tesbiti ile iflasın ertelenmesi koşullarının oluşup oluşmadığının saptanarak sonucuna göre karar vermek gerekir iken, yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir." 11. HD, 21.12.1998, 7776/9122 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. 19. HD, 30.12.2004, 5733/13437 (özel arşiv); 19. HD, 30.12.2004, 7170/13440 (özel arşiv).

6. "Davacı Anonim Şirket İİK'nın 179 ve TTK'nın 324. maddesine dayanarak iflasına karar verilmesini istemiştir, mahkemece ibraz edilen bilançoya göre Anonim Şirketin pasifinin aktifinden fazla olduğu gerekçesiyle iflasına karar verilmiştir. Oysa ibraz edilen bilanço ve ticari defterler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmadan sadece şirketin ibraz ettiği bilanço ile yetinilerek karar verilmesi isabetsizdir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, İİK'nın 179 ve TTK'nın 324. maddesinde öngörülen borca batıklık halinin varlığının saptanması için bilirkişi incelemesi yaptırılarak varılacak sonuca göre karar vermektir." 19. HD, 14.12.2001, 6232/8385 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası): Oysa Anonim Şirketin borca batıklık sebebiyle iflasına karar verilebilmesi için araştırılması gereken husus, TTK'nın 324/2. maddesinde belirtildiği gibi şirketin aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetip yetmediği, İİK'nın 179. maddesinin ifadesiyle de, şirketin borçlarının, mevcut alacaklarından fazla olup olmadığıdır. Bu hususun tesbiti ise ancak TTK'nın 324/2. maddesi gereği aktiflerin satış değeri üzerinden düzenlenecek olan ve şirketin gerçek malvarlığı hakkında bilgi vermeyi amaçlayan bir malvarlığını tesbit bilançosu ile mümkündür. (Pekcan- tez.H. Anonim Ortaklıkların İflası, 1991.sh. 32, Tekinalp, Ü. ağı. sh.70). ..Davacı tarafca dosyaya ibraz edilen ve bilirkişi incelemesine esas teşkil eden yıl sonu bilançosu TTK'nın 324/2. maddesi anlamında, borca

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

(malvarlığı yeterli olsa da) ödeme yetersizliği, örneğin nakit akışının olmaması; borca batıklıkta (ödeme yapılabilse, nakit sağlanabilse de), malvarlığının yetersizliği, pasifin aktifi geçmesi söz konusudur. Bu iki yetersizlik birbirine bağlı olabileceği gibi, birbirinden bağımsız da gerçekleşebilir. Bu sebeple borçlu bakımından aciz hali ya da aciz halinin (m. 178/I) alacaklılar bakımından görüntüsü sayılabilecek olan ödemelerin tatili (m. 177/I, b. 2) gerçekleşmişse, bunlar iflâs sebebi sayılsa da iflâsın ertelenmesine imkan vermez.

Borca batıklıkla birlikte diğer iflâs sebeplerinin de gerçekleşmiş olması durumunda hem bu sebeple şirketin iflâsının talep edilmiş olması hem de borca batıklık sebebiyle iflâsın talep edilmiş olması söz konusu olabilir.

Zira şirketin başka sebeplerle iflâsının istenmiş olması, şirketi idare ve temsille görevli olanların borca batıklık sebebiyle şirketin iflâsını isteme yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz. Birden fazla ve farklı sebeplerle şirketin iflâsının talep edilmiş olması durumunda, iflâsın ertelenmesi talep edilip edilemeyeceği tartışması karşımıza çıkmaktadır.

Bu durumda iflâsın ertelenmesinin talep edilemeyeceği

batıklık durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbitine imkan veren bir bilanço değildir. Yıl sonu bilançosunun düzenlenmesine hakim olan kurallar gereği bu bilançonun pasif tarafında yer alan esas sermaye yedek akçeler ve amortismanlar borca batıklık bilançosu olarak da adlandırılan malvarlığı tesbit bilançosunun pasif tarafında yer almazlar. Zira bunlar gerçek şirket borcu değildir. Aynı şekilde yıllık bilançonun pasifinde yer alan geçmiş yıllar zararları ve dönem zararı borca batıklık bilançosunda gösterilemezler. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda düzenlenmeyen yani pasif tarafında gerçek şirket borçlarının, aktif tarafında ise şirketin mevcudu ve alacaklarının gösterilmediği bir bilanço ya dayanılarak yapılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan rapor, borca batıklık sebebiyle açılan doğrudan doğruya iflas davasında hükme esas alınamaz. Mahkemece TTK'nun 324. maddesinde aranan nitelikte bir bilanço ibraz ettirilip, bu bilanço üzerinde yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda ve Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." 19. HD, 02.05.1995, 3261/3988 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

görüşü savunulduğu gibi iflâsın ertelenmesinin talep edilebileceği görüşü de savunulmaktadır.

Biz de ikinci görüşe katlıyoruz.

Zira diğer iflâs sebeplerine dayanılarak özellikle alacaklılar tarafından iflâsın talep edilmiş olması, şirketi idare ve temsil ile görevlendirilenlere yüklenen borca batıklık bildiriminde bulunarak iflâsı talep etmelerine engel oluşturmamaktadır; bu bildirimde bulunmazlarsa sorumluluktan da kurtulamamaktadırlar. Zira TTK m. 324/III hükmü çok açık şekilde "... idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur" ifadesi ile idare ve temsille görevli kimselere açık bir zorunluluk getirmiştir.

Böyle bir durumda borca batıklık sebebiyle iflâs talep edildiğinde, onun devamı niteliğindeki iflâsın ertelenmesi de mümkün olacaktır.⁷ Bu şekilde birden fazla iflâs talebi söz konusu olduğunda, öncelikle borca batıklık sebebiyle iflâs ve buna bağlı iflâsın ertelenmesi talebinin incelenmesi yerinde olacaktır.⁸

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, borca batıklık şartı oluşmamaşa İcra ve İflas Kanunu'nun 179. maddesi ve Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesine göre iflâs şartı da oluşmamış demektir; iflâs şartı oluşmayınca onun içerisinde bir geçici hukukî koruma olan erteleme kararı da verilemez. Çünkü, doğal bir yargılama şartı olan hukukî yararın bulunmaması söz konusudur. Borca batık olmadığı için iflâs etmeyecek

⁷ Yargıtay kararlarında "Erteleme talebi TTK'nın 324/2. maddesine göre borca batıklık bildirimini anlamındadır." [19. HD, 30.12.2004, 10530/13441 (özel arşiv)] şeklinde kararlar vermektedir. Bu şekilde borca batıklık bildiriminde bulunmadan erteleme talep edilmesini de borca batıklık bildirimini olarak kabul etmektedir. Ancak, kanunda idare ve temsille görevli kimselere açıkça yüklenen, borca batıklığı bildirerek iflâsı isteme yükümlülüğü karşısında bu kararları tereddüt ile karşılamak gerekir.

⁸ "Davacı davalı şirketin iflasını isterken davalı şirketin ödemelerini tatil ettiğini borca batık durumda olduğunu ileri sürerek iki nedene dayanmıştır. Davalının ödemelerini tatil ettiği kanıtlanmamışsa da borca batık durumda olup olmadığı konusunda araştırma yapılmamıştır." 19. HD, 30.12.2004, 9407/13375 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

bir şirket hakkında erteleme kararı verilmesinde de hukukî yarar yoktur.

b. Mali Durumun İyileştirilmesi Ümidi ve İyileştirme Projesi Hazırlanması

aa. İyileştirme Kavramı

İflâsın ertelenmesinin en önemli şartı mali durumun iyileştirilmesi ümididir. Zira, borca batıklık esasen doğrudan iflâs sebebi olarak deyim yerindeyse ön şarttır; yani, erteleme talep edilse de edilmese de iflâs için bu şarttır. Oysa, ertelenmenin sağlanmasının vazgeçilmez ve olmazsa olmazı, şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunmasıdır.⁹

İflâsın ertelenmesini düzenleyen TTK m. 324/II'de "...şirket durumunun ıslahı"ndan, İİK m. 179/I'de "...mali durumunun iyileştirilmesi"nden söz edilmektedir. Fakat her iki maddede de ıslah veya iyileşmeden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. İslah kelimesinin Almanca karşılığı olan "*Sanierung*" veya "*Sanieren*" Latince "*Sanare*" kelimesinden gelip sağlığına kavuşturma, tedavi edip iyileştirme anlamını taşımaktadır.

İflâsın ertelenmesi bakımından iyileştirmeden söz edilirken bu konuda ekonomik ve hukukî yönden iyileştirmenin farklı anlamlara geldiği, bu sebeple tek bir iyileştirmeden söz edilemeyeceği savunulmaktadır. Buna karşılık, iyileştirmenin

⁹ "Davacı Anonim Şirket TTK'nın 324. maddesi uyarınca borca batık olduğunu ileri sürerek iflâsın ertelenmesini istemiştir. Bu durumda borçlu Anonim Şirketin borca batık olup olmadığı tespit edilmeli, borca batıklığın saptanması halinde ise, ıslahının mümkün bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Mahkemece bu yönde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda borçlu şirketin borca batık olduğu, ancak gerekli tedbirlerin alınması halinde şirket aktifindeki taşınların gider tenzilinden sonra elde edeceği geliri mali bünyesini düzeltebileceği saptanmıştır. Hükme esas alınan ayrıntı ve gerekçeli bilirkişi raporu Yargıtay denetimine elverişli olduğundan bir kısım alacaklı temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir." 19. HD, 11.10.2001, 5720/6395 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

aslında ekonomik bir sorun olmakla birlikte, hukukun bunun yöntem ve kurallarını düzenlediği de kabul edilmektedir.

Bu görüşlerin tartışmasına ayrıntısı ile girmeden şunu söyleyebiliriz: Ekonomik yönden iyileştirmede asıl olan, işletmenin ana yapısının korunarak, onun karlılığını sağlayacak tüm yapısal, mali ve hukukî tedbirlerin alınmasıdır; bu çerçevede, işletmenin ya da onun içinde bulunduğu tüzel kişinin (şirketin) hukukî yapısının sona ermesi ya da değişmesi önemli değildir. Hukukî yönden iyileştirme denildiğinde ise, ticaret ve iflâs hukuku bakımından anlayışlar ön plana çıkmaktadır. Salt iflâs hukuku anlamında iyileşme, işletmenin küllî bir tasfiyeden kurtularak, iflâsının önlenmesi ya da tasfiye sonucunun hafifletilmesi, yani, sonuçta tasfiyeye göre daha avantajlı bir duruma getirilmesidir. Ticaret hukuku bakımından ise iyileşme, borca batıklığın ortadan kaldırılarak, şirketin daha iyi duruma getirilmesidir.

Tüm bu görüşlerden hareket edildiğinde, farklı nitelendirmeler yapılabilse de, kanaatimizce iflâsın ertelenmesi bakımından dikkate alınması gereken husus, sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklık durumuna göre hem ekonomik yönden daha elverişli bir hale getirilmesi hem de bu çerçevede iflâs tasfiyesinden kurtulma imkanının yaratılmasıdır. Bunun dışında bazı geçici ekonomik tedbirlerle kalıcı olmayan geçici kârlılık durumu, iyileştirme sayılamayacağı gibi bazı bilanço ya da hukukî nitelendirme farklılıkları ya da yöntemleri ile şirketi olmadığı halde daha iyi gösterecek dış görünümün yaratılması da iyileştirme değildir. Önemli olan bir yandan şirketi sona erdirecek tasfiyeden kurtaracak bir yöntemin uygulanması, diğer yandan da en azından öngörülebilir zaman diliminde kalıcı bir işletme iyileşmesinin sağlanmasıdır.

İyileştirme çerçevesinde, alacaklıların alacaklarının tam olarak karşılanması da aranmayacaktır. Ertelemenin amacı açıklanırken belirtildiği üzere, ertelemede tek amaç ne başlı başına alacaklıları ne de şirketi korumaktır. Burada deyim yerindeyse kümülatif bir koruma ve yarar amaçlanmaktadır.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Bu sebeple alacaklılar şirketin devamı için belirli bir zarara da katlanmak zorunda olabilirler. Yani, ne şirketi devam ettirmek için alacaklıların zarara uğraması ne de alacaklıların hakları tam olarak korunarak şirketin sona ermesi erteleme çerçevesinde düşünülmemelidir. Şüphesiz bu, alacaklıların menfaatinin hiç korunmadığı anlamına gelmez; aşağıda açıklanacağı üzere iyileştirme projesi hazırlanırken alacaklıların menfaati de göz önünde tutulmalıdır. Esasen şirket varlığının korunması ve devamının sağlanması alacaklıların da alacaklarını elde etmelerine imkan sağlayacaktır.

bb. İyileştirme Projesinin Hazırlanması

Kanunda 179. maddenin ikinci fıkrasında, iflâsın ertelenebilmesi için bir iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması aranmaktadır. Burada iyileştirme projesi hazırlanırken nelere dikkate edilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Şüphesiz iyileştirme projesi hazırlanırken yukarıda iyileştirme kavramı ile ilgili olarak yapılan açıklamaların göz önünde bulundurulması gerekir.

İyileştirme projesi içerisinde, şirketin iyileştirme ümidinin bulunduğu somut şekilde ortaya konulmalıdır.¹⁰ Çünkü mahkeme bu somut verilere göre şirketin iyileşme ümidinin bulunup bulunmadığına karar verecek ve bu çerçevede gerekli tedbirleri alacaktır.

¹⁰ "Mahkemece davacının aktiflerinin pasiflerin karşılama oranının 31.12.1998 tarihli itibarıyla %26, 30.4.1999 tarih itibarıyla %20 olduğu, ıslahının mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davacı şirketin iflasına karar verilmiş, hüküm müdahil B... A.Ş ve B.... A.Ş vekilince temyiz edilmiştir. Davacı E.... Menkul değerler A.Ş., İİK'nun 179 ve TTK' nun 324. maddesine dayanarak iflasına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan raporda aktiflerin pasiflerini karşılama oranının 31.12.1998 tarihli itibarıyla %20 olduğu, ıslahının mümkün olmadığı saptanmıştır. Bu durumda davacının batık olduğu bilirkişi incelenmesi sonucu saptandığından ve ıslahı mümkün olmayan şirketin iflasının ertelenmesi istenemeyeceğinden İİK'nun 179 ve TTK'nun 324. maddesinde öngörülen iflas koşulları gerçekleşmiştir." 19. HD, 25.05.2000, 2197/3957 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

İyileştirme projesi çerçevesinde öncelikle şirketin o anki durumunu gösterir bir ara bilançonun, yani borca batıklık bilançosunun hazırlanması gerekir. Esasen bu borca batıklık bildirimini için de zorunludur. Bu bilançonun önemi, şirketin mevcut durumunu göstermesi ve iyileştirme projesi ile daha iyi hale getirileceğinin ortaya konulmasıdır.

İyileştirme projesinde, şirketin hangi tedbirleri uyguladığında ne şekilde ve nasıl mali durumunun düzeltileceğinin açıklanması gereklidir. Burada borca batıklıktan şirketin nasıl kurtulacağı, uygulanacak yöntemin erteleme süresi içerisinde şirketi nasıl daha kârlı hale getireceği de açıklanmalıdır. Bununla ilgili olarak, şirketin pazar durumu; üretim kapasitesi, ürün kalitesi; devam etmekte olan işleri, mevcut ve müstakbel siparişleri ile iş bağlantıları; taşınmazları ile bu taşınmazlardan gerekirse paraya çevrilebilecek olanlar, bunların kıymet takdir raporları; şirketin makine ve ekipman değerleri; vergi ve sigorta ödemeleri; kalite belgeleri, marka değerleri; verimlilik durumu, katılacağı ihaleler gibi hususların bu işletme projesinde değerlendirilmesi ve delil olarak mahkemeye sunulması gerekir. İyileştirme projesinde şirketin mevcut durumu ile dinamik ve statik değerleri birlikte değerlendirilmelidir. İyileştirme projesi içerisinde şirketin idarî, hukukî, mali, teknik yapısında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve bunun şirketin durumuna etkisi de ortaya konulmalıdır.

Projede gösterilen tedbirlerin olumlu sonuç verecek şekilde görünmesi ve daha önce başka işletmelerde benzer durumlarda olumlu sonuç vermesi, erteleme bakımından önemli gerekçe ise de, tek başına yeterli değildir. Önemli olan erteleme talep edilen şirket bakımından da somut olarak projede öngörülen ve önerilen tedbirlerin, şirketin iyileşmesine hizmet edebilmesidir.¹¹

¹¹ "Mahkemece bu durumda öncelikle borca batıklık durumunun tespit edilmesi, bu halin varlığı sabitse şirketin önerilen tedbirlerde ıslahının mümkün olup olmadığı saptanmalıdır." 19. HD, 10.10.2002, 2406/6550 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

İyileştirme projesinin hazırlanması hem hukukî hem de teknik bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, şirketin bu işten anlayan hukuk danışmanları ile mali ve teknik elemanlarının birlikte çalışması, gerekiyorsa şirket dışından yardım alınması gereklidir. Zira mahkemeye sunulacak iyileştirme projesinin somut ve ciddi verilere dayanması ve inandırıcı olması esastır. Kaldı ki, özel ve teknik bilgi gerektiren bu konuda mahkemece bilirkişiye başvurulacağı için, projenin sağlıklı hazırlanmasının erteleme kararının verilmesi için önemi açıktır.

İyileştirme projesi kapsamında konkordato ve yeniden yapılandırma teklifinin mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır. İflâsın ertelenmesinin sona ermesi hallerinden birisi de, konkordato mühletinin verilmiş olmasıdır. Zira, konkordato mühleti verildiğinde, erteleme süresi kendiliğinden kalkar ve erteleme süresine gerek kalmaz; bu iki sürenin kural olarak yan yana bulunması mümkün değildir. Ancak, kanaatimizce iyileştirme projesi kapsamında konkordato teklifi yine de genel anlamda kabul edilmelidir.

Özellikle, konkordato tek iyileştirme yöntemi olarak değil de, projenin bir parçası olarak sunuluyorsa, bu durumda konkordato mühleti ile erteleme süresi farklı ve erteleme süresi daha uzun olacağından konkordato teklifi de proje kapsamında değerlendirilmelidir. Yeniden yapılandırma konusunda da konkordatoya benzer şeyler söylenebilir. Gerek 4743 sayılı Kanun çerçevesinde "İstanbul yaklaşımı" gerekse İcra ve İflâs Kanunu'nun 309m. vd. maddelerinde düzenlenen yeniden yapılandırma prosedürü de iyileştirme projesi içerisinde sunulabilir.

Konkordatonun ve yeniden yapılandırmanın iyileştirme projesi içerisinde sunulmasına hukuken bir engel olmasa da, esasen buna çoğunlukla ihtiyaç olmayacağı ve kullanılmasının pratik olarak gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, özellikle borca batıklık hali gerçekleşmeden bir sermaye şirketi veya kooperatifin konkordato ve yeniden yapılandırma yoluna başvurması şüphesiz uygun olacak; bu, şirketin veya koope-

ratifin borca batık hale gelmesine de engel olacaktır. Ancak, borca batıklık durumu gerçekleştikten sonra, şirketin borca batıklık bildiriminde bulunması bir zorunluluktur; bundan konkordato veya yeniden yapılandırma teklifi ile kurtulmak mümkün değildir.

Yani, borca batık olan şirket her halde borca batıklık bildirimi ile iflâsını talep etmek zorundadır. Şirket, iflâsını talep ettikten sonra ise, mali durumunun iyileşmesi ümidini somut ve ciddi bir şekilde ortaya koyabiliyorsa, iflâsın ertelenmesini talep etmesinin konkordato ve yeniden yapılandırmaya göre daha basit ve etkili bir yol olduğu açıktır. Ancak, şirketin salt kendi imkanları ile mali durumunu iyileştirmesinin mümkün olmadığı, alacaklıların da önemli katkısının veya alacaklılarından vazgeçmelerinin gerektiği durumlarda konkordato ve yeniden yapılandırmanın da iyileştirme projesinin bir parçasını oluşturmasına engel olunmamalıdır.

İyileştirme projesi hazırlanırken, alacaklıların haklarının da gözetilmesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, erteleme de salt alacaklı menfaatleri ön planda değildir; ancak, alacaklıların haklarının da tamamen göz ardı edilmesi söz konusu olamaz. Alacaklıların hak ve menfaatlerini tamamen göz ardı eden bir projenin kabul edilmemesi gerekir. Özellikle erteleme süresi sonunda, iyileştirme projesinin alacaklılara mevcut borca batıklık durumuna göre daha avantajlı bir durum sağlaması ya da mevcuda göre daha kötü bir duruma düşürmemesi gerekir. Bundan mutlaka alacaklılara daha fazla ödeme yapılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Önemli olan alacaklıların iflâstan daha kötü duruma düşürülmemeleri veya iyileştirme projesinde onların menfaatlerinin göz ardı edilmemesidir.

İyileştirme projesi erteleme dilekçesinin içerisinde ayrı bir başlık altında açıklanabileceği gibi, dilekçenin eki olarak da sunulabilir. Ancak her halde, erteleme talebiyle birlikte mahkemeye sunulmalıdır. Her iki halde de projeye, projede belirtilen hususları ispat yarayacak delil ve belgelerin eklenmesi gereklidir.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

3. Olumsuz Şart (Fevkalade Mühletten Yararlanmamış Olma)

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

Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Zira fevkalade mühlet Bakanlar Kurulu kararı ile kapsamına giren tüm borçlulara sağlanan bir imkandır (m. 317 vd.). Bu kapsamda olan borçlunun borca batık olup olmadığıın önemi yoktur. Ayrıca, fevkalade mühlet erteleme süresinden daha kısa bir süredir (m. 318 ve 327). Bunun dışında, fevkalade mühletin bitiminden itibaren bir yıl içerisinde şirketin borca batık hale gelmesi ve mali durumunun iyileşmesi ümidinin bulunması mümkündür. Böyle bir durumda iflâsın ertelenmesi imkanın tanınmamasının sağladığı bir fayda yoktur. Maddenin gerekçesinde borçlu ve alacaklı arasındaki hak ve menfaat dengesinin korunması amaçlandığı belirtilmekte ise de, somut olarak bu dengenin neden ve nasıl korunduğu belirtilmemiştir.

D. İFLÂSIN ERTELENMESİ PROSEDÜRÜ (YARGILAMASI)

1. Talep

İflâsın ertelenmesini alacaklı ya da şirket veya kooperatifi idare ve temsille görevli kimseler talep edilebilir. Mahkemenin kendiliğinden erteleme kararı vermesi mümkün değildir. Nitekim 179. maddede de açıkça "...isteyebilir". denilmektedir. Vekilin iflâs talebi için özel yetki gerektiğinden iflâsın ertelenmesi de bu çerçevede özel yetkiyi gerekli kılmaktadır.¹²

¹² "İflâs talebinde bulunabilmek için vekilin iflas isteme hususunda kendisine özel bir yetki verilmiş olması gerekir." 19. HD, 7.10.2003, 5886/9380 (özel arşiv).

Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde şirketin borca batık hale geldiği bildirilerek bu çerçevede iflâsı istenmeden erteleme talep edilemeyeceği kanaatindeyiz. Her ne kadar uygulamada iflâstan bağımsız şekilde borca batıklık bildirim ile erteleme talep ediliyorsa da,¹³ bunun kurumun amacına ve kanunun düzenlemesine uygun olmadığını düşünüyoruz. Bununla birlikte erteleme iflâsla birlikte talep edilmesi şart değildir; iflâs incelemesinin sonuna kadar her zaman erteleme talep edilebilir. İflâsın ertelenmesi talebi, iflâs talebiyle birlikte veya iflâs davası devam ederken ayrıca istenebilir. Dava sırasında erteleme talep edilmişse öncelikle bu talebin incelenerek karar verilmesi gerekir.¹⁴ Erteleme talebinden feragat mümkündür; ancak erteleme talebinden feragat edilmesi zorunlu iflâs sebebini ortadan kaldırmayacağından iflâs davasına devam edilerek gerekli kararın verilmesi gerekir.¹⁵

Erteleme talebi sadece iflâsı konusunda yetkili ticaret mahkemesine yöneltilmelidir.¹⁶

¹³ "İflâsın ertelenmesi talebi ile birlikte borca batıklık durumu da bildirilmiş olacağından ayrıca iflâsın istenmiş olması gerekmez." 19. HD, 10.10.2002, 2406/6550 (özel arşiv).

¹⁴ "Davacı banka tarafından davalılar aleyhine başlatılan haciz yoluyla takip iflâs yoluna çevrilmiş davalıların iflâs ödeme emrine itirazları üzerine iflâs davası açılmıştır. Davalılar dava devam ederken iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmuşlar, mahkemece erteleme talebinin bekletici mesele yapılamayacağı, davalıların depo emrinde gösterilen meblağı depo etmedikleri gerekçesiyle iflâsına karar verilmiştir. İflâsı istenen şirket anılan hüküm uyarınca borca batık durumda olduğunu, ancak mali durumunun ıslah edilebileceğini ileri sürerek iflâsın ertelenmesini talep ettiğine göre iflâsın ertelenmesi davasının sonucunun beklenerek bir karar verilmesi gerekir." 19. HD, 30.12.2004, 5463/13371 (özel arşiv). Yargıtay kararına iflâsın ertelenmesini dava olarak nitelendirmesi dışın-da biz de katılıyoruz.

¹⁵ "İflâs davalarında karar verilmeden önce davadan feragat mümkün ise de iflâsın ertelenmesi talebinin içinde mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan erteleme talebinden feragat edilse bile şirket borca batık durumda ise iflâsına karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir." 16.12.2004, 11113/12672 (özel arşiv).

¹⁶ "İflâsın ertelenmesi talebinde de yetkili mahkeme İİK'nın 154/son maddesi uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir." 19. HD, 16.12.2004, 11503/12674 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Kanunda ertelemeyi talep hakkı alacaklılarla şirketi veya kooperatifi idare ve temsille görevli kimselere tanınmıştır. Burada mutlaka borca batıklık sebebiyle iflâs talebinde bulunanla erteleme talep edenin aynı kişi olması gerekmez. Alacaklının iflâs talep etmesi halinde şirket, şirketin iflâs talep etmesi halinde de alacaklılar iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Burada tüm alacaklıların değil, tek alacaklının da erteleme talebi yeterlidir.

İflâsın ertelenmesi talebine şirketin bilançosu da eklenmelidir. Bilanço dışında, iyileştirme projesi de erteleme talebinin içerisinde veya ondan ayrı olarak mahkemeye sunulmalıdır. Şüphesiz projenin ciddi ve inandırıcı olduğuna ilişkin belge ve bilgiler de dilekçeye eklenmelidir. Ertelemenin alacaklılardan biri tarafından istenmesi halinde, şirketin katılımı olmadan iyileştirme projesinin hazırlanmasının güçlüğüne burada dikkat çekmek gerekir. Zira şirketin iç işleyişi, iş bağlantıları, ticarî ilişkileri gibi hususlarda bilgi ve belgelere sahip olmayan bir alacaklının, ciddi bir iyileştirme projesi ortaya koymasının güçlüğü açıktır.

Bu durumda alacaklıya süre verilmesi ve şirketin yardımının sağlanması uygun olacaktır; bu sağlanamadığı takdirde iflâsın ertelenmesine karar verilmemelidir. Şirketin dahil olmadığı bir iyileştirme projesinin hem hazırlanması hem de yürütülmesi sadece teorik bir anlam ifade edip yerine getirilmesi mümkün değildir. Şirketin bu konudaki direnmesine rağmen erteleme kararı verilmesi öncelikle kurumun amacına aykırı olacak; belki de şirket bu arada daha da kötü bir duruma gelebilecektir.

Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, iflâsın ertelenmesi masraflarının da peşin verilmesi, aksi halde, talepte bulunan kişiye kesin bir süre tanınarak bu sürenin sonunda masraflar yatırılmadığında iflâsa karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İflâsın ertelenmesi masraflarına erteleme kararının ilânı ve bildirimine ilişkin masraflar (m. 179a/IV), erteleme tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin avans (m. 179a/I) ve kayyımın ücret avansı (m. 179a/II) dahildir.

Esasen kanunda öngörülmemesine rağmen, Yargıtay tarafından iflâsın ertelenmesi talebinin ilân edilmesi de aranmakta, bu ilân yapılmadan ertelemeye karar verilmesi durumunda bu bir bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Bunun için en önemli gerekçe olarak da özellikle kötü niyetli davranışlara engel olmak gösterilmektedir.¹⁷ Biz, geçici hukukî koruma niteliğindeki iflâsın ertelenmesi kurumu için, ilânın zorunlu bir yargılama aşaması olarak kabul edilmesinin kurumun amacıyla ve kanunun düzenlemesi ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Zira geçici hukukî korumalar bakımından gerekli durumlarda karşı tarafa tebligat yapıp haber verilmeden de karar verilmesi mümkündür.

Özellikle geçici hukukî korumalarda acele karar verme zorunluluğu, karşı tarafa haber verilmesi halinde istenen sonucun gerçekleşmeme ihtimali dikkate alındığında erteleme talebinin ilânı yerinde değildir. Nitekim 179. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, açıkça mahkemenin alacaklıları gerekli gördüğü durumlarda "*dinleyebileceği*" belirtilmiştir. Bunun dışında 179. maddede ve Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde doğrudan veya dolaylı şekilde talebin ilânından söz edilmemiştir.¹⁸

¹⁷ "Şirket borçlarının muvazaalı olarak aktifinden fazla olması sonucunu doğuracak kötüniyetli davranışların önüne geçmek ve anonim şirketin borca batık durumda olmadığını, iyileştirme projesinin yeterli bulunmadığını kanıtlama olanağı vermek amacıyla iflâsın ertelenmesi talebinin İİK'nın 166/2. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmesi, ilan üzerine borca batıklık durumu ve iyileştirme projesine itiraz edenler varsa bu itirazlar değerlendirilip erteleme koşullarının bulunup bulunmadığı araştırılarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmelidir." 19. HD, 12.11.2004, 7565/11352 (özel arşiv). Benzer yönde 19. HD, 14.12.2004, 6168/8384 (özel arşiv).

¹⁸ Nitekim Yargıtay da bir kararında "Anonim şirketin borca batık durumda olması halinde iflas veya erteleme talebini düzenleyen İİK'nın 179 ve TTK'nın 324. maddesinde bu istemin ilanına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır." diyerek bu durumu teyit etmiş, ancak ardından alacaklıların menfaatinin korunması ve kötüniyetli davranışlara engel olmak için ilan yapılması gerektiğine karar vermiştir [19. HD, 30.12.2004, 10530/1344 (özel arşiv)]. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. 19. HD, 12.11.2004, 7679/11354 (özel arşiv); 19. HD, 30.12.2004, 4634/13436 (özel arşiv); 19. HD, 30.12.2004, 4633/13435 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Oysa Yargıtay kararlarından sonra "dinleyebilir" hükmü, "dinlemelidir" şekline dönüşmüştür ki, mahkemeye kanunda açıkça tanınan bir yetkinin, Yargıtay tarafından olsa dahi sınırlandırılmış bir emre dönüştürülmesi, mahkeme kararını hukuken denetlemenin ötesinde, kanuna aykırı ve kanunun dışında bir sınırlama getirmek ve denetim oluşturmak anlamına taşıyacaktır.

Bunun dışında, 179. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde iflâsın ertelenmesinin öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılacağı da kabul edilmiştir. Her erteleme talebinde mutlak şekilde ilânın aranması kanunun bu düzenlemesine de aykırıdır. Kaldı ki, 179a maddesinin ikinci fıkrasında, erteleme kararının ilânı açıkça öngörülmüştür. Erteleme kararının ilânını açıkça kabul eden kanun koyucu, isteseydi, iflâs talebinde olduğu gibi erteleme talebinin de ilânını düzenleyebilirdi. Kanunun düzenlemekten kaçındığı ve düzenlememesinin de bilinçli olduğu anlaşılan böyle bir durumda, Yargıtay tarafından ilânın aranması, kanuni düzenlemeye de aykırılık oluşturmaktadır. Sonuç olarak, Yargıtay kararlarında iflâsın ertelenmesi talebinin bir zorunluluk olarak kabulünün tamamen kanuna aykırı olduğunu düşünüyoruz.

2. Mahkemenin Talebi İncelemesi

Erteleme için özel bir yargılama usulünden söz edilmediğinden, iflâs yargılamasında uygulanan yargılama usulü (basit yargılama usulü) erteleme hakkında da geçerlidir. Ancak, 179. maddenin 2. fıkrası gereğince, mahkeme gerekli gördüğü takdirde idare ve temsille görevli kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir.

İflâsın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle incelenerek sonuçlandırılır (m. 179/II, c. 2).

Mahkeme erteleme şartlarının oluşup oluşmadığını inceleyerek bir karar verecektir. Her ne kadar erteleme taleplerinin acele sonuçlandırılacağı kanunda açıkça belirtilmişse de, kanaa-

timizce bu "mümkün olan en kısa sürede" şeklinde anlaşılmalıdır. Zira iflâsın ertelenmesinin şartları olan borca batıklık ve şirketin mali durumunun iyileşmesi ümidinin bulunması hususları özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden mahkemenin bu konuda kural olarak bilirkişiye başvurması gerekecektir¹⁹.

Erteleme, iflâs talebinden sonra yargılamanın ileri aşamalarında istenmiş bu arada borca batıklık durumu mahkemece tespit edilmişse, bu konuda ayrıca bir incelemeye gerek olup olmadığı sorusu akla gelecektir.

Kanaatimizce, bu durumda da bilançonun yeniden bilirkişi incelemesine tâbi tutulması ve şirketin durumunun yeniden tespiti gerekebilir. Bu çerçevede erteleme talebinde, güncel bilançonun çıkarılması, mahkemenin şirketin mali tablosu ile verimlilik analizini bilirkişilere hazırlatarak, şirketin dinamik yönlerini de araştırması gerekir²⁰. Ancak, iflâs talebi ile erteleme

¹⁹ "...iflasını isteyen Anonim Şirketin ibraz ettiği bilanço borca batıklık yönünden yeterli kabul edilemez. Bu durumda borca batıklık iddiasının yerinde olup olmadığı konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınması gerekir." 19. HD, 28.01.1999, 7440/232 (Kazancı, Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "...iyileştirme tedbirleri konusunda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmelidir." 19. HD, 13.6.2002, 9855/4614 (özel arşiv)

²⁰ "...borçlu şirket tarafından mahkemeye ibraz edilen bilanço ile mali durumun iyileştirilebilmesi için şirket tarafından bildirilen proje üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak bir sonuca gidilmelidir. Zira önerilen iyileştirme tedbirlerinin şirketin mali durumunu düzeltmeye elverişli olup olmadığının belirlenmesi özel bir bilgiyi gerektirdiğinden, bu konuda bilirkişinin görüşüne başvurulması icabetmektedir. Mahkemece de bu yön gözetilerek bilirkişi incelemeleri yaptırılmış ve alınan raporlarda iflâsın ertelenmesi için gerekli koşulların oluştuğu yönünde görüş bildirilmiştir. HUMK'un 286. maddesinde mahkemenin bilirkişinin oy ve görüşü ile bağlı bulunmadığı öngörülmüş ise de, anılan yasal düzenlemenin, hakimim özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konuda alınmış olan bilirkişi raporlarını bir kenara bırakarak uyuşmazlığı genel ve hukukî bilgisiy-le çözümlenebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle yeni bir bilirkişi ya da gerekli görüldüğü takdirde bilirkişi kurulundan daha önce belirtilen görüşler de karşılanmak suretiyle ayrıntılı rapor alınması ve varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekmektedir. Mahkemece bu hususlar dikkate alınmadan yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir." 19. HD, 07.02.2002, 7389/906 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

talebi arasında çok kısa süre geçmişse ve bilirkişilerce de tekrar bilanço hazırlanması gerekli görülüyorsa, yeni bir bilanço incelemesi yapılmaktan vazgeçilebilir.

Bilirkişilerce projenin ciddiyeti ve proje çerçevesinde gerçekten şirketin mali durumunun düzeltilmesinin mümkün ve önerilen tedbirlerin yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır. Bilirkişiler iyileştirme projesini değerlendirirken, şirketin borca batık hale gelmesindeki sebepleri de göz önünde bulundurarak projenin bunları gidermeye yönelik olması hususlarını da değerlendirmelidir.

Şirketin borca batık olduğu hususu, kesin bir şekilde tespit edilebilse de, iyileştirme projesi çerçevesinde iyileştirmenin mümkün olup olmadığı yüksek de olsa sadece bir ihtimaldir. Bu sebeple bu konuda tam olarak mahkemenin kanaat sahibi olması beklenemeyeceğinden, burada dikkate alınması gereken ispat ölçüsü yaklaşık ispattır.

Mahkemenin talebi öncelikle incelemesine rağmen, durumun özel ve teknik bir değerlendirmeyi de içermesi sebebiyle erteleme hakkında karar verilmesinin belirli bir zaman alacağı açıktır. Kanunda taleple inceleme arasında geçen (kısa da olsa) sürede bazı tedbirlerin alınıp alınmayacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte doktrinde bu araştırma süresince, özellikle şirket malvarlığını koruyucu tedbirlerin alınması gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimizce de, erteleme talebi de dikkate alınarak özellikle işletmenin bütünlüğünü ve malvarlığını koruyucu bazı ön tedbirlere karar verilebilir. Her ne kadar ertelemeye ilişkin hükümler arasında bu konuda bir açıklık bulunmamakta ise de, bunu kurumun amacından ve iflâs yargılamasının genelinden çıkarmak mümkündür. Zira, ertelemenin amacı şirketin devamını sağlamaktır, şayet kısa süre içinde de olsa beklemeye tahammülü olmayan bazı tedbirler alınması gerekiyorsa bunlar alınmadıkça erteleme kararının da başarılı olması kolay değildir. Kaldı ki, geçici veya nihaî olsun tüm hukukî korumalarda önemli olan efektif yani etkin bir hukukî koruma sağlanmasıdır; bunu sağlamak için hukuk

kuralları çerçevesinde gerekli her türlü imkandan yararlanılmaktadır. Ayrıca, iflâs yargılamasının başlangıcında da ilk yapılması gereken işlerden birisi gerekli tedbirleri almak olduğundan, bu iflâsın genel yapısına da aykırı sayılmayacaktır.

3. İflâsın Ertelenmesi Talebi Hakkında Verilen Karar

a. Erteleme Talebinin Reddi

Mahkeme, erteleme için gerekli şartların oluşmadığı kanaatine varırsa, erteleme talebini reddetmelidir. Bu durumda erteleme kararıyla bağlantılı olarak iflâs hakkında nasıl karar verileceği de açıklanmalıdır.

Erteleme talebinin reddine karar verilmesi, kural olarak şirketin borca batık olduğunun ve bu durumdan kurtulamayacağı anlamına gelir ve derhal iflâs kararı da verilmelidir. Şüphesiz burada derhal denilmesinin sebebi, iflâsın ertelenmesi için borca batıklık bir ön şart sayıldığından bu da gerçekleşmiş olduğundan başkaca bir hususun araştırılmasına gerek olmamasıdır. Ancak, iflâs bakımından aranan ilk alacaklılar toplantısına kadar gerekli masrafların ödenmiş olması hususu da burada gözetilmelidir (m. 160). Bununla birlikte erteleme masrafları daha önce peşin olarak ödenmişse, iflâs masrafları buradan karşılanabilir.

İflâsın ertelenmesi talebinin reddi halinde doktrinde çoğunlukla şirketin borca batık olduğu, ancak iyileşme ümidinin bulunmadığı hususu dikkate alınmıştır. Nitekim 179b maddesinin 5. fıkrasının ilk cümlesinde de "İflâsın ertelenmesinin reddi... üzerine mahkeme, şirketin veya kooperatifin iflâsına karar verir". denilmektedir.

Oysa özellikle borca batıklık bildirimini ile iflâs ve onunla birlikte de erteleme talep edilmişse, şüphesiz önce borca batıklık şartının oluşup oluşmadığı incelenecektir. Borca batıklık gerçekleşmemişse, iflâsın temel şartı da oluşmadığından erteleme için de ön şart oluşmamış sayılacaktır. Böyle bir durumda,

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

erteleme talebi reddedilmekle birlikte iflâs talebi de reddedilmelidir. Çünkü doğrudan iflâs kararı verilmesi, doğrudan iflâs sebeplerinin gerçekleşmesine bağlıdır; sebep gerçekleşmemişse iflâs kararı da verilemez. Kanunun bu yöndeki ifadesi mutlak şekilde anlaşılmalıdır. Nitekim bu fıkranın ikinci cümlesindeki, erteleme süresi dolmadan şirketin mali durumunun iyileşmesinin mümkün olmadığı kanaatine varılırsa erteleme kararı kaldırılıp iflâs kararı verileceği hususu göz önünde bulundurulduğunda, burada, iflâsa karar verilmesi bakımından, borca batıklığın gerçekleşmiş, ancak iyileşmenin gerçekleşmemiş olması ihtimalinin dikkate alındığı görülecektir.

Sonuç olarak şunu söylemek yanlış olmayacaktır: Erteleme talebinin her reddi halinde iflâsa karar vermek gerekmez, hangi şartın oluşmadığına da bakılmalıdır. Borca batıklık şartı oluşmamışsa, erteleme ve iflâs talebi birlikte reddedilirken; mali durumun iyileşmesi ümidinin olmaması halinde erteleme talebi reddedilirken iflâsa da karar verilmelidir.

b. Erteleme Talebinin Kabulü

aa. Genel Olarak

Yaptığı inceleme sonucu iflâsın ertelenmesi şartlarının oluştuğuna kanaat getiren mahkeme, iflâsın ertelenmesine karar vermelidir. Mahkeme bu kararında, erteleme tedbirlerinin neler olduğunu ve erteleme süresini de belirlemelidir.

Mahkemece şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin şekli ve usulü hakkında bir karar verilmez. Nitekim 179. maddenin Hükümet gerekçesinde "...mali durumunu düzeltmek için borçlunun başvurabileceği çareler konusunda herhangi bir yönlendirme, sınırlama beyan edilmemiştir". denilerek buna açıkça dikkat çekilmiştir. Bu işin niteliğine de uygun değildir. Zira şirket iyileştirme tedbirleri çerçevesinde gerekli yöntemi belirli bir esneklik içinde uygularsa piyasa şartlarında başarılı olabilecektir; aksi halde statik bir yöntemle başarılı olunması

mümkün değildir. Burada önemli olan mahkemenin iyileşmeyi mümkün kılacak tedbirleri almasıdır. Bu tedbirlere aşağıda ayrıca değinileceğinden burada ayrıntısına girmiyoruz.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

bb. Erteleme Süresi

Erteleme süresi bakımından, kanunda azami olarak bir yıllık süre öngörülmüştür. Burada azamî süreden bahsedildiğinden mahkemece bir yıla kadar uygun bir süre verilebilir. Bu süreyi belirlemede, sunulan iyileştirme projesi, şirketin durumu, alacaklıların haklarının korunması gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Erteleme süresi bakımından nihaî sınır bir yıl değildir. Kayyımın hazırlayacağı raporlar doğrultusunda, mahkemece uygun görülecek sürelerle uzatma mümkündür; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez. Böylece bir artı dört yıl şeklinde, beş yıllık bir erteleme imkanı elde etmek mümkündür. Bu şekilde beş yıllık bir erteleme imkanının sağlanması, iflâsın ertelenmesi kurumuna belki de kurumun amacını da aşan bir etkinlik sağlamaktadır. Mahkemeler bu konuda çok titiz bir inceleme yaparak karar vermelidirler. Ancak bu titizlik erteleme kurumunu etkisizleştirecek nitelik kazanmamalıdır. Şüphesiz diğer yandan da kurumun amacı dışında kötüye kullanımının önü de açılmamalıdır.

Erteleme süresinin uzatılmasında, erteleme kararı verilirken incelenen hususlar yine göz önünde bulundurulmakla birlikte, kayyımın da raporu doğrultusunda, şirketin iyileşme ümidinin devam edip etmediği de dikkate alınmalıdır. İyileşme ümidi devam ettiği sürece erteleme de uzatılmalıdır.

cc. Erteleme Kararının İlânı

İflâsın ertelenmesine karar verdiği takdirde mahkeme kararın hüküm fıkrasını 166. maddenin 2. fıkrasındaki usule göre ilân eder ve gerekli yerlere bildirir (m. 179a/IV). Her ne

MUHAMMET
ÖZEKESİN
TEBLİĞİ

kadar erteleme kararının ilânı erteleme tedbirlerine ilişkin 179a maddesinde düzenlenmişse de, ilân ve bildirim doğrudan bir erteleme tedbiri olmayıp iflâs hukuku içerisinde gözetilen menfaat dengesinin bir sonucudur ve erteleme tedbirlerinin de uygulanmasına hizmet eder.

İflâsın sadece alacaklı borçlu arasındaki ilişkilerde değil, birçok yönden etkisi bulunması sebebiyle değişik aşamalarda ilân esas alınmıştır; bu genel yaklaşımın bir sonucu olarak iflâsın ertelenmesi hakkındaki karar da ilân edilmektedir. Böylece iflâs talebinin ilânından sonra erteleme kararının da ilân edilmiş olması, ilk başta oluşan olumsuz kanaati de ortadan kaldırarak şirketin mali durumunun iyileştirilmesi çabalarına katkıda bulunacaktır.

Burada erteleme kararının etkilerini ne zaman doğuracağı sorusu akla gelebilir. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda erteleme kararı etkisini ilânla değil, verildiği anda doğurmaya başlayacaktır. Nitekim 179b maddesinde, "erteleme kararı üzerine..." denilerek ertelemenin etkilerinin kararla doğacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, özellikle üçüncü kişiler bakımından kararın bazı etkilerinin ilânla başlaması konusunda mahkemenin karar vermesine de bir engel yoktur. Ancak, mahkemece aksine karar verilmedikçe, ertelemenin etkileri ilânla değil, kararla başlayacaktır.

Kanunda doğrudan erteleme ilânına bağlanan sonuç, 200 ve 201. maddelerdeki takasa ilişkin sınırlamalar bakımından erteleme ilânı tarihinin esas alınmasıdır. Bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir.

c. Erteleme Kararının Niteliği ve Kanun Yoluna Başvurulması Sorunu

Özellikle iflâsın ertelenmesinin hukukî niteliğine bağlı olarak erteleme kararının ne tür bir karar olduğu üzerinde de durulmalıdır. Erteleme bağımsız bir yargılama prosedürü olmadığından, kararın da bağımsız bir niteliği bulunmayacaktır.

Dolayısıyla ne erteleme talebinin reddi ne de kabulü kararı başlı başına nihaî karar niteliğinde değildir.

Öncelikle ertelemenin kabulü hakkındaki kararın nihaî karar sayılması mümkün değildir. Çünkü mahkeme bu kararla dosyadan elini çekmemektedir. Erteleme süresi boyunca mahkemenin görevi devam etmekte; hatta süre dolmadan kayyımın raporu üzerine erteleme kararını kaldırarak şirketin iflâsına da karar verebilmektedir.

Erteleme talebinin reddi halinde de verilen karar nihaî karar sayılmamalıdır. Erteleme talebinin reddinden sonra mahkemenin ayrıca iflâs hakkında da bir karar vermesi gerekir. Şayet, borca batıklık şartı oluşmamışsa erteleme talebiyle birlikte iflâs talebinin de reddine karar verilirken; iyileşme ümidinin olmaması halinde erteleme talebinin reddinden sonra şirketin iflâsına karar verilmelidir. Yani tek başına erteleme talebinin reddi, yargılamayı sona erdirmemektedir; iflâs hakkında ayrıca karar verilmesi gerekli ve zorunludur. Bu takdirde, ertelemenin nihaî karar olduğu söylenemez. Erteleme hakkındaki kararlar birlikte iflâs kararının verilmesi sonucu değiştirmez. Zira mahkemenin en azından "erteleme talebinin reddine, şirketin iflâsına" şeklinde bir kararı mevcut olmadıkça yargılama nihaî olarak sona ermiş sayılmaz.

Bu açıklamalardan sonra, erteleme hakkındaki karara karşı kanun yoluna başvurunun mümkün olup olmadığı üzerinde durmak daha kolay olacaktır. Hukukumuzda neredeyse görüş birliği içerisinde erteleme kararına karşı temyiz yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir.²¹ Buna gerekçe olarak da, erteleme talebinin reddi halinde zaten iflâs kararı verileceğinden temyiz yolunun açık olduğu belirtilmekte; talebin kabulü ile ertelemeye karar verilmesi durumunda ise, erteleme süresinin olumlu sonuçlanması halinde bir tür iflâsın reddi kararına benzer bir karar ortaya çıkacağından, buna kıyasen temyiz

²¹ "TTK'nun 324'üncü maddesi uyarınca verilen iflâsın ertelenmesi kararlarının temyiz kabiliyeti vardır." 11. HD, 01.10.1979, 4108/4306 (Eriş, s. 1877).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

mümkün sayılması gerektiği savunulmaktadır. Ancak, bu görüşü savunanların da bir kısmı doğrudan veya dolaylı olarak erteleme kararının gerçek bir nihai karar olmadığını kabul etmektedirler. Erteleme talebi hakkındaki kararlara karşı kanun yolunun açık olmasına bir gerekçe de kaynak İsviçre hukuku gösterilmektedir.

Burada şunu belirtmek isteriz ki, biz de geçici hukukî korumalar hakkındaki kararlara, bu arada iflâsın ertelenmesi kararına karşı kanun yolunun kural olarak açık olması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, hukukumuzda şu andaki durum ve kanunun düzenlemesi karşısında bunun mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Geçici hukukî korumalar konusunda kanun yoluna başvurulmasının en önemli örneği ihtiyati haciz kararlarıdır, o da 4949 sayılı kanunla yapılan değişiklikle açıkça kabul edilmiştir. Kanunda açıklık olmadıkça kanun yoluna başvuru imkanını tanımanın, iyi niyetli, ancak kanunu da aşan aşırı bir yorumla mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bunun, mevcut sistem içerisinde doğuracağı sakıncalara yukarıda değindiğimizden ayrıntısına girmiyoruz. İsviçre hukukunda erteleme kararlarına karşı kanun yolunun açık olmasının ve bunun doğal kabul edilmesinin sebebi, genel anlamda geçici hukukî korumalar hakkında da İsviçre de kanun yolu imkanının açık olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak da erteleme hakkındaki kararlara karşı da kanun yolu imkanı açık tutulmuştur.

Açıklanan sebeplerle iflâsın ertelenmesi talebinin ister kabulü ister reddi hakkında karar verilmiş olsun başlı başına bunun kanun yoluna başvuru imkanı vermeyeceği, ancak, bu kararlar birlikte veya ondan sonra iflâsla ilgili nihai karar verilmesi durumunda bu kararlar birlikte erteleme hakkındaki kararın da temyize konu edilebileceği kanaatindeyiz. Fakat tekrar vurgulamak isteriz ki, bizim kanun yoluna karşı olmamızın sebebi kanunun bugünkü düzenlemesidir; bunun dışında prensip olarak geçici hukukî korumalar hakkındaki kararlar ve buna bağlı olarak erteleme talebi hakkındaki kararlara karşı ka-

nun yolu imkanının tanınmasının fazlasıyla gerekli olduğunu düşünüyoruz. Özellikle istinaf yolunun açılması ile bu konuda daha sağlıklı bir yolun izlenmesi mümkün olabilecektir.

E. İFÂSIN ERTELENMESİ TEDBİRLERİ

1. Genel Olarak

Kanunun 179a maddesi doğrudan erteleme tedbirlerini düzenlemektedir. Bu maddede, mahkemenin, şirketin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alacağı (m. 179a/I) belirtildikten sonra başvurulacak tedbirlerden sadece kayyım atanması düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde ise *"Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır"*. ifadesi yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde asıl vurgu yapılan husus şirket malvarlığının korunmasıdır. Biz burada önce genel anlamda bu tedbirlerin ne olacağını kısaca açıklayıp daha sonra kanunda özel olarak belirtilen defter tutulması ve kayyım atanması üzerinde duracağız.

Kanaatimizce gerek İcra ve İflâs Kanunu gerek Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen şirket malvarlığının korunmasını, geniş anlamda şirketin devamının sağlanması ve alacaklıların menfaatinin korunması, bu çerçevede de şirket malvarlığının korunması olarak anlamak gerekir. Zira çok katı şekilde, hiçbir şekilde malvarlığı hareketine izin vermeyecek bir koruma anlayışı, iyileştirme prosedürünün işlemesine engel olacaktır. Nitekim 179a maddesinde de *"iyileştirme projesi göz önünde tutarak"* ifadesi bunu açıkça göstermektedir. Bu noktadan hareket edildiğinde, şirket faaliyetlerinin durması sonucunu doğuracak tedbirler, iflâsın ertelenmesi için uygun değildir. Şüphesiz, mahkeme, şirketin zarar etmesine, özellikle de malvarlığının gizlice azaltılıp şirket dışına çıkarılmasına engel

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

olacak şekilde, kayyımın da görüşlerini alarak şirketin belirli malvarlığı değerlerinin korunması yönünde özel tedbirlere karar verebilir; ancak bu şirketin çalışmasını kilitleyici bir sonuca yol açmamalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mahkeme, kararında iyileştirmenin yöntemini belirlemez; bu iyileştirme projesi çerçevesinde gerçekleşir. Ertelemeye esas olan ve uygun bulunan projenin sağlıklı bir şekilde uygulanmasını sağlayacak tedbirlerin alınması önemlidir. Kanaatimizce, alınacak tedbirlerin bir yandan genel anlamda şirketin ve malvarlığının korunmasına, diğer yandan da özel olarak iyileştirme projesinin doğru şekilde uygulanmasına yardımcı olması gözetilmelidir.

Erteleme tedbirleri içerisinde, klasik tedbirler, örneğin, sicile kayıtlı malvarlığının kayıtlarına ilgili şerhlerin konulması uygulanabileceği gibi, işletmenin niteliklerine uygun diğer tedbirler de alınabilir.

Erteleme kararı ile şirketin tasarruf yetkisi sona ermez; sadece verilecek tedbir kararları çerçevesinde sınırlanır. Ertelemenin amacı gerektiriyorsa, bazı işlemlerin yapılması tamamen yasaklanabilir; ancak bir zorunluluk olmadıkça bu yola başvurulması, şirketin hareket kabiliyetini azaltacağından, projenin uygulanmasına olumsuz etkisi olacaktır.

Şirketin tasarruf yetkisi ortadan kaldırılmadığından, atanacak kayyımın yetkileri de dikkate alınarak şirketin yeni işlemler yapması yeni taahhütlerde bulunması mümkündür. Şirket işlemlerinin kayyımın onayına bağlı kılınması durumunda, bu onay alınmadan yapılan işlemlerin geçersiz olacağı kabul edilmiştir (m. 179a/II). Ancak, doktrinde bunun mutlak bir geçersizlik (butlan) olmayıp iflâstaki gibi (m. 191/I) sadece alacaklıların haklarını ihlal ettiği ölçüde geçersizlik olduğu kabul edilmektedir. Özellikle onay alınmamış olmakla birlikte, şirketin yaptığı işlemler şirket malvarlığına olumlu yönde katkı sağlamışsa işlemi geçersiz saymakta bir yarar da yoktur.

Başta kayyım olmak üzere, şirketin, alacaklıların veya diğer ilgililerin talebi üzerine karar verilen tedbirler değiştirilebilir, kaldırılabilir ya da yeni tedbirler alınabilir. Ayrıca, erteleme ile ilgili tedbirlerin tümünün erteleme kararında belirtilmesi de gerekli değildir. Erteleme süresi içerisinde ihtiyaç oldukça veya gerektiğinde ilgili tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.

2. Özel Olarak

a. Defter Tutulması

İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça zikredilmese de, Türk Ticaret Kanunu'nda tedbirler içerisinde örnek olarak envanter tanzimi yani şirket mallarının kayıt ve defterinin tutulması sayılmıştır. Bununla birlikte mutlak anlamda defter tutulması zorunlu bir tedbir değildir. Özellikle mahkemeye sunulan bilanço ve şirket malvarlığı değerleri hakkında şüphe varsa ya da mahkemenin karar vereceği diğer tedbirlerin ayrıntısı için gerekli ise bu yola gidilmelidir.

Defter tutulmasında şirket defterlerinden yararlanılacaktır; ancak, bunun dışından da kayyım ya da bilirkişilerin bu konuda ayrıca araştırma yapması da gerekli ise bu da yapılmalıdır. Defter tutulurken, malvarlığının işletme değerlerinin esas alınması veya hem tasfiye hem işletme değerinin birlikte göz önünde bulundurulması gerekir. Bu, şirketin iyileşme umudunun belirlenmesine de yardımcı olacak, erteleme süresinin uzatılmasında da dikkate alınacaktır.

Defter tutulması tek başına istenen sonucu da sağlamaz. Zira defter tutulması sadece mevcut durumun bilinmesine imkan verip onun muhafazasını sağlamaz ve değişmesine de engel olmaz. Defter tutulmasının en önemli işlevi, şirketin durumunun bilinmesine yardımcı olması, iyileştirme umudunun varlığı ve projenin uygulanabilirliği hakkında fikir vermesidir. Bu sebeple, defter tutulmasından sonra, gerekli diğer tedbirler de alınmalıdır.

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

b. Kayyım Atanması

Erteleme tedbirleri içerisinde özel olarak belirtilen ikinci ve en önemli tedbir şirkete kayyım atanmasıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nda erteleme açık şekilde düzenlenmediği 4949 sayılı kanundan önceki dönemde, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesindeki "*yediemin tayini*"nin ne anlama geldiği görev ve yetkileri konusunda tartışma bulunmaktaydı. Ancak, özellikle 179a ve 179b maddelerinden sonra, bu konuda tartışmalar tamamen ortadan kalkmamışsa da oldukça azalmış ve kanunî bir dayanağın ortaya çıkması sebebiyle tereddütler önemli ölçüde giderilmiştir. 179a/II gereğince "*mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir*". Bu hüküm karşısında defter tutmada olduğu gibi mahkemenin bir seçim hakkı bulunmamaktadır; mahkeme özel bir tedbir olarak kayyım atayacaktır.

Kayyımın hukukî durumu, görev, yetki ve sorumluluğu ayrı ve ayrıntılı bir çalışmanın konusu olabilecek niteliktedir; nitekim doktrinde de kısmen bu konu üzerinde durulduğu için ayrıntısına girmiyoruz.

179a maddesine göre, mahkemeye kayyımın atanmasında görev ve yetkisinin belirlenmesinde geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Kimlerin ve kaç kişi kayyım atanabileceği kanunda belirtilmemiştir. Mahkemenin bu konuda şirket ve alacaklıların da görüşlerini alarak, özellikle şirketin durumuna uygun bir kayyım ataması gerekir. Mahkeme tek bir kayyım atayabileceği gibi birden fazla kayyım da atayabilir.

Doktrinde genel kabul gören görüş, kayyımın, borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı derecede gözeten resmî bir organ olduğu, ancak devlet memuru sayılmadığıdır. Bu yönüyle konkordato komiserine benzemesine rağmen, kayyım ticaret mahkemesinin denetimine tâbidir. Bu yönüyle kayyımın karar ve işlemlerine karşı ticaret mahkemesine şikâyet yoluna başvurulabilir. Kayyım atandıktan sonra, istifa edebileceği gibi, mahkemece görevden alınıp yeni bir kayyım da atanabilir.

Kayyımın verdiği zararlardan da sorumluluğu bulunmaktadır. Mahkeme kararında kayyımın ücretini de belirlemelidir. Kayyımın ücreti öncelikle, erteleme için ödenen avanstan karşılanır; ancak, karşılanamayan kısım için (ki çoğunluklu avans, süreklilik arz eden bu ücreti karşılamaz), kayyım şirketten alacağını alabilir. Bu konuda uygulamada sorun çıkmamaktadır. Zira mahkemece genellikle kayyımın ücretini doğrudan şirket kasasından almasına yetki verilmektedir.

Kayyımın görev ve yetkilerinin kararda ayrıntılı olarak gösterilmesi gerekir (m. 179a/III). Mahkeme yönetim organının yetkilerini tümüyle kayyıma devredebileceği gibi sadece yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlayabilir (m. 179a/II). Bu konu tamamen mahkemenin takdirindedir. Özellikle yönetim yetkilerinin kayyıma bırakılması söz konusu ise tereddüt halinde, mahkemenin kayyıma geniş yetkiler verdiği kabul edilmelidir; çünkü yönetim görevi kapsamlı bir görevdir ve şirketin işlerinin devamı kayyıma bağlıdır. Ancak yine de, kayyımın tereddüt halinde mahkemeye başvurarak durumun açıklığa kavuşturulmasını istemesi uygun olacaktır.

Kayyım kendisine verilen görev çerçevesinde, mahkemenin belirleyeceği sürelerde, şirketin faaliyetleri konusunda düzenli olarak mahkemeye rapor verir (m. 179b/IV, c. 2).

F. İFLÂSIN ERTELENMESİ KARARININ ETKİLERİ

1. Genel Olarak

İflâsın ertelenmesinin en önemli etkisi, şirket hakkındaki iflâs kararının mahkeme kararında belirtilen sürede ertelenmiş olmasıdır. İflâsın ağır sonuçları düşünüldüğünde bunun çok önemli bir sonuç doğuracağı açıktır.

Kanunda iflâsın ertelenmesi bakımından açıkça belirtilen tek etki takipler bakımındadır; bunun dışındaki erteleme etkileri düzenlenmemiştir. Bu durumda doktrinde, iflâs ve

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

konkordato hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmiştir. Şüphesiz bu konuda oldukça dikkatli davranılmalıdır. Zira bu kurumların amacı ve sonuçları birbirinden farklıdır.

İflâsın ertelenmesi genel anlamda takip hukuku bakımından bir tatil etkisi doğurmaktadır. Bunun somut göstergesi, fevkalade mühletlerle iflâsın ertelenmesi arasındaki bağlantıyı kuran 329a maddesidir.

2. Takiplere Etkisi

Erteleme kararının en önemli etkisi kendisini takiplerde göstermektedir ve Kanunda da erteleme bu etkisi açıkça düzenlenmiştir. İflâsın ertelenmesi kararı ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve daha önce başlamış takipler de durur (m. 179b/1). Bu hüküm çok açıktır; bu sebeple kanunda belirtilen istisnalar dışında takip yapılması ve başlamış takiplere devam edilmesi mümkün değildir. 6183 sayılı kanundan dolayı da takip yapılamayacağı özel olarak vurgulanarak erteleme içerisinde şirketin malvarlığının korunmasına özel önem verilmiştir.²²

Takip yasağına iflâs yoluyla takipler de dahildir. Bu çerçevede takipli iflâsın devamı olan iflâs davası da duracak, ancak erteleme süresi sonunda bu dava hakkında bir karar verilebilecektir. Burada, başka bir sebeple açılmış doğrudan iflâs davasına devam edilip edilemeyeceği sorusu da karşınıza çıkacaktır. Erteleme amacı ve etkisi dikkate alındığında doktrinde çoğunlukla, başka bir sebeple de olsa doğrudan iflâs

²² "İİK'nın 179/b madde hükmü gereğince iflâsın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere, hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler de durur. Bu nedenle, 8.10.2003 tarihinde iflâsın ertelenmesi kararından sonra alacaklının 13.11.2003 tarihinde takip yapmasına yasal bulunmadığından, bu takibin iptaline karar vermek gerekirken, durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD, 28.05.2004, 8556/13661 (Kazancı Bilgi Bankası).

davasının erteleme süresinde görülmesi ve karar verilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim bunu, 179b'nin 3. fıkrasından da dolaylı olarak çıkarmak mümkündür. Bu fıkrada 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklara ilişkin olarak "haciz yoluyla takip yapılabilir". denilerek, erteleme sırasında istisnalar bakımından dahi iflâs yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir.

Ertelemenin takiplere etkisi bakımından, karşımıza çıkan bir sorun da, mevcut hacizlerin durumudur. Uygulamada, erteleme kararında mevcut hacizlerin de kaldırılması şeklinde karar verildiği görülmektedir. Bunun kanundaki "evvelce başlamış takipler durur" ifadesi ile bağdaşmadığı düşünülebilir.²³ Zira önceden başlamış takip ortadan kalkmayıp sadece bulunduğu noktada durmaktadır.

Ancak, malvarlığının bir kısmının hacizli kalmasının da bazı sorunları birlikte getireceği açıktır. İşletmenin bazı malvarlığı değerlerinin el değiştirmesi zorunluluğu bulunması halinde, hacizli olan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmak mümkün değildir. Bu çerçevede örneğin, haciz konulan banka hesapları ve paraların erteleme etkisi sebebiyle alacaklıya verilmesi mümkün olmadığı gibi kural olarak kullanılması da mümkün olamayacaktır. Bu açıdan sorunun çözümünün kolay olmadığını düşünüyoruz.

Bir yanda kanunun ifadesi, diğer yandan da kurumun amacı arasında bir çatışmanın bulunduğu söylenebilir. Bir tercih yapıldığında, kanunun özü ve sözünün birlikte yorumlanması gerektiği düşünülerek, takipler kalmakla birlikte, hacizlerin kalkmasının daha uygun bir çözüm olduğunu düşünüyoruz.

²³ Nitekim Yargıtay kararları bu yöndedir. Örneğin, "Mahkemece erteleme kararı ile birlikte tüm takiplerin durdurulmasına, hacizlerin kaldırılmasına karar verilmiştir. İİK'nun 179/b maddesine göre İİK'nun 206. maddesinin birinci sırasındaki yazılı alacaklar için yapılan takipler ve rehinli takipler haricindeki tüm takipler durur. Takiplerin durması takibin bulunduğu aşamada kalması anlamında olup hacizlerin kaldırılması sonucunu doğurmaz." 19. HD, 30.12.2004, 7170/13440 (özel arşiv).

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

Takiplerin durması ve takip yapılamamasının kanunda iki istisna tanınmıştır. Bunlar rehinli alacaklılar ile 206. maddenin birinci sırasındaki alacaklılardır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 206. maddesinin birinci sırasında belirtilen alacaklar için haciz yolu ile takip yapılabilir (m. 179b/III). Bu alacaklar için takip yapılabilir ve takibe devam edilerek haciz ve satış işlemleri de gerçekleştirilebilir. Bu şekilde, bir grup alacaklının diğer alacaklılar karşısında korunmuş olması doktrinde eleştirilmektedir.

Takiplere etkisi bakımından olmasa da 206. madde ile konunun bir diğer bağlantısı da, 206. maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. İflâsın ertelenmesi süresi sonunda şirketin mali durumunun düzelmemesi sebebiyle iflâsa karar verilmesi halinde, imtiyazlı alacaklıların zarar görmemesi için, 206. maddenin ilk iki sırasına kayıta aranan sürelerin hesabında, erteleme süresinin hesaba katılmayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 206/VI, b. 2).

Takip yasağı bakımından ikinci istisna, taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilen alacaklar için, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesi ve başlayan takiplere devam edilebilmesidir (m. 179b/II). Dikkat edilirse kanun koyucu hangi tür rehinlere ilişkin takiplerin devam edeceği konusunda bir sınırlama getirmiştir. Aksi halde 23. madde kapsamındaki tüm rehinler için takip yapılması mümkün olacaktı.

Rehnin paraya çevrilmesi ile ilgili olarak da kanunda erteleme amacını dikkate alınarak bir sınırlama daha öngörülmüştür. O da, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir de, bu takipler sonucu muhafaza tedbiri alınamaması ve satışın yapılamamasıdır. Ancak, "bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır" şeklindeki cümle, erteleme amacına uygun olan bu sınırlamayla gözetilen menfaat dengesine uygun değildir.

3. Davalara Etkisi

İflâsın ertelenmesinin davalara doğrudan herhangi bir etkisi yoktur. Ancak özellikle doktrinde iptal davasına ve davalardaki sürelerle etkisi tartışılmıştır. Buradaki temel sorun, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, iptale tabi tasarruflar için öngörülen sürelerin uzayıp uzamayacağıdır. Alacaklıların korunması çerçevesinde, erteleme süresi kadar iptale tâabi tasarruflar için 278-280. maddelerde öngörülen sürelerin uzamasının uygun olacağı kabul edilmektedir. Bunun yanında 284. maddede öngörülen beş yıllık süre de iflâsın ertelenmesi kararı ile durmalıdır. Bu durum, aynı zamanda ertelemenin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisi ile de uyumludur.

4. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler Etkisi

Ertelemenin diğer etkisi de zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkindir. İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte takip işlemi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemesi durur (m. 179b/I). Bu düzenleme, alacaklıları, zamanaşımı sürelerini kesmek için gereksiz yere şeklen takip yapmaya zorlamaktan da kurtarmakta, hem dolaylı olarak ertelemenin amacına hem de doğrudan alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.

5. Şirket Organlarına Etkisi

İflâsın ertelenmesi kararının verilmesi, şirket organlarının ve onların yetkilerinin tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmez. Zira iflâs kararı mevcut olmadığından onun etkisi de doğmayacaktır. Ancak bu durum, şirket organlarının varlığında olmasa da yetkilerinde hiç değişiklik olmayacağı anlamına gelmez. Yukarıda da açıklandığı üzere, erteleme ile kabul edilen tedbirler sonucu, özellikle şirketin yönetim organının yetkileri konusunda sınırlamalar getirilebilir. Bunun dışında erteleme

MUHAMMET
ÖZEKES'İN
TEBLİĞİ

kararının genel kurulun yetkileri konusunda bir sınırlama getirmesi söz konusu değildir.

Şirket organları bakımından özellik gösteren diğer husus denetçilerin durumudur. Çünkü erteleme kararı çerçevesinde kanunda özel olarak kayyım atanacağı belirtilmiştir. Kayyımın en önemli işlevi şirket işlemlerinin onun nezareti altında yürütülmesidir.

Resmî bir organ olan ve mahkemece atanan kayyıma rağmen denetçilerin hala daha eskisi gibi yetkilerini korudukları söylenemez. Öncelikle yönetim görevi kayyıma verilmişse, mahkemece atanan kayyımı denetçilerin denetleme yetkileri olmayacaktır. Kayyımın nezaret görevi varsa, bu durumda da kayyıma rağmen denetçilerin yetkilerini kullanmaları en azından gerekli değildir. Bu sebeple denetçiler organ olarak varlıklarını sürdürmelerine rağmen, erteleme süresince onların görev ve yetkilerini kayyımın kullanacağını düşünüyoruz.

Buna karşılık doktrinde, erteleme süresinde de şirketin faaliyetine devam etmesinin bir sonucu olarak, şirket yönetim organının yıl sonu raporu ve bilançosu düzenlemek zorunda olması (TTK m. 325) ve genel kurulda bunun görüşülmesi gerektiği, bunun içinse denetçi raporu arandığı (TTK m. 369), bu sebeple erteleme ile denetçilerin tüm yetkileri ile görevlerini sürdürdükleri de savunulmaktadır. Kanaatimizce, kayyımın mahkemeye düzenli rapor vereceği de düşünülürse, denetçilerin en azından erteleme süresince yetkilerini kullanmalarının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

179b maddesinin 4. fıkrasında bu raporda, hem şirketin faaliyetleri hem de işletmenin durumunun belirtileceği açıkça düzenlenmiştir. Özellikle işletmenin durumu için bilanço durumu ve buna göre de bir değerlendirme yapılması gereklidir. Aynı hususun hem kayyım hem denetçilerce araştırılması gerekli değildir. Şayet, kayyımın görevini gereği gibi yapmadığı düşünülüyorsa bu konuda mahkemeye başvurulabilir.

6. Sözleşmelere ve Alacaklılara Etkisi

İflâsın ertelenmesinin mevcut sözleşmelere ve alacaklılara da doğrudan bir etkisi olmayacak, borçlar yine aynı şekilde muaccel hale gelecek ve faiz işleyecektir. Şüphesiz mahkemenin vereceği karar çerçevesinde bu ilişkilerin düzenlenmesi, şirket organlarının ve kayyımın da erteleme amacına uygun işlemler yapması gerekir.

Bununla birlikte, şirketin daha önce taahhüt ettiği bağışlamalar bakımından bu bağışlamanın şirketin yeni mali durumu karşısında aşırı külfetli olması halinde bağışlamadan rücû edilebileceği görüşü savunulmaktadır ki, biz de buna katılıyoruz. Zira Borçlar Kanunu'nun 245. maddesinde açık şekilde, *"bağışlamayı taahhüt ettikten sonra tenfizi müteahhit için fevkalade külfetli olacak derecede mali vaziyeti değişmiş ise"* (BK m. 245/I, b. 2) denilerek mali durum değişikliği bağıştan rücû için bir sebep olarak sayılmıştır. Bunun dışında diğer hallerde şirketin sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri devam edecektir.

Hukuki ilişkiler bakımından özel bir hüküm de 289. maddenin 5. fıkrasıdır. Buna göre, takasa ilişkin olarak iflâs hakkındaki 200. ve 201. maddedeki sınırlamalar geçerlidir; ayrıca, bu maddelerin uygulanmasında da konkordato mühletinin ve iflâsın ertelenmesi kararının ilânı tarihi esas alınacaktır. Bu şekilde erteleme, takasın kötüye kullanımına yol açmaması sağlanmıştır.

G. İFLÂSIN ERTELENMESİNİN SONA ERMESİ

İflâsın ertelenmesi prosedürü aşağıda belirtilen durumlarda sona erecektir:

1. Erteleme süresi veya uzatma süreleri sonunda, erteleme amacının gerçekleşmesi; yani, şirketin mali durumunun düzelmesi durumunda erteleme kararı kaldırılır ve şirket iflâs

talebinden önceki durumuna hukuken döner.²⁴

2. İflâsın ertelenmesi süresi içerisinde, talep üzerine şirkete konkordato mühleti verilmesi durumunda (m. 287), bu mühletle bağlantılı olarak iflâsın ertelenmesi süresi kalkar ve böylece iflâsın ertelenmesi sona erer.

3. Şirketin mali durumunun iyileşmemesi veya iyileşme umudünün kalmaması sebebiyle, erteleme süresinin uzatılmasının mümkün olmaması durumunda şirketin iflâsına karar verilir.

4. Erteleme süresi henüz dolmamakla birlikte, kayyımın vereceği raporlar da dikkate alınarak şirketin mali durumunun iyileşmesinin mümkün olmadığı anlaşılırsa, erteleme kararı kaldırılarak iflâsa karar verilir.²⁵

²⁴ "İflâsın ertelenmesi süresi sonunda şirketin mali durumu düzelmiş ve aktifleri pasiflerini karşılayacak duruma gelmişse iflâsın ertelenmesi kararı kaldırılmalı, mali durumun iyileşmemesi halinde mahkemece şirketin iflâsına karar verilmelidir." 19. HD, 13.6.2002, 1267/4616 (özel arşiv).

²⁵ Ancak, tek başına kayyım raporu iflâs kararı verilmesi için her zaman yeterli sayılmaz, ayrıca araştırma yapmak gerekebilir. Böyle bir durumda mahkemenin gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırdıktan sonra gerekli kararı vermesi gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir: "Kayyumun mahkemeye sunduğu 8.9.2004 tarihli raporunda şirketin sipariş almadığı, nakit durumunda azalma bulunduğu, ertelemenin devamında yarar olmadığı belirtilmiş, mahkemece bu rapor üzerine 9.9.2004 tarihinde şirketin iflâsına karar verilmiştir. Anonim şirketin borca batıklık nedeniyle iflâsına karar verilebilmesi için öncelikle borca batık durumda olduğunun saptanması gerekir. Erteleme talebi üzerine alınan bilirkişi raporunda şirketin borca batık durumda olmadığı, ancak likidite sıkıntısı yaşadığı belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece kayyumun erteleme nin devamında yarar bulunmadığına ilişkin raporu üzerine mahkemece anonim şirketin borca batık durumda olup olmadığı konusunda bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir." 19. HD, 30.12.2004, 9593/13439 (özel arşiv).

ÜÇÜNCÜ OTURUM

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Doç. Dr. Sayın Muhammet Özekes arkadaşımıza bu doyurucu, kapsamlı, güzel tebliğ için çok teşekkür ediyoruz. Bazı konular zaten tartışmada daha da somutlaşacak. Şimdi tartışma kısmına geçiyoruz.

Evet, söz almak isteyenler... Buyurun Bilge Hocam.

Prof. Dr. Bilge UMAR: Bir noktanın aydınlatılmasını sayın konuşmacıdan rica edeceğim.

Bildiğimiz gibi, bu iflasın ertelenmesi talebi, prosedürü "*nizasız kaza*" prosedürü olarak yürütülüp sonuçlandırılıyor. Bu prosedür içerisinde talepçinin talebine aykırı bir karar verilirse, yani isteği reddedilirse, onun temyiz hakkını kullanabileceği anlaşılabilir bir şey. Ama talebin kabul edilmesi halinde böyle bir kararı kim temyiz-edebilir? Görüntüye bakılırsa hiç kimse edemez?

Yani, dışarıdan herhangi bir kimsenin menfaatini haleldar edecek olsa bile bu, prosedüre dahil olmayan bir kimsenin, dahil olmadığı o prosedür sonucunda verilen kararı temyiz etmesi düşünülemez. Bu da anlaşılır bir şey. Bir nokta kaldı, şimdi sizden aydınlatmanızı istirham ettiğim nokta odur; dışarıdan biri, ki bilirkişi olarak bize başvurulmasına yol açan somut olayda bu gerçekleşmiş, itirazcı sıfatıyla mahkemeye dilekçe vermiş. "*İtirazcı*" dememiş, "*müdahil*" sıfatla demiş kendisi. Ama benim anladığım kadarıyla, bu yoruma katılacak mısınız bilmiyorum, buna müdahale diyemeyiz.

TARTIŞMALAR

Müdahale, dava taraflarından birinin yanında yer almak için yapılır. Tam tersine, müracaatçının yanında yer almak üzere değil, onun karşısına geçip, onu engellemek için yapılan bir talebe olsa olsa itiraz deriz, müdahale diyemeyiz. Ve böyle bir itiraz da bana göre, değerli arkadaşım o fikirde değil, bana göre nizasız kaza prosedürünü dava prosedürüne çevirir.

Böyle olunca, o kimsenin bu prosedür içerisinde davada gerçek sıfatı "*hasım*" olmaktadır, müracaatçının karşısına bir hasım durumuna geçmektedir ve bu sıfatı dolayısıyla da eğer karar olumlu çıkarsa kararı temyiz etmek yetkisine sahip olabilecektir. Aksi takdirde, yani onun sadece müdahil olmakla, hele hele bir nizasız kaza prosedürüne müdahil olmakla kaldığını düşünürsek temyiz yetkisine sahip bulunamayacaktır; bu sonuca varmak zorunda kalacağımızı düşünüyorum. Bu problem hakkında görüşünüzü dinlemek isterdim.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Teşekkür ederim Hocam.

Temyiz konusundaki görüşlerimi daha önce arz ettim. Önce şunu dikkat çekmekte fayda var: Çekişmesiz yargı -yani uygulamanın mantığıyla ben hareket ediyorum- işi olduğunu kabul edersek, bunun çekişmesiz yargı işi değil de, bir geçici hukukî koruma olduğu düşüncesindeyim aslında ben. Ama uygulamanın hareket noktasını esas alırsak -yani çekişmesiz yargı işi kabul edersek-, özellikle Baki Hocanın "*Nizasız Kaza*" kitabında ve pek çok Alman doktrininde de bu kabul edilmiş durumda, nizasız kazada "*taraf*" değil, "*ilgili*" kavramını kabul ediyoruz ve ilgiliyi de, davadaki gibi şekli ilgili değil, yani dava açan davacı ve onun karşısında yer alan davalı şeklinde değil, o yargılamayla ilgili menfaati olan bütün ilgilileri maddî ilgili olarak kabul ediyoruz.

Hatta Baki Hoca ki, ben de esasen Hocanın o görüşüne katılıyorum, yanlış hatırlamıyor isem *Nizasız Kaza* kitabında da şöyle bir ifade var: "*Maddî ilgili eğer yargılamaya içerisinde dinlenmemiş, ama onun menfaatini de haleldar edecek bir durum*

söz konusuysa rahatlıkla temyiz yoluna başvurabilir". Bu mantıktan hareket ettiğimiz zaman, yani uygulama belki bunu çok iyi bilmemekte, ama bu mantıktan hareket ettiğimiz zaman, eğer ben bir alacaklıysam, dinlenmemiş olsam bile yargılama içerisinde, duyurulup dinlemem gerekirdi. Bu söylediklerim, çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen doğrudan (özellikle de borçlunun talebiyle doğrudan) iflâs halleri için.

Benim de menfaatim haleldar oldu deyip çekişmesiz yargının maddî ilgilisi olarak rahatlıkla temyiz yoluna başvurulabilir. Bu yönüyle bir sorunun olmadığını düşünüyorum. Müdahil sıfatıyla başvurulduğunda ise, tabii o ayrı bir tartışma konusu esasında; borca batıklık sebebiyle doğrudan iflâs hâlinde gerçek anlamda müdahale olur mu tartışması ile çok ilgili. Ne zaman burada müdahil sıfatıyla başvurulabilir? Şu durumda: Ancak bana göre müdahil sıfatıyla bir dilekçe verebilir.

Bilindiği üzere iflâsın ertelenmesi, henüz daha iflâs kararı verilmeyen bir aşamada istenebilir. İflâs prosedürünü başlatık, ilanları yaptık, müdahale ve itiraz için başvuru imkanı tanıdık, biri de geldi, müdahale dilekçesi verdi, "bunun iflâs etmesi gerekmez" ve daha sonra da arkasından iflâsın ertelenmesi talebi ortaya çıktı. Şimdi ortada bir müdahil var yargılama içerisinde, arkasında da erteleme var.

Tabii, müdahil dilekçe verebilir. Ancak ben, buradaki müdahalenin gerçek anlamda bir müdahale olmadığını düşünüyorum. Benim yüksek lisans tez konum "asli müdahale". "Asli Müdahale" kitabımda da, borçlunun başvurusuyla yürütülen doğrudan iflâs hâllerinde gerçek anlamda müdahaleye ihtiyaç olmadığını; çünkü bunun bir çekişmesiz yargı işi olduğunu, çekişmesiz yargı işinde de maddî ilgililerin her zaman dinlenebileceğini, bunun olsa olsa bir maddî anlamdaki ilgilinin dinlenmesi olarak algılanması gerektiğini, ne asli ne ferî müdahale anlamında müdahaleye ihtiyaç olmadığını söylemişim. Fakat bu konuda doktrinde aksi kanaat de var, bunun müdahale olduğunu, iki menfaat zıtlığı için çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargı hâline getirip, hasımsız davayı hasımlı hale getirdiği

TARTIŞMALAR

için, bu hale dönüştürmekten dolayı da, Alman hukukunda olmamakla birlikte bizde o şekilde müdahalenin, asli müdahale olduğu şeklinde görüşler var.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederiz. Buyurun Meral hanım.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN: Öncelikle arkadaşımıza teşekkür ediyoruz, doyurucu çalışması için.

Burada tartışmayı açıp değinmekte yarar gördüğüm birkaç noktaya dikkatinizi çekeceğim. Birincisi, olması gereken hukuk bakımından iflâsın ertelenmesi kurumunun kendisinden beklenen faydayı sağlayabilmesi adına acaba "borca batıklık olma" kavramı yerine, başka bir kavrama bağlanmış olmak daha doğru olur muydu? Örneğin burada aklımıza tabii şu geliyor:

Zorunlu iflas sebebi sermaye şirketleri bakımından borca batıklık olma hâli olarak düzenlendiğinden ve biz onu bu hale münhasır olarak iflasın ertelenmesi kurumunu düşündüğümüzden, iflasın ertelenmesinin özellikle iyileşme ümidi olan sermaye şirketleri, kooperatifler bakımından anlam taşımaması söz konusu olacak, ancak iflasın ertelenmesinden beklenen faydayı sağlayabilmemiz için borca batıklık çok geç kalınmış bir nokta değil mi? Daha önceki bir noktaya doğru acaba çekebilir miyiz bunu? Örneğin, Alman hukukunda aciz hâline düşme sermaye şirketleri bakımından bir zorunlu iflas sebebi olarak, borca batıklık yanı sıra düzenlenmiştir bildiğim kadarıyla, o noktada ne düşünüyoruz acaba; onu merak ediyorum, bir.

İkincisi, kayyumun bu iflasın ertelenmesi kurumu bakımından son derece önemli bir rolü olduğunu düşünüyorum. Kayyum kimler arasından seçilecek, kayyumun profili nedir? Kayyumun mahkeme tarafından denetlenmesinin çok etkin olması gerektiği kanısındayım. Eğer iflasın ertelenmesinden umulan yararı, çünkü iflas ve iflasın ertelenmesi aslında sosyoekonomik açıdan son derece önemli, tüm ülke ekonomisine, istihdamına etkisi olan bir konu bu, o anlamda kayyumun rolü çok önemli bu sistem içerisinde.

Kayyumun profili ne olacak? Mahkeme kararını görev ve yetkilerinin belirtileceği söyleniyor. Acaba kayyumla ilgili daha özel bir düzenleme yapmakta yarar var mı? Yani bunu mahkeme mi tespit etsin, görev ve yetkileri profilini çizerken mahkemenin mi takdirinde olsun, yoksa daha farklı bir yaklaşım söz konusu olabilir mi?

Bir de, davalara etkisi konusu üzerinde tartışmalar sırasında dururuz diye konuştuğumuz için takiplere etkisini inceledik. Davalara etkisi ve özellikle iptal davaları bakımından durumun ne olacağı, yani 278, 280' de düzenlenen...

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Süreler bakımından özellikle her hâlde.

Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN: Özellikle süreler bakımından.

Ve görülmekte olan bir iptal davasına iflasın ertelenmesi kararının bir erteleme sonucunu mu yaratacağız alacakları korumak adına, yoksa alacaklıları korumanın karşısında, iptal davası açmak durumunda olan üçüncü şahıslar, iptale tâbi tasarrufları iptal etmekte hukukî yararı olanları burada daha zayıf konuma düşürmek doğru olmaz mı, bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Çok teşekkür ediyorum, sağ olun.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Ben de teşekkür ederim.

Bilge Hocam da toplantı başlamadan önce benzer bir soru yöneltmişti; *"acaba başka iflas sebepleriyle de iflas istendiğinde erteleme talep edilebilir mi?"*

Özellikle, İcra İflas Kanunu 179 ve devamında düzenleme yapılmadan önce bu tartışma biraz daha yoğundu, çünkü kanunî bir temeli yoktu. Sırf TTK 324'te söylenmiş olması, acaba diğerlerini de engeller mi engellemez mi tartışması vardı. Hatta yanlış hatırlamıyorsam, Hakan Hocamın kitabında, bunun diğer hâllerde de uygulanması gerektiği söylenmekteydi. An-

TARTIŞMALAR

cak, tabii kanunî bir zemine oturduğu için, şu anda kanunen başka hâlde, yani şimdi diğer iflâs hallerinde mümkün değil. Acaba olmalı mı? Ben de bu çalışmayı yaparken tekrar üzerinde düşündüm. Geçmişte bunun tüm doğrudan iflas hâllerinde uygulanması gerektiğini düşünüyordum. Fakat şimdi biraz daha üzerinde düşününce tereddütlerim oluştu.

Burada borca batıklık dışında etkileyecek husus şudur: Aciz hâli veya ödemelerin tatili hâli dediğimiz hâl. Aciz hâli, bir şirketin, basitçe ifade edecek olursak, nakit sıkıntısına düşmesi durumunda ihtiyari iflas sebebidir. Ben nakit akışını sağlayamıyorum, borca batık olma ihtimalim doğabilir deyip, gidip iflasını istemesidir; ödemelerin tatili ise, dışa yansıyan seklidir aciz hâlinin.

Artık ödeme yapamaz, ama mal varlığı değerleri fazla olabilir. Bu noktada, aciz hâli var ise, iflasın ertelenmesinin gerekmediğini düşünüyorum, çünkü iflas şartı yok, mutlaka iflâs istemek zorunda değil; başka tedbirler alarak kendisini düzeltebilir, başka hukuki imkanlardan yararlanabilir. Çünkü henüz başkasının iflas talebi yokken, o zaman şirket kendi iflasını istemesin, bu çerçevede ertelemeyi de isteyemesin, yani, gerçek anlamda zorunlu iflasın şartı oluşmamış ki, erteleme de istesin denilebilir. Ama eğer alacaklılar iflas istemiş ise, yani alacaklılar bakımından aciz hali, ödemelerin tatili sebebiyle dışa yansır hale gelmişse, o zaman iflasın ertelenmesi belki burada düşünülebilir; çünkü artık şirketin ihtiyari dışında bir durum söz konusudur. Ama bu konu üzerinde de belki tekrar bir değerlendirme yapmak uygun olur; şu andaki geçici fikrim bu yönde.

"Kayyumun niteliği ne olmalı" sorusuna gelince, burada iki yol izlenebilir: Bir, mahkemenin takdirine bırakılabilir, ikincisi, kanunda belirtilebilir. Ama açık söylemek gerekirse, şu anda aklıma gelen bir şey bu, yönetmelik hazırlanmakta, belki kayyumun nitelikleri bu yönetmeliğe derç edilebilir, şunlar, şunlar olsun denilebilir. Ancak, şunlar şunlar olsun demek acaba doğru mudur? Yani bu kadar sınırlama da, (şirketi esnek bir

yapıyla sürdürmeye çalışıyoruz) acaba doğru mudur; bu da yine üzerinde düşünülmesi gereken bir husus.

Uygulamada iki yöntem izlenmekte: Bir, şirket içinden veya şirketle irtibatlı birini kayyum atamak, örneğin şirketin mali müşavirini, içerideki mali müşaviri değil de, dışarıdan, daha çok onunla birlikte çalışan bir yeminli mali müşaviri atamak şeklinde bir yöntem izlenmekte. Bu da çok kötü bir yöntem değil aslında. Neden? Çünkü o kişi şirketin iç işleyişini bilmekte, nasıl yürüdüğünü bilmekte. Yeminli mali müşavir olabilir. Diğeri ise, hayır, kayyum daha bağımsız bakabilmelidir, objektif olabilmelidir, etkilenmemelidir, tamamen başka biri olmalıdır denilmekte ve dışarıdan biri atanmaktadır. Bunların ikisi de şirketin durumuna göre faydalıdır. Şimdi diyeceksiniz ki, "*sen de hepsi için durumuna uygundur diyorsun*". Ama zaten bu müessesenin amacı bu esnekliği sağlamak. Yani, hadi dışarıdan tanımayan birini getirdik; ama gerçekten şirketi iyi bilen ve işlerini yürütecek biri varsa ve güvenilirse durum ne olacaktır?

İptal davalarındaki süreye gelince, 278 ve 280' de düzenlenen iptal davalarında ise, sürelerin uzamasının uygun olacağı, bu erteleme süresince, kabul edilmekte; ben de buna katılmaktayım. Gerekçesi de şu: Çünkü hak düşürücü sürelerle etkisi de düzenlenmiş kanunda, hak düşürü sürelerin ve zaman aşımının da en azından bu erteleme süresinden etkilenmeyeceği, kabul edilebilir; yani kendi içerisinde bir uyum var. Dolayısıyla, iptal davalarının bu süre içerisinde uzayacağı görüşüne ben de katılmaktayım.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederiz. Buyurun Oğuz Bey.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Konuşmacının bir talepte bulunması pek alışılmış şey değil, ama, bu konuda kanun değişikliğinden sonra geniş bir çalışma yaptığı için Oğuz Hocam, bir soru sormanın ötesinde, benim eksik bıraktığım yerleri de tamamlarsa, memnun olurum.

TARTIŞMALAR

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Teşekkür ederim. Muhammet kardeşimize teşekkür ediyorum, hakikaten doyurucu bir tebliğ oldu.

Daha önce ben de bu konuda ufak bir çalışma yapmış olmama rağmen hukukî niteliğine değinmemiştim hakikaten. Neden? Pek de tartışma yoktu. Bizden önceki üstatlar da hiç tartışmamışlardı. Bir problem yok diye biz de girmedik. Ama öncelikle teşekkür ediyorum; Muhammet kardeşimiz bunu net bir şekilde ortaya koydu.

Birkaç noktada ben hem ufak bir katkı, çok fazla söylenecek şey yok, ama bir de soru belki olacak.

Öncelikle, belki bir sürçülisandır, öyle zannediyorum; düzeltmemde fayda var. Muhammet kardeşimiz, "*üç tane benzeri müessese var; mal varlığının terki suretiyle konkordato, uzlaşma ve yeniden yapılandırma ve iflasın ertelenmesi*" dedi. Bunların içinden mal varlığının terki yoluyla konkordatoyu ayırma lazım. Çünkü, mal varlığının terki suretiyle konkordato bir rehabilitasyon yöntemi değil.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Tasfiye aracı.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Tasfiye aracı.

"*Adi konkordato*" demek belki daha doğru. Öncelikle, o bir rehabilitasyon aracı değil; onu dışarıda bırakmak lazım. Uzlaşma ve yeniden yapılandırma, terkin dışındaki konkordato ve iflasın ertelenmesi hukukumuzda birlikte değerlendirilebilecek rehabilitasyon yöntemleri.

Hacizlerin kalkıp kalkmaması konusundaki açıklamasına ben de bir ufak katkı yapmak isterim.

Takipler duruyor, takipler hangi aşamadaysa o aşamada duruyor; hacizli ise mallar, mallar üzerindeki haciz de duruyor. Ne zamana kadar? Bir sene, artı dört sene belki, beş yıl boyunca hacizler de duracak. Hacizler kalsın dersek, uygulamadaki, maalesef kabul edelim ki, borç ödeme ahlakı notu çok düşük

olan bir ülkeyiz, borçluların bu malların haraç mezat satarak, hatta kayyumu da belki tesir altına alarak şirketin içini boşaltacakları şüphesi hâkim olduğundan, ki yersiz bir şüphe de değildir geçmişteki çoğunluk tecrübeye dayanıldığına, bu durumda bir görüş diyor ki, "*efendim, hacizler kalkmasın*".

Hatta Yargıtay'ın bir kararında, yeni, kanun değiştikten sonra verilen bir kararında, tüm diğer hüküm fıkraları aynen muhafaza edilmiş, "*hacizlerin kaldırılmasına ilişkin hüküm fıkrası kaldırılarak, düzeltilerek onama*" kararı verilmiş. Ve görüşünün bu yönde olduğunu değerli arkadaşımız Dr. Değnekli'den almıştık. Acaba, bu "*hepsi kalsın veya hepsi kalksın*." yaklaşım da doğru mu? Zannediyorum şöyle bir ayırım yapmakta fayda var? O işletmenin işlemesi ve iyileştirme projesinin yürürlüğe girmesi ya da devam edebilmesi için bazı malların mutlaka üretim aşamasına girmesi gerekir.

Örneğin, işletmede bulunan stok hammadde ve yarı mamul maddenin üzerindeki haciz kaldırılmazsa, "*ben bu fabrikayı çalıştıracam ve kâr edeceğim, böylelikle borca batıklığı aşacağım*" şeklindeki projeyi tasdik eden mahkeme, "*evet, bunları yap*" diyen, izin veren mahkeme, "*ama bu üretimde şunları kullanamazsın, bunlar senin hangarında, deponda çürüyecek veya yedieminde devam edecek, yediemin ücreti vermeye devam edeceksin, olmaz*" derse, bu sefer çelişkili bir durum ortaya çıkacak. Yani, hem proje tasdik ediliyor, üretime yönelik iş yapan yerler için söylüyorum, hem de üretimde kullanacağı hammaddeyi kullanamayacak. Bu konuda bir ayırım yapılması gerekir.

Dolayısıyla, buna karar vermeden önce mahkeme, tayin edeceği bilirkişiye de belki kıymet takdiri yaptıracak, işte bir bilanço-yu denetletecek, bu durumda bilirkişiye şu görevi de tevdi etmeli? Şirketin hacizli mallarından hangileri üretime katılıp, üretimde kullanılarak tüketilecek mallardır veya yeni ürün imaline elverişli mallardır? Bunlar belirlenirse şöyle bir ayırım yapılabilir: Bu sefer sabit varlıklar üzerindeki hacizlerin aynen korunması gerekir, yani ana gayrimenkul, onun teferruati, mütemmim cüzü olan makineler vesaire, bunlar üzerindeki hacizlerin korunması gerekir.

TARTIŞMALAR

Döner varlıklar dediğimiz işletmedeki döner varlıklarda ise, üretime katılanların üzerindeki hacizlerin kaldırılması uygun olur. Ancak, burada şöyle bir menfaat dengesini belki bozma tehlikesiyle karşı karşıya kalabiliriz: Alacaklının o mahcuz mal üzerinde hacizden doğan hakkını ortadan kaldırıyoruz; bu ne olacak? Kanunumuzda şöyle bir düzenleme yok: *"İflasın ertelenmesi süresi içinde hacizleri kalkan hacizli alacaklıların iflas durumunda 'masa alacağı' olarak işlem görür deseydik"* belki bir nevi koruma sağlamış olurduk; ama bu da yok. Bu noktaya dikkat ederek, belki o hacizlerin değerinde başka mal haczine kaydırarak hacizleri, bu dengeyi kurmak mümkün olabilir kanaatindeyim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Biraz kısa tut. Korsan tebliğ oldu.

Doç. Dr. Oğuz ATALAY: Kısa. Evet, doğrudur korsan tebliğ oldu. Çok özür dilerim.

Bir de, kayyumun işlemlerine karşı hangi yollara başvurabiliriz, şikâyet yoluna mı başvuracağız, itiraz yoluna mı başvuracağız? Şikâyeti hangi mercie yapacağız? Ve özellikle son cümlelerde sözü edilen, *"bu şirketin durumu iyi gitmemektedir, kaldırılсын bunun iflasının ertelenmesi kararı, şirketin iflasına karar verilsin"* diye çok ciddi bir rapor verme yetkisi bulunan kayyumun, *"bu raporu gerçeğe aykırıdır"* itirazını nerede yapacağız veya şirketi yönetirken aldığı bazı kararları biz şikâyet yoluyla iptal ettirebilecek miyiz; bu konudaki görüşünüzü rica ediyorum.

İflasın ertelenmesi süresi içinde uzlaşma ve yeniden yapılandırma konusuna değindi Muhammet arkadaşımız. Burada bir durum da gerekli olabilir; iflasın ertelenmesi borçluya, alacaklıların taarruzun korunmuş bir durum sağladığı için. Yeniden yapılandırmada ise, yargılama öncesi müzakere aşamasında borçluda hiçbir koruma olmadığından masaya otururken, Amerika'daki gibi değil bizde, orada müracaati yaptığınızda federal olarak her taraftaki takipler duruyor, bizde ise tasdike

kadar hiçbir takip durmuyor, dolayısıyla alacaklıyla borçluları eşit duruma getirip, takipten korunmuş bir ortamda yeniden yapılandırma yapılması için uygun bir ortam temin eder.

İkinci faydası, iflasın ertelenmesi azami beş yıl olduğu hâlde ve alacaklılara da bir ödeme tablosu vesair sunulmak zorunda olmaksızın beş yıl uzatılabildiği hâlde yeniden yapılandırmada çok daha uzun sürelerle ve alacaklıların onayına sunulmuş ödeme planlarıyla ulaşıldığı için, yine takipsiz bir dönem, daha menfaati vardır, iflasın ertelenmesi için de yeniden yapılandırma uygun olur kanaatindeyim.

Çok teşekkür ediyorum. Sabrınız için de teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Hakan Hocam, buyurun.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Benimki de birazcık...

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Korsan tebliğ.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Korsan tebliğ gibi olacak; ama açıkçası, korsan tebliğ değil, küçük bir katkı olacak.

Öncelikle sormak istediğim, bilinmesini arzu ettiğim birkaç nokta var. Bu iflasın ertelenmesi dikkat ederseniz, başka müesseselerle birlikte İcra İflas Kanunu'nda alındı. Bir tarafta mal varlığının terki suretiyle konkordato var, bir tarafta uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma var, öbür tarafta, konkordatonun bizzat eski düzenlemelerle gözden getirilmiş hâli var; yani uzlaşma, iflasın ertelenmesi, mal varlığının terki ve konkordato hükümlerinin yeniden gözden geçirilmiş hali; bunların hepsini değerlendirdiğimizde, "bu kadar çok iflası önleyen kurumun İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alması gerekir mi" sorusunu sormamız gerekir. Bunlardan konkordato son değişiklikten sonra mefluç hale getirildi. Ben bir toplantıda "bay bay konkordato" dediğimiz zaman bunun gerçek olacağını biliyordum.

Şu anda artık konkordato müracaatları yok, bitti. Neden? Çünkü beş ayda konkordatonun tasdiki mümkün değil. Bunu

TARTIŞMALAR

bu hale getirenler de, "biz zaten bu hale gelmesi için yaptık" dediler ve hala o düşüncedeler biliyorum. Çünkü İsviçreli bu 18 aya çıkarmış iken biz onu beş aya indirdik. Bunların hepsi, Adalet Komisyonu'nda müdahaleler ile yapıldı. Yeni bir kanun yapma tekniği var şu anda Türkiye'de. Kanunu hazırlıyorsunuz, Adalet Komisyonu'nda yeniden bir kanun çıkıyor, tıpkı Ceza Kanunu gibi

Her yerden müdahale edildi. Şimdi kimse kanuna sahip çıkmıyor. Ben bu kanunun yapılışında katkısı olan veya hasbelkader bulunmuş olan bir kişi olarak bunu söylemek istiyorum. Kayıtlara geçmesi için özellikle söylemek istiyorum. Çünkü bunu, maalesef Adalet Komisyonu'nda tutanaklar düzenlenmediği için bir başka yerde belki görebilme imkanı olmayacak. Size bir örnek vermek istiyorum. Kambiyo senetlerine özgü takiplerde, biliyorsunuz, alacaklı haksız ve kötü niyetli ise hiçbir şekilde tazminata mahkûm edilmiyordu; hâlbuki borçlular haksız çıktığında her zaman yüzde 40 tazminata mahkûm ediliyordu. İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapan Kanunların bütün gerekçelerine bakın, "iki tarafın menfaatlerini korumak" denilir.

O zaman, menfaatlerin korunması için, ben de o gün Adalet Komisyonu'nda idim, teklif olarak dedim ki, alacaklı da kötü niyetli ise, yüzde 40 tazminata mahkûm edilsin. Ve uzun süre tartıştık. Sonunda, işte öğleye doğru idi, Komisyon Başkanı dedi ki, "Hocam, ne sizin dediğiniz olsun, ne diğer tarafın, ara bir yol bulalım", çünkü diğer taraf, diğer görüş, 'hayır hiç tazminata mahkûm edilmesin alacaklılar' diyordu, "çünkü biz genellikle ciro yoluyla elde ettiğimiz için bu kambiyo senetlerini, bilemiyoruz işlemin daha önceki durumunu". Güzel ama biz zaten kanuna, haksız ve kötü niyetli olma gibi bir unsur ekliyoruz. Eğer kötü niyetli değilseniz, zaten tazminata mahkûm edilmeyeceksiniz dedim. Ancak, "Vallahi, uygulamada bu çok tehlikeli, biz koydurmak istemiyoruz" dediler. Sonra Başkan dedi ki, "Hocam bir ara yol buluyorum ben". Nasıl bir ara yol? "Yüzde 20 olsun, ne sizin dediğiniz olsun, ne de sizin dediğiniz olsun." Yapmayın sakın böyle

bir şey, kanunda böyle bir şey yok, tazminat oranı ya yüzde 40'tur ya da hiç yoktur dedim. "*Hocam, yemekte konuşalım*" dedi. Dedim ki, ne olur Meclis'te bunu düzeltin, çok yazık olur, kanunu bu şekilde bozamazsınız. Ama bakın devam ediyor bu alışkanlık.

İkincisi, tabii ki uygulama çok yeni olduğu için, uygulamada maalesef tedbirler çok düşünülmeden çok geniş, çok genel olarak ifade ediliyor. Mesela, kefillerin de durumu iflasın ertelenmesi kapsamına alınıyor.

Halbuki Borçlar Kanunu bakımından bu durumu değerlendirmek lazım. Ben buraya not ettim; mesela Borçlar Kanunu'nun 497. maddesi; yine Borçlar Kanunu'nun 491. maddesi, 502. maddesi, 487. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kefilin, iflasın ertelenmesiyle birlikte verilen o tedbir kararıyla etkilenmemesi gerekir diye düşünüyorum.

Hakkında iflas kararını erteletmiş bir patron düşünün. Kapısında "*lüks bir otomobili*" var, her gün işine gidip-geliyor, leasing'le almış. Ne güzel. Beş yıl boyunca o Leasing şirketi, alacağını alamasa bile hiçbir şey yapamıyor; ama o işine gidip geliyor. Koltuk takımları var bürosunda. Bu tür sözleşmeler iflasın ertelenmesiyle hiçbir alakası yok, fabrikasında başka makineler var veya evinde bazı eşler var, ama leasingli olduğu için hiçbir şey yapamıyorsunuz. İflasın ertelenmesinin içine girmemesi lazım. Sadece, gerçekte ertelemeyi gerektiren mallarla ilgilendirilmesi lazım.

Bir de şu beş yılı söyleyeyim. Bu beş yıl felaket bir şey. Türkiye'de pek çok alacaklının canına okuyacak kadar uzun bir süre beş yıl. Nereden çıktı bu? İşte biliyorsunuz yazılanları çizilenleri. Bu beş yıl, komisyonun da değil, Adalet Komisyonu dışında siyasi bir baskıyla geldi. Bir artı dört, yani toplam beş yıl ertelerseniz her hâlde bu piyasada, bu koşullarda hiç kimseyi ayakta tutamazsınız. Bir kişiyi kurtarırsınız, ama onunla iş yapan pek çok kişinin canına okursunuz bu şekilde.

TARTIŞMALAR

Bir de şu önemli: Ertelemeden sonra, bugün benim hakkımda erteleme kararı verildi, peki, bugünden itibaren benim yaptığım işlemlerle ilgili acaba haciz yapılamayacak mı, acaba takip yapılamayacak mı, acaba dava açılmayacak mı? İflastan daha kötü duruma mı getireceğiz alacaklıları? İflasta biliyorsunuz iflastan sonraki alacaklar masa alacağı oluyor, dolayısıyla öncelikli bir durumları var. Peki burada ne olacak, burada aynı şey söz konusu olacak mı?

Sayın Özekes ilk defa bir tartışmayı başlattı. Sayın Atalay'ın söylediği gibi, şu hukukî niteliği konusu; ben, bunun geçici hukukî koruma tedbiri olduğu konusunda tereddütlüyüm. Çünkü geçici hukukî korumanın içinde geçici hukukî koruma verildiğini ilk defa duyuyorum. Bir geçici koruma niteliğinde erteleme, ama tek başına bir sonuç çıkarmıyor; onun bir sonucunun olabilmesi için ihtiyati tedbir vermek zorundasınız. Yani, kendisinin de söylediği gibi, geçici hukukî korumanın içinde bir geçici hukukî koruma var. Bu nasıl bir müessese?..

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Öyle bir geçici koruma ki, beş yıl sürüyor üstelik bir de.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Çekişmesiz yargı işi olması tabii ki borçlunun sadece kendi iflasını talep etmesi hâlinde söz konusu. Halbuki pekâlâ alacaklının yürüttüğü bir takipli iflas prosedürü içinde de iflas davası sırasında herhangi bir alacaklı iflasın ertelenmesini isteyebilecektir. O zaman bu bir çekişmesiz yargı işi olmayacaktır.

Elimde çok enteresan yerel mahkeme kararları var. Onu da söyleyip izninizle bitireceğim.

Bir mahkemede iflas takibi yapılmış ve iflas davası açılmış. Borçlu diyor ki, *"efendim, bizim öyle mal varlığımız var ki, bir tanesini satsak hepsini öderiz, bizim hakkımızda öyle iflas kararı filan veremezsiniz, biz çok iyi durumdayız, bakmayın, biraz likit problemimiz var, ama belki olsa olsa aciz hâli denebilir, ama borca batık olmak kesinlikle söz konusu değil"*, bütün savunmalarını bunun üzerine yoğunlaştırıyor.

Dava devam ederken, birdenbire bir banka çıkıyor ve alacaklı olarak onun da talep edebilme imkanı var, diyor ki, "bir dakika, sakın iflas kararı vermeyin, bu borçlu aslında hak etmiştir, hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmesi gerekir, gerçekte kendisinin söylediği gibi değil, borca batıktır bu borçlu". Borçlu birdenbire, her hâlde kulağına bir şey söylenmiş, "evet, ben maalesefyeniden bilançomu değerlendirdim, ben meğerssem borca batıkımışım, benim hakkında evet erteleme kararı verin" diyor.

Şimdi, bir tarafta iflastan kurtulmak var, ama arkasından, ertesi gün tekrar iflas davasıyla karşılaşma ihtimali var. Halbuki bu yol, yani iflasın ertelenmesi beş yıl kendisini rahat ettirecek. Bir de uygulamada iflasın ertelenmesinde mahkemece atanan kayyım sorunu var. O kadar enteresan kayyumlar var ki uygulamada ve o kadar enteresan raporlara dayanılarak bu kararlar alınabiliyor ki, tıpkı Nasrettin Hoca'nın hani "buraya diken ekeceğim, koyunlar geçecek, yünleri takılacak, eğireceğim, sonra bunları satıp kazanacağım para ile borcumu ödeyeceğim" biçimde önerilerle iflas erteleniyor. Oğuz beyin bana aktardığı bir olay, gazete kupürlerini kesmiş, diyor ki bir araç kiralayan şirket, "efendim, gördüğünüz gibi, gazeteler yazıyor, bu yıl turizm yüzde 60 artacak, bu da ülkemize turist gelecek demek, turistler gelince otomobil kiralayacaklar ve ben tabii ki bu borca batık olma halimden kurtulacağım" diyor ve mahkeme de inandırıcı bulmuş, iflası ertelemiş.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Biz teşekkür ederiz. Ali Cem bey, buyurun.

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK: Hakan Hocamın sözlerini tamamlar nitelikte olacak belki; ben de bu müessesenin niteliğiyle ilgili görüşümü paylaşmak istiyorum.

Ben de, bunun bir geçici hukukî himaye önlemi olarak nitelenemeyeceği kanaatindeyim ve uygulamada da o şekilde algılanmadığı ve hukukî fonksiyonunun ve beklenen amacın da o olmadığı düşüncesindeyim. Burada hakikaten baştan

TARTIŞMALAR

beri, giriş bölümünde de söylediğimiz gibi, mevcut diğer alternatiflere ilave edilen bir rehabilitasyon usulü yaratılmak istenmiştir; uygulamada da öyle algılanmaktadır ve fonksiyonu da öyledir.

Süha beyin çok isabetle söylediği gibi, böyle beş yıl süren bir ihtiyati tedbirden bahsedilmemek lazımdır. Gene Hakan Hocamın sözlerine iştirak ediyorum; ihtiyati tedbirin içinde ihtiyati tedbir yaratılması gibi, prosedürün içine, hükümlere baktığımız zaman, lafzının da bu türlü yoruma imkan vermediği düşüncesindeyim.

Kaldı ki, bunun ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi bizi bazı güçlülere de sokacaktır bazı kanun hükümlerinin yorumunda. Mesela temyiz safhasında, bunu bir defa ihtiyati tedbir olarak kabul edince temyiz konusunda sıkıntıya düşüyoruz. Halbuki, hele uygulamadaki bu vahim örnekleri dinledikçe alacaklıların korunması bakımından temyiz ne kadar hayati olduğunu, burada hayat kurtarıcı olabileceğini görüyoruz. Menfaatler durumu burada temyiz yolunu kapalı tutacak şekilde yorum yapmamıza imkan vermeyecek durumdadır benim kanaatimce.

Öbür taraftan, ihtiyati tedbir olursa bir geçici ispatla, inandırıcılıkla yetinmemiz mümkün olacak, bir ümit, bir kurtulma ümidinin dahi bu ihtiyati tedbire karar vermek için, geçici hukuki önlemine karar vermek için yeterli olduğunu söyleyebileceğiz. Ben aslında kanun hükmüne şimdi yeniden baktım, Muhammet Beyi dinlerken, "ümit" tabiri kullanılmıyor, "mümkün" olmak tabiri kullanılıyor iki yerde. "İhtimal" değil, "imkan" dan bahsediliyor.

Dolayısıyla burada, özellikle borçlunun talebiyle başlamışsa, bir çekişmesiz yargıya tâbi bir usul olduğu kanaatindeyim ben ve burada hâkimin, böyle bir imkanın, böyle bir kurtarmanın mümkün olup olmadığı konusunda resen inceleme yapması gerektiği ve alacaklıları, ilgilileri, çekişmesiz yargıdaki ilgileri resen çağırıp bu kapsamda dinlemesi icap ettiği ve haki-

katen işletme biliminin verilerine göre, hazırlanan bilançolara, mali tablolara göre bilirkişiden de mütalaa alarak işletmenin kurtarılmasının mümkün olduğu, bu konuda işletme biliminin makul verilerine göre işletmenin kurtarılmasının mümkün olduğu, bu konuda ciddi bir olasılık bulunduğu, sâdece bir ümit değil, konusunda bir karara vardıldıktan sonra bu konuda karar verebileceği kanaatindeyim. Yoksa bir ihtiyati tedbir gibi geçici bir kanaatin yeterli olmadığı kanısındayım.

Dolayısıyla, şimdilik tespit edebildiğim iki noktada, yani kanun yollarına müracaat ve talebin değerlendirilmesi noktasında bunun ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi bence ihtiyaçlara uygun olmayacaktır. Bir de, iflasın ertelenmesi, ismi de belki bizi biraz yanıltıyor, bunun fonksiyonu hakikaten iflasın ertelenmesi değil; şirket kurtarma, ödeme güçlüğü içindeki şirketlerin bir müddet alacaklıların takiplerinden kurtarılması. Bu maksatla bu yola gidiyor zaten borçlular. Adli istatistiklere bir bakacak olursak, işte kabaca bir 7 milyon tane icra takibi derdest memleketimizde, 2 milyon civarında dava derdest ve hafızam beni yanıltmıyorsa derdest iflas takiplerinin sayısı 1500'dür Türkiye'de.

Dolayısıyla, hani ertelenmek istenecek o kadar çok sayıda iflas yok. İflas da az işleyen, az müracaat edilen bir yol. Burada aslında iflasın ertelenmesi, ismi iflasın ertelenmesi. Burada hakikaten konkordatoya benzer bir şirket kurtarma, ödeme güçlüğü içindeki şirketlerin kurtarılması, öncelikle de takiplerin baskısından kurtarılmasına yönelik bir bağımsız usul var kanaatindeyim.

Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederiz, sağ olun. Halûk Hocam, buyurun.

Hocam, bir şeye de işaret etmekte yarar var. Çekişmesiz yargı işleri zaten istinaf düzeyinde kesilebiliyor. İflasın ertelenmesi süreci çekişmesiz yargı işi boyutunda kalmışsa, itiraz ya da müdahale olmamışsa zaten o denetim işleyecek. Gerçi

TARTIŞMALAR

bunun spesifik olarak düzenlenmesi lazım, ama halihazırdaki tasarıda buna ilişkin bir irade var; "çekişmesiz yargı kararları istinafa tâbidir" diyor.

Teşekkür ederiz. Buyurun Erdal bey.

Artık bundan sonra söz vermeyeceğiz, çünkü gereğinden fazla da uzadı. Bir de Adnan bey uygulamacı olarak konuşsun. Gerçi devam edebiliriz ama...

En son Sema hanıma ve Adnan beye söz vereceğim ve tamamlamış olacağız. Çünkü çok da uzadı. Konu güncel olduğu için Muhammet arkadaşımızın tebliği de son derece doyurucu olup, birçok konuyu tartışmaya açtığı için ister istemez herkes kafasındaki birtakım istifhamları giderme amacı içinde, o nedenle biraz süreyi uzattım; bunu bilinçli olarak yaptım. Tartışılmasında da yarar var.

Evet Sema hanım, buyurun.

Yard. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: Ben de sayın meslektaşına çok teşekkür ediyorum.

Şimdi kanunlaştırma süreci konusunda zaten Hakan Hocam ve Halûk Hocam çok fazla açıklama yaptı; ben de bir başka noktaya dikkat çekmek istiyorum.

Erteleme konusundaki tartışmalar 4949 sayılı kanunla çözümlendi ve Temmuz 2003 yılında gerçekleştirildi değişiklik. Arkasından, Şubat 2004 değişikliğiyle, yani henüz arasında beş-altı ay varken ve erteleme konusunun nasıl uygulandığı, erteleme gerçekten yararlı olup olmadığı konusunda, en azından uygulamaların verileri beklenmeden sürenin beş yıla kadar uzatılmasının son derece sakıncalı olduğunu ben de düşünüyorum, buna da bir ekleme yapmak istedim.

Tabii, bununla bağlantılı bir başka sorun ortaya çıkıyor. Hiç şüphe yok ki, erteleme süresi içerisinde hem adi konkordato, hem mal varlığının terki suretiyle konkordato, hem uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırmanın talep edilmesi mümkün.

Şimdi biz icra iflas hukukunu, alacaklı ve borçlu arasındaki dengeyi gözeten ve bunu sağlamaya çalışan bir disiplin olarak görüyorken, örneğin, tabii mahkemeler vermek zorunda değil bu ertelemeyi, ama verdiklerini varsayalım, beş yıla kadar uzatıldığını varsayalım, beş yılında sonuna doğru bir borçlunun yeniden yapılandırma istemesine bir engel yok, konkordato istemesine engel yok. Bu durumda da şunu görüyoruz: Alacaklıyla borçlu arasında ciddi bir menfaat dengesinin borçlu lehine bozulduğunu tespit ediyoruz. Bir kere birinci eleştiri noktası bu diye düşünüyorum.

Ama tabii ki, talep eden borçluya çok büyük bir rahatlık sağlıyor; ona kuşku yok. Takipler durmuş, rahat hareket edebileceği, soluklanabileceği, nefes alacağı bir dönemde bu talebi yapıyor; dolayısıyla tabii ki onun çok lehine bir durum. Ama, menfaat dengesini bozduğumuzu düşünüyorum. Bunda da şöyle bir sorun var: Bu kadar farklı bir kurum ve farklı kökenli kurumların bir araya getirilmesi aralarındaki ilişkilendirilmeden düşünülmeden veya tedbirlerin alınmadan bu şekilde art arda sıralanması bence önemli bir şekilde menfaat dengesini bozdu diye düşünüyorum. Bu tabii bir soru değil, bir tespitti.

İkincisi; erteleme içerisinde kayyumun yetkileri konusuna Sayın Özekes değindi. İdareci kayyum, yönetici veya nezaretçi kayyum ayırımından bahsetti ve yanlış dinlemediysen veya kaçırmadıysam, konkordato komiserine kıyasen dediniz değil mi?..

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Doktrinde genel olarak öyle kabul edilmekte.

Yrd. Doç. Dr. Sema TAŞPINAR: Evet. Malûm, 4949 sayılı kanunla konkordato komiserinin yetkilerinde önemli değişiklik yapıldı. Ve bazı işlemleri yapabilmesi ancak mahkeme kararıyla mümkün, ki bu da genel olarak işte yeniden yapılandırma felsefesi, işletmenin yaşaması için, işte birtakım devirler yapabilmesi vesair, mahkemenin iznine bağlandı. Acaba kayyum için de bu söz konusu mu?

TARTIŞMALAR

Yani, en geniş yetkili yönetici kayyum olduğum olduğunu düşünürsek, yönetici kayyumun da işlemlerinin bir kısmını aynen konkordato komiserinde olduğu gibi mahkeme iznini ihtiyaç gösterecek mi? Buna bağlı bir soru, örneğin yönetici kayyumun yetkisi var mıdır? Acaba adi konkordatoyu kim talep edecek erteleme süresi içerisinde, yönetici kayyum mu talep edecek, şirketin genel idare organları mı bunu isteyecek?

Keza, aynı sorum yeniden yapılandırma talep edilmesi hâlinde de söz konusu. Yani, yetki kime ait? Bu yetki meselesi acaba nasıl çözümlenecek?

Çok kısa olarak üçüncüsü; erteleme süresi içerisinde doğacak yeni borçların akıbeti. Şimdi Hakan Hocam da değindi; erteleme süresi içerisindeki borçların bir özelliği yok. Yani onlardan dolayı bir takip yapılabiliyor. Acaba böyle mi düşünmek lazım, erteleme süresinin bir ayrıcalık vermesi gerektiğini mi düşünmek lazım? Tam olarak bu konudaki görüşünüzü merak ediyorum.

Örneğin rehinle temin edilen alacaklar için, borçlar için faizlerin teminatlandırılması kaydıyla, rehlin paraya çevrilmesindeki satışla ertelenebiliyor, acaba bu teminatlandırılan alacakların da erteleme süresi içinde bir özelliği olacak mıdır?

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Evet Adnan bey.

Dr. Adnan DEĞNEKLİ: Adi iflas yoluyla takibe itiraz kesinleşmesi doğrudan doğruya iflasla, 177. madde ve 178. maddeye göre iflas talebinin ilanı gerekiyor; 179. maddede böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Özellikle borca batıklık nedeniyle iflas talebi ve iflasın ertelenmesi talebinde, bu iflas talebinin ilanı gerekir mi? Özellikle borca batıklık durumunda olup olmadığı alacaklılar yönünden, itiraz imkanı tanınması yönünden, bir de, erteleme süresinin koşulları bulunmadığı yönünden alacaklılara böyle bir itiraz imkanı tanınması yönünden iflas talebinin ilanı gerekir mi?

Diğer sorum, iflasın ertelenmesi talebi üzerine davaya bakan mahkeme, alacaklılar itirazda bulundu veya bulunmadı, iki ihtimale göre, iflasın ertelenmesini talep eden borçlunun duruşmaya gelmemesi durumunda hangi kararı vermesi gerekir? Özellikle iflasın ertelenmesi talebinin içinde borca batıklık bildirimini olduğu için mahkeme, erteleme talebi olmasa bile burada iflas koşulları bulunup bulunmadığını, borca batıklık durumu varsa iflasa karar vermesi gerektiğinden, gelmese dahi iflas veya iflasın ertelenmesi talebi konusunda ne karar verecek?

Son sorum da, kefalet konusuna Hakan Hocam değindi. Adi kefalet de ertelemeyi etkileyecek. Gitmek mümkün olmayacak kefile. Ama müteselsil kefaletin ertelenmeden etkilenmemesi gerekir diye düşünüyorum.

Bir de, özellikle uygulamada karşılaştığımız, teminat mektubu veren, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan borçlu yararına, borçlu lehine teminat mektubu veren bankalar, *"erteleme kararı bizi de etkilesin, teminat mektupları tazmin edilmesin, ihtiyati tedbir olarak bunu da verin"* talebinde bulunuyorlar; bu da mümkün değil diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ederiz. Muhammet beye söz vermeden önce ben de bir-iki noktaya temas edeyim. Burada tabii herkes bir şeyler söyledi, benim de söylemem gerekiyor. Özellikle konkordato hukuku benim uğraş alanlarımdan birisi olduğu için birkaç şeye belki dikkat çekmekte yarar var.

Bu konunun bu kadar çok belki tartışılmasında diğer bir etken de, hem güncel olması, uygulamada sorunların yoğunluk kazandığı bir alan olması ve şu anda bu konuyla uzaktan ya da yakından birkaç arkadaşımızın en azından doktora yahut doçentlik düzeyinde uğraşıyor olması da tabii tüm soruların Muhammet'e yönelmesine neden oldu. Bir anda bütün bu sorunların çözülüp, hepsinin hazır bilgi olarak aktarılması gibi

TARTIŞMALAR

bir durum da ortaya çıktı. Dolayısıyla Muhammet beyin yükü daha da artmış durumda...

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Şairin lafı var, "bu *taksimi kurt yapmaz kuzulara şahı olsa*" misali.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Muhammet beye son sözünü vermeden önce bir-iki noktaya temas etmekte yarar var.

Ali Cem arkadaşım işaret etti; aslında geneli itibarıyla erteleme prosedürünün işleyişine ve etkilerine baktığınızda, konkordato mühletinin büyük ölçüde esas alındığını görüyorsunuz. Özellikle "*etkileri*" kısmı aynı konkordatoyla ilgili hükümlerin oraya uyarlanması. 289'la 179-B'yi karşılaştırdığınızda, adi konkordato hükümlerinin aynen oraya uyarlandığını görüyoruz. Bu bana şunu çağırıştırıyor: Evet, geçici hukukî himaye tedbiri dendi, tartışıldı. Bir geçici hukukî himaye tedbiri ki, beş yıl devam ediyor. Bu başlı başına zaten bir sorun. Bence, konkordato mühleti benzeri bir süre verme gibi durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bu düşünülebilir.

Bir başka nokta, demin hacizler konusunda tartışıldı, işte "*iflasın ertelenmesi süresi içerisinde yeni takip yapılamaz, mevcut takiplere devam edilemez*"; ilkeyi bu şekilde koymuş. Diğer uzantısı da bunun, "*yeni icra takip işlemi yapılamaz*"dır arkadaşlar.

Bu 289'un son cümlesinin, aynen 179-B'nin 1. fıkrasında da tekrarlandığını görüyoruz. "*Bir takip muamelesiyle kesilebilen*"; hep buraya ihmal ediyoruz. Evet, iflasın ertelenmesinde amaç işletmenin ayakta kalabilirliğini, yaşayabilirliğini sağlamak, ama icra iflas hukukunun bir diğer karakteristik özelliği, kasuistik düzenleme egemen olduğu için, yasa koyucu böylesine önemli bir prosedürü, kamu düzenini ilgilendiren bir prosedürü en ince ayrıntısına kadar düzenleme ihtiyacı duyduğu için dar yorumlamak zorunda. "*Yeni takip yapılamaz, başlanmış takiplere devam edilemez.*"

Bir icra takip muamelesiyle kesilebilen zaman aşımı ve hak düşürücü süreler işlemediğine göre icra takip işlemi de

yapılamaz. Dolayısıyla, her türlü haciz işlemi, ertelenmeden beklenen amacı engelleyecek ölçüde olsa bile bu pozitif düzenleme karşısında devam ettirilemez.

Aynı şey konkordato için de söz konusu, gerçi işlemez hale getirildi ama. Konkordato mühleti vermekteki amaç nedir? Mühlet içerisinde borçlunun işletmesinin başında kalıp, işletmesiyle ilgili faaliyetlerini devam ettirmesine uygun ortamı yaratmaktır zaten.

Mal varlığının terki suretiyle konkordatoyla adi konkordato arasındaki amaçsal bağlamda temel farklılık da bu noktada toplanmaktadır. O nedenle, pozitif düzenlemeyi dikkate aldığımızda, amaçsal yoruma giderek, eğer yasa koyucu bunu öngörmek isteseydi açıkça öngörürdü, bir icra takip muamelesiyle kesilebilen zaman aşımı hak düşürücü süreler işlemediğine göre, (haciz isteme ve satış isteme süreleri) o hâlde hacizlerin de korunması lazım. Yani, iflastaki düzenlemeyle değil, konkordatoyla ilişkilendirerek bir çözüm kurmak lazım.

Diğer bir nokta, hep üzerinde duruldu, iflasın ertelenmesi süreci içinde etkin rol oynayan, hatta ertelemenin uzatılmasında belki de belirleyici rol oynayacak olan kişi kayyum, bu kayyum tabiri doğru mu; her şeyden önce onu sorgulamak lazım. İcra İflas Kanunu, konkordatoyla ilgili düzenlemesinde "kayyum" tabiri yerine "komiser" tabirini kullanmıştır. Pekâlâ komiser tabiri kullanılabilirdi.

Çünkü kayyum, bir özel hukuk kurumu. Halbuki, madem konkordato mühletine benzer şekilde bu prosedür düzenlenmiş, bence, demin de, yetkileri ne olacak, görevi ne olacak, kimler atanacak tartışması yapıldı, resmi görevli kimliği de dikkate alınarak, kanunun deyişiyle kayyumun, gerçekte komiserin atanmasında konkordato komiserlerine ilişkin düzenlemeden yararlanabilir. Tipik bir özel hukuk ilişkisi gibi bunu değerlendirmeyi sağlıklı ve doğru bulmuyorum. Mahkemenin tasarrufuyla görevlendiriliyor, resmi bir görevi var, objektif ve tarafsız hareket etmekte.

TARTIŞMALAR

Bence konkordato komiserine benzer bir işlevi yerine getiren görevli konumundadır. Özel hukuk bağlamında yaklaşılabilecek olursa da şuna dikkat çekmekte yarar var: Erhan Türker Hocam beni teyit edecektir, ben, yönetici kayyum, idareci kayyum yahut karma kayyum diye bir tanımlama görmedim. Vesayet hukukuyla ilgili tanımlamada genellikle kanunî müşavir bakımından bu ayrımlaşma yapılır. Oy müşaviri, karma müşavir yahut yönetici kanuni müşaviri diye. Eğer o anlamda kullandıysa bile bu çözümle doğru olmaz. Bence kayyumun, daha doğru deyişle komiserin hak ve yetkilerinin, statüsünün belirlenmesinde konkordato komiseriyle ilişkilendirme yapılması çok sağlıklı ve doğru olur gibi geliyor.

Demir dile getirildi; acaba erteleme süresi içerisinde adi konkordato teklif edilebilir mi? Teklif edilebilir, ama bu teklif kabul görebilir mi diye sorgulamak lazım. Ertelemeden sağlanan sonuçlar zaten mühletle gerçekleşmiş, hem de daha uzun süreli. Ertelemede üç ay yahut uzatılmışsa beş ay; orada beş yıl gibi bir sonuç var. Dolayısıyla, talep edilse bile mühlet talebinde bulunmanın pratik bir yararı yok. Bence hukukî yarar noksanlığından reddedilmesi lazım.

Zaten mühletle sağlanmak istenen sonuçlar gerçekleşmiştir; aynıdır 289 çerçevesinde. O nedenle çok, pratik sonuçlara bakıldığında, yani rasyonellik açısından irdelendiğinde, evet teklif edilebilir, ama kabul görülebilir mi? Ki, bu durumda, hukukî yarar bağlamında bir irdelene yapırsa çok sağlıklı gibi görünmüyor. Mal varlığının terki suretiyle konkordatoya yönelmişse zaten ertelemekten beklenen amacın gerçekleşmeyeceği anlaşılmıştır. O ayrı bir kurtuluş olanağının denenmesi demektir. Usulî yetkilerin takibinden kaynaklanan yetkilerin kullanımında da iyi niyet esastır. Dolayısıyla, biri tasfiye amaçlı, biri işletmenin yaşatılmasını sağlama amaçlı. Bu iki şeyi aynı potada eritmek ve dengelemek de pek mümkün görülüyor gibi geliyor.

Şimdi Muhammet arkadaşımız 15 dakikada, gerçi saatlerce konuşulabilir, ama 15 dakikada belli başlı soruları, burada

hepsini cevaplandırması olanağı yok, kendisi not etti, birer cümleyle de olsa temas ederse hepimiz aydınlanmış oluruz.

Teşekkür ediyorum.

Buyurun.

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES: Ben de teşekkür ederim.

Aslında bu tebliği yazarken ve burada hukukî niteliğini tartışmaya açarken istediğim şey tam buydu; yani tartışılın, bu tartışmalardan sonra bu bir şekilde olgunlaşacaktır mutlaka. Unutmamak gerekir ki, bu müessesenin hukukî niteliği ne İsviçre ne Türk doktrininde bugüne kadar tartışılmamış. En azından benim tespitim bu yönde ki, Oğuz Hocam da beni teyit ettiler. Şüphesiz bugüne kadar tartışılmamış, ancak etkileri çok derin olan bir müessesenin niteliğini tartışmaya açtığımız zaman farklı görüşlerin de ortaya çıkmasını normal karşılamak gerekir.

Bu tartışmaların başlıca sebebi ise, son yıllarda çok yoğun kanunlaştırma hareketleri yapıyoruz. Bunların bir kısmının gerçek anlamda geniş bir fikrî alt yapısı var, bir kısmının ise çok fazla yok. Çok sınırlı insanın bildiği şeyleri kanuna koymaya çalışıyoruz.

Tabii uzman olarak yapanlar o olgunlukta, ama bunu kabul edeceklere izah etmek, yani Meclis'te de bunu izah etmeye çalıştığımız zaman, onların da en azından bunu kabul edebilir asgari bir bilgi ve hukuk kültürü yapısına sahip olması lazım. Aksi halde kurumların nitelikleri, kanunların bütünlüğü bozulmakta. Şimdi, yeniden yapılandırma, iflasın ertelenmesi, konkordato kavramları konusunda en azından şu ana kadar bir şey oluşmalı ki, onlara da bunu kabul ettirebilelim. Bence burada bir eksiklik var. Söylediğim şeyler belki genel şeyler, ama ister istemez bizim tartıştığımız konu ile de bağlantılı. Yıllar önce öğrenci iken, Sahir Erman Hoca'nın fakültemizde verdiği bir konferansa katılmıştım, orada söylediği bir sözü hiç unutmadım. Demişti ki, kanun yapmak sıradan bir iş de-

TARTIŞMALAR

ğildir, hele de temel kanunları yapmak daha da zordur. Kanun yapmak, bilgi ister, zamana, para ister, emek ister. "Peki biz bu kriterlere uyuyor muyuz?" diye sorduğumuzda herhalde gönül rahatlığıyla evet diyemeyeceğiz bugün.

İkinci bizim kanun yaparken çoğunlukla sıkıntımız şu: Örneğin önümüzde üç yol var, birinde yürürken, biraz da öbürüne sapıyoruz, tekrar diğerine dönüyoruz, birden üçüncü yola giriyoruz. Öyle olunca tabii yollar karışıyor, uzuyor ve sıkıntı ortaya çıkıyor, biz de yoruluyoruz bu arada. Kurumlar arasındaki yeknesaklık bütünlük olmayınca, biraz ondan biraz bundan anlayışı, her şeyi birbirine karıştırıyor.

Bu sebeple, her şeyi kendi içerisinde, felsefesi, mantıkî tutarlılığı ile yürütmekte fayda var. İzah edildiği için artık ben oraya girmiyorum; komisyonda, alt komisyonda zaman zaman bu müesseseler arasındaki uyum bozulduğu için veya gözatmediği için bu sıkıntılar ortaya çıkmış durumda.

Hukukî niteliğiyle ilgili şunu söylemek isterim: Ben, prensip olarak hukukî niteliğinin şu andaki düzenleme karşısında, hala daha geçici hukukî koruma olduğu kanaatindeyim. Ancak, şu yapılabilir, buna bir engel yok: Mesela bunun adına iflâsın ertelenmesi değil de, "şirket kurtarma" denilebilir. Yeni bir müessese olarak adlandırılıp yeniden düzenlenebilir. Hatta yeniden yapılandırma ile birlikte ele alınabilir. Ama ona uygun bir çerçeve çizilmelidir. Söylediklerimden bunlara karşı olduğum gibi bir sonuç çıkarılmasın.

Ben bunları söylerken, yani geçici hukukî koruma derken, bu konudaki kararlara karşı kanun yolu açık olmasını demediğimi özellikle vurguladım. Hatta geçici hukukî korumalara karşı da sınırları belirlenerek muhakkak kanun yolu da açık olmalıdır, hatta kanaatimce şu anda da geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvuruya engel de yoktur. Mesel bu kararları nasıl nitelendirdiğinizdir. Özellikle önümüzde istinaf varken tekrar değerlendirilmelidir. Bir şeyin geçici hukukî koruma olması, kanun yoluna başvurulmasına

engel olmayacağı gibi, her kanun yoluna başvuru karar da, mutlaka bağımsız bir yargılama anlamına gelmez. Ancak, bunların kanunda düzenlenmesi uygundur ve tartışmaya engel olur. Kanunda yokken, uygulama kendi kendine kanun yolu ihdas etmiş durumda. İflâsın ertelenmesi tebliğimde de söyledim, bağımsız karakteri olan bir yargılama değil, ancak biz onu bağımsızlaştırıp kanun yolu imkanı tanımışız; sonra da madem kanun yolu var, o zaman başlı başına bir müessesedir demişiz. Yani önce mevcut yapının dışına çıkıp, bir yol açıp ondan sonra da durumu meşrulaştırmışız. Bu biraz, tapusuz yere gece kondu yapıp ardından da, ben yaptım, yıkmayın hem de elektrik, su, ruhsat, hatta tapu verin demeye benziyor. Sonra, müesseselerin niteliği kayboluyor tabii.

Nitekim İsviçre'de bu sorun değil. Neden sorun değil, çünkü orada zaten geçici hukukî korumalara karşı bir başvuru, hukukî çare var, istinaf veya belirli şekillerde temyiz var; bu sebeple tartışılmamış. Artı, acaba geçici hukukî koruma içinde geçici hukukî koruma mıdır sorusu soruldu?

Bana göre değil, çünkü geçici hukukî koruma kararı veriyoruz. O kararın şüphesiz ki tatbiki ve etkileri var. Bu etkileri ortaya çıkmakta. Aslında tedbir içinde tedbir değil. Ne zaman tedbir içinde tedbir? Şu anda bizim uygulamanın yaptığı, aslında tedbir içinde tedbir. Çünkü erteleme talep ederken, bir de tedbir isteniyor; yanlış olan o. Ama, geçici hukukî korumayı talep edip, o çerçevede etkilerinin doğması, bir geçici hukukî korumanın etkisidir. Bu etkilerin bir kısmı biraz daha erken, bir kısmı biraz daha geç doğabilir.

Bu ise, tedbir içinde tedbir anlamına gelmez. Sadece geçici hukukî korumanın etkilerinin doğuşuyla ilgilidir. Zaten o yüzden dikkat ederseniz ısrarla tedbir demiyorum. Geçici hukukî koruma, tedbire göre daha genel ve üst bir kavramdır. Geçici hukukî koruma içinde bazı tedbirler öne çekilebilir. İhtiyati tedbire ilişkin alışkanlıklarımızı öne çıkardığımız için, tüm geçici hukukî korumaları tedbirle mukayese ediyoruz ve ona göre çözüm arıyoruz. Tabii öyle olunca da, tedbir içinde tedbir gibi görünebiliyor. En çok bilinen geçici hukukî korumalardan

TARTIŞMALAR

olan ve kanunda ayrıntılı düzenlenen ihtiyati haczin yerine bile ihtiyati tedbir verildiği düşünülürse, iflasın ertelenmesindeki zor durumu anlamak mümkün.

Bu çerçevede geçici hukukî korumayla ilgili son olarak, geçici hukukî korumayı ihtiyati tedbirle eş anlamlı tutmamak lazım. Artık bugün, özellikle son 10 yıldır geçici hukukî korumalara yüklenen anlam çok farklı. Nihai korumanın mümkün olmadığı, sağlanamadığı, etkin korumanın gerekli olduğu durumlarda bazen dar, bazen geniş bir koruma sağlamak gerekir. Bu geçici hukukî korumadır. Bunun en tipik örneği, bizim Medenî Kanunumuzun yeni düzenlemesi karşısında Almanların, -ki Medenî Kanun'u yapanlar da bunun çok farkında değiller, biz ilk toplantıda bunu geniş tartışmıştık, eleştirmiştik, hatta yayımlandı- "*geçici düzenlemeler*" denen bir kurum var.

Orada aslında ismi geçici düzenleme ama uzun bir süre devam ediyor aile hukuku içindeki ilişki. Geçici düzenliyor, bir yıl boyunca düzenliyor, iki yıl boyunca düzenliyor, şunları yapacaksınız diyor, ama geçici. Nitekim bizim kanunumuz onu iyi ifade edememiş; "*koruma tedbirleri, önlemler*" vesair gibi şeyler söylemiş. Örneği de var. Özellikle Alman hukukunda geçici hukukî koruma kapsamı içerisinde zaten bunlar yer almakta; ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, aile hukukuna ilişkin geçici düzenlemeler ve diğer hukuk dallarının kendilerine has düzenlemeleri şeklinde bir ayırım da yapılmakta. Dolayısıyla bu nasıl bir geçici hukukî koruma ki, uzun süre devam ediyor eleştirisi de bu anlamda tam yerini bulmuyor kanaatindeyim. Bu konuda şu soruyu soralım. İflâsın ertelenmesi kararı, sorunu istikbale matuf tekrar tartışılmayacak şekilde çözüyor mu? Kesin hüküm oluşturuyor mu bu karar? Hayır. O zaman bildiğimiz kesin hükme giden bir nihâi kararın etkisini doğurmuyor. Nihayetinde ne kadar uzarsa uzasın, ne kadar uzun olursa olsun süresi, sonunda şirketin durumu hakkında "*ya düzeldi, eski hale dönsün veya düzelmedi, iflâsına*" şeklinde bir karar vereceksiniz. Geçici demek, illa birkaç gün gibi kısa süre demek değildir. Teknik hukuk açısından geçicilik üç gün de, üç ay hatta üç yıl da olabilir; yeter ki, verilmesi gereken asıl

karar verilmemiş veya asıl karar için şartlar oluşmamış olsun. Mesele, sorunu tamamen kesip atacak, çözecek nitelikte bir karar var mı yok mu? Burada yok. Peki bu iflasın ertelenmesi bir ara kararı mı? Hayır. Çünkü nihai karara giden yolu açan, nihai karara geçmek için zorunlu bir yol değil ki. Eğer öyle olsa, her iflâsa giderken, yolu temizlemek için böyle bir kararı vermek gerekir. Amaç nedir, geçici bir takım düzenlemelerle acaba bu işletme ayakta kalabilir mi? Bu kararı da her zaman vermiyoruz. Şartları oluştuğunda, iyileşme ümidi varsa ve ciddiye yapıyoruz. Bu genel çerçeveyi ortaya koyduktan sonra şunu söyleyeyim:

Eğer biz başı sonu belirli bir müessese yapmak istiyor isek, gerçekten kanunda bunun ne olduğunu, ne anlama geldiğini ortaya koymak ve ona uygun bir düzenleme yapmak durumundayız. Buna, istenirse yeniden yapılandırma diyebiliriz, şirket kurtarma diyebiliriz. Ancak bu uyumun mutlaka gözetilmesi gerekir.

Benim kanaatim, bu çalışmadan sonra da şudur: Bütün bu müesseselerin yeniden, -bir tecrübemiz oluştu az veya çok, bilgi birikimi oluştu, en azından tartıştık- belki gözden geçirilip bir çerçevesinin çizilmesinde, hele ki bu istinaftan sonra bu da yeni bir yol açacak bize, mümkün olabilmeli.

Ben, Adnan bey'in söylediklerinden hareket ederek bazı şeyler söyleyeyim. Teminat mektubu konusunda ben de aynen size katılıyorum; bu etki mümkün değil. Keza kefillere etkisi bakımından da aynı kanaatteyim; yani kefillere bunun etkisine ilişkin bir düzenleme yapılmasına gerek yok. Konkordato komiserine ilişkin mukayese yapılırken sadece niteliği nedir, yani bu resmi bir görevli mi; sırf o yönüyle belirleme var. Yoksa, sonuçları, konkordato komiserinin denetlenmesi, rapor vermesi veya mahkemenin yetkilerini sınırlaması kesinlikle burada söz konusu değil. Kanundaki kendi özel hükümlerine tâbi. Mahkemeye ilişkisi o şekilde düzenlenmesi gerekir. Konkordato komiserinin işlem ve kararlarına karşı ne yapılabilir? Burada şikâyet, ama ticaret mahkemesine karşı bir şikâyetin olduğu, çünkü etkilenen kimseler söz konusu, mümkün.



25.00 YTL

Cetin Emecı Bulvarı No: 46 Balgat /Ankara
Tel: (+90.312) 287 87 90 (Pbx) Faks: (+90.312) 286 55 65 - 286 31 00
Karanfil Sokakı No: 5/62 06650 Kızılay /Ankara
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 67
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr - yayin@barobirlik.org.tr